Grensoverschrijdende sfeercumulatie

Over de handhavingssamenwerking tussen
financiële toezichthouders, fiscale autoriteiten
en justitiële autoriteiten in EU-verband

Grensoverschrijdende sfeercumulatie

ISBN: 978-90-5850-262-9

© 2007, M.J.J.P.Luchtman

Verzorging binnenwerk: G.J. Wiarda Instituut, Utrechts Instituut voor Rechtswetenschappelijk onderzoek, Boothstraat, 3512 BW Utrecht

Dit boek is een uitgave van:
Wolf Legal Publishers (WLP)
Postbus 31051
6503 CB Nijmegen
tel. 024-3551904; fax 024-3554827
e-mail: wlp@hetnet.nl; http://www.wlp.biz; http://www.wolflegalpublishers.com

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur noch WLP aansprakelijkheid voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolkomenheden.

Grensoverschrijdende sfeercumulatie

Over de handhavingssamenwerking tussen
financiële toezichthouders, fiscale autoriteiten
en justitiële autoriteiten in EU-verband

European cooperation between financial supervisory authorities, tax authorities and judicial authorities

(with a summary in English)

Proefschrift
ter verkrijging van de graad van
doctor
aan de Universiteit Utrecht
op gezag van
de rector magnificus, prof. dr. W.H. Gispen,
ingevolge het besluit van het college voor promoties
in het openbaar te verdedigen
op 20 april 2007 des middags te 4.15 uur

door

Michiel Joseph Johannes Peter Luchtman

geboren op 2 juli 1975
te Maastricht

Promotoren: Prof. dr. J.A.E. Vervaele
Prof. mr. P.J. Baauw

Aan mijn ouders

Voorwoord

> Citaat uit het zomerrapport 1982/83 van ondergetekende, geschreven door juffrouw Marij van de RK Basisschool St. Pieter: 'hij maakt goede zinnen, zijn verhaal heeft een goede opbouw, maar hij is al snel uit-verteld.'

Dit onderzoek kwam tot stand in het kader van het NWO-aandachtsgebied 'Transnationale rechtshandhaving in de Europese rechtsruimte'. Nu het is afgerond, wil ik een aantal mensen bedanken. Vooral zij brachten mij tot de overtuiging dat dit boek niet mag worden gezien als een uiterste poging om, ruim twintig jaar later, juffrouw Marij's ongelijk te bewijzen (over dat uitvertellen uiteraard), maar – integendeel – dat er over het voorwerp van dit onderzoek nog veel en veel meer te vertellen is.

In de eerste plaats zijn dat mijn promotoren, prof. dr. J.A.E Vervaele en prof. mr. P.J. Baauw. Hun wijze van begeleiding bood mij enerzijds inhoudelijke sturing, maar liet me anderzijds vrij om een eigen invulling te geven aan dit onderzoek. John vervulde daarin de rol van eerste begeleider. Hij heeft ervoor gezorgd dat de randvoorwaarden voor dit onderzoek optimaal waren. Peter dank ik voor zijn rol van opbouwend en toch kritisch klankbord tijdens de besprekingen die we de afgelopen jaren hebben gehad.

Graag bedank ik ook de leden van de beoordelingscommissie, prof. dr. S. Trechsel (emeritus hoogleraar universiteit Zürich; Ad-*Litem*rechter ICTY), prof. mr. C. Kelk (Universiteit Utrecht), prof. mr. A.H. Klip (Universiteit Maastricht), prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven (Universiteit Utrecht) en prof. dr. G.M.M. Michielse (Universiteit Utrecht), voor hun bereidheid in de commissie zitting te nemen, voor hun opbouwend commentaar op het manuscript en, uiteraard niet in het minst, voor hun goedkeuring ervan.

Vele instanties en experts, academici en practici, in binnen- en buitenland hebben bijgedragen aan dit onderzoek. Ik dank in het bijzonder het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg im Breisgau), het Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg), de Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, prof. dr. Gerhard Dannecker (universiteit Bayreuth) en prof. dr. Hans-Michael Wolffgang (universiteit Münster) voor hun gastvrijheid en hun hulp. In Zwitserland kwam ik, mede door de hulp van Dr. Martin Wyss en Claudia Blanc (beide Bundesamt für Justiz), in contact met experts bij het Bundesamt, de EBK en de EStV, die mij van voor dit onderzoek onmisbare informatie voorzagen en met wie ik zeer interessante gesprekken had. Om dezelfde redenen bedank ik prof. Ursula Cassani (universiteit Genève).

Dit onderzoek is in meerdere opzichten een samenwerkingsverband geweest tussen het Centrum voor Rechtshandhaving en Europese Integratie en het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen. Van de (voormalige) medewerkers van de Boothstraat en het Centrum voor Rechtshandhaving wil ik ten eerste Aukje

van Hoek (thans UvT) noemen. Haar interesse in, enthousiasme voor en expertise op het vlak van dit onderzoek heeft het stellig beter gemaakt dan het zonder haar hulp zou zijn geworden. Ook Oswald Jansen (UU) wil ik danken. Naast het feit dat hij nooit te beroerd was me te laten delen in zijn expertise, kon dankzij hem ook het nuttige met het aangename worden verenigd door voornoemde verblijven in Heidelberg, Freiburg, Münster en Bayreuth. Met mijn kamergenote Monica Wirtz en met Matthieu Decroos heb ik vele zaken besproken, ook van niet-transnationale aard. Ik hoop dat dit nog vele jaren zo blijft. Titia Kloos, Willemien Vreekamp en Corinne van den Berg hebben me, net als overigens mijn uitgevers René en Willem-Jan van der Wolf, geweldig geholpen bij het omvormen van het manuscript tot dit boek. Verder dank ik Ard, Tom, Renaat, en vele andere collega's en oud-collega's van de Boothstraat die mijn verblijf daar zo aangenaam hebben gemaakt.

Gedurende de afgelopen jaren was het geven van colleges een welkome afwisseling op het doen van onderzoek. De samenwerking bij het verzorgen van het vak bijzonder strafrecht en zijn voorgangers heeft zonder enige twijfel een positieve invloed gehad op dit proefschrift. Daarvoor dank ik Joep Lindeman en Antoinette Bakker. Dat FEC-lied komt er nog een keer. Sinds kort bivakkeer ik ook fysiek weer op het Pompe Instituut. Graag bedank ik ook de andere collega's van het Pompe Instituut, en in het bijzonder Leonie, Mirjam, Eelke, Ferry en Idlir, voor het feit dat, in de laatste fase van mijn proefschriftonderzoek, mijn transitie van Wiardaan naar Pompiaan zo plezierig is verlopen.

Mijn ouders verdienen een speciale plek in dit voorwoord. De afgelopen jaren hebben jullie meer tegenslagen gekend dan ik vooraf voor mogelijk had gehouden. Dat jullie desondanks al die waarden die jullie mij, Dieke en Thijs hebben willen meegeven, ook zelf hoog in het vaandel hebben gehouden, kunnen maar weinigen jullie nazeggen. Ik weet dat jullie trots op ons zijn. Dit boek draag ik aan jullie op.

Ten slotte dank ik Inge. Haar bijstand aan mij en mijn onderzoek is van onschatbare waarde geweest. Het element van de wederkerigheid (toch essentieel en niet alleen voor de wederzijdse bijstand en rechtshulp) heeft de afgelopen maanden door mijn toedoen wellicht wat ontbroken. Ik heb me stellig voorgenomen dat te gaan goedmaken. Nog veel meer zin heb ik erin samen te gaan ontdekken dat er ook leven is na een proefschrift!

Dit onderzoek is afgerond op 15 september 2006.

Utrecht, februari 2007

Korte inhoudsopgave

Voorwoord		vii
Uitgebreide inhoudsopgave		xi
Afkortingen		xxi
1	**Inleiding**	1
1.1	Grensoverschrijdende sfeercumulatie: een illustratie	1
1.2	Probleemstelling	5
1.3	De opzet van het onderzoek	7
1.4	Wetenschappelijke en maatschappelijke context	16
1.5	Plan van aanpak en leeswijzer	18
2	**Inter- en supranationale normering**	21
2.1	Inleiding	21
2.2	Transnationale financiële rechtshandhaving in Europees perspectief	22
2.3	Transnationale fiscale rechtshandhaving in Europees perspectief	41
2.4	Transnationale strafrechtelijke handhaving in Europees perspectief	74
2.5	Gevolgen voor de opbouw van de landenrapporten	111
3	**Nederland**	115
3.1	Inleiding	115
3.2	Taken en organisaties van de betrokken autoriteiten	115
3.3	Toegang tot bancaire informatie	150
3.4	Geheimhouding, doelbinding en informatie-uitwisseling	189
3.5	Internationale samenwerking	209
3.6	Conclusies naar aanleiding van het Nederlandse recht	269
4	**Duitsland**	277
4.1	Inleiding	277
4.2	Taken en organisaties van de betrokken autoriteiten	279
4.3	Toegang tot bancaire informatie	329
4.4	Geheimhouding, doelbinding en informatie-uitwisseling	384
4.5	Internationale samenwerking	405
4.6	Conclusies naar aanleiding van het Duitse recht	445
5	**Zwitserland**	451
5.1	Inleiding	451
5.2	Taken en organisaties van de betrokken autoriteiten	453

5.3 Toegang tot bancaire informatie 501
5.4 Geheimhouding, doelbinding en informatie-uitwisseling 545
5.5 Internationale samenwerking 568
5.6 Conclusies naar aanleiding van het Zwitserse recht 632

6 Transnationaal gegevensverkeer in vergelijkend perspectief 639

6.1 Inleiding 639
6.2 Nationale rechtshandhaving en het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp 640
6.3 Een stagnerende transnationale samenwerking 651
6.4 Inwilligbare verzoeken om rechtshulp of bijstand 669

7 Beantwoording van de probleemstelling en aanbevelingen 705

7.1 De probleemstelling beantwoord 705
7.2 Aanbevelingen 710

Samenvatting 745
Summary 757
Lijst van aangehaalde literatuur 769
Lijst van aangehaalde jurisprudentie 791
Curriculum vitae 799

Uitgebreide inhoudsopgave

Voorwoord		vii
Afkortingen		xxi
1	**Inleiding**	1
1.1	Grensoverschrijdende sfeercumulatie: een illustratie	1
1.2	Probleemstelling	5
1.3	De opzet van het onderzoek	7
1.3.1	Specialiteitsbeginsel, ambtsgeheim en bankgeheim	7
1.3.2	Rechtsvergelijking	11
1.3.3	Afbakening	14
1.4	Wetenschappelijke en maatschappelijke context	16
1.5	Plan van aanpak en leeswijzer	18
2	**Inter- en supranationale normering**	21
2.1	Inleiding	21
2.2	Transnationale financiële rechtshandhaving in Europees perspectief	22
2.2.1	Een geïntegreerde Europese financiële dienstenmarkt	22
2.2.2	Eisen aan de inrichting van de nationale rechtshandhaving	26
2.2.3	Wederzijdse administratieve bijstand in het financiële toezicht	32
2.2.3.1	De omvang van de plicht tot samenwerking	32
2.2.3.2	Het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel	34
2.2.3.3	De inwilliging van verzoeken; toegang tot bancaire informatie	38
2.2.3.4	Voorlopige conclusies	40
2.3	Transnationale fiscale rechtshandhaving in Europees perspectief	41
2.3.1	Het fiscale beleid van de Europese Unie (directe belastingen)	41
2.3.2	Eisen aan de inrichting van de nationale rechtshandhaving	48
2.3.3	Wederzijdse administratieve bijstand in fiscale zaken	53
2.3.3.1	Korte introductie van de inter- en supranationale regelgeving	53
2.3.3.2	De omvang van de plicht tot samenwerking	59
2.3.3.3	Het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel	64
2.3.3.4	De inwilliging van verzoeken; toegang tot bancaire informatie	68
2.3.3.5	Voorlopige conclusies	73
2.4	Transnationale strafrechtelijke handhaving in Europees perspectief	74
2.4.1	Het strafrechtelijke beleid van de Europese Unie	74
2.4.2	Eisen aan de inrichting van de (strafrechtelijke) rechtshandhaving	79
2.4.3	Wederzijdse rechtshulp in strafzaken	84
2.4.3.1	Korte introductie van de inter- en supranationale regels	84
2.4.3.2	De omvang van de plicht tot samenwerking	92
2.4.3.3	Het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel	97

2.4.3.4 De inwilliging van verzoeken; toegang tot bancaire informatie 104
2.5 Gevolgen voor de opbouw van de landenrapporten 111

3 Nederland 115

3.1 Inleiding 115
3.2 Taken en organisaties van de betrokken autoriteiten 115
3.2.1 De Autoriteit Financiële Markten (AFM) 115
3.2.1.1 Algemeen 115
3.2.1.2 Samenwerking met het binnen- en buitenland 119
3.2.1.3 Punitieve handhaving 120
A) De bestuurlijke boete 120
B) Taak en positie van de AFM in de strafrechtspleging 122
3.2.2 De Belastingdienst 125
3.2.2.1 Algemeen 125
3.2.2.2 Samenwerking met binnen- en buitenland 127
3.2.2.3 Punitieve handhaving 128
A) De bestuurlijke boete 128
B) De Belastingdienst als plaatsvervanger van het Openbaar Ministerie 129
C) De Belastingdienst als opsporingsdienst 131
3.2.2.4 Sfeerovergang en sfeercumulatie 133
3.2.2.5 Conclusies 141
3.2.3 Het Openbaar Ministerie (OM) 142
3.2.3.1 Algemeen 142
3.2.3.2 Het begin van de opsporing; de verhouding van het OM tot de Belastingdienst/FIOD-ECD 145
3.2.3.3 De verhouding tot de rechter-commissaris 147
3.3 Toegang tot bancaire informatie 150
3.3.1 Algemeen 150
3.3.1.1 Het 'bankgeheim' 151
3.3.1.2 De bescherming van de persoonlijke levenssfeer 153
3.3.1.3 Het *nemo-tenetur*beginsel 156
3.3.1.4 (G)een grondwettelijk recht op toegang tot de rechter 159
3.3.2 Toegang tot bancaire informatie in het financiële toezicht 160
3.3.2.1 Bestuursrechtelijk toezicht 160
3.3.2.2 Het boeteonderzoek 163
3.3.2.3 Rechtsbescherming 165
3.3.3 Toegang tot bancaire informatie in het belastingrecht 166
3.3.3.1 Heffings- en toezichtfase 166
A) De bank als belastingplichtige 167
B) De bank als derde 170
3.3.3.2 Boeteonderzoek 173
3.3.3.3 Rechtsbescherming 174
3.3.4 Toegang tot bancaire informatie in het strafprocesrecht 175

UITGEBREIDE INHOUDSOPGAVE

3.3.4.1	Algemeen	175
	A) Het vorderen van gegevens en inlichtingen	179
	B) Het vorderen van inzage en uitlevering	183
	C) Het onderzoek van zaken/inbeslagneming	184
	D) Het betreden en doorzoeken van plaatsen	185
3.3.4.2	Rechtsbescherming	186
3.4	Geheimhouding, doelbinding en informatie-uitwisseling	189
3.4.1	De AFM	190
3.4.2	De Belastingdienst	193
	A) Algemeen	193
	B) Uitzonderingen op het fiscale ambtsgeheim	195
	C) Rechtsbescherming tegen de verwerking (verstrekking) van gegevens	198
	D) Samenvatting en evaluatie	199
	E) De bijzondere positie van de Belastingdienst/FIOD-ECD	199
3.4.3	Het Openbaar Ministerie	201
3.4.4	Samenwerking	204
3.4.4.1	Wettelijke (on)mogelijkheden tot onderlinge verstrekking van gegevens	205
3.4.4.2	Verstrekking van gegevens vanuit een gezamenlijk belang; het FEC	206
3.5	Internationale samenwerking	209
3.5.1	Inleiding	209
3.5.2	De AFM	211
3.5.2.1	De AFM als aangezochte partij	211
	A) Rechtsbronnen en omvang van de plicht tot samenwerking	211
	B) Procedure en instrumentarium	215
	C) Geheimhouding en doelbinding	217
	D) Rechtsbescherming	218
3.5.2.2	De AFM als verzoekende partij	219
3.5.3	De Belastingdienst	222
3.5.3.1	De Belastingdienst als aangezochte partij	223
	A) Rechtsbronnen en omvang van de plicht tot samenwerking; geheimhouding en doelbinding	223
	B) Procedure en instrumentarium	229
	C) Rechtsbescherming	232
3.5.3.2	De Belastingdienst als verzoekende instantie	236
3.5.3.3	Politiële samenwerking; de bijzondere positie van de FIOD-ECD	240
3.5.4	Het Openbaar Ministerie	242
3.5.4.1	Het OM als aangezochte partij	242
	A) Rechtsbronnen en omvang van de plicht tot samenwerking	242
	B) Procedure en instrumentarium	251
	C) Geheimhouding en doelbinding	256
	D) Rechtsbescherming	257
3.5.4.2	Het OM als verzoekende partij	260
	A) Omvang van de aanspraak op rechtshulp	261

B) Procedure 264
C) Geheimhouding en doelbinding 265
D) Rechtsbescherming 265
3.6 Conclusies naar aanleiding van het Nederlandse recht 269

4 Duitsland 277

4.1 Inleiding 277
4.2 Taken en organisaties van de betrokken autoriteiten 279
4.2.1 De *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BAFin) 279
4.2.1.1 Algemeen 279
4.2.1.2 Taken op grond van de *Wertpapierhandelsgesetz* (WpHG) 282
4.2.1.3 Samenwerking met het binnen- en buitenland 285
4.2.1.4 Punitieve handhaving 287
A) Het *Ordnungswidrigkeitenverfahren* 287
B) Taak en positie van de BAFin in de strafrechtspleging 290
4.2.1.5 Cumulatie van procedures 292
4.2.2 De Belastingdienst (*die Finanzbehörde*) 294
4.2.2.1 Algemeen 294
4.2.2.2 Punitieve handhaving 297
A) Het Duitse fiscale straf- en *Ordnungswidrigkeitenrecht* in het algemeen 297
B) Strafrechtelijke handhaving 298
C) Bestuursrechtelijke handhaving 302
D) De *Steuerfahndung* 302
4.2.2.3 Sfeerovergang en sfeercumulatie 304
A) Een rangorde tussen *Besteuerungs-* en *Steuerstrafverfahren*? 305
B) Sfeercumulatie bij *Fahndungsprüfungen* 305
C) Sfeerovergang en -cumulatie bij *Außenprüfungen* 313
4.2.2.4 Conclusies 315
4.2.3 Het Openbaar Ministerie (*die Staatsanwaltschaft*) 316
4.2.3.1 Algemeen 316
4.2.3.2 De *Staatsanwaltschaft* als *Herrin des Ermittlungsverfahrens* 319
4.2.3.3 Het begin van de opsporing; de verhouding van de *Staatsanwaltschaft* tot de fiscus 322
4.2.3.4 De verhouding tot de *Ermittlungsrichter* 326
4.3 Toegang tot bancaire informatie 329
4.3.1 Algemeen 329
4.3.1.1 Het bankgeheim (*das Bankgeheimnis*) 329
A) Begripsbepaling 329
B) Achtergronden en rechtsgrondslagen 331
4.3.1.2 Het *allgemeine Persönlichkeitsrecht* 334
4.3.1.3 Het *nemo-tenetur*beginsel 337
4.3.1.4 Het recht op toegang tot de rechter (*die Rechtsweggarantie*) 340
4.3.2 Toegang tot bancaire informatie in het financiële toezicht 343

UITGEBREIDE INHOUDSOPGAVE

4.3.2.1	Bestuursrechtelijk toezicht (*Überwachung*)	343
	A) Administratie- en meldplichten	343
	B) De bank als onder toezicht gestelde	346
	C) De bank als derde	348
4.3.2.2	Het *Ordnungswidrigkeitenverfahren*	348
4.3.2.3	Rechtsbescherming	350
4.3.3	Toegang tot bancaire informatie in het belastingrecht	352
4.3.3.1	Heffings- en toezichtfase	353
	A) De bank als belastingplichtige	353
	B) De bank als derde – het 'bankgeheim' van § 30a AO	357
	C) De bank(medewerker) als verdachte	362
4.3.3.2	Sfeerovergang en sfeercumulatie	364
4.3.3.3	Het (fiscale) opsporingsonderzoek	367
	A) Zelfstandige bevoegdheden	368
	B) Onzelfstandige bevoegdheden	377
4.3.3.4	Het *Ordnungswidrigkeitenverfahren*	378
4.3.3.5	Rechtsbescherming	378
	A) Rechtsbescherming in het fiscale traject	378
	B) Rechtsbescherming in gevallen van sfeercumulatie	380
	C) Rechtsbescherming in het strafrechtelijke traject	381
4.4	Geheimhouding, doelbinding en informatie-uitwisseling	384
4.4.1	De BAFin	385
4.4.1.1	Het ambtsgeheim	385
	A) Omvang en achtergronden	385
	B) Uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht	387
4.4.1.2	De bescherming van persoonsgegevens	388
4.4.2	De *Finanzbehörde*	389
4.4.2.1	Het ambtsgeheim (*das Steuergeheimnis*)	389
	A) Omvang en achtergronden	389
	B) Uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht	392
	C) Rechtsbescherming	395
4.4.2.2	De bescherming van persoonsgegevens	395
4.4.3	De *Staatsanwaltschaft*	397
4.4.4	Samenwerking: *Amtshilfe*, *Rechtshilfe* en andere vormen van samenwerking	401
4.4.4.1	Begrip en omvang van de plicht tot *Amts-* en *Rechtshilfe*	401
4.4.4.2	Andere vormen van samenwerking	404
4.5	Internationale samenwerking	405
4.5.1	Inleiding	405
4.5.2	De BAFin	406
4.5.2.1	De BAFin als aangezochte partij	406
	A) Rechtsbronnen en omvang van de plicht tot samenwerking; geheimhouding en doelbinding	406
	B) Procedure en instrumentarium	409
	C) Rechtsbescherming	410

4.5.2.2 De BAFin als verzoekende partij 410
4.5.3 De *Finanzbehörde* 412
4.5.3.1 De Belastingdienst als aangezochte partij 412
A) Rechtsbronnen en omvang van de plicht tot samenwerking 412
B) Procedure en instrumentarium 417
C) Geheimhouding en doelbinding 420
D) Rechtsbescherming 421
4.5.3.2 De Belastingdienst als verzoekende partij 422
4.5.3.3 Politiële samenwerking: de positie van de Steufa 426
4.5.4 De *Staatsanwaltschaft* 427
4.5.4.1 De *Staatsanwaltschaft* als verstrekkende partij 427
A) Rechtsbronnen en omvang van de (justitiële) samenwerking; geheimhouding en doelbinding 427
B) Procedure en instrumentarium 433
C) Rechtsbescherming 437
4.5.4.2 De *Staatsanwaltschaft* als verzoekende partij 440
A) Omvang van de aanspraak op rechtshulp; procedure 440
B) Geheimhouding en doelbinding 443
C) Rechtsbescherming 444
4.6 Conclusies naar aanleiding van het Duitse recht 445

5 Zwitserland 451

5.1 Inleiding 451
5.2 Taken en organisaties van de betrokken autoriteiten 453
5.2.1 De financiële toezichthouder (*die Eidgenössische Bankenkommission*) 453
5.2.1.1 Taken en organisatie 453
5.2.1.2 De voorgenomen hervorming van het toezicht 455
5.2.1.3 Samenwerking met andere autoriteiten 457
5.2.1.4 Punitieve handhaving; het Zwitserse (effecten)strafrecht 459
A) Het federale *Verwaltungsstrafrecht* 460
B) De procedure op basis van de *Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht* 464
5.2.2 De Belastingdienst (*die Finanzbehörde*) 466
5.2.2.1 Taken en organisatie 466
A) Federale en kantonnale belastingen 466
B) Kantonnale autoriteiten (*das Steueramt*) 468
C) Federale autoriteiten (*die Eidgenössische Steuerverwaltung*) 469
5.2.2.2 Punitieve handhaving 470
A) Het Zwitserse fiscale straf(proces)recht 470
B) Procedures door de kantonnale fiscale autoriteiten 473
C) Procedures door de federale fiscale autoriteiten 474
D) Excursie: procedures door de kantonnale justitiële autoriteiten 476
E) Een eerste serie conclusies 477

UITGEBREIDE INHOUDSOPGAVE

5.2.2.3 Sfeerovergang en sfeercumulatie 478
A) Cumulatie van naheffing en bestraffing 479
B) Cumulatie van belastingontduiking en fiscaal bedrog bij de directe belastingen 484
C) Een tweede serie conclusies 488
5.2.3 Het Openbaar Ministerie (*die Staatsanwaltschaft*) 489
5.2.3.1 Vooraf: naar een federaal Wetboek van Strafvordering 489
5.2.3.2 Taken en organisaties van de betrokken autoriteiten 491
A) Kantonnale autoriteiten (*die Staatsanwaltschaft*) 491
B) Federale autoriteiten (*die Bundesanwaltschaft*) 492
C) Onderlinge afstemming en coördinatie 493
5.2.3.3 De *Staatsanwaltschaft* en haar positie in het strafproces 494
5.2.3.4 De *Staatsanwaltschaft* en de proactieve opsporing 497
5.2.3.5 De verhouding tot het *Zwangsmassnahmengericht* 500
5.3 Toegang tot bancaire informatie 501
5.3.1 Algemeen 501
5.3.1.1 Het bank- en beursgeheim (*das Bankgeheimnis & Börsengeheimnis*) 502
A) Begripsbepaling 502
B) Achtergronden en rechtsgrondslagen 505
5.3.1.2 De bescherming van de persoonlijkheid (*der Persönlichkeitsschutz*) 507
5.3.1.3 Het *nemo-tenetur*beginsel 510
5.3.1.4 Het recht op toegang tot de rechter 513
5.3.2 Toegang tot bancaire informatie in het financiële toezicht 515
5.3.2.1 Toezichtsbevoegdheden 516
A) De bank als onder toezicht gestelde 517
B) De bank als derde 518
C) De bank als (potentieel) verdachte 518
5.3.2.2 Rechtsbescherming 519
5.3.3 Toegang tot bancaire informatie in het belastingrecht 521
5.3.3.1 De heffings- en controlefase (*Veranlagungsverfahren*) 522
A) Directe belastingen 522
B) De *Verrechnungssteuer* 526
C) Rechtsbescherming 527
5.3.3.2 Repressief toezicht; onderzoeken door de BSU 529
A) Strafvorderlijke én fiscale bevoegdheden 529
B) Rechtsbescherming 533
5.3.3.3 Strafvervolging 534
A) Directe belastingen 534
B) De *Verrechnungssteuer* 535
5.3.4 Toegang tot bancaire informatie in het strafprocesrecht 535
5.3.4.1 Strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden 536
5.3.4.2 Rechtsbescherming 541
A) Partijen en partijrechten 542
B) Rechtsmiddelen 543

5.4 Geheimhouding, doelbinding en informatie-uitwisseling 545
5.4.1 Het ambtsgeheim 545
5.4.1.1 De *Eidgenössische Bankenkommission*/EBK 545
A) Algemeen 545
B) Alsnog: toegang tot bancaire informatie voor de fiscus? 548
5.4.1.2 De *Finanzbehörde* 551
5.4.1.3 De *Staatsanwaltschaft* 555
5.4.2 Samenwerking op nationaal niveau: de *Amtshilfe* en *Rechtshilfe* 556
5.4.2.1 *Amtshilfe* in het financiële toezicht 558
5.4.2.2 *Amtshilfe* in fiscalibus 558
5.4.2.3 *Rechtshilfe* in strafrechtelijke aangelegenheden 561
A) *Rechtshilfe* door de EBK en de fiscus 562
B) *Rechtshilfe* tussen justitiële autoriteiten onderling 563
5.4.2.4 Rechtsbescherming tegen informatie-uitwisseling 567
5.5 Internationale samenwerking 568
5.5.1 Zwitserland en de Europese Unie 570
5.5.1.1 Een korte historie 570
5.5.1.2 De *Bilaterale Abkommen II* 572
5.5.2 De EBK 573
5.5.2.1 De EBK als verstrekkende partij 573
A) Rechtsbronnen en omvang van de samenwerking 573
B) Procedure en instrumentarium 576
C) Geheimhouding en doelbinding 579
D) Rechtsbescherming 582
5.5.2.2 De EBK als verzoekende partij 586
A) Omvang van de aanspraak op bijstand 586
B) Procedure 588
C) Doelbinding en geheimhouding 588
D) Rechtsbescherming 589
5.5.3 De *Finanzbehörde* 590
5.5.3.1 De *Finanzbehörde* als verstrekkende partij 591
A) Rechtsbronnen en omvang van de samenwerking 596
B) Procedure en instrumentarium; rechtsbescherming 596
C) Geheimhouding en doelbinding 599
5.5.3.2 De *Finanzbehörde* als verzoekende partij 602
5.5.4 De *Staatsanwaltschaft* 602
5.5.4.1 De *Staatsanwaltschaft* als verstrekkende partij 602
A) Rechtsbronnen van de strafrechtelijke samenwerking 602
B) Omvang van de strafrechtelijke samenwerking 604
C) Procedure en instrumentarium 615
D) Geheimhouding en doelbinding 622
E) Rechtsbescherming 625
5.5.4.2 De *Staatsanwaltschaft* als verzoekende partij 628
A) Omvang van de aanspraak op rechtshulp 628
B) Procedure; rechtsbescherming 631

UITGEBREIDE INHOUDSOPGAVE

	C) Geheimhouding en doelbinding	632
5.6	Conclusies naar aanleiding van het Zwitserse recht	632
6	**Transnationaal gegevensverkeer in vergelijkend perspectief**	639
6.1	Inleiding	639
6.2	Nationale rechtshandhaving en het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp	640
6.2.1	Inleiding	640
6.2.2	De fiscale rechtshandhaving	641
6.2.3	De financiële rechtshandhaving	643
6.2.4	De eerste conclusies	644
6.2.5	Sfeercumulatie; (controle op) gelijktijdige taak- en bevoegdheden-uitoefening	645
6.3	Een stagnerende transnationale samenwerking	651
6.3.1	Aan de poorten van het systeem: de grootste gemene deler I	651
6.3.2	Eenmaal binnen de muren: de grootste gemene deler II	657
6.3.3	Zin en onzin van het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp	660
6.3.3.1	De vertrouwenspositie van het bestuur (toezichthouder)	660
6.3.3.2	De aard en ernst van de onderliggende feiten	661
6.3.3.3	Het tegengaan van misbruik: de grootste gemene deler III	664
6.3.3.4	De *silver-platter*problematiek	667
6.3.3.5	Samenvatting en evaluatie	668
6.4	Inwilligbare verzoeken om rechtshulp of bijstand	669
6.4.1	(Controle op) de vergaring van gegevens	671
6.4.1.1	Toegang tot bancaire gegevens	671
6.4.1.2	De interstatelijke vertrouwensregel	674
6.4.1.3	De systeembreuk	679
6.4.1.4	Rechtsbescherming tegen het verlenen van bijstand, c.q rechtshulp	686
6.4.1.5	Samenvatting en evaluatie	691
6.4.2	(Controle op) het gebruik en de verstrekking van gegevens	693
6.4.2.1	De rol van het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel	694
6.4.2.2	De extraterritoriale werking van het bankgeheim?	697
6.4.2.3	Rechtsbescherming in de forumstaat	699
7	**Beantwoording van de probleemstelling en aanbevelingen**	705
7.1	De probleemstelling beantwoord	705
7.2	Aanbevelingen	710
7.2.1	Hoofdlijnen voor een alternatief systeem in de EU	710
7.2.2	Het perspectief van de verzoekende staat	718
7.2.3	Het perspectief van de aangezochte staat	724
7.2.4	Het perspectief van de forumstaat	732
7.2.5	De rol van het Hof van Justitie en de Europese Commissie	741

GRENSOVERSCHRIJDENDE SFEERCUMULATIE

Samenvatting 745
Summary 757
Lijst van aangehaalde literatuur 769
Lijst van aangehaalde jurisprudentie 791
Curriculum vitae 799

Afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
AEAO	Anwendungserlaß Abgabenordnung (DE)
AFG	Anlagefondsgesetz (CH)
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AIDP	Association Internationale de Droit Pénal
AIVD	Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst
AJP/PJA	Allgemeine Juristische Praxis (CH)
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
AnSVG	Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes – Anlegerschutzverbesserungsgesetz (DE)
AO	Abgabenordnung 1977 (DE)
AP	Aanvullend Protocol ERV 1978
Ap	Außenprfung (DE)
AS	Amtliche Sammlung (CH)
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (CH)
ASB	Anweisungen für das Straf- und Bußgeldverfahren (DE)
ASIC	Australian Securities & Investments Commission
ATV	Aanmeldings-, transactie- en vervolgingsrichtlijnen
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awbi	Algemene wet op het binnentreden
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BAFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (DE)
BAKred	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (DE)
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz) (CH)
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen
BAWe	Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (DE)
BBBB	Besluit bestuurlijke boeten belastingdienst
BBG	Bundesbeamtengesetz (DE)
BBl	Bundesblatt (CH)
BdBSt	Beschluss über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (CH)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz (CH/DE)
BEHG	Bundesgesetz über den Börsen- und Effektenhandel (CH)
BEHV-EBK	Börsenverordnung-EBK (CH)
BESKO	Besondere Steuerkontrollorgane (CH)
BFH	Bundesfinanzhof (DE)
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofes (DE)
BGBl	Bundesgesetzblatt (DE)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts/ Bundesgerichtsentscheid (CH)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (CH)

BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (DE)
BIRS	Bureau internationale rechtshulp in strafzaken/ministerie van Justitie
BJ	Bundesamt für Justiz (CH)
BKA	Bundeskriminalamt (DE)
BKAG	Bundeskriminalamtgesetz (DE)
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (DE)
BNB	Beslissingen in belastingzaken/Nederlandse belastingrechtspraak
BOB	(Wet op de) bijzondere opsporingsbevoegdheden
BOD	(Wet op de) bijzondere opsporingsdiensten
BörsG	Börsengesetz (DE)
BPG	Bundespersonalgesetz (CH)
BpO	Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Betriebsprüfung – Betriebsprüfungsordnung (DE)
BPV	Bundespersonalverordnung (CH)
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (DE)
BStBl	Bundessteuerblatt (DE)
BStP	Bundesstrafrechtspflegegesetz (CH)
BSU	Abteilung Besondere Steueruntersuchungen EStV (CH)
BtG	Bundesbeamtengesetz (CH)
BTW	Belasting over de toegevoegde waarde
BÜPF	Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (CH)
BuStra	Bußgeld- und Strafsachenstelle (DE)
BV	Bundesverfassung (CH)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (DE)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (DE)
BZSt	Bundeszentralamt für Steuern (DE)
CBb	College van beroep voor het bedrijfsleven
CESR	Committee of European Securities Regulators
CH	Confoederatio Helvetica/Zwitserland of Zwitserse bondsstaat
CH-StPO	(Ontwerp voor een) Schweizerische Strafprozessordnung (CH)
CJ	Corpus Juris
COB	Commission de Operation de Bourse (F)
CONSOB	Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (I)
DBA CH-DE	Schweizerisch-deutsches Doppelbesteuerungsabkommen
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (CH)
DD	Delikt en delinkwent
Diss.	Dissertatie/Dissertation
DNB	De Nederlandsche Bank
DRiG	Deutsches Richtergesetz (DE)
DSG	Datenschutzgesetz (DE/CH)
DStR	Deutsches Steuerrecht (DE)
EAB	Europees aanhoudingsbevel
EBB	Europees bewijsverkrijgingsbevel

AFKORTINGEN

EBK	Eidgenössische Bankenkommission (CH)
ECD	Economische controledienst (Belastingdienst)
EComRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
Ecr	Eerste coördinatierichtlijn bankrecht
EER	Europese economische ruimte
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement (CH)
EG	Europese Gemeenschap
EG-AHIG	EG-Amtshilfegesetz (DE)
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz (DE)
EGV	EG-verdrag/Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (NL: EVRM)
EPS	Europese politieke samenwerking
ERV	Europees rechtshulpverdrag 1959 van de Raad van Europa
ESC	European Securities Committee
EStG	Einkommensteuergesetz (DE)
EStV	Eidgenössische Steuerverwaltung (CH)
EU	Europese Unie
EURS	European Revenue Service
EUV	EU-verdrag/Verdrag betreffende de Europese Unie
EVA	Europese Vrijhandelsassociatie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FA/FÄ	Finanzamt/Finanzämter (DE)
FATF	Financial Action Task Force
FEC	Financieel Expertise Centrum
FED	Fiscaal Weekblad FED
FGO	Finanzgerichtsordnung (DE)
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (DE)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht/FINMA (CH)
FINMAG	(voorstel voor een) Finanzmarktaufsichtsgesetz (CH)
FIOD	Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (Belastingdienst)
FIOD-ECD	Belastingdienst/FIOD-ECD
FSAP	Financial Services Action Plan
FVG	Finanzverwaltungsgesetz (DE)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz (DE)
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt (DE)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (DE)
GVO	Gerechtelijk vooronderzoek
Gw	Grondwet
GWG	Geldwäschereigesetz (CH)
Habil.	Habilitation(sschrift) (DE)

HBG	Hessisches Beamtengesetz (DE)
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Hrsg.	Herausgeber (NL: redactie)
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IB	(Wet op de) inkomstenbelasting
IBBD/IDBB	Wet invoering bestuurlijke boete en dwangsom
ICT	Intracommunautaire transactie (BTW)
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IFA	International Fiscal Association
InsO	Insolvenzordnung (DE)
InvG	Investmentgesetz (DE)
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
IRC	Internationaal Rechtshulpcentrum
IRG	Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (DE)
IRS	(Wegleitung zur) Internationale(n) Rechtshilfe in Strafsachen (CH)
IRSG	Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (CH)
IRSV	Verordnung über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (CH)
IVBPR	Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (VN)
JA	Juristische Arbeitsblätter: für Ausbildung und Examen (DE)
JB	Jurisprudentie bestuursrecht
JOL	Jurisprudentie online
JOR	Jurisprudentie ondernemingsrecht
JV	Justitiële Verkenningen
KAG	Kapitalanlagegesellschaft (DE)
KWG	Kreditwesengesetz (DE)
LB	(Wet op de) loonbelasting
LIRC	Landelijk Internationaal Rechtshulpcentrum
MBB	Maandblad belasting beschouwingen
MiFID	Markets in financial instruments directive
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MOT	Meldpunt ongebruikelijke transacties
MoU	Memorandum of Understanding
MRK	zie EMRK
NB Straf	Nieuwsbrief strafrecht
NFA	(Voorstel voor een) Bundesgesetz über die Schaffung und die Änderung von Erlassen zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (CH)
NJ	Nederlandse jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

AFKORTINGEN

NTB	Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht
NVB	Nederlandse vereniging van banken
NZSt	Neue Zeitschrift für Strafrecht (DE)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development = OESO
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OFD	Oberfinanzdirektion (DE)
OLG	Oberlandesgericht (DE)
OM	Openbaar Ministerie
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz (DE)
PolR	(Wet of besluit) politieregisters
Polw	Politiewet 1993
Rawb	Rechtspraak algemene wet bestuursrecht
Rb.	(Arrondissements)rechtbank
RBD	Richtlijn beleggingsdiensten
r-c	Rechter-commissaris
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (DE)
RiVASt	Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten (DE)
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
SAA	Schengen Assoziierungsabkommen (CH)
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung (CH)
SEC	Securities and Exchange Commission
SER	Sociaal-Economische Raad
SEW	Tijdschrift voor Europees en economisch recht.
SGG	Bundesgesetz über das Bundesstrafgericht/Strafgerichtsgesetz (CH)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (CH)
SNB	Schweizerische Nationalbank (C)
SO	Selectie-overleg (FEC)
Sr	Wetboek van Strafrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (CH)
ST	Der Schweizer Treuhänder (CH)
Stb	Staatsblad
Stcrt	Staatscourant
STE	Stichting Toezicht Effectenverkeer
Steufa	Steuerfahndung (DE)
StGB	Strafgesetzbuch (DE en CH)
StHG	Steuerharmonisierungsgesetz (CH)
StPO	Strafprozeßordnung/Strafprozessordnung (DE/CH)
STR	Steuer Revue/Revue fiscale (CH)
StraBEG	Strafbefreiungserklärunggesetz (DE)
StV	Strafverteidiger (DE)
StVj	Steuerliche Vierteljahresschrift (DE)

SUO	Schengen Uitvoeringsovereenkomst
Sv	Wetboek van Strafvordering
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (CH)
Tcr	Tweede coördinatierichtlijn bankrecht
TIOS	FIOD/Team Internationale Opsporingssamenwerking
TOS	Tijdschrift voor onderneming en strafrecht
UrBd	Uitvoeringsregeling belastingdienst 2003
VA	Verwaltungsakt (DE)
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz (CH)
VAR	Vereniging voor Bestuursrecht
VerkprospG	Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz (DE)
VGG	Bundesgesetz über das Verwaltungsgericht (CH)
VIES	Value Added Tax Information Exchange System
VIV	Voorschrift informatieverstrekking 1993
VN	Vakstudie Nieuws
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (CH)
VStG	Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer/Verrechnungssteuergesetz (CH)
VStR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (CH)
VÜPF	Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (CH)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (DE)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (DE)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren/ Verwaltungsverfahrensgesetz (CH)
WABB	OESO/Raad van Europa-verdrag over de wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken
WAHV	Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften/ Wet Mulder
WAK	Kommission für Wirtschaft und Abgaben (CH)
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
WED	Wet op de economische delicten
WFR	Weekblad voor fiscaal recht
Wft	Wet op het financieel toezicht
WIB	Wet inzake de wederzijdse administratieve bijstand bij de heffing van belastingen
Wjsg	Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens
WM	Wertpapiermitteilungen (DE)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz (DE)
Wpolr	Wet politieregisters
WpPG	Wertpapierprospektgesetz (DE)
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (DE)
Wte	Wet toezicht effectenverkeer 1995
Wtk	Wet toezicht kredietwezen 1992

AFKORTINGEN

ZBL	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (CH)
ZBStG	Bundesgesetz zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Europäischen Gemeinschaf (CH)
ZH	Zürich (CH)
ZH-GVG	Gerichtsverfassungsgesetz van het kanton Zürich (CH)
ZH-StG	Steuergesetz van het kanton Zürich (CH)
ZH-StPO	Strafprozessordnung van het kanton Zürich (CH)
ZH-STvG	Gesetz über das kantonale Strafrecht van het kanton Zürich (CH)
ZH-VRG	Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen/ Verwaltungsrechtspflegegesetz van het kanton Zürich
ZLR	Zeitschrift für Lebensmittelrecht (DE)
ZPO	Zivilprozeßordnung (DE)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (CH)
ZStR	Zeitschrift für Strafrecht (CH)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (DE)

1 Inleiding

1.1 GRENSOVERSCHRIJDENDE SFEERCUMULATIE: EEN ILLUSTRATIE

In de EU wordt in de regel gekozen voor indirecte handhaving. De daadwerkelijke uitvoering van de doelstellingen die voortvloeien uit de Verdragen en uit afgeleid EG- en Unierecht, ligt in zo'n systeem niet in de handen van Europese instellingen, maar in die van de lidstaten. Deze zijn verantwoordelijk voor de rechtshandhaving. Zij hebben in beginsel de *jurisdiction to enforce*. De lidstaten zijn echter, anders dan bijvoorbeeld de actoren op de financiële markten en degenen die van die markten misbruik maken, gebonden aan de eigen landsgrenzen. Het volkenrechtelijke soevereiniteitsbeginsel staat hen niet toe om op het grondgebied van een andere staat te opereren zonder diens toestemming. In de Europese Unie is dit al snel problematisch. Immers, enerzijds streeft men in Europa juist het wegvallen van de binnengrenzen na, anderzijds blijven de autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de handhaving wel gebonden aan hun grenzen.

Om de rechtshandhaving in transnationale situaties in de EU toch in goede banen te leiden, is samenwerking nodig tussen de lidstaten onderling (*horizontale samenwerking*) en tussen de lidstaten en de Europese instellingen (*verticale samenwerking*). Deze kan op veel verschillende zaken betrekking hebben, zoals de afstemming en coördinatie van werkzaamheden tussen de landen, het overleveren van personen voor strafvervolging of -executie, de overname van de executie van beslissingen of vonnissen uit andere staten, maar ook het verlenen van hulp bij het verrichten van onderzoek, bijvoorbeeld ten behoeve van een later gebruik als bewijs. De samenwerking in de onderzoeksfase heeft momenteel plaats op basis van een tweetal juridische instrumenten, namelijk de zogenaamde wederzijdse administratieve bijstand (*Amtshilfe*, *mutual assistance in administrative matters*, *entraide administrative*) en de wederzijdse strafrechtelijke rechtshulp (*Rechtshilfe*, *mutual assistance in criminal matters*, *entraide judicaire*). Over deze twee instrumenten en vooral over hun onderlinge verhouding gaat dit onderzoek.

Het is lastig beide vormen van samenwerking te definiëren. Ze kunnen alletwee worden omschreven als het verlenen van assistentie aan autoriteiten uit een andere staat, bijvoorbeeld door het verstrekken van gegevens of documenten of het stellen van onderzoekshandelingen, ten behoeve van de taakuitoefening van laatstgenoemden.[1] Het hoeft niet noodzakelijk te gaan om hulp of assistentie in de onderzoeksfase, hoewel ik me daartoe in het onderstaande wel zal beperken. De autoriteit die hulp verleent, staat daarbij in een horizontale relatie tot de autoriteit aan wie hulp wordt verleend. Van een gezagsrelatie is geen sprake. In de regel past de hulpverlenende autoriteit zijn eigen recht toe (*locus regit actum*), ook al wordt het materiaal dat hij verstrekt, gebruikt in procedures in de andere staat, waar mogelijk geheel andere rechtsnormen gelden.

---

1 Vgl. Wettner (2005), p. 198.

Hoewel er conceptueel vele overeenkomsten bestaan tussen beide vormen van samenwerking, zijn er ook veel verschillen. Deze hebben betrekking op de aard van de betrokken autoriteiten en de doeleinden van de samenwerking, de instrumenten die kunnen worden ingezet en de rechtswaarborgen en controlemechanismen die gelden ter bescherming van de burger.[2] Die verschillen komen ook tot uiting in de naamgeving. Immers, bij de rechtshulp gaat het om 'strafrechtelijke' zaken, terwijl de bijstand bedoeld is voor 'administratieve' zaken. Het gevolg van dit verschil is dat ook de autoriteiten die bij de bijstands-, c.q. rechtshulpverlening zijn betrokken, verschillen. Officieren van justitie zullen van de rechtshulp gebruik maken, terwijl medewerkers van bijvoorbeeld de belastingdienst gebruik maken van de bijstand. Ook het type handelingen dat kan worden verricht, is vaak verschillend, net als de wijze van controle die wordt uitgeoefend op het interstatelijke gegevensverkeer en, *last but not least*, de rechten en plichten van de betrokken burgers daarin. Op grond van de wederzijdse rechtshulp kan bijvoorbeeld om de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen wordt gevraagd, zoals doorzoeking en inbeslagneming. Die mogelijkheden ontbreken doorgaans in de bijstand.[3] Daar beschikt men vaak over de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen of inzage in documenten. Vaak zijn aan deze bevoegdheid van de betrokken autoriteit corresponderende medewerkingsplichten voor burgers en bedrijven gebonden. In de rechtshulp ontbreken juist dergelijke medewerkingsplichten of zijn ze sterk afgezwakt, in ieder geval jegens de verdachte.

In de huidige systematiek van de transnationale EU-samenwerking wordt de bijstand dus gebruikt voor bestuurlijke doeleinden, terwijl de rechtshulp is aangewezen bij strafrechtelijke doeleinden. Aldus lijkt een helder en werkbaar onderscheid tussen beide samenwerkingsvormen te bestaan. Schijn bedriegt echter. Laat ik dit illustreren met een praktijkvoorbeeld. Begin jaren negentig liep in het Verenigd Koninkrijk een strafrechtelijk onderzoek naar vermeende belastingfraude door een rechtspersoon naar Engels recht. De vermoede frauduleuze handelingen bestonden uit het tussen 1976 en 1991 aanbieden van valse facturen, danwel facturen tot een te hoog bedrag aan de verdachte vennootschap teneinde de winst van dat bedrijf met ongeveer £ 150 miljoen te verlagen. De facturen hadden betrekking op de transportkosten van auto's van Japan naar het Verenigd Koninkrijk. In het kader van dit onderzoek werd door de bevoegde Engelse autoriteit een rechtshulpverzoek uitgedaan naar Nederland. Het doel daarvan was te achterhalen welke persoon feitelijk de zeggenschap had over de Engelse rechtspersoon. Het spoor leidde naar verschillende Nederlandse vennootschappen. De Nederlandse rechter-commissaris had in verband met het verzoek van de Engelse autoriteiten bij een trustmaatschappij een aantal bescheiden in beslag genomen.

---

2 Vgl. Klip & Vervaele (2002), p. 11-12.

3 Voor sommige specifieke terreinen is dit overigens ook via de bijstand mogelijk; vgl. Verordening 515/97 betreffende de wederzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de lidstaten en de samenwerking tussen deze autoriteiten en de Commissie met het oog op de juiste toepassing van de douane- en landbouwvoorschriften, Pb EG 1997 L 82/1.

INLEIDING

De trust verzette zich fel tegen het rechtshulpverzoek. Wat was het probleem? Eerder had de Nederlandse Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (FIOD) in dezelfde zaak op verzoek van de Engelse fiscus ook al inzage gevorderd in de boeken en de bescheiden die de trustmaatschappij onder zich had. Dat verzoek was echter gedaan ter uitvoering van een verzoek om wederzijdse bijstand op grond van EG-richtlijn 77/799[4] aan Nederland door Engeland. Het bijstandsverzoek kon toen echter niet helemaal worden ingewilligd, omdat de trust alleen gehouden was de stukken die niet ouder waren dan tien jaar af te geven. Die beperking vloeide voort uit art. 53 Algemene wet inzake rijksbelastingen/AWR (oud) dat voor bepaalde (rechts)personen de plicht introduceert om een administratie te voeren en deze gedurende tien jaar te bewaren.

Het rechtshulpverzoek kwam dus binnen, nadat al gebleken was dat de oudere informatie (over 1982 en de voorgaande jaren) niet via de bijstand kon worden verkregen. Toen pas werd een verzoek om wederzijdse rechtshulp gedaan op grond van het Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken (ERV).[5] In de wederzijdse rechtshulp bestaat de beperking tot tien jaar namelijk niet. Bovendien biedt de rechtshulp de mogelijkheid van een doorzoeking, een mogelijkheid die de fiscale bijstand niet kent. Uit een faxbrief van de FIOD aan de officier van justitie bleek volgens de trust dat het verzoek om rechtshulp uitsluitend was gedaan ter verkrijging van het niet ter inzage verstrekte dossier. Het verzoek om rechtshulp zou daarom alleen maar strafrechtelijk zijn ingekleed om gebruik te kunnen maken van het dwangmiddel van inbeslagneming.

We zien dus dat in dezelfde zaak eerst door fiscale autoriteiten samenwerking werd gezocht en daarna door strafvorderlijke. Is dat, zoals de trust meent, inderdaad niet wat vreemd? De casuspositie suggereert dat toen het volgen van de ene weg (bijstand) niet opleverde wat men wilde, men maar de andere (rechtshulp) probeerde. Duidt dat niet op misbruik van bevoegdheid, op *détournement de pouvoir*? Worden hier niet de verschillende rechten en plichten van de betrokken trust uit de fiscale en strafrechtelijke sfeer tegen elkaar uitgespeeld en wordt niet aldus zijn rechtspositie uitgehold? De Nederlandse rechters oordelen van niet.[6] Een Nederlandse rechtbank overwoog dat het feit dat in eerste instantie een fiscaal administratief onderzoek op basis van wederzijdse bijstandsverlening tussen de Nederlandse en de Engelse belastingdiensten was verricht, aan het door de Engelse autoriteiten gedane rechtshulpverzoek niet in de weg stond. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. Hij meende dat een onderzoek naar de vraag, of de autoriteit van een verzoekende staat misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid, niet behoort tot de taak van de rechter die oordeelt over een beklag als in deze zaak aan de orde was. Beide rechters wilden dus niet aan een misbruiktoets, zij het om verschillende redenen.

Het oordeel van de Nederlandse rechtbank valt beter te begrijpen als we acht slaan op de eigenaardigheden van de uitvoering en handhaving van het fiscale recht,

---

4 Pb EG 1977 L 336/15.

5 Trb. 1965, 10; European Treaty Series 30.

6 HR 30 november 1993, nr. 2963B, Infobulletin 1994, 746. Zie over dezelfde zaak ook ABRvS 11 februari 1997, nr. R.01.93.018, Infobulletin 1994, 424.

maar meer in het algemeen het sociaal-economische recht, waarop ook het EG-recht de nodige invloed uitoefent. Het is genoegzaam bekend dat met de opkomst van de moderne verzorgingsstaat de aard en intensiteit van het overheidsoptreden sterk is veranderd en gegroeid. Dit proces beperkte zich niet tot interventies van regelgevende aard, maar zag ook op de uitvoering en handhaving van die nieuwe regels. Een goed voorbeeld daarvan vormen, naast het fiscale terrein, het banken- en het effectenwezen, die vrij snel na de beurskrach van oktober 1929 in veel landen onder overheidstoezicht kwamen.[7] Nieuwe uitdagingen rezen. Om tal van redenen bleek (en blijkt) sociaal-economisch recht lastig handhaafbaar. Dat heeft bijvoorbeeld niet alleen te maken met de complexiteit van de onderliggende normen, maar ook met de geringe zichtbaarheid van overtredingen, onder meer door de afwezigheid van concrete slachtoffers.[8] Deze processen leidden, naast de opkomst van bestuursrechtelijke handhaving, ook tot een herbezinning op de functies van het strafrecht en het politierecht die zich in de liberale nachtwakerstaat richtten op de bescherming van de 'klassieke' rechtsgoederen als het recht op leven en eigendom, respectievelijk op de bescherming van de openbare orde. Gaandeweg breidde de justitiële overheid haar werkterrein uit tot de bescherming van de nieuwe rechtsgoederen, terwijl ook de niet-justitiële overheid, het bestuur, zich bezighield met de handhaving ervan. Aldus raakten bestuur en justitie op veel terreinen sterk op elkaar aangewezen.

De sterke onderlinge betrekkingen die zijn ontstaan tussen wetsuitvoering en handhaving en de verwevenheid tussen bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving op nationaal niveau, kunnen verklaren waarom de Nederlandse rechters in het bovenstaande geval misbruik van bevoegdheid niet wilden aannemen. De uitvoering van de wet, het onderzoek of deze wordt nageleefd (preventieve handhaving), het verdere onderzoek bij vermoede overtredingen en, in voorkomend geval, de oplegging van sancties (repressieve handhaving) liggen in elkaars verlengde en lopen vaak zelfs in tijd met elkaar gelijk.[9] Vaak zijn dezelfde gegevens interessant voor én de vaststelling van de belastingschuld én het onderzoek naar, c.q. de bestraffing van overtredingen. Vanuit deze optiek is het zelfs begrijpelijk dat in voornoemde zaak eerst een bijstands- en daarna een rechtshulpverzoek werd gedaan. Van Veen verwoordde een en ander (in de Nederlandse context) eerder in de treffende stelling dat toezicht en opsporing wel te onderscheiden, maar nauwelijks te scheiden zijn.[10] Toch bevredigt deze visie ook niet helemaal. Problematisch is vooral dat aan het juridische onderscheid tussen preventief en repressief onderzoek, en vooral dat tussen bestuursrechtelijk toezicht en strafrechtelijke opsporing, voor de justitiabele verschillende rechten en plichten kleven. De vraag in welke hoedanigheid een

---

7 Voorbeelden daarvan vormen de oprichting van toezichthouders als de *Securities and Exchange Commission*/SEC in de Verenigde Staten en de *Commission de Operation de Bourse*/COB in Frankrijk. De laatste is in 2003 opgegaan in de *Autorité des marchés financiers*/AMF.

8 Vgl. onder meer Corstens (1984), Dannecker (2000), Vervaele & Widdershoven (1991) en vele anderen.

9 Het onderscheid tussen uitvoering, preventieve en repressieve handhaving, inclusief bestraffing, is afkomstig van Duk (1999), p. 201-215.

10 In zijn noot bij HR 26 april 1988, NJ 1989, 390.

persoon, die tegelijk belastingplichtige en verdachte kan zijn, wordt benaderd, is wel degelijk relevant. Een cumulatie van de fiscale sfeer met de strafrechtelijke zorgt al snel voor een uitholling van zijn rechtspositie. Het bekende conflict tussen de fiscale medewerkingsplicht en het strafvorderlijk zwijgrecht is hiervan wellicht nog de beste illustratie. De situatie kan zich namelijk voordoen dat een betrokkene in het fiscale onderzoek tot medewerking verplicht is, maar in het gelijktijdig lopende strafrechtelijke onderzoek een zwijgrecht heeft. Om deze paradox het hoofd te bieden moeten vaak oplossingen worden gezocht, waarvan ernstig kan worden bewijfeld of ze niet in 'zelfs voor juristen zeer ijle hoogten van wereldvreemde nuance en subtiliteit (..) geraken.'[11] In zoverre bevredigt de oplossing van de Nederlandse rechters toch niet helemaal.

Uiteraard verliest deze constatering niet haar betekenis, zodra toezicht en opsporing de landsgrenzen overgaan. Door verschillen in rechtssystemen tussen staten zullen gevallen van grensoverschrijdende sfeercumulatie zich niet alleen vaker voordoen, maar bovendien leiden tot verdere complicering van een toch al lastig gebied. De precieze verhoudingen tussen bestuur en justitie kunnen per land aanzienlijk verschillen. Dat geldt ook in de Europese Unie en is eigen aan een systeem van indirecte handhaving. In de ene lidstaat kan het bestuur actief bij de strafrechtelijke opsporing zijn betrokken, maar in de andere juist niet. In de ene staat kan bestuursrechtelijke afdoening zijn ontwikkeld als een alternatief voor strafrecht, in de andere niet. In de ene staat kunnen bestuurs- en strafrechtelijk onderzoek parallel lopen, in de andere kan dit zijn verboden. Al deze variaties tonen aan dat ook het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp een stuk minder helder ligt dan men op het eerste gezicht vermoedt. De interstatelijke verschillen zijn simpelweg te groot. Zeker in de EU, die enerzijds voor de handhaving van haar belangen is aangewezen op de lidstaten en op samenwerking (indirecte handhaving), maar anderzijds ook een ware Europese rechtsruimte wil zijn (vgl. art. 2 EUV), is een onderzoek naar de onderlinge verhoudingen tussen bijstand en rechtshulp op zijn plaats. Volstaat daarin een onderscheid tussen wederzijdse administratieve en wederzijdse strafrechtelijke rechtshulp? Doet dat in afdoende mate recht aan verschillen tussen de lidstaten die inherent lijken aan een systeem van indirecte handhaving? Komen de belangen van de betrokken justitiabelen daarin tot hun recht? En de belangen van de Europese Unie zelf? Op deze vragen wil dit onderzoek een antwoord formuleren.

1.2 PROBLEEMSTELLING

Het Europese integratieproces voltrekt zich op veel meer terreinen dan alleen het fiscale. Toch is juist het fiscale terrein voor dit onderwerp relevant, omdat het een van de eerste terreinen is waar al vrij vroeg het belang van de samenwerking ter realisering van EG-doelstellingen op de kaart werd gezet. Voormelde Richtlijn 77/799 kwam bijvoorbeeld al in 1977 tot stand. Ik heb me evenwel niet willen

11 Aldus A-G Wattel in zijn conclusie bij HR 26 juni 2001, AB 2002, 342.

beperken tot alleen de fiscale samenwerking. In het onderzoek zal ik ook het gedragstoezicht op de financiële markten betrekken. Ook in het financiële toezicht is sprake van een relatief goed ontwikkelde samenwerking. Door een vergelijking van het 'fiscale' met het 'financiële' kan worden bekeken of en hoe de aan het einde van de vorige paragrafen opgeworpen vragen, die ik dadelijk zal concretiseren in een probleemstelling, op deze twee verschillende terreinen worden beantwoord.

Het is bovendien interessant te constateren dat de rechtshandhaving op fiscaal en financieel vlak, althans in Nederland, naar elkaar toegroeien. De Nederlandse operatie Clickfonds, die begon als een groot beursfraudeonderzoek, eindigde in tal van zaken als een fiscaalstrafrechtelijk onderzoek. Het leidde in Nederland tot interessante ontwikkelingen, zoals de bundeling van de expertise van de Economische Controledienst (ECD), belast met de financiële criminaliteit, en de Fiscale Inlichtingen en Opsporingsdienst (FIOD) tot één organisatie (belastingdienst/FIOD-ECD) en ook tot de oprichting van het Financieel Expertise Centrum/FEC, waarin fiscus, financieel toezichthouder, openbaar ministerie en opsporingsdiensten samenwerken ter bevordering van de integriteit van de financiële sector. Niet alleen de bestuurs- en strafrechtelijke handhaving groeien dus naar elkaar toe, hetzelfde geldt voor de fiscale en financiële rechtshandhaving. Is die ontwikkeling ook in EU-verband te signaleren?

Concreet leidt het voorgaande tot de volgende probleemstelling voor dit onderzoek:

> 'In hoeverre sluiten de wederzijdse administratieve bijstand en strafrechtelijke rechtshulp als vormen van internationale samenwerking aan op de organisatie van de fiscale en financiële rechtshandhaving in de EU-lidstaten?'

De probleemstelling heeft een nadere uitwerking nodig, waarbij vooral twee zaken vooraf moeten worden geëxpliciteerd. Het onderzoek zal ten eerste niet alleen beschrijvend van aard zijn, maar ook pogen te verklaren hoe er met interstatelijke verschillen en de gevolgen ervan voor de transnationale handhavingssamenwerking wordt omgegaan. Dát er verschillen tussen de EU-staten zullen bestaan, ligt in een systeem van indirecte handhaving immers voor de hand. De vraag is dus niet zozeer *of* zich verschillen voordoen, maar vooral *waar* ze zich precies voordoen en *wat* ze concreet meebrengen voor de handhavingssamenwerking én rechtsbescherming in transnationaal verband. Daarbij kan er worden gewezen op de jurisprudentie van het Hof van Justitie die de lidstaten en communautaire instellingen onderling tot loyale samenwerking verplicht[12] en die bovendien bepaalt dat de nationale handhaving van het gemeenschapsrecht moet voldoen aan eisen van gelijkwaardigheid, effectiviteit,

12 Vgl. HvJ EG 10 februari 1983, zaak 230/81, *Luxemburg/Parlement*, Jur. 1983, p. 255, en vooral HvJ EG 13 juli 1990, zaak 2/88-M, *strafzaak tegen J.J. Zwartveld e.a.*, Jur. 1990, p. I-03365. Vgl. voor de derde pijler HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *strafzaak tegen Maria Pupino*, Jur. 2005, p. I-05285, waarover onder meer Kristen & Simmelink (2005); Fletcher (2005).

afschrikwekkendheid en evenredigheid (art. 10 EGV).[13] Ik heb deze jurisprudentie vertaald naar de vooronderstelling dat er bij de indirecte handhaving en de eraan inherente interstatelijke verschillen een systeem van samenwerking nodig is dat anticipeert op die verschillen teneinde een minimumniveau van samenwerking te garanderen, zonder dat dit leidt tot een uitholling van de rechtspositie van de betrokken justitiabelen.

Dit onderzoek beoogt dus niet alleen beschrijvend te zijn, maar ook verklarend. Het beoogt bovendien alternatieven aan te dragen voor de huidige situatie en heeft in die zin ook een normerend doel. In het verlengde daarvan is het nodig om nog een tweede punt te expliciteren. Er woedt momenteel binnen EU-verband een brede discussie over de koers van de Europese Unie en in het bijzonder ook over de verdeling van verantwoordelijkheden en bevoegdheden tussen het lidstatelijke en Unie-niveau. Om de insteek van dit onderzoek en de aanbevelingen die daaruit zullen voortvloeien te kunnen positioneren, moet worden geëxpliciteerd dat ik de probleemstelling heb benaderd vanuit het perspectief van de Europese Unie als een ware rechtsruimte (art. 2 EUV). Dat heeft gevolgen voor een aantal politieke, maar ook juridische parameters. Ik kom daarop hieronder nog terug (paragraaf 1.4).

Concreet brengen beide vooronderstellingen mee dat ik de centrale probleemstelling verder uitwerk in de volgende deelvragen:

1. Welke invloed gaat er momenteel uit van het Europese (EG/EU) recht op de aard en organisatie van de fiscale en financiële rechtshandhaving en op de mogelijkheden tot transnationale handhavingssamenwerking?
2. Welke mogelijkheden tot transnationale samenwerking bestaan er voor de autoriteiten die in de verschillende lidstaten met de fiscale en financiële rechtshandhaving zijn belast? Kunnen stagnaties in de samenwerking worden verklaard (*rechtshandhavingsperspectief*)?
3. Welke rechtspositie hebben de justitiabelen in de fiscale en financiële rechtshandhaving en is deze ook in de transnationale handhavingssamenwerking gewaarborgd (*rechtsbeschermingsperspectief*)? Kunnen verschillen in rechtspositie in *innerstatelijk* en *interstatelijk* verband worden verklaard?
4. Welke alternatieven zijn er voorhanden in het geval er vanuit rechtshandhavings- of -beschermingsperspectief tekortkomingen worden geconstateerd?

1.3 DE OPZET VAN HET ONDERZOEK

1.3.1 Specialiteitsbeginsel, ambtsgeheim en bankgeheim

Bij de uitwerking van de centrale probleemstelling en de concretiseringen daarvan kan op vele manieren te werk worden gegaan. Ik heb ervoor gekozen de Europese handhavingssamenwerking die is gebaseerd op een onderscheid tussen bijstand en

13 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, *Commissie/Griekenland,* Jur. 1989, p. 2965, nadien vele malen herhaald, vgl. zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, *Berlusconi e.a.*

rechtshulp, en de gevolgen van dit onderscheid voor de fiscale en financiële rechtshandhaving en rechtsbescherming te beschrijven aan de hand van een drietal begrippen. Die begrippen zijn het specialiteitsbeginsel, het ambtsgeheim en het bankgeheim.

In een systeem van indirecte handhaving zijn het nationale en niet Europese autoriteiten die worden belast met de feitelijke realisering van de Europese dimensie van de rechtshandhaving en die in voorkomend geval daarvoor ook met het buitenland moeten samenwerken. Uit het hierboven besproken praktijkvoorbeeld blijkt dat in situaties van grensoverschrijdende sfeercumulatie vrij snel het verweer zou kunnen worden gevoerd dat de samenwerkende autoriteiten hun bevoegdheden hebben misbruikt. Men spreekt dan van *détournement de pouvoir* of *détournement de procédure*.[14] Tegelijk bleek echter dat het aantal overheidstaken, zeker op fiscaal vlak en wat betreft het financiële toezicht, aanzienlijk is en dat het veelvuldig voorkomt dat meerdere van die taken binnen één bestuursorgaan zijn verenigd. Het kan daarbij ook gaan om strafrechtelijke taken. Hoe moeten dergelijke situaties worden beoordeeld? Mogen de bevoegdheden die bestaan voor de ene taak, worden gebruikt voor de andere? Een bevestigend antwoord op deze vraag is wellicht enerzijds erg praktisch, maar anderzijds ook gevaarlijk, zo zagen we hierboven. Het leidt snel tot een omzeiling van rechtswaarborgen. Anders dan de raadsman die in een concreet geval zal willen aantonen dat de overheid haar boekje te buiten is gegaan, ligt het voor het bestuur (fiscus, toezichthouder), maar ook voor de justitie (OM), meer voor de hand dit probleem te benaderen vanuit een positief perspectief. Dat positieve perspectief wordt geleverd door het specialiteitsbeginsel, dat kan worden beschouwd als de onlosmakelijke keerzijde van het verbod op *détournement de pouvoir*.[15]

Het specialiteitsbeginsel geeft in zijn ruime betekenis uitdrukking aan de gedachte dat een overheidsorgaan alleen mag handelen ter vervulling van de taken die hem zijn opgedragen.[16] In een engere betekenis brengt het beginsel met zich dat een bevoegdheid alleen mag worden uitgeoefend voor het doel waarvoor de bevoegd-

---

14 De laatste kan worden beschouwd als een specialis van de eerste. Als de wet een bepaalde procedure voorschrijft ter realisering van een bepaald doel, moet deze procedure ook worden gevolgd. Aldus kunnen door de wetgever aangebrachte speciale waarborgen in acht worden genomen; vgl. Schlössels (1998), p. 150.

15 Vgl. Schlössels & Stroink (2006), p. 196, en Schlössels (1998), p. 139, die het verbod op *détournement* beschouwen als een concrete uitwerking van het specialiteitsbeginsel.

16 Over het beginsel bij de uitoefening van bestuursbevoegdheden in het Nederlandse bestuursrecht, Schlössels (1998). Hij hanteert het beginsel in de context van de uitoefening van bestuursbevoegdheden. Dergelijke bevoegdheden wijzigen bestaande rechtsposities; ze creëren nieuwe rechten en plichten. Het specialiteitsbeginsel wordt hier in een andere context gebruikt. Het gaat hieronder vaak niet om de uitoefening van *bevoegdheden*, maar om *feitelijk handelen* van overheidsorganen. Als daarbij inbreuk wordt gemaakt op grondrechten, heeft echter dat handelen een rechtsgrondslag, een *recht*, nodig, wil men althans 'bevoegd' kunnen handelen. Enigszins verwarrend, maar volledig ingeburgerd in het spraakgebruik, gebruikt men ook daarvoor de term (onderzoeks)bevoegdheid. Als ik in het onderstaande over bevoegdheden spreek, doel ik op het laatste. Het specialiteitsbeginsel is ook als maatstaf daarvoor te gebruiken.

heid werd gecreëerd. Anders dan natuurlijke personen kan een publiekrechtelijk orgaan niet zelf invullen wat het zou willen doen. Die taak komt uiteindelijk toe aan democratisch gelegitimeerde organen. Specialiteit hangt in die zin nauw samen met het democratie- en legaliteitsbeginsel, doordat ze overheidsmacht normeert en begrenst. Het specialiteitsbeginsel biedt in die zin zowel sturing aan de overheid als bescherming aan de burger.

Het specialiteitsbeginsel is in zijn ruime en engere betekenis zeer geschikt als insteek voor dit onderzoek. Jegens dezelfde overheid kan een en dezelfde persoon – zo bleek overigens ook uit de zojuist aangehaalde rechtszaak – immers zowel belastingplichtige zijn, als verdachte in een strafzaak. In het ene geval is hij vaak tot medewerking verplicht, in het andere heeft hij een zwijgrecht. Bestaan voor dergelijke gevallen regels die bijvoorbeeld dwingend de ene weg voorschrijven en aldus de samenwerkende overheden sturen? Of wordt dit volledig aan het inzicht van de autoriteiten overgelaten? Aan de hand van het specialiteitsperspectief kan in kaart worden gebracht in welke mate een autoriteit sturing ondervindt bij de uitoefening van zijn taken en dat natuurlijk vooral in situaties van sfeercumulatie. Het beginsel kan daarbij, op nationaal of Europees niveau, zwaar zijn aangezet of juist ('ondraaglijk')[17] licht, in welk geval het betrokken orgaan een grote vrijheid ondervindt. In het licht van dit onderzoek brengt de keuze voor het specialiteitsperspectief mee dat niet alleen de taken van de betrokken autoriteiten en hun bevoegdheden in kaart worden gebracht, maar ook de mogelijkheden tot sturing en controle. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan strafrechtelijke vervolgingsplichten (legaliteitsbeginsel).

Nadat aldus vanuit het specialiteitsperspectief in kaart is gebracht hoe de autoriteit in de nationale context functioneert en hoe hierop controle wordt gehouden, kan worden bekeken of en in hoeverre deze nationale uitkomsten inpasbaar zijn in de interstatelijke verhoudingen, die zijn gebaseerd op een onderscheid tussen rechtshulp en bijstand. Zo rijst bijvoorbeeld de vraag voor welke doeleinden, die worden bepaald door haar taakstelling, een autoriteit gebruik zal willen maken van bijstand of rechtshulp. Omgekeerd rijst de vraag of de autoriteit de bevoegdheden waarover ze in de nationale context beschikt, ook mag gebruiken voor de transnationale samenwerking op het moment dat haar om rechtshulp of bijstand wordt verzocht. In de onderstaande hoofdstukken ga ik aan de hand van het specialiteitsbeginsel op zoek naar een antwoord op de centrale probleemstelling.

Het perspectief van de specialiteit alleen kan niet leiden tot een bevredigend antwoord op de probleemstelling. In de fiscale en financiële rechtshandhaving is men vaak aangewezen op samenwerking met andere autoriteiten. In die gevallen biedt het specialiteitsperspectief niet altijd antwoord. Dat geldt nationaal, maar zeker ook transnationaal, alleen al omdat de nationale autoriteiten aan hun landsgrenzen gebonden zijn. We zagen zojuist al dat het in een systeem van indirecte handhaving niet mag worden uitgesloten dat wat de ene staat bestuursrechtelijk afdoet, in de andere staat strafrechtelijk kan geschieden. In dergelijke gevallen worden ook de mogelijkheden tot samenwerking tussen bestuur en justitie relevant. Met de toege-

17 Schlössels (2006).

nomen aandacht voor de informatievoorziening richting de overheid, rijst ook de vraag naar het gebruik van die informatie binnen de overheid. Niet alleen een doelgebonden gebruik van bevoegdheden en de daarmee verkregen informatie is belangrijk (specialiteit), maar ook de verdere verstrekking van die gegevens aan andere overheidsdiensten. Via het ambtsgeheim kan eveneens richting worden gegeven aan de betrokken diensten. Waar het specialiteitsbeginsel betrekking heeft op het gebruik van de gegevens, ziet het ambtsgeheim van de dienst op het verstrekken van die gegevens aan derden, inclusief andere overheidsdiensten.

Opnieuw zorgen transnationale verhoudingen hier voor extra complicaties, omdat landen ter zake verschillende opvattingen kunnen hebben. Het ene land kan sterk hechten aan ambtelijke geheimhouding en aan een 'informationele scheiding der machten', het andere juist niet. Binnen de Europese Unie komen al deze verschillende opvattingen voor. Toch moeten ze ook samenwerken. Opnieuw is het daarom de vraag of dit probleem wordt onderkend en of er oplossingen voor zijn bedacht. Een studie van het ambtsgeheim van de betrokken autoriteiten is hiervoor goed geschikt. Een bestudering van het ambtsgeheim van de betrokken deelnemers draagt aldus bij tot een beantwoording van de probleemstelling.

Ten slotte, waarom de keuze voor het bankgeheim? De problematiek van de toegang tot bancaire gegevens, waarvan het bankgeheim de meest bekende exponent is, is in dit onderzoek gebruikt als een illustratie van de problemen die zich kunnen voordoen op het raakvlak van bijstand en rechtshulp. Natuurlijk worden niet alleen banken geconfronteerd met de onduidelijkheden die ontstaan in situaties van sfeercumulatie, laat staan grensoverschrijdende sfeercumulatie. Toch zijn de toegang tot bancaire gegevens en het bankgeheim bij uitstek geschikt als een illustratie van de problematiek. Niet alleen functioneren de financiële markten waarop banken actief zijn in veel opzichten als motor van economische groei en zijn ze om die reden voorwerp van Europese regelgeving, interessanter is nog de constatering dat banken jegens 'de' overheid een hoeveelheid hoedanigheden kunnen innemen die gerust indrukwekkend kan worden genoemd. Het is goed mogelijk dat een bank in een en hetzelfde onderzoek verdachte is, maar ook onder financieel toezicht staat, belasting moet betalen en wellicht zelfs nog wordt bevraagd over de verwante aangelegenheden van een van zijn cliënten en dus als derde wordt benaderd. Voor de overheid vormen de banken vanwege de hoeveelheid gegevens waarover ze beschikken en hun hoge organisatiegraad een aantrekkelijke bron van gegevens.[18]

Aan de verschillende hoedanigheden die een bank kan innemen, zijn vaak uiteenlopende rechten en plichten gekoppeld. Niet voor alle doeleinden die in dit onderzoek aan de orde zijn, staat in gelijke mate toegang tot bancaire gegevens open. Bovendien kunnen zich verschillen voordoen, naargelang er een onderzoek wordt gevoerd tegen de bank zelf, danwel tegen een van zijn cliënten. Wat toelaatbaar is voor het ene doel, is dat dus zeker niet noodzakelijk voor het andere. Hier ligt een duidelijke link met zowel het specialiteitsbeginsel als het ambtsgeheim. Juist wanneer grondrechten, bijvoorbeeld het recht op de persoonlijke levenssfeer of het

18 Vgl. Zwenne (1998); Mac Gillavry (2004).

*nemo-tenetur*beginsel, aan de orde zijn, is er behoefte aan sturing om te voorkomen dat er rechtswaarborgen worden omzeild. Hoe wordt bijvoorbeeld de situatie beoordeeld dat gegevens die werden verkregen met gebruikmaking van strafrechtelijke bevoegdheden, tevens worden gebruikt voor fiscale doeleinden? Moet men dit verbieden of juist niet?

Ook ten aanzien van het bankgeheim geldt dat verschillende landen tot verschillende oplossingen kunnen komen. Als een lidstaat een verzoek om bijstand doet uitgaan, kan de andere lidstaat hieruit afleiden dat de betrokken bank als belastingplichtige of wellicht als derde moet worden benaderd, terwijl men zelf, zou het om een eigen onderzoek gegaan zijn, de bank als verdachte had benaderd en een rechtshulpverzoek had doen uitgaan. Dat heeft mogelijk een schadelijke uitwerking op de rechtspositie van de bank. Daarbij komt nog dat het bankgeheim in internationale verhoudingen telkens opnieuw de verhoudingen tussen staten op scherp zet. Nog steeds staat het garant voor felle discussies, waarbij aan het ene uiterste de stelling wordt betrokken dat in internationale verhoudingen het bankgeheim funest is voor interstatelijke solidariteit (een argument waarvoor ook de EU niet ongevoelig is), terwijl door anderen juist wordt benadrukt dat het bankgeheim vaak in nauwe relatie staat tot grondrechten die door staten verschillend kunnen, en in een systeem van indirecte handhaving ook mogen, worden gewogen. Het bankgeheim is in dit opzicht een mooie illustratie van de problematiek.

Kortom, de drie invalshoeken zijn mijns inziens prima geschikt als leidraad voor de volgende hoofdstukken van dit onderzoek. Het is goed bij dit alles te benadrukken dat ze enkel zijn gebruikt als middel en niet als doel van onderzoek. Dat doel ligt in het onderzoeken van de houdbaarheid van het geldende onderscheid tussen bijstand en rechtshulp in de Europese Unie. Concreet betekent dit dat ik in de volgende hoofdstukken op zoek zal gaan naar uitwerkingen van de drie begrippen op nationaal en inter- en supranationaal vlak om in kaart te brengen of en in hoeverre het bestaande onderscheid tussen bijstand en rechtshulp recht doet aan mogelijke verschillen in aard en organisatie van de rechtshandhaving van de EU-lidstaten. Ook zal worden onderzocht welke kaders het Europese recht hier zelf stelt. Hoe vrijer men de lidstaten laat, hoe groter de kans op uiteenlopende oplossingen en dus op een haperende samenwerking of rechtsbescherming. Nogmaals, de vooronderstelling is dat in een systeem van indirecte handhaving en de daaraan inherente interstatelijke verschillen een systeem van samenwerking nodig is dat anticipeert op die verschillen. Voldoet het huidige systeem, gebaseerd op een onderscheid tussen bijstand en rechtshulp, daar wel aan?

1.3.2 Rechtsvergelijking

In een onderzoek naar de transnationale samenwerking in de Europese Unie is rechtsvergelijking onmisbaar. Ze dient ertoe in kaart te brengen waar nationale systemen uiteenlopen of juist niet en waar dus mogelijk op het vlak van de transnationale samenwerking in EU-verband problemen zijn te verwachten en waar niet. Een rechtsvergelijkende analyse kan bovendien inspiratie bieden voor het aandragen van oplossingen voor de problematiek op Europees niveau. In zoverre dient ze twee

doelen. In dit onderzoek worden drie landen met elkaar vergeleken. Het gaat om de rechtssystemen van Nederland, Duitsland en Zwitserland.

De keuze voor het Zwitserse systeem heeft de meeste uitleg nodig. Immers, dit land is geen lid van de Europese Unie, terwijl dit onderzoek zich concentreert op de samenwerking in EU-verband. Toch meen ik dat hiervoor meerdere goede redenen zijn. Ik kan bijvoorbeeld wijzen op het feit dat Zwitserland in toenemende mate aansluiting zoekt bij de Europese Unie en in die zin (weliswaar voorzichtig en terughoudend) het traditionele Zwitserse uitgangspunt van soevereiniteit en neutraliteit afzwakt. De recente Zwitserse associatie bij belangrijke Europese samenwerkingsverdragen is hiervan een belangrijk voorbeeld. Ik kom daarop uiteraard nog terug. De thematiek van dit onderzoek heeft dus wel degelijk relevantie voor het Zwitserse recht en omgekeerd hebben typisch Zwitserse denkbeelden invloed op de EU.

De keuze voor Zwitserland heeft in de tweede plaats te maken met de Zwitserse staatsinrichting. De Zwitserse bondsstaat kent meerdere niveaus waarvan de bond en de kantons hier het meest relevant zijn. Net als in de EU (voor zover ik deze met een bondsstaat/statenbond mag vergelijken) heeft de handhaving van het federale recht in beginsel plaats door de kantons. Ook Zwitserland kent dus een systeem van indirecte handhaving. De Zwitserse kantons zijn (nog) in vrij hoge mate autonoom op voor dit onderzoek relevante gebieden als de directe belastingen en het strafprocesrecht. Dat betekent dat ook binnen de Zwitserse bondsstaat problemen spelen die we nu in Europees verband signaleren. Er zal tussen de kantons (net als tussen de kantons en de bond) moeten worden samengewerkt om het federale belang te dienen. Het is daarom uitermate interessant te bezien hoe men in Zwitserland met dit probleem omgaat.

Er is nog een derde relevante reden voor de keuze voor Zwitserland. Die reden betreft het Zwitserse bankgeheim, dat vooral in fiscale zaken tot de zwaarst beschermde van het Europese territorium behoort. Het is interessant te bekijken welke rol het bankgeheim inneemt in de *innerstatelijke* rechtshandhaving. Het is er namelijk mede de oorzaak van dat samenwerking tussen de verschillende overheidsdiensten *innerkantonnaal* en *interkantonnaal* niet altijd even soepel verloopt. Hier valt mogelijk het een en ander te leren voor de EU. Uiteraard moet ook worden bekeken hoe het bankgeheim functioneert in de *interstatelijke* context. In het verleden heeft het aanleiding gegeven tot vele botsingen met het buitenland. Berucht is bijvoorbeeld de affaire Mark Rich, waarin de Amerikaanse overheid een Amerikaanse dochteronderneming onder druk zette om inlichtingen te verschaffen, die berustten bij de Zwitserse moederonderneming die geen banden had met Amerika en die zich aan het Zwitserse bank- en effectengeheim gebonden wist.[19] Ook in de onlangs afgesloten verdragen met de EU heeft het bankgeheim voor hoofdbrekens gezorgd. Het rechtvaardigt mijns inziens een nadere bestudering ervan.

Over het gebruik van de dichotomie *inner-* en *interstatelijk* kan men overigens twisten. Ze is afkomstig uit het Duits. Ikzelf vind haar verhelderend. Ze wordt

19 Uitvoerig hierover onder meer Stessens (1997), p. 478 e.v.

ook in het vervolg gebruikt. Met 'innerstatelijk' wordt de situatie binnen een nationale rechtsorde aangeduid. Deze is af te zetten tegen de term 'interstatelijk', die ziet op de onderlinge verhoudingen tussen meerdere van die rechtsordes. De laatste kan ook worden aangeduid als 'transnationaal' (overigens evenmin een van origine Nederlands woord).[20] In het vervolg zijn *interstatelijk* en *transnationaal* als synoniem gebruikt.

Ten slotte kan de keuze voor Zwitserland worden gerechtvaardigd met een verwijzing naar het Zwitserse bestuurlijke sanctierecht, daar *Verwaltungsstrafrecht* genaamd. De verhouding tussen het bestuur en justitie speelt in dit onderzoek een grote rol. In de internationale samenwerking leveren (punitieve) bestuurlijke sancties problemen op, omdat ze zowel als 'bestuurlijk', maar ook als 'strafrechtelijk' kunnen worden beschouwd. Wat betekent dit nu voor de keuze tussen bijstand of rechtshulp? Een studie van het Zwitserse bestuurlijke sanctierecht is interessant, te meer omdat Zwitserland ter zake andere keuzes maakt dan Nederland en Duitsland.

De keuze voor Duitsland laat zich eveneens rechtvaardigen met een beroep op de Duitse staatsinrichting. Duitsland is een bondsrepubliek waarin de belangen van de bond, net als in Zwitserland en de Europese Unie in beginsel door de zestien deelstaten, de *Länder*, worden gehandhaafd. Ook hier is dus samenwerking nodig, die interessant vergelijkingsmateriaal kan bieden. Daarbij komt dat ook Duitsland een soort van bankgeheim in fiscale zaken kent. Veel meer dan in Zwitserland ligt dit innerstatelijke bankgeheim echter onder vuur. De hoogste Duitse constitutionele rechter, het *Bundesverfassungsgericht*, lijkt er bijvoorbeeld niet erg van onder de indruk. Om die reden is een studie van het Duitse recht interessant. Het neemt een positie in tussen Nederland en Zwitserland. Daarbij komt dat ook in Duitsland bestuurlijke punitieve sancties zijn ontwikkeld als alternatief voor het strafrecht. Ook de zogenaamde *Ordnungswidrigkeiten* moeten worden gepositioneerd in het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp. Ten dele maakt Duitsland hier andere keuzes dan Zwitserland en Nederland, met opnieuw gevolgen voor de samenwerking op het raakvlak van bijstand en rechtshulp.

De keuze voor Nederland als eenheidsstaat laat zich – naast het feit dat Nederland de *home state* van ondergetekende is – ten slotte verklaren uit de omstandigheid dat in ons land het bankgeheim in de praktijk van de rechtshandhaving vrijwel geen rol van betekenis speelt. De Nederlandse overheid kan, vergeleken met buitenlandse collega's, in dat opzicht als goed toegerust worden beschouwd. Interessant is bovendien de omstandigheid dat de Nederlandse bestuurlijke boete vergelijkbare doeleinden dient als de Duitse en Zwitserse bestuurlijke sancties, maar procedureel toch anders is ingekleed. Dat heeft directe gevolgen voor de mogelijkheden tot transnationale samenwerking in het algemeen en het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp in het bijzonder.

Kortom, met de keuze voor de drie genoemde landen meen ik een groot aantal uitersten met relevantie voor dit onderzoek te hebben afgedekt. De genoemde

20 Het Van Dale Groot woordenboek der Nederlandse taal kent het woord 'transnationaal' niet. Hetzelfde geldt voor het woord 'innerstatelijk'. 'Interstatelijk' komt er wel in voor.

argumenten doen vermoeden dat de complexe nationale verhoudingen tussen bestuur en justitie, de problematiek van de (grensoverschrijdende) sfeercumulatie en de gevolgen daarvan voor het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp vanuit meerdere nationale invalshoeken kunnen en zullen worden belicht. De rechtsvergelijking van de verschillende nationale systemen biedt hopelijk ook aanknopingspunten voor aanbevelingen in Europees verband.

1.3.3 Afbakening

Uit het bovenstaande werd al een aantal beperkingen van de opzet van dit onderzoek duidelijk. Zo volgt uit de centrale probleemstelling dat de problematiek van de verticale samenwerking tussen de lidstaten en Europese instellingen hier niet aan de orde komt. Ik beperk me tot de transnationale *horizontale samenwerking*. De keuze voor het *bankgeheim* impliceert bovendien dat ik de eveneens interessante positie van andere financiële dienstverleners, de advocaat of de belastingadviseur in het interstatelijke gegevensverkeer buiten beschouwing laat.

Toch is het goed vooraf ook nog een aantal andere zaken te benadrukken waarop dit onderzoek geen betrekking heeft. Het onderzoek beperkt zich tot de samenwerking in de fase van het *voorbereidende onderzoek*. Het gaat hier om de verstrekking van gegevens en in voorkomend geval de vergaring ervan voor (bestuurlijke en strafrechtelijke) handhavingsdoeleinden op fiscaal en financieel vlak. De rechtshulp- en bijstandsverrichtingen zelf staan centraal. Het is mij niet te doen om de coördinatie van de keuze van de lidstaat van handhaving in grensoverschrijdende zaken. Ook over dit terrein zou veel te zeggen zijn geweest. In de strafrechtelijke samenwerking bestaan hiervoor veel instrumenten, in de bestuurlijke samenwerking vrijwel niet. De problematiek van het grensoverschrijdende *ne bis in idem*, nauw verbonden met de transnationale rechtsmacht en forumkeuze, komt bijgevolg eveneens slechts zijdelings aan de orde.

De focus op het voorbereidende onderzoek brengt ook mee dat ik de zeer interessante vraag naar een mogelijk later gebruik van de uitgewisselde gegevens als bewijs buiten beschouwing laat. Ook het leerstuk van het transnationaal onrechtmatig verkregen of gebruikte bewijs komt niet aan bod.[21] Vooral in strafzaken, waarin aan het bewijs doorgaans strengere eisen worden gesteld dan in het bestuursrecht, is de vraag naar de bewijswaardering en bewijskracht van buitenlands materiaal buitengewoon interessant en relevant. Ik meen echter dat aandacht voor de onderzoeksfase (transnationale gegevensvergaring en -verstrekking) en de mogelijke problemen bij de vaststelling van de rechtmatigheid daarvan minstens even belangrijk is. Daarbij verdient opmerking dat buitenlands materiaal voor veel meer doeleinden kan worden gebruikt dan alleen een gebruik als bewijs in strafzaken. Voorbeelden daarvan zijn er legio: het kan gaan om de vaststelling van de belastingschuld, om een gebruik als startinformatie voor verder onderzoek of sturingsinformatie (*intelligence*), et cetera.

---

21 Daarover overigens onder meer Koers (2001); Embregts (2003); Van Woensel (2004); Baaijens-van Geloven (2004).

Voorts past nog een aantal opmerkingen over de verschillende sectoren van dit onderzoek. Bij de fiscale samenwerking heb ik me beperkt tot de samenwerking op het vlak van de *directe belastingen* en meer in het bijzonder de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting. De douanerechten en indirecte belastingen (BTW) blijven, ook al hebben ze grote relevantie in het Europese recht, buiten beschouwing. In eerste instantie had dit onderzoek ook hierop betrekking. Toen ik, om de redenen vermeld in paragraaf 1.2, besloot ook het financiële gedragstoezicht in het onderzoek te betrekken, moest er een keuze worden gemaakt. De keuze voor behoud van de directe belastingen ten koste van de douane en de BTW heeft ten eerste te maken met de ontwikkelingen die hier onlangs hebben plaatsgevonden op het gebied van de belastingheffing over inkomsten uit spaarrente en de directe relevantie hiervan voor het bankgeheim. Hij hangt ten tweede ermee samen dat nu zowel een rechtsgebied met een vrij hoge mate van harmonisatie (financieel toezicht) als een rechtsgebied waarin harmonisatie vrijwel afwezig is (directe belastingen) met elkaar kunnen worden vergeleken.[22]

Wat betreft het financiële toezicht beperk ik me tot het *gedragstoezicht* op banken die *effectendiensten* aanbieden. Natuurlijk verrichten banken veel meer werkzaamheden dan alleen effectendiensten, maar deze komen niet aan de orde. Ook de bijzondere problematiek van het geconsolideerde toezicht in Europees verband blijft buiten beschouwing. Hetzelfde geldt voor het zogenaamde prudentiële toezicht op de liquiditeit en solvabiliteit van banken. Ik meen dat met een beschrijving van de effectensector worden volstaan, omdat het Europese toezicht op deze andere terreinen in hoge mate op gelijke principes is gebaseerd. Bijgevolg beperk ik me hieronder tot de materie van Richtlijn 2004/39/EG betreffende markten voor financiële instrumenten (in het Engels afgekort tot MiFID)[23] en de Richtlijn marktmisbruik.[24]

Wat betreft de strafrechtelijke samenwerking is het ten slotte zinnig erop te wijzen dat dit onderzoek zich beperkt tot de strafrechtelijke aspecten van de *fiscale en financiële rechtshandhaving*. Binnen de kaders van de derde pijler (en in toenemende mate de eerste pijler) wordt momenteel gewerkt aan vele andere strafrechtelijk relevante onderwerpen, bijvoorbeeld op het vlak van de georganiseerde criminaliteit en terrorismebestrijding. Deze komen hier evenmin aan de orde.

---

22 Het alternatief zou zijn geweest dat ik de samenwerking op financieel vlak met die op het vlak van de indirecte belastingen en de douane zou hebben bestudeerd, wat gezien de hoge mate van harmonisatie van de onderliggende normen op deze terreinen mogelijk een vertekend beeld zou kunnen geven voor andere communautaire terreinen.

23 Pb EG 2004 L 145/1. Overigens leidt mijn keuze voor een bespreking van het gedragstoezicht op bancaire instellingen tot overlap met een andere Europese richtlijn op dit vlak, namelijk Richtlijn 2000/12/EG, Pb EG L126/1, die ziet op het (prudentiële) toezicht op kredietinstellingen (banken). Banken die op basis van deze richtlijn een vergunning hebben, hoeven niet ook nog eens op basis van de MiFID een vergunning aan te vragen voor het mogen verrichten van effectendiensten. Wel zijn ze gebonden aan de relevante bepalingen in de MiFID over het gedragstoezicht (art. 1, lid 2, MiFID). Ik heb ervoor gekozen de relevante en corresponderende bepalingen van Richtlijn 2000/12/EG buiten beschouwing te laten vanwege de hoge mate van inhoudelijke overlap.

24 Pb EG 2003 L 96/16.

1.4 WETENSCHAPPELIJKE EN MAATSCHAPPELIJKE CONTEXT

Het onderzoek is verricht en afgesloten in een periode dat de ontwikkelingen op de hier onderzochte terreinen elkaar in een zeer snel tempo opvolgden. Toen het een aanvang nam, had vrijwel niemand, in ieder geval ondergetekende niet, kunnen bevroeden in welke richting de ontwikkelingen zouden gaan. Veel wetenschappelijke bijdragen of leidraadarresten lijken, ook al zijn ze vaak maar enkele jaren oud, door de snelle ontwikkelingen aan actualiteit te hebben verloren. Ook in de nationale context hebben zich talloze ontwikkelingen voorgedaan met relevantie voor dit onderzoek, bijvoorbeeld omdat ze gevolgen hebben voor de onderlinge verhoudingen tussen de organen die bij de strafrechtspleging zijn betrokken en het bestuur. Veelvuldig werd er al gesignaleerd dat er zich tussen het bestuursrecht en het strafrecht op nationaal en internationaal/Europees vlak een osmose is aan het voltrekken.[25]

Hoe past de centrale thematiek van dit onderzoek nu in het geheel van deze ontwikkelingen? Ik wil hier vooral op een tweetal punten wijzen. De relatie tussen dit onderzoek en de discussie over de zeggenschap in en de pijlerstructuur van de Europese Unie is een eerste punt dat vermelding behoeft. Als gezien, heb ik ervoor gekozen de transnationale handhavingssamenwerking en dus ook het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp te benaderen binnen het kader van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid, die de EU wil zijn (art. 2 EUV). Dat perspectief had nog maar een paar jaar terug veel minder voor de hand gelegen. Pas sinds het Verdrag van Amsterdam (1998) streeft men naar de totstandkoming van die ruimte. De eerste jaren leek die ontwikkeling nog een zeer geleidelijke. De Europese Raad, de Commissie én het Hof van Justitie hebben echter de afgelopen jaren op meerdere wijzen onderstreept dat deze doelstelling niet alleen maar *window dressing* is, maar ook daadwerkelijk, zij het in een telkens wisselend tempo en met telkens wisselende 'koplopers', wordt nagestreefd. Retrospectief waren de eerste tekenen daarvoor al te vinden begin en medio jaren negentig,[26] maar de ontwikkelingen kwamen pas echt in een stroomversnelling na de Europese Raad van regeringsleiders van Tampere, waarop ik hieronder nog meer inga. Sindsdien is duidelijk dat de strafrechtelijke samenwerking wordt gebaseerd op het beginsel van wederzijdse erkenning. De Europese Commissie heeft sindsdien een omvangrijk wetgevingsprogramma ontwikkeld, waarin onder meer het Europees Aanhoudingsbevel/EAB en het Bewijsverkrijgingsbevel/EBB[27] tot stand kwamen. Ook het Hof ging op de ingeslagen weg mee, door het, overigens soms zéér tegen de zin van de lidstaten in, wijzen van baanbrekende arresten over het transnationale *ne-bis-in-*

25 Ik doe een onvolledige greep uit de Nederlandse literatuur: Vervaele (1994); Corstens (1995); Hartmann & Van Russen Groen (1998); Baauw (1999); Jansen (1999); Albers (2002); De Vries (2005).

26 Bijvoorbeeld in de totstandkoming van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst en later de EU-rechtshulpovereenkomst, waarover uitvoerig Vermeulen (1999).

27 COM (2003) 688.

*idem*beginsel,[28] en nog recenter over de 'kaderbesluit-conforme' interpretatie van nationaal recht.[29]

Baanbrekend mag zeker ook het arrest van 13 september 2005 in de zaak C-176/03 worden genoemd, waarin de bevoegdheid van de Europese Gemeenschap op milieugebied werd aanvaard om lidstaten te dwingen tot strafrechtelijke handhaving. Op het uitgangspunt dat de *jurisdiction to enforce* én die *to prescribe* bij de lidstaten berusten, is voor de *jurisdiction to prescribe* dus recent een belangrijke beperking aanvaard. Ongetwijfeld is over deze kwestie het laatste woord nog niet gezegd. Hoewel de Europese Commissie zich sindsdien flink heeft geroerd,[30] zijn lang niet alle lidstaten overtuigd van Europese 'bemoeienis' met bijvoorbeeld hun nationale strafrecht. Toch lijkt er sindsdien sprake van een toegenomen aandacht voor de vraag hoe het gemeenschapsrecht het best kan worden gehandhaafd.[31]

De beschreven ontwikkelingen hebben dus geleid tot een wijziging van een aantal politieke parameters en hebben daarmee oplossingen binnen beeld gebracht die een aantal jaren terug nog onhaalbaar leken. Dat leidde tussentijds ook tot aanpassingen in de opzet van dit onderzoek. Het onderzoek mag dan ook niet zo worden verstaan dat het interstatelijke afspraken over samenwerking op het vlak van bijstand en rechtshulp de maat wil nemen, die grotendeels totstandkwamen in andere gremia dan de EG/EU en dat bovendien in een tijd dat de E(E)G nog in de kinderschoenen stond. Wel gaat het in op de vraag in hoeverre dat systeem van samenwerking, gezien de nieuwe ontwikkelingen, voldoet. Dat leidde tot de keuze voor een benadering van de EU als een rechtsruimte, als voormeld in paragraaf 1.2. De stelling lijkt gerechtvaardigd dat de EU zich inderdaad ontwikkelt in de richting van een geïntegreerde rechtsorde, waarin lidstaten hun soevereiniteit delen met het supranationale niveau en waarin de interstatelijke samenwerking geen tweedimenisionaal (staat – staat) karakter heeft, maar een drie- of zelfs vierdimensionaal karakter (staat – staat – burger – EU).[32] Toch is er voor de problematiek die in dit onderzoek centraal staat op nationaal en EU-niveau nog weinig aandacht. Dat is opvallend, omdat de transnationale handhavingssamenwerking en een harmonisatie van nationaal recht, inclusief het nationale strafrecht, ten dele kunnen worden beschouwd als elkaars alternatief. Een herstructurering van de interstatelijke handhavingssamenwerking levert mogelijk alternatieven voor bijvoorbeeld een dwingend voorgeschreven strafrechtelijke handhaving op EG-beleidsterreinen.[33]

Daarmee kom ik aan mijn tweede beloofde opmerking. Bezien we al deze ontwikkelingen, die ik in hoofdstuk 2 nog meer in detail zal beschrijven, dan valt op hoe versplinterd en gefragmenteerd ze plaatshebben. Het is opvallend dat baan-

---

28 HvJ EG 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01, *Gözütok* en *Brügge*, Jur. 2003, p. I-1345.

29 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Strafzaak tegen Maria Pupino*, Jur. 2005, p. I-05285.

30 COM (2005) 583. Commissievoorzitter Barrosso heeft verder het voorstel gedaan een aantal zaken uit de derde pijler over te hevelen naar de eerste op basis van de passarelle-bepaling in het EU-verdrag (art. 42 EUV).

31 Vgl. opnieuw COM (2005) 583.

32 Vgl. Eser e.a. (2002); Vervaele (2005); Breitenmoser (2005); Koller (2005).

33 Luchtman (2006).

brekende nieuwe concepten voor samenwerking, zoals het beginsel van wederzijdse erkenning en het daarop gebaseerde Europees Aanhoudingsbevel en het Europees Bewijsverkrijgingsbevel in hun reikwijdte beperkt blijven tot de derde pijler. Immers, op nationaal niveau sluiten de bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving van EG-recht vaak nauw op elkaar aan en zullen beide in de toekomst naar alle waarschijnlijkheid alleen maar meer versmelten. Waarom zou dan het concept van de wederzijdse erkenning beperkt moeten blijven tot de derde pijler? Is er überhaupt wel nagedacht over de gevolgen van dit nieuwe concept voor de andere, niet-strafrechtelijke vormen van samenwerking? Zou het daarvoor ook kunnen, c.q. moeten werken?[34]

Ook tussen de verschillende beleidsterreinen van het gemeenschapsrecht (fiscaal, financieel) hebben de ontwikkelingen geïsoleerd van andere terreinen plaats. Soortgelijke problemen worden in het fiscale en financiële recht lang niet altijd op eenzelfde wijze opgelost. Dat is precies de reden dat ik me in dit onderzoek niet heb willen beperken tot alleen de fiscale of financiële rechtshandhaving, maar beide wil bespreken teneinde ook de transnationale 'fiscale' en 'financiële' samenwerking met elkaar te kunnen vergelijken. Die vragen worden nu in het geheel niet gesteld, laat staan beantwoord, ook al vertonen de bestuurlijke en strafrechtelijke samenwerking een aanmerkelijke overlap. Deze studie wil aan de beantwoording hiervan een bijdrage leveren.

1.5 PLAN VAN AANPAK EN LEESWIJZER

Wat betekent het voorgaande nu voor de verdere opbouw van dit onderzoek? In deze paragraaf zal ik de verdere hoofdstukindeling schetsen. Tevens wil ik hier de lezer die geen tijd of zin heeft om het hele boek te lezen, een handvat bieden voor een meer globale bestudering van de thematiek. Met het oog hierop wordt in het vervolg van dit onderzoek gewerkt met hoofdtekst en bloktekst. In de hoofdtekst komen de grote lijnen aan bod, terwijl in de bloktekst aanvullende informatie te vinden is. Eveneens zal in de bloktekst buitenlands recht worden aangehaald. Wijzingen op het onderhavige terrein hebben namelijk vaak zó frequent plaats dat het nuttig is aan te geven op welke onderliggende bepalingen dit onderzoek is gebaseerd. De lezer kan voor het volgen van de grote lijnen volstaan met alleen het lezen van de hoofdtekst.

De centrale probleemstelling werd in paragraaf 1.2 uitgewerkt in vier deelvragen met een verschillend karakter. De eerste drie vragen zijn in hoge mate inventariserend en verklarend van aard, de laatste heeft een normatief karakter. Hij kan niet worden beantwoord zonder de beantwoording van de drie eraan voorafgaande vragen. Dat weerspiegelt zich in de opbouw van dit onderzoek. Het eerstvolgende hoofdstuk richt zich primair op de internationale en supranationale normen over de transnationale handhavingssamenwerking op fiscaal, financieel en strafrechtelijk vlak (de tweede deelvraag). Ik heb me echter niet beperkt tot alleen de normen betref-

34 Luchtman (2006).

fende de samenwerking zelf (bijstand en rechtshulp), maar ook onderzocht welke doelstellingen de EG/EU zich op de hier onderzochte terreinen precies stelt en wat de gevolgen hiervan zijn voor de aard en organisatie van de nationale rechtshandhaving. Het perspectief van het specialiteitsbeginsel, ambtsgeheim en bankgeheim is hier als beloofd maatgevend. Meer in het bijzonder zal er worden bekeken welke invloed er van het EG/EU-recht uitgaat op de taakstellingen van de nationale autoriteiten, op de bevoegdheden die ze hebben en op de mogelijkheden tot samenwerking in nationaal en transnationaal verband. Zo wordt ook in kaart gebracht welke ruimte de lidstaten wordt gelaten op zowel het vlak van de organisatie van de nationale rechtshandhaving, als op het vlak van de invulling van de samenwerkingsplichten in de bijstand en rechtshulp. Treedt de EU hier coördinerend op of laat ze de materie juist aan de lidstaten? In de laatste paragraaf van hoofdstuk 2 zal ik schetsen wat voor gevolgen dit alles heeft voor de verdere opbouw van de landenrapporten.

In de drie volgende hoofdstukken (3, 4 en 5) worden respectievelijk het Nederlandse, Duitse en Zwitserse recht besproken. Doelbewust ga ik daarbij uitvoerig in op de aard en de organisatie van de *innerstatelijke* rechtshandhaving. Dat past in het Europese systeem van indirecte handhaving waarin nationale autoriteiten bij de uitvoering van hun taken tevens een Europese dimensie moeten realiseren. Beschreef ik in hoofdstuk 2 dus hoe die dimensie op de hier onderzochte terreinen luidt, in de landenrapporten komt aan de orde hoe ze in Duitsland en Nederland[35] is ingepast in het nationale recht. Er zal uitvoerig worden stil gestaan bij de betrokken autoriteiten, de taken die ze vervullen en de mechanismen tot sturing van en controle op hun taakuitoefening (specialiteit), hun onderzoeksbevoegdheden in relatie tot banken (bankgeheim), evenals hun mogelijkheden tot samenwerking met andere autoriteiten (ambtsgeheim). Om de leesbaarheid van het geheel te verhogen kennen de drie landenrapporten dezelfde opbouw en structuur. De lezer kan de hoofdstukken op specifieke onderwerpen of diagonaal lezen.

Pas nadat op deze wijze de fiscale en financiële rechtshandhaving in de nationale context is geschetst, komt in de genoemde hoofdstukken aan de orde op welke wijze de lidstaten de op hen rustende internationale en Europese samenwerkingsplichten hebben ingevuld. Daarbij onderscheid ik per autoriteit tussen twee perspectieven, namelijk het perspectief van de verzoekende en dat van de aangezochte partij. Afhankelijk van deze perspectieven spelen vaak verschillende belangen, waarbij het in het bijzonder de vraag is in hoeverre er ook oog is voor het belang van de EU als geheel en dat van haar burgers. De verzoekende partij zal haar nationale taken moeten zien in te passen in het vigerende onderscheid tussen bijstand en rechtshulp, terwijl de aangezochte zich voor de vraag gesteld zal zien voor welke doeleinden ze precies bijstand of rechtshulp wenst te verlenen, in het bijzonder wanneer de verzoekende staat bij de rechtshandhaving andere keuzes blijkt te hebben gemaakt. Vanuit beide perspectieven rijst overigens de vraag welke staat controle houdt op het interstatelijke gegevensverkeer in zijn totaliteit. Als er geen Europese sturing is op dit punt, bestaat er immers het reële risico dat geen van beide

35 Zwitserland is uiteraard geen EU-staat.

staten controle uitoefent of juist dat beide staten dit doen. Hier herkennen we elementen van zowel de tweede, als de derde onderzoeksvraag, verwoord in paragraaf 1.2.

Hoofdstuk 6 is gewijd aan een rechtsvergelijkende analyse, gebaseerd op de uitkomsten van de voorgaande hoofdstukken. Het is zo opgebouwd dat het zich in combinatie met deze inleiding leent voor zelfstandige lezing. In het hoofdstuk worden de resultaten uit de voorgaande hoofdstukken gepresenteerd. Het bespreekt in paragraaf 6.3 allereerst de situaties waarin de transnationale samenwerking als gevolg van het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp niet van de grond komt en hanteert aldus vooral een *rechtshandhavingsperspectief* (de tweede deelvraag). Daarna gaat het in paragraaf 6.4 in op de situaties waarin er, ondanks het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp, wel wordt samengewerkt, waarbij er vooral wordt ingegaan op het *rechtsbeschermingsperspectief* (de derde deelvraag). Voor aanvullende informatie zal daartoe veelvuldig naar de voorgaande hoofdstukken worden verwezen. In het hoofdstuk worden tegen de achtergrond van het kader dat wordt geboden door de inter- en supranationale normen de uitkomsten van de landenrapporten aan de hand van het specialiteitsbeginsel, ambtsgeheim en bankgeheim met elkaar vergeleken. Dit vergelijkende perspectief is noodzakelijk, omdat mogelijke verschillen tussen twee of meerdere staten nu eenmaal niet aan de orde komen zonder deze staten ook daadwerkelijk met elkaar te vergelijken. In het hoofdstuk zal aan de orde komen dat het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp momenteel op talloze wijzen wordt gerelativeerd. De vraag is echter of daarmee alle problemen worden verholpen. Ook daarop wordt ingegaan.

In hoofdstuk 7 wordt ten slotte de centrale probleemstelling beantwoord. Ook doe ik hier, ter beantwoording van de vierde deelvraag, aanbevelingen die ertoe strekken de gesignaleerde knelpunten op te heffen. Deze beperken zich tot de Europese Unie en zien niet op de samenwerking met derde landen als Zwitserland. Ze zullen leiden tot tamelijk ingrijpende wijzigingen ten opzichte van de bestaande situatie. De voorgestelde wijzigingen zullen daarbij worden afgezet tegen de in hoofdstuk 2 beschreven ontwikkelingen op het vlak van de transnationale samenwerking in de eerste en derde pijler. In zoverre leveren deze aanbevelingen ook een alternatief voor het concept van samenwerking dat in de derde pijler werd geïntroduceerd en is gebaseerd op het beginsel van wederzijdse erkenning.

2 Inter- en supranationale normering

2.1 INLEIDING

Om onderzoek te kunnen doen over de landsgrenzen, is in de EU samenwerking nodig met andere lidstaten en/of derde landen. Een effectieve handhaving van de Europese rechtsorde staat of valt daarmee. Niet voor niets verplicht het Hof van Justitie, zich baserend op het beginsel van gemeenschapstrouw (art. 10 EGV), de lidstaten en de Europese instellingen in de eerste pijler tot loyale samenwerking.[1] Sinds kort bestaat deze plicht ook in de derde pijler. In het Pupino-arrest overwoog het Hof van Justitie dat, ondanks het feit dat art. 10 EGV in de derde pijler geen gelding heeft, het 'voor de Unie moeilijk [zou] zijn haar taak doeltreffend te vervullen indien het beginsel van loyale samenwerking, (…), niet tevens gold in het kader van de politiële en justitiële samenwerking in strafzaken, die overigens volledig is gegrondvest op de samenwerking tussen de lidstaten en de instellingen (…).'[2]

De inter- en supranationale normen die voor die samenwerking gelden en die mede dienen om de doelstellingen van de Europese Unie, waaronder de totstandbrenging van een 'ruimte zonder binnengrenzen,' c.q. 'een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid' (art. 2 EUV), te realiseren, zal ik in dit hoofdstuk bespreken. Ik beperk me echter niet tot alleen de normen die zien op de samenwerking. Ook ga ik in op het achterliggende beleid van de EU op financieel, fiscaal en strafrechtelijk vlak en op de implicaties van de Europese (en internationale) regels voor de organisatie van de nationale rechtshandhaving. Immers, waar 'Europa' de lidstaten bij de organisatie van hun rechtshandhaving tot keuzes dwingt – bijvoorbeeld de keuze voor strafrechtelijke, danwel bestuursrechtelijke rechtshandhaving –, heeft dat indirect ook invloed op de transnationale samenwerking. Daarenboven zou men verwachten dat waar deze keuzes achterwege blijven, de regels op het gebied van de samenwerking anticiperen op mogelijke verschillen in rechtssystemen.[3] Op zijn beurt zal de mate van beïnvloeding van de normstellende bevoegdheid van de lidstaten, de *jurisdiction to prescribe*, mede afhankelijk zijn van de concrete doelstellingen die de Europese organen zich, rekening houdend met art. 2 EUV en ook art. 2 EG, hebben gesteld.

Meer concreet leidt een en ander tot de volgende vragen, die ik hieronder afzonderlijk zal bespreken voor het financiële gedragstoezicht (paragraaf 2.2), de handhaving op het terrein van de directe belastingen (paragraaf 2.3) en de strafrechtspleging (paragraaf 2.4):

---

1 Vgl. HvJ EG 10 februari 1983, zaak 230/81, *Luxemburg/Parlement*, Jur. 1983, p. 255, en vooral HvJ EG 13 juli 1990, zaak 2/88-M, *strafzaak tegen J.J. Zwartveld e.a.*, Jur. 1990, p. I-03365.

2 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *strafzaak tegen Maria Pupino*, Jur EG 2005, p. I-05285, waarover onder meer Kristen & Simmelink (2005); Fletcher (2005).

3 *Supra* hoofdstuk 1.2.

1. Hoe vertalen zich de in art. 2 EUV verwoorde doelstellingen van de Europese Unie concreet naar regelgevend beleid op Europees niveau op het vlak van het financiële toezicht, de directe belastingen en het strafrecht? Welke ontwikkelingen zijn hier te signaleren? Deze vragen zal ik trachten te beantwoorden vanuit een beschrijving van de ontwikkelingen over de afgelopen decennia.
2. Op welke wijze heeft aldus een beïnvloeding van de organisatie van de nationale rechtshandhaving plaats, als deze al plaatsheeft? Welke problemen spelen hier?
3. Welke normen bestaan er voor de transnationale handhavingssamenwerking op het gebied van de wederzijdse bijstand en rechtshulp? Hoe dragen ze bij aan de realisering van de voormelde doelstellingen tegen de achtergrond van een systeem van indirecte handhaving en de daaruit voortvloeiende noodzaak tot samenwerking? Deze vragen zal ik behandelen vanuit het perspectief van het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel met uiteraard bijzondere aandacht voor de toegang tot bancaire gegevens in transnationale situaties.
4. Welke gevolgen hebben mijn bevindingen voor de verdere voortgang van dit onderzoek en in het bijzonder de wijze van opbouw van de landenrapporten (hoofdstukken 3 t/m 5) en het rechtsvergelijkende deel (hoofdstuk 6)? Met de beantwoording van deze vraag sluit ik dit hoofdstuk af (paragraaf 2.5).

2.2 TRANSNATIONALE FINANCIËLE RECHTSHANDHAVING IN EUROPEES PERSPECTIEF

2.2.1 Een geïntegreerde Europese financiële dienstenmarkt

'An integrated European financial market will enable, subject to proper prudential safeguards and investor protection, capital and financial services to flow freely throughout the European Union.'[4] Met een geïntegreerde effectenmarkt worden niet alleen op microniveau voor de actoren op de financiële markten via de economische principes van vraag en aanbod voordelen behaald, maar heeft op macroniveau een stimulering van de economie en de werkgelegenheid plaats. Geïntegreerde financiële markten die niet zijn gebonden aan de landsgrenzen binnen het territorium van de EU dragen wezenlijk bij aan de realisering van de doelstellingen, zoals die zijn verwoord in art. 2 EUV en art. 2 EGV. Kernachtig is aldus omschreven waarom de financiële sectoren – en dus ook het bank- en effectenwezen – voorwerp zijn van extensieve Europese regelgeving.[5]

Dit belang wordt al sinds lange tijd erkend. De eerste richtlijnen op het vlak van het Europese toezicht dateren van de vroege jaren zeventig. In 1972 kwam een ontwerp tot stand voor een coördinatierichtlijn die onder meer geharmoniseerde solvabiliteits- en liquiditeitseisen inhield. De nationale regeringen, zeker die van het in 1973 tot de EG toegetreden Groot-Brittannië, bleken echter nog niet bereid hun

4 Final report of the committee of wise men on the regulation of European securities markets (voortaan: Lamfalussy-rapport), p. 9.
5 Hierover ook Royla (2000), p. 31 e.v.; Höhns (2002), p. 42-44; Kristen (2004), p. 163-164.

autonomie op het gebied van het bankentoezicht over te dragen. Een compromis kwam tot stand in 1977 met de Eerste coördinatierichtlijn banken (Ecr), die in de kern tot het instellen van een vergunningenstelsel voor de toelating tot het bankbedrijf verplichtte. Aan deze vergunning kunnen voorwaarden worden verbonden, zodat een minimumniveau van harmonisatie kan worden bereikt.[6] De richtlijn van 1977 ging echter minder ver dan de bedoeling was.

Het duurt, mede door een economische recessie, tot midden jaren tachtig totdat het integratieproces een krachtige nieuwe stimulans wordt gegeven. In het witboek van de Europese Commissie van 14 juni 1985[7] en de Europese Akte van 28 februari 1986 worden nieuwe doelstellingen gesteld. Voor 1992 moet een gemeenschappelijke binnenmarkt tot stand worden gebracht, waarin niet alleen handelsbelemmeringen zijn weggenomen, maar ook andere belemmeringen. De aandacht verschuift van de zogenaamde tarifaire naar de non-tarifaire belemmeringen, waarvan lange tijd werd gedacht dat ze, anders dan de douanerechten, voor het integratieproces van geringe betekenis waren.[8] Het principe van volledige harmonisatie en/of een enkele Europese toezichthouder wordt vervangen door het principe van wederzijdse erkenning.[9] Wederzijdse erkenning en een zekere mate van minimumharmonisatie worden dragende principes van Europese integratie. De in 1989 tot stand gekomen Tweede coördinatierichtlijn (Tcr)[10] banken draagt hiervan duidelijk de sporen. Met deze richtlijn wordt voor het bankwezen een Europees paspoort (*single license*) in het leven geroepen, op basis waarvan banken grensoverschrijdend diensten kunnen aanbieden en (niet-zelfstandige) vestigingen in andere staten kunnen oprichten die zullen zijn onderworpen aan het toezicht van het herkomstland (*home state control*).[11]

> Het Europese paspoort, gebaseerd op de wederzijdse erkenning, en minimumharmonisatie gaan hand in hand. Wederzijdse erkenning alleen achtte men niet voldoende, ook al onderschreven de lidstaten alle de achterliggende gedachten achter de noodzaak van financieel toezicht op banken. Dat toezicht is nodig ter bescherming van de beleggers, teneinde het functioneren van de markten en de stabiliteit van het financiële systeem in zijn geheel te kunnen waarborgen.[12] Het probleem was echter dat de lidstaten aan deze beginselen vaak ieder een geheel eigen invulling gaven.[13] Om die reden worden in de Ecr en de Tcr minimumvoorschriften gegeven waaraan de lidstaten moeten voldoen. Die voorschriften

6 Hierover Coljé (1988), p. 159 e.v.; Van der Vossen (1991), p. 5; Höhns (2002), p. 43.
7 COM (35) 310.
8 Witboek, COM (35) 310, p. 5.
9 Höhns (2002), p. 43.
10 Tweede Richtlijn 89/646/EEG van de Raad van 15 december 1989 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, Pb EG L 386/1, nadien vervangen door Richtlijn 2000/12/EG van 20 maart 2000, Pb EG L 126/1.
11 Höhns (2002), p. 43.
12 Vgl. in dit opzicht ook de *Objectives and Principles of Securities Regulation*, opgesteld door de International Organization of Securities Commissions van mei 2003, te vinden op: www.iosco.org
13 Vgl. Witboek, COM (35) 310, p. 17-23.

> bepalen onder meer dat een vergunningenstelsel moet worden ingevoerd, dat aan die vergunningen nadere voorschriften moeten worden verbonden en dat ook na vergunningverlening toezicht moet worden gehouden. Deze minimumvoorschriften vergemakkelijken de erkenning, zonder dat tot volledige harmonisatie hoeft te worden overgegaan.

In 1993 komt de Richtlijn beleggingsdiensten tot stand.[14] Deze richtlijn richt zich op de beleggingsondernemingen. Waar de banken met de Tweede coördinatierichtlijn al aan toezicht onderworpen waren, golden voor beleggingsondernemingen nog enkel de nationale regels. Enerzijds hoefden ze niet te voldoen aan Europese eisen, anderzijds betekende dit dat beleggingsondernemingen, anders dan banken, niet over een Europees paspoort konden beschikken. Dat was vooral voor het Angelsaksische bankensysteem, dat uitging van een scheiding tussen het 'klassieke' bankieren en de commerciële dienstverlening, problematisch.[15] Ook de Richtlijn beleggingsdiensten gaat uit van het systeem van *single license, home state control* en beperkte harmonisatie van toezichtvoorschriften.

In de jaren die volgen wordt het toezicht op de financiële sector stevig ingebed in communautair beleid.[16] In de Europese Raad van Cardiff in 1998 worden economische hervormingen bepleit en worden de efficiënte werking en de integratie van de producten- en kapitaalmarkten tot speerpunten van beleid gemaakt.[17] In vervolg hierop wordt door de Commissie een Actiekader[18] vastgesteld, waarop later het Actieplan financiële diensten (FSAP)[19] wordt gebaseerd. Dit actieplan bevat de concrete stappen die moeten worden genomen om de gestelde doelen te halen. Daarin wordt onder meer aandacht gevraagd voor wetgeving die is berekend op nieuwe uitdagingen, gelegen in een voortgaande *cross-border* en *cross-sector* versmelting van de financiële markten en voor het opheffen van de resterende belemmeringen voor de integratie van de kapitaalmarkten. Ook wordt er geconstateerd dat een 'nauwere samenwerking tussen de toezichthoudende autoriteiten moet worden aangemoedigd.' De plannen omvatten onder meer de totstandbrenging van een Richtlijn marktmisbruik en het herzien van de Richtlijn beleggingsdiensten. Dat wordt bevestigd in de Strategie van Lissabon, waarin de EU de ambitieuze doelstelling op zich neemt om in 2010 'de meest concurrerende en dynamische kenniseco-

14 Richtlijn 93/22/EEG van de Raad van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten, Pb EG L 141/27.

15 Höhns (2002), p. 45, spreekt over een *Trennbankensystem* vs een *Universalbankensystem*; vgl. ook Nobel (2004), p. 268-269.

16 Kristen (2004), p. 162.

17 Conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad van Cardiff, *Bulletin van de Europese Unie* 1998, nr. 6.

18 Actiekader van 28 oktober 1998, COM (1998) 625.

19 Voluit: Financiële diensten: Tenuitvoerlegging van het kader voor financiële markten: een actieplan van 11 mei 1999, COM (1999), 232.

nomie van de wereld te worden die in staat is tot duurzame economische groei met meer en betere banen en een hechtere sociale samenhang.'[20]

Bij de realisatie van de doelstellingen van het Actieplan zag men de nodige beren op de weg. Vooral het tijdspad was krap – vóór 2005 moesten de doelstellingen van het Actieplan zijn gerealiseerd. Om die reden werd in 2000 een Commissie van Wijze Mannen opgericht, naar haar voorzitter de Commissie Lamfalussy genoemd. De Commissie onderschrijft de gesignaleerde ontwikkelingen op de financiële markten, de relevantie ervan voor het Europese integratieproces, maar ook de gesignaleerde problemen: de Europese besluitvorming is volgens haar 'too rigid', 'too slow' en 'too ambiguous'. Hoofd- en bijzaken worden niet goed onderscheiden. Daarom komt ze met een serie voorstellen om de besluitvorming te stroomlijnen. Deze zijn met de Europese Raad van Stockholm in 2001 aanvaard. Inmiddels zijn zowel de Richtlijn markmisbruik als de Richtlijn 2004/39/EG betreffende markten voor financiële instrumenten (in het Engels: MiFID)[21] volgens deze procedure tot stand gekomen. Dit zijn de opvolgers van de Richtlijn 89/592/EEC,[22] respectievelijk de Richtlijn beleggingsdiensten.

> De voorstellen van de Commissie Lamfalussy richten zich in hoofdzaak op het Europese besluitvormings-, implementatie- en uitvoeringsproces. Daarbij worden vier niveaus onderscheiden. De Commissie stelt voor voortaan alleen nog de prioritering van het beleid over te laten aan de Europese wetgever, te weten Europese Commissie, Raad en Parlement.[23] Dit is het eerste niveau. Deze actoren stellen – na consultatie van het veld – de hoofdlijnen vast. Deze worden vastgelegd in richtlijnen en verordeningen. De uitwerking van deze hoofdlijnen wordt overgelaten aan het tweede niveau, de Europese Commissie samen met het *European Securities Committee* (ESC), die daartoe ook het *Committee of European Securities Regulators* (CESR)[24] moeten consulteren. Het ESC bestaat uit 'hoge vertegenwoordigers' van de lidstaten, het CESR uit de toezichthouders van de EU-staten.[25] Het Europees Parlement moet op de hoogte worden gehouden van deze activiteiten en kan een resolutie aannemen als het tweede niveau de hem gedelegeerde bevoegdheden dreigt te overschrijden. Op het derde niveau moet het CESR, als netwerk van effectentoezichthouders, dienen als forum voor de toezichthouders, waar bijvoorbeeld 'best practices' kunnen worden ontwikkeld en activiteiten kunnen worden gecoördineerd. Het vierde niveau in de Lamfalussy procedure betreft ten slotte de feitelijke uitvoering van het toezichtwerk, uiteraard met inachtneming van de voorschriften die in de hogere niveaus zijn

---

20 Conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad van Lissabon, *Bulletin van de Europese Unie* 2000, nr. 3.

21 MiFID = *Markets in financial instruments directive*. Deze is inmiddels gewijzigd, zie Richtlijn 2006/31/EG van 5 april 2006, Pb EG L 114/60.

22 Richtlijn 89/592/EEG van de Raad van 13 november 1989 tot coördinatie van de voorschriften inzake transacties van ingewijden, Pb L 334/30.

23 Hierover ook Kristen (2004), p. 170 e.v.; Nobel (2004), p. 296-304.

24 Website: http://www.cesr-eu.org/.

25 Zie resp. het Besluit 2001/528/EG van 6 juni 2001, Pb EG L 191/45, en het Besluit 2001/527/EG, Pb EG L 191/43.

> gesteld. Hier houdt de Europese Commissie tweedelijnstoezicht op de controleactiviteiten. De Commissie wordt bijgestaan door een *Monitoring Group*.
>
> De MiFID vervangt als gezegd de Richtlijn beleggingsdiensten die in werking is sinds 1995 en van toepassing is (tussenpersonen op) de effectenmarkten (beleggingsondernemingen). In de nieuwe richtlijn wordt het toepassingsbereik verruimd. Zo wordt bijvoorbeeld het beleggingsadvies onder de werking van de richtlijn gebracht en wordt ook het aantal financiële instrumenten die onder de richtlijn vallen, uitgebreid. Voorts worden er aanvullende eisen gesteld aan deze ondernemingen, in het bijzonder met betrekking tot het gedragstoezicht en de interne organisatie. De principes waarop de Richtlijn beleggingsdiensten gebaseerd was, blijven echter onaangetast. Hoewel men in de richtlijn heeft getracht de verantwoordelijkheden van de samenwerkende staten helderder te definiëren, gaat de richtlijn nog steeds uit van een *single European license* en *home state control*. Op grond van de nieuwe Richtlijn kapitaaltoereikendheid moeten al deze instellingen ook aan de eisen van die richtlijn voldoen.[26]

Inmiddels is de looptijd van het FSAP verlopen. De Commissie heeft tevreden geconstateerd dat de hoofdmoot van de gestelde doelstellingen zijn gerealiseerd. Inmiddels is, na een consultatieprocedure, een witboek opgesteld waarin de prioriteiten in de periode 2005–2010 zijn vastgesteld.[27] Deze kunnen worden samengevat onder de term 'dynamische consolidatie.' Aan een nieuwe hausse aan wetgevende aandacht is even geen behoefte. De komende periode zal zich richten op de invoering en evaluatie van de verrichte inspanningen.

2.2.2 Eisen aan de inrichting van de nationale rechtshandhaving

Wat betekent het voorgaande nu voor de aard en organisatie van de nationale organisatie van de rechtshandhaving en dus voor de transnationale samenwerking? Om die vraag te kunnen beantwoorden is bestudering van de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID belangrijk.[28] Daaruit kan worden afgeleid welke acties men heeft ondernomen naar aanleiding van de vaststelling dat 'de bestaande situatie met een minimumharmonisatie van regelgeving, het beginsel van wederzijdse erkenning (…), zonder een uniform model van toezicht, een beperkte samenwerking tussen toezichthouders en een door het nationale recht geregeerde wijze van handhaving tekort schiet.'[29] Inderdaad zijn in beide richtlijnen voorschriften te vinden die, meer

---

26 Hierover ook COM (2002), 625.

27 Witboek – Beleid op het gebied van financiële diensten 2005–2010, te raadplegen via: http://europa.eu.int/comm/internal_market/finances/index_en.htm.

28 In de inleiding wees ik er al op dat voor kredietinstellingen nog een andere richtlijn relevant is die ik hieronder echter buiten beschouwing laat. Richtlijn 2000/12/EG, Pb EG L126/1, ziet op het (prudentiële) toezicht op kredietinstellingen (banken). Banken die op basis van deze richtlijn een vergunning hebben, hoeven niet ook nog eens op basis van de MiFID een vergunning aan te vragen voor het mogen verrichten van effectendiensten. Wel zijn ze gebonden aan de relevante bepalingen in de MiFID over het gedragstoezicht (art. 1, lid 2, MiFID).

29 Kristen (2004), p. 169.

dan in de EG gebruikelijk is, ingrijpen in nationale handhavingsstructuren, die zo essentieel zijn in een systeem van indirecte handhaving. De algemene eisen die het Hof van Justitie in constante jurisprudentie stelt aan de handhaving door de lidstaten van het gemeenschapsrecht, gaan de Europese wetgever niet ver genoeg.

> Al in een vrij vroeg stadium heeft het Hof van Justitie ingegrepen en randvoorwaarden gesteld waaraan de communautaire rechtshandhaving moet voldoen. Het is daarbij in beginsel[30] aan de lidstaten om ter handhaving van het EG-recht te kiezen voor strafrechtelijke, bestuursrechtelijke, civielrechtelijke of tuchtrechtelijke wijzen van handhaving of combinaties daarvan. Maar welke weg men ook kiest, op basis van art. 10 EGV moet er worden gehandhaafd met doeltreffende, afschrikwekkende en evenredige sancties.[31] De lidstaten moeten er op toezien, dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. De op te leggen straffen moeten doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. Verder dienen de nationale autoriteiten even energiek op te treden tegen overtredingen van het gemeenschapsrecht als wanneer het gaat om de handhaving van een overeenkomstige nationale wettelijke regeling. Deze eisen gelden ongeacht de keuze voor straf- en of bestuursrechtelijke handhaving. Het beginsel van gemeenschapstrouw, verwoord in art. 10 EGV, brengt aldus met zich dat communautaire belangen niet mogen worden achtergesteld op soortgelijke nationale belangen (non-discriminatie) en dat, waar ook nationale belangen niet worden gehandhaafd, aanvullende eisen gelden, die een minimumniveau van effectiviteit en evenredigheid moeten waarborgen.

Meer dan hun voorgangers en ook dan elders gebruikelijk is in het communautaire recht, stellen de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID eisen aan de taken en bevoegdheden van de verantwoordelijke autoriteiten. Daarvoor is in de ogen van de Commissie alle reden. Immers, 'om geïntegreerde financiële markten in de Europese Unie tot stand te kunnen brengen moeten de uitvoerings- en handhavingsmethoden van de lidstaten onderling worden aangepast. Verschillen tussen de taken en bevoegdheden van nationale overheidsinstanties belemmeren de totstandbrenging van een volledig geïntegreerde markt en vergroten de verwarring op de markten. De richtlijn [marktmisbruik in dit geval, ML] stelt dan ook voor dat de lidstaten één enkele instantie op het gebied van regelgeving en toezicht aanwijzen die belast is met een gemeenschappelijk aantal fundamentele taken. Gezien de toename van grensoverschrijdende activiteiten zou de Europese wetgeving moeten waarborgen dat de regelgevende en toezichthoudende autoriteiten doeltreffend samenwerken om marktmisbruik te voorkomen, op te sporen, te onderzoeken en te vervolgen. Hiertoe moeten zij op elkaars hulp kunnen rekenen en tijdig relevante informatie van elkaar ontvangen.'[32] In deze passage komt duidelijk tot uitdrukking

30 Een belangrijke uitzondering komt hieronder aan de orde in paragraaf 2.4.2.

31 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, *Commissie/Griekenland*, Jur. 1989, p. 2965, nadien vele malen herhaald, vgl. zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, *Berlusconi e.a.*

32 COM (2001) 281, p. 5.

dat men om een effectief toezicht op geïntegreerde Europese effectenmarkten te kunnen uitoefenen, harmonisatie van de onderliggende materiële en procedurele normen noodzakelijk acht, ook met het oog op de transnationale handhavingssamenwerking. Daarbij heeft men beide richtlijnen op elkaar af willen stemmen.[33] Om die reden is een aantal bepalingen in de MiFID vrijwel identiek aan die van de Richtlijn marktmisbruik.

Beide richtlijnen kennen voorschriften met betrekking tot de bevoegde autoriteit zelf, haar bevoegdheden, haar geheimhoudingsplicht en haar bevoegdheid – soms plicht – tot transnationale samenwerking. De MiFID laat de keuze voor het toezichtmodel (bijvoorbeeld sectoraal toezicht, functioneel toezicht, meerdere toezichthouders of juist niet) aan de lidstaten zelf.[34] Bijgevolg kan de uitoefening van het toezicht in handen liggen van één of van meerdere toezichthouders. In het laatste geval zal er tussen hen moeten worden samengewerkt (vgl. art. 49 MiFID).[35] Echter, de autoriteiten moeten wel 'openbare autoriteiten' zijn waarmee vooral de invloed van zelfregulerende instanties wordt teruggedrongen.[36] De taken die moeten worden vervuld, staan elders in de richtlijnen beschreven. Zo kan bijvoorbeeld uit art. 17 MiFID worden afgeleid dat er moet worden gecontroleerd of de vergunningsvoorwaarden ook daadwerkelijk worden nageleefd. Art. 25, lid 1, MiFID bepaalt verder dat er passende maatregelen moeten zijn getroffen om de bevoegde autoriteit in staat te stellen toe te zien op de werkzaamheden van beleggingsondernemingen om te garanderen dat deze optreden op loyale, billijke en professionele wijze en op een manier die bevorderlijk is voor de integriteit van de markt.

Veel aandacht is er voor de bevoegdheden waarover de autoriteiten moeten kunnen beschikken en de daarmee corresponderende verplichtingen van de betrokken instellingen. Instellingen krijgen bijvoorbeeld enerzijds administratie- en meldplichten opgelegd in het kader van het integriteitstoezicht (art. 25 MiFID), anderzijds moeten de toezichthouders worden uitgerust met *ten minste* de daar omschreven bevoegdheden, waaronder bevoegdheden tot:

- het verkrijgen van toegang tot ieder document, in enigerlei vorm, en een afschrift hiervan te ontvangen;
- het verlangen van aanvullende inlichtingen van *iedere* persoon en zo nodig een persoon op te roepen en te ondervragen om inlichtingen te verkrijgen;
- het verrichten van inspecties ter plaatse;
- het verlangen van bestaande overzichten van telefoon- en dataverkeer;
- het verlangen dat elke praktijk die in strijd is met de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde bepalingen, wordt beëindigd;

33 COM (2002) 625, p. 38.
34 COM (2002) 625, p. 38.
35 Hieronder komt nog aan de orde welke keuzes Nederland en Duitsland ter zake hebben gemaakt.
36 Vgl. art. 48 MiFID en art. 11 Richtlijn marktmisbruik. Soms is op basis van de MiFID delegatie mogelijk. Art. 48 MiFID geeft daarvoor voorwaarden. De Richtlijn marktmisbruik voorziet niet in deze mogelijkheid.

- het verzoeken om bevriezing van en/of beslaglegging op activa (art. 12 Richtlijn marktmisbruik en art. 52 MiFID);[37]
- het inleiden van strafrechtelijke vervolgingsprocedures (art. 52 MiFID).[38]

Een aantal van deze bevoegdheden is naar het recht van veel lidstaten strafvorderlijk van aard. Betekent dit nu dat bestuursorganen moeten worden opgetuigd met strafvorderlijke bevoegdheden? Het antwoord luidt ontkennend.[39] In de aangehaalde artikelen wordt namelijk ook bepaald dat de genoemde bevoegdheden 'binnen de beperkingen die door de nationale wetgeving worden opgelegd,' ook mogen worden uitgeoefend in samenwerking met andere autoriteiten of middels een verzoek aan de bevoegde rechterlijke instanties. Op nationaal niveau mag er dus tussen toezichthouder en justitie worden samengewerkt. Feit is echter dat de bevoegdheden – direct of indirect – ter beschikking moeten staan van de doeleinden die beide richtlijnen nastreven.

De aangehaalde artikelen laten ruimte voor meer vragen. Ten eerste wordt er bepaald dat de bevoegdheden beschikbaar moeten zijn voor de 'vervulling van de taken.' Betekent dit nu dat voor alle aspecten die de richtlijnen onderscheiden, de bevoegdheden beschikbaar moeten zijn? Dat lijkt me niet. Het zou bijvoorbeeld betekenen dat ook in niet-strafrechtelijke of zelfs niet-punitieve onderzoeken voorwerpen in beslag zouden mogen worden genomen. Maar ook binnen de strafrechtelijke onderzoeken kan worden betwijfeld of de bevoegdheden voor alle typen delicten beschikbaar moeten zijn. Een dergelijke uitleg kan in conflict komen met het evenredigheidsbeginsel. Ik meen daarom dat staten hier nog de nodige omzettingsvrijheid toekomt.

Opmerkelijk is in de tweede plaats dat de bevoegdheden in de Richtlijn marktmisbruik en MiFID geheel op elkaar zijn afgestemd. Opmerkelijk, omdat sommigen in de aard der activiteiten die de toezichthouders verrichten in het kader van de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID verschillen zien.[40] De eerste activiteiten zouden meer 'politieel' van aard zijn. Toezichthouders richten zich bij de bestrijding van marktmisbruik tot alle spelers op de markten, ook individuele beleggers. Op basis van de MiFID treden ze op als toezichthouders, die in een continue relatie tot hun onder toezicht gestelden staan. In het laatste geval zou het accent meer liggen op het alsnog bereiken van normconform gedrag, in het eerste op bestraffing. De toekenning van inbeslagnemingsbevoegdheden, die duidelijk op repressie zijn gericht, is alleen met het laatste verenigbaar, zo zou kunnen worden betoogd. De teksten van de richtlijnen bieden voor dit standpunt echter geen steun.

---

37 Ook hier geldt dat de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID op elkaar zijn afgestemd; COM (2004) 15, p. 25.

38 Vreemd genoeg voorziet de Richtlijn marktmisbruik niet in de bevoegdheid om strafrechtelijke procedures in te leiden.

39 Vgl. Vervaele (2002); Luchtman (2006).

40 Vgl. Roth (2005).

Vermeldenswaard is ook het feit dat nationale toezichthouders op basis van art. 52 MiFID over de bevoegdheid moeten beschikken om strafrechtelijke vervolgingsprocedures in te leiden. In het verlengde daarvan ligt dat de zodadelijk te bespreken geheimhoudingsplicht die de toezichthouders is opgelegd, een uitzondering kent voor 'zaken die onder het strafrecht vallen.'[41] Hoe die inleiding precies plaats moet hebben, wordt echter niet duidelijk. Is hiermee bedoeld dat de toezichthouder bij verdenkingen van strafbare feiten de justitie *moet* inschakelen? Dient hij dat te doen via een aangifte of anderszins? En wat voor gevolgen heeft die aangifte voor de justitie – moeten deze een onderzoek starten of mogen ze daarvan afzien? Op die vragen wordt geen antwoord gegeven. Ze kunnen – zo zullen we nog zien – van groot belang zijn voor de transnationale samenwerking. Het antwoord zal per land afzonderlijk kunnen worden bepaald.

Noch de Richtlijn marktmisbruik, noch de MiFID schrijft voor welke typen sancties de lidstaten moeten voorschrijven.[42] In de bekende standaardformulering heet het dat 'Onverminderd het recht van de lidstaten tot het opleggen van strafrechtelijke sancties, de lidstaten ervoor [zorgen] dat overeenkomstig hun nationale wetgeving passende administratieve maatregelen of administratieve sancties kunnen worden opgelegd aan de verantwoordelijke personen indien krachtens deze richtlijn vastgestelde bepalingen niet worden nageleefd.'[43] Dit betekent dat de uiteindelijke keuze tussen strafrechtelijk of bestuursrechtelijk handhaven aan de lidstaten wordt gelaten. Dat past enerzijds in een systeem van indirecte handhaving, maar heeft anderzijds consequenties voor de grensoverschrijdende samenwerking. Immers, kunnen de autoriteiten uit twee verschillende staten nog wel met elkaar samenwerken? Waar staat A een norm uit de richtlijnen bestuursrechtelijk handhaaft, waarbij niet noodzakelijk voor punitieve handhaving hoeft te zijn gekozen, en staat B dezelfde norm strafrechtelijk handhaaft, kunnen zich problemen voordoen, zoals hieronder blijken zal.

> Het moet worden afgewacht welke consequenties het mijlpaalarrest van het Hof in de zaak C-176/03 zal hebben. In die zaak erkende het Hof de bevoegdheid van de Gemeenschap (dus de eerste pijler) om, onder bepaalde voorwaarden, dwingend strafrechtelijke sancties voor te schrijven op schendingen van gemeenschapsrecht.[44] De EG verkreeg daarmee nog meer dan voorheen de bevoegdheid om in de nationale rechtshandhaving, inclusief de strafrechtelijke, in te grijpen. Er is hier het nodige in beweging.

Ook passen, voordat ik aan de bespreking van de regels over de transnationale samenwerking toekom, nog enige opmerkingen over het beroepsgeheim. Daarover bevatten beide richtlijnen opnieuw op elkaar afgestemde voorschriften. In art. 13 Richtlijn marktmisbruik en art. 54 MiFID worden de (medewerkers van de)

---

41 Art. 54, lid 3, MiFID en art. 16, lid 2, Richtlijn marktmisbruik.
42 Daarover ook Kristen (2004), p. 205 e.v.
43 Art. 51 MiFID, resp. art. 14 Richtlijn marktmisbruik.
44 HvJ EG 13 september 2005, Zaak C-176/03, *Commissie v. Raad*, Jur. 2005, p. I-7875, waarover paragraaf 2.4.2.

autoriteiten tot geheimhouding verplicht, waarbij art. 54 MiFID preciezer in zijn redactie lijkt dan art. 13 Richtlijn marktmisbruik. Beide geheimhoudingsregimes hebben met elkaar gemeen dat een onderscheid wordt gemaakt tussen gegevens die de toezichthouders in het kader van de transnationale samenwerking hebben verkregen en gegevens die in een nationale context werden verkregen. In het tweede geval wordt volstaan met een algemene geheimhoudingsplicht, waarvan de uitzonderingen mogen worden bepaald door het nationale recht (vgl. art. 54, lid 5, MiFID), terwijl in het eerste geval de richtlijnen aanvullende eisen stellen. Met dat laatste is onmiskenbaar beoogd de samenwerking te bevorderen door minimumvoorwaarden te scheppen voor het verdere gebruik en de verdere verstrekking van aan het buitenland verstrekte gegevens. Immers, als het vertrouwelijke en doelgebonden gebruik van de aan het buitenland verstrekte gegevens gewaarborgd is, zullen toezichthouders eerder deze gegevens verstrekken.[45]

Vooral het regime van art. 54 MiFID is in mijn ogen opmerkelijk. Men wijkt ermee af van het regime onder art. 25 Richtlijn beleggingsdiensten, dat als keerzijde van een plicht tot samenwerking een gesloten geheimhoudingsregime creëerde, waarin de toelaatbare doeleinden en verstrekkingsgronden *limitatief* en zeer uitgebreid werden behandeld in de richtlijnen zelf.[46] Daarbij werd geen onderscheid gemaakt tussen 'binnenlandse' en 'buitenlandse' gegevens. Deze werden gelijk behandeld. De nieuwe richtlijn bepaalt zelf niet meer de toelaatbare gebruiks- en verstrekkingsdoeleinden, maar verwijst hetzij naar het nationale recht, hetzij naar de toestemming die de verstrekkende autoriteit eventueel voor doorleiding moet verlenen (zie onder). Dat is een andere aanpak dan de Richtlijn beleggingsdiensten. De nieuwe richtlijnen doen mijns inziens onvoldoende recht aan een andere achtergrond van het beroepsgeheim, te weten het bevorderen van de medewerkingsbereidheid van de onder toezicht gestelde instellingen (banken). Waar deze enerzijds tot medewerking zijn verplicht en ook gevoelige en geheime gegevens moeten verstrekken, is anderzijds duidelijkheid over het gebruik daarvan door de toezichthouder en/of derden vereist. Vooral het toestemmingsvereiste, dat voor een zeer groot deel kan worden ingevuld naar het (redelijke?) inzicht van de verstrekkende autoriteit, doet hieraan afbreuk.

Opvallend is dat met het loslaten van het gesloten geheimhoudingsregime ook het verstrekken van gegevens aan de fiscus weer aan de orde is. Dat is van oudsher een zeer gevoelig punt, zeker voor de onder toezicht gestelden die bevreesd zijn voor een uitholling van hun bankgeheim, danwel bancaire discretieplicht. Over dit onderwerp werd in een ander Commissiedocument het volgende overwogen: 'Om de transparantie van belastingstelsels te verbeteren dient de toegang tot en de uitwisseling van informatie te worden bevorderd. Informatie waarover andere toezichthouders beschikken kan relevant zijn voor belastingdoeleinden en zou aan belastingdiensten kunnen worden doorgegeven om, los van de samenwerking op justitieel gebied, de structuur van de groep en

45 HvJ EG 11 december 1985, zaak 110/84, *Hillegom/Hillenius*, Jur. 1985, p. 3947, waarover Van der Vossen (1991), p. 46 e.v.; Althaus (1997), p. 73-74; Luchtman (2002), p. 38-42.

46 Luchtman (2002), p. 38-66.

> eventuele vestigingen in offshorecentra beter te kunnen doorlichten.'[47] Moet hieruit worden afgeleid dat in Europa de verstrekking van gegevens door toezichthouders aan de fiscus is toegestaan? Het lijkt er, gezien ook de herformulering van de geheimhoudingsplicht in de MiFID, wel op. We zullen nog zien dat Duitsland en Nederland zo ver nog niet gaan.[48]

Ik vraag me af of het onderscheid tussen buitenlandse en binnenlandse gegevens wel zo gelukkig is. Zo ontstaat de indruk dat gegevens 'geheimer' zijn, omdat ze uit het buitenland komen. Die gedachte past naar mijn smaak niet in een geïntegreerde Europese effectenmarkt – het zou niet uit mogen maken waar de gegevens vandaan komen. Een geheim en doelgebonden gebruik moet hoe dan ook gewaarborgd zijn. Bovendien, kan er altijd wel even goed worden onderscheiden tussen de twee typen gegevens? Is dat praktisch haalbaar? Wat geldt bijvoorbeeld wanneer op basis van buitenlandse en binnenlandse gegevens nieuwe gegevens worden gegenereerd: onder welk regime vallen deze dan? Op deze vragen wordt geen antwoord gegeven. Het nationale recht zal opnieuw een antwoord moeten geven.

2.2.3 Wederzijdse administratieve bijstand in het financiële toezicht

2.2.3.1 De omvang van de plicht tot samenwerking

De zojuist beschreven eisen hebben geleid tot een zekere harmonisatie van het financiële toezicht in Europa. Daarmee wordt ook de transnationale samenwerking vergemakkelijkt. De hierboven besproken bevoegdheden moeten ook worden gebruikt voor de uitvoering van verzoeken om hulp uit het buitenland. De geheimhoudingsplicht garandeert zekerheid over het gebruik van de gegevens. Daarnaast kennen de richtlijnen ook nog bepalingen over de transnationale samenwerking zelf, die ik nu zal bespreken. Voor een effectief lopend toezicht op de financiële markten is samenwerking noodzakelijk. Om die reden voorzien de richtlijnen in een verplichting om op verzoek,[49] uit eigen beweging[50] of langs geautomatiseerde weg aan elkaar gegevens te verstrekken. Waar nodig, zullen ten behoeve van de autoriteiten uit de andere lidstaat onderzoekshandelingen moeten worden verricht.[51] Ook zal de aanwezigheid van buitenlandse ambtenaren moeten worden toegestaan[52] en zal in voorkomend geval worden geduld dat buitenlandse ambtenaren op het territoir van de hulpverlenende staat zelfstandig onderzoekshandelingen verrichten (grensoverschrijdende verificatie).[53] Al deze vormen van wederzijdse bijstand worden genormeerd door de richtlijnen en vallen in beginsel onder de plicht tot samenwerking.[54]

---

47 COM (2004) 611, p. 8.
48 *Infra* hoofdstuk 4.4.1.1, resp. 3.4.1.
49 Vgl. art. 16, lid 2, Richtlijn marktmisbruik.
50 Vgl. art. 56, lid 4, MiFID en art. 16, lid 3, Richtlijn marktmisbruik.
51 Vgl. art. 56, lid 1, MiFID en art. 16, leden 1, 2 en 4, Richtlijn marktmisbruik.
52 Vgl. art. 16, lid 4, Richtlijn marktmisbruik.
53 Vgl. art. 57 MiFID.
54 Art. 16, lid 1, Richtlijn marktmisbruik en art. 56, lid 1, MiFID.

De MiFID kent overigens verschillende hoofdstukken voor de samenwerking tussen EU-lidstaten en voor de samenwerking met derde landen. De normen die ik hier besprak, zien op de samenwerking met de EU-landen (art. 56-62 MiFID). Art. 63 MiFID verleent de bevoegdheid om met derde landen overeenkomsten (*Memoranda of Understanding*) voor de samenwerking van gegevens af te sluiten. In het artikel is er vooral aandacht voor het vertrouwelijke en doelgebonden gebruik van de eventueel te verstrekken gegevens.[55] Als de gegevens die aan een derde staat worden verstrekt, afkomstig zijn van een andere lidstaat, moet de toestemming van de laatste worden verkregen (art. 63, lid 2, MiFID).

Niet alleen de genoemde richtlijnen zijn van belang. Door middel van tal van andere afspraken heeft men de financiële sector in vergaande mate tot voorwerp van Europese regulering gemaakt. Zo bestaan er de *Convention on insider trading* van 20 april 1989 en bijbehorend Protocol van de Raad van Europa die eveneens handelen over wederzijdse rechtshulp én bijstand.[56] Bijzonder aan dit verdrag is dat het tevens voorzieningen bevat over de strafrechtelijke samenwerking. Voor dit onderzoek is het verdrag minder relevant, niet alleen omdat het is achter gesteld op de communautaire afspraken (art. 16bis), maar ook omdat het niet door Duitsland en Zwitserland is ondertekend.

Om de samenwerking te vergemakkelijken, wordt in de richtlijnen ook bepaald dat alle lidstaten één bevoegde autoriteit aanwijzen die als contactpunt voor buitenlandse autoriteiten dient.[57] Deze autoriteiten worden in het kader van de wederzijdse administratieve bijstand 'bevoegde autoriteiten' genoemd.[58] Van essentieel belang is dat het moet gaan 'toezichthoudende' of 'administratieve' autoriteiten (vgl. art. 11 Richtlijn marktmisbruik). Alleen voor deze autoriteiten voorzien de richtlijnen in een samenwerkingsplicht. De richtlijnen bevatten geen regels voor de wederzijdse rechtshulp in strafzaken.[59]

Waarvoor kan op grond van de richtlijnen precies worden samengewerkt? De doeleinden waarvoor deze toezichthouders samenwerken, zijn af te leiden uit de richtlijnen zelf. Ik besprak ze hierboven. Ze zien onder meer op de verlening van vergunningen, het houden van toezicht op instellingen waaraan al een vergunning is verleend, de uitvoering van het Europese systeem van *single license* en *home state control* en – in voorkomend geval – de sanctionering van overtredingen. Bij die sanctionering kan het, afhankelijk van het nationale recht, ook om punitieve sancties gaan.[60] De richtlijnen stellen hieraan geen beperkingen, ook al zou kunnen worden betoogd dat dergelijke punitieve sancties, die vallen onder de werkingssfeer van art. 6 EVRM vallen, in wezen 'strafsancties' zijn en dat daarvoor dus de wederzijdse rechtshulp in strafzaken moet worden gekozen (*infra* paragraaf 2.4.2).

---

55 Overigens is het hierboven aangehaalde CESR Memorandum of Understanding van deze bepaling een uitwerking.

56 ETS 130 en 133.

57 Art. 56, lid 1, derde alinea, MiFID en art. 11 Richtlijn marktmisbruik.

58 Art. 16 Richtlijn marktmisbruik en art. 56-63 MiFID.

59 Voor de oorzaak daarvan, paragraaf 2.4.1.

60 Vgl. Vervaele en Klip (2002); Luchtman (2006). Kennelijk anders: Stessens (1997), p. 406-407.

Het is evenmin uitgesloten dat op basis van de bepalingen in de richtlijn bijstand wordt verleend in onderzoeken met een strafvorderlijk doel. Toezichthoudende autoriteiten kunnen taken verrichten die liggen in de voorbereiding van de opsporing. In de toelichting op de Richtlijn marktmisbruik is daarover te lezen: '[gezien] de toename van grensoverschrijdende activiteiten zou de Europese wetgeving moeten waarborgen dat de regelgevende en toezichthoudende autoriteiten doeltreffend samenwerken om marktmisbruik te voorkomen, *op te sporen*, te onderzoeken en *te vervolgen* [mijn cursivering, ML]. Hiertoe moeten zij op elkaars hulp kunnen rekenen en tijdig relevante informatie van elkaar ontvangen [art. 16, ML].'[61] Samenwerking voor opsporingsdoeleinden is dus op zich mogelijk, maar of ze werkelijk plaatsheeft, hangt opnieuw af van de wijze waarop de lidstaten hun rechtssystemen hebben ingericht.

Echter, in het systeem van bijstand ligt ook besloten dat samenwerking voor opsporings- en andere strafrechtelijke doeleinden alleen mogelijk is, als de samenwerkende autoriteiten beide 'toezichthouder' zijn. Op basis van de richtlijnen kan niet worden samengewerkt met autoriteiten met een ander statuut, bijvoorbeeld de met strafvervolging belaste organen. Daarvoor moet een andere rechtsbasis worden gevonden. Deze consequentie is mijns inziens zeer opmerkelijk te noemen, omdat ze slecht te rijmen is met een systeem van indirecte handhaving waarin aan de lidstaten de uiteindelijke keuze voor straf- en/of bestuursrechtelijke handhaving is gelaten. Ze spoort evenmin met de doelstelling te komen tot een geïntegreerde Europese effectenmarkt. Immers, voor eenzelfde overtreding kan in de ene staat een 'bestuurlijke' autoriteit bevoegd zijn, waar in de andere staat bijvoorbeeld het OM – een 'justitiële' autoriteit – bevoegd is. Wanneer ook de andere instrumenten, bijvoorbeeld die op het gebied van de rechtshulp, samenwerking tussen toezichthoudende autoriteiten enerzijds en justitiële anderzijds niet toestaan, kan er mogelijk helemaal niet worden samengewerkt, zelfs al is men bezig met hetzelfde onderzoek. Ondanks de harmonisatie die is voorgeschreven op Europees niveau, wordt daardoor mogelijk de totstandkoming van een geïntegreerde effectenmarkt met een effectief toezichtsysteem gehinderd.[62] Dat heeft direct te maken met het feit dat de richtlijnen de keuze tussen straf- en bestuursrechtelijke rechtshandhaving aan de lidstaten laten.

2.2.3.2 Het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel

Het voorgaande laat onverlet dat er wel indirecte manieren zijn, waardoor de toezichthouder uit staat A en de justitie uit staat B kunnen samenwerken.

> Samenwerking met justitie wordt door beide richtlijnen ook verlangd. Immers, in de richtlijnen is bepaald dat overtredingen van normen moeten kunnen worden gesanctioneerd, dat toezichthouders (op basis van de MiFID) de bevoegdheid moeten hebben om strafprocedures in te leiden, dat bevoegdheden die

61 COM 2001(281), p. 5.
62 Hierover ook Luchtman (2006).

> naar nationaal recht strafvorderlijk van aard zijn, toch moeten kunnen worden gebruikt voor de doeleinden van de richtlijnen, inclusief de transnationale samenwerking, en – *last but not least* – dat de geheimhoudingsplicht die de toezichthouders hebben, niet geldt voor 'zaken die onder het strafrecht vallen'.[63] Kortom, de richtlijnen laten ruimte voor samenwerking met justitie en verlangen deze zelfs.

Hoe komt deze samenwerking van de grond? Het antwoord hierop moet worden gevonden in de geheimhoudingsplichten die zijn neergelegd in de richtlijnen. Staan deze samenwerking met de justitie toe? Bij een bevestigend antwoord op deze vraag zou bijvoorbeeld de toezichthouder uit de ene staat aan de toezichthouder uit de andere gegevens kunnen verstrekken die de laatste op zijn beurt kan verstrekken aan de justitie. Ook wanneer de toezichtinformatie pas later relevant blijkt voor strafrechtelijke doeleinden, zou aldus verstrekking en gebruik voor strafrechtelijke doeleinden mogelijk zijn. Dat zou mijns inziens goed passen in het systeem van de richtlijn, dat soms zelfs uitgaat van samenwerking tussen justitie en toezichthouder.

Anderzijds kunnen het transnationale ambtsgeheim en doelbindingsbeginsel ook belemmeringen opwerpen. Van oudsher worden het transnationale ambtsgeheim, dat ziet op de verstrekking van gegevens, en het bijhorende specialiteits- of doelbindingsbeginsel, dat ziet op het gebruik ervan, gezien als belangrijke waarborgen voor de betrokkenen in het interstatelijke gegevensverkeer. Ze bewerkstelligen dat gegevens die voor het ene doel worden verkregen, niet worden gebruikt of verstrekt voor een ander doel. Daarvoor moet in de regel – een derde element van deze bescherming – de toestemming van de verstrekkende autoriteit worden verkregen. Dit wordt wel het *Prinzip der langen Hand* genaamd; de arm (hand) van de verstrekkende autoriteit strekt zich immers uit tot over de landsgrenzen. Zo kan deze voorkomen dat rechtswaarborgen worden omzeild.[64] Sommigen wijzen in dit verband expliciet op de relevantie van deze eisen voor het *nemo-tenetur*beginsel.[65] Omdat in de toezichtfase vaak onder dwang gegevens worden verstrekt, zou deze informatie nadien niet zonder meer mogen worden gebruikt voor strafrechtelijke doeleinden.

> Overigens is dit laatste argument maar ten dele waar. We zagen zojuist al dat het gebruik van de bijstand voor punitieve doeleinden niet is verboden. Evenmin is uitgesloten dat wordt samengewerkt in de voorfase van de opsporing. De angst voor een omzeiling van het *nemo-tenetur*beginsel is terecht, maar moet mijns inziens vooral worden opgelost door in de instrumenten over de bijstand hieraan aandacht te besteden. Die aandacht is er nu niet. Ik kom daarop nog uitvoerig terug in hoofdstuk 6 en 7.

Deze drie elementen (ambtsgeheim, specialiteit en toestemming) komen ook in de beide richtlijnen duidelijk herkenbaar terug. We zagen zojuist al dat er in de

---

63 Art. 54, lid 3, MiFID en art. 16, lid 2, Richtlijn marktmisbruik.

64 Hierover Althaus (1997), p. 71-82; Royla (2000), p. 133; Stessens (1997), p. 419; Schutte (1993).

65 Vgl. Swart (2002), p. 455-459.

richtlijnen een onderscheid wordt gemaakt tussen 'binnenlandse' en 'buitenlandse' gegevens. In het laatste geval gelden extra voorwaarden. De richtlijnen eisen voor doelafwending van uit het buitenland verkregen gegevens uitdrukkelijk de instemming van de verstrekkende autoriteit.[66] Men acht deze autoriteit kennelijk (mede) verantwoordelijk voor het gebruik van de gegevens door de ontvangende autoriteit. Vooral in de relatie tot de nationale strafrechtspleging zijn echter beide richtlijnen onduidelijk. De kwestie in hoeverre gegevens die uit het buitenland werden verkregen, mogen worden gebruikt voor strafrechtelijke doeleinden is multi-interpretabel. In beide richtlijnen wordt voorgeschreven voor welke doeleinden de uit hoofde van de richtlijnen ontvangen gegevens mogen worden gebruikt, maar wordt tevens een uitzondering aanvaard voor 'zaken die onder het strafrecht vallen'. Onduidelijk is nu of het vereiste van toestemming bij doelafwending ook geldt voor 'zaken die onder het strafrecht vallen.'

> Art. 16, lid 2, van de Richtlijn marktmisbruik bevat ter zake de volgende redactie: 'Onverminderd hun verplichtingen in het kader van strafrechtelijke procedures mogen de bevoegde autoriteiten die op grond van lid 1 informatie ontvangen, deze uitsluitend gebruiken voor de uitoefening van hun functies in de zin van deze richtlijn alsmede in het kader van bestuursrechtelijke of gerechtelijke procedures die specifiek met de uitoefening van deze functies verband houden. Wanneer de bevoegde autoriteit die de informatie heeft verstrekt daarin toestemt, mag de ontvangende autoriteit de informatie echter voor andere doeleinden gebruiken of doorgeven aan de bevoegde autoriteiten van andere lidstaten.'[67]
>
> De MiFID is in zijn bewoordingen onduidelijker. Zowel in art. 54, leden 3 en 4, als in art. 58, lid 1, wordt naar het toestemmingsvereiste verwezen. Art. 54, lid 4, en art. 58, lid 1, brengen geen uitzondering aan voor 'zaken die onder het strafrecht vallen', het eerstgenoemde artikellid wel. Art. 53, lid 3, lijkt te zien op het *gebruik* van de gegevens, terwijl art. 54, lid 4, en 58, lid 1, zien op de *verstrekking* ervan aan derden. Hoe verhouden deze artikelleden zich tot elkaar? Is er bedoeld dat het toestemmingsvereiste, ook voor 'zaken die onder het strafrecht vallen,' geldt voor de *verstrekking* van de gegevens, maar niet voor het *gebruik* voor strafrechtelijke doeleinden? Of moet er worden aangenomen dat het toestemmingsvereiste voor én de verstrekking én het gebruik geldt? Of juist – voor gevallen die onder het strafrecht vallen – voor geen van beide?

Om meerdere redenen ben ik de mening toegedaan dat het toestemmingsvereiste niet geldt voor 'zaken die onder het strafrecht vallen.' Allereerst zou het toestemmingsvereiste een nieuw element zijn ten opzichte van de oude Richtlijn beleggingsdiensten. Art. 25, lid 1, van die richtlijn stond het gebruik van uit het buiten-

66 Vgl. art. 16, lid 2, Richtlijn marktmisbruik en art. 54, leden 3 en 4 en art. 58, lid 1, MiFID.

67 Overigens is het aangehaalde citaat afkomstig uit het artikellid dat ziet op de bijstand op verzoek. Daarmee lijkt te worden gesuggereerd dat bij andere vormen van bijstand – bijvoorbeeld de spontane verstrekking van gegevens (art. 16, lid 3, Richtlijn marktmisbruik) – het vragen van toestemming niet nodig is.

land verkregen gegevens voor 'gevallen die onder het strafrecht vallen' toe.[68] Ik vind het niet goed verklaarbaar, dat er enerzijds bepalingen in de nieuwe richtlijn zijn opgenomen waaruit blijkt dat hij meer dan zijn voorganger aanstuurt op een nauwe samenwerking met justitie, maar dat anderzijds diezelfde richtlijn in gevallen van transnationale samenwerking meer beperkingen aanbrengt dan zijn voorganger op de verstrekking van gegevens, die daarvoor zo belangrijk is.

> Tegen deze opvatting kan worden ingebracht dat de gewenste nauwe samenwerking met de strafrechtelijke handhavers er niet toe mag leiden dat de waarborgen van de internationale strafrechtelijke rechtshulp worden omzeild. Op mijn beurt merk ik daarover op dat als dit inderdaad de gedachte achter het toestemmingsvereiste zou zijn, men had kunnen volstaan met een veel specifiekere regeling. Thans wordt enkel bepaald dat voor doelafwending toestemming nodig is, maar niet welke criteria daarbij gelden. Wordt de lidstaten hier niet te veel ruimte geboden?

Ook uit de toelichting bij de MiFID leid ik af dat men juist een soepeler samenwerking wilde, in plaats van een die aan meer beperkingen is onderworpen. Dat blijkt uit het volgende citaat: 'De bepalingen van de RBD [Richtlijn beleggingsdiensten, ML] inzake de aanwijzing van en de samenwerking tussen bevoegde autoriteiten zijn onvoldoende ontwikkeld: de huidige richtlijn is onvoldoende duidelijk met betrekking tot de verdeling van handhavingsbevoegdheden in de lidstaten, en biedt geen solide basis voor grensoverschrijdende samenwerking op toezichtgebied. Een volledig geïntegreerde interne financiële markt vereist dat ongeoorloofd gedrag in de gehele EU even streng wordt vervolgd en bestraft. Een verdere voorwaarde voor een geïntegreerde en ordelijke interne markt is dat er sprake is van voortdurende en rechtstreekse samenwerking en informatie tussen nationale autoriteiten. De bepalingen van de huidige RBD inzake samenwerking bij het toezicht waren bedoeld voor een situatie waarbij een minder intensief gebruik werd gemaakt van de verbindingen tussen nationale financiële markten. Deze mechanismen moeten grondig worden vernieuwd.'[69] Ik zie hierin een argument voor mijn stelling dat het toestemmingsvereiste niet ziet op het gebruik, c.q. de verstrekking van gegevens voor 'zaken die onder het strafrecht vallen.' Samenwerking en niet geheimhouding is immers het devies.

> Een derde argument dat nog kan worden aangevoerd is dat de EU-toezichthouders zelf evenmin lijken uit te gaan van de inroepbaarheid van het toestemmingsvereiste. In art. 6 van het *Memorandum of Unterstanding* dat in het kader van het CESR tot stand kwam, wordt namelijk het volgende bepaald: '1. If the information is exchanged pursuant to the provisions of any of the relevant European Directives, the Requesting Authority shall observe the requirements of the Directives. 2. If the information is not exchanged pursuant to the provisions of

68 Daarover Althaus (1997), p. 72; Luchtman (2002), p. 48-53; Luchtman, Vervaele en Jansen (2002), p. 31-41.

69 COM 2002, 625, p. 7.

any of the relevant European Directives, the Authorities shall use the information exchanged solely for the purposes of: a. securing compliance with or enforcement of the domestic laws or regulations specified in the Request; b. *initiating, conducting or assisting in criminal*, *administrative*, civil or disciplinary *proceedings* resulting from the violation of the laws or regulations specified in the Request [mijn cursivering, ML]; (…) If an Authority intends to use or disclose information furnished under this Memorandum for any purpose other than those stated in this Article, it must obtain the prior consent of the Authority which provided the information. If the Requested Authority consents to the use of the information for purposes other than those stated, it may subject it to certain conditions. (…)' Bij verdragsloze verzoeken is toestemming voor strafrechtelijk gebruik dus niet nodig. Kan daaruit niet impliciet worden afgeleid dat men die toestemming ook bij de verdragsgebonden samenwerking niet nodig acht? Mijns inziens wel. Het kan toch niet zo zijn dat voor de verdragsloze hulp soepeler eisen gelden dan op basis van samenwerking die wel op basis van verdragen/richtlijnen plaatsheeft?

2.2.3.3 De inwilliging van verzoeken; toegang tot bancaire informatie

Ook al valt een verzoek tot bijstand onder de zojuist omschreven plicht tot samenwerking, dan nog betekent dit niet zonder meer dat het door de verzoeker gewenste resultaat volledig zal worden bereikt. De beginselplicht tot samenwerking vervalt bijvoorbeeld wanneer er een weigeringsgrond kan worden ingeroepen. Daarnaast komen we in de meeste afspraken over transnationale samenwerking – of deze nu zien op financiële, fiscale of strafrechtelijke samenwerking – de regel tegen die bepaalt dat een aangezochte autoriteit bij de uitvoering van zijn internationale en in dit geval communautaire plichten niet hoeft te handelen in strijd met zijn eigen recht (*locus regit actum*). De aanwezigheid van een plicht tot samenwerking garandeert dus niet dat het beoogde resultaat ook daadwerkelijk wordt bereikt. In hoeverre dit in het financiële toezicht tot problemen leidt, zal ik in deze paragraaf onderzoeken. Daarbij richt ik me speciaal op de toegang tot bancaire gegevens. Overigens is deze toegang in het financiële bereik, zoals we nu zullen zien, doorgaans weinig problematisch. Dat ik ze toch bespreek, hangt samen met het feit dat dit in de andere hier onderzochte terreinen fiscale bijstand en rechtshulp, bepaald anders is. De financiële bijstand biedt hier interessant vergelijkingsmateriaal.

Bestuderen we de regels inzake de wederzijdse bijstand in toezichtsaangelegenheden, dan valt inderdaad op dat er weinig weigeringsgronden zijn. De omvang van de plicht tot samenwerking wordt daarmee navenant groter. In art. 59 MiFID is bijvoorbeeld te lezen dat samenwerking alleen mag worden geweigerd wanneer a) dit onderzoek of deze verificatie ter plaatse, toezichtactiviteit of mededeling van gegevens gevaar zou kunnen opleveren voor de soevereiniteit, de veiligheid of de openbare orde van de aangezochte lidstaat; b) indien voor dezelfde feiten en tegen dezelfde personen al een gerechtelijke procedure is ingeleid bij de autoriteiten van de aangezochte lidstaat; c) indien tegen dezelfde personen en voor dezelfde feiten

in de aangezochte lidstaat al een onherroepelijke uitspraak is gedaan.[70] Het gaat daarbij om facultatieve gronden; samenwerking mag worden geweigerd, maar dat hoeft niet. (Ook) dit punt kan nader worden ingevuld door de lidstaten.

Een bekende weigeringsgrond als het wederkerigheidsbeginsel, die bewerkstelligt dat alleen bijstand wordt verleend wanneer de verzoekende partij op haar beurt de gevraagde handeling zou kunnen verrichten, is in de financiële bijstand afwezig.[71] Men lijkt daarmee in de financiële bijstand bij het dilemma tussen enerzijds de noodzaak van erkenning van verschillen in een systeem van indirecte handhaving, maar anderzijds de zorg voor een omzeiling van rechtsstatelijke waarborgen, te hebben gekozen ten faveure van de samenwerking. Dat is ook goed verklaarbaar. Door middel van een onderliggende harmonisatie van de materiële gedragingen in de richtlijnen en van de benodigde onderzoeksbevoegdheden (art. 12 Richtlijn marktmisbruik en art. 52 MiFID), wordt bereikt dat er in veel gevallen al overeenstemming en duidelijkheid bestaat over de bevoegdheden die moeten worden ingezet en de doeleinden waarvoor inzet nodig is. Tegen deze achtergrond kan ook worden verkaard waarom in art. 56, lid 3, MiFID zelfs wordt bepaald dat: 'De bevoegde autoriteiten hun bevoegdheden ten behoeve van de samenwerking [kunnen] aanwenden, zelfs in de gevallen waarin de onderzochte gedraging niet strijdig is met in de betrokken lidstaat van kracht zijnde regelgeving.' Zelfs al zou een bepaalde gedraging dus naar het recht van de aangezochte staat geen overtreding opleveren, dan nog moet er door deze autoriteit bijstand worden verleend.

> Dat de problemen die samenhangen met het ontbreken van wederkerigheid in de financiële bijstand van geringere invloed zijn, betekent overigens niet dat ze afwezig zijn. Allereerst kan zich de situatie voordoen dat lidstaten bij de omzetting van de richtlijnen verschillende keuzes maken, waardoor de ene staat een norm strafrechtelijk handhaaft en een andere dezelfde norm bestuursrechtelijk. Zojuist bleek dat in dat geval samenwerking moeilijk is. Het hierboven besproken organieke criterium zorgt dan voor problemen. Maar ook wanneer deze horde is genomen, zijn niet alle problemen verholpen. Hoe een bevoegdheid precies wordt genormeerd en ingebed in het nationale recht is nog steeds in vrij hoge mate aan het nationale recht. De richtlijnen, bijvoorbeeld art. 12, lid 1, Richtlijn marktmisbruik, laten daarvoor de nodige ruimte. Bijgevolg kan het ene land aan strenge voorwaarden onderwerpen, bijvoorbeeld voorafgaande rechterlijke toetsing, wat het andere land onder veel soepeler voorwaarden toestaat.

Ook wanneer weigeringsgronden niet voorhanden zijn, kan de verlangde bijstand niet altijd worden verkregen. De uitvoering van inwilligbare bijstandsverzoeken heeft immers plaats in overeenstemming met de regels van het eigen recht.[72] Het eigen recht moet de bevoegdheid om te mogen handelen bevatten, zeker als grondrechtinbreuken aan de orde zijn. Hetzelfde geldt voor de vorm- en procedu-

70 Art. 16, lid 2 (bijstand op verzoek) en lid 4 (verzoek tot deelname buitenlandse ambtenaren), Richtlijn marktmisbruik kennen vrijwel identieke gronden.

71 In de fiscale bijstand en – in mindere mate – ook in de rechtshulp, speelt ze een grote rol.

72 Vgl. art. 16, lid 1, Richtlijn marktmisbruik en art. 56, lid 1, MiFID.

revoorschriften – ook deze worden door het eigen recht beheerst (*locus regit actum*).[73] Ontbreekt een rechtsbasis in nationaal recht, dan wordt bijgevolg aangenomen dat de aangezochte staat niet aan het verzoek gevolg hoeft te geven.

De uitvoering van de verzoeken conform het eigen recht laat de staten, ondanks de afwezigheid van toepasselijke weigeringsgronden, de ruimte om desgewenst onder de uitvoering van een verzoek uit te kunnen komen. De *locus*regel kan namelijk op twee wijzen worden uitgelegd. Allereerst kan er de één-op-één-toepassing van het nationale recht onder worden verstaan, waarbij de procedures en bevoegdheden die gelden in het innerstatelijke recht onverkort worden toegepast in gevallen van transnationale samenwerking (*locus*regel in materiële zin). Het is echter ook mogelijk dat er in het nationale recht speciale afwijkingen worden aanvaard die betrekking hebben op de transnationale samenwerking (*locus*regel in formele zin).[74] Die aanpassingen kunnen nodig zijn om systemen onderling op elkaar te laten aansluiten. Ze hebben echter als nadeel dat ze ook kunnen worden gebruikt om doelbewust buitenlandse of communautaire handhavingsbelangen achter te stellen op nationale. In dat geval is er sprake van discriminatie zonder dat deze een objectieve rechtvaardiging heeft.

Geeft dit aanleiding tot problemen in de financiële bijstand? Mij lijkt het gevaar voor discriminatie van buitenlandse en communautaire belangen niet erg groot. Dat heeft opnieuw te maken met het feit dat de hier besproken richtlijnen, zeker wanneer we ze vergelijken met de fiscale bijstand, de lidstaten, op dit punt althans, weinig ruimte laten. Ze schrijven niet alleen een serie bevoegdheden voor waarover de toezichthouders, al dan niet in samenwerking met justitie, moeten beschikken, maar ook dat de bevoegde autoriteiten met elkaar moeten samenwerken en dat ze in voorkomend geval ook gebruik moeten maken van de bevoegdheden waarover zij hetzij uit hoofde van de betrokken richtlijn, hetzij ingevolge nationale wetgeving beschikken.[75] Dit verkleint ook de kans op discriminatie van de communautaire belangen.[76] Afwijkend nationaal recht is niet toegestaan.

2.2.3.4 Voorlopige conclusies

In het voorgaande onderzocht ik de Europese invloed op een terrein dat in toenemende mate voorwerp is van Europese regelgeving en activiteit. Een voortschrijdende integratie van de financiële markten en handhaving van de relevante regels heeft momenteel plaats door een combinatie van erkenning en regelgevend ingrijpen op Europees niveau (minimumharmonisatie) en handhaving van die regels door de lidstaten, die op de terreinen waar de Europese regels zwijgen, hun eigen rechtsregels toepassen. Daarbij zijn ze – voor zover communautaire belangen in het spel zijn – hoe dan ook gebonden aan de minimumeisen die het Hof van Justitie in constante jurisprudentie aan de handhaving van het gemeenschapsrecht stelt. Onder

73 Wettner (2005), p. 156.
74 Klip (1994), p. 245-248.
75 Vgl. art. 16, lid 1, Richtlijn marktmisbruik en art. 56, lid 1, MiFID.
76 Luchtman (2006).

die eisen valt ook een plicht tot loyale samenwerking. Op het eerste gezicht lijken daarmee de voorwaarden voor een effectieve transnationale handhavingssamenwerking geschapen. Immers, in de richtlijnen wordt bepaald dat: a) informatie door toezichthouders voor punitieve doeleinden kan worden uitgewisseld, b) dat daarbij – al dan niet in samenwerking met justitiële autoriteiten – bevoegdheden kunnen worden ingezet die naar hun aard strafvorderlijk kunnen zijn en c) dat gegevens mijns inziens zonder toestemming mogen worden doorgeleid aan de justitie, als het nationale recht daarvoor de mogelijkheid biedt. De lidstaten worden aldus op essentiële onderdelen aangestuurd door 'Brussel.'

Toch rijst bij mij een wat ambigu beeld. Ondanks het feit dat de besproken richtlijnen de organisatie van de nationale rechtshandhaving veel meer dan in Europa gebruikelijk is, beïnvloeden, laten ze op een aantal cruciale punten de lidstaten toch nog veel ruimte. Vooral voorzien ze maar ten dele in mogelijkheden tot transnationale samenwerking. Ik constateerde ook dat de lidstaten in de keuze voor strafrecht of bestuursrechtelijke handhaving vrij zijn en dat direct contact tussen justitiële autoriteiten en administratieve autoriteiten op basis van de richtlijnen niet is toegestaan.[77] Daarmee blijft in die gevallen alleen een mogelijke samenwerking langs indirecte kanalen open. Dat verdraagt zich slecht met het streven naar een geïntegreerde Europese effectenmarkt. Of en in hoeverre deze ook feitelijk plaatsheeft, wordt in hoge mate bepaald door nationaal recht. De richtlijnen bieden hier weinig tot geen sturing. Rechtsvergelijkend onderzoek is daarom nodig om te bezien in hoeverre dit problematisch is. We zullen nu zien dat deze constatering *a fortiori* geldt voor de fiscale samenwerking.

2.3 TRANSNATIONALE FISCALE RECHTSHANDHAVING IN EUROPEES PERSPECTIEF

2.3.1 Het fiscale beleid van de Europese Unie (directe belastingen)

Niet alleen verschillende nationale regels betreffende het financiële toezicht kunnen een belemmering vormen voor de totstandkoming van de interne markt, hetzelfde geldt voor fiscale verschillen tussen de lidstaten. Fiscale regelgeving kan een belangrijke beperking zijn bij het passeren van goederen, diensten, personen en/of kapitaal van de onderlinge landsgrenzen van de lidstaten van de Unie. Een verschillende fiscale behandeling van binnenlandse en buitenlandse (financiële) dienstverleners kan tot verstoringen van de interne markt leiden. Negatieve integratie en (een beperkte mate van) positieve integratie in de vorm van harmonisatie of coördinatie zijn daarom nodig ter realisering van de doelstellingen van art. 2 EGV, in het bijzonder de totstandbrenging van een gemeenschappelijke markt en een economische en monetaire unie.[78] Toch verloopt de ontwikkeling van het 'Europese belastingrecht'

77 Op een aantal (mogelijke) verklaringen voor deze onmogelijkheid kom ik nog terug.
78 Vgl. Terra/Wattel (2005), p. 1.

(als ik dat zo mag noemen) volgens geheel andere lijnen dan de zojuist besproken toezichtregels. Dat geldt vooral voor de directe belastingen.

De geschiedenis van het Europese beleid op fiscaal gebied begint met de totstandbrenging van een douane-unie (nu art. 23 EGV). Aan de landsgrenzen deden zich mogelijke beperkingen van de gemeenschappelijke markt en in het bijzonder het vrije verkeer van goederen en diensten het meest opzichtig voor.[79] Bijgevolg bracht de douane-unie een verbod met zich van alle douanerechten en heffingen van gelijke werking in het verkeer tussen de lidstaten onderling (nu art. 25 EGV). Daarnaast werd een gemeenschappelijk douanetarief ingevoerd en – daaraan gekoppeld – een gemeenschappelijke handelspolitiek ten opzichte van derde landen (art. 26 en 27 EGV). De daarmee bereikte micro- en macro-economische voordelen maakten de weg vrij voor een groei van het interstatelijke goederenverkeer en daarmee ook voor de economische en monetaire unie.[80]

Na de invoering van het gemeenschappelijk douanetarief concentreerde men zich op het aanpassen van de indirecte belastingen in het belang van de gemeenschappelijke markt.[81] De inspanningen daartoe waren overigens al in de jaren zestig begonnen, maar met de zogenaamde Zesde richtlijn wordt in 1977 een doorbraak bereikt. Harmonisatie van de regelgeving over de indirecte belastingen was nodig. De verboden op een directe of indirecte fiscale discriminatie van buitenlandse producten en op een directe of indirecte bescherming van de binnenlandse handel (*negatieve integratie*),[82] laten immers onverlet dat er tussen lidstaten op dit gebied grote verschillen kunnen bestaan en dat daarom coördinatie en harmonisatie van nationale rechtstelsels nodig kan zijn (*positieve integratie*).[83] Vooral de indirecte belastingen werden beschouwd als een mogelijk alternatief voor de inmiddels verboden heffing van douanerechten tussen lidstaten.[84] Hier ging men redelijk voortvarend te werk, ook omdat een deel van de BTW-inkomsten door de lidstaten moet worden afgedragen aan de EG. Het resultaat is een Europees systeem van belastingen over de toegevoegde waarde, met uitsluiting van andere vormen van omslagbelasting, en de invoering van het bestemmingslandbeginsel, dat inhoudt dat de belasting uiteindelijk in het land van bestemming moet worden betaald. In 1993 komt het systeem van intracommunautaire transacties tot stand, dat – na de afschaffing van de binnengrenzen – niet meer aanknoopt bij de invoer en uitvoer als grondslag voor de heffing, maar bij het nieuwe begrip intracommunautaire transactie (ICT).[85]

Het feit dat men zich in de EG in hoofdzaak concentreerde op de harmonisatie van de indirecte belastingen, verraadt dat de wortels van de EG liggen in de vrijhan-

79 Vgl. Terra/Wattel (2005), p. 239.
80 Kapteyn/VerLoren van Themaat (2003), p. 507.
81 Witboek, COM (35) 310, p. 4.
82 Deze verboden liggen thans besloten in art. 90-91 EGV.
83 Vgl. nu art. 93 EGV.
84 Vgl. Terra/Wattel (2005), p. 9.
85 Ik laat de indirecte belastingen, net als overigens de douanerechten (en heffingen van gelijke werking) hier verder rusten. Over de (handhavings)problemen die daarbij spelen, leze men Vervaele (1995).

delszone.[86] Zeer lange tijd bleven de directe belastingen buiten schot. Ze kwamen alleen aan de orde, als ze in conflict raakten met de vier vrijheden of het discriminatieverbod.[87] De ogenschijnlijk geringe aandacht voor coördinatie en harmonisatie van fiscaal beleid heeft echter nog een belangrijker oorzaak dan de focus op de indirecte belastingen. Die oorzaak lag – en ligt – in de wens van de lidstaten tot behoud van soevereiniteit op fiscaal vlak. Het heffen van belastingen wordt van oudsher geziens als een voorrecht van de soevereine natiestaat, waarmee andere staten zich niet hebben te bemoeien.[88] Het speelt als sturingsinstrument bij het voeren van inkomenspolitiek en als financieringsbron bij overheidsuitgaven zo'n belangrijke rol, dat de lidstaten hieraan niet wensten te tornen. Indirect zouden ze daarmee over veel meer zaken zeggenschap moeten afstaan dan alleen het gezag over de eigen financiën. Duidelijk vinden we deze gedachte ook weerspiegeld in het huidige art. 94 EGV dat op het vlak van de directe belastingen harmonisatiemaatregelen aan een unanimiteitsvereiste onderwerpt en daardoor staten *de facto* een vetorecht geeft. Fiscale harmonisatie is bovendien alleen toegestaan als deze *rechtstreeks* van invloed is op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt.

Echter, het feit dat lidstaten weigerachtig zijn hun fiscale soevereiniteit op te geven, betekent niet dat er binnen de EU helemaal geen toenadering van de belastingstelsels plaatsheeft. Zeker nu andere obstakels, zoals de indirecte belastingen, maar ook de non-tarifaire belemmeringen bij bijvoorbeeld de totstandbrenging van een geïntegreerde financiële markt, meer en meer worden verholpen, winnen de directe belastingen als mogelijke factor bij het nemen van investerings-, vestigings- en productiebeslissingen in Europa aan gewicht.[89] De gevolgen van fiscale concurrentie tussen lidstaten, divergenties in nationale systemen en bijhorende problemen als dubbele belastingheffing en excessieve administratieve lasten, worden bijgevolg een steeds belangrijker punt van Europees beleid. Niet voor niets zien we vooral sinds de jaren negentig een toenemende Europese aandacht voor de directe belastingen.

In 1996 wordt op de Ecofin-raad in Verona geconstateerd dat een coherent Europees fiscaal beleid ontbreekt. De Europese Commissie identificeerde aldaar drie uitdagingen voor de EU, te weten de stabilisering van de belastingopbrengsten van de lidstaten, het soepel functioneren van de interne markt en de bevordering van de werkgelegenheid.[90] Naar aanleiding hiervan en van een mededeling van de Commissie[91] werd vervolgens een aantal maatregelen genomen, die zich vooral concentreerden op het tegengaan van *schadelijke* (ook wel *oneerlijke*) belastingconcurrentie. Er werd een Gedragscode aangenomen die schadelijke fiscale concurrentie

86 Terra/Wattel (2005), p. 9; vgl. ook het document van de Workshop of Experts van 9 juni 2005, TAXUD E1/FR DOC (05) 2306, p. 3.
87 Vgl. HvJ EG 11 augustus 1995, zaak C-80/94, Jur. 1995, p. I-2493 (*Wielockx*).
88 Vgl. Van der Plas (2005), p. 432; Terra/Wattel (2005), p. 248-249.
89 Ook in het Actieplan financiële diensten, COM (1999) 232, p. 12, wordt op de fiscale hinderpalen bij de totstandkoming van een geïntegreerde effectenmarkt gewezen.
90 SEC (1996) 487. Hierover Terra/Wattel (2005), p. 245.
91 COM (97) 495.

tussen staten moest tegengaan. Deze gedragscode had een niet-bindend karakter.[92] Tevens nam de Ecofin maatregelen aan op het gebied van de belasting op inkomsten uit spaargelden en met betrekking tot de grensoverschrijdende uitkering van rente en royalty's tussen bedrijven.[93]

> Over de vraag wat nu precies de schadelijke fiscale concurrentie onderscheidt van de niet-schadelijke, die zelfs een positief effect op de Europese markt kan hebben, zal het laatste woord nog niet geschreven zijn.[94] Toch wordt al lang onderschreven dat schadelijke concurrentie tussen lidstaten voorkomen moet worden, omdat ze een optimale marktwerking en een eerlijke en rechtvaardige belastingheffing verstoort. Vooral maatregelen die betrekking hebben op mobiel kapitaal, zijn verdacht. Deze hollen de belastinggrondslag uit en leiden tot een verschuiving van de belastingdruk naar niet-mobiele factoren als arbeid. In de genoemde Gedragscode (*Code of Conduct*) worden (potentieel) schadelijke maatregelen omschreven als 'belastingmaatregelen die een daadwerkelijk belastingniveau opleveren dat beduidend lager is, inclusief belasting tegen nultarief, dan die welke normaal gesproken in de betrokken lidstaat van toepassing zijn.'[95] Dat zeer lage belastingniveau kan het gevolg zijn van het nominale belastingtarief, van de belastinggrondslag of van andere factoren. Als 'verdachte' factoren worden onder meer genoemd de omstandigheid dat fiscale voordelen alleen aan niet-ingezetenen worden toegekend, dat de voordelen geheel los staan van de binnenlandse economie, zodat ze geen gevolgen hebben voor de nationale belastinggrondslag, en dat de voordelen ook worden toegekend als er geen sprake is van daadwerkelijke economische activiteit in de staat die de voordelen biedt, et cetera. De moeilijkheden met betrekking tot transnationale handhavingssamenwerking, in het bijzonder in de vorm van gegevensuitwisseling, worden (in EG-verband) niet genoemd.[96]
>
> Op grond van de Gedragscode moeten bestaande verdachte maatregelen worden teruggedraaid (*rollback*) en mogen dergelijke maatregelen ook niet meer worden genomen (*standstill*). De code voorziet in een procedure tot onderzoek van mogelijke schadelijke maatregelen. Elke lidstaat kan zo verzoeken om belastingmaatregelen van een andere lidstaat die mogelijk binnen de werkingssfeer van de gedragscode vallen, te bespreken en te becommentariëren. Naar aanleiding van de *Code of Conduct* werd hiervoor een groep ingesteld, die de verdachte belastingmaatregelen moest onderzoeken en toezicht moest houden. Deze groep stond onder leiding van Dawn Primarolo die in 1998 en 1999 rapporten publiceerde, waarin de criteria in de code werden uitgewerkt en een *black list* werd opgesteld met schadelijke nationale belastingmaatregelen. Het behoeft

92 Overigens heeft de Commissie via art. 87 EGV (verboden steunmaatregelen) wel een zekere stok achter de deur, die ook in fiscale aangelegenheden kan worden toegepast; daarover Terra/Wattel (2005), p. 288 e.v.

93 Conclusies van de Raad (Ecofin) van 1 december 1997 in zake het belastingbeleid, Pb EG 1998 C 2/1.

94 Hierover onder meer Kiekebeld (2004); Terra/Wattel (2005), p. 240-243 en 283-292.

95 Daarover Terra/Wattel (2005), p. 283-287; Nobel (2004), p. 252 e.v. Zie ook het rapport van de OESO uit 1998, genaamd 'Harmful tax competition – An emerging global issue.'

96 Kiekebeld (2004), p. 102.

> weinig betoog dat deze lijst politiek nogal gevoelig lag. De conclusies van de Primarolo-groep zijn dan ook niet door alle lidstaten erkend. De conclusies zijn, na talloze compromissen, voorlopig aanvaard in de Ecofin-raad van 27 november 2000.[97]

Na de hierboven ook al genoemde Raad van Lissabon, waarin ambitieuze doelstellingen voor Europa worden geformuleerd, wordt in 2001 door de Commissie een mededeling gepubliceerd over het fiscale beleid van de Europese Unie voor de daarop volgende jaren.[98] Volgens de Commissie zou het fiscale beleid drie doeleinden moeten dienen, namelijk a) de belangen van burgers en bedrijven die willen profiteren van de interne markt, b) het effectieve functioneren van diensten- en kapitaalmarkten en c) het verlagen van de tarieven en het verbreden van de belastinggrondslag. Deze doelstellingen staan niet op zichzelf, maar moeten verenigbaar zijn met de andere doelstellingen van de Lissabon-strategie. In het document wordt tot uitgangspunt genomen dat harmonisatie op het gebied van de directe belastingen als zodanig geen doelstelling is. Zolang de lidstaten de regels van het gemeenschapsrecht respecteren, zijn ze vrij het fiscale systeem te kiezen dat ze het meest geschikt achten. Op sommige punten is echter sturing nodig. Naast de strijd tegen oneerlijke fiscale concurrentie wordt de nadruk gelegd op die aspecten van fiscaal beleid die de belangen van burgers en bedrijven die opereren op de interne markt, rechtstreeks raken. Vooral de elementen die grensoverschrijdende economische activiteit, in het bijzonder ook financiële diensten,[99] hinderen, moeten worden geëlimineerd.

> In het document wordt een tweesporenbenadering voorgesteld, waarin op de korte termijn de meest dringende zaken zullen worden aangepakt en waarin zal worden gestudeerd op een meer coherent fiscaal beleid voor de lange termijn. Die maatregelen kunnen een juridisch bindend karakter hebben (*hard law*, bijvoorbeeld richtlijnen), maar dat hoeft niet. Ook *soft law*, bijvoorbeeld in de vorm van nieuwe gedragscodes, is mogelijk. De Commissie stelt voorts voor om op bepaalde onderdelen het unanimiteitsvereiste te laten varen. Eén van die onderwerpen betreft de fiscale samenwerking.[100]

Tot de voorstellen behoort onder meer de totstandbrenging van een richtlijn op het gebied van de heffing van inkomsten uit spaargelden. Immers, vooral bij het mobiele en vluchtige kapitaalverkeer is het risico van oneerlijke concurrentie het grootst. Inmiddels is dit doel gerealiseerd met de totstandkoming van de Spaarrentelichtlijn,[101] die hieronder meer in detail wordt besproken. Op het gebied van de

97 Hierover verder Terra/Wattel (2005), p. 285-287.
98 COM (2001) 260.
99 Vgl. in dat opzicht ook het hierboven aangehaalde Lamfalussy-rapport en Actieplan financiële diensten, COM (1999) 232.
100 COM (2001) 260, p. 6.
101 Richtlijn 2003/48/EG van 3 juni 2003 betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling, Pb EG L 157/38.

ondernemingsbelasting worden eveneens concrete voorstellen gedaan, die in een apart document van de Commissie nader worden uitgewerkt.[102]

> De maatregelen die voor de korte termijn op het gebied van de ondernemingsbelasting worden voorgesteld, zouden de belastingbelemmeringen een heel eind wegnemen. Ze zouden echter, aldus de Commissie, niet alles oplossen.[103] Daarom worden, conform de tweesporenstrategie, ook plannen voor de langere terrein ontwikkeld, die – indien aangenomen – radicaal zouden afwijken van de huidige situatie.[104] Als te onderzoeken opties zijn voorgesteld de introductie van een Europese geconsolideerde belastinggrondslag voor (groepen van) ondernemingen en de introductie van het principe van *home state taxation*, waarvoor momenteel een *pilot* wordt ontwikkeld voor kleine en middelgrote bedrijven. Dit laatste systeem, dat uitgaat van onderlinge erkenning, lijkt zeer op de principes die ook in het financiële toezicht worden gehanteerd (*single license* en *home state control*), echter met dit essentiële verschil dat minimumharmonisatie van de onderliggende normen niet plaatsheeft (daarvoor is unanimiteit vereist). Nog een stap verder, en alleen een theoretische optie, gaat de introductie van een geheel 'federaal' belastingregime, waarin een Europese fiscus – de *European Revenue Service*/EURS – de taken van de nationale belastingdiensten zou overnemen.[105] Overzien we een en ander, dan bekruipt mij het gevoel dat dezelfde discussie die zo'n dertig jaar geleden in het financiële toezicht werd opgenomen (zie paragraaf 2.2.1), thans en met veel meer omzichtigheid een rol gaat spelen *in fiscalibus*.

Ook wordt aandacht gevraagd voor het probleem van de dubbele belastingheffing in de Europese Unie.[106] In Europa, dat thans bijna dertig fiscale jurisdicties kent met ieder eigen regels, speelt immers het probleem dat afhankelijk van het systeem dat landen gebruiken, een persoon of bedrijf, als deze transnationaal actief is, meerdere keren voor hetzelfde kan worden aangeslagen.[107]

> In dergelijke gevallen zijn afspraken ter voorkoming van dubbele belasting vereist.[108] Die afspraken behelzen onder meer de uitwisseling van inlichtingen. Binnen de OESO is hiervoor een modelverdrag ontwikkeld, dat inmiddels meerdere versies kent. Het bestaande verdragennetwerk van de lidstaten, dat grotendeels is gebaseerd op het OESO-modelverdrag, kent echter hiaten en lijkt niet iedere vorm van dubbele heffing te voorkomen. Ook vergen de eisen van de communautaire rechtsorde soms specifieke aanpassingen. Momenteel wordt

---

102 COM (2001) 582. De voorstellen van de Commissie zijn gebaseerd op het onderzoek 'De heffing van vennootschapsbelasting in de interne markt', SEC (2001) 1681.
103 COM (2001) 582, p. 17.
104 Hierover COM (2001) 582 en COM (2003) 726.
105 Hierover Terra/Wattel (2005), p. 297-298
106 COM (2001) 582, p. 16-17.
107 Mogelijk lijkt me ook dat geen van de fiscale jurisdicties zich bevoegd acht. Dan heeft er geen heffing plaats.
108 Een rechtsbasis voor dergelijke afspraken kan binnen de EG thans worden gevonden in art. 293 EGV.

> dan ook (onder meer) de mogelijkheid van een Europees modelverdrag onderzocht, dat binnen de lidstaten van de Europese Unie maatgevend zou moeten zijn in situaties van dubbele belastingheffing.[109] Dat modelverdrag zou in de plaats treden van het zogenaamde OESO-modelverdrag.

Ten slotte, wat naar mijn smaak in het beleidsdocument van 2001 enigszins onderbelicht blijft, is de aandacht voor de handhavingssamenwerking op het vlak van de directe belastingen, met uitzondering uiteraard van de inspanningen op het gebied van de grensoverschrijdende belastingheffing op spaargelden. Deze samenwerking kan een nuttige aanvulling op de voorgaande maatregelen zijn. Het voorkomen van dubbele belasting (of juist het geheel achterwege blijven van belastingsheffing)[110] kan erdoor worden voorkomen, terwijl de bestrijding van belastingontduiking erdoor kan worden bevorderd. Het onderwerp was dan ook al in 1977 op de kaart gezet met de Richtlijn 77/799, die blijkens zijn considerans is ingegeven vanuit de gedachte dat belastingvlucht en -fraude tussen de lidstaten leidt tot een verlies aan overheidsinkomsten en fiscale onrechtvaardigheid en dat dit verstoringen in het concurrentieverkeer kan veroorzaken en dus van invloed is op de gemeenschappelijke markt.[111] Toch duurde het tot 2004 voordat de richtlijn aan de veranderde maatschappelijke omstandigheden (verdere globalisering, technologische ontwikkelingen en liberalisering van de markten) werd aangepast.

> In het aangehaalde beleidsplan van de Commissie wordt over de noodzaak van informatie-uitwisseling expliciet overwogen dat 'Belastingstelsels verder ook transparant [moeten] zijn: dit zorgt ervoor dat de juiste belasting op het juiste moment en op de juiste plaats wordt betaald, en dat de mogelijkheden voor fraude en ontduiking minimaal zijn. Er bestaat een groeiende internationale consensus – in de EU en in de OESO – dat dit alleen kan worden bereikt door grensoverschrijdende samenwerking en vooral door uitwisseling van informatie. De laatste paar jaar zien we een streven naar nauwere samenwerking tussen de lidstaten van de EU: voorbeelden daarvan zijn het principeakkoord inzake uitwisseling van informatie over inkomsten uit spaargelden en wederzijdse bijstand bij invordering van belasting. (…) Dit zijn welkome ontwikkelingen. De mogelijkheden voor samenwerking in de vorm van wederzijdse bijstand worden echter bij lange na niet volledig benut. Intensievere samenwerking is een grote stap voorwaarts in de strijd tegen belastingfraude en leidt tot efficiëntere belastinginning. Mogelijke opbrengstenderving door de gecoördineerde verwijdering van fiscale barrières voor de interne markt zou hierdoor worden gecompenseerd. (…)'[112]

---

109 Over andere opties ook het document van de Workshop of Experts van 9 juni 2005, TAXUD E1/FR DOC (05) 2306.

110 Art. 7 van de richtlijn creëert bijvoorbeeld spontane meldplichten voor fiscale autoriteiten van de ene staat, die ertoe strekken dat autoriteiten van andere lidstaten moeten worden gewaarschuwd dat er bijvoorbeeld abnormale fiscale vrijstellingen worden genoten.

111 Pb EG 1977 L 336/15.

112 COM (2001) 260, p. 6.

Het punt wordt echter nauwelijks uitgewerkt. Alleen ten aanzien van de indirecte belastingen wordt men echt concreet,[113] wat uiteindelijk leidde tot Verordening 1798/2003.[114] Ten aanzien van de samenwerking bij de directe belastingen komt men niet veel verder dan de constatering: 'Ten aanzien van het terugdringen van fraude op het gebied van de directe belastingen zal de Commissie naar aanleiding van het verslag van de ad-hocwerkgroep passende initiatieven presenteren na verder overleg met de lidstaten.'[115]

2.3.2 Eisen aan de inrichting van de nationale rechtshandhaving

Het zal gezien het voorgaande niet verbazen dat er *in fiscalibus* op inter- en supranationaal niveau nauwelijks eisen worden gesteld aan de inrichting en organisatie van de nationale fiscale rechtshandhaving. Evenwel blijkt uit het voorgaande ook dat deze nationale rechtshandhaving onmiskenbaar een communautaire dimensie heeft. Hoe men deze dimensie precies realiseert en handhaaft, is in de geïntegreerde Europese rechtsorde aan de lidstaten zelf. Bij gebreke van harmonisatie en coördinatie moet ernstig rekening worden gehouden met interstatelijke verschillen die een negatief effect hebben op de transnationale handhavingssamenwerking. De eisen die aan nationale belastingdiensten worden gesteld en de bevoegdheden waarover ze moeten beschikken, worden immers volledig op nationaal niveau ingevuld. Hoogstens is binnen de EU een (zekere mate van) harmonisatie van de fiscale fraudebepalingen te verwachten, die indirect ook gevolgen zal hebben voor de organisatie van de nationale rechtshandhaving en daarmee voor de transnationale samenwerking.[116] Ook dat is echter nog lang niet zeker.

De EG/EU is echter niet het enige forum dat hier van belang is. Binnen de kaders van de OESO worden aard en organisatie van de nationale fiscale rechtshandhaving en in het bijzonder ook de toegang tot bancaire gegevens ter hand genomen. De rapporten en aanbevelingen die daaruit voortvloeien, zijn weliswaar juridisch niet bindend, maar bieden een interessante beoordelingsmaatstaf voor de hieronder te bespreken landenrapporten. Zo doet de OESO tal van aanbevelingen, gericht aan de lidstaten, op het vlak van fiscale rechtshandhaving en rechtsbescherming.[117] De niet-naleving ervan kan leiden tot politieke druk en aldus tot onderlinge aanpassing van wetgeving.

---

113 Vgl. het Derde verslag overeenkomstig artikel 14 over de uitvoering van verordening (EEG) nr. 218/92 van de Raad van 27 januari 1992 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de indirecte belastingen (btw), COM (2000) 28.

114 Verordening 1798/2003 van 7 oktober 2003 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belasting over de toegevoegde waarde en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 218/92, Pb EG L 264/1.

115 COM (2001) 260, p. 20; zie overigens ook COM (2004) 611.

116 Vgl. COM (2004) 611.

117 Vgl. de documenten 'Principles of Good Tax Administration' en 'Taxpayers' rights and obligations' op <http://www.oecd.org/findDocument/0,2350,en_2649_33749_1_1_1_1_37427,00.html> (laatst bezocht op 1 september 2006).

INTER- EN SUPRANATIONALE NORMERING

Sinds lange tijd is de OESO actief betrokken in fiscale aangelegenheden. Dat blijkt uiteraard uit de modelverdragen waarop ik hieronder nog meer inga, maar ook uit de zorg die deze organisatie bij herhaling heeft geuit over de gevolgen van oneerlijke fiscale concurrentie tussen staten (*harmful tax competition*). In 1998 en 2000 worden rapporten gepubliceerd over de noodzaak van bestrijding van schadelijke belastingconcurrentie (1998)[118] en over de toegang tot bancaire gegevens voor fiscale doeleinden (2000).[119]

In het rapport van 1998, wordt net als in EG-verband, een interstatelijke fiscale concurrentie op zich niet bestreden. Echter, schadelijke praktijken (*harmful tax practices*), in de vorm van hetzij belastingparadijzen (*tax havens*), hetzij schadelijke preferentiële regimes (*harmful preferential regimes*), moeten worden bestreden. Om deze praktijken te kunnen ontdekken, werkt men met een viertal indicatoren ter identificatie. Eén van die indicatoren heeft betrekking op de moeilijkheden (onmogelijkheden) om met dergelijke regimes effectief fiscale gegevens uit te wisselen.[120] Om schadelijke belastingmaatregelen te voorkomen, worden vervolgens negentien aanbevelingen gedaan.

> Bij de omzetting van de aanbevelingen wordt een indeling gemaakt in drie typen landen, namelijk belastingparadijzen, schadelijke preferentiële regimes in OESO-lidstaten en schadelijke preferentiële regimes in niet-OESO-lidstaten. Ik ga op deze indeling niet verder in. Nederland, Duitsland en Zwitserland zijn alle OESO-staten. Van belang is wel dat Zwitserland zich in eerste instantie onthield van aanname van het rapport (zie onder). Dat heeft niet kunnen verhelpen dat een aantal Zwitserse praktijken nadien als (potentieel) schadelijk is aangemerkt. Dat heeft tot de nodige politieke onderhandelingen tussen Zwitserland en OESO gevoerd.[121]

In de aanbevelingen wordt de volledige fiscale soevereiniteit van staten uitdrukkelijk erkend.[122] Het doel van de OESO-werkzaamheden is namelijk niet de harmonisatie van de regelgeving op het gebied van de directe belastingen, maar het zekerstellen dat fiscale lasten tussen staten gelijk worden verdeeld en dat fiscale argumenten niet de dominante factor zijn bij het nemen van allocatiebeslissingen met betrekking tot kapitaal. Ondanks dit uitgangspunt wordt er toch gewezen op de noodzaak van meldplichten voor buitenlandse transacties door belastingplichtigen (Aanbeveling nr. 4), de noodzaak van toegang tot bancaire gegevens voor fiscale doeleinden (nr. 7), de noodzaak van transnationale uitwisseling van gegevens (nr. 8) en gecoördineerd transnationaal onderzoek (nr. 13), de noodzaak van wederzijdse administratieve

118 'Harmful tax competition – An emerging global issue' (1998) (hierna: OESO-rapport 1998). Het rapport kende *follow ups* in 2000, 2001 en 2004. Inmiddels wordt niet meer gesproken over *harmful tax competition*, maar over *harmful tax practices*.

119 'Improving access to bank information for tax purposes' (2000). (hierna: OESO-rapport 2000). Het rapport kent een *follow up* uit 2003.

120 Vgl. ook het OESO-rapport 2000, p. 31.

121 Daarover Nobel (2004), p. 252 e.v.

122 OESO-rapport 1998, p. 15.

bijstand bij de invordering van belastingen (nr. 14) en de oprichting van een Forum, waar de maatregelen en voortgang van de omzetting ervan kunnen worden besproken (nr. 15).

> Opvallend is dat de focus van de OESO, veel meer dan die van de EU, gericht is op de noodzaak van transnationale gegevensuitwisseling op fiscaal vlak.[123] Ook aan het fiscale bankgeheim wordt expliciet gerefereerd. Dergelijke expliciete verwijzingen vinden binnen de EU/EG veel terughoudender plaats, al zou men juist daar een intensief niveau van samenwerking verwachten. Pas vrij recent is in de EG de Spaarrenterichtlijn aangenomen. Eerdere pogingen haalden het niet.[124] Ik meen dat voor dit verschil in benadering twee verklaringen zijn. Allereerst zijn de aanbevelingen die de OESO doet, vrijblijvender. Daarbij komt dat ook binnen de lidstaten van de EU handhavingssamenwerking op het vlak van de directe belastingen nog steeds zeer gevoelig ligt. Luxemburg heeft zeer lange tijd zelfs in fiscale strafzaken samenwerking op dit gebied niet willen garanderen (vgl. art. 50 SUO, waarop ik in paragraaf 2.4.3.4 inga). Niet voor niets duurde het tot 2004 voordat de Spaarrenterichtlijn een feit was. Naast Luxemburg is België en Oostenrijk een overgangsperiode gegund (zie *infra* paragraaf 2.3.3.1).
>
> Naast Luxemburg heeft ook Zwitserland op het OESO-rapport van 1998 zware kritiek geleverd.[125] Door Zwitserland zijn de aanbevelingen 4, 7, 8, 14 en 15 verworpen. Het land heeft zich onthouden van aanname van het rapport in de OESO-raad. Zwitserland stelt zich op het standpunt dat een zekere mate van fiscale concurrentie positieve effecten heeft. Het meent dat het rapport eenzijdig de nadruk legt op geografisch mobiele (financiële) diensten als verstorende factoren. Van eenzelfde eenzijdigheid getuigt – volgens Zwitserland – de nadruk op de fiscale elementen die kleven aan vestigingsbeslissingen, zonder ook andere motieven in de studie te betrekken én op de noodzaak van samenwerking als remedie tegen oneerlijke fiscale praktijken. De mogelijkheid van bronheffingen wordt in het rapport niet onderzocht. Bronheffingen zouden een alternatief kunnen zijn voor de uitwisseling van gegevens, zonder dat een inbreuk hoeft te worden gemaakt op het bankgeheim. Daarbij wordt een expliciet beroep gedaan op de bescherming van de vertrouwelijkheid van de persoonsgegevens van bankcliënten.

Als gezegd, publiceerde de OESO in 2000 nog een ander rapport. Dit rapport ziet specifiek op de toegang tot bancaire gegevens voor fiscale doeleinden. Met een toenemende globalisering, technologische vooruitgang (*E-commerce* en *E-money*) en liberalisering van het kapitaalverkeer raken nationale (fiscale) rechtsordes steeds meer op elkaar betrokken. Ook de mogelijkheden tot misbruik zijn vergroot en raken

---

123 OESO-rapport 1998, p. 11.

124 Vgl. de voorstellen in Pb EG 1989 C141/07, danwel COM (1989) 60 en Pb EG 1998 C 212/13. Het laatste voorstel moet worden begrepen tegen de achtergrond van de hierboven besproken Ecofin-raden; *supra* noot 93.

125 Hierover Nobel (2004), p. 253-254.

vaak meer dan één staat.[126] Dat is de reden waarom de OESO het onderwerp van de toegang tot bancaire gegevens opnieuw ter hand neemt.[127] Hoewel het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van bankcliënten in het rapport wordt onderkend,[128] is de teneur ervan dat staten in beginsel toegang zouden moeten hebben tot bancaire gegevens teneinde controle op de opgaven van belastingplichtigen mogelijk te maken en de invordering van belastingen te effectueren.[129] Daarmee wordt – aldus het rapport – de fiscale rechtvaardigheid en gelijkheid in de *innerstatelijke* én *interstatelijke* context bevorderd.[130] De vertrouwelijkheid van de gegevens zou niet worden aangetast, nu ook de belastingdiensten zelf onderworpen zijn aan een fiscaal ambtsgeheim.[131]

Opnieuw wordt een aantal aanbevelingen gedaan die ditmaal specifiek betrekking hebben op de toegang tot bancaire gegevens:

> '20. Ideally, all Member countries should permit tax authorities to have access to bank information, directly or indirectly, for all tax purposes so that tax authorities can fully discharge their revenue raising responsibilities and engage in effective exchange of information. Some countries would need to undertake more substantial revisions to their laws or practices than others to achieve this level of access. As a result, incremental steps towards that goal may need to be taken by such countries.
> 21. The Committee on Fiscal Affairs encourages Member countries to:
> a) undertake the necessary measures to prevent financial institutions from maintaining anonymous accounts and to require the identification of their usual or occasional customers, as well as those persons to whose benefit a bank account is opened or a transaction is carried out. (…);
> b) re-examine any domestic tax interest requirement that prevents their tax authorities from obtaining and providing to a *treaty partner*, *in the context of a specific request*, information they are otherwise able to obtain for domestic tax purposes with a view to ensuring that such information can be exchanged by making changes, if necessary, to their laws, regulations and administrative practices. (…);
> c) re-examine policies and practices that do not permit tax authorities to have access to bank information, directly or indirectly, for purposes of exchanging such information in tax cases involving *intentional* conduct which is subject to *criminal tax prosecution*, with a view to making changes, if necessary, to their laws, regulations and administrative practices. The Committee acknowledges that implementation of these measures could raise fundamental issues in some countries and suggest that countries initiate a review of their practices with the aim of identifying appropriate measures for implementation. (…) [mijn cursiveringen, ML].'[132]

126 OESO-rapport 2000, p. 11.
127 Eerder, in 1985, publiceerde het Committee on Fiscal Affairs al een rapport genaamd 'Taxation and the Abuse of Bank Secrecy.'
128 OESO-rapport 2000, p. 19 e.v.
129 OESO-rapport 2000, p. 8.
130 OESO-rapport 2000, p. 29 e.v.
131 OESO-rapport 2000, p. 9.
132 OESO-rapport 2000, p. 14-15.

Kortom, toegang tot bancaire gegevens wordt tot uitgangspunt genomen. De mogelijkheid dat anonieme rekeningen worden aangehouden, moet worden voorkomen (overweging 21, onder a). Wetgeving en administratieve praktijken die toegang tot bancaire gegevens voor fiscale doeleinden hinderen, moeten worden heroverwogen, als het gaat om toegang ten behoeve van de transnationale fiscale samenwerking, die is gebaseerd op een verdrag. Buitenlandse fiscale doeleinden zouden niet mogen worden achtergesteld op nationale (21, onder b; *non-discriminatie*). In gevallen van opzettelijke belastingontduiking zouden hoe dan ook bancaire gegevens moeten worden uitgewisseld (21, onder c).

> De beperking van de toegang tot bankgegevens tot gevallen van verdragsgebonden verzoeken en tot gevallen van opzettelijke ontduiking is opvallend. In het licht van de doelstellingen van het rapport vind ik haar niet goed verklaarbaar. Waarom trekt men de plicht tot samenwerking niet breder? Nobel heeft erop gewezen dat het 2000-rapport mildere eisen stelt aan de OESO-lidstaten dan het hiervoor besproken 1998-rapport doet aan niet-OESO-lidstaten.[133] Deze verkrijgen daardoor een argument om samenwerking ter voorkoming van *harmful tax practices* te weigeren, zolang niet ook OESO-staten zich aan de strengere eisen van het 2000-rapport houden. De vraag is of de OESO-staten, gelet op het 2000-rapport, daartoe bereid zijn.
>
> Het zal overigens niet verbazen dat Zwitserland tegen de conclusies van het rapport opnieuw bezwaar maakte. Die bezwaren richten zich vooral op de zojuist geciteerde overweging 20. Het daar verwoorde ideaalbeeld van toegang tot bankgegevens wordt verworpen. Toch leidde het rapport tot een (overigens bescheiden) omslag in de Zwitserse houding ter zake van de transnationale fiscale inlichtingenuitwisseling. De aanbevelingen van nr. 21, onder b en c, worden niet verworpen.[134] Om die reden acht Zwitserland een daartoe strekkende aanpassing van zijn voorbehoud dat is gemaakt bij art. 26 OESO-modelverdrag, dat ziet op de uitwisseling van inlichtingen, acceptabel. Zwitserland is bereid voortaan niet alleen meer *Rechtshilfe* te verlenen in gevallen van *Steuerbetrug*, maar ook *Amtshilfe*.[135]

Wat leert het voorgaande ons nu? Allereerst dat de lidstaten van de EU, die ook participeren in de OESO, buitengewoon terughoudend zijn met het prijsgeven van hun soevereiniteit op fiscaal vlak. Dat geldt niet alleen voor het materiële belastingrecht, maar ook voor het formele belastingrecht en in het bijzonder de rechtshandhaving, waarop het bankgeheim een grote invloed heeft. De wens van de Europese Commissie om hier het unanimiteitsvereiste te laten varen, is tot dusverre niet vervuld. Ook het Grondwettelijk Verdrag brengt hierin, wanneer aangenomen, geen verandering. Waar er, door de EG, OESO of andere fora, aanbevelingen aan de lidstaten worden gericht, worden deze vaak vrijblijvend geformuleerd – staten moeten bijvoorbeeld het nemen van voorgestelde maatregelen 'overwegen' – en

133 Nobel (2004), p. 255.
134 Hierover Nobel (2004), p. 248-252; Holenstein (2003); Hess (2002).
135 Op de vraag of hiermee veel vooruitgang is geboekt, kom ik terug in hoofdstuk 5.5.3.1.

zelfs dan blijken deze vaak nog zeer politiek gevoelig te liggen. Bijgevolg moet er rekening worden gehouden met grote interstatelijke verschillen in de aard en organisatie van de nationale rechtshandhaving. De ervaringen in het financiële toezicht leren dat dit een nadelig effect kan hebben op de internationale samenwerking, als de regels die zien op die samenwerking, de verschillen niet opvangen. Of dat *in fiscalibus* het geval is, komt nu aan de orde.

2.3.3 Wederzijdse administratieve bijstand in fiscale zaken

2.3.3.1 Korte introductie van de inter- en supranationale regelgeving

De wederzijdse administratieve bijstand is al lang een punt van aandacht in het internationale belastingrecht.[136] Al in 1927 werd een modelverdrag voor de internationale fiscale bijstandsverlening gepresenteerd.[137] Ook de eerste[138] versie van het OESO-modelverdrag ter voorkoming van dubbele belastingen naar inkomen en vermogen (1963) bevatte een artikel dat zich richtte op de wederzijdse bijstand, in het bijzonder het uitwisselen van (al voorhanden zijnde) gegevens. In bedoeld artikel 26 was een clausule opgenomen die zag op de uitwisseling van inlichtingen, evenwel alleen voor zover nodig voor de uitvoering van het belastingverdrag zelf. Vanwege deze beperkte reikwijdte werden deze clausules *kleine inlichtingenclausules* genoemd.

> De bepalingen van het OESO-modelverdrag zijn niet rechtstreeks bindend voor de staten. Het zijn richtsnoeren waardoor de staten zich bij de onderhandelingen over (bilaterale) verdragen kunnen laten leiden. Ook na de afsluiting van een verdrag hebben ze waarde, omdat ze dienen als een interpretatiemiddel bij de uitleg van bilaterale verdragen tussen staten, zelfs wanneer één van die staten niet is aangesloten bij de OESO.[139] Binnen de EG zijn als gezien inmiddels discussies gestart over een eigen EG-modelverdrag dat een soortgelijke functie zou gaan moeten vervullen als het OESO-model, maar specifiek is toegesneden op de behoeften en noden van de EG.

Tussen Nederland, Duitsland en Zwitserland bestaan in de onderlinge relaties bilaterale verdragen die grotendeels dateren van vóór het OESO-model van 1963. De drie landen zijn, net als het geval is in de financiële bijstand, niet gezamenlijk partij bij een multilateraal verdrag, wat de samenwerking in zogenaamde driehoeksrelaties – fiscale verhoudingen waarbij meer dan twee fiscale jurisdicties betrokken zijn – bemoeilijkt.[140] Het Nederlands-Zwitserse verdrag uit 1951 kent momenteel

136 Hierover ook Hendricks (2004), p. 67 e.v.
137 Wisselink (1996), p. 23, onder verwijzing naar Van Raad.
138 Er bestaan versies uit 1963, 1977, 1992 (1997) en 2004.
139 Wisselink (1996), p. 22-24.
140 Als een uitzondering zouden de Bilaterale II-akkoorden kunnen worden beschouwd, waarmee tussen Zwitserland en de EU afspraken werden gemaakt over de belastingheffing op spaargelden (fiscale samenwerking) en over de Zwitserse toetreding tot de Schengen-

geen inlichtingenclausule.[141] Dat hangt samen met de Zwitserse opvatting dat voor de uitwisseling van inlichtingen ter uitvoering van het verdrag geen afzonderlijke inlichtingenclausule nodig is. Tegelijk blijft de uitwisseling van gegevens daardoor beperkt. In de praktijk heeft een en ander zelfs tot gevolg dat in fiscale zaken nauwelijks inlichtingen tussen Nederland en Zwitserland worden uitgewisseld, hoewel daarin mogelijk vrij snel verandering kan komen. Voornoemde gewijzigde Zwitserse opstelling maakt in de toekomst wellicht ook bijstand in gevallen van *Steuerbetrug* mogelijk.[142]

> Het verdrag tussen Duitsland en Zwitserland uit 1971, dat in 2002 nog werd gewijzigd, kent met art. 27 ruimere mogelijkheden tot samenwerking dan het Nederlands-Zwitserse verdrag. Ook hier betreft het een kleine inlichtingenclausule, die onder de druk van voornoemd OESO-rapport is aangevuld met een bijstandsplicht in gevallen van fiscaal bedrog (*Steuerbetrug*). Het bankgeheim, dat beide landen in meer of mindere mate kennen, blijft, althans buiten gevallen van fiscaal bedrog, overeind. Art. 27, lid 1, van het verdrag luidt als volgt: '(1) a) Die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten können auf Verlangen diejenigen (gemäss den Steuergesetzgebungen der Vertragsstaaten im Rahmen der normalen Verwaltungspraxis erhältlichen) Auskünfte austauschen, die notwendig sind zur Durchführung dieses Abkommens, die eine unter das Abkommen fallende Steuer betreffen. Dies gilt auch für Auskünfte zur Feststellung der Voraussetzungen für die Besteuerung nach Artikel 15a. b) Amtshilfe wird auch zur Durchführung des innerstaatlichen Rechts bei Betrugsdelikten gewährt. Die Vertragsstaaten werden in ihrem innerstaatlichen Recht die zur Durchführung dieser Bestimmungen erforderlichen Massnahmen ergreifen. (…)'
>
> Ook tussen Nederland en Duitsland[143] geldt een kleine inlichtingenclausule, die in het bijzonder ziet op samenwerking in gevallen van belastingontduiking. Dat lijkt een engere omschrijving dan die van het Duits-Zwitserse verdrag. Art. 23 van het verdrag luidt namelijk: '1. De hoogste belastingautoriteiten van de Staten zullen elkaar de inlichtingen verstrekken, die nodig zijn om aan deze Overeenkomst uitvoering te geven, in het bijzonder om belastingontduiking te vermijden. De hoogste belastingautoriteiten kunnen weigeren inlichtingen te verstrekken, die niet op grond van de bij de belastingautoriteiten aanwezige gegevens kunnen worden verstrekt, maar uitgebreide onderzoekingen noodzakelijk zouden maken.' De relevantie van deze bepaling lijkt gering, nu ze in een aantal opzichten wordt overtroffen door de hieronder te bespreken EG Richtlijn 77/799.

De terughoudendheid met betrekking tot de uitwisseling van fiscale inlichtingen moet – uiteraard – opnieuw worden begrepen tegen de destijds heersende opvatting

---

akkoorden (strafrechtelijke samenwerking). Partij bij deze verdragen is echter de EU en niet haar lidstaten. De Bilaterale II-verdragen bevatten geen voorzieningen over de financiële bijstand. Ik kom op deze verdragen nog terug in hoofdstuk 5.5.1.2.

141 Trb. 1951, 148, gewijzigd door het Aanvullend Protocol van 22 juni 1966, Trb. 1966, 177.

142 Daarover hoofdstuk 5.5.3.1.

143 Trb. 1960, 10, gewijzigd door Trb. 1980, 61, Trb. 1991, 95 en Trb. 2004, 185.

dat de 'inmenging' in de fiscale aangelegenheden van een andere staat in strijd was met diens soevereiniteit (*soevereiniteit*). Bovendien meenden veel staten dat neutraliteit ten opzichte van de fiscale aangelegenheden van andere staten gepast was (*neutraliteit*). Ook om die reden werd er soms geen of in zeer beperkte mate bijstand verleend. Soms werd ook aangevoerd dat staten met elkaar mogen concurreren op fiscaal vlak en dat het om die reden aangewezen kan zijn een andere staat niet bij te staan bij de handhaving van zijn belastingwet. Met het weigeren van medewerking kunnen ook economische voordelen te behalen zijn (*concurrentie*).[144]

> In *common law* landen heeft de terughoudendheid ten aanzien van de inmenging in buitenlandse fiscale aangelegenheden zelfs de vorm aangenomen van een rechtsregel: de zogenaamde *revenue rule* bepaalt dat rechters niet bevoegd zijn fiscale vorderingen van vreemde staten te beoordelen. Dat hangt sterk samen met het volkenrechtelijke soevereiniteitsbeginsel enerzijds en – het hier minder relevante – beginsel der machtenscheiding anderzijds.[145] Ook in de internationale regels op het gebied van samenwerking zien we deze terughoudendheid terug. Ze komt tot uitdrukking in de (oorspronkelijke) terughoudendheid bij de uitwisseling van inlichtingen voor fiscale doeleinden. Zelfs de strafrechtelijke wederzijdse rechtshulp kende in zijn oorspronkelijke opzet een zogenaamde fiscale exceptie (art. 2 Europees rechtshulpverdrag/ERV 1959), waarvan door vele staten gebruik werd gemaakt. Deze exceptie had tot gevolg dat samenwerking in fiscale strafzaken niet verplicht was (*infra* paragraaf 2.4.3.4).

Als gezien zijn echter al enige tijd de grenzen aan het verschuiven, zeker ook in de Europese Unie. Langzaamaan wordt, tegen de achtergrond van een voortgaande internationalisering, de noodzaak van samenwerking op fiscaal vlak onderkend. Om die reden is ook het OESO-modelverdrag een aantal malen aangepast (in 1977, 1992 en onlangs in 2004), waarbij telkens de omvang van de fiscale samenwerkingsplicht werd verduidelijkt, maar ook werd verruimd. Sinds de versie van 1977 kennen de modelverdragen een zogenaamde *grote inlichtingenclausule*, die ook het verlenen van bijstand ten behoeve van innerstatelijke informatiebehoeften (dus doeleinden die niet aan de uitvoering van een verdrag gebonden zijn) mogelijk maakt. Sinds 1977 zijn staten op grond van het OESO-model ook verplicht aanvullend onderzoek ten behoeve van andere staten te doen.[146] Tussen Nederland, Duitsland en Zwitserland is overigens van deze nieuwere versies geen gebruik gemaakt.[147]

---

144 Hierover ook Schäfer (2005), p. 81 e.v.; Nagel (1988), p. 111-115.

145 Van der Plas (2005), p. 351 e.v. De leer der machtenscheiding verhindert de rechter van dergelijke vonnissen kennis te nemen, maar niet de uitvoerende macht.

146 Wisselink (1996), p. 68.

147 Art. 23, lid 1, van het Duits-Nederlandse verdrag bepaalt bijvoorbeeld nog steeds: 'De hoogste belastingautoriteiten kunnen weigeren inlichtingen te verstrekken, die niet op grond van de bij de belastingautoriteiten aanwezige gegevens kunnen worden verstrekt, maar uitgebreide onderzoekingen noodzakelijk zouden maken.' Deze bepaling lijkt achterhaald door art. 2, lid 2, Richtlijn 77/799.

Zwitserland heeft, nadat de inlichtingenclausules in de modelverdragen werden uitgebreid tot een grote inlichtingenclausule, bij art. 26 van het modelverdrag een voorbehoud gemaakt. Na de aanname van het OESO-rapport over de toegang tot bancaire gegevens in 2000 heeft het zijn opstelling als gezegd iets gewijzigd. Sindsdien acht Zwitserland, in overeenstemming met overweging 21, onder c, van het rapport, het verlenen van fiscale bijstand (*Amtshilfe*) in gevallen van fiscaal bedrog (*Steuerbetrug*) mogelijk. In overeenstemming hiermee luidt het Zwitserse voorbehoud thans: 'Switzerland reserves its position on this Article paragraphs 1 [grote inlichtingenclausule] and 5 [dat ziet op het bankgeheim]. It will propose to limit the scope of this Article to information necessary for carrying out the provisions of the Convention. This reservation shall not apply in cases involving acts of fraud subject to imprisonment according to the laws of both Contracting States.'[148] In hoofdstuk 5.3.1.1 komt aan de orde dat hierdoor de mogelijkheden tot samenwerking (nog) niet wezenlijk zijn verruimd.

Binnen de specifieke context van de EG wordt met de Richtlijn 77/799 in 1977 nog een andere, belangrijkere stap gezet. Nadat in EG-verband aanzienlijke hordes op het vlak van het douanerecht en de indirecte belastingen waren genomen, kwamen als gezien steeds meer de directe belastingen in het vizier als mogelijk verstorende factoren voor een gemeenschappelijke markt. De Richtlijn 77/799 moet als een van de eerste signalen van deze ontwikkeling worden gezien, hoewel deze richtlijn op dat moment nauwelijks – en eigenlijk ook niet nadien – werd ingebed in op samenwerking gericht Europees beleid. Hij richt zich specifiek op de uitwisseling van inlichtingen voor fiscale doeleinden. Wederzijdse fiscale bijstand wordt daarmee als zelfstandig onderwerp op de kaart geplaatst. De voorkoming van oneerlijke fiscale concurrentie en het tegengaan van belastingvlucht en -ontduiking zijn daarbij belangrijke argumenten. Het duurt echter nog tot 2004 voordat de Richtlijn 77/799 een belangrijke wijziging en actualisering ondergaat.

In 1992 kwam nog een verordening tot stand op het gebied van de samenwerking op het vlak van de indirecte belastingen. Deze verordening, Verordening 218/92, riep een mechanisme in het leven ter controle op het systeem van intracommunautaire transacties. Daartoe werd voorzien in een geautomatiseerd systeem van inlichtingenuitwisseling – het zogenaamde *Value Added Tax Information System*/VIES. Voor aanvullende bijstand was een verzoek op basis van de Richtlijn 77/799 nodig. In 2000 verscheen een kritisch rapport over het functioneren van de interstatelijke samenwerking op het gebied van de directe en indirecte belastingen.[149] Dat leidde uiteindelijk in 2003 tot de intrekking van Verordening 218/92 en tot aanname van Verordening 1798/2003 die een geheel zelfstandig bijstandsregime voor de samenwerking op het vlak van de indirecte belastingen in het leven riep.[150] Ik bespreek deze hier niet verder.

---

148 Daarover de Expertenkommission Steuerstrafrecht und internationale Amtshilfe (Commissie Marty) (2004), p. 35; Nobel (2004), p. 249; Hess (2002), p. 130-132; Zuppinger (1981), p. 13.

149 COM (2000) 28; zie ook COM (2004) 260.

150 Zie *supra* noten 113 en 114.

Buiten de kaders van de EU/EG werd in 1988 een volgende belangrijke stap in de ontwikkeling van de wederzijdse fiscale bijstand gedaan met het OESO/Raad van Europa-verdrag over de wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken (WABB), met belangrijke bepalingen op het gebied van de bestrijding van fiscale fraude. Het verdrag is voor dit onderzoek niet van groot belang, omdat het alleen voor Nederland in werking is.[151]

Vermeldenswaard is verder de modelovereenkomst van de OESO van 2002 over de uitwisseling van gegevens in fiscale zaken, welk verdrag echter eveneens een geringe praktische relevantie voor dit onderzoek heeft. Het verdrag biedt een model voor de uitwisseling van inlichtingen op bi- of multilaterale basis, maar is tussen geen van de hier onderzochte landen als voorbeeld gebruikt. In het onderstaande zal ik er slechts incidenteel naar verwijzen, net als ik zal doen bij het WABB-verdrag.

Intussen heeft de Richtlijn 77/799 op het gebied van de directe belastingen in EG-verband gezelschap gekregen. De Spaarrenterichtlijn van 2004 richt zich specifiek op de uitwisseling van gegevens bij de transnationale belastingheffing van renten uit spaargelden. Het is gezien het fiscale beleid van de EG niet verwonderlijk dat deze materie als eerste aan bod kwam. Op basis van de richtlijn wordt – kort gezegd – voor 'uitbetalende instanties' (banken) in de EU een verplichting geïntroduceerd om aan de belastingadministraties van de landen waar de banken zijn gevestigd, uitgekeerde rente-inkomsten aan 'uiteindelijk gerechtigden' (rekeninghouders) die in een andere lidstaat wonen, te melden (art. 8 Spaarrenterichtlijn). Deze administratie kan vervolgens in geautomatiseerde vorm haar collega in de EU-lidstaat waar de rekeninghouder woont, van de uitkeringen op hoogte brengen (art. 9 Spaarrenterichtlijn). Kortom, ook al geven de rekeninghouders hun inkomsten niet op, dan nog zal de fiscus van het land waar de rekeninghouder woont, er – via de geautomatiseerde gegevensverstrekking door de buitenlandse fiscus en de meldplichten van de banken – van op de hoogte geraken, zodat hij daar belasting over kan heffen. Waar aanvullend onderzoek nodig is, kunnen op grond van de Richtlijn 77/799 aanvullende verzoeken om gegevens worden ingediend (vgl. art. 9, lid 3, Spaarrenterichtlijn).

De totstandbrenging van deze richtlijn heeft nogal wat voeten in de aarde gehad. Eerdere voorstellen op dit gebied dateren al van 1989, maar hebben het telkens niet gered.[152] De gevoeligheden hadden in hoofdzaak betrekking op twee punten. Niet alleen het bankgeheim van sommige EU-staten speelde een belangrijke rol, maar ook de aanwezigheid van naburige niet-EU-staten die een bankgeheim kennen. Na een politiek akkoord in 2003 wordt sommige EU-lidstaten (Luxemburg, Oostenrijk en België – alle landen met een min of meer streng

151 Over de redenen van niet-ondertekening door Duitsland en Zwitserland, zie resp. Bohnert (1990), p. 199-200, en Grüninger (1990), p. 513.

152 *Supra* noot 124.

fiscaal bankgeheim) een overgangstermijn gegund.[153] Binnen deze periode mogen deze landen werken met een systeem van voor- of bronheffing, op basis waarvan banken zelf bij de uitkering van de rente-inkomsten belasting (tegen een tarief van eerst 15% daarna 20% en uiteindelijk 35%)[154] in mindering brengen en dit bedrag *lump sum* – dus samen met ingehouden bedragen van andere rekeninghouders, zodat identificatie van individuele rekeninghouders niet mogelijk is – afdragen aan de eigen fiscus. Vervolgens worden de opbrengsten volgens een verdeelsleutel tussen de betrokken landen verdeeld.[155] De bank weet zijn bankgeheim aldus (voorlopig) beschermd; de belastingplichtige kan eventueel de ingehouden inkomsten verrekenen met de inkomstenbelasting in de lidstaat waar hij woont. Doet hij dat niet, dan betaalt hij (uiteindelijk) 35% belasting. Het feit *dat* hij een rekening aanhoudt, blijft echter voor zijn 'eigen' fiscus geheim.

Een ander probleem betrof de medewerking van niet-EU-staten. Immers, waar binnen de EU het fiscale bankgeheim ter zake van de heffing van inkomsten uit spaargelden op termijn zou worden opgeheven, zouden de betreffende rekeninghouders hun rekeningen naar die landen kunnen verplaatsen. Juist bij mobiel kapitaal is dit een reëel risico. De medewerking van niet-EU-lidstaten was daarom essentieel. Ook tussen de EU en Zwitserland werden er onderhandelingen geopend. In het kader van een meeromvattend pakket aan maatregelen werden in de voornoemde *Bilaterale II*-verdragen, waar ik in hoofdstuk 5.5.1.2 nog verder op inga, afspraken gemaakt met Zwitserland op basis waarvan ook Zwitserland zich in het zogenaamde *Zinsbesteuerungsabkommen*[156] – kort gezegd – committeerde aan een systeem van bronheffing bij de uitkering van renteinkomsten aan EU-burgers door Zwitserse banken. Het Zwitserse bankgeheim blijft op basis van deze afspraken voor fiscale doeleinden, met uitzondering van gevallen van fiscaal bedrog, overeind (zie hoofdstuk 5.5.3.1).

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat voor de samenwerking op fiscaal vlak tussen de drie hier onderzochte landen de bilaterale verdragen belangrijk zijn. Voor Duitsland en Nederland behoeven de Richtlijn 77/799 en de Spaarrenterichtlijn

153 Volgens art. 10, lid 2, Spaarrenterichtlijn eindigt de overgangsperiode aan het einde van het eerste volledige belastingjaar volgend op wat het *laatst* in datum is: a) de datum van inwerkingtreding van een overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Zwitserse Confederatie, het Prinsdom Liechtenstein, de Republiek San Marino, het Prinsdom Monaco en het Prinsdom Andorra, die voorziet in de uitwisseling van gegevens op verzoek, in de zin van de voormelde OESO-modelovereenkomst uit 2002 over de uitwisseling van belastinggegevens met betrekking tot rentebetalingen, danwel b) de datum waarop de Verenigde Staten van Amerika zich heeft verplicht tot de uitwisseling van gegevens op verzoek, in de zin van de OESO-modelovereenkomst met betrekking tot de rentebetalingen als omschreven in deze richtlijn. Het mag gerust worden aangenomen dat deze datum nog even op zich zal laten wachten.

154 Art. 11, lid 1, Spaarrenterichtlijn

155 Art. 12 Spaarrenterichtlijn.

156 Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat waarbij wordt voorzien in maatregelen van gelijke strekking als die welke zijn vervat in richtlijn 2003/48/EG van de Raad betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling, Pb EG 2004 L 385 en Pb EG 2005 C 137.

eveneens bespreking. Het WABB-verdrag en het OESO-modelverdrag blijven goeddeels buiten beschouwing. Hieronder bespreek ik de voornoemde instrumenten, waarbij ik inga op: a) de reikwijdte van de plicht tot samenwerking, vooral in relatie tot mogelijke interstatelijke verschillen in aard en organisatie van de fiscale rechtshandhaving, b) de vormgeving van het internationale fiscale ambtsgeheim, en c) de vraag naar de mogelijkheden tot inwilliging van bijstandsverzoeken, wanneer om bancaire gegevens wordt gevraagd. Bijzondere aandacht heeft daarbij, net als hierboven in paragraaf 2.2 over de financiële samenwerking, de vraag welke ruimte de lidstaten door de inter- en supranationale regels geboden wordt bij de uitvoering van de op zich genomen plicht tot fiscale bijstand die in al die regels het uitgangspunt is. Treedt de EG hier sturend op of juist niet?

2.3.3.2 De omvang van de plicht tot samenwerking

De wederzijdse fiscale bijstand heeft zich ontwikkeld als een vorm van hulp aan het buitenland bij de vergaring van bewijsmateriaal die veel verder gaat dan alleen de verstrekking van gegevens na een daartoe strekkend verzoek.[157] Al enige tijd is ook de verstrekking van gegevens uit eigen beweging[158] of in geautomatiseerde vorm[159] mogelijk. Meer en meer worden nog weer andere concepten ontwikkeld, die in toenemende mate voorwerp zijn van inter- en supranationale normering. Vermeldenswaard zijn de mogelijkheid dat buitenlandse ambtenaren bij de uitvoering van een verzoek aanwezig zijn,[160] het houden van simultane controles, waarbij in dezelfde zaak gelijktijdig in meerdere landen onderzoek wordt gedaan,[161] en zelfs de vorming van multilaterale onderzoeksteams, zoals we die ook in het internationale strafrecht kennen.[162] Ook de kennisgeving van stukken kan worden beschouwd als een vorm van wederzijdse fiscale bijstand.[163]

Wie kunnen op deze vormen van bijstand aanspraak maken? Daarmee raken we de vraag naar de omvang van de plicht tot fiscale bijstand, waarbij voor dit onderzoek van bijzonder belang is in hoeverre de inter- en supranationale afspraken

---

157 Vgl. art. 2 Richtlijn 77/799.

158 Vgl. art. 4 Richtlijn 77/799. Tussen Nederland en Duitsland bestaan ter zake afzonderlijke afspraken; zie Stcrt. 1997, 235.

159 Vgl. art. 3 Richtlijn 77/799; zie opnieuw voor afzonderlijke afspraken tussen Nederland en Duitsland Stcrt. 1997, 235.

160 Vgl. art. 6 Richtlijn 77/799 bood die mogelijkheid overigens al vanaf het begin, dus in 1977. Art. 22a van het Duits-Nederlandse verdrag biedt (binnen strikte grenzen) overigens de mogelijkheid tot het verrichten van een zelfstandig, grensoverschrijdend boekenonderzoek in de andere lidstaat bij vaste inrichtingen van een onderneming die in die andere staat is gevestigd. Het moet gaan om zogenaamde grensoverschrijdende bedrijventerreinen. De bevoegdheid is in zoverre geografisch begrensd.

161 Vgl. art. 8ter Richtlijn 77/799.

162 De Richtlijn 77/799 zwijgt overigens op dit punt. Uit een combinatie van art. 6 met art. 8ter zou wellicht de vorming van dergelijke teams ook op basis van de Richtlijn 77/799 kunnen worden afgeleid.

163 Vgl. art. 8bis Richtlijn 77/799; art. 2 van het Aanvullend Protocol bij het Nederlands-Duitse verdrag.

ruimte laten voor samenwerking tussen autoriteiten van soms zeer verschillende gading. Nu harmonisatie van nationaal fiscaal recht nauwelijks plaats heeft, zullen – gezien ook de communautaire dimensie van transnationale fiscale vraagstukken – die verschillen op enigerlei wijze moeten worden opgevangen. Hoe heeft dat plaats? Vooreerst is van belang dat in de fiscale bijstand – opnieuw – gewerkt wordt met een organiek criterium voor samenwerking. In art. 1 van de Richtlijn 77/799 is te lezen dat de *bevoegde* autoriteiten van de lidstaten elkaar overeenkomstig deze richtlijn alle inlichtingen verstrekken die hun van nut kunnen zijn voor een juiste vaststelling van de belastingschuld op het gebied van de belastingen naar het inkomen en het vermogen, alsook – maar dat is hier niet relevant – alle inlichtingen over de vaststelling van de indirecte belastingen. De toepasselijke bilaterale verdragen hanteren soortgelijke formuleringen. Net als in de financiële bijstand zien we dus dat voor de vraag of er tussen autoriteiten die bij de fiscale rechtshandhaving zijn betrokken op basis van de regels over wederzijdse fiscale bijstand samenwerking mogelijk is, eerst en vooral maatgevend is of deze zijn aangewezen als 'bevoegde autoriteit'.[164]

> Alleen bevoegde autoriteiten mogen op basis van de verdragen en richtlijnen samenwerken. In andere gevallen bestaat er op grond van de afspraken over de wederzijdse fiscale bijstand geen plicht tot samenwerking. Nog sterker, vanwege het fiscale ambtsgeheim dat veel nationale belastingadministraties is opgelegd, zal zonder een dergelijke inter- of supranationale grondslag verstrekking van fiscale gegevens vaak niet mogelijk zijn. Niet alle landen kennen de mogelijkheid van een zogenaamde *Kulanzauskunft*, dat wil zeggen de verstrekking van gegevens zonder verdragsgrondslag, maar enkel op basis van nationaal recht.[165]

De aanwijzing van de bevoegde autoriteit is overgelaten aan het innerstatelijke recht van de betrokken staat.[166] Enkel kan uit de betrokken inter- en supranationale afspraken worden opgemaakt, dat het – uiteraard – moet gaan om een instantie die is ingebed in de organisatie die verantwoordelijk is voor de belastingheffing in de betrokken staat. Vaak is dat de minister van Financiën.

De vraag voor welke doeleinden precies bijstand wordt verleend, wordt hiermee echter niet opgehelderd. De samenwerkende belastingdiensten vervullen in de praktijk immers een breed palet aan taken, vaak inclusief taken op strafrechtelijk vlak. Als ondergrens geldt slechts de voorwaarde dat bijstand wordt gevraagd voor de belastingen waarop de betrokken regeling van toepassing is. Als bovengrens zou het fiscale ambtsgeheim kunnen worden beschouwd, waarvoor in alle inter- en supranationale afspraken telkens een min of meer uitgebreide regeling is getroffen (daarover paragraaf 2.3.3.3).

---

164 Zie art. 2 Richtlijn 77/799; art. 5 Spaarrenterichtlijn en ook art. 26 van het OESO-modelverdrag, evenals de bilaterale verdragen tussen Nederland en Duitsland en Duitsland en Zwitserland.

165 Over de *Kulanzauskunft* verder paragraaf 4.5.3.1, onder A.

166 Vgl. Wettner (2005), p. 279; Vervaele & Klip (2002), p. 12 e.v.

> De term 'bevoegde autoriteit' impliceert overigens ook dat direct interstatelijk contact tussen de fiscale ambtenaren op de werkvloer niet mogelijk is. Al het verkeer met het buitenland dient te lopen via de centrale autoriteiten, die aldus controle kunnen houden op het gegevensverkeer.[167] Hierin verschilt de fiscale bijstand van de financiële. We zullen nog zien dat ook de strafrechtelijke rechtshulp de fiscale bijstand op dit punt is voorbij gegaan. Vooral de Schengenakkoorden maakten direct contact tussen de betrokkenen, en daarmee overigens ook de vorming van netwerken als het Europees Justitieel Netwerk, mogelijk (paragraaf 2.4.3.1).

Echter, deze bandbreedtes laten de staten nog steeds de nodige ruimte. Zo wordt er binnen de verwoorde samenwerkingsplicht tussen de bevoegde autoriteiten niet gedifferentieerd naar de achterliggende materiële fiscale normen die, anders dan in het financiële toezicht, per staat zeer verschillend kunnen zijn. Bijgevolg kan een omstandigheid die fiscaal relevant is in de ene staat, zonder enige relevantie zijn in de andere staat. Ook is het mogelijk dat door een verschil in heffingsmethodiek een bank in de ene staat als belastingplichtige (of als inhoudingsplichtige) moet worden aangemerkt, terwijl hij in een andere staat in hetzelfde onderzoek 'derde' zou zijn. Dat kan van belang zijn voor de aan die bank toekomende rechten en verplichtingen. Soms zijn 'belastingplichtigen' tot meer gehouden dan derden, soms juist ook niet, bijvoorbeeld omdat ze ook als verdachte worden beschouwd en uit dien hoofde een zwijgrecht hebben.[168]

Bovendien wordt er binnen de geschetste bandbreedte geen onderscheid gemaakt tussen bijvoorbeeld de vaststelling van de belastingschuld (*wetsuitvoering*), de controle op de naleving van de fiscale verplichtingen door belastingplichtigen en derden (*preventief onderzoek*) en het onderzoek naar vermoede overtredingen van de fiscale regels en de mogelijke bestraffing daarvan (*repressief onderzoek*). Bij het repressieve onderzoek is een verder onderscheid mogelijk tussen *reparatoire*, op herstel gerichte sancties en de bestraffende, *punitieve* sancties, in de zin van art. 6 EVRM. Binnen de categorie punitieve sancties is bovendien nog eens een verder onderscheid mogelijk tussen bestuurlijke en strafrechtelijke sancties.[169] Mag een bijstandsverzoek voor al deze doeleinden worden gedaan? Vooral de fase van het repressieve onderzoek roept vanuit de invalshoek van dit onderzoek vragen op. Immers, juist dan komt de verhouding met de strafrechtelijke samenwerking in zicht.

Wat zeggen de inter- en supranationale regels over dit alles? Doorgaans wordt aangenomen dat bestuurlijke, punitieve en niet-punitieve, sancties onder de reikwijdte van de bijstandsplicht vallen.[170] Dat is mogelijk anders voor de samenwerking in het schemergebied van toezicht en opsporing. Toch lijkt het verlenen van

---

167 Vgl. Wettner (2005), p. 285. Art. 9, lid 2, Richtlijn 77/799 laat hierop overigens ruimte voor een uitzondering.

168 Ten aanzien van dat zwijgrecht bevat het commentaar op art. 26 van het OESO-modelverdrag 2004 wel enige opmerkingen, waarop ik in paragraaf 2.3.3.4 terugkom.

169 Overigens kunnen vaak ook via het strafrecht niet-bestraffende, maar op herstel gerichte sancties worden opgelegd.

170 Vgl. Vervaele & Klip (2002), p. 12.

bijstand voor opsporingsdoeleinden op basis van de toepasselijke verdragen en richtlijnen mogelijk. In het Duits-Zwitserse verdrag wordt zelfs expliciet op de mogelijkheid van samenwerking ter vermijding van fiscaal bedrog en soortgelijke delicten gewezen. Aangezien er onderhandelingen met Nederland zijn geopend, mag het worden verwacht dat, gelet op de nieuwe Zwitserse houding ten aanzien van samenwerking in fiscale zaken, ook met Nederland en andere EU-staten een dergelijke overeenkomst zal gaan worden gesloten.[171]

> Twijfel zou ten aanzien van het Duits-Nederlandse verdrag mogelijk kunnen zijn, omdat in art. 23 gesproken wordt over het 'vermijden' (*Vermeidung*) van belastingontduiking, wat taalkundig meer een preventieve dan een repressieve toonzetting lijkt te hebben. Inderdaad zou kunnen worden betoogd dat voor het verlenen van bijstand bij repressieve, strafrechtelijke onderzoeken van de rechtshulp gebruik moet worden gemaakt. De kwestie is echter in hoge mate academisch van aard, nu de Richtlijn 77/799 op dit vlak verder gaat dan het bilaterale verdrag tussen Duitsland en Nederland.[172]

De Richtlijn 77/799 is in de definiëring van zijn punitieve en vooral strafrechtelijke reikwijdte niet helemaal duidelijk. In art. 1, lid 1, wordt alleen bepaald dat inlichtingen moeten worden verstrekt met het oog op een juiste *vaststelling* van de belastingschuld. Dat lijkt een strafrechtelijk gebruik van de bijstand uit te sluiten.[173] Toch meen ik dat de bepaling zo nauw niet meer kan worden genomen. In de considerans bij Richtlijn 2004/56/EG die de Richtlijn 77/799 wijzigt, wordt namelijk met zoveel woorden overwogen dat in laatstgenoemde richtlijn: 'de basisregels [zijn] gedefinieerd voor administratieve samenwerking en de uitwisseling van informatie tussen de lidstaten om *belastingvlucht en belastingfraude op te sporen* en te voorkomen en om de lidstaten tot een juiste belastingheffing in staat te stellen [mijn cursivering, ML].'[174] Hieruit kan mijns inziens worden afgeleid dat het opsporen van fraude niet van de werkingssfeer van de richtlijn is uitgesloten.

> Recentere verdragen zijn, zeker als ze zijn gebaseerd op de nieuwste versie van het OESO-verdrag, nog duidelijker. De toelichting bij het OESO-model (versie 2004) stelt onder punt 4.1. onomwonden dat 'Many of the changes that were then made to the Article were not intended to alter its substance, but instead were made to remove doubts as to its proper interpretation. For instance, (…) and the insertion of the words 'to the administration or *enforcement*' in paragraph 1 were made to achieve consistency with the Model Agreement on Exchange of

171 Ik kom daarop uitgebreid terug in hoofdstuk 5.3.3.1, onder A.

172 Het Nederlands-Zwitserse verdrag kent als gezien geen inlichtingenclausule.

173 Vgl. aant. 2.1 bij art. 1 Richtlijn 77/799 in: Fiscale Encyclopedie; Vrolijk (1993), p. 57; Wisselink (1996), p. 169; Kamerstukken II 1984/85, 18 852, nr. 6, p. 5; De Broe (1993), p. 124.

174 Vgl. ook HvJ EG 13 april 2000, zaak C-420/98, *W.N./Staatssecretaris van Financiën*, r.o. 22; Gangemi (1990), p. 45-46; Denys (1996), p. 202-203.

Information on Tax Matters and *were not intended to alter the effect of the provision* [mijn cursivering, ML].'

Ook het WABB-verdrag is in zijn bewoordingen zonneklaar: fiscale bijstand mag worden verleend, ook als er al een opsporingsonderzoek in de verzoekstaat is geopend (art. 4). Hetzelfde geldt voor het OESO-modelverdrag: 'The competent authorities of the Contracting Parties shall provide assistance through exchange of information that is foreseeably relevant to the administration and *enforcement* of the domestic laws of the Contracting Parties concerning taxes covered by this Agreement. Such information shall include information that is foreseeably relevant to the determination, assessment and collection of such taxes, the recovery and enforcement of tax claims, or the *investigation or prosecution of tax matters* [mijn cursivering, ML].'

Een zekere mate van bijstand voor repressief, op strafrechtelijke bestraffing gericht onderzoek is dus onvermijdelijk. De vraag is echter hoe ver die plicht tot het verlenen van bijstand in de opsporingsfase precies reikt. Geldt deze plicht bijvoorbeeld ook nog als er tevens een justitiële autoriteit in het onderzoek betrokken is? In dat geval kan immers ook de wederzijdse rechtshulp worden gebruikt. Zijn bijstandsverdrag of –richtlijn en rechtshulpverdrag gelijktijdig van toepassing? Of mag dan alleen nog de rechtshulpweg worden gevolgd? Het betreft hier een veelgehoord en lastig probleem, waarover de hier besproken regelingen echter in alle toonaarden zwijgen.[175] Daarmee wordt *de facto* de oplossing gelaten aan de lidstaten. Bijgevolg kunnen er ook evenzovele antwoorden op deze vraag worden gegeven.

Op andere gebieden, bijvoorbeeld op het vlak van de indirecte belastingen, kennen de supranationale regels wel voorzieningen die op dit probleem betrekking hebben. Veel sturing wordt daarmee overigens niet bereikt. In art. 1, lid 2, van Verordening 1798/2003 (BTW) is bijvoorbeeld in cryptische bewoordingen te lezen: '2. Deze verordening laat de toepassing in de lidstaten van de voorschriften inzake de wederzijdse rechtshulp in strafzaken onverlet.' Daaruit kan weliswaar worden afgeleid dat een zekere overlap tussen bijstand en rechtshulp mogelijk wordt geacht, maar niet wat de staten in dergelijke gevallen te doen staat.[176] Met dergelijke clausules lijkt vooral te zijn bedoeld dat de samenwerkende autoriteiten een keuzemogelijkheid hebben – ze kunnen bij gelijktijdige toepasselijkheid kiezen tussen bijstand of rechtshulp.[177]

Overigens zou in het feit dat Verordening 1798/2003 zo'n voorziening wel kent en de gewijzigde Richtlijn 77/799 niet, ook het tegengestelde kunnen

175 De toelichting bij art. 26 van het OESO-modelverdrag 2004, aant. 5, lijkt hier overigens zonder meer van uit te gaan: 'The scope of exchange of information covers all tax matters without prejudice to the general rules and legal provisions governing the rights of defendants and witnesses in judicial proceedings. Exchange of information for criminal tax matters can *also* be based on bilateral or multilateral treaties on mutual legal assistance (to the extent they also apply to tax crimes) [mijn cursivering. ML].'

176 Ook de toelichting bij het voorstel, COM(2001) 294, p. 5, biedt hierover geen duidelijkheid.

177 Vgl. Vervaele & Klip (2002), p. 264.

> worden afgeleid van wat ik hier betoog: juist uit het feit dat een voorziening als art. 1, lid 2, in de Richtlijn 77/799 ontbreekt, zou kunnen worden afgeleid dat men een overlap met de rechtshulp niet mogelijk achtte. Persoonlijk vind ik die opvatting moeilijk te rijmen met de zojuist geciteerde, mijns inziens duidelijke bewoordingen uit de considerans van Richtlijn 2004/56/EG. De Bijstandsrichtlijn biedt wel degelijk mogelijkheden voor samenwerking in de fiscale opsporing. Bepalend is primair het statuut van de betrokken autoriteit – is deze aangewezen als bevoegd, dan mag hij bijstandsverzoeken indienen, ook voor opsporingsonderzoeken. Of het nationale recht mogelijk beperkingen stelt, moet per land worden beoordeeld.

De grens wordt echter bereikt wanneer een autoriteit niet meer de status heeft van 'bevoegde autoriteit'. Dat is het geval wanneer ze niet valt onder de in art. 1, lid 5, Bijstandsrichtlijn aangeduide autoriteiten (vaak het ministerie van Financiën of een vertegenwoordiger daarvan), maar bijvoorbeeld onder het ministerie van Justitie. Toch kan ook deze autoriteit nauw betrokken zijn bij de bestrijding van fiscale fraude. Het gevolg hiervan is dat autoriteiten uit verschillende landen die naar dezelfde feiten onderzoek doen ondanks een duidelijk gezamenlijk belang toch niet, althans niet via de fiscale bijstand, kunnen samenwerken. In die gevallen worden twee vragen interessant, namelijk a) zijn er nog andere opties tot samenwerking mogelijk (in het bijzonder de mogelijkheid tot het indienen van rechtshulpverzoeken)[178] en b) is wellicht op indirecte wijze samenwerking mogelijk? Kan via inschakeling van de nationale justitie bijvoorbeeld een rechtshulpverzoek worden ingediend waarvan de resultaten worden doorgeleid aan de fiscus of kan de buitenlandse fiscus worden verzocht de buitenlandse justitie in te schakelen? Zeker wanneer fiscus en justitie op nationaal niveau nauw samenwerken, zijn dergelijke indirecte wegen aantrekkelijk. Om deze vragen te kunnen beantwoorden, moet worden bekeken welke grenzen het transnationale fiscale ambtsgeheim en specialiteitsbeginsel stellen.

2.3.3.3 Het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel

Waar directe samenwerking ter handhaving van fiscaal recht en in het bijzonder de bestrijding van fiscale fraude op basis van de fiscale bijstand als gevolg van nationale verschillen in aard en inrichtingen van de rechtshandhaving niet mogelijk is, kan langs indirecte wegen vaak wel nog worden samengewerkt. Hier is eveneens een tendens waarneembaar waarin het fiscale ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel niet altijd meer strenge beperkingen stellen, waar dat voorheen wel gebeurde. De waterschotten tussen bijstand en rechtshulp zijn niet absoluut. Dat is van belang, omdat op nationaal niveau fiscus en justitie (het Openbaar Ministerie) bij de bestrijding van fiscale fraude vaak nauw samenwerken. Net als in het financiële toezicht ontstaan mogelijk 'sluiproutes', doordat autoriteiten van een verschillend statuut,

178 In paragraaf 2.4.3.2 zal blijken dat het antwoord doorgaans ontkennend luidt.

waarvan de ene de status heeft van 'bevoegde autoriteit' en de andere niet, via inschakeling van een collega, die wel 'bevoegd' is, alsnog kunnen samenwerken.

Art. 7 van de Richtlijn 77/799 creëert een geheimhoudingsregime dat deels nationale en deels supranationale elementen bevat. Het kan worden getypeerd als een regime met assimilatie-, harmonisatie- en cumulatie-elementen.[179] Het uitgangspunt is – net als in de financiële bijstand – een aanknoping bij het nationale recht van de ontvangende staat (art. 7, lid 1 – *assimilatie*), waarbij een aantal minimumvoorschriften wordt gegeven waaraan de staten hoe dan ook moeten voldoen (*harmonisatiestelsel*). Met deze minimumvoorschriften wordt – zo is de gedachte – een zekere mate van samenwerkingsbereidheid bewerkstelligd.[180] Er kan van worden afgeweken als de verstrekkende staat instemt met een ruimer gebruik en als zijn eigen wetgeving dat ook zou toelaten (lid 3). In dat geval gelden *de facto* de voorwaarden van art. 7, lid 1, en die van het recht van de verstrekkende staat cumulatief (*cumulatiestelsel*). De minimumeisen die worden gesteld zijn dat de verstrekte inlichtingen:

- *alleen* aan die personen ter kennis worden gebracht die bij de vaststelling van de belastingschuld of bij de administratieve controle in verband met de vaststelling van de belastingschuld rechtstreeks betrokken zijn;
- *alleen* worden onthuld in gerechtelijke procedures of in procedures waarbij administratieve sancties worden toegepast, ingesteld met het oog op of in verband met de vaststelling van of de controle inzake de vaststelling van de belastingschuld, en alleen aan die personen die rechtstreeks bij deze procedures betrokken zijn; deze inlichtingen mogen echter tijdens openbare rechtszittingen of bij rechterlijke uitspraken worden vermeld, indien de bevoegde autoriteit van de lidstaat die de inlichtingen verstrekt, daar geen bezwaar tegen maakt op het moment dat zij de inlichtingen in eerste instantie verstrekt;
- *in geen geval* worden gebruikt voor andere doeleinden dan fiscale doeleinden of gerechtelijke procedures of procedures waarbij administratieve sancties worden toegepast, ingesteld met het oog op of in verband met de vaststelling van of de controle inzake de vaststelling van de belastingschuld.

Vooral uit art. 7, lid 1, tweede streepje, is af te leiden dat het gebruik, c.q. de verstrekking voor fiscaal strafrechtelijke doeleinden in beginsel is toegelaten. Het materiaal mag daarbij ook op een openbare zitting worden gepresenteerd. Alleen als de verstrekkende autoriteit *vooraf* kenbaar maakt dat in dat geval haar toestemming moet worden verkregen, houdt ze greep op de verstrekte gegevens (*Prinzip der langen Hand*).[181] Uit het systeem van art. 7 moet verder worden afgeleid dat het gebruik van de verstrekte gegevens voor andere dan fiscale doeleinden (in brede zin, dus inclusief fiscaal-strafrechtelijke) niet mogelijk is. De minimumeisen die in het

179 Over deze methoden ook Wettner (2005), p. 356 e.v.
180 Vgl. COM (1976) 119; zie ook nr. 11 van het Commentaar bij art. 26 OESO-modelverdrag; Gangemi (1990), p. 40-41; Menck (1987), p. 7; Daniels (1987), p. 24.
181 Daarover COM (2003) 446, p. 4.

eerste lid worden geformuleerd zijn blijkens hun bewoordingen limitatief. In zoverre bestaat er een gesloten systeem. Echter, het derde lid biedt ruimte voor uitzonderingen. Doelafwending of verstrekking aan derden is toch toegestaan als dat naar het recht van beide staten toelaatbaar is (cumulatie) en de toestemming van de verstrekkende staat is verkregen. Dat betekent dat het gebruik van fiscale gegevens voor bijvoorbeeld financiële toezichtdoeleinden of een commune strafvervolging altijd aan toestemming onderhevig is.

De voorgaande minimumeisen waren voor een aantal staten nog niet afdoende. Daarom is in het tweede lid van art. 7 bepaald dat wanneer het recht van de verstrekkende staat strengere beperkingen stelt aan het verdere gebruik en de verstrekking van de gegevens, het kan bedingen dat die beperkingen ook in acht moeten worden genomen (lid 2). Weigert de ontvangende staat die beperkingen te respecteren, dan mag de verstrekkende staat zelfs weigeren bijstand te verlenen.[182]

De beide bilaterale verdragen met een inlichtingenclausule kennen overigens een iets andere aanpak dan hier beschreven. In plaats van een verwijzing naar het nationale recht van de betrokken staten, wordt in beide verdragen in het verdrag zelf een regeling omtrent de geheimhouding van de uitgewisselde inlichtingen gegeven. Hier kiest men dus voor volledige *harmonisatie* of *unificatie*, voor zover het gaat om 'buitenlandse' gegevens.

Art. 27 van het Duits-Zwitserse verdrag bepaalt bijvoorbeeld: 'Jede auf diese Weise ausgetauschte Auskunft soll geheim gehalten und niemandem zugänglich gemacht werden, der sich nicht mit der Veranlagung, der Erhebung, der Rechtsprechung oder der Strafverfolgung hinsichtlich der unter dieses Abkommen fallenden Steuern befasst.' Het protocol bij het verdrag bevat echter een aanvulling: toestemming van de verstrekkende autoriteit is vereist wanneer persoonsgegevens (vaak gegevens over bankcliënten!) zijn overhandigd: 'Personenbezogene Daten dürfen nur an die zuständigen Stellen übermittelt werden. Die weitere Übermittlung an andere Stellen darf nur mit vorheriger Zustimmung der übermittelnden Stelle erfolgen.' Dit verdrag staat een strafrechtelijk gebruik van de verstrekte inlichtingen dus in de regel toe.

Het Nederlands-Duitse verdrag is beperkter: 'De inhoud van de inlichtingen, waarvan de hoogste belastingautoriteiten op grond van dit artikel kennis hebben gekregen zal geheim worden gehouden, behoudens de bevoegdheid, deze ter kennis te brengen van personen, die ingevolge de wettelijke voorschriften bij de aanslagregeling of de inning van de belastingen, welke het onderwerp van deze Overeenkomst uitmaken, zijn betrokken. Deze personen hebben dezelfde verplichting als de hoogste belastingautoriteiten' (art. 23, lid 2). Gebruik van de

182 Kritisch over art. 7, lid 2, Richtlijn 77/799 was reeds het Economisch en Sociaal Comité in 1976; Pb EG 1977, C56/66. Men was bang dat het artikellid staten een te grote vrijheid zou bieden. Die angst bleek – getuige de hieronder nog aan de te komen landenrapporten (vgl. paragraaf 3.5.3.1, onder C) – niet onterecht.

gegevens voor andere doeleinden zou op grond van dit verdrag niet mogelijk zijn.[183] Het verdrag lijkt echter achterhaald door de Richtlijn 77/799.[184]

Wat leert het voorgaande nu? We zagen hiervoor al dat de instrumenten inzake wederzijdse fiscale bijstand enige ruimte laten voor bijstand in strafrechtelijke onderzoeken en aldus uitkomst bieden in gevallen waarin de complexe verhoudingen tussen fiscale wetsuitvoering, controle en opsporing per lidstaat verschillen. Mits het gaat om samenwerking tussen 'bevoegde autoriteiten' van de betrokken staten, kan bijstand worden verleend in punitieve onderzoeken en zelfs in opsporingsonderzoeken, hoewel onduidelijk is hoever die plicht in het laatste geval precies reikt. Thans blijkt dat ook in die gevallen waarin fiscale informatie relevant blijkt voor autoriteiten die niet als 'bevoegd' zijn aangewezen, maar die wel betrokken zijn bij de fiscale rechtshandhaving, deze in veel gevallen toch kan worden verstrekt. Directe samenwerking tussen autoriteiten is dan niet mogelijk, maar langs indirecte weg kan die informatie mogelijk toch worden verkregen. Soms wordt toestemming bedongen (art. 7 Richtlijn 77/799).

Bovendien, het feit dat een gebruik of verstrekking voor de fiscale opsporing (al dan niet na vooraf bedongen toestemming) mogelijk is, impliceert ook dat in dergelijke gevallen bijstandsverzoeken *mede* opsporingsdoeleinden kunnen dienen, zelfs al zou voor die doeleinden in eerste instantie geen bijstand kunnen worden verleend.[185] Ook in dergelijke situaties gaat de wederzijdse bijstand dienen als alternatief voor de wederzijdse rechtshulp. Immers, een bevoegde autoriteit kan in die gevallen een bijstandsverzoek indienen voor de doeleinden die op grond van het ingeroepen instrument hoe dan ook toelaatbaar zijn en de aldus verkregen gegevens direct voor andere doeleinden gebruiken. Dat is bepaald een niet ondenkbeeldige situatie. In het fiscale recht blijken – net als overigens in het financiële – dezelfde gegevens vaak relevant voor zowel de fiscale heffing als de fiscale opsporing.[186] De verschuldigde belasting moet vaak eveneens nog worden vastgesteld. Voor het heffingsdeel kan een bijstandsverzoek worden gedaan, waarvan de resultaten direct in het opsporingsonderzoek zouden kunnen worden gebruikt. Hierboven bleek immers dat er, althans op inter- en supranationaal niveau, geen aanwijzingen zijn dat bijstandsverzoeken achterwege moeten blijven als er al een opsporingsonderzoek loopt. Of dit alles ook daadwerkelijk mogelijk is, hangt – gezien de systematiek van vooral art. 7 Richtlijn 77/799 en de vele verwijzingen daarin naar nationaal recht – af van het recht van de afzonderlijke staten. Opnieuw is dit een reden voor verder rechtsvergelijkend onderzoek.

183 Aant. 1.4.3 bij art. 23 van het Nederlands-Duitse verdrag in: Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie'.

184 Hierover ook Vrolijk (1993), p. 56-58; vgl. ook Schmitz (1990), p. 416.

185 Hierover ook Van der Werff (2000), p. 204-205; Vervaele & Klip (2002), p. 263-271.

186 Voor een voorbeeld zie ABRvS 10 april 2002, AB 2004, 99.

2.3.3.4 De inwilliging van verzoeken; toegang tot bancaire informatie

De weigeringsgronden zijn ten slotte voor de omvang van de plicht tot samenwerking van een net zo groot belang. Ook waar een autoriteit het systeem van de wederzijdse fiscale rechtshulp is 'binnengekomen', kan zich het probleem voordoen dat bijstand toch niet wordt verkregen, omdat de aangezochte partij zich beroept op een weigeringsgrond. Hier wordt ook het bankgeheim relevant, dat bijzonder gevoelig ligt in de fiscale bijstand. Dat is als gezien heel anders in de financiële bijstand, waar toegang tot bancaire gegevens een essentiële voorwaarde is voor een effectief 'Europees-breed' toezicht. Vergeleken met de financiële bijstand, kenmerkt de fiscale zich door een overvloed aan weigeringsgronden. Zelfs de herziening van de Richtlijn 77/799 in 2004 heeft, zo zullen we nu zien, daar weinig aan kunnen veranderen.

De fiscale weigeringsgronden zijn in hoofdzaak in art. 8 van de Richtlijn 77/799 verwoord. De weigeringsgronden van de bilaterale verdragen zijn hieraan in hoge mate gelijk. Uit art. 7, lid 2, kan bovendien nog een weigeringsgrond worden afgeleid. In de kern genomen komen ze op de volgende gronden neer:

- bijstand mag worden geweigerd als de aangezochte staat de gegevens op grond van zijn wetgeving of administratieve praktijk niet kan verkrijgen of niet had mogen verkrijgen (art. 8, lid 1);[187]
- bijstand mag worden geweigerd als wederkerigheid (reciprociteit) niet gewaarborgd is (art. 8, lid 3);[188]
- bijstand mag worden geweigerd als het verlenen ervan zou leiden tot een schending van bedrijfs-, nijverheids-, handels- of beroepsgeheim of tot een schending van de openbare orde (art. 8, lid 2);[189]
- bijstand mag worden geweigerd als de ontvangende staat zich niet bereid verklaart de strengere geheimhoudings- en doelbindingsbepalingen van de verstrekkende staat te respecteren (art. 7, lid 2).[190]

Het gaat telkens om facultatieve gronden: ze mogen worden ingeroepen, maar dat hoeft niet. Daarmee wordt de staten (opnieuw) ruimte gelaten voor verschillende keuzes. Voor zover het gaat om de toegang tot en de verstrekking van bancaire gegevens in het kader van de uitvoering van bijstandsverzoeken zijn vooral de eerste twee gronden relevant. De eerste weigeringsgrond behelst in negatieve formuleringen de *locus*regel: een staat is niet gehouden verder te gaan dan zijn eigen recht hem toestaat, noch bij de vergaring van gegevens, noch bij de verstrekking ervan.[191] Dat

187 Vgl. art. 27, lid 2, Duits-Zwitserse verdrag; art. 23, lid 3, Nederlands-Duitse verdrag.
188 Vgl. art. art. 27, lid 2 Duits-Zwitserse verdrag; art. 23, lid 3, Nederlands-Duitse verdrag.
189 Vgl. art. 27, leden 1, in fine, en 2, Duits-Zwitserse verdrag; art. 23, lid 3, Nederlands-Duitse verdrag.
190 Overigens kunnen de weigeringsgronden van art. 8 Richtlijn 77/799 niet worden ingeroepen bij de geautomatiseerde informatieverstrekking op basis van de Spaarrenterichtlijn; zie art. 9, lid 3, Spaarrenterichtlijn.
191 Hierover ook Vogel (1996), p. 1141-1442; Wettner (2005), p. 246-250.

betekent in relatie tot banken dat alleen wanneer het innerstatelijke recht, zijnde hetzij wetgeving, hetzij een ontstane administratieve praktijk, een grondslag biedt voor de toegang tot bancaire gegevens, deze kunnen – en vaak ook: moeten – worden vergaard. Daarbij verdient opmerking dat in die gevallen waarin de aangezochte autoriteit nog niet over de gegevens beschikt, zij deze in de regel via het doen van aanvullend onderzoek zal moeten verkrijgen (vgl. art. 2, lid 2, Richtlijn 77/799).[192]

> Er is enige tijd gesteggeld over een verdere reductie van de reikwijdte van deze weigeringsgrond. De Europese Commissie heeft in 1989 een voorstel ingediend om aan art. 8, eerste lid een tweede volzin toe te voegen.[193] Deze volzin luidde als volgt: 'Als de bevoegde autoriteit van de Lid-Staat die om inlichtingen verzoekt evenwel bijzondere gronden heeft om te vermoeden dat een van haar ingezetenen rechtstreeks of via een ander land belangrijke bedragen heeft overgebracht naar de Lid-Staat waaraan het verzoek wordt gericht en de opbrengsten daarvan niet heeft aangegeven, mag de bevoegde instantie van de Lid-Staat die om inlichtingen is verzocht niet aanvoeren dat haar administratieve praktijk het haar niet toestaat een dergelijk onderzoek in te stellen of dergelijke inlichtingen in te winnen of te gebruiken voor het correct vaststellen van de door haar eigen ingezetenen verschuldigde belastingen.' Kort samengevat kwam het voorstel aldus neer op een beperking van art. 8, eerste lid, met het verbod de administratieve praktijk in te roepen bij ontduiking van belastingen op spaartegoeden.[194] Prompt werd in een aantal landen het in die landen in de vorm van een administratieve praktijk bestaande bankgeheim opgewaardeerd tot een wettelijk beschermd bankgeheim. Dat vond plaats in zowel Duitsland als Luxemburg.[195]

Het feit dat men niet van het eigen recht hoeft af te wijken, zegt nog niets over hoe dat recht precies luiden moet. Het is voorstelbaar dat er afwijkingen gelden van de innerstatelijke rechtshandhaving. Strikt genomen zou men alleen ten behoeve van buitenlandse handhavingsdoeleinden wettelijke beperkingen ten aanzien van de toegang tot bancaire gegevens kunnen opwerpen. In dat geval wordt de *locus*regel in formele zin toegepast; staten kunnen dan naar believen de op hen rustende plicht tot het verlenen van bijstand beperken.[196] Dergelijke opzichtige sabotagepogingen komt men minder en minder tegen, maar ze komen nog voor.[197] Subtieler is de in veel lidstaten aangetroffen praktijk die bij het doen van onderzoek voor bijstandsdoeleinden tevens een eigen heffingsbelang vereist. De achterliggende gedachte daarvan is dat de bevoegdheden die nodig zijn voor dergelijk onderzoek en die vaak inbreuk maken op subjectieve rechten, alleen werden gecreëerd voor *innerstatelijke*

---

192 Art. 23, lid 1, van het Duits-Nederlandse verdrag is ter zake nogal restrictief, vgl. *supra* noot 147.
193 Zie het eerste voorstel dat werd aangehaald in *supra* noot 124.
194 Aant. 2.1 bij art. 8 Richtlijn 77/799, Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie'.
195 Hierover ook hoofdstuk 4.3.1.1 en 4.3.3.1, onder B.
196 Vgl. Daniels (1987), p. 27; zie ook paragraaf 2.2.3.3.
197 Vgl. in dat opzicht ook de hiervoor aangehaalde aanbeveling in overweging 21b van het OESO-rapport uit 2000 over de toegang tot bankgegevens.

handhavingsdoeleinden en niet voor *interstatelijke*. Ontbreken deze doeleinden, dan acht men zich niet gehouden het onderzoek uit te voeren bij gebrek aan nationale rechtsgrondslag. Die praktijk wordt momenteel krachtig bestreden. Tegenwoordig wordt meer en meer bepaald dat lidstaten onderzoeken moeten uitvoeren *alsof* hun eigen belastingheffing in het geding was.[198] Het signaal dat hiervan uitgaat, is dat buitenlandse belangen niet mogen worden achtergesteld op binnenlandse (*non-discriminatie-* of *Äquivalenzregel*).[199] Maatgevend voor toepassing van een bevoegdheid is aldus of de autoriteit *in abstracto* die bevoegdheid kan toepassen. De eis dat deze ook *in concreto* bevoegd moet zijn, wat impliceert dat er tevens een nationaal belang is, is terecht vervallen.

> Terecht, omdat het bij de uitvoering van bijstandsverzoeken per definitie *niet* gaat om de handhaving van het eigen recht. Kenmerkend voor de wederzijdse administratieve bijstand is nu juist dat men een andere staat bijstaat. Het verlangen van een eigen belang komt daarom op mij merkwaardig over. Op basis van het ingeroepen verdrag/richtlijn is men immers verplicht tot bijstand ter zake van die buitenlandse belastingen.

Hoe dan ook, wanneer een staat toegang heeft tot bancaire gegevens in de innerstatelijke context, zal hij deze toegang in vergelijkbare gevallen ook voor interstatelijke doeleinden moeten garanderen.

Daarmee zijn we er echter nog niet. De tweede hierboven aangehaalde weigeringsgrond bepaalt namelijk dat de verzoekende staat op zijn beurt, zou hem om de verlangde gegevens zijn verzocht, ook zelf die gegevens had moeten kunnen verkrijgen. Waar deze autoriteit op beperkingen zou stuiten ten aanzien van de toegang tot bancaire gegevens, kunnen deze beperkingen hem tegengeworpen worden. Een land met een strikt bankgeheim kan aldus niet de eigen wettelijke beperkingen omzeilen door een verzoek aan het buitenland te richten.[200] De ratio van deze weigeringsgrond is gelegen in het voorkomen van *silver-platter*situaties.[201]

> De vraag is echter wat van deze beschermende functie van de exceptie terecht komt, wanneer een staat, ondanks het feit dat de weigeringsgrond kan worden ingeroepen, besluit dat toch niet te doen. Het gaat immers om een facultatieve weigeringsgrond. Het willen voorkomen van *silver-platter*situaties is dan ook niet de enige te onderkennen ratio. Het reciprociteitsvereiste kan ook worden opgevat als een volkenrechtelijke rechtsregel op basis waarvan volkenrechtelijke

198 Vgl. art. 2, lid 2, laatste alinea, ingevoegd door Richtlijn 2004/56/EG: 'Om de gevraagde inlichtingen te verkrijgen, gaat de aangezochte autoriteit of de administratieve instantie waarop zij een beroep doet, op dezelfde wijze te werk als wanneer zij uit eigen beweging of op verzoek van een andere autoriteit in de eigen lidstaat een onderzoek instelt.' Zie voorts de toelichting hierbij, COM (2003) 446, p. 3-4, en art. 26, lid 4, van het OESO-modelverdrag 2004 en de toelichting daarbij

199 Hierover ook Wettner (2005), p. 244-246.

200 Aant. 4 bij art. 8 Richtlijn 77/799, Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie'.

201 Vgl. aant. 15 van de toelichting bij art. 26 OESO-modelverdrag.

rechtssubjecten jegens elkaar niet tot meer gehouden zijn dan wat ze zelf kunnen (*do ut des*).[202] Waar het voorkomen van *silver-platter*situaties een rechtsbeschermende insteek heeft en speelt in de relatie tussen staat en burger, is de andere ratio bij uitstek volkenrechtelijk (relatie staat – staat).

De rechtsbeschermende kant van het beginsel is overigens duidelijk terug te vinden in de toelichting bij art. 26 van het OESO-modelverdrag 2004 dat een passage over het *nemo-tenetur*beginsel bevat: '15.2 Most countries recognise under their domestic laws that information cannot be obtained from a person to the extent that such person can claim the privilege against selfincrimination. A requested State may, therefore, decline to provide information if the requesting State would have been precluded by its own self-incrimination rules from obtaining the information under similar circumstances.' Opnieuw moet hierbij worden opgemerkt dat, wil deze bescherming effectief zijn, in dergelijke gevallen samenwerking niet *mag*, maar *moet* worden geweigerd.

De combinatie van beide weigeringsgronden (reciprociteit en *locus*regel) is, als ze beide worden toegepast, niet zonder gevolgen. In paragraaf 2.2.3.3 voorspelde ik al dat ze vooral in fiscale zaken tot gevolg heeft dat de samenwerking beperkt blijft tot wat men gemeenschappelijk heeft; tot de grootste gemene deler.[203] Dat geldt niet alleen voor de gevallen waarin gegevens ten behoeve van buitenlandse gegevens nog moeten worden vergaard, maar ook wanneer die gegevens al voorhanden zijn. Dat is een tamelijk rigoureuze inperking van de omvang van de plicht tot samenwerking, te meer nu op fiscaal vlak de verschillen tussen de lidstaten groot kunnen zijn. Harmonisatie van de achterliggende normen, taakstellingen van de autoriteiten en bijpassende bevoegdheden zoals in het financiële toezicht, heeft immers nauwelijks plaats. Daarmee stuiten we naast het organieke criterium op een andere, naar mijn smaak zeer belangrijke beperking die in een systeem van indirecte handhaving van communautaire belangen vergaande consequenties kan hebben. *De facto* bewerkstelligt ze een samenwerking die beperkt is tot de grootste gemene deler. Een belangrijk deel van de communautaire dimensie van de fiscale rechtshandhaving wordt daardoor gemist.[204] Naar mijn smaak moet dit worden beschouwd als een hiaat in het systeem. Of dit hiaat zich echt voor zal doen, hangt overigens ook af van het recht van de lidstaten zelf, zowel afzonderlijk als in onderlinge combinatie.[205] Opnieuw biedt het EG-recht hier weinig sturing, wat gezien de wens tot behoud van fiscale soevereiniteit van de lidstaten niet zal verbazen.

Niet voor niets wordt bij art. 26 van het OESO-modelverdrag de volgende waarschuwing afgegeven: 'However, it is recognised that too rigorous an application of the principle of reciprocity could frustrate effective exchange of information and that reciprocity should be interpreted in a broad and pragmatic manner.

202 Hierover onder meer Wisselink (1996), p. 60; Vogel (1996), p. 1440-1441; Wettner (2005), p. 256-259.
203 Vgl. Daniels (1990), p. 135, en Denys (1996), p. 183-184 en 193.
204 Vgl. Wettner (2005), p. 258-259.
205 Ik kom daarop nog terug in hoofdstuk 6.

> Different countries will necessarily have different mechanisms for obtaining and providing information. Variations in practices and procedures should not be used as a basis for denying a request unless the effect of these variations would be to limit in a significant way the requesting State's overall ability to obtain and provide the information if the requesting State itself received a legitimate request from the requested State.'

Ten slotte, het bankgeheim is als zodanig naar huidige inzichten geen reden meer voor weigering. Op grond van de Richtlijn 77/799 heeft het bankgeheim bijvoorbeeld geen bijzondere status.[206] Een bankgeheim valt niet onder de derde hier geciteerde weigeringsgrond en kan bijvoorbeeld niet worden gelijkgesteld met een beroepsgeheim.[207] Het is natuurlijk wel mogelijk dat van de bank gegevens worden gevraagd die uit anderen hoofde vertrouwelijk zijn, bijvoorbeeld omdat het gaat om een commercieel geheim. In die gevallen kan de bank mogelijk alsnog een beroep op de derde weigeringsgrond doen.

> In het *Duits-Zwitserse* verdrag is de reikwijdte van het bankgeheim ingeperkt bij gevallen van fiscaal bedrog (*Steuerbetrug*).[208] In het *Nederlands-Duitse* verdrag wordt bancaire informatie overigens wel apart behandeld, via een slotverklaring bij het verdrag, luidende: 'De verplichting van de hoogste belastingautoriteiten om inlichtingen te verstrekken heeft geen betrekking op feiten, waarvan de belastingautoriteiten van banken of daarmede gelijkgestelde instellingen kennis hebben gekregen.'[209] Ook op dit punt is het verdrag achterhaald door de aanwezigheid van de Richtlijn 77/799, maar vooral ook door de Spaarrenterichtlijn.[210]
>
> Overigens bepaalt art. 26, lid 5, van het OESO-modelverdrag 2004, om misverstanden te voorkomen expliciet dat het bankgeheim geen (zelfstandige) rol meer mag spelen: 'In no case shall the provisions of paragraph 3 be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because the information is held by a bank, other financial institution, nominee or person acting in an agency or a fiduciary capacity or because it relates to ownership interests in a person.' Door België, Oostenrijk, Luxemburg en Zwitserland zijn bij het vijfde lid voorbehouden gemaakt. Als gezegd, mag het er gerust voor worden gehouden dat deze landen niet van zins zijn het systeem van bronheffing op basis van de Spaarrenterichtlijn en verwante regelingen te vervangen door een systeem van informatie-uitwisseling waarvoor een afschaffing of aanzienlijk inperking van het bankgeheim nodig zou zijn.[211]

Samenvattend kunnen we dus stellen dat de directe invloed van het bankgeheim in de fiscale bijstand niet groot lijkt. Indirect heeft het echter wel degelijk veel invloed.

---

206 Vgl. Wisselink (1996), p 170.
207 Vgl. Malherbe (1991), p. 63; Daniels (1987), p. 33-34.
208 Daarover verder paragraaf 5.2.2.2, onder A, en 5.5.3.1, onder A.
209 Hierover ook aant. 1.6.3 bij art. 23 Nederlands-Duitse verdrag, Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie'.
210 Aant. 1.4.1 bij art. 23 Nederlands-Duitse verdrag, Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie'.
211 Zie ook mijn opmerkingen in paragraaf 2.3.3.1.

Zijn (beperkende) rol op het interstatelijke gegevensverkeer is in potentie groot, door de werking van *locus*regel en wederkerigheidsvereiste. Veel hangt hier opnieuw af van de nationale rechtssystemen.

2.3.3.5 Voorlopige conclusies

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat het beeld van de fiscale samenwerking zeer verschilt van dat van de financiële. Ondanks vrij ruim gevatte plichten tot samenwerking, komt in veel gevallen samenwerking niet van de grond. Daaraan is niet alleen het organieke criterium opnieuw debet, maar ook de ruim gevatte fiscale weigeringsgronden. Op essentiële punten (aanwijzing autoriteiten, geheimhoudingsplicht, weigeringsgronden) houden de lidstaten veel invloed en biedt het EG-recht weinig, en naar mijn smaak zelfs *te* weinig, sturing. Dat moet worden betreurd, omdat eveneens werd vastgesteld dat fiscale samenwerking tevens noodzakelijk is om in EU-verband (maar overigens ook daarbuiten) problemen het hoofd te bieden die staten afzonderlijk niet kunnen verhelpen. Fiscale oneerlijke concurrentie, dubbele belastingheffing en belastingontduiking zijn alleen aan te pakken door samenwerking. Overigens wordt op dit laatste vooral in OESO-verband gehamerd en in veel mindere mate in EG-verband.

De ruime uitzonderingen op de samenwerkingsplicht kunnen uiteraard niet los worden gezien van de beperkte competenties van de EU op fiscaal vlak en, onlosmakelijk daarmee verbonden, de wens van staten tot behoud van nationale soevereiniteit. Lidstaten wensen niet alleen de *jurisdiction to enforce*, maar ook die *to prescribe* in eigen hand te houden. Bijgevolg zijn de interstatelijke verschillen groot. Het bankgeheim biedt hiervan goede voorbeelden. Staten blijken op fiscaal vlak dus enerzijds wel de (soms beperkt opgevatte) noodzaak van samenwerking te zien, maar willen tegelijk niet verder gaan dan wat men gemeenschappelijk heeft.[212] In wezen komt dit neer op het tegengestelde van de situatie in het financiële toezicht. Daar bleek juist dat op wederkerigheid gebaseerde weigeringsgronden grotendeels achterwege konden blijven vanwege de (minimummate van) overeenstemming over de achterliggende normen. Hier ontbreekt die minimumovereenstemming, maar hapert bijgevolg ook de samenwerking. Het kan ook nog weer anders: we zullen nu gaan zien dat op een terrein waar, net als *in fiscalibus*, soortgelijke soevereniteitsargumenten spelen, namelijk het strafrecht, in de EU toch voor erkenning als dominant concept van samenwerking is gekozen, ook waar overeenstemming over de toe te passen achterliggende materiële en formele normen (nog) ontbreekt.

212 Vgl. Hendricks (2004), p. 96-99.

2.4 TRANSNATIONALE STRAFRECHTELIJKE HANDHAVING IN EUROPEES PERSPECTIEF

2.4.1 Het strafrechtelijke beleid van de Europese Unie

In deze paragraaf richt ik me op de strafrechtelijke samenwerking, de invloed van de EG/EU op de aard en organisatie van de nationale strafrechtspleging en allereerst op het beleid van de Unie op strafrechtelijk vlak. De totstandkoming daarvan heeft de nodige pieken en dalen gekend. Dat laat zich eenvoudig verklaren. Net als bij de fiscale soevereiniteit, wordt de uitoefening van het *ius puniendi* als behorend tot de essentie van de soevereine staat gezien. Het is zeer nauw verweven met nationale gevoeligheden op het vlak van bijvoorbeeld euthanasie, soft drugs, et cetera. Nog sterker, waar soortgelijke soevereiniteitsoverwegingen ook spelen *in fiscalibus* en bij de directe belastingen leidden tot een fiscaal vetorecht (art. 94 EGV), heeft men het nationale strafrecht lange tijd zelfs geheel buiten de communautaire orde willen houden. De lidstaten gingen uit van de veronderstelling dat de handhaving van het Europese recht niet tot de bevoegdheden van 'Brussel' behoorde, maar bij uitstek een nationale aangelegenheid was. Van het beleid, bijvoorbeeld op het vlak van het financiële toezicht, en de uitvoering ervan werd de communautaire dimensie op normstellend gebied vaak wel erkend en aanvaard. Dat gold echter niet voor de handhaving, en in het bijzonder niet de repressieve handhaving ervan, zeker niet wanneer dit een overheveling van nationale bevoegdheden naar Europees niveau betekende.[213]

De door het Hof van Justitie uitgeroepen autonome communautaire rechtsorde met voorrang van het gemeenschapsrecht over het nationale recht ontwikkelde zich al snel in een andere richting dan door de lidstaten voorgestaan. Bij gebreke (destijds) van expliciete referenties aan de handhaving van het EG-recht, ontwikkelde het Hof van Justitie op basis van art. 5 EGV (oud, nu art. 10 EGV) eisen waaraan de handhaving van het EG-recht moest voldoen (positieve integratie).[214] De lidstaten werd expliciet de ruimte gelaten om te kiezen voor de handhavingsvorm die hen het meest beviel, maar onder de voorwaarde dat welke vorm ze ook kozen, al deze vormen hadden – en hebben – te voldoen aan de eisen die het Hof of het secundaire gemeenschapsrecht stelt.

> Hierbij kwam dat het strafrecht evenmin in conflict mag komen met communautair beleid of met de beginselen van de gemeenschappelijke markt (*negatieve integratie*). Datzelfde zagen we hierboven bij het fiscale recht. Ook de directe belastingen behoren in overwegende mate tot het soevereine domein van de lidstaten, maar met de EG-rechtsorde strijdig nationaal recht moet buiten toepassing blijven.

213 Daarover paragraaf 2.4.2.
214 Zie *supra* noot 31.

Kortom, al vrij snel bleek ook het strafrecht niet immuun voor de eisen van de eigen, autonome communautaire rechtsorde. Integendeel, het maakt daarvan onderdeel uit. Het nationale strafrecht heeft ook een communautaire dimensie.[215]

Met het voorgaande is niet gezegd dat ook de bevoegdheid van de Gemeenschap werd erkend om direct in het nationale strafrecht in te grijpen. De inbedding van de strafrechtelijke *jurisdiction to prescribe* in en de (gedeeltelijke) overdracht daarvan aan de Europese kaders bleef lange tijd voor de lidstaten een brug te ver en is pas zeer recent aanvaard.[216] Vanaf de jaren zeventig hadden weliswaar meer en meer aan de communautaire rechtsorde gelieerde activiteiten op strafrechtelijk vlak plaats, vooral ter verbetering van de internationale strafrechtelijke samenwerking, maar dat gebeurde buiten de formele verdragskaders. In het kader van de ontwikkeling van een 'espace judiciaire européen' kregen bijvoorbeeld op initiatief van de Franse president Giscard d'Estaing werkgroepen tot taak verdragen te ontwerpen die zouden kunnen dienen ter verbetering van het verdragennetwerk van de Raad van Europa en die vorm zouden kunnen geven aan de specifieke elementen van een Europese rechtshulpruimte. Dit initiatief faalde echter. De verdragen die in de jaren tachtig binnen de Europese politieke samenwerking (EPS) – opnieuw een forum dat buiten de formele structuren van de EG viel – tot stand kwamen, traden evenmin in werking.[217] Ook de Schengenakkoorden van 1985 en 1990, hoewel zeer nauw gelieerd aan het Europese integratieproces, kwamen tot stand buiten de EG. Met deze akkoorden werd expliciet geanticipeerd op de strafrechtelijke implicaties van het wegvallen van de binnengrenzen in EG-verband in 1992, waarvoor onder meer de strafrechtelijke en politiële samenwerking werd gestroomlijnd.[218] De samenwerking in Schengenverband bleef echter beperkt tot een gering aantal landen.

Kortom, hoewel in de loop der jaren meer en meer werd erkend dat 'Europa' zeer zeker invloed had op het nationale strafrecht, leidde dat niet tot een daadwerkelijke inbedding van het strafrecht in de Europese verdragen, noch op het vlak van het materiële, noch het formele strafrecht, noch op het vlak van de transnationale samenwerking. De lidstaten bleven zeer terughoudend om Europese competenties op dit vlak te erkennen.

Hierin komt verandering met het Verdrag van Maastricht in 1992. In dat jaar komt de pijlerstructuur van de Unie tot stand, waarbij het nationale strafrecht en de strafrechtelijke samenwerking voor het eerst ingebed worden in het Europese raamwerk. De nieuwe derde pijler bevat daartoe normen over de strafrechtelijke samenwerking en harmonisatie van het straf(proces)recht. De besluitvorming binnen de derde pijler heeft, zeker op basis van de regels van het Verdrag van Maastricht, echter plaats volgens andere mechanismen dan die van de eerste pijler. De wens tot behoud van zeggenschap over het strafrecht, onder meer tot uitdrukking komend in een vetorecht van de lidstaten, lijkt de *raison d'être* van de pijlerstructuur. De

215 Vgl. Vervaele (1995), p. 1299.
216 Daarover paragraaf 2.4.2.
217 Hierover onder meer Vervaele (2006); Verheijen (2006); Vermeulen (1999) (2000), p. 5-7; Van den Wyngaert & Stessens (1996), p. 284 e.v.
218 Hierover Vervaele (1992) en (2004).

derde pijler moet worden gekarakteriseerd als intergouvernementeel van aard. De lidstaten hebben een veto-recht, terwijl de rol van communautaire organen als de Commissie en het Hof non-existent is. Dit laat onverlet dat er tot eind jaren negentig hard wordt gewerkt aan talloze voorstellen van strafrechtelijke harmonisatie, ondanks de beperkte bevoegdheidsgrondslag daartoe in het Verdrag van Maastricht, en aan een verbetering van de strafrechtelijke samenwerking. Het klapstuk van deze arbeid is ongetwijfeld de totstandkoming geweest van het Rechtshulpverdrag van 2000, waarvan de onderhandelingen vele jaren eerder begonnen.

Met het Verdrag van Amsterdam in 1998 en het Verdrag van Nice van 2001 wordt de derde pijler aanzienlijk hervormd en exclusief gereserveerd voor de strafrechtelijke en politiële samenwerking. Hoewel het karakter van de derde pijler intergouvernementele trekken houdt, krijgen de Europese Commissie en het Hof van Justitie meer invloed. Sinds het Verdrag van Amsterdam moet de burgers van de Europese Unie in een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid een hoog niveau van zekerheid worden verschaft door de ontwikkeling van een gezamenlijk optreden van de lidstaten op het gebied van (onder meer) de politiële en justitiële samenwerking in strafzaken (art. 2 en 29 EUV). Deze doelstelling moet worden verwezenlijkt door het voorkomen en bestrijden van al dan niet georganiseerde criminaliteit, vooral terrorisme, mensenhandel en misdrijven tegen kinderen, illegale drugshandel en illegale wapenhandel, corruptie en fraude, door middel van:

- een nauwere politiële samenwerking, zowel rechtstreeks als via de Europese Politiedienst (*Europol*) (art. 30 en 32 EUV);
- een nauwere justitiële samenwerking, ook via de Europese eenheid voor justitiële samenwerking (*Eurojust*) (art. 31 en 32 EUV);
- waar nodig, onderlinge aanpassing van de bepalingen betreffende strafzaken in de lidstaten. Deze aanpassing heeft in hoofdzaak betrekking op het materiële strafrecht op een specifiek aantal terreinen, namelijk de georganiseerde criminaliteit, terrorisme en illegale drugshandel (art. 31, onder e, EUV).

Waarom alleen deze terreinen met zoveel woorden worden genoemd vind ik niet goed inzichtelijk. Opmerkelijk is vooral dat de strafrechtelijke dimensie van communautair beleid niet met zoveel woorden in het Unieverdrag is terug te vinden.[219] Lange tijd was er onduidelijkheid over de vraag of de EG, danwel de EU direct bevoegd was tot harmonisatie van normen op het gebied van het fiscale en financiële strafrecht met communautaire dimensies. Pas met de hieronder nog te bespreken uitspraak van het Hof van Justitie in zaak C-176/03 en in het Grondwettelijk Verdrag wordt de strafrechtelijke dimensie van communautair beleid expliciet onder ogen gezien. In art. III-271, lid 2, van het Grondwettelijk Verdrag wordt bepaald dat 'Indien onderlinge aanpassing de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van het strafrecht nodig blijkt voor een doeltreffende uitvoering van beleid van de Unie op een gebied waarop harmonisatiemaatregelen zijn vastgesteld, kunnen bij Europese

219 Vervaele (2004), p. 17.

> kaderwet minimumvoorschriften worden vastgesteld met betrekking tot de bepaling van strafbare feiten en de sancties op het betrokken gebied. (...)'

Met het Verdrag van Amsterdam wordt ook de Commissie bevoegd in aangelegenheden van de derde pijler. De Europese Commissie heeft haar nieuwe taak serieus genomen. In 1998 presenteert ze samen met de Raad een actieplan met daarin vele maatregelen op strafrechtelijk vlak ter realisering van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.[220]

Echte revolutionaire stappen volgen echter na de Europese Raad van Tampere in 1999, waarin besloten wordt tot introductie van het beginsel van wederzijdse erkenning als hoeksteen van de strafrechtelijke samenwerking in Europa.[221] Dit beginsel, als gezien afkomstig uit de eerste pijler, moet gelden ten aanzien van definitieve rechterlijke beslissingen, maar ook voor beslissingen in het vooronderzoek.[222] Het zal dus ook een rol gaan spelen bij de vergaring van bewijsmateriaal. Het is gebaseerd op de gedachte dat een wederzijdse erkenning een harmonisatie van nationaal strafrecht minder noodzakelijk maakt.[223]

> Deze methode – niet voor niets aangeduid als de communautaire methode – lijkt in hoge mate op de ideeën die in 1985 met het witboek werden gepresenteerd.[224] In lijn hiermee ligt dat, ondanks het uitgangspunt van erkenning, een zekere mate van harmonisatie onontbeerlijk zal zijn, wil het erkenningsprincipe daadwerkelijk succesvol zijn (Overweging 37 Conclusies). Op het aldus kopiëren van de succesformule uit de eerste pijler naar de derde pijler is nogal wat kritiek gekomen. Velen menen dat in het strafrecht het concept van wederzijdse erkenning niet, althans niet zonder meer, geschikt is als dragend beginsel van samenwerking.[225]

De Commissie wordt opnieuw gevraagd een en ander nader uit te werken in een concreet programma.[226] Via een *scoreboard*, lopend 1999 van tot 2004, worden de gemaakte vorderingen continu geëvalueerd.[227] Op basis van het wederzijdse erkenningsconcept komt bijvoorbeeld in 2002 het Europese aanhoudingsbevel (EAB; Engels: *European Arrest Warrant*) tot stand, dat het uitleveringsrecht binnen de EU

---

220 Het zogenaamde Weense actieplan van 3 december 1998 is gepubliceerd in Pb EG 1999 C 19/1.

221 De conclusies van het voorzitterschap zijn te raadplegen via http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00200-r1.en9.htm.

222 Vgl. de mededeling van de Commissie 'Wederzijdse erkenning van definitieve beslissingen in strafzaken' van 26 juli 2000, COM (2000) 495; zie ook de 'Mededeling over de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en de versterking van het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten,' COM (2005) 195.

223 Swart (2001), p. 16 e.v.; Vervaele (2004), p. 16.

224 *Supra* noot 7.

225 Vgl. onder meer Swart (2001), p. 17-19; Peers (2004); Gless (2005); Klip (2006).

226 Programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen, Pb EG 2001 C 12/10.

227 Te raadplegen via http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/scoreboard_en.htm.

vervangt.[228] Een ander voorbeeld levert het kaderbesluit uit 2003 over de bevriezing van vermogensbestanddelen en bewijsstukken.[229] Momenteel zijn ook voorstellen aanhangig op het terrein van de strafexecutie, c.q. de overbrenging van gevonniste personen (*European Enforcement Order*)[230] én, voor dit onderzoek van groot belang, de fase van de bewijsgaring die nu (nog) wordt beheerst door de wederzijdse rechtshulp.[231] Het voorstel voor een Europees bewijsverkrijgingsbevel (EBB; Engels: *European Evidence Warrant*) moet op termijn de kleine rechtshulp geheel vervangen. Op 2 juni 2006 werd hierover een politiek akkoord bereikt.[232] Overigens wordt ook een (nogal voorzichtig) begin gemaakt met de harmonisatie van strafprocesrecht.[233] Na een groenboek volgt in 2003 een voorstel voor een kaderbesluit over aan de verdachte toekomende procedurele waarborgen in het kader van een strafproces.[234]

Het Tampere-programma krijgt een opvolger met het programma van Den Haag.[235] Hieraan wordt een nieuw actieplan van de Raad en Commissie gekoppeld met daarin de concrete prioriteiten op het gebied van justitie en binnenlandse zaken voor de periode 2005-2010.[236] Opvallend is daarbij dat, naast een bestendiging van het beginsel van wederzijdse erkenning als dragend principe van (justitiële) samenwerking, een verschuiving in aandacht plaatsheeft van justitiële naar politiële samenwerking en in het bijzonder naar de rol van *intelligence* in de rechtshandhaving. Daartoe wordt een nieuw leidend beginsel, het beginsel van uitwisseling van gegevens op basis van beschikbaarheid, voor het uitwisselen van gegevens geïntroduceerd. De achterliggende gedachte hiervan is dat het loutere feit dat informatie de grens overgaat, niet langer bepalend mag zijn voor de uitwisseling van gegevens.[237] Het accent komt te liggen op het uitwisselen van gegevens op basis van beschikbaarheid via directe online toegang tot elkaars bestanden of tot indexgegevens in het geval de gegevens niet online beschikbaar zijn.[238] Dergelijke gegevens

228 Kaderbesluit van 13 juni 2002 betreffende het Europese aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de Lidstaten, Pb EG L 190.

229 Kaderbesluit van 22 juli 2003, Pb EG 2003 L 196/45. Nog weer andere voorbeelden zijn het Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, Pb EG L 076/16, en het Kaderbesluit 2005/212/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de confiscatie van opbrengsten van misdrijven, alsmede van de daarbij gebruikte hulpmiddelen en de door middel daarvan verkregen voorwerpen, Pb EG L 068/49.

230 Voorstel van Oostenrijk, Finland en Zweden van 21 juni 2005, Pb EG C 150/01.

231 Voorstel van de Commissie van 14 november 2003, COM (2003) 688.

232 De meest recente tekst waarover ik beschik, is gepubliceerd in interinstitutioneel document 2003/0270 (CNS), nr. 11235/06, COPEN 74.

233 Vgl. Brants (2005).

234 Voorstel van de Commissie van 28 april 2004, COM (2004) 328.

235 Pb EG 2005 C 53/1.

236 Actieplan van de Raad en de Commissie ter uitvoering van het Haags Programma voor de versterking van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie, Pb EG 2005 C 198/1.

237 Haags Programma, Pb EG 2005 C 53, p. 7.

238 Vgl. COM (2005) 490.

zullen worden uitgewisseld op basis van een *pull-mechanisme*.[239] De autoriteit die de gegevens nodig acht, kan deze opvragen; de autoriteit bij wie de gegevens voorhanden zijn, heeft daarover – anders dan in het tot dusverre bestaande *push-mechanisme* – weinig meer te vertellen.[240]

In het licht van het voorgaande kan ook niet onvermeld blijven dat ook de nodige initiatieven worden ontwikkeld die erop zijn gericht dat er ook daadwerkelijk gegevens voorhanden zijn. De discussies over de bewaring van bijvoorbeeld telecommunicatiegegevens en de toegang tot bancaire informatie spelen hier een grote rol. Veel meer dan voorheen wordt onder het Haagse programma ook aandacht besteed aan de harmonisatie van het strafprocesrecht. Bovendien wordt er momenteel gestudeerd op aanvullende voorstellen die beogen de rechtsbescherming van betrokkenen in transnationale situaties te verbeteren.[241] Deze voorstellen beogen het zo essentiële onderlinge vertrouwen tussen de lidstaten te verhogen. Verdere voorstellen op dit vlak zijn binnen afzienbare tijd te verwachten.[242]

2.4.2 Eisen aan de inrichting van de (strafrechtelijke) rechtshandhaving

De discussie over de bevoegdheden van de EG/EU op strafrechtelijk vlak is voor dit onderzoek van groot belang. Immers, hierboven bleek dat de keuzevrijheid die staten hebben bij de inrichting van de rechtshandhaving, inclusief de communautaire dimensie ervan, in situaties van transnationale samenwerking al snel hinderlijk werkt, omdat voor samenwerking primair een organiek criterium bepalend is. Bovendien bleek dat sinds de pijlerstructuur in het verdrag van Maastricht, de strafrechtelijke implicaties van de handhaving van gemeenschapsrecht geen hoge prioriteit in de beleidsagenda's van Commissie en lidstaten op het vlak van de derde pijler hadden. Men richtte zich primair op andere punten als racisme en xenofobie, hooliganisme, illegale handel in kunstwerken en andere onderwerpen.[243] Een coherent handhavingsbeleid met inbegrip van het strafrecht op het vlak van financieel toezicht ontbrak echter; dit werd – en wordt – volledig aan de lidstaten overgelaten, met alle interstatelijke verschillen van dien. De vraag die in dit verband kan worden gesteld is of dit anders zou zijn als de EG zelf op strafrechtelijk vlak normstellende bevoegdheid (*jurisdiction to prescribe*) zou hebben gehad.

Diezelfde discussie speelde oorspronkelijk niet alleen ten aanzien van het strafrecht *strictu senso*, maar werd veel breder getrokken. Ook de EG-bevoegdheden ten

---

239 Ook het Verdrag van Prüm – het zogenaamde Schengen III-verdrag – gaat van het mechanisme van directe online toegang uit. Het verdrag is gesloten tussen 7 lidstaten.

240 Dat kan leiden tot conflicten met de bestaande regelgeving op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens; daarover het advies van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming, Pb EG 2006 C 116/12.

241 Daarover het Groenboek over jurisdictiegeschillen en het ne bis in idem-beginsel in strafprocedures, COM (2005) 696, en het Groenboek over het vermoeden van onschuld, COM (2006) 174.

242 Zie COM (2005) 195.

243 Vervaele (2004), p. 14. Sommige van die onderwerpen, maar lang niet alle, hadden overigens wel een link met de eerste pijler, bijvoorbeeld op het vlak van het milieu.

aanzien van sommige typen bestuurlijke sancties werden betwist. Als gezien, achtten de lidstaten lange tijd het *ius puniendi* exclusief aan hen voorbehouden.[244] Dat gold niet alleen voor het strafrecht in enge zin, maar ook voor de vormen van bestuursrechtelijke handhaving, zoals geldboetes of de uitsluiting van subsidieregimes. Ook op die terreinen woedde aanvankelijk een competentiestrijd over de vraag of de EG mag dwingen tot het opleggen van punitieve bestuurssancties. Dat leidde in 1992 tot een uitspraak van het Hof, waarin het bevoegdheid van de Gemeenschap erkende om punitieve bestuurssancties aan de lidstaten voor te schrijven, mits deze functioneel, dus gekoppeld aan een Europees beleidsterrein, zouden worden toegepast.[245] Toch heeft de Europese Commissie van deze bevoegdheden maar beperkt en zonder duidelijk beleid gebruik gemaakt.[246]

Met de aanvaarding van dergelijke harmoniserende bevoegdheden op punitief vlak voor de EG werd een krachtig argument geleverd voor de stelling dat ook het nationale strafrecht wel eens voorwerp zou kunnen worden van directe harmonisatie via het gemeenschapsrecht, al zwegen de verdragen op dit punt.[247] De totstandkoming van de pijlerstructuur leverde tegenstanders van een strafrechtelijke harmonisatiebevoegdheid van de eerste pijler in 1992 echter nieuwe munitie. De strafrechtelijke samenwerking werd expliciet buiten de reikwijdte van de eerste pijler gebracht. Hetzelfde gold voor een aantal terreinen van materieel strafrecht (zie boven). De pijlerstructuur leidde tot institutionele gevechten tussen Raad en Commissie. Een belangrijke mijlpaal wordt bereikt met de uitspraak van het Hof in de zaak C-176/03 op 13 september 2005, waarin het Hof – onder strikte voorwaarden – de bevoegdheid van de eerste pijler erkent om strafrechtelijke sancties aan de lidstaten voor te schrijven.[248]

> Het Hof lijkt strenge eisen te stellen aan de voorwaarden voor dwingend voorgeschreven strafrechtelijke handhaving: 'Deze laatste vaststelling [namelijk dat het strafrecht en het strafprocesrecht in beginsel echter niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoren, ML] kan de gemeenschapswetgever evenwel niet beletten om, wanneer het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties een onontbeerlijke maatregel is in de strijd tegen *ernstige* aantastingen van het milieu, maatregelen te nemen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten en die hij *noodzakelijk* acht om de *volledige doeltreffendheid* van de door hem inzake milieubescherming vastgestelde normen te verzekeren [mijn cursivering, ML].'[249] Voor de handha-

244 Hierover onder meer Corstens/Veldt-Foglia (2003); Vervaele (1992).

245 HvJ EG 27 oktober 1992, zaak C-240/90, *Duitsland v. Raad en Commissie*, Jur. 1992, p. I-5383, waarover onder meer Vervaele (1993) en (2006); Wabnitz/Janovsky (2000), p. 444 e.v.

246 Vervaele (2006); Klip (2006).

247 Hierover verder Corstens & Veldt-Foglia (2003).

248 HvJ EG 13 september 2005, *supra* noot 44, waarover onder meer Corstens (2003); Borgers (2006); Vervaele (2006).

249 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, § 48, *supra* noot 44. Het moet nog overigens worden afgewacht hoe ingrijpend het Hof de invulling van deze criteria door de Europese wetgever zal toetsen; vgl. Borgers (2006).

> ving van het betrokken rechtsgoed moet strafrechtelijke handhaving de beste optie zijn.[250] Pas dan is wetgevend ingrijpen aan de orde. Dit is een duidelijke uitwerking van de *ultimum remedium* gedachte. De Commissie lijkt zich hier overigens terdege van bewust.[251]

De uitspraak heeft zeer veel stof doen opwaaien. De reikwijdte ervan is niet helemaal te overzien en nieuwe zaken zullen ongetwijfeld volgen. Ook voor dit onderzoek relevante vragen zullen moeten worden beantwoord, zoals de vraag of bestuursrechtelijke handhaving bij dwingend voorgeschreven strafrechtelijke handhaving achterwege moet blijven of dat deze nog simultaan mag plaatshebben? En kan ook het strafprocesrecht voorwerp van dergelijke harmonisatie zijn? Dergelijke vragen hebben grote invloed op de nationale verhoudingen tussen het bestuur (fiscus en toezichthouder) en het Openbaar Ministerie. Een bevestigend antwoord geeft Europa een flinke invloed op aard en organisatie van de nationale rechtshandhaving, nu inclusief de strafrechtelijke aspecten ervan. Dwingend voorgeschreven strafrechtelijke handhaving heeft onmiskenbaar gevolgen voor de aard en inrichting van de nationale rechtshandhaving en daarmee indirect ook voor de transnationale samenwerking die – ook in de rechtshulp (zie onder) – aanknoopt bij een organiek criterium. Overigens is duidelijk dat de internationale strafrechtelijke samenwerking ook onder de nieuwe situatie voorbehouden blijft voor de derde pijler.[252] Dat betekent dat nauwe samenwerking tussen de eerste en derde pijler in de toekomst net zo noodzakelijk blijft als nu. Ook in de toekomst zal de wederzijdse bijstand voorwerp van regulering zijn in de context van de eerste pijler, terwijl de rechtshulp wordt geregeld en genormeerd via de derde pijler.

Inmiddels is de Commissie begonnen met het overdenken van de gevolgen van deze uitspraak. In een deels interpretatieve mededeling wordt aangegeven dat de strafrechtelijke handhaving niet als zodanig een bevoegdheid is van de Gemeenschap, maar alleen dient ter ondersteuning van een functioneel terrein.[253] Vervolgens wordt een aantal terreinen genoemd waarop mogelijk voorstellen gaan worden ingediend voor communautaire instrumenten met daarin voorgeschreven strafrechtelijke handhaving. Veel van die terreinen zijn thans voorwerp van derde pijler regelgeving. Ze omvatten onder meer de valsemunterij van de euro, de regels inzake het witwassen van geld en de fraude en vervalsing van betaalmiddelen. De fiscaliteit (directe belastingen) en het financiële toezicht worden in de mededeling overigens niet genoemd. Vooral dit laatste is opvallend.[254] Immers, overwoog de Commissie niet in de toelichting bij het voorstel voor de Richtlijn marktmisbruik

---

250 Dat veronderstelt overigens de nodige empirische onderbouwing van die keuze; vgl. Corstens (2005).

251 COM (2005) 583, p. 5.

252 COM (2005) 583.

253 COM (2005) 583, p. 3.

254 Luchtman (2006); Vervaele (2006). Dat de fiscaliteit vooralsnog buiten beeld blijft zal gezien het besprokene in paragraaf 2.3.1 niet verbazen. Overigens studeert de Commissie momenteel wel op de harmonisatie van de fiscale fraudebepalingen. Afgewacht moet worden op welke rechtsgrondslag die voorstellen – als ze worden ingediend – zullen worden gebaseerd.

dat: 'Het in een geïntegreerde financiële markt in beginsel onaanvaardbaar [is] dat onrechtmatig gedrag in het ene land tot een zware straf leidt, in een ander land tot een lichte straf en in een derde 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'?[255] In deze passage uit 2001 lijkt te worden gesuggereerd dat strafrechtelijke harmonisatie de panacee is voor het gesignaleerde probleem, maar dat het de EG destijds ontbrak aan de bevoegdheid daartoe, zodat er om die reden vanaf is gezien. Toch blijft voorlopig het financiële toezicht nog buiten beschouwing.

> Ten aanzien van de verdeling van de bevoegdheden tussen de eerste en derde pijler is de volgende overweging van de Commissie interessant: 'Dit systeem [van de verdeling van bevoegdheden tussen eerste en derde pijler na het arrest van het Hof, ML] maakt een einde aan het mechanisme van de dubbele tekst (richtlijn of verordening en kaderbesluit) waarop in de voorbije jaren meermaals een beroep werd gedaan. Anders gezegd: ofwel is het gebruik van een voor het betrokken gebied specifieke strafrechtelijke bepaling noodzakelijk om de doeltreffendheid van het Gemeenschapsrecht te waarborgen, en wordt deze uitsluitend onder de eerste pijler vastgesteld; ofwel lijkt het niet nodig om op het niveau van de Unie een beroep te doen op het strafrecht of bestaan er reeds voldoende horizontale bepalingen, en worden er op Europees niveau geen specifieke regels vastgesteld.'[256] Bedoelt de Commissie hiermee dat als er gekozen wordt voor strafrechtelijke handhaving, deze voortaan altijd via de eerste pijler zal hebben plaats te vinden, voor zover althans communautair beleid aan de orde is? Zo ja, dan zijn nieuwe gevechten tussen Commissie en Raad te verwachten. Immers, de Commissie zou met een beroep op het subsidiariteitsbeginsel kunnen betogen dat de derde pijler niet meer bevoegd is een dergelijke materie op te nemen. Waar een noodzaak van strafrechtelijke handhaving wel aanwezig is, moet daarvoor de eerste pijler worden gevolgd. In wezen claimt de Commissie aldus een groot deel van de Europese bevoegdheden op strafrechtelijk vlak. De derde pijler resteert een beperkt aantal onderwerpen die van belang worden als de keuze voor het strafrecht eenmaal is gemaakt. Dat geldt voor de normen op het gebied van de internationale samenwerking en de aspecten van strafrecht en strafprocesrecht die een horizontale sectoroverstijgende materie betreffen.[257]

Overzien we de hierboven kort besproken historie van het EG-recht, Unierecht en het nationale strafrecht dan kan worden geconcludeerd dat de onderlinge samenhang tussen deze gebieden niet meer wordt betwist. Een waterdicht schot tussen het strafrecht van de lidstaten en de EG is er nooit geweest. In de kern is het hierboven

255 COM (2001) 281, p. 5, waarover Schmitz (2003), p. 513 e.v. en Luchtman (2006).
256 COM (2005) 583, p. 4.
257 Vgl. COM (2005) 583, p. 4.

besprokene een relaas over de zeggenschap over het nationale strafrecht, vooral wanneer communautair beleid aan de orde is.[258] Hoewel door de lidstaten uitdrukkelijk anders is beoogd, heeft de voormelde uitspraak in zaak C-176/03 ironisch genoeg tot gevolg gehad dat, anders dan *in fiscalibus*, de lidstaten in strafrechtelijke aangelegenheden niet noodzakelijk meer besluiten bij unanimiteit, maar – afhankelijk van de materie – op basis van de procedures die daarvoor in het EG-Verdrag zijn neergelegd en dus soms bij (gekwalificeerde) meerderheid.

> Achteraf bezien hadden de lidstaten er dan ook wellicht beter aan gedaan om, net als *in fiscalibus*, het strafrecht binnen de kaders van de eerste pijler te houden. Oorspronkelijk was dit ook de bedoeling van het Nederlandse voorzitterschap in de onderhandelingen voorafgaand aan het Verdrag van Maastricht. De Nederlanders hadden een 'boommodel' in gedachten waarin voor alle terreinen in beginsel dezelfde regels en procedures (bijvoorbeeld het beginsel van gemeenschaps- of unietrouw) gelden, dus ook voor de terreinen justitie en buitenlandse zaken, maar waarbij eventueel voor bepaalde terreinen, zoals het strafrecht, afwijkende of aanvullende regels konden worden gesteld. Toen dit model werd afgewezen, kwam men bij wijze van compromis uit bij de huidige pijlerstructuur. In wezen wordt het boommodel ook door het Grondwettelijk Verdrag beoogd. Ook dit verdrag incorporeert het strafrecht en de strafrechtelijke samenwerking in het algemene Unieraamwerk, maar laat op onderdelen afwijkende regels en procedures toe.

De discussie over de zeggenschap in Europa op dit vlak heeft er verder mede[259] toe geleid dat er lange tijd nauwelijks aandacht was voor de ontwikkeling van een coherent handhavingsbeleid van communautaire beleidsterreinen en doelstellingen, inclusief aspecten van transnationale samenwerking die zo belangrijk is in een systeem van indirecte handhaving. Pas zeer recent is de Commissie hiermee begonnen.[260]

De afwezigheid van dergelijk beleid heeft geleid tot opmerkelijke hiaten, maar ook tot dubbeltellingen. Ook op het vlak van de internationale samenwerking zijn er mede door de competentiestrijd dubbeltellingen ontstaan. Doordat de inter- en supranationale regels over de bijstand en de rechtshulp deels overlappende materie regelen, wordt dezelfde problematiek binnen de EG/EU momenteel op meerdere, afzonderlijke plaatsen behandeld. Zo ziet de wederzijdse administratieve bijstand bijvoorbeeld ook op de punitieve bestuurlijke sanctionering.[261] Uiteraard hangt dit

---

258 Vgl. Vervaele (2006); Vogel (2005), p. 129.

259 Niet uitsluitend, want ook op die terreinen waar de bevoegdheid van de eerste pijler al wel erkend was – bijvoorbeeld op het terrein van de punitieve bestuurlijke sancties; *supra* noot 245 – werd nauwelijks beleid ontwikkeld. Dat geldt zeker ook voor de financiële sector; Vervaele (2006); Luchtman (2006).

260 Zie de hierboven genoemde Mededeling, COM (2005) 583.

261 Zie *supra* paragrafen 2.2.3.1 en 2.3.3.2.

samen met het feit dat de bevoegdheid van de EG op dit vlak minder gevoelig lag.[262]

Het mag mijns inziens ook opvallend worden genoemd dat er binnen EU-verband nauwelijks of geen aandacht is besteed aan de onderlinge verhoudingen tussen de bijstand en rechtshulp. Immers, waar de lidstaten nog in overwegende mate institutioneel autonoom zijn en dus ter realisering van de hierboven beschreven communautaire dimensie van hun taken onvermijdelijk verschillende keuzes maken, zou aandacht voor de onderlinge verhoudingen tussen bijstand en rechtshulp op zijn plaats zijn. Onderlinge verschillen in rechtshandhaving – eigen aan een systeem van indirecte handhaving – moeten worden ondervangen. Die aandacht ontbreekt momenteel nog geheel. Nog sterker, met het principe van de wederzijdse erkenning in de derde pijler worden mogelijke verschillen alleen maar groter, doordat de strafrechtelijke samenwerking bij de vergaring van bewijsmateriaal in de toekomst zal verlopen volgens geheel andere principes en procedures dan die van de wederzijdse administratieve bijstand. Daarop ga ik in de volgende paragraaf verder in. Deze paragraaf is grotendeels volgens hetzelfde stramien opgebouwd als de paragrafen 2.2.3 en 2.3.3. Ik begin met een introductie van de belangrijkste verdragen in historisch perspectief en ga daarna in op de *status quo* met betrekking tot a) de reikwijdte van de plicht tot samenwerking, vooral in relatie tot mogelijke interstatelijke verschillen in aard en organisatie van de strafrechtelijke rechtshandhaving (paragraaf 2.4.3.2), b) de vormgeving van het internationale strafrechtelijke specialiteitsbeginsel (paragraaf 2.4.3.3) en c). de vraag naar de inwilligbaarheid van rechtshulpverzoeken, wanneer om bancaire gegevens wordt gevraagd (paragraaf 2.4.3.4).

2.4.3 Wederzijdse rechtshulp in strafzaken

2.4.3.1 Korte introductie van de inter- en supranationale regels

De vigerende regels over de strafrechtelijke samenwerking hebben hun oorsprong buiten de kaders van de EG. Doordat het lange tijd niet werd beschouwd als een afzonderlijk rechtsgebied, maar als een onderdeel van het uitleveringrecht, komt pas in 1959 het eerste multilaterale verdrag over de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tot stand in het kader van de Raad van Europa.[263] Nederland, Duitsland en Zwitserland zijn alle partij bij dit verdrag (ERV 1959). Ook nu nog fungeert dit verdrag als het ijkpunt van de strafrechtelijke samenwerking bij de vergaring van bewijs, zelfs binnen de kaders van de EG/EU. Ingevolge art. 1 van dit verdrag zijn de verdragsluitende staten verplicht om elkaar zo ruim mogelijk rechtshulp te verlenen in elke procedure die betrekking heeft op strafbare feiten waarvan de bestraffing op het tijdstip waarop de hulp wordt gevraagd tot de bevoegdheid van de rechterlijke autoriteiten van de verzoekende partij behoort.

262 Vgl. Van den Wyngaert & Stessens (1996), p. 291-293.
263 European Treaty Series 30; zie ook Trb. 1965, 10.

INTER- EN SUPRANATIONALE NORMERING

In alles blijkt het Europese rechtshulpverdrag uit 1959 een kind van zijn tijd en van het forum waarin het tot stand kwam. Het verdrag regelt primair de verhoudingen tussen meerdere zelfstandige volkenrechtelijke rechtssubjecten, namelijk de samenwerkende staten. Dat komt tot uitdrukking in bijvoorbeeld de aanwezigheid van een fiscale exceptie, die als gezien staten in staat stelt neutraal te blijven ten aanzien van de fiscale aangelegenheden van andere staten (art. 2 ERV), maar bijvoorbeeld ook in de procedures waarin het verdrag voorziet bij de kanalisering van het rechtshulpverkeer. Inkomende en uitgaande verzoeken lopen in beginsel via de diplomatie of de centrale autoriteiten bij de ministeries van Justitie en dus niet rechtstreeks (art. 15 ERV).[264] Passend bij het interstatelijke karakter zijn ook de aanwezigheid van ruime, ook andere dan fiscale, weigeringsgronden (art. 2 ERV) en de volledige zeggenschap en verantwoordelijkheid van de aangezochte staat over diens handelingen en acties conform de *locus*regel (art. 3-5 ERV).[265] De verzoekende partij heeft geen enkele invloed op de wijze van uitvoering van het verzoek.

Het ERV moet worden gezien als het basisverdrag waarop andere verdragen – bilateraal of multilateraal – voortbouwen.[266] In art. 26 wordt immers bepaald dat bestaande verdragen op dit gebied vervallen en dat nieuwe verdragen het ERV 1959 alleen mogen aanvullen of de toepassing ervan mogen vergemakkelijken. Bilaterale verdragen kwamen in dit verband tussen Nederland en Duitsland[267] en Duitsland en Zwitserland,[268] en, voor zover het gaat om de toepassing van art. 7 en 15 ERV, tussen Nederland en Zwitserland.[269] Ook de verdragen die specifiek gelieerd zijn aan de EG/EU, bouwen nog steeds op het ERV voort.

In 1978 komt – opnieuw binnen de Raad van Europa – een Aanvullend Protocol (AP 1978) tot stand dat vooral van belang is voor de samenwerking op fiscaal gebied.[270] Uiteraard kan dit protocol niet los worden gezien van soortgelijke ontwikkelingen binnen de EG, waar in 1977 de Richtlijn 77/799 tot stand was gekomen. In een toenemend aantal staten wordt de fiscale exceptie niet meer gezien als een waarborg voor neutraliteit en soevereiniteit, maar als een interstatelijke splijtzwam die zich slecht verdraagt met een toenemende globalisering en die oneerlijke fiscale concurrentie bevordert. Bijgevolg kent het Aanvullend Protocol een verbod op het inroepen van de fiscale exceptie van art. 2, sub b, ERV (art. 1 AP

264 Nagel (1989), p. 133.
265 Overigens wijkt de strafrechtelijke rechtshulp in deze opzichten niet veel af van de wederzijdse bijstand *in fiscalibus* die wel tot stand kwam binnen de eerste pijler.
266 Het Raad van Europa-verdrag, *supra* noot 56, over *insider trading* is als gezien voor dit onderzoek niet van belang.
267 Het Verdrag van Wittem van 20 april 1959, Trb. 1979, 143, en het Verdrag van 2 maart 2005 over de grensoverschrijdende politiële samenwerking en samenwerking in strafrechtelijke aangelegenheden, Trb. 2005, 86.
268 Verdrag van 13 november 1969, in werking sinds 1 januari 1977. Het verdrag is te vinden op http://www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html, onder nr. 0.351.913.61; zie ook UNTS Vol. 1045, I-15733.
269 Verdrag van 12 februari 1996, Trb. 1996, 46.
270 European Treaty Series 99; zie ook Trb. 1979, 121.

1978) en mogen lidstaten bij het toepassen van de voorwaarde van dubbele strafbaarheid ex art. 5 ERV[271] niet al te strenge voorwaarden meer stellen: het volstaat dat een fiscaal delict in de verzoekstaat overeenkomt met een delict van *dezelfde aard* in de aangezochte staat (art. 2 AP 1978). Daarmee wordt erkend dat zich tussen de lidstaten op fiscaal vlak verschillen kunnen voordoen. Het AP 1978 wordt echter niet door alle staten ondertekend, laat staan geratificeerd. Zowel Zwitserland als Luxemburg had er bijvoorbeeld moeite mee. Voor Zwitserland is het verdrag nog steeds niet in werking, voor Luxemburg pas sinds 31 december 2000.

Sinds de jaren tachtig komen er verdragen tot stand die meer expliciet gerelateerd zijn aan het integratieproces van de Europese (dan nog Economische) Gemeenschap. Hierboven beschreef ik al dat verscheidene pogingen om te komen tot een vergelijkbaar, maar specifiek aan de EG gerelateerd verdragennetwerk als dat van de Raad van Europa waren mislukt. Met de Schengenakkoorden van 1985 en 1990 neemt een kopgroep van vijf landen echter het initiatief en wordt geanticipeerd op het wegvallen van de binnengrenzen per 1992. De Schengen Uitvoeringsovereenkomst van 1990 (SUO), die deels herhaalt (maar dan in minder vergaande mate) wat ook al in het AP 1978 was afgesproken, kent een paar doorbraken. Naast de voormelde regeling van de politiële samenwerking (art. 39 e.v.) – een terrein dat voorheen altijd vrij schimmig gebleven was – wordt voorzien in de mogelijkheid van direct contact tussen de bevoegde justitiële autoriteiten (art. 54 SUO). Het rechtshulpverkeer verloor aldus ook een deel van zijn diplomatieke karakter en werd meer 'justitieel'.[272] Vermeldenswaard is ook de uitbreiding waarin het verdrag voorziet tot het verlenen van rechtshulp bij bepaalde typen punitieve bestuurlijke sancties, namelijk de zogenaamde *Ordnungswidrigkeiten* (art. 49 SUO). Daarop kom ik hieronder nog uitvoerig terug.

> Als gezegd, herhaalt het Schengenverdrag deels ook al wat in het AP 1978 was geregeld. Voor een aantal staten zal vooral de beperkte terugdringing van de fiscale exceptie teleurstellend zijn geweest.[273] Juist binnen de EG-context werd hiervoor toenemend aandacht gevraagd. Dat art. 50 SUO zich beperkt tot de indirecte belastingen – en dat bovendien nog onder strenge voorwaarden – en niet ook de directe belastingen omvat, moet worden toegeschreven aan het feit dat Luxemburg aanvankelijk op dat vlak niet wenste te worden verplicht tot het verlenen van rechtshulp. Voor Luxemburg trad immers het AP 1978 pas eind 2000 in werking.

Vanaf medio jaren negentig komt de strafrechtelijke samenwerking tussen de EG-lidstaten in een stroomversnelling. Met de oprichting van het Europese Justitiële Netwerk (EJN) wordt de ruimte die art. 54 SUO biedt, benut en ontstaat een horizontaal netwerk waarin de contacten tussen de autoriteiten uit de verschillende – inmiddels – EU-staten worden vergemakkelijkt, onder meer door het ATLAS-

271 Daarover verder paragraaf 2.4.3.4.
272 Over de voor- en nadelen van de diplomatieke weg ook Nagel (1988), p. 133-134.
273 Daarover ook Van der Werff (2000); Doorenbos (2000); De Hert (1996).

systeem waardoor op vrij eenvoudige wijze kan worden bepaald bij welke buitenlandse autoriteit men voor een bepaald type handeling moet zijn.

De EU-rechtshulpovereenkomst van 2000 en het daarbij horende Protocol van 2001 bevatten opnieuw verdergaande aanvullingen en verbeteringen van het bestaande regime. Vermeldenswaard zijn (opnieuw) de uitbreiding van de rechtshulpplicht tot *Ordnungswidrigkeiten* (art. 3), de introductie van de forumregel (art. 4), het directe verplichte[274] contact tussen de samenwerkende autoriteiten (art. 6), de spontane rechtshulp (art. 7), de regelingen over de gezamenlijke onderzoeksteams (art. 13), de interceptie van het telecommunicatieverkeer (art. 17-20) en over de omgang met persoonsgegevens (art. 23). Het Protocol bevat speciale bepalingen over de toegang tot bancaire gegevens en trekt art. 50 SUO in.[275] Daardoor ontstaat – na inwerkingtreding[276] – voor het eerst een EU-plicht tot het verlenen van rechtshulp in fiscale zaken, ook voor de directe belastingen. In zoverre lijken de EU-overeenkomsten nog steeds bezig met het vullen van de gaten die in het Raad van Europa netwerk bestonden en die overigens, mede door het Tweede Protocol bij het ERV uit 2001, ook in dat gremium inmiddels weer zijn opgevuld.[277] Dit verklaart ook de vele dubbeltellingen die deze verdragen kennen met de protocollen bij het ERV uit 1978 en 2001.

Niet van direct belang voor de operationele samenwerking als zodanig, maar toch te belangrijk om hier achterwege te laten, is de oprichting van Eurojust in 2002.[278] Deze organisatie met rechtspersoonlijkheid heeft tot taak om nationale opsporingsonderzoeken te coördineren en te ondersteunen, vooral op het vlak van de georganiseerde criminaliteit (art. 3). Het orgaan heeft geen operationele bevoegdheden, maar beschikt wel over coördinerende bevoegdheden, die – afhankelijk van de vraag of Eurojust optreedt via de nationale leden (art. 6) of als college (art. 7) – voor de lidstaten meer of minder verplichtingen met zich brengen.[279] Zo kan Eurojust staten verzoeken terzake van bepaalde feiten een onderzoek of vervolging in te stellen, te aanvaarden dat een van hen beter in staat is terzake van bepaalde feiten een onderzoek of vervolging in te stellen, het optreden van de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten coördineren, etc.

---

274 Art. 54 SUO gaat uit van een mogelijkheid, geen plicht.

275 Hierover uitvoerig Schomburg e.a. (2006), deel III B.1. Het Protocol 2001 ondervond enige tijd concurrentie van een Frans initiatief tot aanneming van een overeenkomst betreffende de verbetering van de wederzijdse rechtshulp in strafzaken, in het bijzonder op het gebied van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit, het witwassen van de opbrengst van misdrijven en de financiële criminaliteit, Pb EG 2000 C 243/11. Dit initiatief heeft het niet gered.

276 Luxemburg heeft, anders dan Duitsland en Nederland, dit verdrag ondertekend, maar nog niet geratificeerd; zie daarvoor de (overigens niet altijd volledig actuele) verdragenbank op de website van het Nederlandse ministerie van Buitenlandse Zaken: www.minbuza.nl.

277 European Treaty Series 182. Dit Tweede Protocol is alleen in werking voor Zwitserland, niet voor Duitsland en Nederland.

278 Besluit van 28 februari 2002 tot oprichting van Eurojust, Pb EG L 63/1. Over Eurojust uitvoerig Milke (2003).

279 Zo ziet de motiveringsplicht van art. 8 alleen op situaties waarin Eurojust als college handelt.

> Ook kan Eurojust ervoor zorgen dat de bevoegde autoriteiten van de betrokken staten onderling informatie uitwisselen over de onderzoeken en vervolgingen waarvan Eurojust kennis heeft. Het gaat kortom, om coördinerende en ondersteunende taken, op die terreinen waar criminaliteit zich in meer landen manifesteert.

Belangrijke wijzingen op het gebied van de strafrechtelijke samenwerking zijn te verwachten, als en wanneer de voorstellen op het gebied van het Europese bewijsverkrijgingsbevel (EBB)[280] en bij de uitwisseling van gegevens op basis van het principe van beschikbaarheid[281] worden aangenomen en zijn omgezet in het recht van de lidstaten.[282] De boodschap die daarvan uitgaat, is dat de wederzijdse rechtshulp in de EU zal gaan functioneren op basis van andere principes dan de huidige interstatelijke strafrechtelijke samenwerking. Deze voorstellen moeten worden bezien tegen de achtergrond van het streven te komen tot de oprichting van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid (art. 2 EUV).

> Of het kaderbesluit over de uitwisseling van gegevens op basis van beschikbaarheid wordt aangenomen, lijkt overigens een stuk minder zeker dan de aanneming van het EBB. Feit is dat dit voorstel gebaseerd is op een ander concept van samenwerking dan andere voorstellen die momenteel eveneens aanhangig zijn (geweest) en zien op de uitwisseling van gegevens.[283] Die andere voorstellen zijn het (inmiddels ingetrokken) Zweedse initiatief over de vereenvoudiging van de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen de wetshandhavingsautoriteiten van de EU-lidstaten,[284] het voorstel voor een kaderbesluit betreffende de uitwisseling van gegevens uit een strafregister[285] en – in een verder verband – ook het Verdrag van Prüm.

Het is lastig over het EBB en het voorstel over de uitwisseling van gegevens nu al harde conclusies te trekken. Ze zijn nog niet definitief en moeten daarna ook nog worden ingebed in de nationale rechtsordes. Toch is het niet overdreven te stellen

---

280 COM (2003) 688.

281 COM (2005) 490. Over dit voorstel ook het advies van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming, Pb EG 2006 C 116/8; over het beschikbaarheidsbeginsel Vermeulen e.a. (2005).

282 Of deze wijzingen, die *conceptueel* grote veranderingen inhouden, ook *feitelijk* veel zullen veranderen, moet overigens worden afgewacht. Veel zal afhangen van de wijze van omzetting en de houding van de autoriteiten in de EU-staten.

283 Aldus ook het advies van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming, Pb EG 2006 C 116/9.

284 Initiatief van het Koninkrijk Zweden met het oog op de aanneming van een kaderbesluit betreffende de vereenvoudiging van de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen de wetshandhavingsautoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie, met name ten aanzien van zware misdrijven, zoals terroristische daden, Pb EG 2004 C 281/5.

285 Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad betreffende de organisatie en de inhoud van uitwisselingen van gegevens uit het strafregister tussen de lidstaten, COM (2005) 690. Tot die tijd geldt een noodmaatregel die de Commissie heeft opgesteld, mede naar aanleiding van de zaak Fourniret; zie Besluit 2005/876/JHA, Pb EG 2005 L 322/33.

dat beide voorstellen ingrijpende wijzigingen zullen meebrengen. Conceptueel schuilen de belangrijkste wijzigingen in het terugdringen van de rol van hulpverlenende partijen, doordat deze de bevelen moeten erkennen (art. 1 jº 11 voorstel EBB), c.q. (index)gegevens ten behoeve van buitenlandse handhavingsdoeleinden zonder meer beschikbaar moeten maken (art. 1 jº 6 jº 9/10 voorstel uitwisseling van gegevens) met een minimale ruimte voor een eigen beoordeling en dus voor weigering van de 'bevelen'. Bijgevolg spreekt ook het voorstel-EBB niet meer over 'verzoekende' en 'aangezochte' partij, maar over 'uitvaardigende' en 'uitvoerende' partijen.

Op de voorstellen is nogal wat kritiek gekomen. Zo is allereerst de zorg geuit dat het beginsel van wederzijdse erkenning leidt tot een verharding van het strafrechtelijke klimaat in Europa, doordat bevelen, afkomstig uit het meest repressieve sanctiestelsel, ook elders moeten worden erkend.[286] Dat kan niet alleen afbreuk doen aan de rechten van betrokkenen – derden en verdachten –, maar ook aan de criminele politiek van de lidstaten. Een probleem bij de aanvaarding van het EBB bleef dan ook lange tijd de afwezigheid van een territorialiteitsclausule, die het toestaat medewerking te weigeren als het een feit betreft dat op het grondgebied van de uitvoerende staat werd begaan. Die clausule bestaat wel in het Europese aanhoudingsbevel (art. 4, onder 7). Ze is bij wege van politiek akkoord en op aandringen van Nederland, uiteindelijk toch ook opgenomen in het EBB (art. 15, lid 2, onder c).[287]

In het verlengde hiervan ligt dat in eerste instantie in het EBB een duidelijke mensenrechtenexceptie ontbrak. Hoewel het EBB-regime de uitvoerende staat dwingt tot een hoge mate van erkenning, blijft de uitvoerende staat verantwoordelijk voor de keuze van de middelen (art. 12 voorstel EBB)[288] en de wijze van uitvoering van het bevel. In zoverre is er nog steeds – net als in de klassieke rechtshulp – sprake van een horizontale relatie tussen de staten, met alle problemen die daarbij horen, zoals de beperkte inhoudelijke kennis van de uitvoerende autoriteit van de zaak die voorligt.[289] Dat kan problemen geven wanneer de uitvoerende partij door het uitvoeren van het bevel in strijd handelt met andere internationale of constitutionele verplichtingen, in het bijzonder verplichtingen op basis van mensenrechtenverdragen.[290] In de Soering-uitspraak aanvaardde het EHRM immers dat een dergelijke verantwoordelijkheid bestaat.[291] De afwezigheid van een expliciete mensenrechtenexceptie zou de lidstaten mogelijk voor

286 Vgl. Swart (2001); Schünemann e.a. (2004), p. 5; Schomburg e.a. (2006), Einleitung, rn. 113a.

287 Niet voor niets wordt deze territorialiteitsclausule ook aangeduid als de *Dutch clause*.

288 In de versie waarover op 2 juni 2006 een politiek akkoord werd bereikt, *supra* noot 232, is art. 12 van het oorspronkelijke voorstel vervangen; men leze in die versie art. 11, lid 1a.

289 Vgl. Vogel (2005), p. 132; Van Hoek & Luchtman (2005), p. 33-36.

290 Art. 1, lid 2, en art. 14 van het voorstel over de uitwisseling van gegevens op basis van beschikbaarheid kennen wel zo'n exceptie.

291 EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, Series A-161 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*).

> een conflict van plichten hebben geplaatst.[292] In het voornoemde politieke akkoord werd uiteindelijk de volgende clausule in art. 1, lid 3, opgenomen 'This Framework Decision shall not have the effect of modifying the obligation to respect fundamental rights and fundamental legal principles as enshrined in Article 6 of the Treaty on European Union, and any obligations incumbent on judicial authorities in this respect shall remain unaffected.
>
> Ook de betrokken burger komt onder het nieuwe EBB-regime mogelijk in het nauw. Voor hem zal mogelijk – dat hangt ook af van de feitelijke omzetting ervan – problematisch zijn welke staat hij kan aanspreken als zijn rechten worden geschonden (vgl. art. 13 EVRM). In het systeem van het EBB ligt besloten dat de inhoudelijke aspecten van de zaak moeten worden aangevochten in de uitvaardigende staat (vgl. art. 19, lid 2, voorstel EBB), maar dat de keuze van de middelen en de uitvoering ervan in handen zijn van de uitvoerende staat. De vraag die kan worden gesteld is welke staat nu verantwoordelijk is voor het geheel: is dat de uitvaardigende staat die gaat over de inhoud van de zaak, maar niet over de wijze van uitvoering, of is dat de uitvoerende staat die niet gaat over de inhoud, maar wel over de keuze van middelen en de uitvoering, of zijn ze dat wellicht allebei? Zijn deze aspecten wel van elkaar te scheiden?[293]

Kortom, met de beoogde invoering van het beginsel van wederzijdse erkenning in de justitiële en politiële samenwerking gaat een aantal vertrouwde concepten van de klassieke rechtshulp op de schop. Men beoogt hiermee de samenwerking in een ware Europese rechtsruimte die zo noodzakelijk is ter realisering van de doelstellingen van de EU, te versnellen en verbeteren.

Echter, hoewel de strafrechtelijke samenwerking hierdoor in de toekomst ingrijpende wijzigingen ondergaat, bevatten de voorstellen weinig tot geen voorzieningen die het centrale onderwerp van dit onderzoek omvatten. De reikwijdte van de strafrechtelijke samenwerkingsplicht blijft ongewijzigd, net als de mogelijkheid van overlap met de bestuursrechtelijke bijstand. Op de reikwijdte van de strafrechtelijke samenwerkingsplicht onder het ERV en het EBB ga ik nu in. Ik concentreer me daarbij op de regels op het gebied van de *justitiële* rechtshulp. De regels over de *politiële* samenwerking komen zijdelings aan de orde.

> Het onderscheid tussen politiële en justitiële rechtshulp is – opnieuw – in hoge mate organiek.[294] Bepalend is het statuut van de betrokken autoriteiten. In dit onderzoek heeft de politiële samenwerking minder aandacht, omdat de 'reguliere' politie bij de fiscale en financiële rechtshandhaving doorgaans een geringe rol speelt. Op deze terreinen wordt de politie vervangen door hetzij gespecialiseerde opsporingsdiensten, hetzij het bestuur. Deze autoriteiten worden overigens soms aangemerkt als politieel, zodat ze in die hoedanigheid verzoeken om informatie

292 Daarover onder meer Klip (1997); Smeulers (2003); Van Hoek & Luchtman (2005). In die zin voor wat betreft de uitwisseling van gegevens op basis van beschikbaarheid ook het advies van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming, Pb EG 2006 C 116/12.

293 Vgl. Van Hoek & Luchtman (2005).

294 Schutte (1997), p. 145; Klip/Swart/Van der Wilt, par III.1.1, aant. 7 (Klip).

aan het buitenland kunnen richten.[295] Naast de bijstand en rechtshulp ontstaat daarmee mogelijk een derde forum voor transnationale samenwerking. Vandaar dat ik toch, maar slechts zijdelings, aandacht besteed aan de politiële rechtshulp.

De politiële samenwerking bleef lange tijd ondergenormeerd.[296] Pas met de Schengenovereenkomst wordt een raamwerk voor operationele politiële samenwerking gevormd.[297] Aanvullingen op de Schengen-overeenkomst volgden in bilaterale verdragen[298] en ook in het Verdrag van Prüm (Schengen III), dat door een beperkt aantal EU-landen werd ondertekend.[299] Op termijn zal dit kader (mogelijk) worden vervangen door een Kaderbesluit betreffende de uitwisseling van informatie volgens het beschikbaarheidsbeginsel.[300] Met dit voorstel wordt, conform de wensen van het Haagse programma, een paar fundamentele wijzigingen doorgevoerd, in het bijzonder de introductie van het 'beginsel van wederzijdse erkenning afgezwakt door een voorwaarde inzake gelijkwaardige toegang, samen met een mechanisme voor de evaluatie van de gelijkwaardigheid van de instanties die bevoegd zijn om informatie te verkrijgen [daarover art. 5, ML] en een systeem van registers om vast te stellen welke informatie niet online beschikbaar is [art. 10, ML].'[301] Anders dan onder de SUO, die uitgaat van uitwisseling via centrale autoriteiten (art. 39, lid 4, SUO), zal directe uitwisseling van gegevens tussen 'gelijkwaardige' politiële instanties de regel worden. Ook dit voorstel sluit een justitiële en administratieve finaliteit van de samenwerking uit. In zoverre verandert er niets ten opzichte van de bestaande situatie.

De politiële rechtshulp mag geen afbreuk doen aan de justitiële. Politiediensten opereren immers niet zelfstandig. Altijd staan zij onder controle van een hiërarchisch hoger geplaatste persoon of instantie. Voor zover het gaat om de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, is dat in de regel een justitiële autoriteit. In de SUO is in artikel 39, tweede lid, een voorziening opgenomen die justitiële autoriteiten in staat stelt het politiële gegevensverkeer te controleren. Artikel 39, tweede lid, verbindt de toelaatbaarheid van het gebruik van de uitgewisselde informatie als *bewijs* voor het ten laste gelegde feit aan de toestemming van de bevoegde justitiële autoriteit van de aangezochte staat.[302] Bovendien is het gebruik van dwangmiddelen in de politiële rechtshulp niet toegelaten (art.

295 Joubert & Bevers (1996), p. 507.

296 Over de geschiedenis van de politiële samenwerking onder meer Fijnaut e.a. (1992); Joubert & Bevers (1996).

297 Uiteraard verdient ook de Europol overeenkomst, Trb. 1995, 282, of Pb EG 1995 C 316/1, vermelding, maar deze is voor dit onderzoek van minder belang.

298 Bijvoorbeeld het verdrag tussen Nederland en Duitsland van 2 maart 2005 over de grensoverschrijdende politiële samenwerking en samenwerking in strafrechtelijke aangelegenheden, Trb. 2005, 86.

299 De politiële samenwerking met Zwitserland blijkt, na navraag, in Nederland geen hoge prioriteit te hebben.

300 Dit voorstel gaat gepaard met een voorstel over de bescherming van persoonsgegevens, dat hieronder nog aan de orde komt; *infra* paragraaf 2.4.3.3.

301 COM (2005) 490, p. 8.

302 Vgl. art. 13, lid 2, en ook art. 2, lid 1, voorstel kaderbesluit, dat bepaalt dat het kaderbesluit van toepassing is op het uitwisselen van gegevens voordat de vervolging is begonnen.

39, lid 1, SUO).[303] Deze voorzieningen zijn opgenomen om te voorkomen dat de politiële rechtshulp in de plaats treedt van de justitiële.[304] Toch kunnen hierbij vraagtekens worden gezet nu het OM doorgaans onder zogenaamde negatieve controle van de politie staat. Door hun informatievoorsprong zijn politiediensten in staat de loop van het onderzoek te sturen. Tegen de tijd dat een concrete verdenking is ontstaan – concreet genoeg om de zaak aan justitie te overhandigen – zijn al tal van belangrijke keuzes gemaakt. Zo kunnen de politiediensten onder meer overleg plegen over de vraag bij welke autoriteit en in welk land de zaak zal worden aangekaart.[305]

2.4.3.2 De omvang van de plicht tot samenwerking

Staten zijn op grond van het ERV verplicht in zo ruim mogelijke mate rechtshulp te verlenen. De samenwerking mag niet beperkt blijven tot de vormen die in het ERV zelf worden genoemd, te weten de rogatoire commissies[306] (artt. 3-6), de mededeling van processtukken en rechterlijke beslissingen, de verschijning van getuigen, deskundigen en verdachten (artt. 7-12), het verstrekken van uittreksels en daarop betrekking hebbende inlichtingen uit het strafregister (art. 13), de aangifte tot het uitlokken van een strafvervolging (art. 21) en de uitwisseling van informatie omtrent veroordelingen (art. 22). Ook andere vormen van samenwerking die niet uitdrukkelijk in het verdrag worden genoemd, kunnen op het verdrag worden gegrond.[307] Soms is dit verduidelijkt in aanvullende, latere verdragen, zoals de EU-rechtshulpovereenkomst.

Over sommige van de gevraagde rechtshulphandelingen bestond of bestaat in het licht van de reikwijdte van art. 1 ERV discussie. Dat was bijvoorbeeld zo voor het afluisteren van telefoongesprekken.[308] In sommige landen werd aan een verzoek om telefoons af te luisteren gevolg gegeven in het kader van de algemene rechtshulpverplichting. Andere landen gaven aan het verzoek uitvoering via een rogatoire commissie, terwijl weer andere landen zo'n verzoek aan dezelfde voorwaarden onderwierpen als een verzoek tot huiszoeking of inbeslagneming (vgl. art. 5 ERV).[309] Het toont aan voor welke problemen de ruime omschrijving

303 Vgl. ook art. 2, lid 2, voorstel kaderbesluit, dat zelfs bepaalt dat het kaderbesluit geen verplichting inhoudt tot het vergaren van de gegevens, als deze nog niet voorhanden zijn.
304 Joubert & Bevers (1996), p. 452; Swart (1992), p. 98.
305 Swart (1992), p. 102; Van den Wyngaert (1992), p. 5; Schutte (1997), p. 169-170; Mols & Spronken (1990), p. 48.
306 Over de betekenis van dit begrip de verdragstoelichting op artikel 3 ERV; Sjöcrona (1990), p. 68-69; Thomas (1998), p. 162-163; De Smet (1999), p. 137-173; Sjöcrona & Orie (2002), p. 195.
307 Zie voor voorbeelden Thomas (1998), p. 152-153. De Hoge Raad vat onder de samenwerkingsplicht bijvoorbeeld ook de infiltratie; HR 18 mei 1999, NJ 2000, 107 (4M-zaak).
308 Over deze specifieke opsporingsmethode deed de Raad van Europa overigens een aanbeveling uitgaan: Aanbeveling R (85) 10, die binnen de EU inmiddels door de EU-rechtshulpovereenkomst is achterhaald.
309 Thomas (1998), p. 153; Scheller (1997), p. 75 e.v.

van artikel 1 ERV zorgt: er blijkt de nodige ruimte voor de eigen interpretatie van staten, wat een ernstige belemmering kan vormen voor samenwerking. Pas met de komst van de EU-Rechtshulpovereenkomst werd een aantal van deze kwesties expliciet genormeerd. Dit verdrag regelt ook nog een aantal andere nieuwe vormen van samenwerking.

Niet al deze vormen van rechtshulp zullen overigens ook onder het voorstel EBB worden gevat. Uit art. 3 van het voorstel blijkt dat het in essentie gereserveerd blijft voor het vergaren van al voorhanden zijnd materiaal.[310] Het is echter de bedoeling dat de reikwijdte van het instrument later wordt uitgebreid tot het vergaren van bijvoorbeeld *real time evidence-taking*.[311]

De plicht tot samenwerking geldt in beginsel alleen in *strafzaken* en voor zover *rechterlijke autoriteiten* betrokken zijn (art. 1 ERV; art. 4 voorstel EBB). Deze moeten op het moment dat een verzoek wordt gedaan, bevoegd zijn, wat in veel landen betekent dat er een redelijke verdenking moet zijn ontstaan van een strafbaar feit.[312] Is een rechterlijke autoriteit (nog) niet bevoegd, dan staat geen rechtshulpmogelijkheid open. Eventueel kan men dan een bijstandsverzoek doen, mits men daarvoor is aangewezen als 'bevoegd'. Met andere woorden, ook in de wederzijdse rechtshulp gaat men als maatstaf voor samenwerking uit van het organieke statuut van de hulpzoekende autoriteit.[313] Deze moet door de lidstaat zijn aangewezen als 'bevoegd' (art. 26 ERV). De term rechterlijke autoriteit moet daarbij niet te beperkt worden gevat. Ook vervolgende instanties worden als zodanig aangemerkt en soms ook politiële instanties. Dat is onder het ERV geheel aan de lidstaten.

Dat laatste was in eerste instantie anders onder het voorstel EBB. Als uitvaardigende autoriteit mocht alleen een rechter, onderzoeksmagistraat of openbaar aanklager worden aangemerkt. Andere bevoegde autoriteiten (zoals politie, douane en administratieve diensten) hadden niet het recht een EBB uit te vaardigen. Dergelijke instanties moesten verzoeken om een beslissing van een rechter, onderzoeksmagistraat of openbaar aanklager om een EBB te laten uitvaardigen.[314] Daarin is, onder Scandinavische druk, in de versie van het EBB van 2 juni 2006 verandering gekomen.[315] Ook administratieve diensten kunnen dergelijke bevelen uitvaardigen (art. 4, onder b), ware het niet dat de uitvoerende staat niet zonder meer gehouden is daaraan gehoor te geven (vgl. art. 11, leden 2 en 3).

Ook de politiële samenwerking gaat als gezien uit van een organiek criterium.[316] Vermeldenswaard is dat art. 5 van het voorstel kaderbesluit voor uitwisseling op basis van beschikbaarheid een mechanisme ontwerpt op basis waarvan

310 COM (2003) 688, p. 8-9.
311 COM (2003) 688, p. 10.
312 Over de pro-actieve opsporing, Baaijens-van Geloven (2001), p. 359.
313 Vgl. Nagel (1989), p. 140 e.v.; Baaijens-van Geloven (2001), p. 360-361; Schäfer (2005), p. 48 e.v.; Klip/Swart/Van der Wilt, par III.1.1, aant. 11 (Klip).
314 COM (2003) 688, p. 18.
315 *Supra* noot 232.
316 *Supra* noot 294.

> moet worden vastgesteld of autoriteiten *gelijkwaardig* zijn. Het doel van deze exercitie is de buitenlandse autoriteiten aan te wijzen die gelijkwaardig zijn aan nationale autoriteiten met toegang tot de gegevens waarop het kaderbesluit ziet. Alleen deze autoriteiten werken op basis van het kaderbesluit samen. In die zin is dit nieuwe beginsel een beperking van het beginsel van wederzijdse erkenning.[317] Als men eenmaal is aangewezen als 'gelijkwaardig' (aan een nationale autoriteit met toegang) heeft men direct toegang tot online gegevens of tot registergegevens. De achterliggende gedachte is als gezegd dat het enkele feit dat de gegevens zich over de grens bevinden, als zodanig geen hindernis meer mag zijn in de EU.

De aanknoping bij (opnieuw) een organiek criterium zorgt in de fiscale en financiële rechtshandhaving voor problemen, wanneer het statuut van de autoriteiten die met de handhaving ervan belast zijn, verschilt. Dat is juist op deze terreinen niet ondenkbeeldig. Administratieve autoriteiten kunnen soms, bijvoorbeeld vanwege hun bijzondere expertise, als plaatsvervanger van het Openbaar Ministerie optreden, maar toch niet zijn aangemerkt als 'justitiële autoriteit'.[318] Problemen ontstaan in de tweede plaats als het aanvangsmoment van het strafrechtelijk onderzoek – vaak bepalend voor de functionele competentie van de rechterlijke autoriteiten – van de samenwerkende autoriteiten per staat verschilt. Of en wanneer toezicht overgaat in opsporing en of toezicht parallel mag lopen aan opsporing wordt, zoals al eerder gezien,[319] vaak noch in de bijstandsregelingen, noch in de rechtshulpregels genormeerd. Het antwoord moet in de nationale rechtsordes worden gezocht. De vaak gecompliceerde verhoudingen tussen bestuur en justitie werken door in transnationale situaties. Bijgevolg ontstaan eenvoudig verschillen, waardoor niet (direct) of alleen via omwegen kan worden samengewerkt.

In de derde plaats kan het organieke criterium aanleiding geven tot problemen doordat sommige vormen van strafrechtelijke handhaving in ruime zin niet onder de reikwijdte van het ERV (of straks het EBB) kunnen worden gebracht, maar evenmin onder de wederzijdse fiscale bijstand. Met dat probleem zag Duitsland (en later ook Nederland)[320] zich geconfronteerd in de jaren zeventig. In die periode ging het land over tot decriminalisering van tal van strafbare feiten.[321] Voortaan kon daarvoor alleen nog een bestuurlijke geldboete worden opgelegd (*Ordnungswidrigkeiten*). Het probleem was echter dat deze vorm van sanctionering in transnationaal verband tussen de wal en het schip dreigde te vallen, doordat de wederzijdse bijstand destijds nog niet ontwikkeld was, maar rechtshulpverzoeken ook niet mogelijk

317 COM (2005) 490, p. 8.
318 Nagel (1989), p. 140 en 143.
319 Vgl. *supra* noten 175 en 176.
320 Voor Nederland ontstonden problemen toen het een groot aantal verkeersovertredingen administratief ging afdoen (Wet Mulder). De verlate toepasselijkheid van het ERV in combinatie met het feit dat Nederland geen partij was (en is) is bij de Europese verdragen inzake administratieve rechtshulp, betekende dat hulp uit het buitenland in de administratieve fase van de procedure niet kon worden verkregen.
321 Daarover ook paragraaf 4.2.1.4, onder A.

waren, omdat dergelijke procedures 'op het tijdstip waarop de rechtshulp wordt gevraagd' (art. 1 ERV) nog niet tot de competentie van de rechterlijke, maar bestuurlijke autoriteiten behoorden. Op basis van art. 1 ERV konden in dergelijke zaken pas vanaf de beroepsfase – want dan zijn rechterlijke autoriteiten bevoegd – rechtshulpverzoeken worden ingediend.[322]

> Overigens heeft Duitsland wel degelijk geprobeerd zijn *Ordnungswidrigkeiten* ook onder reikwijdte van de wederzijdse bijstand te brengen. Daartoe werd een verklaring afgelegd bij art. 1, lid 2, van de Raad van Europa Convention on the Obtaining Abroad of Information and Evidence in Administrative Matters uit 1978:[323] 'The Convention shall apply for purposes of requests addressed to the Federal Republic of Germany to any proceedings in respect of offences the punishment of which does not fall within the jurisdiction of the judicial authorities at the time of the request for assistance. In the Federal Republic of Germany such proceedings include proceedings for fines under the Administrative Offences Act (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) as published on 2 January 1975 (Federal Law Gazette I, p. 80) and last amended by Article 4 of the law of 5 October 1978 (Federal Law Gazette I, p. 1645). (…) The Convention shall not apply to requests addressed to the Federal Republic of Germany relating to administrative offences in fiscal matters.' Deze verklaring is nooit ingetrokken.[324]

Het probleem werd opgelost door een relativering van het criterium 'rechterlijke autoriteit' in de wederzijdse rechtshulp.[325] Op basis van het bestaande verdragennetwerk mag inmiddels ook rechtshulp worden verleend, wanneer de verzoekende autoriteit een *administratieve* autoriteit is, *mits* tegen zijn beslissing tot oplegging van een bestuurlijke geldboete beroep openstaat op een ook in strafzaken bevoegde rechter.[326] De *Ordnungswidrigkeiten* vallen sindsdien onder de strafrechtelijke rechtshulp. Via een koppeling aan de latere bevoegdheid van de strafrechter kunnen ook bestuurlijke sancties via de rechtshulp worden afgedaan.[327] Een en ander betekent

---

322 Vgl. de toelichting bij artikel 1 ERV van het Explanatory Report en Krikke/Sjöcrona/Thomas, aantekening 9 bij art. 1-2 ERV, supplement 81.

323 European Treaty Series 100.

324 Dat mag opmerkelijk worden genoemd, omdat Duitsland in zijn interne rechtsorde – zo zal hieronder nog blijken – dwingend de rechtshulpweg (en niet de bijstand) voorschrijft in gevallen van samenwerking bij *Ordnungswidrigkeiten*; paragraaf 4.5.3.1, onder A.

325 Vgl. Thomas (1998), p. 49.

326 Vgl. art. 1, sub a, Duits-Zwitserse rechtshulpverdrag; art. II, sub a, Verdrag van Wittem (later ingetrokken i.v.m. de inwerkingtreding van de SUO); artikel 49, sub a, SUO (later ingetrokken door art. 2, lid 2, EU-rechtshulpovereenkomst); art. 3, lid 1, EU-rechtshulpovereenkomst. Blijkens art. 24 EU-rechtshulpovereenkomst moeten deze autoriteiten door middel van een verklaring worden aangewezen, opdat de andere staten weten om welke autoriteiten het gaat.

327 Daarmee is nog niets gezegd over de vraag of dergelijke verzoeken ook via de bijstand kunnen verlopen. De hierboven besproken regels lijken dat niet te verbieden (paragrafen 2.2.3.1 en 2.3.3.2). De nationale rechtssystemen kunnen – en zullen soms (vgl. voor een voorbeeld hoofdstuk 4.5.3.1, onder A) – echter nog beperkingen opwerpen.

overigens ook dat andere punitieve sanctiemodaliteiten, in het bijzonder die waarbij beroep op de strafrechter niet openstaat, niet voor rechtshulp in aanmerking komen.

> De vraag is welke gedachte er ligt achter de tweedeling die aldus tussen de punitieve bestuurlijke sanctiemodaliteiten is aangebracht. Op het eerste gezicht lijkt de beperking tot de 'ook in strafzaken bevoegde rechter' vooral aangebracht vanuit het pragmatische argument om ook het strafrecht in ruime zin onder de rechtshulp te kunnen vatten. Het heeft een historische oorzaak. In die optiek zou niets er aan in de weg staan dat ook punitieve sancties waarbij geen beroep op de strafrechter, maar bijvoorbeeld op de bestuursrechter openstaat, onder de reikwijdte van de rechtshulp te brengen.
>
> Er zou echter eveneens worden betoogd dat juist door de koppeling met het strafprocesrecht de samenwerking enigszins blijft ingebed in de strafrechtelijke controlestructuren. Deze opvatting kan worden verdedigd, omdat *Ordnungswidrigkeiten* als zodanig niet zijn uitgezonderd van de rechtshulpplicht; mits behorend tot de bevoegdheid van een rechterlijke autoriteit – dus in de regel in de beroepsfase[328] – vallen ze onder het ruime criterium van de 'procedure die betrekking heeft op strafbare feiten.'[329] In deze opvatting heeft de beperking tot de 'ook in strafzaken bevoegde rechter' niet alleen een historische oorzaak, maar ook een systematisch-inhoudelijke functie, welke ook de rechtsbescherming van de betrokkene kan waarborgen.[330] Vormen van bestuurlijke sanctionering die niet in het strafprocesrecht in ruime zin zijn ingebed, bieden in deze opvatting die waarborgen niet noodzakelijk.[331]

De uitbreiding van de rechtshulpplicht tot de *Ordnungswidrigkeiten* is voor dit onderzoek uiteraard van eminent belang. Impliciet ligt er de erkenning in besloten dat de rechtssystemen van verschillende landen kunnen verschillen. Art. 3, lid 1, EU-rechtshulpovereenkomst maakt zelfs het verlenen van rechtshulp mogelijk voor feiten die zowel in de aangezochte als de in verzoekende staat worden afgedaan als *Ordnungswidrigkeit*, waardoor er in het geheel geen rechterlijke autoriteit meer aan te pas komt.[332] Dat betekent dat wanneer een verzoek van een administratieve autoriteit de toepassing van dwangmiddelen behelst, aan dit verzoek in beginsel uitvoering moet worden gegeven, ook al is het afkomstig van een 'administratieve autoriteit.'

> Op dit laatste moeten twee aanvullingen worden gemaakt. Allereerst geldt dat voor de toepassing van maatregelen, gericht op het telecommunicatieverkeer de tussenkomst van rechterlijke autoriteiten nog wel vereist is (art. 17 EU-rechtshulpovereenkomst). Bovendien bleek hierboven dat onder het beoogde EBB-

328 Daarover paragraaf 4.2.1.4.
329 Nagel (1989), p. 118-120.
330 Ik kom hierop nog terug in hoofdstuk 6.
331 Dit laatste laat overigens onverlet dat die sancties zijn ingebed in *bestuursrechtelijke* controlestructuren en dat, als het gaat om punitieve sancties, er aan de eisen van art. 6 EVRM moet zijn voldaan.
332 Vgl. De Hert (1996), p. 113-114.

regime in eerste instantie alleen rechterlijke autoriteiten bevelen konden uitvaardigen. Daar is veel voor te zeggen: ook al omvat ook het EBB-regime de *Ordnungswidrigkeiten* (art. 4 voorstel), het lijkt toch wat eigenaardig te aanvaarden dat een bestuurlijke autoriteit een rechter (of andere autoriteit) in een andere staat een bevel geeft. In voorkomend geval zullen administratieve autoriteiten een rechterlijke autoriteit daarom moeten verzoeken. Deze beperking werd in het politieke akkoord van juni 2006 weer gerelativeerd.[333] Het moet worden afgewacht hoe de uiteindelijke tekst zal luiden.

Uit het voorgaande en uit het samenspel van de wederzijdse rechtshulp met de regels inzake de wederzijdse bijstand kunnen inmiddels een paar conclusies getrokken worden. De regels over bijstand en rechtshulp gaan alle min of meer uit van een gesloten systeem, waarin alleen de autoriteiten die als 'bevoegd' zijn aangewezen met elkaar kunnen samenwerken. In de financiële bijstand is daarvoor de status van toezichthouder doorslaggevend, in de fiscale bijstand de inbedding in de belastingdienst of onder de minister van Financiën en in de rechtshulp de status van 'rechterlijke autoriteit.' In diagonale vormen van samenwerking wordt door geen van de regelingen voorzien, met een uitzondering voor de *Ordnungswidrigkeiten*, waarvoor toch rechtshulp kan worden verleend. De *Ordnungswidrigkeiten* zijn echter bij lange na niet het enige dwarsverband dat kan bestaan tussen toezicht en opsporing. Integendeel, juist de handhaving van regelgeving op sociaal-economisch gebied hangt vaak sterk af van de relaties tussen toezicht en opsporing op nationaal vlak. Veel fiscale en financiële opsporing is niet denkbaar zonder een goed functionerend toezicht. Dat is in transnationale gevallen niet anders dan in puur nationale situaties. Bijgevolg zal er in de praktijk behoefte bestaan aan meer indirecte vormen van samenwerking. Daarop ga ik nu in.

2.4.3.3 Het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel

De beperking tot samenwerking in strafzaken (en nadien ook *Ordnungswidrigkeiten*) kent aan de strafrechtelijke samenwerking een finaliteit toe, die impliceert dat het verlenen van rechtshulp voor zaken die geen strafzaak zijn, niet mogelijk is.[334] Dat zou *détournement de procédure* opleveren. De vraag is echter of een rechtshulpverzoek – naast voormelde toelaatbare doeleinden – *ook* andere doeleinden mag dienen; is een *pluralité des buts* toegestaan? In hoeverre biedt de wederzijdse rechtshulp, net als de regels inzake de fiscale en financiële bijstand, ruimte voor indirecte vormen van samenwerking? In hoeverre mag via de rechtshulp verkregen informatie, nadien of direct, worden gebruikt voor andere, bestuursrechtelijke doeleinden? Ook die vragen moeten worden beantwoord, wil kunnen worden beoordeeld in hoeverre bijstand en rechtshulp overlappen. De meeste aandacht gaat daarbij in de literatuur uit naar het doelgebonden gebruik van de gegevens; de vraag naar het vertrouwelijke gebruik is veel minder bestudeerd.

---

333 *Supra* noot 314 e.v.
334 Vgl. Thomas (1998), p. 4; Schomburg e.a. (2006), § 59, rn. 19.

> Bepalingen over de vertrouwelijkheid van een verzoek kunnen in twee richtingen werken. Er kan mee zijn bedoeld dat het verzoek en de afhandeling ervan geheim moeten worden gehouden, in welk geval de interne openbaarheid in de rechtshulpprocedure onder druk komt, maar het is ook mogelijk dat ermee is bedoeld dat de verstrekte gegevens en documenten in de verzoekstaat vertrouwelijk worden behandeld.[335] Mijn indruk is dat het accent in de rechtshulp op het eerste aspect ligt.[336] Het tweede aspect speelt in de inter- en supranationale regels een opmerkelijk kleine rol.[337] In de wederzijdse bijstand ligt het accent daarentegen duidelijk op het laatste.

In de wederzijdse rechtshulp heeft het specialiteitsbeginsel een minder duidelijk omlijnde functie dan in de wederzijdse bijstand. De vraag of het specialiteitsbeginsel als zodanig een onderdeel uitmaakt van het rechtshulprecht, is bijvoorbeeld omstreden.[338] Het basisverdrag inzake strafrechtelijke samenwerking – het ERV 1959 – zwijgt erover.

> In het internationaal strafrecht vindt het specialiteitsbeginsel zijn oorsprong in het uitleveringsrecht. Het beginsel was nauw verbonden met de exceptie van het politieke delict. Het werd gezien als een aanvulling op die exceptie in die gevallen waarin de opgeëiste persoon ter zake van commune, niet-politieke delicten werd uitgeleverd. Nadien werd het beginsel uitgebreid tot alle uitleveringsvoorwaarden, in het bijzonder ook tot de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid. De specialiteitseis vormt daarmee het logische sluitstuk van het uitleveringsrecht: het stellen van voorwaarden en beperkingen aan de uitlevering heeft immers geen zin, wanneer na de uitlevering de verzoekende staat vrij zou zijn de opgeëiste persoon alsnog te vervolgen of te bestraffen voor andere feiten dan waarvoor deze werd uitgeleverd.[339] De regel is in het uitleveringsrecht zo sterk verankerd, dat wordt aangenomen dat zij ook geldt, wanneer zij verdragsrechtelijk niet expliciet is overeengekomen.
>
> Ook in de wederzijdse rechtshulp is het specialiteitsbeginsel een 'dienend' beginsel. Het beoogt te voorkomen dat de ontvangen informatie wordt gebruikt voor andere doeleinden dan waarvoor de strafrechtelijke bijstand werd gevraagd en waarvoor de rechtshulpverlenende staat geen verantwoording wil nemen.[340] Het waarborgt de naleving van andere substantiële voorwaarden die in het rechtshulprecht zijn vervat.[341] Daarbij kan onder meer worden gedacht aan de samenwerkingsexcepties van artikel 2 ERV. Eerst en vooral dient het beginsel de belangen de aangezochte staat, in het bijzonder diens soevereiniteit.[342] Onduide-

335 Stessens (1997), p. 510-514; Vermeulen (1999), p. 123; Koers (2000), p. 223 e.v.; Klip/Swart/Van der Wilt, par III.2.11, aant. 3 (Van der Wilt).
336 Vgl. art. 4 EU-protocol en ook art. 25 van het Tweede Protocol bij het ERV.
337 Vgl. ook Schäfer (2005), p. 201; Dannecker (1990), p. 132.
338 Vogler (1986), p. 195.
339 Swart (1986), p. 339.
340 Onder meer Stessens (1997), p. 502; Vogler (1986), p. 196-197.
341 Vogler (1986); Vermeulen (1999), p. 180 e.v.; Koers (2001), p. 439; Popp (2001), p. 192 e.v.
342 Stessens (1997), p. 503.

lijk is of het specialiteitsbeginsel ook een rechtsbeschermende functie vervult. In het uitleveringsrecht wordt dit wel aangenomen, in ieder geval in die situaties waarin schending van het specialiteitsbeginsel een uitleveringsvoorwaarde of -exceptie opzij zet die (mede) in het belang van de uitgeleverde persoon is opgenomen.[343] De heersende mening lijkt dat in de wederzijdse rechtshulp het specialiteitsbeginsel een dergelijke functie ontbeert.[344]

Inderdaad betogen velen dat, ondanks het ontbreken van een duidelijke algemene verdragsgrondslag, de strafrechtelijke bestemming van de over te dragen gegevens impliceert dat de verzoekende staat de verkregen gegevens niet zonder uitdrukkelijke toestemming van de verstrekkende staat mag gebruiken voor andere doeleinden dan die van de strafrechtspleging.[345] In deze visie ligt het specialiteitsbeginsel impliciet in het rechtshulprecht besloten. Anderen menen echter dat een specialiteitsbeding expliciet moet worden bedongen.[346] Zo'n beding is mogelijk, als een verdrag expliciet in de mogelijkheid daartoe voorziet (vgl. art. 50 SUO) of als de betreffende staat een daartoe strekkend voorbehoud heeft gemaakt bij het verdrag. Is zo'n beding niet aanwezig, dan zal het verdere gebruik van het verkregen materiaal en de verstrekking daarvan aan derden worden genormeerd door het interne recht van de ontvangende staat.[347]

Een voorbeeld van zo'n voorbehoud levert Zwitserland, dat bij het ERV het volgende voorbehoud aflegde: '(…) b. Switzerland reserves the right to afford mutual assistance under the Convention only on the express condition that the results of investigations made in Switzerland and the information contained in documents or files transmitted are used solely for the purpose of examining and trying the offences in respect of which mutual assistance is provided; c. The requesting State may make use of the results of investigations made in Switzerland and the information contained in documents or files transmitted notwithstanding the condition mentioned under letter b, when the facts giving rise to the request constitute another offence for which mutual assistance may be granted by Switzerland or where the criminal proceedings in the requesting State are directed against other persons who have participated in the commission of the offence.'[348]

Internationale verdragen besteden de laatste jaren meer en meer aandacht aan de kwestie.[349] Een voorbeeld hiervan zijn de voorzieningen in de art. 7, lid 2, art.

---

343 Swart (1986), p. 340.

344 Vgl. Stessens (1997), p. 503; Sjöcrona (1990), p. 156; Vogler (1986), p. 196. 19. Popp (2001), p. 220-222, lijkt een andere mening toegedaan.

345 Krikke/Sjöcrona/Thomas, aantekening 16.6 van de inleiding, supplement 81; Vogler (1986), p. 198-199, en (1992), p. 889-890; Vermeulen (1999), p. 112; Popp (2001), p. 214-216; Schomburg e.a. (2006), § 59, rn. 10.

346 Nagel (1988), p. 129; Sjöcröna (1990), p. 157.

347 Met uitzondering van de hieronder nog te bespreken inter- en supranationale regels op het vlak van de bescherming van persoonsgegevens.

348 Hierover verder hoofdstuk 5.5.4.1, onder D.

349 Voor andere verdragen leze men Koers (2001), p. 445 e.v.; Vermeulen (1999), p. 117-123.

18, lid 5, onder b, art. 18, lid 6, en art. 20, lid 4, EU-rechtshulpovereenkomst. Het specialiteitsbeginsel treft men ook aan in art. 50, lid 3, SUO. Daarin is bepaald dat de verzoekende partij de informatie slechts voor andere dan de in de rogatoire commissie vermelde onderzoeken, strafvervolging of procedures mag mededelen of gebruiken, voor zover de aangezochte staat daartoe voorafgaande toestemming heeft gegeven. Het voorbehoud moet worden bezien tegen de achtergrond van artikel 50 SUO dat de fiscale exceptie maar deels opheft. Nu staten op grond van de SUO verplicht zijn elkaar ook *in fiscalibus* rechtshulp te verlenen, moet worden voorkomen dat die informatie ook ten behoeve van de belastingheffing kan worden gebruikt.[350] De bepaling zal vooral van belang zijn in de niet ondenkbeeldige situatie dat de verstrekte informatie in het buitenland zowel van belang kan zijn voor een onderzoek naar BTW-fraude, als voor een onderzoek naar fraude met directe belastingen. De gegevens zullen zonder voorafgaande toestemming voor de laatste casus niet mogen worden gebruikt.[351] Sinds de inwerkingtreding van het EU-protocol is dat overigens wel mogelijk. Art. 50, lid 3, SUO wordt ingetrokken door art. 8 van het Protocol bij de EU-rechtshulpovereenkomst.

Waarop ziet het specialiteitsbeginsel, als het wordt aangebracht? Ook op deze vraag bestaat geen algemeen antwoord. Afhankelijk van de functies die men aan het beginsel toekent, zal het beginsel soms ruim, soms eng worden uitgelegd. Een onderscheid tussen de materiële, formele of procedurele en personele werkingssfeer lijkt daarbij zinvol voor het aanbrengen van enige ordening:

1. Onder de *materiële* werkingssfeer van het beginsel valt de vraag of de gegevens alleen in strafzaken mogen worden gebruikt of ook voor andere, niet-strafrechtelijke doeleinden. Dat is punt van discussie.[352] Vooral dit punt is van belang voor de vraag of een rechtshulpverzoek mede andere, bijvoorbeeld fiscale of financiële toezichtsdoelen dienen kan. Het behoeft weinig betoog dat dit punt vooral zal worden opgeworpen door landen die wel rechtshulp verlenen, maar terughoudend zijn bij andere samenwerkingsvormen.[353] Art. 50, lid 3, SUO heeft bijvoorbeeld uitdrukkelijk ook ten doel een ander fiscaal gebruik dan alleen dat in fiscale strafzaken over indirecte belastingen te voorkomen.[354]
2. De *formele* of procedurele omvang van het beginsel ziet op de vraag voor welke procedures hulp wordt verleend. In sommige gevallen – bijvoorbeeld bij fiscale delicten – kan de kwalificatie van het feit bepalend zijn voor de vraag of rechtshulp wordt verleend. Betekent dit dat alleen voor de concrete procedure waarvoor rechtshulp wordt gevraagd, rechtshulp wordt verleend? Of ook voor andere (straf)zaken waarvoor de gegevens relevant kunnen zijn? Hier rijzen allerhande,

350 Vgl. De Hert (1996), p. 115.
351 Vgl. De Broe (1993), p. 133.
352 Daarover onder meer De Hert (1996), p. 115; Dannecker (1990); Krikke/Sjöcrona/Thomas, supplement 81, p. 116-120; Figge (1980), p. 138.
353 Voor een voorbeeld, zie hoofdstuk 5.5.4.1, onder D.
354 Vgl. De Hert (1996), p. 115.

gecompliceerde vragen, zoals de vraag wat er dient te gebeuren wanneer een feitencomplex nadien strafrechtelijk anders wordt gewaardeerd dan ten tijde van het verzoek. Is dat hetzelfde feit of een nieuw feit? Hoe moet dat worden bepaald?[355] Opnieuw is geen algemeen antwoord voorhanden. Veel hangt af van de formulering van het voorbehoud dat de aangezochte staat aanbrengt en/of het recht van de ontvangende staat.

3. De *personele* werkingssfeer van het beginsel is van bijzonder belang voor het bankgeheim. Wanneer een staat het nadere gebruik van verstrekte gegevens beperkt tot de persoon die voorwerp is van onderzoek of andere, al in het verzoek aangeduide personen, betekent dit dat tegen derden – lees: andere bankcliënten – de gegevens zonder toestemming niet mogen worden gebruikt.

Kortom, omdat er zoveel onduidelijkheid is over het beginsel in de wederzijdse rechtshulp en het bijgevolg op zoveel verschillende manieren kan worden uitgelegd, lijkt het zinvol dat een staat, die het wil inroepen het met zoveel woorden bedingt. Doet hij dat niet, dan loopt hij het risico dat de aangezochte staat de ontvangen gegevens gebruikt voor doeleinden waar de verstrekkende staat zich niet in kan vinden. Uiteraard zal de ontvangende staat de gegevens wel moeten behandelen in overeenstemming met zijn interne recht. Nationale voorzieningen over geheimhouding en doelbinding zijn dan maatgevend.

> In de politiële rechtshulp is een doelgebonden gebruik van ontvangen gegevens overigens wel een vast beginsel van samenwerking ('police use only'). In dit verband uitgewisselde gegevens mogen alleen voor de politietaken worden uitgewisseld. Voor een later gebruik als bewijs in een strafzaak moet de toestemming worden verkregen van een justitiële autoriteit uit de verstrekkende staat (vgl. art. 39, lid 2, SUO). Ook het voorstel kaderbesluit voor een uitwisseling van gegevens op basis van het beschikbaarheidsbeginsel bindt het gebruik aan nadere voorwaarden (art. 7 voorstel).

Inmiddels is, naast de discussie over het strafrechtelijke specialiteitsbeginsel, een nieuw onderwerp op de agenda geplaatst, dat eveneens van belang is voor de vraag voor welke doeleinden uit het buitenland ontvangen gegevens nadien mogen worden gebruikt. In toenemende mate is de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het rechtshulpverkeer een punt van aandacht. Langs een andere invalshoek wordt aldus een bepaalde categorie gegevens beschermd. In art. 23, lid 1, van de EU-rechtshulpovereenkomst wordt bijvoorbeeld bepaald dat persoonsgegevens die op grond van die overeenkomst worden meegedeeld, alleen mogen worden gebruikt voor a) de procedures waarop deze overeenkomst van toepassing is, b) andere gerechtelijke en administratieve procedures die *rechtstreeks* verband houden met de onder a) bedoelde procedures, en/of c) de voorkoming van een onmiddellijke en ernstige bedreiging van de openbare veiligheid.

355 Hierover ook Vogler (1986); Popp (2001), p. 194 e.v.

> Voor andere doeleinden is de toestemming van de verstrekkende autoriteit nodig. Voor zover administratieve procedures niet direct zijn gelieerd aan strafrechtelijke procedures, als bedoeld onder a, zal voor een dergelijk gebruik dus de toestemming van de betrokken autoriteit nodig zijn. Deze bepaalt in dat geval aan de hand van zijn eigen recht of die toestemming kan worden verleend. Het verdrag bevat daarover geen voorzieningen.
>
> In het enigszins cryptische artikel 23, lid 7, wordt aan Luxemburg een beperkte afwijkingsruimte gegeven die uiteraard niet los kan worden gezien van het Luxemburgse bankgeheim. Als de omstandigheden van het geval dat vereisen, mag van de voorwaarden onder a en b worden afgeweken. We zullen nog zien dat Zwitserland in de Bilaterale II-overeenkomst over de Zwitserse associatie tot Schengen een soortgelijke ruimte is gegund. Interessant is uiteraard de vraag hoe die omstandigheden precies moeten luiden en welke staat dat bepaalt.[356]

In aanvulling op al bestaande regelingen is er momenteel een voorstel kaderbesluit aanhangig over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politiële en justitiële samenwerking in strafzaken.[357] In het voorstel wordt – in aanvulling op het voorstel over de uitwisseling van gegevens op basis van het beginsel van beschikbaarheid en de dataretentierichtlijn[358] – een kader gegeven voor de behandeling van persoonsgegevens die langs de politiële en justitiële kanalen aan het buitenland werden verstrekt. Aldus moet worden bereikt dat de uitwisseling van gegevens niet wordt gehinderd door verschillende niveaus van gegevensbescherming in de EU.[359] Het voorstel beoogt de bestaande regels in de derde pijler te harmoniseren en af te stemmen op die van de eerste pijler.[360] Dit alles mag niet leiden tot een versoepeling van het niveau van gegevensbescherming, maar juist tot een hoog beschermingsniveau.[361] Bij mijn weten is het onderhavige voorstel daarmee het eerste voorstel waarin de rechtsbescherming in de eerste en de derde pijler expliciet op elkaar worden afgestemd. Dat moet worden toegejuicht.

> Momenteel wordt er in meerdere verdragen en andere instrumenten voorzien in de regels over de bescherming van persoonsgegevens. Naast de hier al genoemde EU-rechtshulpovereenkomst en het Eurojustbesluit, bevatten ook andere verdragen ter zake regels, zoals de Schengenovereenkomst I en het Verdrag van Prüm. Een aantal van deze regelingen, bijvoorbeeld art. 23 EU-rechtshulpovereenkomst, zal worden vervangen door het onderhavige voorstel. Het kaderbesluit beoogt een algemene ondergrens te leggen. Het laat specifiekere bepalingen – bijvoorbeeld over geautomatiseerde databestanden (SIS, Europol) of Eurojust – onverlet (art. 3, lid 2, voorstel).

---

356 Zie verder hoofdstuk 5.5.4.1, onder D.
357 COM (2005) 475.
358 Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006, Pb EG l 105/54.
359 COM (2005) 475, p. 2; advies van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming, Pb EG 2006 C 47/28.
360 COM (2005) 475, p. 3.
361 Considerans, overweging 7.

Het voorstel ziet op de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens of op de verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of daarvoor bestemd zijn met het oog op 'het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten' (art. 1 j° art. 3 voorstel). Daartoe worden algemene regels gegeven over de rechtmatigheid van de gegevensverwerking, die ook gelden voor de *innerstatelijke* rechtshandhaving op justitieel en politieel gebied (art. 4 e.v.), over de verstrekking ervan aan bevoegde autoriteiten uit andere lidstaten (art. 8 e.v.) en over de verdere verwerking – inclusief verstrekking en doorgifte – van de gegevens die uit andere lidstaten werden verkregen (art. 11 e.v.). Daarenboven kent het voorstel bepalingen over de rechten van de betrokkene (art. 19 e.v.) en wordt in art. 23, waarin ook regels over de toegang tot de gegevens zijn gegeven, een – overigens niet nader ingevulde – geheimhoudingsplicht voorgeschreven.

> Het voorstel lijkt op het eerste gezicht alleen te zien op politiële en justitiële instanties. Mijns inziens moeten ook administratieve autoriteiten die samenwerken voor *Ordnungswidrigkeiten* aan de eisen van het voorstel voldoen. Dat kan ook worden afgeleid uit art. 1, sub j, waarin de op grond van het voorstel bevoegde autoriteiten worden gedefinieerd als 'politie, douane, justitiële en *andere bevoegde instanties* van de lidstaten in de zin van artikel 29 van het Verdrag betreffende de Europese Unie [mijn cursivering, ML].' Een andere uitkomst zou leiden tot de onaanvaardbare situatie dat samenwerking in het kader van *Ordnungswidrigkeiten* noch beheerst wordt door de regels van de eerste, noch die van de derde pijler.

In art. 11 van het voorstel is het doelbindingsbeginsel neergelegd, maar alleen in gevallen waarin de gegevens uit andere lidstaten werden ontvangen: in beginsel mogen de gegevens door ontvangende instanties alleen verder worden verwerkt voor het doel waarvoor ze beschikbaar zijn gesteld of indien nodig voor het voorkomen, onderzoeken, opsporen of vervolgen van strafbare feiten of voor het voorkomen van bedreigingen van de openbare veiligheid of van een persoon, behalve wanneer de bescherming van de belangen of van de grondrechten van de betrokkene prevaleert.[362]

Wat betreft de verstrekking van de gegevens wordt een onderscheid gemaakt tussen de uitwisseling van gegevens tussen bevoegde instanties (art. 12) en de verstrekking aan andere instanties, inclusief derde landen (art. 13-15). In het laatste geval gelden strengere eisen dan in het eerste. In alle gevallen is het beginsel van doelbinding het uitgangspunt, maar uitzonderingen zijn toegestaan. In alle gevallen is ook toestemming van de verstrekkende autoriteit vereist. Persoonsgegevens die op basis van het beschikbaarheidsbeginsel zullen gaan worden uitgewisseld, mogen dus op basis van het onderhavige voorstel niet zonder meer voor andere doeleinden worden gebruikt. De verstrekking of het gebruik van gegevens buiten het justitiële

362 Opmerkelijk is dat art. 11 is geplaatst in het bijzondere deel, zodat het geen betrekking heeft op de innerstatelijke situatie; vgl. het advies van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming, Pb EG 2006 C 47/34.

en politiële bereik is niet verboden, als is voldaan aan de deels cumulatieve, deels alternatieve voorwaarden van art. 13.

> In artikel 13 wordt namelijk het volgende bepaald: 'De lidstaten schrijven voor dat persoonsgegevens die door de bevoegde instantie van een andere lidstaat zijn verstrekt of beschikbaar gesteld, *alleen* in *bepaalde* gevallen *en alleen* als aan *alle* onderstaande voorwaarden is voldaan aan andere dan de bevoegde instanties van een lidstaat worden doorgegeven of beschikbaar gesteld: a) de verstrekking is wettelijk verplicht of toegestaan *en* b) de verstrekking is noodzakelijk voor het specifieke doel waarvoor de gegevens werden verstrekt of beschikbaar gesteld, om strafbare feiten te voorkomen, te onderzoeken, op te sporen of te vervolgen, of om bedreigingen van de openbare veiligheid of van een persoon te voorkomen, behalve wanneer de bescherming van de belangen of van de grondrechten van de betrokkene prevaleert; *of* noodzakelijk omdat de instantie waaraan de gegevens worden doorgegeven, zonder de betrokken gegevens haar wettelijke taak niet kan vervullen, mits het doel waarvoor de gegevens door die instantie worden verkregen of verwerkt niet onverenigbaar is met de oorspronkelijke verwerking en mits de verstrekking niet strijdig is met de wettelijke verplichtingen van de bevoegde instantie die de gegevens wil doorgeven, *of* onmiskenbaar in het belang van de betrokkene en de betrokkene heeft toestemming gegeven of de omstandigheden zijn van dien aard dat duidelijk kan worden uitgegaan van deze toestemming; c) de bevoegde instantie van de lidstaat die de betrokken gegevens heeft verstrekt of beschikbaar gesteld aan de bevoegde instantie [mijn cursivering, ML].'

De voorwaarden die art. 13 stelt, zijn streng.[363] Er wordt een onderscheid gemaakt tussen samenwerking door 'bevoegde autoriteiten', die alle gelieerd zijn aan de derde pijler en waarvoor soepeler voorschriften gelden, en samenwerking tussen organen die niet bevoegd zijn, omdat ze niet onder de derde pijler vallen, maar onder de eerste (of tweede) pijler.[364] Ik vraag me opnieuw af of dit onderscheid wel zo gelukkig is. Er wordt een eenheid in de rechtssystemen van de EU-staten verondersteld, die niet bestaat. Immers, de grens tussen strafrecht en (punitief) bestuursrecht loopt niet noodzakelijk in alle landen gelijk. In dergelijke gevallen moet voor dezelfde doeleinden, maar op grond van verschillende procedures worden samengewerkt. De pijlerstructuur van de Unie wordt hier de lidstaten als het ware opgedrongen in plaats van dat de Unie de lidstaten in hun samenwerking ondersteunt.

2.4.3.4 De inwilliging van verzoeken; toegang tot bancaire informatie

Ten slotte besteed ik, voordat ik inga op de gevolgen van de bevindingen van dit hoofdstuk voor de opbouw van de landenrapporten en de rechtsvergelijking in de

363 De Europese toezichthouder voor gegevensbescherming, Pb EG 2006 C 47/40, vindt ze overigens deels toereikend, maar ziet ze op onderdelen liever nog strenger.

364 Vgl. daartoe het criterium voor 'bevoegde autoriteit' in art. 1, sub j, voorstel.

volgende hoofdstukken, aandacht aan de vraag hoe ver de plicht tot samenwerking reikt, als een verzoek valt onder de reikwijdte van het ingeroepen rechtshulpinstrument. Net als ik hiervoor deed, concentreer ik me op de weigeringsgronden die de rechtshulp biedt en op de regels inzake de uitvoering van het verzoek (*locus regit actum*). Ook hier is er mede door de komst van het EBB het nodige in beweging. Het zal niet verbazen dat het EBB, net als overigens het voorstel tot uitwisseling van gegevens op basis van beschikbaarheid, beoogt de reikwijdte van de weigeringsgronden zoveel mogelijk terug te dringen. In een systeem van semi-automatische erkenning is er voor weigering weinig plaats.[365]

In het ERV zijn de weigeringsgronden verwoord in art. 2, waarin in zeer algemene termen het volgende wordt bepaald: 'Rechtshulp kan worden geweigerd: a. indien het verzoek betrekking heeft op strafbare feiten die door de aangezochte Partij, hetzij als een politiek misdrijf of een met een dergelijk misdrijf samenhangende feit, hetzij als een fiscaal delict worden beschouwd; b. indien de aangezochte Partij van mening is dat de uitvoering van het verzoek zou kunnen leiden tot een aantasting van de soevereiniteit, de veiligheid, de openbare orde of andere wezenlijke belangen van haar land.' De weigeringsgronden zijn facultatief geformuleerd: het voorhanden zijn van een weigeringsgrond kan aanleiding geven tot weigering, maar verplicht daartoe allerminst. Een zeer ruime samenwerkingsplicht (art. 1 ERV) wordt aldus gevolgd door ruime mogelijkheden tot weigering (art. 2 ERV). Niet voor niets zijn nadien talloze verduidelijkingen gevolgd, die beogen duidelijkheid te scheppen over de precieze reikwijdte van de weigeringsgronden en die de ruimte van lidstaten inperken. Ik concentreer me daarbij op de fiscale exceptie en op voorwaarden die zijn gerelateerd aan het bankgeheim.

> Overigens beperken niet alleen weigeringsgronden de plicht tot samenwerking, maar ook de mogelijkheden tot het afleggen van verklaringen of voorbehouden. Het ERV biedt die mogelijkheid ruimschoots. Ook het Aanvullend Protocol biedt ruimschoots gelegenheid daartoe (vgl. art. 8, lid 2, AP 1978). Vrijwel alle landen hebben hiervan ook gebruik gemaakt. Nederland en Zwitserland maakten bijvoorbeeld voorbehouden om lopende strafrechtelijke onderzoeken en het *ne-bis-in-idem*beginsel te waarborgen. Latere verdragen pogen ook deze vrijheid aan banden te leggen (vgl. art. 12 Protocol EU-rechtshulpovereenkomst). In het EBB ziet ook de enige nog toelaatbare weigeringsgrond op deze situaties (art. 15).

Zeker op het moment dat het Protocol bij de EU-rechtshulpovereenkomst in werking treedt, heeft de fiscale exceptie zijn tijd gehad.[366] Vanaf dat moment mag het fiscale karakter van het delict geen reden meer zijn tot weigering. Het in reikwijdte beperkte artikel 50 SUO zal worden ingetrokken (art. 8 Protocol; vgl.

365 Voor kritiek, zie *supra* noot 286 e.v.

366 Hetzelfde wordt overigens ook in tal van andere verdragen al bepaald, maar deze betreffen niet alle EU-lidstaten (bijv. het Protocol bij het ERV, dat niet is ondertekend door alle staten) of ze hebben een beperkt bereik (vgl. art. 50 SUO, dat alleen op de indirecte belastingen ziet).

ook art. 24, lid 3, EBB).[367] Ook voor de directe belastingen moet rechtshulp worden verleend. Dit alles betekent echter niet dat voortaan in fiscale strafzaken vlekkeloos zal gaan worden samengewerkt. De moeizame onderhandelingen met Zwitserland over de Zwitserse Associatie bij Schengen tonen aan hoe gevoelig de materie nog steeds ligt. De moeilijkheden betreffen vooral de bestuurlijke fiscale afdoeningswijzen en het fiscale bankgeheim.

> De belangrijkste winst die de EU-landen met de *Bilaterale II* over de Zwitserse toetreding tot Schengen hebben geboekt, is dat Zwitserland nu *verplicht* is in fiscale strafzaken betreffende de *indirecte* belastingen rechtshulp te verlenen. Door de associatie zijn voor het land ook art. 50 en 51 SUO gaan gelden. Op het vlak van de indirecte belastingen is Zwitserland dus voortaan gehouden rechtshulp te verlenen, ook als dat betekent dat een inbreuk op het bankgeheim moet worden gemaakt. Met betrekking tot de *directe* belastingen zijn in de onderhandelingen problemen gerezen. De problemen hangen samen met het feit dat enerzijds de rechtshulpplicht in de Schengen Uitvoeringsovereenkomst ook geldt voor *Ordnungswidrigkeiten*, en dat anderzijds art. 50 SUO door art. 8 Protocol EU-rechtshulpovereenkomst wordt ingetrokken. Het laatste artikel breidt de rechtshulpplicht uit tot de directe belastingen en dat ook voor feiten die in eerste instantie niet door het OM of de strafrechter worden afgedaan, maar door bestuurlijke autoriteiten tegen wiens beslissing beroep openstaat op een ook in strafzaken bevoegde rechter. Dergelijke feiten worden eveneens gevat onder de strafrechtshulp en tellen mee bij de beoordeling van de dubbele strafbaarheid.[368]

Het bankgeheim is als zodanig niet geëxpliciteerd in het ERV. Dat betekent niet dat het geen rol speelt. Integendeel, de aanwezigheid van een fiscale exceptie, ruime andere weigeringsgronden, specialiteitsvoorbehouden en excessief uitgeruste rechtsbescherming bewerkstelligen vaak dat het verlangde resultaat – transnationale toegang tot bancaire informatie – niet wordt verkregen of pas als het niet meer nodig is.[369] Sommige landen schaarden het bankgeheim en ook andere geheimhoudingsplichten, zoals het fiscale ambtsgeheim,[370] onder 'wezenlijke belangen' als bedoeld in art. 2 ERV, zodat ze op die grond konden weigeren.

> Oostenrijk heeft bij het ERV zelfs uitdrukkelijk verklaard dat het zijn geheimhoudingsplichten als wezenlijke belangen in de zin van artikel 2b ERV aanmerkt. Op zich is een dergelijke verklaring niet nodig: de toelichting bij het Aanvullend Protocol ERV vermeldt zelf al dat 'those grounds [for refusal, ML] listed in Article 2.b being suffciently wide to cover for example, *secrecy* [cusief ML] and

367 Art. 8 van het Protocol lijkt in zijn bewoordingen zeer op art. 1 van het ERV-protocol dat in 1978 – dus bijna 30 jaar eerder! – tot stand kwam.

368 Hierover verder hoofdstuk 5.5.4.1, onder B.

369 Vgl. Stessens (1997), p. 489; het Eindverslag eerste evaluatieronde – wederzijdse rechtshulp in strafzaken, Pb EG 2001 C 216/14.

370 Daarover Schäfer (2005), p. 201-203.

> certain individual, or general, economic interests.' Ook het bankgeheim kan hieronder vallen.[371]

Een en ander zou kunnen verklaren waarom pas recent expliciet het bankgeheim als zodanig onder de loep werd genomen. Immers, pas toen de andere mogelijke redenen voor weigering waren verholpen, kwam het bankgeheim zelf in beeld. Op grond van art. 7 van het EU-protocol uit 2001 mag een bankgeheim bijgevolg niet worden ingeroepen als reden om rechtshulp te weigeren. De redactie van dit artikel is opmerkelijk. Zelfs al zou het nationale recht in soortgelijke nationale situaties de inroeping van een bankgeheim wel toestaan, dan nog kan dit op grond van artikel 7 geen hindernis meer zijn om de gevraagde handelingen uit te voeren. Uiteraard moet art. 7 worden gelezen in verbinding met art. 1–3 van het Protocol. Staten zijn op grond hiervan verplicht gegevens over bankrekeninghouders beschikbaar te maken, c.q. te houden voor de transnationale strafrechtelijke samenwerking en deze in voorkomend geval ook te verstrekken (art. 1). Art. 2 heeft betrekking op aanvullende verzoeken over verrichte banktransacties, terwijl art. 3 ziet op het *real time* toezicht op banktransacties in het kader van de rechtshulpverlening. Het ligt voor de hand dat nu deze gegevens beschikbaar zullen zijn voor de transnationale doeleinden, deze ook voor nationale doeleinden zullen gaan worden gebruikt.[372]

> Hierboven besprak ik in paragraaf 2.3.2 de verrichtingen van de OESO op het vlak van de toegang tot bancaire gegevens. Hoewel deze organisatie aanstuurt op een vergaande inperking van het bankgeheim, ontbeert het haar aan dwingende middelen. Het EU-protocol vult dit gat deels op, wat – gezien de moeizame voorgeschiedenis op het vlak van de toegang tot bancaire gegevens – gerust een doorbraak mag worden genoemd. Art. 1 van het EU-protocol verplicht immers de staten tot het treffen van maatregelen om te kunnen vaststellen of – kort gezegd – een persoon die voorwerp is van onderzoek, een rekening aanhoudt in de aangezochte staat en om die informatie daadwerkelijk te kunnen verkrijgen.
>
> Het Protocol laat staten overigens nog steeds een zekere mate van vrijheid. Of de maatregelen zich beperken tot het opheffen van een wettelijk bankgeheim, gecombineerd met de introductie van wettelijke bevragingsmogelijkheden of meldplichten, of dat ze ook het aanleggen van een centraal register omvatten, wordt in art. 1 niet geregeld.[373] Vooral het ontbreken van zo'n register wordt in de praktijk gevoeld.[374] Vaak is namelijk niet bekend bij welke buitenlandse bank een rekening wordt aangehouden. Bijgevolg moeten vaak meerdere banken worden aangeschreven, wat al snel het risico van *fishing expeditions* oplevert en dus strijd met het evenredigheidsbeginsel. In zo'n geval kan de rechtshulp dus op papier wel, maar *de facto* toch niet worden verleend.

371 De Hert (1996), p. 75; Stessens (1997), p. 489 e.v.; Klip/Swart/Van der Wilt, par III.2.10, aant. 5 (Van der Wilt).
372 Hierover ook Schomburg e.a. (2006), deel III B.1.
373 Schomburg e.a. (2006), deel III B.1, Art. 1, rn. 2.
374 Vgl. Gerding (2005); Stessens (1997), p. 496-500.

Uit het voorgaande blijkt duidelijk een tendens tot steeds verdergaande terugdringing van de weigeringsgronden in de strafrechtelijke rechtshulp. De wederzijdse rechtshulp lijkt in dit opzicht voor te lopen op de fiscale bijstand, waar het wederkerigheidsbeginsel als weigeringsgrond de samenwerking beperkt tot de grootste gemene deler.[375] Zo'n vaststelling zou echter misleidend zijn. In de wederzijdse rechtshulp komen we de aan het wederkerigheidsbeginsel gelieerde voorwaarde van de dubbele strafbaarheid tegen als voorwaarde bij de toepassing van bepaalde dwangmiddelen. Het effect van het inroepen van een dergelijke voorwaarde is materieel hetzelfde als het inroepen van een weigeringsgrond: samenwerking blijkt niet mogelijk.

Wat is het geval? Rechtshulpverzoeken worden, ook al is de zogenaamde forumregel in opkomst,[376] nog steeds in overwegende mate uitgevoerd in overeenstemming met het eigen recht (*locus*regel; vgl. art. 3 ERV).[377] Als is voldaan aan de voorwaarden van art. 1 ERV en geen weigeringsgronden aanwezig zijn, moet in beginsel aan het verzoek uitvoering worden gegeven, zelfs in die gevallen waarin het naar de mening van de aangezochte partij gaat om pietluttige zaken of wanneer het feit in diens rechtsorde niet eens strafbaar is.[378] Voor sommige typen handelingen, namelijk die omschreven in art. 5 ERV, mogen echter aanvullende voorwaarden worden gesteld. Het gaat dan om de toepassing van de dwangmiddelen doorzoeking en inbeslagneming. De achtergrond van dit afwijkende, strengere regime hangt samen met het feit dat zij de toepassing van dwang impliceren en in sterke mate ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer.[379] Art. 5 ERV staat bijgevolg toe dat in dergelijke gevallen de uitvoering van het verzoek afhankelijk mag worden gesteld van drie voorwaarden, namelijk het feit moet aanleiding kunnen geven tot uitlevering, er moet zijn voldaan aan de voorwaarde van dubbele strafbaarheid en de uitvoering van het verzoek geschiedt in overeenstemming met het eigen recht.

> De voorwaarde van de dubbele strafbaarheid heeft meerdere onderbouwingen. Ze is nauw gelieerd aan het volkenrechtelijke reciprociteitsbeginsel en aan het soevereiniteitsbeginsel, omdat ze nauw samenhangt met nationale strafrechtspolitiek en de vraag of staten wel uitvoering willen geven aan rechtshulpverzoeken in strafzaken waar ze zelf niet achterstaan. De laatste tijd wordt ook een rechtsbeschermende dimensie onderkend. In die optiek zijn inbreuken op grondrechten alleen toelaatbaar als het feit ook in de aangezochte staat strafbaar is (legaliteit). Ook wordt aangevoerd dat dubbele strafbaarheid een gelijke behandeling van de direct betrokkenen bewerkstelligt: aan een buitenlandse strafzaak kan immers

375 *Supra* paragraaf 2.3.3.4.

376 Vgl. art. 4 EU-rechtshulpovereenkomst en ook art. 13 EBB.

377 De forumregel brengt in zijn huidige vormgeving niet mee dat de basis voor grondrechtsinbreuken kan worden gevonden in het recht van de forumstaat; vgl. Wettner (2005), p. 160-162.

378 Thomas (1998), p. 155; Explanatory Report bij het ERV 1959, ETS 30, onder 'general considerations'; Koers (2001), p. 483.

379 Stessens (1997), p. 444 e.v.; Thomas (1998), p. 171; Van der Werff (2000), p. 85.

geen medewerking worden verleend, als het feit niet ook in de aangezochte staat strafbaar is (gelijkheidspostulaat).[380]

De vraag kan worden gesteld of beide laatste rechtsbeschermende argumenten wel opgaan.[381] Het feit dat een handeling (of omissie) in beide staten strafbaar is, impliceert immers nog niet dat ook de concrete rechtshulphandeling (bijvoorbeeld een doorzoeking of telefoontap) die wordt gevraagd, in de aangezochte staat te rechtvaardigen is met een beroep op het onderliggende feit. Sommige handelingen acht men zo ingrijpend dat ze alleen voor een bepaalde categorie feiten toelaatbaar zijn. Welke feiten dat zijn, verschilt per staat. Dat een *feit strafbaar* is, wil dus niet zeggen dat ook de gevraagde *bevoegdheid* daarvoor *beschikbaar* is.

Wel is het uiteraard zo dat de omstandigheid dat een gedraging ook in de hulpverlenende staat strafbaar is, de betrokken verdachte in staat stelt zijn handelen daarop af te stemmen. Vanuit het oogpunt van kenbaarheid en voorzienbaarheid – eisen die art. 8 EVRM aan inbreuken op de persoonlijke levenssfeer stelt – zijn hiermee echter niet alle problemen uit de weg geruimd. In het bijzonder niet-betrokken derden ontlenen nauwelijks bescherming aan de voorwaarde; voor hen zal niet zozeer maatgevend zijn welke gedraging strafbaar is, maar in welke gevallen de overheid hen confronteren kan met beperkingen van hun grondrechten.[382] In zoverre biedt de voorwaarde van dubbele strafbaarheid geen volledige bescherming aan het individu.[383]

De voorwaarde van de dubbele strafbaarheid heeft daarmee een soortgelijk effect als de hierboven besproken weigeringsgrond in de fiscale bijstand, die op reciprociteit is gebaseerd.[384] Over de onderliggende normen moet een zekere mate van overeenstemming zijn, wil men tot samenwerking kunnen komen.[385] Toch is er ook een belangrijk verschil met de fiscale bijstand. De voorwaarde van de dubbele strafbaarheid wordt namelijk alleen aan bepaalde ingrijpende handelingen gekoppeld. Al voorhanden zijnde gegevens kunnen bijvoorbeeld zonder meer worden verstrekt, net als minder ingrijpende onderzoekshandelingen kunnen worden verricht. Zelfs dat laatste is in de fiscale bijstand lastig.

De voorwaarde van de dubbele strafbaarheid wordt in de regel abstract getoetst, dus met enige abstrahering van de concrete eigenaardigheden van de zaak.[386] Dat

380 Nagel (1988), p. 98; Stessens (1997), p. 454-458; Popp (2001), p. 136-140; Klip/Swart/Van der Wilt, par. III.2.2, aant. 3 (Van der Wilt).

381 De waardering van de eerste twee elementen laat ik hier even rusten; zie daarover ook mijn conclusies.

382 Dat probleem speelt in het (klassieke) uitleveringsrecht veel minder, omdat uitlevering alleen de verdachte – en niet derden – betreft. Een klakkeloze overheveling van de rationes van de dubbele strafbaarheid uit het uitleveringsrecht, waar de voorwaarde is ontstaan, naar de wederzijdse rechtshulp is dus gevaarlijk.

383 Vgl. in zekere zin ook Stessens (1997), p. 451-453.

384 *Supra* paragraaf 2.3.3.4.

385 In de financiële bijstand ontbreekt een dergelijke grond; daarover paragraaf 2.2.3.3.

386 Hierover Nagel (1988), p. 102; Stessens (1997), p. 448 e.v.; Popp (2001), p. 148 e.v.; Keijzer (2005), p. 138.

> ligt voor de hand. Samenwerking in het kader van de wederzijdse rechtshulp dient immers juist vaak om een zaak 'rond te krijgen'. Veel feiten zijn nog niet bekend. Daarvoor is de verzoekende autoriteit verantwoordelijk. In die context past het niet de dubbele strafbaarheid *in extenso* op mogelijk rechtvaardigende of schulduitsluitende omstandigheden te toetsen. De aangezochte staat zou zich aldus tevens op de stoel van de verzoeker plaatsen.
>
> Wat betreft de fiscale delicten moet nog worden gewezen op bepalingen in het Aanvullend Protocol uit 1978 en het Protocol bij de EU-rechtshulpovereenkomst, die bepalen dat in fiscale delicten ook aan de voorwaarde van dubbele strafbaarheid is voldaan als het gaat om belastingen van dezelfde aard. Hiermee is beoogd te voorkomen dat lidstaten via overtrokken formalisme alsnog samenwerking ontgaan.

Momenteel bevinden we ons in een overgangssituatie. Inmiddels zijn alleen nog de laatste twee voorwaarden van art. 5 ERV toegestaan, zo bepaalt art. 51 SUO.[387] Dat artikel bepaalt bovendien dat de uitvoering van dergelijke verzoeken alleen nog kan worden geweigerd voor feiten beneden een bepaalde strafdrempel, zijnde een vrijheidsstraf van zes maanden. Bij de beoordeling van de dubbele strafbaarheid tellen ook *Ordnungswidrigkeiten* mee, op voorwaarde dat een feit naar het recht van één van beide (dus niet beide) landen een *Ordnungswidrigkeit* oplevert. De voorwaarde van uitleveringsvatbaarheid is op grond van art. 51 SUO hoe dan ook niet langer toegestaan, waarmee een belangrijke hindernis is komen te vervallen.

Bovendien verliest art. 51 SUO en daarmee de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid in het kader van de EU – en dus niet in relatie tot Zwitserland[388] – meer en meer invloed. Het is grotendeels van zijn betekenis ontdaan door het Kaderbesluit bevriezingsbevel dat kan worden beschouwd als een voorloper van het EBB.[389] Het kaderbesluit voorziet in de introductie van bevriezingsbevelen met het oog op onder meer de veiligstelling van bewijs (art. 3, lid 1). Dergelijke bevelen moeten in beginsel worden erkend en ten uitvoer gelegd (art. 5).[390] In het voorstel wordt de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid verder ingeperkt (art. 3, lid 2), waardoor het wederkerigheidselement in het rechtshulpverkeer wordt verkleind. Wederzijdse erkenning is immers het devies. Als het gaat om een van de feiten die voorkomen op de lijst en die in de bevriezingsstaat bestrafbaar zijn met een vrijheidsstraf van ten minste drie jaar, mag dubbele strafbaarheid niet meer als voorwaarde worden gesteld. Opvallend is daarbij opnieuw dat verwijzingen naar de handhaving van communautaire beleidsterreinen maar zeer met mate voorkomen. De bepalingen van de Richtlijn marktmisbruik worden niet met zoveel woorden genoemd.

---

387 Over de verhouding tussen art. 50 en 51 SUO leze men overigens Doorenbos (2000); Van der Werff (2000), p. 78-82.

388 Daarover hoofdstuk 5.5.4.1, onder B.

389 Kaderbesluit 2003/577/JBZ inzake de tenuitvoerlegging in de Europese Unie van beslissingen tot bevriezing van voorwerpen of bewijsstukken, Pb EG 2003 L 196/45, waarover ook Schomburg e.a. (2006), deel III B 2.

390 Voor weigeringgronden en gronden voor uitstel, art. 7, resp. 8.

> Het voorstel ziet echter alleen op het 'bevriezen' zelf. Als aanvullende maatregelen nodig zijn om te kunnen bevriezen, bijvoorbeeld een doorzoeking, moeten deze worden genomen in overeenstemming met het recht van de bevriezende staat (art. 5, lid 2). Een beperking van het kaderbesluit is bovendien dat voor de feitelijke overdracht van het materiaal alsnog een rechtshulpverzoek nodig is (art. 10, leden 1 en 2). Overigens geldt voor het rechtshulpverzoek dat als het gaat om een lijstfeit, de voorwaarden van art. 51 SUO niet in stelling mogen worden gebracht (art. 10, lid 3). De conclusie kan dus geen andere zijn dan dat langzamerhand de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid haar betekenis aan het verliezen is.

Als het EBB ten slotte in werking treedt in de Europese rechtsruimte, is het op termijn met de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid *mogelijk* helemaal gedaan (art. 24, lid 2 en 3, voorstel EBB). Met een beroep op de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid is al meermalen betoogd dat lidstaten bereid moeten zijn onderlinge verschillen in strafrechtspolitiek te erkennen en bijgevolg de voorwaarde van dubbele strafbaarheid die feitelijk de samenwerking beperkt tot de strafnormen die men gemeenschappelijk heeft, moeten laten vallen. Het EBB gunde in zijn oorspronkelijke redactie bijgevolg de lidstaten een overgangsperiode, waarin voor niet-lijstfeiten nog dubbele strafbaarheid was toegestaan (art. 24, lid 2). Dat is in het politieke akkoord van juni 2006 afgezwakt in die zin dat na vijf jaar de dubbele strafbaarheid zal worden *geëvalueerd* (art. 16, lid 4).

> Duitsland is in het genoemde akkoord een uitzonderingspositie gegund (art. 25, lid 2b, EBB): 'Germany may by declaration reserve its right to make the execution of an EEW subject to verification of double criminality in cases referred to in Article 16(2) relating to terrorism, computer related crime, racism and xenophobia, sabotage, racketeering and extortion or swindling if it is necessary to carry out a search or seizure for the execution of the EEW, except where the issuing authority has declared that the offence concerned under the law of the issuing state falls within the scope of criteria indicated in the declaration.'

2.5 GEVOLGEN VOOR DE OPBOUW VAN DE LANDENRAPPORTEN

Overzien we het voorgaande, dan valt een paar zaken op. Internationale samenwerking dient al lang niet meer alleen nationale belangen. De inter- en supranationale normen over samenwerking kunnen in EG/EU-verband niet los worden gezien van de doeleinden die de Unie in haar geheel nastreeft. De doeleinden zijn neergelegd in art. 2 EUV en 2 EGV. Afhankelijk van het terrein (subsidiariteit), maar ook van nationale gevoeligheden, zijn ze in meer of mindere mate overgelaten aan Brussel. Het verst gaat men in het financiële toezicht, waar een vrij hoge mate van harmonisatie van de materiële en formele normen op het vlak van het financiële (gedrags)toezicht directe gevolgen heeft voor de transnationale samenwerking. Immers, waar over de achterliggende normen al overeenstemming bestaat, wordt samenwerking navenant makkelijker. Dat uit zich in een ruime plicht tot samenwerking. In

het strafrecht en vooral het fiscale recht verloopt die samenwerking veel stroever, hoewel men met de introductie van het beginsel van de wederzijdse erkenning in het strafrecht een doorbraak lijkt te willen forceren. Uiteraard heeft die stroefheid te maken met de geringe mate van overeenstemming over de achterliggende normen, maar ook met de discussie over de zeggenschap op normstellend gebied (*jurisdiction to enforce*) in de EG/EU.

Het is goed voor ogen te houden dat in geen van de hier onderzochte terreinen de noodzaak tot transnationale samenwerking als zodanig wordt ontkend. Dat had ook bezwaarlijk anders gekund. In een systeem van indirecte handhaving, waardoor de EU zich kenmerkt, is samenwerking van levensbelang. Niet voor niets verplicht het Hof van Justitie alle betrokken actoren tot loyale samenwerking bij de handhaving van de Europese rechtsorde. Of het nu gaat om financieel toezicht, fiscaal recht of (fiscaal en/of financieel) strafrecht, in alle gevallen heeft de taakuitoefening door nationale autoriteiten vaak ook een communautaire dimensie.

Hier is van belang dat zelfs op de terreinen waar de normstellende invloed van Europa het grootst is, toch nog essentiële keuzes aan de lidstaten worden gelaten. Of een lidstaat handhaaft door middel van het strafrecht of het bestuursrecht, door middel van punitieve of niet-punitieve sancties en of daarmee het bestuur of het Openbaar Ministerie moet worden belast, zijn keuzes die ook in het financiële toezicht aan de lidstaten zijn. Daarvoor pleiten ook goede argumenten. In een systeem van indirecte handhaving moet de communautaire dimensie primair worden gerealiseerd door de nationale autoriteiten zelf. Of deze taken worden waargenomen door het bestuur, door justitie, danwel door beide kan het best aan de lidstaten worden overgelaten. De taak van de EU kan in die gevallen hoogstens zijn de voor de handhaving zo noodzakelijke samenwerking te faciliteren.

Een en ander veronderstelt echter wel dat in de transnationale samenwerking verschillen tussen staten worden opgevangen om te voorkomen dat de samenwerking beperkt blijft tot de grootste gemene deler, danwel ontaardt in een ondoorzichtig en dus oncontroleerbaar gegevensverkeer. Het noodzakelijke kader daarvoor wordt geboden door afspraken op het vlak van de wederzijdse administratieve bijstand en de strafrechtelijke rechtshulp. Het is mijns inziens ironisch te noemen dat juist het organieke onderscheid tussen beide samenwerkingsvormen leidt tot het tegendeel van wat hier wordt bepleit. Vooral het organieke criterium voor samenwerking zorgt er immers in veel gevallen voor dat handhavingssamenwerking niet of slechts via omwegen en dus ondoorzichtig tot stand komt. Als de ene staat een feit door middel van het bestuursrecht handhaaft en de andere staat datzelfde feit door het strafrecht, dan betekent dit dat directe samenwerking vaak niet mogelijk is. Dit probleem wordt door de institutionele structuur van de Unie eerder vergoot dan verkleind. In plaats van dat de Unie de samenwerking tussen de lidstaten ondersteunt, worden de lidstaten gedwongen de pijlerstructuur van de Unie te volgen.[391] Bijstand en rechtshulp overlappen dus qua inhoud, maar worden momenteel ontwikkeld binnen verschillende fora en langs geheel verschillende lijnen.

---

391 Een goed voorbeeld is hiervan het voorstel voor de uitwisseling van gegevens op basis van beschikbaarheid dat voor de vraag of een autoriteit bevoegd is, aanknoopt bij art. 29 EUV.

Daarbij komt dat de lidstaten bij de nadere invulling van hun communautaire (en internationale) verplichtingen zeer veel vrijheid wordt gelaten. Die vrijheid heeft niet alleen betrekking op de aard en organisatie van de nationale rechtshandhaving, waarvoor – zo betoogde ik hierboven – veel te zeggen is, maar ook voor de nadere invulling van de samenwerkingsverplichtingen. Aspecten die zien op de aanwijzing van de voor samenwerking bevoegde autoriteiten, de taken die ze vervullen en de rechtstatelijke controle daarop, de omgang met uit het buitenland verkregen gegevens, de bevoegdheden die ze jegens banken hebben, et cetera; vrijwel al deze punten worden – zo blijkt uit het bovenstaande – nog steeds in hoge mate aan het nationale niveau gelaten. Coördinatie op EU-niveau is afwezig, zeker ook op het vlak van de rechtswaarborgen. Deze constatering is eveneens voer voor de stelling dat het resultaat in veel gevallen geen ander kan zijn dan hetzij een samenwerking die beperkt blijft tot de grootste gemene deler, wat getuige vooral de weigeringsgronden op fiscaal vlak ook gebeurt, hetzij een, al dan niet bewuste, omzeiling van de juridische hindernissen door de samenwerkende autoriteiten.

Het voorgaande dwingt mijns inziens tot een bestudering en vergelijking van meerdere nationale rechtsordes. Het doel van deze exercitie is enerzijds in kaart te brengen voor welke doeleinden verzoeken van de te onderzoeken nationale autoriteiten kunnen worden verwacht en anderzijds te bezien waartoe deze autoriteiten zelf gehouden kunnen worden, gezien de *locus*regel en relevante weigeringsgronden, als hen om hulp wordt verzocht. Deze vragen kunnen niet worden beantwoord door alleen een bestudering van de nationale regels over transnationale samenwerking, maar vergen integendeel juist een studie naar de taken van en onderlinge verhoudingen tussen de betrokken autoriteiten in hun innerstatelijke context. Dat past in een systeem van indirecte handhaving, waarin communautaire belangen moeten worden ingepast in de nationale rechtsorde. Door een bestudering van de innerstatelijke rechtshandhaving kan ook worden bekeken waar de nationale regels over *interstatelijke* samenwerking afwijken van de regels over de *innerstatelijke* rechtshandhaving en, in voorkomend geval, waarom dit gebeurt. Worden hier buitenlandse belangen bewust achtergesteld of zijn er juist goede redenen voor een afwijkende behandeling, bijvoorbeeld om controle te houden op het interstatelijke gegevensverkeer? Wordt de communautaire dimensie van de taak in dit opzicht gerealiseerd? Anderzijds, hoe houdt men controle op dat verkeer? Ook hier is een vergelijking met de innerstatelijke structuren nuttig als vergelijkingsmateriaal.

Concreet heb ik ter bestudering van deze vragen gekozen voor de volgende opbouw van de landenrapporten over Nederland, Duitsland en Zwitserland, waarbij het ambtsgeheim, specialiteitsbeginsel en bankgeheim centraal staan:

1. Allereerst gaat de aandacht uit naar de taken van de afzonderlijke autoriteiten en de wijze waarop de controle op deze taakuitoefening is vormgegeven. De punitieve handhaving en de onderlinge verhoudingen tussen justitie en bestuur hebben daarbij, gelet op de centrale probleemstelling, mijn bijzondere aandacht. Dat dwingt ook tot een bespreking van de zogenaamde sfeercumulatieproblematiek, die zich in ieder land, maar op verschillende wijzen voordoet. Vooral in het fiscale en financiële recht doet zich namelijk vaak de situatie voor dat meerdere

taken binnen een autoriteit worden verenigd, waardoor de vraag rijst hoe op deze autoriteit controle moet worden gehouden in nationaal én transnationaal verband. Het specialiteitsbeginsel en zijn keerzijde – het verbod op *détournement de pouvoir* – zijn hier vaak leidende beginselen, maar kunnen in de nationale rechtsorde meer of minder zwaar zijn aangezet.

2. Daarna worden de onderzoeksbevoegdheden die per autoriteit beschikbaar zijn in kaart gebracht en wordt beschreven hoe deze bevoegdheden zijn opgebouwd. Ook hier is er een duidelijk verband met het specialiteitsbeginsel. Zo kan worden bezien welke bevoegdheden er concreet per onderscheiden taak voorhanden zijn, waarbij ik het perspectief van de bank centraal stel. Deze kan worden benaderd als 'voorwerp van onderzoek' (verdachte, belastingplichtige, onder toezicht gestelde), maar ook als derde. Afhankelijk daarvan verschilt zijn rechtspositie. Hierdoor is ook bij banken de mogelijkheid van oneigenlijk gebruik of zelfs misbruik van bevoegdheden groot.
3. De volgende paragraaf van de drie landenrapporten ziet op de mogelijkheden tot *innerstatelijke* samenwerking tussen de autoriteiten. Enerzijds kan er worden geconstateerd dat samenwerking vaak nodig wordt geacht voor een effectieve rechtshandhaving, anderzijds doet zich daarbij opnieuw het gevaar van een omzeiling van rechtswaarborgen voor. Ook hier wordt vooral aandacht besteed aan de verhouding tussen bestuur en justitie. De samenwerkingsproblematiek wordt benaderd vanuit het perspectief van het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel.
4. De laatste paragraaf van de landenrapporten ziet op de nationale regels over interstatelijke samenwerking. Daarbij wordt per autoriteit onderscheiden tussen haar positie als aangezochte en als verzoekende autoriteit. Hier wordt bekeken in hoeverre de aard en de organisatie van de nationale rechtshandhaving inpasbaar zijn in het vigerende onderscheid tussen bijstand en rechtshulp, dat is gebaseerd op een organiek criterium. De complexe verhoudingen tussen bestuur en justitie, de punitieve sanctionering en de mogelijkheden tot gelijktijdig onderzoek zullen hier waarschijnlijk complicerend werken. Dat kan er enerzijds toe leiden dat samenwerking met het buitenland niet van de grond komt, maar evengoed is mogelijk dat er wel wordt samengewerkt. In het laatste geval wordt het interessant te bezien hoe de controle op het transnationale overheidshandelen en op een mogelijke cumulatie van sferen moet worden bewerkstelligd. Moet hier – conform de trend in de EU – zonder meer worden erkend, ook al kunnen er grote verschillen bestaan tussen staten? Of moet er juist vanwege die verschillen intensief worden getoetst? Maatgevend daarvoor zijn opnieuw het ambtsgeheim, bankgeheim en specialiteitsbeginsel. De afzonderlijke nationale opvattingen ter zake komen aan de orde in dit laatste deel van de landenrapporten.

3 Nederland

3.1 INLEIDING

Nu in de slotparagraaf van het vorige hoofdstuk is aangegeven hoe de landenrapporten eruit zullen zien, volsta ik in deze inleiding op het hoofdstuk over het Nederlandse recht met het introduceren van de autoriteiten die in Nederland zijn belast met de financiële en fiscale rechtshandhaving en die de Europese dimensie, in het bijzonder ook de transnationale samenwerking die daarvoor nodig is, moeten realiseren. Deze autoriteiten zijn de Autoriteit Financiële Markten/AFM, de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie/OM. In het onderstaande ga ik in op:

1. de aard en organisatie van de Nederlandse fiscale en financiële rechtshandhaving, inclusief de strafrechtelijke handhaving, en meer in het bijzonder op de taken die deze autoriteiten vervullen, alsmede op de onderlinge verhoudingen tussen die taken (paragraaf 3.2);
2. de bevoegdheden in relatie tot banken, waarover ze daartoe de beschikking hebben (paragraaf 3.3);
3. de normerende invloed van het ambtsgeheim op de rechtshandhaving en de mogelijkheden tot samenwerking (paragraaf 3.4);
4. de Nederlandse regels ter uitvoering van de inter- en communautaire afspraken voor samenwerking op deze terreinen, met uiteraard bijzondere aandacht voor de onderlinge verhoudingen tussen de regels over de wederzijdse bijstand en de rechtshulp (paragraaf 3.5).

3.2 TAKEN EN ORGANISATIES VAN DE BETROKKEN AUTORITEITEN

3.2.1 De Autoriteit Financiële Markten (AFM)

3.2.1.1 Algemeen

In Nederland zijn de financiële markten voorwerp van uitgebreide regulering. Weinig rechtsgebieden zullen zich de afgelopen jaren zo explosief hebben ontwikkeld als het toezicht op de financiële sector.[1] Dat geldt in het bijzonder voor het effectenrecht, het voorwerp van deze studie. Tot midden jaren tachtig beperkte het hierop betrekking hebbende toezicht zich in hoofdzaak tot het toezicht op de beurshandel en werd het in hoge mate overgelaten aan de beurs zelf (zelfregulering). Daarin kwam verandering toen misstanden zich vaker en vaker voordeden en individuele beleggers niet opgewassen bleken tegen (malafide) aanbieders van finan-

1 Over de ontstaansgeschiedenis van financieel toezicht in Nederland verder Grundmann-van de Krol (2006) en Doorenbos (1992).

ciële diensten. Als gevolg daarvan dreigde het vertrouwen van het beleggend publiek in de effectenmarkten schade op te lopen en dat zou voor de economie zeer nadelige gevolgen kunnen hebben. Met de totstandbrenging van de Wet effectenhandel in 1986 werd daarom ook de buitenbeurshandel voorwerp van regulering. Deze wet werd samen met de Beurswet 1946 en de Beschikking beursverkeer 1946 in 1992 vervangen door de Wet toezicht effectenverkeer 1992 (Wte 1992) en later de Wte 1995. Dit proces ging gepaard met een steeds verdergaande terugdringing van de zelfregulering. Reeds in 1988 werd de Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE) opgericht, de rechtsvoorganger van de AFM, die later werd belast met het toezicht op de Wte. Gaandeweg kreeg deze autoriteit er – ten koste van de effectenbeurzen – steeds meer taken en bevoegdheden bij.[2]

De afgelopen jaren heeft zich, mede ook als gevolg van de ontwikkelingen die in hoofdstuk 2 werden beschreven, een vergaande internationalisering en integratie van de financiële markten voorgedaan. Niet alleen territoriale grenzen zijn vervaagd. Ook de verschillende sectoren van de financiële markten versmelten in toenemende mate. Banken beperken zich bijvoorbeeld allang niet meer tot het klassieke bankiersvak, maar verrichten ook beleggingsdiensten en/of geven financieel advies. Het zijn deze *cross-border* en *cross-sector* ontwikkelingen geweest die in 2002 het startschot vormden voor alweer een nieuwe ingrijpende operatie, namelijk de omvorming van het zogenaamde sectorale toezichtmodel, naar het functionele toezichtmodel.[3] Waar het sectorale model zich in hoofdzaak richt op de verschillende sectoren van toezicht en de spelers op de markten (bankwezen, verzekeringswezen, beleggingswezen, etc), richt het nieuwe model zich op de functies van het toezicht. Daarbij wordt onderscheiden tussen gedragstoezicht en prudentieel toezicht.

> De Wet op het financieel toezicht (Wft) bevat een definitie van beide begrippen:
> Artikel 1:24: '1. Prudentieel toezicht is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector.
> 2. De Nederlandsche Bank heeft, op de grondslag van deze wet, tot taak het prudentieel toezicht op financiële ondernemingen uit te oefenen en te beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot de financiële markten.'
> Artikel 1:25: '1. Gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.
> 2. De Autoriteit Financiële Markten heeft, op de grondslag van deze wet, tot taak het gedragstoezicht op financiële markten uit te oefenen en te beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot die markten.'
> Bij het gedragstoezicht kan een onderscheid worden gemaakt naar het *soort toezicht* dat eronder wordt verstaan en naar het *type normadressaat*. Bij het eerste gaat het om a) het toezicht op de verstrekking van informatie door instellingen,

2 Bijvoorbeeld door de Wet herijking Wte, Stb. 1998, 320 en recent door de Wet marktmisbruik, Stb. 2005, 346, waarin het toezicht op de publicatie van voorwetenschap door beursvennootschapppen door Euronext (de effectenbeurs) ex art. 28 Fondsenreglement werd overgeheveld naar de AFM op grond van art. 47, lid 1, Wte 1995.

3 Kamerstukken II 2001/02, 28 122, nrs. 1-2.

b) het toezicht op de instellingen (financiële ondernemingen) zelf, en c) het toezicht op de integriteit van de sector. Gedragstoezicht kan zich verder richten op vier typen normadressaten, namelijk de financiële ondernemingen (waaronder beleggingsondernemingen), de zogenaamde uitgevende instellingen, de houders van markten in financiële instrumenten en 'een ieder' die zich op die financiële markten begeeft.[4] Bij dat laatste moet onder meer gedacht worden aan het toezicht op de handel met voorwetenschap.

Deze ontwikkeling heeft reusachtige gevolgen gehad voor de aard en organisatie van het toezicht zelf. De Nederlandsche Bank/DNB, voorheen in hoofdzaak belast met het toezicht op banken, werd belast met het prudentiële toezicht op de gehele financiële sector, terwijl de Stichting Toezicht Effectenverkeer – inmiddels omgedoopt tot de Autoriteit Financiële Markten – het gedragstoezicht kreeg opgedragen.[5] DNB en de AFM zijn samen verantwoordelijk voor het toezicht op de integriteit van de financiële instellingen.[6] De metamorfose heeft nogal wat voeten in de aarde gehad. De laatste stap is de totstandbrenging van de Wet op het financieel toezicht, waarin alle sectorale toezichtwetten, en dus ook de Wte 1995, zullen worden geïntegreerd. Vanaf 1 januari 2007 zal het financiële toezicht een algemene raamwet kennen. We bevinden ons dus in een overgangsituatie. In het vervolg van dit hoofdstuk houd ik (de nummering van) deze wet aan. Waar nodig zal ik nog verwijzen naar de Wte 1995.

Het is goed erop te wijzen dat de Wet op het financieel toezicht, die uiteindelijk circa twee weken ná de afronding van dit onderzoek werd aangenomen, inmiddels is gepubliceerd in Stb. 2006, 475. Omdat de artikelnummering in de uiteindelijke wet afwijkt van de nummering in de parlementaire geschiedenis, is er, bij wijze van uitzondering, voor gekozen de vanaf 1 januari 2007[7] geldende nummering aan te houden, ook al was dit onderzoek toen reeds afgesloten.

De opbouw van de Wft ziet er als volgt uit:

1. Een algemeen deel, met daarin onder meer de taakstellingen van de toezichthouders, hun bevoegdheden en geheimhoudingsbepalingen.
2. Een deel marktoegang financiële ondernemingen, op grond waarvan – afhankelijk van het type instelling (bank, beleggingsonderneming, verzekeraar, etc.) – de AFM of DNB aan financiële ondernemingen vergunningen verleent die toegang bieden tot de financiële markten;[8]
3. Een deel prudentieel toezicht financiële ondernemingen, waarop door DNB toezicht wordt gehouden, ongeacht het type onderneming.

---

4 Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 314 en 326.

5 De derde toezichthouder – de *Pensioen- en Verzekeringskamer*/PVK – ging op in DNB.

6 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 29.

7 Stb. 2006, 664.

8 Soms moet daarvoor de andere toezichthouder worden geconsulteerd. De daarvoor nodige samenwerking is gebaseerd op een daarvoor afgesloten Convenant tussen AFM en DNB, Stcrt. 2004, 224, en na de invoering van de Wft op die wet zelf. Zie voor de exacte verdeling van de taken tussen de AFM en DNB bij en ná de vergunningverlening Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 130-131.

4. Een deel gedragstoezicht financiële ondernemingen, waarop de AFM toezicht houdt, ongeacht het type onderneming.
5. Een deel gedragstoezicht financiële markten, waarop eveneens toezicht wordt gehouden door de AFM. Anders dan de delen 2–4 bevat dit deel ook normen die gelden voor een ieder en dus niet alleen normen voor de financiële instellingen zelf. Het is in dit deel dat bijvoorbeeld de materiële normen van de Richtlijn marktmisbruik zijn geïmplementeerd.
6. Een deel infrastructuur (*clearing* en *settlement*), dat ik laat rusten.

Binnen het financieel toezicht is de AFM dus belast met het gedragstoezicht op ondernemingen en markten (art. 1:25 Wft). Ze heeft daarbij, mede onder invloed van Europese normen,[9] een relatief onafhankelijke positie jegens zowel de politiek, als de onder toezicht gestelden.[10] De AFM is een zelfstandig bestuursorgaan op privaatrechtelijke grondslag. De achterliggende gedachte is dat de toezichthouder los van de waan van de dag toezicht uitoefenen moet. De bijzondere gevoeligheden van de financiële wereld wegen hier zwaar.

De AFM vervult ter realisering van dit gedragstoezicht een breed palet aan taken. Daarbij zijn meerdere indelingen te maken. Een onderscheid is allereerst mogelijk naar de klassieke uitgangspunten van machtenscheiding. Zo komen de AFM als zelfstandig bestuursorgaan naast uitvoerende bevoegdheden ook regelgevende bevoegdheden toe.[11] Bovendien vervult de AFM bestraffende taken. Op een dergelijke concentratie van machten binnen één orgaan is kritiek mogelijk. Niet voor niets was er al bij de totstandkoming van de zogenaamde Wet invoering dwangsom en bestuurlijke boete (IDBB) kritiek op het feit dat de toezichthouders met de mogelijkheid van het opleggen van (punitieve) sancties in de eigen zaak niet alleen regelsteller, maar ook uitvoerder én bestraffer zouden worden.[12]

Een andere indeling die kan worden gemaakt is een indeling naar de verschillende taken van de AFM op het gebied van wetsuitvoering en –handhaving. Daarbij kan worden onderscheiden tussen wetsuitvoering (bijvoorbeeld vergunningverlening), preventief en repressief optreden.[13] Ook dit onderscheid is geschikt voor een rubricering van de taken van de AFM. Ik houd het hieronder aan. De AFM vervult zowel taken op het gebied van de wetsuitvoering – bijvoorbeeld het verlenen van vergunningen aan financiële ondernemingen – en preventieve controle, als taken in het kader van de repressieve rechtshandhaving. Op het moment dat de AFM een overtreding constateert, heeft ze de beschikking over een uitgebreid arsenaal aan mogelijkheden.[14] Mede vanwege haar onafhankelijke positie en deskundigheid komt

9 Vgl. art. 11 Richtlijn marktmisbruik.
10 Van der Meulen (2003), p. 64.
11 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 14; kritisch hierover: Verhey & Verheij (2005).
12 Daarover onder meer Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 17-18; Duijkersloot (1998); Rogier (2001); Lindeman (2003).
13 Vgl. Duk (1999).
14 Over het functioneren van het sanctiebeleid van de AFM in de praktijk, zie Kamerstukken II 2003/04, 29 635, nrs. 1-2.

haar daarbij een grote vrijheid toe.[15] Ze kan kiezen uit de oplegging van reparatoire, op herstel gerichte sancties, zoals het geven van een aanwijzing (art. 1:75 Wft), het benoemen van een curator (art. 1:76 Wft) of de last onder dwangsom (art. 1:79 Wft). Ze kan een openbare waarschuwing geven (art. 1:94 e.v. Wft).[16] Bovendien kan de AFM kiezen voor het opleggen van punitieve sancties, in het bijzonder bestuurlijke boetes (art. 1:80 Wft). Ze kan ook de strafrechtelijke handhavingsautoriteiten inschakelen.

> De Wet op het financieel toezicht hanteert overigens een terminologie die ik niet goed kan volgen. Bekijken we de wet, dan worden daar de begrippen 'toezicht' en 'handhaving' (Afd. 1.4 Wft) op een andere wijze gebruikt, dan ik zojuist deed. Naar mijn mening is 'toezicht op de naleving' (ook wel controle genaamd) een *species* van de *genus* 'handhaving'.[17] De wetgever lijkt daar anders over te denken. De term 'handhaving' wordt gereserveerd voor wat ik zou kwalificeren als de repressieve fase, waarbij verschillende (reparatoire en punitieve) sanctiebevoegdheden aan de toezichthouders worden geattribueerd. De situatie wordt nog onduidelijker, doordat dezelfde termen in het kader van de transnationale samenwerking weer anders worden gebruikt. In Afd. 1.3 Wft wordt onderscheiden tussen de volgende vormen van samenwerking: a) de uitwisseling van gegevens, b) samenwerking bij de toezicht op de naleving en c) samenwerking in het kader van handhaving.

3.2.1.2 Samenwerking met het binnen- en buitenland

De taken van de AFM (en DNB) beperken zich niet tot de eigen organisatie. Integendeel, zo'n beperkte taakopvatting zou zich slecht verdragen met het functionele model en de genoemde *cross-border* ontwikkelingen. Om deze reden bevat de Wet op het financieel toezicht voorzieningen die zich richten op de samenwerking met DNB (Afd. 1.3.1. Wft), evenals op de samenwerking met andere toezichthouders uit andere staten (Afd. 1.3.2 en 1.3.3). Ook is er een afdeling over de samenwerking met de Europese Commissie (Afd. 1.3.4). Op de samenwerking met DNB ga ik hier niet verder in. Ze is voor een effectief lopend toezicht van levensbelang, maar vanwege de invalshoek van dit onderzoek minder relevant. De samenwerking met buitenlandse toezichthouders interesseert me veel meer. Ik kom er hieronder nog verder op terug (paragraaf 3.5.2). Hier volsta ik met de constatering *dat* deze samenwerking wordt gerekend tot de taakopdracht van de AFM. Dat impliceert onder meer dat de (onderzoeks)bevoegdheden die de AFM toekomen, ook mogen

---

15 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 19. In de bestuursrechtelijke terminologie gaat het hier om *beleidsvrijheid*: aan de AFM wordt de ruimte gelaten om zelf tot een afweging van de betrokken belangen te komen en aldus te beslissen of en zo ja, welke sancties ze toepast; Verheyj & Verheij (2005), p. 204 e.v. De AFM beschikt daarnaast over een aanzienlijke *beoordelingsvrijheid*: de vrijheid om een algemeen verbindend voorschrift te interpreteren.

16 Over het al dan niet punitieve karakter van deze sanctie is veel te doen geweest. Ik ga er verder niet op in.

17 Vgl. Jansen (1999).

worden gebruikt in het kader van de samenwerking met andere autoriteiten. Het impliceert bovendien dat de eigen, 'dagelijkse bezigheden' van de AFM niet noodzakelijk zwaarder wegen dan de belangen van een buitenlands toezicht.

Opmerkelijk is dat onder het hoofdstuk 'Samenwerking' niet de samenwerking met de strafrechtelijke handhavingskolom is geregeld. Daarvan gaat het niet onbelangrijke signaal uit dat de taken van de toezichthouder en het Openbaar Ministerie elkaar wel kunnen raken, maar dat samenwerking met het OM niet als 'taak' van de AFM wordt gezien. Daar is wat op af te dingen. Ook in Nederland worden namelijk, net als in andere landen,[18] veel effectenrechtelijke regels strafrechtelijk gehandhaafd, deels via het commune strafrecht, maar vooral via de Wet op de economische delicten. Waarom heeft de AFM op dit vlak geen taken te vervullen? Hieronder besteed ik daarom bijzondere aandacht aan de taken van de AFM op het gebied van de punitieve rechtshandhaving. Ik ga in op de bevoegdheid van de AFM om bestuurlijke boetes op te leggen en op de samenwerking met het OM.

3.2.1.3 Punitieve handhaving

A) De bestuurlijke boete

Met het oog op de versterking van de effectiviteit van de rechtshandhaving werd eind jaren negentig aan de financieel toezichthouders de bevoegdheid verleend om zelf punitieve sancties op te leggen.[19] De Nederlandse bestuurlijke boete kan worden getypeerd als een geldelijke sanctie, die wordt opgelegd door een bestuursorgaan, met toepassing van de regels van het bestuurs(proces)recht. De regels van strafrecht en strafvordering zijn niet van toepassing, maar wel de normen van art. 6 EVRM.[20] Met de introductie van de bestuurlijke boete had ook een accentverschuiving plaats van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving. De AFM (toen nog STE) was niet langer aangewezen op het OM. Hierdoor werd de primaire verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving onderstreept, maar werden ook capaciteits- en expertiseproblemen bij het OM omzeild.[21] Het primaat ligt sindsdien bij de bestuursrechtelijke handhaving.[22]

In het boeterecht bestaat, net zo min als in het strafrecht, een legaliteitsbeginsel, waarmee ik hier bedoel een vervolgingsplicht. De AFM komt ter zake een hoge mate van vrijheid toe. Of ze kiest voor oplegging van een punitieve en/of niet-

18 Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 4.2.1.4 en 5.2.1.4.

19 Wet invoering bestuurlijke boete en dwangsom (IBBD), Stb. 1999, 509; Kamerstukken II 1997/98, 25 821, nrs. 1-3.

20 De vraag in hoeverre de normen van art. 6 EVRM van toepassing (moeten) zijn op lichte overtredingen, laat ik rusten. Ik ga uit van toepasselijkheid van art. 6 EVRM op alle bestuurlijke boetes.

21 Het Functioneel Parket van het Openbaar Ministerie, opgericht om kennis en ervaring te bundelen op (onder meer) fiscaal en financieel terrein, bestond destijds nog niet.

22 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 18.

punitieve sanctie is in beginsel aan haar.[23] Het is bovendien mogelijk dat ze ervoor kiest om gelijktijdig meerdere doeleinden na te streven in een en hetzelfde onderzoek.[24] Dat is problematisch, omdat in dergelijke gevallen de AFM op jacht gaat naar informatie die voor meerdere (punitieve en niet-punitieve) doeleinden relevant is, terwijl de rechtspositie van de betrokken onder toezicht gestelde per procedure verschillen kan. Op basis van de jurisprudentie van het EHRM komt een *charged person* immers een zwijgrecht toe,[25] terwijl hij voor andere dan punitieve doeleinden tot medewerking verplicht is. Ik kom op dit specifieke probleem nog terug (paragraaf 3.3.2). Nu is het vooral van belang te onderstrepen *dat* dergelijk parallel onderzoek niet verboden is en *dat* de AFM hierin een belangrijke keuzevrijheid toekomt.

Ook in relatie tot de strafrechtelijke rechtshandhaving geldt dat er lange tijd sprake kan zijn van gelijktijdig optreden van OM en AFM. In het financiële toezicht bestaan er in hoge mate parallelle competenties van AFM en OM. Een blik op art. 1 WED en de boetebijlage bij de Wet op het financieel toezicht leert dat zeer veel overtredingen van die wet zowel met een bestuurlijke boete, als strafrechtelijk kunnen worden afgedaan. Hoewel het *una-via*beginsel met zich brengt dat een dubbele vervolging voor hetzelfde feit moet worden voorkomen, komt daar door de feitelijke invulling van het zogenaamde *point of no return* (het moment waarop uiterlijk moet worden gekozen tussen straf- of bestuursrechtelijke handhaving) niet veel van terecht.[26] Die keuze hoeft pas te worden gemaakt op het moment dat de boetebeschikking uitgaat, danwel het (strafrechtelijke) onderzoek ter zitting aanvangt (vgl. art. 1:86 Wft). Er geldt in Nederland dus vooralsnog geen regel op basis waarvan de ene procedure voorrang heeft boven de andere.[27] Wel brengt de *una-via*regeling mee dat AFM en OM met elkaar zullen moeten overleggen, wil van een evenwichtige rechtshandhaving sprake kunnen zijn. Om die reden sloten deze partijen ook een convenant af.[28]

Vergelijken we dit convenant met soortgelijke afspraken die in de fiscale rechtshandhaving bestaan, dan valt op hoe vrijblijvend het is. In het financiële convenant komt men niet veel verder dan wederzijdse overleg- en consultatieplichten,

---

23 Vgl. Rb. Rotterdam 19 oktober 2004, JOR 2005, 32-34; Rb. Rotterdam, 17 april 2003, AB 2003, 333, r.o. 2.3.5 (*Finresult*), is overigens van mening dat het 'in de rede [ligt] dat eerst reparatoire maatregelen worden toegepast teneinde overtredingen niet te laten voortduren en pas nadien wordt beoordeeld of daarnaast een punitieve sanctie wegens gedragingen in het verleden op zijn plaats is.' Vgl. ook Rogier (2001) en in reactie daarop Jansen, RM Themis 2002.

24 Vgl. Kamerstukken II 1997/98, 25 821, nr. 3, p. 7.

25 EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (*Funke*) en 17 december 1996, NJ 1997, 699 (*Saunders*).

26 Vgl. Bakker (1999); Rogier (2000).

27 Vgl. Corstens (2001), die een blokkaderecht voor het OM bepleit, omdat hij van mening is dat het strafproces voorrang moet hebben. Het *Prinzip der Vorrang des Strafverfahrens* bestaat wel in Duitsland; zie hoofdstuk 4.2.1.5. De Vierde tranche van de Awb zal hierin, zoals het zich nu laat aanzien, verandering brengen. Ik kom daarop terug; *infra* paragraaf 3.2.3.1.

28 Convenant bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties, Stcrt. 2004, 126.

zonder dat er inhoudelijke criteria in worden vastgelegd die de keuze voor straf- of bestuursrechtelijke afdoening bepalen. Dat is anders in het fiscale recht. Ontegenzeggelijk heeft dit te maken met het feit dat de fiscus intensiever bij de strafrechtelijke rechtshandhaving is betrokken (zie paragraaf 3.2.2).

B) Taak en positie van de AFM in de strafrechtspleging

Hoewel de AFM dus sinds 1999 over de mogelijkheid beschikt om zelf punitieve sancties op te leggen en daartoe in voorkomend geval overleg plegen moet met het Openbaar Ministerie, speelt ze in de strafrechtelijke handhavingsketen zelf geen rol. De AFM vervult geen opsporingstaken en neemt ook geen taken van het OM over. Integendeel, de verhouding tussen OM en toezichthouders (AFM en DNB) kan worden gekenschetst als 'moeizaam', hoewel daarin de laatste tijd voor de AFM verandering komt.[29] Ook dat heeft te maken met de onafhankelijke positie van de toezichthouder en de bijpassende vertrouwenspositie, die ze inneemt jegens haar onder toezicht gestelden.[30]

In parlementaire stukken staat het als volgt verwoord: 'De onder toezicht staande ondernemingen zullen immers terughoudender kunnen worden met het verstrekken van de doorgaans gedetailleerde en vertrouwelijke informatie indien de vertrouwelijkheid van de gegevens niet voldoende gewaarborgd is indien de met opsporing belaste instanties de uitlevering of inzage van documenten of gegevensdragers vorderen. In documenten en op gegevensdragers die nodig zijn voor een opsporingsonderzoek is doorgaans veel informatie vastgelegd. Daaronder kan ook informatie zijn die niet relevant is voor de strafzaak. Daarbij speelt het feit dat (indien openbaar) deze gegevens hun weerslag kunnen hebben op de concurrentiepositie van de ondernemingen. (…) Ook is het vertrouwen van de cliënten, crediteuren en de stabiliteit van de financiële markten als geheel van belang. In bepaalde gevallen kan het vroegtijdig bekend worden van vertrouwelijke gegevens over een financiële onderneming het vertrouwen van het publiek ernstig schenden en tot gevolg hebben dat een eventuele run op de onderneming het voortbestaan van de onderneming in gevaar kan brengen hetgeen indirect ook risico's kan inhouden voor de soliditeit van andere, verweven, gelieerde of anderszins betrokken ondernemingen.'[31]

Financieel toezicht en opsporing lijken in de ogen van de wetgever dus niet goed verenigbaar. Er is voor gekozen dit probleem ter hand te nemen via de geheimhoudingsplicht van de AFM zelf. Deze mag alleen onder strikte voorwaarden gegevens verstrekken aan het OM (paragraaf 3.4.1). Er had ook voor gekozen kunnen worden om, net als in het fiscale recht is gedaan (paragraaf 3.4.2), het OM en de opsporingsdienst aan het financiële ambtsgeheim te onderwerpen. Aldus zouden veel van de bovengenoemde bezwaren kunnen worden weggenomen en zou de informatie die nodig is voor de opsporing toch kunnen worden verstrekt.

29 Van DNB wordt nog steeds uiterste discretie verwacht.
30 Vgl. Kamerstukken II 2001/02, 28 373, nr. 3, p. 14-15.
31 Kamerstukken II 2003/03, 29 708, nr. 3, p. 54-55.

NEDERLAND

Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke rechtshandhaving hebben als gevolg van het voorgaande plaats in gescheiden fora. De bestuursrechtelijke handhaving ligt in handen van de AFM, terwijl voor de strafrechtelijke handhaving het Functioneel Parket van het OM en een gespecialiseerde opsporingsdienst, de Belastingdienst/FIOD-ECD, verantwoordelijk zijn. Hieruit mag echter niet worden afgeleid dat de AFM zich in het geheel niet met de strafrechtspleging bemoeit. De afgelopen jaren is een tendens ingezet die leidde tot een actievere en nauwere samenwerking met het OM. Dat is deels het gevolg geweest van internationale[32] en Europese normering, bijvoorbeeld art. 52 MiFID, waarin wordt voorgeschreven dat de toezichthouder over de mogelijkheid moet beschikken om een strafrechtelijke procedure in te leiden (hoofdstuk 2.2.2), maar het hangt ook samen met nationale ontwikkelingen. De invoering van de bestuurlijke boete leidde bijvoorbeeld al tot meer overleg tussen OM en toezichthouders. Daarnaast werd met de Wet actualisering en harmonisatie van de financiële toezichtwetgeving[33] de bewaking van de integriteit van de financiële sector expliciet als toezichtdoelstelling geformuleerd, mede om de informatieverstrekking aan justitie te vergemakkelijken. Geruchtmakende affaires als de zaak Nusse Brink en de Clickfondszaak hadden aangetoond dat strafrechtelijke handhaving soms geboden kan zijn. Het sluitpunt van deze ontwikkelingen is opnieuw de nieuwe taakstelling van de AFM als functioneel gedragstoezichthouder geweest. Van de gedragstoezichthouder wordt namelijk een hoge mate van transparantie verlangd en ook het opsporen van overtredingen en het 'vangen van boeven'.[34] Dat veronderstelt een zekere mate van samenwerking met de strafrechtelijke handhavingskolom.[35]

Hoe ziet die rol van de AFM er nu precies uit? Allereerst is van belang dat de AFM *bevoegd* is tot het uit eigen beweging doen van aangifte bij het OM (vgl. art. 161 Sv) of het anderszins verstrekken van gegevens. Op grond van een eigen afweging kan de AFM beslissen of de handhaving van de vertrouwelijkheid van de gegevens (vgl. art. 1:92, lid 1, Wft, waarover paragraaf 3.4.1), danwel het belang van

32 Vgl. Aanbeveling 11 van de IOSCO Principles for Cooperation in Regulation, versie maart 2003, en de toelichting erbij: 'The regulator should have authority to share both public and non-public information with domestic and foreign counterparts. (…) There may be an important need to share information at a domestic level where regulatory divisions based on institutional form exist or where the securities law overlaps with the general law of a jurisdiction. So, for example, cases of fraud or money laundering that involve dealings in securities may require close cooperation between two or more domestic regulators, *including* law enforcement, regulatory and *judicial* authorities [cursief ML].'

33 Stb. 2003, 103.

34 Kamerstukken II 2001/02, 28 122, nr. 2, p. 12; vgl. ook Luchtman (2002); Hoff (2002), p. 166.

35 Kritisch daarover was de Algemene Rekenkamer, Kamerstukken II 2003/04, 29 635, nrs. 1-2, p. 40-41.

de opsporing en vervolging zwaarder weegt.[36] De zelfstandige positie van de AFM jegens het OM blijft in zoverre overeind.

Echter, het is ook mogelijk dat de AFM wordt geconfronteerd met een inlichtingen- of informatievordering van het OM of de rechter in het kader van een lopend strafrechtelijk onderzoek. Daarbij kan worden gedacht aan vorderingen tot uitlevering van stukken, het verstrekken van inlichtingen en/of het afleggen van getuigenverklaringen. In veel gevallen is de persoon tot wie een dergelijke vordering zich richt, tot medewerking verplicht.[37] In het verleden was er onduidelijkheid over de vraag of de AFM – net als bijvoorbeeld de fiscus[38] – kon worden aangemerkt als professioneel verschoningsgerechtigde en zich om die reden aan die medewerkingsplichten kon onttrekken (vgl. art. 218 Sv).[39] Inmiddels wordt zo'n verschoningsrecht niet (meer) aanvaard.[40] De ontwikkelingen die ik zojuist besprak hebben hieraan zeker bijgedragen. Bijgevolg is de AFM desgevraagd jegens het OM en zeker jegens de rechter in beginsel tot medewerking verplicht.[41] Wel zal er vanaf de invoering van de Wet op het financieel toezicht een hoorplicht gelden op het moment dat de AFM wordt geconfronteerd met een vordering om informatie/gegevens (art. 1:92, lid 2, Wft). Het doel daarvan is dat de belangen die met het toezicht zijn gediend, zo goed mogelijk over het daglicht kunnen worden gebracht bij het OM en/of de rechter. De uiteindelijke beslissing blijft echter bij hen.

Op basis van het voorgaande moet de conclusie luiden dat de AFM en het OM in hoge mate parallelle bevoegdheden hebben. De ene autoriteit is niet ondergeschikt aan de andere. Een inbedding van de AFM in het strafrecht – bijvoorbeeld door haar de status van opsporingsdienst toe te kennen, of door haar te laten opereren als plaatsvervanger van het OM – is wel geopperd, maar nog nooit echt onderzocht.[42] Een dergelijke oplossing zou een alternatief kunnen zijn voor de soms wel erg ver uitdijende bestuurlijke boete, die ook wordt gebruikt in soms zeer complexe fraudezaken, waarin een strafrechtelijke procedure aangewezen kan zijn.[43] We zullen nu zien dat een en ander op geheel andere wijze vorm heeft gekregen in het fiscale recht.

---

36 De AFM is niet aangewezen in het 'Besluit van 31 maart 1987, houdende vaststelling van een algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van artikel 162, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering', laatst gewijzigd door Stb. 2005, 690. Vgl. Kamerstukken II 2001/02, 28 373, nr. 3, p. 13, en ook Handelingen II 2005, p. 83-4983 en Kamerstukken II, 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 52-55.

37 Vgl. art. 24a WED. Niet-naleving is strafbaar.

38 HR 8 november 1991, NJ 1992, 277 (m.nt. JBMV), waarover *infra* paragraaf 3.4.2.

39 Luchtman (2002).

40 Rb. Amsterdam 5 oktober 2000, JOR 2000/244; zie ook HR 13 april 1984, NJ 1986, 822; HR 22 juli 1986, NJ 1986, 823 en HR 4 januari 2000, NJ 2000, 537 en verder Luchtman (2002), p. 99-101. Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 373, nr. 3, p. 14.

41 Hoogstens komt de AFM een verschoningsrecht van vraag tot vraag toe; vgl. HR 22 juli 1986, NJ 1986, 823 (Hillegom/Hillenius).

42 Vgl. Corstens (2000); Verhey & Verheij (2005).

43 Hartmann (2004) is daarentegen van mening dat strafrechtelijke handhaving niet langer nodig is; hij meent dat bestuursrechtelijke handhaving volstaat.

3.2.2 De Belastingdienst

3.2.2.1 Algemeen

De Belastingdienst valt net als de AFM onder het ministerie van Financiën. Hij is echter geen zelfstandig bestuurorgaan. Hij staat onder direct gezag van het ministerie. Aldus is bepaald in de Uitvoeringsregeling belastingdienst 2003 (UrB 2003),[44] die uitvoering geeft aan een aantal bepalingen uit de Algemene wet inzake rijksbelastingen/AWR.

> De AWR regelt elementen die alle (rijks)belastingen gezamenlijk hebben. Het is een harmonisatie- en codificatiewet. Naast regels over de organisatie van de Belastingdienst (vgl. i.h.b.z. art. 3, lid 2, AWR) kent de wet bepalingen over de methode van belastingheffing, waaronder de heffing *bij wege van aanslag* of *bij wege van voldoening* of *afdracht op aangifte*, over de bevoegdheden van de fiscus en over fiscaal straf- en boeterecht. Aldus kan in de bijzondere, materiële belastingwetgeving worden volstaan met de regeling van specifieke elementen, waaronder de aanwijzing van de heffingsmethode. Algemene onderwerpen worden geregeld in de AWR. Ook de belastingen waarop ik me in dit onderzoek concentreer, de directe belastingen en in het bijzonder de inkomsten- en vennootschapsbelasting, vallen onder het regime van de AWR. Aldus is in de Wet op de inkomstenbelasting/IB 2001 te achterhalen dat de IB een aanslagbelasting is (art. 9.1 IB), wat betekent dat de art. 11 e.v. AWR gelden, waarin algemene regels voor aanslagbelastingen zijn opgenomen. Uit de IB kan voorts worden afgeleid dat de bronbelasting die door België, Luxemburg of Oostenrijk wordt ingehouden van een rentebetaling aan een Nederlandse belastingplichtige, wordt beschouwd als een voorheffing (art. 9.2, lid 1, onderdeel d, IB).[45] Dat laatste is uiteraard het gevolg van de Spaarrenterichtlijn.

Ingevolge art. 2, lid 1, UrB 2003 is de Belastingdienst belast met de heffing en invordering van rijksbelastingen en met andere bij of krachtens de wet opgedragen taken. Ook hier kan een onderscheid worden gemaakt tussen wetsuitvoering (heffing en invordering van belastingen), preventief onderzoek (toezicht op de naleving), repressief onderzoek en bestraffing. Net als de AFM is ook de fiscus op al deze vlakken actief. Het grote verschil met de AFM is echter zijn nauwe betrokkenheid bij de strafrechtspleging. Daarop kom ik nog terug.

In 2003 werd de Belastingdienst ingrijpend gereorganiseerd. Men is toen overgestapt van de zogenaamde doelgroepgerichte structuur – waarbij een organisatorisch onderscheid werd gemaakt tussen Douane, Particulieren en (Grote) Onder-

---

44 Stcrt. 2002, 247.

45 Uitvoerig hierover het commentaar op art. 9.2 IB in: Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie'. Voorheffingen worden met de definitieve aanslag verrekend. Niet alleen de belasting over buitenlandse spaargelden vormt een voorheffing, ook de Nederlandse loonbelasting is een voorheffing.

nemingen – op een procesgerichte structuur.[46] Bij de vervulling van zijn taken streeft de Belastingdienst ernaar de bereidheid van de belastingplichtige tot vrijwillige nakoming van de fiscale wettelijke verplichtingen te versterken.[47] Blijkt dat echter niet mogelijk, dan volgt alsnog optreden: 'De Belastingdienst vindt het vanzelfsprekend dat zijn medewerkers hulpvaardig en dienstverlenend zijn en dat ze uitgaan van de goede trouw van de belastingbetalers. Even vanzelfsprekend is het echter dat de Belastingdienst grenzen stelt en corrigerend optreedt als dat nodig is. Gewetensvolle belastingplichtigen die de wet naleven, moeten erop kunnen vertrouwen dat degenen die het niet zo nauw nemen, daadwerkelijk en effectief worden aangepakt.'[48]

De procesgerichte structuur is langs drie lijnen ingericht: a) preventieve dienstverlening, waarbij de nadruk ligt op voorlichting, b) massale processen, ondersteund met c) intensief toezicht en opsporing ter ondersteuning. Sinds de reorganisatie bestaat de Belastingdienst uit dertien organisatorische eenheden voor de heffing en invordering van belastingen, die in hoofdzaak langs territoriale lijnen zijn georganiseerd, en een aantal landelijk werkende eenheden, waaronder ook de opsporingsdienst van de Belastingdienst, de FIOD-ECD.

> Het streven naar fiscale rechtvaardigheid, ook bij de rechtshandhaving, en rechtsgelijkheid komt soms in strijd met het vereiste van doelmatigheid. Het controleren van iedere belastingplichtige zou vanuit het oogpunt van rechtsgelijkheid wellicht de voorkeur verdienen, maar tegelijk onmogelijk zijn. Vandaar de procesmatige structuur van de Belastingdienst. Hoe verhoudt dit zich nu tot art. 104 van de Grondwet dat bepaalt dat rijksbelastingen worden geheven uit kracht van een wet (legaliteit)? Dit legaliteitsbeginsel behelst enerzijds een waarborg voor de burger tegen willekeur en anderzijds een sturend element voor de overheid: deze moet, net als de burger, de wet ook daadwerkelijk uitvoeren. De Belastingdienst moet zich daarbij in beginsel laten leiden door wat de wet bepaalt; hij kan dat niet zelf bepalen (specialiteit). Daarin verschilt hij van een natuurlijke persoon.[49] Dat is makkelijker gezegd dan gedaan. De praktijk is niet alleen zeer massaal, maar vaak ook zo gevarieerd dat niet alle situaties op voorhand zijn in te schatten. In dergelijke gevallen opereert de Belastingdienst zonder duidelijk sturend kader, omdat ook de wet dat niet biedt. Omgekeerd kan de wet soms zo gedetailleerd zijn dat hij niet altijd recht doet aan veranderende maatschappelijke omstandigheden.
>
> De fiscale praktijk moet zich dus soms behelpen. De rechtspraak heeft daarom aanvaard dat de fiscus in sommige, uitzonderlijke gevallen de wet niet hoeft te

46 Hierover aant. 1a bij art. 3 AWR, in: Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie'.

47 Dit wordt de *compliance*strategie genoemd. Deze wordt geplaatst tegenover de *deterrence-strategy*. De eerste kenmerkt zich door trefwoorden als preventie en stimulering, overleg en overtuiging ('leuker kunnen we het niet maken, wel makkelijker'), de tweede door trefwoorden als repressie en normhandhaving via afschrikking; Zwenne (1998), p. 21; De Blieck e.a. (2004), p. 112; De Vries (2005), p. 156 e.v.

48 Bron: www.belastingdienst.nl

49 Over de betekenis van het specialiteitsbeginsel in Nederland, Schlössels (1998).

> volgen.[50] De toestanden over de heffing van belastingen bij de bewoners van het woonwagenkamp de Vinkenslag in Maastricht hebben de discussie over het 'fiscale handhavingstekort' flink doen oplaaien, niet in de laatste plaats binnen de Belastingdienst zelf. Mede als gevolg hiervan is een wetsvoorstel ingediend op basis waarvan de fiscus om doelmatigheidsredenen onder voorwaarden mag afwijken van het bij of krachtens de belastingwet bepaalde.[51] Op grond van dat voorstel worden bepaalde praktijken die nu bestaan, maar die naar huidig recht *contra legem* zijn, in de toekomst voorzien van een wettelijke grondslag.[52] Ook onder de nieuwe wet blijft echter de eenheid van uitvoering en handhaving het onbetwiste uitgangspunt.[53]

In het onderstaande licht ik een aantal elementen van de taak en organisatie van de Belastingdienst wat meer uit. Bijzondere aandacht is er daarbij voor de taken van de Belastingdienst op punitief vlak en voor de sfeercumulatieproblematiek. Daarop ging ik hierboven ook al in. Sfeercumulatie speelt echter een nog veel grotere rol in het fiscale recht. Ik begin met een korte opmerking over enige samenwerkingsverbanden waarin de Belastingdienst deelneemt.

3.2.2.2 Samenwerking met binnen- en buitenland

De Belastingdienst is bij de vervulling van haar taken, net als de AFM, in eerste instantie aangewezen op de medewerkingsbereidheid van de belastingplichtigen en derden voor een goede en volledige informatievoorziening. Om van die medewerkingsbereidheid verzekerd te zijn is hem een op papier zeer strenge geheimhoudingsplicht opgelegd. We zullen bovendien nog zien dat zijn onderzoeksbevoegdheden, neergelegd in de art. 47 AWR e.v., eveneens strikt doelgebonden zijn; deze mogen alleen worden gebruikt voor de vaststelling van de belastingschuld. De geheimhoudingsplicht van de fiscus is zelfs zo sterk dat hiervoor de getuigplichten in rechte wijken; uit de wet – in het bijzonder art. 67 AWR – vloeit een professioneel verschoningsrecht voort (vgl. art. 218 Sv).[54]

---

50 HR 12 april 1978, NJ 1979, 533, waarover De Blieck e.a. (2004), p. 210 e.v.

51 Wetsvoorstel Versterking fiscale rechtshandhaving, Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nrs. 1-2. Afwijking van de wet is alleen toegestaan als a) de formalisering – de definitieve vaststelling van de materiële belastingschuld en de afwikkeling ervan – niet leidt tot een lagere uitkomst van de belastingschuld (of de evt. op te leggen boete) en b) de betrokkene ermee instemt (art. 64 voorstel AWR). Over de hoogte van de belastingschuld of het eraan ten grondslag liggende feitenonderzoek kan niet worden onderhandeld; vgl. Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 7, p. 2-4.

52 Niet alle huidige *contra legem* praktijken worden zo 'gedekt'; hierover uitvoerig Kamerstukken II 2003/04, 29 643, nr. 2 (Aanpak fiscale vrijplaatsen) en de bijhorende bijlagen, waaronder een advies van de professoren Geppaart en Scheltema.

53 Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 7, p. 3.

54 *Supra* noot 38.

Tegen deze achtergrond wekt vooral de intensiteit waarmee de Belastingdienst samenwerkt met andere instanties verbazing.[55] Het gaat daarbij zeer zeker niet alleen om de uitvoering van fiscale regels, maar ook om bijvoorbeeld de bestrijding van premiefraude, illegale tewerkstelling, uitkeringsfraude en het handhaven van bouwverordeningen. Dat zijn lang niet altijd activiteiten die tot de taken van de fiscus behoren. Inmiddels zijn echter in het hele land convenanten afgesloten met gemeenten waarin de samenwerking en informatie-uitwisseling tussen gemeente, politie, Openbaar Ministerie en Belastingdienst worden geregeld.[56] Daarnaast werkt de Belastingdienst ook samen met de politie. Daarbij zijn de inzet van onderzoeksbevoegdheden en de verstrekking van fiscale gegevens niet uitgesloten. Ik kom op dit probleem hieronder nog terug, bij de bespreking van de sfeercumulatieproblematiek. Thans constateer ik alleen *dat* de Belastingdienst samenwerking met andere organen, inclusief justitie, tot zijn taken rekent.

Ook met het buitenland wordt samengewerkt, maar alleen als daartoe een verdrag of communautair instrument voorhanden is. Dat vloeit voort uit de Wet inzake de wederzijdse administratieve bijstand bij de heffing van belastingen (WIB), waarop ik hieronder ook nog uitgebreid terugkom (paragraaf 3.5.3). De bevoegde autoriteit ter zake is de FIOD-ECD Internationaal van de FIOD, die het gehele informatieverkeer tussen de uitvoerende onderdelen van de Belastingdienst en het buitenland kanaliseert. Ook langs strafrechtelijke weg – via de rechtshulp of politiële samenwerking – kan door de Belastingdienst, al dan niet na tussenkomst van het OM, worden samengewerkt. Opnieuw is hiervoor de FIOD bevoegd, ditmaal echter het Team Internationale Opsporingssamenwerking/TIOS.

3.2.2.3 Punitieve handhaving

De rol en invloed van de Belastingdienst op de handhaving van het fiscale recht is enorm. Zonder zijn inspanningen lijkt een effectieve aanpak van de fiscale (en gerelateerde) fraude in Nederland niet goed denkbaar. Het uitgangspunt is de handhaving van het fiscale recht zo veel mogelijk binnenshuis te houden. Zonder een uitgebalanceerd systeem van *compliance*, aangevuld met verreikende fiscale controlebevoegdheden, komen fiscale onregelmatigheden eenvoudig niet aan het licht. Anders dan in het financiële recht, waar strafrechtelijke en niet-strafrechtelijke handhaving in gescheiden handen zijn, komt in het fiscale recht de fiscus niet alleen de bevoegdheid toe bestuurlijke boetes op te leggen, maar hebben sommige ambtenaren (volledige) opsporingsbevoegdheid en neemt het Bestuur van 's Rijks belastingen soms zelfs de positie van het OM over.

A) De bestuurlijke boete

Net als de AFM beschikt de fiscus over de mogelijkheid om bestuurlijke boeten op te leggen als fiscale voorschriften niet worden nageleefd. De verantwoordelijkheid

55 Op (de omvang van) het ontheffingsbeleid van de geheimhoudingsplicht was overigens al vaker kritiek; vgl. De Zeeuw (1999).

56 Bron: Jaarverslag Belastingdienst 2004.

daarvoor ligt bij ambtenaren die deel uitmaken van het onderdeel, waar ook het heffingsonderzoek plaatsheeft.[57] In het fiscale recht bestaat een dergelijke vorm van sanctionering al sinds lange tijd. Ze werd voorheen aangeduid als de fiscale verhoging. Inmiddels staat buiten kijf dat het om punitieve sancties gaat, waarop de normen van art. 6 EVRM van toepassing zijn, en dat hierbij het bestuursprocesrecht wordt toegepast. Dat laatste is ook van belang voor de internationale samenwerking. Er vloeit uit voort dat samenwerking alleen mogelijk is via de wederzijdse bijstand. Immers, voor strafrechtelijke samenwerking is vereist dat beroep openstaat op een 'ook in strafzaken bevoegde rechter.'

> Het fiscale recht kent een onderscheid in verzuim- en vergrijpboetes. De eerste vormen de lichtere variant, waarvoor geen opzet of (grove) schuld nodig is, en worden vooral toegepast wanneer er onvolkomenheden kleven aan de fiscale aangifte- of betalingsplicht. Bij de vergrijpboetes wordt de betrokkene een veel zwaarder verwijt gemaakt. Opzet of grove schuld[58] is dan vereist. Een en ander wordt, naast de relevante bepalingen in de AWR zelf (art. 67a-67q AWR), verder uitgewerkt in het Besluit bestuurlijke boeten belastingdienst, dat kan worden beschouwd als recht in de zin van art. 74 RO.

B) De Belastingdienst als plaatsvervanger van het Openbaar Ministerie

Naast de mogelijkheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes, neemt de Belastingdienst soms ook de rol van het OM in de opsporingsfase en de fase van bestraffing over. De grondslag daarvoor wordt gevormd door de art. 76 en 80 AWR. Op grond van het eerste artikel is het bestuur van de Belastingdienst – met uitsluiting van de commune transactieregeling van art. 74 Sr, waarvoor het OM bevoegd is – bevoegd te transigeren. Na de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening krijgt het bestuur de bevoegdheid strafbeschikkingen op te leggen (art. IV Wet OM-afdoening).[59] Om die reden bepaalt art. 80 AWR dat, in afwijking van art. 155–157 Sv, alle processen-verbaal betreffende bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten ingezonden moeten worden bij het Bestuur van 's Rijks belastingen. Aldus is het bestuur in de gelegenheid te beoordelen of het een strafrechtelijke vervolging wenselijk acht of dat het zelf de zaak kan afdoen.[60] Zolang het proces-verbaal niet is doorgezonden, ligt de leiding van het onderzoek niet bij het OM (art. 80, lid 4, AWR). Art. 80 AWR bevat in zoverre een uitzondering op de regel dat (alleen) het OM het opportuniteitsbeginsel toepast (art. 167 Sv). Het OM mag overigens, als het

57 Het voorstel van de Commissie Van Slooten, belast met het doen van voorstellen voor een nieuw fiscaal straf- en boeterecht, tot introductie van een onafhankelijke boete-inspecteur heeft het niet gehaald; dat voorstel strandde in de Eerste Kamer. De achterliggende gedachte bij dit voorstel was dat de oplegging van (vergrijp)boeten moest geschieden door een andere autoriteit dan de aanslagregelende ambtenaar; vgl. Feteris (2002), p. 292-293.

58 Voor de vergrijpboete van art. 67d AWR volstaat alleen opzet.

59 Stb. 2006, 330.

60 Wortel (1991), p. 225-226; Roording (1994), p. 247-253; Valkenburg (2001), p. 142-143; De Vries (2005), p. 101-108.

proces-verbaal wel in zijn handen is gekomen, de zaak alsnog terugzenden aan het bestuur, opdat dit een transactie kan aanbieden (art. 80, lid 3, AWR).

> De bijzondere positie van de Belastingdienst hangt vermoedelijk samen met het feit dat in vroegere tijden de fiscus zelf verantwoordelijk was voor de vervolging van strafbare feiten.[61] De reikwijdte van deze afwijking van het principe dat het OM *dominus litis* is, moet echter niet worden overdreven. In sommige, in de wet niet-limitatief omschreven[62] gevallen moet het proces-verbaal hoe dan ook in handen van het OM worden gesteld. Dat is bijvoorbeeld het geval bij toepassing van bepaalde (zware) dwangmiddelen. Het OM kan daarenboven nog steeds vervolgen voor commune delicten. Veel fiscale strafbare feiten leveren ook commune delicten op. Een *generalis-specialis* verhouding tussen fiscaal en commuun bestaat, op één uitzondering na (art. 69, lid 4, AWR), niet.

Het wettelijke regime van art. 80 AWR wordt in de praktijk veel minder strikt toegepast. Het Bestuur van 's Rijks belastingen is bij fiscale vervolgingsbeslissingen niet echt betrokken.[63] In de praktijk bestaan er in hoge mate geformaliseerde structuren, waarin het OM en de Belastingdienst *samen* tot een onderlinge afstemming van het vervolgingsbeleid in ruime zin komen. Die structuur is vastgelegd in de Aanmeldings-, Transactie en Vervolgingsrichtlijnen/ATV-richtlijnen.[64] Daarvoor is ook alle reden, alleen al vanwege het feit dat wanneer een transactievoorstel door de verdachte wordt geweigerd, de fiscus – als deze althans geloofwaardig wil blijven – alsnog is aangewezen op het OM voor het starten van een strafvervolging.[65]

> De ATV-richtlijnen beschrijven het typische verloop van een fiscaal fraudedossier, namelijk het geval waarin zo'n dossier van onderop – via de fiscale eenheden – wordt ontdekt en doorgeleid. Ze reiken ook de besliscriteria aan. Voldoet een zaak aan de ingangseisen (aanmeldingsrichtlijnen), dan moet hij door de behandelende ambtenaar worden gemeld bij de boete-fraudecoördinator van de eenheid die beoordeelt of kan worden volstaan met een bestuurlijke boete, danwel dat de zaak moet worden besproken in het overleg tussen de boete-fraudecoördinator, de contactambtenaar formeel recht en de FIOD (selectie-overleg/SO). In dit overleg wordt beoordeeld of een zaak 'aanmeldenswaardig'

61 Wortel (1991), p. 334-335.
62 Vgl. HR 15 september 1986, NJ 1987, 304.
63 Dat kan opvallend worden genoemd, omdat, naast de taakverdeling tussen OM en fiscus, ook de interne functiescheiding tussen het bestuur dat verantwoordelijk is voor de strafvervolging (art. 80 AWR) en de inspecteur die verantwoordelijk is voor de boeteoplegging (art. 67a e.v. AWR) kan worden gezien als een waarborg tegen een al te grote concentratie van bevoegdheden; vgl. Wortel (1991), p. 235 e.v.; Roording (1994), p. 253.
64 Aanmeldings-, Transactie- en Vervolgingsrichtlijnen fiscale delicten en douanedelicten 2006, Stcrt. 2005, 247/28.
65 Een andere reden is het bestaan van de *una-via*bepalingen (art. 67o en 69a AWR), die de betrokken autoriteiten op enig moment dwingen tot het maken van een keuze.

is: of vervolging, danwel een transactie in de reden ligt.[66] Is dit inderdaad het geval (en wordt dus strafvervolging voorgesteld in plaats van bestuurlijke sanctionering), dan gaat de zaak met advies van het SO door naar het tripartiete overleg tussen de FIOD, het OM, de boete-fraudecoördinator en de contactambtenaar formeel recht (TPO).[67] Hier wordt, mede op basis van de bewijsbaarheid, de keuze gemaakt tussen strafvervolging of transactie door de Belastingdienst.[68] Ook bij de beslissing tot het aanbieden van een transactie is het OM betrokken. Immers, wordt deze geweigerd, dan moet alsnog worden vervolgd.

C) De Belastingdienst als opsporingsdienst

In het kader van de punitieve taken van de Belastingdienst moet ik ten slotte melding maken van het feit dat een aantal ambtenaren van de fiscus, te weten ambtenaren van de FIOD-ECD[69] en nog een aantal ambtenaren (de verbalisanten en fraudecoördinatoren) die bij de eenheden werkzaam zijn,[70] opsporingsbevoegdheid hebben. In die hoedanigheid oefenen ze onder verantwoordelijkheid van het bestuur van 's Rijks belastingen (art. 80, lid 4, AWR)[71] of het OM (art. 148, lid 2, Sv) opsporingstaken uit. In die hoedanigheid zijn ze ook onderworpen aan de voorschriften van het Wetboek van Strafrecht en Strafvordering, alsmede aan de aanvullende bepalingen in de AWR.

Het leeuwendeel van de opsporingstaken op het gebied van de fiscale en economische fraude ligt bij de FIOD-ECD, waarop ik me hieronder concentreer. De dienst maakt deel uit van de fiscus en ressorteert onder het Ministerie van Financiën.[72] Ze heeft, zoals blijkt uit de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten (voortaan: Wet BOD),[73] primair tot taak het strafrechtelijk handhaven van de rechtsorde op het beleidsterrein waarvoor de minister van Financiën de verantwoordelijkheid draagt (art. 3 Wet BOD).[74] Toch hebben de bijzondere opsporingsambtenaren van de Belastingdienst/FIOD-ECD algemene opsporingsbevoegdheid (art. 141). Ze zijn dus ook bevoegd voor de opsporing van commune strafbare feiten. De reden hiervoor is de grote verwevenheid van fiscale delicten met overtredingen van de commune strafwetgeving, zoals artikel 225 Sr. Het toekennen van

66 Ik hanteer hierbij overigens de terminologie van de Richtlijnen. Deze vind ik niet helemaal duidelijk. Er wordt onderscheiden tussen 'vervolging' en 'bestuursrechtelijke' afdoening. Onder dat laatste verstaat men blijkbaar ook de transactie ex art. 76 AWR, hoewel deze sanctie is ingebed in het straf(proces)recht. Onder vervolging lijkt men enkel te verstaan het dagvaarden van de verdachte. Dat laatste is de exclusieve bevoegdheid van het OM.

67 Ik tel overigens vier in plaats van drie deelnemers.

68 De zaak kan ook terug naar de eenheid voor bestuurlijke beboeting.

69 Besluit buitengewoon opsporingsambtenaar Belastingdienst/FIOD-ECD 2001, Stcrt. 2001, 117/8, gewijzigd bij Stcrt. 2005, 136.

70 Besluit buitengewoon opsporingsambtenaar Belastingdienst 2005, Stcrt. 2005, 213/36.

71 Het bestuur van de Belastingdienst is uiteraard alleen bevoegd voor de fiscale delicten.

72 De FIOD-ECD is de resultante van een fusie in 1999 tussen de FIOD, die ressorteerde onder het ministerie van Financiën en de ECD, die ressorteerde onder het ministerie van Economische Zaken.

73 Stb. 2006, 285.

74 Kamerstukken II 2004/05, 30 182, nrs. 1-2.

beperkte opsporingsbevoegdheid zou de efficiency van de opsporing niet ten goede komen.[75] Om deze reden is een belangrijke taak van de FIOD-ECD ook gelegen in de bestrijding van de zware criminaliteit.[76]

> De Wet op de bijzondere opsporingdiensten is het sluitstuk van ingrijpende reorganisatie van de gehele bijzondere opsporing.[77] Er wordt voortaan een onderscheid aangebracht tussen enerzijds diensten die in het kader van de handhaving van de ordeningswetgeving in eerste aanleg zijn belast met de meer bestuurlijke rechtshandhaving (de zogenaamde inspecties 'nieuwe stijl' met een beperkte opsporingsbevoegdheid als *ultimum remedium*)[78] en anderzijds vier bijzondere opsporingsdiensten die gericht zijn op de strafrechtelijke handhaving onder het gezag van het Functioneel Parket van het Openbaar Ministerie.[79] Deze bijzondere opsporingsdiensten moeten blijven bestaan vanwege het specialistische karakter van de onderliggende ordeningswetgeving.[80] Toezicht en opsporing worden echter scherper van elkaar onderscheiden. Achterliggende gedachte daarvan is dat dit de transparantie in de bijzondere opsporing zal vergroten. Daarnaast speelt ook de wens tot versterking van de samenhang in de rechtshandhaving en een vergroting van de democratische controle een rol.[81]

De FIOD-ECD heeft in wezen twee heren. Enerzijds maakt hij organisatorisch en beheersmatig deel uit van het ministerie van Financiën, anderzijds staat hij in concrete onderzoeken – met uitzondering van de situatie bedoeld in art. 80, lid 4, AWR – onder gezag van het OM (art. 3 en 4 Wet BOD). Hierin komt duidelijk tot uitdrukking dat de dienst zich begeeft op het raakvlak van strafrechtspleging enerzijds en (handhaving van) de ordeningswetgeving anderzijds. Het ministerie van Financiën zal primair zijn geïnteresseerd in de strafrechtelijke ondersteuning van beleidsmatige doelen, het ministerie van Justitie vooral in een evenwichtige strafrechtspleging.[82] Deze soms gecompliceerde situatie heeft in de Wet BOD geleid tot de nodige aandacht voor de (coördinatie van de) aansturing van de opsporingsdiensten, ook vanuit het oogpunt van democratische controle op de diensten. Onder meer wordt daarbij gewerkt met handhavingsarrangementen die tussen de betrokken spelers worden afgesloten.

Complicaties doen zich bovendien voor, omdat de Belastingdienst/FIOD-ECD, naast taken op grond van art. 80 AWR (j° art. 3 Wet BOD), ook taken heeft op het gebied van de economische criminaliteit, waaronder, straks, de strafrechtelijke handhaving van de Wet op het financieel toezicht (art. 17 WED j° art. 3 Wet BOD). De achterliggende gedachte voor een bundeling van deze fiscale en economische taken

---

75 Projectgroep 'Regeerakkoord 1998 en Bijzondere opsporingsdiensten' (1999), p. 8.
76 Daartoe voorziet de Wet BOD in de oprichting van een criminele inlichtingeneenheid.
77 Vgl. het rapport *Transparantie in de bijzondere opsporing*, dat in 1998 werd uitgebracht.
78 Deze inspecties komen in de fiscale en financiële rechtshandhaving niet voor.
79 Kamerstukken II 2004/05, 30 182, nr. 3; Kamerstukken II 1999/00, 26 955, nr. 1, p. 4.
80 Kamerstukken II 2004/05 30 182, nr. 3, p. 4; Kamerstukken II 1999/00, 26 955, nr. 2, p. 7.
81 Kamerstukken II 1999/00, 26 955, nr. 1, p. 3.
82 Vgl. Kamerstukken II 2004/05, 30 182, nr. 3, p. 9.

is dat een geïntegreerde aanpak van fiscale en financiële fraude nodig is.[83] Het feit dat beide diensten thans deel uitmaken van dezelfde organisatie levert niet alleen een expertisebundeling, maar ook minder moeilijkheden bij het uitwisselen van gegevens op. De noodzaak daartoe kwam ook aan het licht in grote operaties als het Clickfondsonderzoek. De financiële bestrijding van het terrorisme heeft deze trend alleen maar versterkt.[84] Toch is deze bundeling van opsporingstaken ook opmerkelijk, omdat in het buitenland fiscale en financiële rechtshandhaving strikt gescheiden zijn.[85] Het samenbrengen van FIOD en ECD kan aldus moeilijkheden opleveren bij de uitwisseling van gegevens met het buitenland. Het roept bovendien de vraag op in hoeverre bevoegdheden die voor de fiscale opsporing werden toegekend, mogen worden gebruikt voor de financiële opsporing en *vice versa*. Die vraag wint nog aan gewicht, als we ons bedenken dat de opsporingsambtenaren van de FIOD, vaak ook nog de beschikking hebben over fiscale controlebevoegdheden. Daarover gaat de volgende paragraaf.

3.2.2.4 Sfeerovergang en sfeercumulatie

Een bespreking van de taken van de fiscus kan niet compleet zijn zonder tevens aandacht te besteden aan de problematiek die juist voor de fiscale en financiële rechtshandhaving van groot belang is. Wetsuitvoering, toezicht op de naleving (preventief onderzoek) en repressief onderzoek (waaronder ook het boeteonderzoek en opsporingsonderzoek) zijn onderling zeer nauw verbonden. Dat heeft allereerst ermee te maken dat in de regel dezelfde feiten en omstandigheden relevant zijn voor al deze verschillende doeleinden. Of iemand de belasting heeft ontdoken is immers niet goed te beoordelen zonder een (op zijn minst globaal) overzicht van zijn fiscale aangelegenheden. Er is dus een hoge mate van *materiële* samenloop tussen de verschillende procedures.[86] In de tweede plaats kennen we in Nederland niet de regel dat de ene procedure voorrang heeft op de andere. Als gevolg daarvan mogen meerdere procedures gelijktijdig of na elkaar worden gevoerd. Dat is volledig ter beoordeling van de betrokken autoriteiten. Fiscaal heffingsonderzoek hoeft bijvoorbeeld niet opgeschort als er in dezelfde zaak een strafrechtelijk onderzoek loopt. Er is met andere woorden ook de mogelijkheid van een *functionele* samenloop van procedures.[87] Een derde reden die kan worden genoemd voor een bespreking van de onderlinge verhoudingen tussen de procedures is het feit dat in een groot aantal gevallen dezelfde instanties verantwoordelijk zijn voor die procedures. We zouden dit aspecten van *organisatorische* en *personele* samenloop kunnen noemen.[88] Van deze personele samenloop zijn talloze voorbeelden te geven. Zo is in fiscale boeteproce-

83 Bron: Jaarverslag Belastingdienst 2002. Vanwege deze bundeling van taken hoort men soms wel pleidooien voor een naamswijziging van de FIOD/ECD in *Financiële* Inlichtingen en Opsporingsdienst (FIOD).
84 Kamerstukken II 2001/02, 28 320, nr. 2, p. 5.
85 Vgl. hoofdstuk 4.4.1.1.
86 Wortel (1991), p. 366-367; vgl. ook Wattel (1989), p. 320-321; Rosier (2001).
87 Wortel (1991), p. 367; Wattel (1989), p. 323.
88 Wortel (1991), p. 367.

dures dezelfde autoriteit bevoegd als in de heffingsfase, namelijk de inspecteur. Het bekendste voorbeeld is echter wellicht nog de FIOD, waarvan een aantal (opsporings)ambtenaren ook de beschikking heeft over fiscale controlebevoegdheden.[89] Daar komt nog bij dat – zo zagen we zojuist – in de praktijk de externe scheidingen tussen Belastingdienst en OM en de interne functiescheidingen in de Belastingdienst zelf,[90] in weerwil bijvoorbeeld van de tekst van art. 80 AWR, door de ATV-richtlijnen zijn omgevormd tot een gezamenlijke verantwoordelijkheid van alle betrokkenen.[91] Door het late *point of no return* dat is gekozen in de fiscale *una-via*regeling kunnen strafrechtelijk onderzoek en fiscaal onderzoek zeer lang samenlopen en is een hoge mate van coördinatie mogelijk.

> Voor dergelijke vormen van materiële, functionele en personele samenloop van procedures zijn overigens goede argumenten aan te dragen. Ik doe een (onvolledige) greep. De samenloop heeft onder meer te maken met de omstandigheid dat veel fiscale (en ook financiële) rechtshandhaving eenvoudig niet mogelijk is zonder de bijzondere expertise van het bestuur. Vandaar dat dit – als bestraffer, als aangever, danwel plaatsvervanger van het OM of als bijzondere opsporingsdienst – ook bij de punitieve handhaving is betrokken. Daarmee wordt tevens de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving van het eigen rechtsgebied onderschreven. Hierbij komt nog het bekende probleem bij dat veel fiscale criminaliteit niet aan het licht komt zonder een goed functionerend controleapparaat. Concrete slachtoffers ontbreken bijvoorbeeld. Zonder toezicht lijkt opsporing niet goed voorstelbaar. Kortom, het lijkt zinnig toezicht en opsporing op dit terrein niet te strikt uit elkaar te willen houden.

De problematiek die hier aan de orde is, is in de literatuur aangeduid als het probleem van de sfeerovergang en sfeercumulatie.[92] De ene sfeer (uitvoering, toezicht en/of repressief onderzoek, waarbij een verder onderscheid kan worden gemaakt tussen strafrechtelijk en bestuursrechtelijk onderzoek) kan samenvallen met de andere. Daardoor kunnen meerdere procedures gelijktijdig (parallel) worden gevoerd (sfeercumulatie), maar het is ook mogelijk dat de ene overgaat in de andere (sfeerovergang). Het meest problematisch zijn de samenloop van strafrechtelijk onderzoek met niet-strafrechtelijk onderzoek (ongeacht of dit punitief, danwel niet-punitief onderzoek is) en een samenloop van bestuurlijk punitief (boeteonderzoek) met niet-punitief onderzoek.

Waarom zijn juist deze varianten problematisch? In de kern komt het probleem er op neer dat in deze simultaan lopende of elkaar opvolgende procedures de spelers vaak dezelfde zijn (organisatorische samenloop) en dat het telkens gaat om een zoektocht naar dezelfde gegevens (materiële samenloop), maar dat de doeleinden

---

89 Zie art. 10 UrBd 2003. Dit geldt overigens niet voor het financieel recht. Financieel toezicht (AFM) en opsporing (Belastingdienst/FIOD-ECD) zijn strikt gescheiden.

90 De strafrechtelijke transactietaken berusten formeel bij het bestuur, de bestuurlijke boetetaken bij de inspecteur.

91 Vgl. Roording (1994), p. 252-253.

92 Wattel heeft bij mijn weten deze termen geïntroduceerd; Wattel (1989), p. 323.

waarvoor die gegevens, evenals de procedures, bevoegdheden en waarborgen die aan die doeleinden zijn gekoppeld, verschillen. Dezelfde persoon kan ten opzichte van de fiscus belastingplichtige zijn en verdachte in de connexe strafzaak. Hij kan ook derde zijn in het onderzoek naar de fiscale aangelegenheden van een ander, maar tegelijk medeverdachte in de strafzaak tegen die persoon. Kortom, afhankelijk van de concrete procedure – waarbij ik onderscheid tussen heffing, toezicht en repressief bestuurs- of strafrechtelijk onderzoek –, neemt hij verschillende posities in (verdachte, belastingplichtige en/of derde), terwijl de daaraan gekoppelde rechten en plichten verschillen. We zagen zojuist bovendien al dat de keuze voor de ene, danwel de andere procedure in hoge mate aan de betrokken autoriteit is.

Dit alles maakt het gevaar voor misbruik reëel. Bekend is vooral het conflict dat de fiscale medewerkingsplicht, die onder meer strafrechtelijk is gesanctioneerd (art. 68 en 69 AWR), kan doen ontstaan met het zwijgrecht in de boetefase, dat ook in art. 6 EVRM besloten ligt.[93] Een variant op dit probleem is de situatie waarin een betrokkene als belastingplichtige wordt gehoord, terwijl hij ook verdachte in een strafprocedure is. In beide situaties bestaat het gevaar dat zijn zwijgrecht (vgl. art. 29 Sv of 67j AWR) wordt omzeild, waarbij een extra complicatie ligt in het feit dat art. 29 Sv en 67j AWR inhoudelijk niet gelijk zijn.[94] Het bewandelen van de fiscale weg, terwijl ook een punitieve procedure aanhangig is, doet daarom denken aan een *détournement de procédure*: de ene procedure (het heffingsonderzoek) wordt gebruikt, waardoor de waarborgen uit de andere procedure (het boete- of strafrechtelijk onderzoek) worden omzeild.[95]

Wat hiervan te denken? In beginsel zijn de verschillende procedures gelijkwaardig, wat zou pleiten voor een vergaande keuzevrijheid van de betrokken autoriteiten. In het FIOD-arrest heeft de Hoge Raad echter bepaald dat een en ander er niet toe mag leiden dat de aan de verdachte *als zodanig* toekomende strafvorderlijke waarborgen – in het bijzonder het zwijgrecht – worden omzeild door een gebruik van controlebevoegdheden.[96]

> Dit arrest laat overigens onverlet dat de belastingplichtige nog steeds *als zodanig* kan worden gehoord en dat hij in dat geval ook tot medewerking verplicht is. In dat geval mogen onder dwang verkregen mondelinge inlichtingen niet als bewijs tegen hem worden gebruikt in het strafproces. Het FIOD-arrest beperkt zich tot de specifieke situatie waarin de FIOD, die *qualitate qua* over zowel opsporings- als controlebevoegdheden beschikt, een verdachte/belastingplichtige benadert. Voor het fiscale onderzoek blijft de medewerkingsplicht, evenals de afdwingbaarheid ervan volledig overeind.

---

93 EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (*Funke*).

94 Daarover onder meer Blomberg (2005), p. 416-417; Stevens (2005), p. 128-130; Albers (2002), p. 180; Knigge (2000), p. 83-96; Jansen (1999), p. 104-105; Hartmann (1998), p. 87 e.v. De Vierde tranche Awb (art. 5.0.11) lijkt hierin verandering te gaan brengen, waarover Blomberg (2005), t.a.p.

95 *Détournement de procedure* kan worden beschouwd als een bijzondere vorm van *détournement de pouvoir*; vgl. Schlössels (1998), p. 149.

96 HR 26 april 1988, NJ 1989, 390 (*FIOD-arrest*).

In het boeterecht is de positie van de belastingplichtige/boeteling een stuk minder sterk. De fiscus hoeft niet te kiezen tussen boete- en heffingsonderzoek. Integendeel, in het geval een betrokkene vragen worden gesteld, is hij in het boeteonderzoek alleen voor de zuivere schuldvragen ontslagen van zijn plicht te verklaren, maar voor het overige onverkort tot medewerking verplicht, ook in het boeteonderzoek.[97] De positie van de boeteling is daarmee slechter dan die van de strafrechtelijke verdachte van wie het zwijgrecht in het fiscaal strafrechtelijk onderzoek in ieder geval wel wordt erkend. Immers, de situatie waarin de betrokkene voor dezelfde feiten en ten opzichte van dezelfde ambtenaar voor de belastingheffing tot medewerking verplicht is, maar gelijktijdig voor het fiscale boete- of strafrechtelijk deel een (zeer beperkt) zwijgrecht toekomt, is moeilijk uit te leggen zonder 'in zelfs voor juristen zeer ijle hoogten van wereldvreemde nuance en subtiliteit te geraken.'[98]

> Dat het zwijgrecht in boetezaken alleen geldt voor de zuivere schuldvragen mag mijns inziens een anomalie heten die zich slecht verdraagt met de – gepropageerde – gelijkwaardigheid van het boete- en heffingsonderzoek. In wezen wordt het boeteonderzoek gereduceerd tot een beoordeling van alleen het morele element; voor het overige volstaat men met de import van de resultaten uit het heffingsonderzoek. Die benadering spoort evenmin met het fiscale strafrecht, waar de verdachte op basis van art. 29 Sv ook voor de zuiver fiscale vragen een zwijgrecht toekomt. Straks zal nog blijken dat de gekozen benadering in Nederland in wezen het tegengestelde is van de Duitse benadering.

De sfeercumulatieproblematiek is niet beperkt tot alleen een probleem met betrekking tot de waarborging van het zwijgrecht van de betrokkene. Het gaat om veel meer, in het bijzonder ook om de vraag in hoeverre het kan worden toegestaan dat de fiscus door een koppeling van zijn opsporing*staak* aan controle*bevoegdheden* (of *vice versa*) zelf nieuwe bevoegdheden in het leven roepen kan in plaats van dat de wetgever dat doet. Daarbij kan niet uit het oog worden verloren dat fiscale controlebevoegdheden strikt doelgebonden zijn en, net als opsporingsbevoegdheden, ingrijpende inbreuken op bijvoorbeeld de persoonlijke levenssfeer kunnen maken.[99] Dat raakt niet alleen de positie van de belastingplichtige/verdachte, maar ook die van derden. Mogen bevoegdheden die voor het ene doel werden gecreëerd, worden ingezet voor het andere doel? Dat probleem speelt vooral voor de fiscale tak van de Belastingdienst/FIOD-ECD, omdat deze zowel controle- als opsporingstaken heeft.

> Voor de *economische* tak van de Belastingdienst/FIOD-ECD is dit probleem minder aanwezig of zelfs geheel afwezig. Ten eerste zijn toezicht en opsporing in het financiële toezicht, zo zagen we zojuist, strikt gescheiden. Bovendien zijn de opsporingsbevoegdheden in de WED nadrukkelijk afgestemd op de toezicht-

97 Vgl. HR 26 juni 2001, AB 2002, 342; § 12 Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst. Over de gemengde vragen verder Stevens (2005), p. 123 e.v.
98 A-G Wattel in zijn conclusie bij HR 26 juni 2001, AB 2002, 342.
99 Vgl. Wortel (1991), p. 400.

bevoegdheden in Afdeling 5.2 Awb.[100] 'Het speciale karakter van de rechtsbetrekkingen die door ordeningswetgeving (vgl. ontheffing- en vergunningenstelsels), en de rechtsbelangen die door deze ordeningswetgeving worden beschermd, vragen nu eenmaal om bepaalde (toezicht- en opsporings)bevoegdheden, waarvan de toelaatbaarheid niet zonder meer kan worden afgemeten aan de criteria die in dat verband gelden in het commune straf(proces)recht. Tegen die achtergrond kan ook de wenselijkheid of de noodzaak worden verklaard van een vloeiende overgang en een optimale onderlinge afstemming tussen bestuurlijke toezichtbevoegdheden en de strafrechtelijke opsporingsbevoegdheden.'[101] *In fiscalibus* is niet voor deze oplossing gekozen – toezicht- en opsporingsbevoegdheden verschillen aanzienlijk.

Het antwoord op de zojuist gestelde vraag luidt (waarschijnlijk) ontkennend, voor zover die bevoegdheden *alleen* voor dat andere doel zouden zijn gebruikt.[102] Daarmee zijn we er echter nog niet.[103] Het probleem ligt namelijk precies in de *pluralité des buts* die we hierboven beschreven. Een controleonderzoek kan bijvoorbeeld wel *mede* opsporingsdoelen dienen. De Hoge Raad lijkt dit toe te staan.[104] Voor zover hij daarmee bedoelt dat voor het gebruik van een controlebevoegdheid alleen het heffingsdoel bepalend is, maar dat die gegevens mogen worden gebruikt voor fiscaal strafvorderlijke doeleinden, vind ik dat zeer verdedigbaar. Het fiscale ambtsgeheim staat dit uitdrukkelijk toe en kan in zoverre ook als waarborg worden gezien. Het waarborgt immers dat gegevens *alleen* mogen worden gebruikt voor de 'uitvoering van de belastingwet' (art. 67 AWR).[105] Voor andere, niet-fiscale doeleinden mogen de controle- én opsporingsbevoegdheden van de AWR niet worden gebruikt. Doet men dat wel, dan schendt men zijn ambtsgeheim.[106]

Dat laatste moet overigens meteen weer worden gerelativeerd. De uitzonderingen op art. 67, lid 1, AWR zijn immers – zo blijkt hieronder nog – zo talrijk dat het fiscale ambtsgeheim als buitengrens voor bevoegdhedentoepassing nauwelijks nog beschermende waarde heeft.[107] Daarbij wil ik nogmaals wijzen op het samengaan van de FIOD en de ECD tot één organisatie. Betekent dit nu ook dat

100 Vgl. Jansen (1999), p. 46-47.
101 Gritter, Knigge & Kwakman (2005), p. 76; zie ook p. 155.
102 In die zin Wattel (1989), p. 323-324. Twijfelend: Wortel (1991), p. 401- 402. Dat hangt, meen ik, samen met Wortels stelling dat de Hoge Raad meent dat het bredere begrip *controle* het engere begrip *opsporing* omvat, p. 403.
103 Vgl. Wattel (1989), p. 325.
104 Vgl. HR 26 april 1988, NJ 1989, 390; 13 mei 1997, NJ 1998, 481; 6 november 2001, NJ 2002, 189; en recent nog 15 november 2005, LJN AU3450.
105 HR 26 april 1988, NJ 1989, 390.
106 In HR 13 mei 1997, NJ 1998, 481, stond de HR toe dat controlebevoegdheden op basis van de Douanewet/Dw werden gebruikt voor de opsporing van drugsdelicten. Mijns inziens moet dit arrest aldus worden verstaan dat de controlebevoegdheden op basis van de Dw ook mogen worden gebruikt voor het binnen het Nederlandse grondgebied brengen van drugs en aldus onder het bereik van de Dw vallen; vgl. Corstens (2005), p. 298. Anders: Sjöcrona & Brouwer (2001), p. 442.
107 Vgl. De Zeeuw (1999).

> de fiscale controlebevoegdheden *mede* mogen worden gebruikt voor de opsporing van economische criminaliteit door de Belastingdienst/FIOD-ECD?[108] Ook dat is nu immers een taak van de Belastingdienst. Twijfels heb ik voorts bij de vele samenwerkingsverbanden waarin de fiscus participeert.[109] Zo zijn er convenanten tussen fiscus en politie waarin de fiscus participeert én waarbij hij zijn (strikt doelgebonden) fiscale onderzoeksbevoegdheden toepast ten behoeve van dat samenwerkingsverband, ook als dat deels buiten de sfeer van de handhaving van de belastingwet ligt. Mij lijkt dat regelrecht in strijd met de gedachte achter art. 67 AWR. Het probleem is dat de fiscus via art. 67 lid 2 AWR indirect ook de reikwijdte van zijn bevoegdheden bepaalt. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad is voor een rechtmatige toepassing van controlebevoegdheden immers afdoende dat deze *ook* het fiscale doel dienen, terwijl het gebruik nadien in handen van de fiscus zelf ligt. We zouden kunnen stellen dat andere autoriteiten aldus 'meeliften' op de – strikt doelgebonden – bevoegdheden van de fiscus.[110]

Het lijkt er echter op dat de Hoge Raad tevens wil toestaan dat voor de beslissing tot inzet van een fiscale controlebevoegdheid *ook*, mits maar niet *uitsluitend*, opsporingsoverwegingen mogen meespelen.[111] Daaruit blijkt impliciet dat hij niet van mening is dat de wetgever de fiscale controlebevoegdheden van de AWR uitsluitend voor controledoeleinden in het leven heeft geroepen.[112]

> Wattel vermoedt dat uit het FIOD-arrest nog een andere beperking moet worden afgeleid: alleen wanneer de controlebevoegdheid wordt 'gedekt' door een (zwaardere) opsporingsbevoegdheid, is het gebruik ervan voor opsporingsdoelen toegestaan ('wie het meerdere mag, mag ook het mindere'). Op basis hiervan zou het ten tijde van het wijzen van het FIOD-arrest ontoelaatbaar zijn geweest dat derden met gebruikmaking van fiscale controlebevoegdheden werden benaderd, omdat, afgezien van de getuigplicht voor de rechter, strafvorderlijke bevoegdhe-

108 Immers, om met Sjöcrona en Brouwer (2001), p. 443, te spreken, de bestrijding van de economische fraude behoort sinds de samenvoeging van FIOD en ECD tot de kerntaken van de fiscus.

109 Vgl. het Voorschrift inzake de samenwerking van de Belastingdienst met de politie en andere opsporingsinstanties van 25 april 1996, AFZ96/1608M-1; het Voorschrift inzake bijstandsverlening aan en door de Politie en andere opsporingsinstanties, AFZ96/1608M-2; het Voorschrift inzake de samenwerking van de Belastingdienst met andere bestuursorganen buiten de opsporing, AFZ96/1608M-3.

110 Vgl. Gritter, Knigge & Kwakman (2005), p. 158 en 164.

111 Bij mijn weten heeft de Hoge Raad de beperking die besloten ligt in het woord '*mede*' nooit met zoveel woorden aangebracht. Min of meer algemeen wordt echter aanvaard dat dit wel is wat de Hoge Raad bedoelt. Daarover, *onder meer*, Kamerstukken I 1995/96, 23 700, nr. 188b, p. 3; Corstens (2005), p. 296-298; Knigge & Kwakman (2001), p. 295; Valkenburg (2001), p. 192-193; Buruma (1993), p. 207-208; Wattel (1989), p. 325; Knigge (1988); A-G Keijzer in zijn conclusie bij HR 6 november 2001, NJ 2002, 189.

112 Zou dat anders zijn, dan zouden deze niet voor opsporingsdoeleinden mogen worden gebruikt. Dit laatste lijkt de mening van A-G Keijzer in zijn conclusie bij HR 6 november 2001, NJ 2002, 189; vgl. ook Knigge & Kwakman (2001), p. 295.

> den jegens derden destijds ontbraken.[113] Deze waren tegenover het OM of de opsporingsambtenaar niet tot medewerking verplicht.[114] Wattel's opvatting wordt in het Voorschrift informatie fiscus banken in ieder geval niet onderschreven. Daar wordt ervan uitgegaan dat fiscale controlebevoegdheden jegens banken als derde ook voor opsporingsdoeleinden mogen worden gebruikt.[115] Het gebruiken van controlebevoegdheden kan overigens voor de betrokkene ook voordelen opleveren als die controlebevoegdheden minder belastend zijn.[116]

Door de oplossing van de Hoge Raad wordt het mijns inziens belangrijkste aspect van de sfeercumulatieproblematiek wel erg eenvoudig opzij geschoven. In zijn arrest ligt besloten dat hij van mening is dat de keuze tussen opsporings-, danwel heffingsprocedure en daarmee de keuze tussen de verschillende soorten bevoegdheden, volledig bij de fiscus ligt. Door toe te staan dat overwegingen die een rol spelen in de ene procedure *mede* bepalend mogen zijn voor de toepassing van bevoegdheden die zijn gekoppeld aan een andere procedure, geeft de rechter een essentieel deel van de controle bij voorbaat uit handen.[117] De rechter resteert de (zéér) marginale controle of controlebevoegdheden niet *uitsluitend* voor opsporingsdoeleinden worden gebruikt. Dat is mijns inziens te betreuren. De geconstateerde hoge concentratie van verschillende taken, met daaraan gekoppeld verschillende onderzoeksbevoegdheden, zou juist moeten meebrengen dat de fiscus (FIOD) verantwoorden moet waarom hij, binnen de grenzen van het ambtsgeheim, nu eens de ene, dan weer dan andere weg bewandelt. Daarvoor is nodig dat de (rechtmatkigheid van de) toepassing van de bevoegdheid *uitsluitend* wordt getoetst aan de procedure waaraan ze is gekoppeld.[118] Alleen dan is effectief toetsbaar of bevoegdheden niet in wezen worden gebruikt voor om het even welk doel, omdat het alleen dan opvalt wanneer de fiscus nu eens een controlebevoegdheid gebruikt en dan weer eens een opsporingsbevoegdheid. Deze wordt zo tot transparantie en daarmee tot verantwoording gedwongen, wat mijns inziens een noodzakelijk tegenwicht is voor de grote machtsconcentratie.

> Overigens gaat het hier ten dele om een vrij theoretische discussie. FIOD-ambtenaren met opsporingsbevoegdheden maken in de praktijk, zo is mij verteld, vrijwel alleen nog gebruik van hun opsporingsbevoegdheden. Dat ligt ook voor

---

113 Inmiddels is het strafvorderlijk bevoegdhedenarsenaal aanzienlijk uitgebreid; *infra* paragraaf 3.3.4.1, onder A.

114 Wattel (1989), p. 325.

115 Stcrt. 2002, 58, waarover *infra* paragraaf 3.3.4.1, onder B.

116 Vgl. onder meer § 7.3 Voorschrift inzake de samenwerking van de Belastingdienst met de Politie en andere opsporingsinstanties, Besluit van 25 april 1996, AFZ96/1608M-1, Bestelnummer: 21398, laatst gewijzigd bij besluit van 28 juni 1999, nr. AFZ99/1489U, Bestelnummer: 28554, gepubliceerd in V-N 1996/1931, pt. 3.

117 Een verklaring daarvoor zou kunnen zijn dat de rechter zich anders te veel op de stoel van het bestuur zou plaatsen.

118 Dat betekent niet dat de gegevens niet voor andere doeleinden mogen worden gebruikt. Fiscale heffing en opsporing vallen beide onder de 'uitvoering van de belastingwet', als bedoeld in art. 67 AWR.

de hand, omdat de medewerkers van de opsporingstak van de FIOD vrijwel alleen nog opsporingstaken vervullen; het gebruik van controlebevoegdheden door hen zou *détournement de pouvoir* opleveren. Dat laat onverlet dat ze – desgevallend – wel controlebevoegdheden zouden kunnen gebruiken. Ook paragraaf 16 van het Voorschrift informatie fiscus/banken 2002 anticipeert daarop.[119] In dit verband wil ik in herinnering brengen dat met de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten een scheiding tussen toezicht en opsporing wordt beoogd. Is men daarmee consequent, dan moet dit betekenen dat de medewerkers opsporing van de FIOD voortaan alleen nog opsporingsbevoegdheden kunnen uitoefenen. Paragraaf 16 Vifb 2002 moet dan mijns inziens komen te vervallen.

Ten slotte resulteert de sfeercumulatieproblematiek in een sturingsprobleem. Dat geldt opnieuw vooral voor de Belastingdienst/FIOD-ECD, die als gezien twee heren dient. Enerzijds valt hij onder het ministerie van Financiën, anderzijds staat hij onder gezag van het OM (m.u.v. de situatie in art. 80, lid 4, AWR). Die situatie kan problematisch zijn, wanneer de FIOD zich in concrete zaken inderdaad van pettenwissels zou bedienen en bijvoorbeeld controlebevoegdheden voor opsporingsdoeleinden gebruikt. Wie houdt daarop ambtelijk toezicht? Als de controlebevoegdheden inderdaad, al is het maar ten dele, moeten zijn ingebed in een fiscaal controleonderzoek, zijn er in het concrete onderzoek twee autoriteiten die hiërarchisch toezicht op de FIOD houden. Afstemming is dan vereist.[120] Bovendien, bij welke rechter moet de burger in zo'n geval wezen: gaat hij naar de belastingrechter, naar de strafrechter of naar de burgerlijke rechter in kort geding? Wordt hij niet van het kastje naar de muur gestuurd?[121] De rechtmatigheid van onderzoekshandelingen kan, bij gebreke van afzonderlijke rechtsmiddelen,[122] in de regel pas worden aangekaart in de fiscale of strafrechtelijke procedure ten gronde, waarbij men nog moet afwachten of de fiscale, danwel de strafrechter bereid is om de rechtmatigheid van de gegevensvergaring te beoordelen, als het gaat om handelingen die niet onder zijn absolute competentie vallen. Het lijkt erop dat ook op deze wijze het daadwerkelijk uitoefenen van controle moeilijk wordt gemaakt.[123] Bij mijn weten is deze vraag nog nauwelijks aan de rechter voorgelegd.[124]

---

119 *Infra* paragraaf 3.3.4.1, onder B.

120 Vgl. Gritter, Knigge & Kwakman (2005), p. 154-155.

121 Over dat laatste Groenhuijsen & Knigge (2004), p. 121 e.v.

122 We zullen nog zien dat een inlichtingenvordering in de regel geen appelabel besluit oplevert; paragraaf 3.3.3.3.

123 Ook Seerden, Aantekening 5 bij artikel 5:20 Awb, vraagt zich af in hoeverre de strafrechter de toezichthandelingen kan toetsen. Indien overtreding van het meer algemene artikel 184 Sr (het niet voldoen aan een ambtelijk bevel) ten laste wordt gelegd, ziet hij meer mogelijkheden voor toetsing door de strafrechter.

124 Dat is anders voor het *gebruik* van (strafrechtelijk) onrechtmatig bewijs (in het bestuursrecht of *vice versa*). Daarvoor biedt de uitspraak van de HR 1 juli 1992, BNB 1992, 306, voldoende houvast, waarover uitvoerig Embregts (2003). De hier opgeworpen vraag gaat daaraan vooraf, namelijk is de gegevens*vergaring* op zich rechtmatig en wie houdt daarop controle?

Ik kon twee verwante casusposities vinden. In Hof Leeuwarden 2 november 2005, AB 2006, 106, oordeelt het Hof in een WAHV-zaak (verkeersovertreding) dat 'de bevoegdheid van het hof niet verder strekt dan het toepassingsgebied van de WAHV. Voor zover het beroep van de gemachtigde zich uitstrekt tot de rechtmatigheid van de strafrechtelijke aanhouding en ophouding van de betrokkene en tot de bejegening van de betrokkene in dat kader, staat het beroep derhalve niet ter beoordeling van het hof.' Dat lijkt erop te duiden dat het hof inderdaad niet verder wil kijken dan zijn eigen neus lang is. Die benadering verschilt mijns inziens van Rb. Rotterdam 21 november 2005, AB 2006, 47, waarin de Rb. Rotterdam, sector bestuursrecht, in een boetezaak het gedrag van FIOD-ambtenaren in een eerder strafrechtelijk verhoor wel toetst en in aanmerking neemt voor het zwijgrecht van de betrokkene in de boetezaak![125]

3.2.2.5 Conclusies

Als ik het voorgaande samenvat, dan meen ik dat de sfeercumulatieproblematiek – naast de zorg voor een omzeiling van het *nemo-tenetur*beginsel – in essentie neerkomt op het inzichtelijk maken van en houden van controle op de keuzes die de fiscus bij de feitelijke uitvoering van zijn taken maakt. Enerzijds kunnen we constateren dat toezicht en opsporing nauwelijks te scheiden zijn, alleen al vanwege de materiële en functionele samenloop die bestaat, maar anderzijds blijkt het juist daardoor soms buitengewoon lastig te achterhalen wat nu de werkelijke bedoelingen zijn van de uitvoerende diensten, *in casu* de fiscus.

Het indammen van een al te grote machtsconcentratie is een probleem dat zowel in de innerstatelijke als in de transnationale samenwerking aandacht nodig heeft. Deze controle acht ik een essentieel tegenwicht voor de concentratie van taken die men nodig vond voor een efficiënte fiscale rechtshandhaving. Dat probleem speelt vooral bij de FIOD, omdat deze beschikt over verschillende typen bevoegdheden en omdat vooral bij deze dienst de mogelijkheden tot rechterlijke en ambtelijke controle beperkt zijn. Waarborgen tegen een al te grote machtsconcentratie en het bijhorende gevaar voor willekeur moeten worden gezocht in het fiscale ambtsgeheim (art. 67 AWR) en in de beperkingen die de Hoge Raad aanbracht in het FIOD-arrest. De aan de verdachte als zodanig toekomende waarborgen moeten worden gerespecteerd – wat vooral lijkt te betekenen dat hem in verhoorsituaties een zwijgrecht toekomt – en controlebevoegdheden mogen (waarschijnlijk)[126] alleen *mede* voor opsporingsdoeleinden worden gebruikt. Met de Wet BOD heeft voor de FIOD de overigens ook in de praktijk al bestaande institutionele scheiding tussen toezicht en opsporing een wettelijke basis gekregen.[127]

---

125 Jansen wijst er in zijn noot bij het arrest van het hof terecht op dat dit anders kan zijn, wanneer er een specifiek rechtsmiddel is of had kunnen worden benut.

126 Zie *supra* noot 111.

127 Vgl. Aanwijzing 132 van de aanwijzingen voor de regelgeving en de toelichting daarbij (doorlopende tekst tot en met 7e wijziging, Stcrt. 2005, 87): 'Het is van belang toezicht te onderscheiden van opsporing. Weliswaar hebben toezichthouders soms ook opsporingsbevoegdheid, maar met het oog zowel op de rechten van de belanghebbende, respectievelijk

Persoonlijk vind ik deze waarborgen aan de magere kant. Ze bieden naar mijn smaak weinig bescherming. Allereerst acht ik de toetsmaatstaf van het FIOD-arrest te beperkt. Deze slaat een stap over, doordat de fiscus nauwelijks wordt gedwongen om inzichtelijk te maken waarom hij in voorkomend geval nu eens voor de ene weg en dan weer voor de ander kiest. Voor die vraag is in een toets waarin het gebruik van controlebevoegdheden *mede* opsporingsdoeleinden dienen kan (of *vice versa*) geen plaats meer. De onderliggende procedures zijn immers al in elkaar verstrikt geraakt.

Bovendien moet worden opgemerkt dat een cumulatie van sferen zich *de facto* allang niet meer alleen binnen de FIOD voordoet. In de praktijk blijkt de fiscus zo nauw samen te werken met bijvoorbeeld het OM, dat de organisatorische scheidingen die zijn aangebracht tussen de fiscale controle (de eenheden), het boeteonderzoek (idem), de opsporing (de FIOD) en de leiding van het opsporingsonderzoek (het OM of bestuur van de Belastingdienst) naar mijn mening eerder controle bemoeilijken dan mogelijk maken. Dwingende keuzes voor de ene, danwel de andere weg hoeven, door het zeer late *point of no return* van de *una-via*regeling, pas in een zeer laat stadium te worden gemaakt. Wat aldus formeel organisatorisch van elkaar is gescheiden, wordt in de praktijk weer bij elkaar gebracht; de waarborgen die in een functiescheiding besloten zouden kunnen liggen, worden weer ongedaan gemaakt.[128] Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke rechtshandhaving gaan praktisch hand in hand en zijn alleen op papier gescheiden. Dat roept onder meer de vraag op of niet altijd het uitgangspunt zou moeten zijn, dat – zoals de HR verwoordde in het FIOD-arrest – de aan de verdachte of boeteling toekomende waarborgen niet mogen worden omzeild.

Hierbij komt nog dat de fiscus, naast de ruimte die de rechter hem biedt bij de inzet van controlebevoegdheden voor andere doeleinden, in aanzienlijke mate in staat is zelf de reikwijdte van zijn fiscaal ambtsgeheim te bepalen, hoewel daarin mogelijk binnenkort verandering komt.[129] Een zeer belangrijke waarborg tegen misbruik wordt aldus uitgehold.

3.2.3 Het Openbaar Ministerie (OM)[130]

3.2.3.1 Algemeen

In de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde neemt het Openbaar Ministerie een centrale positie in. Hieronder bespreek ik de taken en organisatie van het OM eerst in algemene zin, waarin ik in de volgende twee subparagrafen inga op zijn verhoudingen tot de (bijzondere) opsporingsdiensten en tot de rechter-commissaris.

---

verdachte, als op de verhouding tot het openbaar ministerie moet zoveel mogelijk duidelijk zijn wanneer sprake is van toezicht en wanneer van opsporing.'

128 De vraag is overigens of een strikt personeel onderscheid tussen toezicht en opsporing altijd wel even veel zin heeft; vgl. Knigge & Kwakman (2001), p. 291 e.v.

129 Daarover paragraaf 3.4.2.

130 In het onderstaande gebruik ik de termen 'Openbaar Minisiterie' en 'officier van justitie' als synoniemen.

NEDERLAND

De taak van het OM is neergelegd in art. 124 RO: 'Het openbaar ministerie is belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en met andere bij de wet vastgestelde taken.' Onder 'strafrechtelijke handhaving' wordt in de praktijk verstaan de daadwerkelijke voorkoming, opsporing, beëindiging, vervolging en berechting van strafbare feiten, evenals de tenuitvoerlegging van beslissingen van de rechter of de officier van justitie in strafzaken.[131] De term heeft betrekking op de Nederlandse rechtsorde, hoewel het vaker en vaker moeilijk zal zijn om precies af te bakenen waar deze precies ophoudt.[132] De term handhaving lijkt bovendien nader te moeten worden beperkt tot de handhaving bij de gerechten om de taak van het OM niet oeverloos te laten uitdijen.[133]

Het OM is een gedeconcentreerde organisatie, die bestaat uit negentien parketten gekoppeld aan de arrondissementen van de rechtbanken. De (substituut)officieren van justitie binnen ieder parket worden aangestuurd door een hoofdofficier van justitie. Het College van procureurs-generaal staat aan het hoofd van het OM. Uiteindelijk is het OM ondergeschikt aan de minister van justitie, die algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven (art. 127 RO). Naast de negentien parketten kent het OM ook een tweetal landelijk opererende parketten, namelijk het landelijk parket, belast met de opsporing en vervolging van zware en grensoverschrijdende criminaliteit, en het functioneel parket.[134] Het laatste werd in 2003 opgericht en heeft met de invoering van de wet Bijzondere opsporingsdiensten een wettelijke basis gekregen. Dit onderdeel van het OM is belast met de leiding over onderzoeken die worden gevoerd door de bijzondere opsporingsdiensten, waaronder de Belastingdienst/FIOD-ECD. Voor dit onderzoek is het functioneel parket dus van bijzonder belang. Vermeldenswaard zijn ook de Informatie en Coördinatie Centra voor internationale rechtshulp (IRC). Dat zijn samenwerkingsverbanden tussen OM en politie die kunnen worden beschouwd als postbus voor rechtshulpverzoeken, maar ook als kwaliteitsbewaker en als vraagbaak voor betrokken actoren. Deze afdelingen zijn belast met de afdoening en coördinatie van rechtshulpverzoeken.[135]

De algemene taak van het OM wordt gespecificeerd in een aantal bijzondere wetten. Van bijzonder belang is uiteraard het Wetboek van Strafvordering. Uit art. 148, lid 1, Sv is af te leiden dat de officier van justitie zelf ook opsporingstaken heeft; hij is eerste opspoorder. Daarnaast is hem het gezag over de opsporing toegekend. Hij geeft daarom bevelen aan de overige personen die met de opsporing zijn belast (art. 148, tweede lid, en art. 148a, tweede lid, Sv). Deze opsporingsambtenaren zijn verplicht de door hen opgemaakte processen-verbaal te doen toekomen aan de officier van justitie (artikelen 155-157 Sv).

---

131 Kamerstukken II 2002/03, 28 886, nr. 3, p. 5; Kamerstukken II 1991/92, 22 562, p. 8; Corstens (2005), p. 105 en 113-114.

132 Vgl. Baaijens-van Geloven (2001), p. 377 e.v.

133 Corstens (2005), p. 114.

134 Zie over de (re)organisatie van het OM ook Kamerstukken II 2003/04, 28 684, nrs. 25, 26 en 37.

135 Vgl. Kamerstukken II 2004/05, 29 845, nr. 3, p. 7; Beijer e.a. (2004), p. 212-213; Sjöcrona & Orie (2002), p. 219-220.

De positie van het OM kenmerkt zich door een grote mate van autonomie in het vooronderzoek. Dat blijkt, naast het gezag over de opsporingsdiensten, ook uit het feit dat er (vrijwel)[136] geen andere autoriteiten zijn die (strafrechtelijk) kunnen vervolgen. Het OM heeft het vervolgingsmonopolie.[137] Daarmee wordt een aanzienlijke verantwoordelijkheid bij hem gelegd. Dat is een bewuste keuze van de wetgever geweest. Het OM mag niet eenzijdig opkomen voor de belangen van particulieren of de overheid, maar streeft naar de handhaving van het recht.[138] Deze keuze wordt onderstreept door het opportuniteitsbeginsel. Het OM is niet verplicht te vervolgen, maar kan, rekening houdend met de bijzondere omstandigheden van het geval, in een concreet geval besluiten niet te vervolgen, ook al is er sprake van een strafbaar feit (art. 167, lid 2, en art. 242, lid 2, Sv). Het opportuniteitsbeginsel en het vervolgingsmonopolie gaan daarbij hand in hand. Ze verschaffen het OM ruime discretionaire bevoegdheden en stellen het in staat om – gebaseerd op redenen van algemeen belang – keuzes te maken en beleid te voeren. Om een te grote machtsconcentratie tegen te gaan, kan controle op het OM worden gehouden door (onder meer) het klachtrecht van art. 12 Sv,[139] maar ook via de politieke lijnen of via richtlijnen waarin het vervolgingsbeleid van het OM is bekend gemaakt.[140]

> De zojuist verwoorde strafrechtelijke controle- en sturingsprincipes, zoals het opportuniteitsbeginsel, hebben betrekking op de strafrechtspleging alleen. Ze zijn niet van toepassing op de verhouding tussen straf- en bestuursrechtelijke rechtshandhaving. Er bestaat immers geen rangorde tussen beide procedures. Een bestuurlijke boeteprocedure is niet achtergesteld op het strafprocesrecht.[141] Omgekeerd hebben bestuursorganen weinig tot niets te vertellen over een beslissing van het OM om al dan niet te vervolgen.[142] Hierboven bleek dat – door parallelle competenties van OM en bestuursorganen – soms afstemming nodig is. Die wordt tegenwoordig bereikt door min of meer geformaliseerde overlegstructuren (handhavingsarrangementen), zoals de ATV-richtlijnen of – in mindere mate – het convenant tussen AFM en OM.[143] Vermeldenswaard is in dit verband de bepaling in het voorstel Vierde Tranche Awb, waarin het OM een beslistermijn van dertien weken toebedeeld krijgt om te beslissen of het een feit vervolgen zal, waarvoor het bestuursorgaan ook een boete op kan leggen (art. 5.4.1.5 voorstel). Die overlegplicht geldt niet in de omgekeerde situatie.[144]

136 Art. 80 j° 76 AWR zou als gezegd als een uitzondering hierop kunnen worden beschouwd.
137 Corstens (2005), p. 57-58.
138 Simmelink (2004), p. 189.
139 Daarover onder meer Corstens (2005), p. 101-108.
140 Dergelijke beleidsregels zijn recht in de zin van art. 79 RO.
141 Vgl. het voorstel van Corstens (2001) voor een primaat van de strafrechtspleging.
142 Behoudens het indienen van een klacht tegen niet verdere vervolging; vgl. Hof Amsterdam 30 juni 2000, 99/266/12 Sv, JOR 2000, 154.
143 Hierover ook Simmelink (2004), p. 229, i.h.b.z. p. 240-242.
144 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 138-139; Corstens (2001). Kritisch over deze regeling Rogier (2000).

Het OM heeft niet alleen taken in de onderzoeksfase (als opspoorder en leider van het onderzoek). Ook in de fasen erna vervult het taken, uiteraard als 'vervolger' ten overstaan van de strafrechter, maar ook als de instantie die verantwoordelijk is voor de tenuitvoerlegging van vonnissen van de strafrechter. Binnenkort komt daar nog een bevoegdheid bij. Op basis van het wetsvoorstel OM-afdoening krijgt het OM de bevoegdheid om strafbeschikkingen op te leggen. In die gevallen treedt het OM daadwerkelijk bestraffend op. Dat levert een executabele beschikking op, waartegen de betrokkene in verzet moet bij de strafrechter.[145] Deze regeling zal in de plaats komen van de transactie. Ik laat haar hier verder rusten.

3.2.3.2 Het begin van de opsporing; de verhouding van het OM tot de Belastingdienst/ FIOD-ECD

Als gezegd wordt de taak van het OM (de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde) voor een belangrijk deel uitgewerkt in het Wetboek van Strafvordering. Hij wordt ook nog in andere wetten gespecificeerd. In artikel 13 van de Politiewet 1993 is bijvoorbeeld bepaald dat de (reguliere) politie bij de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde of wanneer ze taken verricht ten dienste van de justitie, onder gezag staat van de officier van justitie (tenzij een bijzondere wet anders bepaalt).[146] Sinds de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten is een en ander voor de Belastingdienst/FIOD-ECD te vinden in art. 3 jº 4 van die wet.[147] Daarmee ligt voor het eerst wettelijk vast dat ook de bijzondere opsporing bij de vervulling van haar strafrechtelijke taken onder gezag van het OM (functioneel parket) opereert.

Een zeer omstreden punt bij dit alles is hoe de begrippen 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde', 'opsporing' en 'strafvordering' zich tot elkaar verhouden.[148] Deze begrippen mogen naar geldend recht niet gelijk worden gesteld aan elkaar. In de wettelijke systematiek is het begrip 'opsporing' beperkt tot de fase ná het ontstaan van een verdenking. Tot 1 februari 2000 betekende dit dat van opsporing sprake was na het ontstaan van een redelijke verdenking in de zin van art. 27 Sv.[149] Na deze datum, waarop de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (Wet BOB) in werking trad, werd dit verdenkingsbegrip, voor de zware georganiseerde criminaliteit, verruimd tot de zogenaamde pro-actieve opsporing of vroegsporing[150] (vgl. art. 132a Sv).[151] Hoewel daarmee werd bereikt dat in een eerder stadium meer,

145 Dat betekent overigens dat in dergelijke zaken rechtshulpverzoeken mogelijk zijn.

146 Het OM staat daarbij overigens onder negatieve controle van de politie: het kan zijn gezagspositie niet uitoefenen als het geen informatie van de politie krijgt; Corstens (2005), p. 110.

147 Kamerstukken II 2004/05, 30 182, nrs. 1-2.

148 Daarover ook Klip/Swart/Van der Wilt, par III.1.1, aant. 3 (Klip).

149 Vgl. ook de definitie van opsporing door de Hoge Raad (onder het oude recht) in HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 (m.n.t Schalken) (*Zwolsman-arrest*).

150 Corstens (1995).

151 Daarnaast kent het Wetboek van Strafvordering sinds de invoering van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, Stb. 1999, 245, ook een regeling voor het zogenaamde verkennend onderzoek, dat geen opsporingsonderzoek is, maar dus wel strafvordering (art. 126gg Sv).

in het bijzonder de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden, mogelijk werd en dat ook de controle op de vroegsporing werd versterkt, bleef het wettelijke uitgangspunt dat voor de toegang tot het strafvorderlijk controle- en attributiesysteem (nu nog) een verdenking nodig is.[152] De strafvordering neemt pas een aanvang op het moment dat een verdenking aanwezig is. Daarvóór mag de burger zich gevrijwaard achten van strafvorderlijke overheidsbemoeienis.

> Naast de verruiming van het verdenkingsbegrip die werd aanvaard ten behoeve van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit, bestaat ook een verruiming in het economische strafrecht. Voor de toepassing van de WED-bevoegdheden maakte de Hoge Raad onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis uit dat 'bij de handhaving van bepaalde economische voorschriften (...) de opsporing zich niet alleen [kan] richten op gevallen waarin sprake is van een concrete verdenking van een door een bepaalde persoon gepleegd delict. Zijn er *aanwijzingen* [cursief ML], dat een economisch voorschrift niet is nageleefd, dan brengt het belang van de opsporing mee dat (...) wordt nagegaan waar zich in concreto een overtreding voordoet.'[153] Algemeen wordt aangenomen dat dit verruimde verdenkingsbegrip geldt voor alle in de WED genoemde opsporingsbevoegdheden.[154] Vreemd genoeg geldt die verruiming niet voor de fiscale criminaliteit. Vreemd, omdat dezelfde argumenten die vóór een verruimd begrip spelen in het economische strafrecht eveneens spelen in het fiscale.[155]

Naar geldend recht is dus pas sprake van opsporing als een verdenking voorligt. Daaraan is het gevolg gekoppeld dat vanaf dat moment – en niet eerder – de normen van het Wetboek van Strafvordering (en/of de WED) toepasselijk zijn.[156] Dit alles wil echter niet zeggen dat ook de 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde' gebonden is aan een verdenkingsbegrip. Integendeel, het is de politie en ook de bijzondere opsporing zeker toegestaan een 'informatiepositie' op te bouwen bijvoorbeeld door het opslaan, bewerken, gebruiken en analyseren van gegevens of door het vergaren van gegevens door de toepassing van niet-ingrijpende middelen. Een verdenking is daarvoor niet vereist.[157] Uiteraard moet wel de politietaak – in dit geval de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (art. 13 Polw 1993; art. 3 Wet BOD) – zijn gediend. Ook hier staat de politie onder gezag van het OM. Echter, de strafvorderlijke controlemechanismen, zoals de verbaliseringsplicht (art. 152 Sv), zijn dan niet van toepassing, omdat van strafvordering geen sprake is.[158]

---

152 Jansen (1999), p. 45; Wattel (1989), p. 322.
153 Hoge Raad 9 maart 1993, NJ 1993, 633, r.o. 5.2; hierover ook Gritter, Knigge & Kwakman (2005), p. 79 e.v.
154 Zie onder meer Jansen (1999), p. 46-47. Anders: Brouwer (1999), p. 47-49. Vgl. ook Gritter, Knigge & Kwakman (2005), p. 93 e.v.
155 Over die redenen Gritter, Knigge & Kwakman (2005).
156 Knigge & Kwakman (2001), p. 248.
157 Vgl. Kamerstukken II 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 9.
158 Discutabel is of dergelijk optreden 'toezicht' in de zin van de Awb is (art. 5:11 Awb); daarover Jansen (1999), p. 50; Knigge & Kwakman (2001), p. 282.

NEDERLAND

Overzien we het voorgaande, dan blijkt dat het Openbaar Ministerie bij de strafrechtelijke rechtshandhaving een leidende rol heeft over de (bijzondere) opsporingdiensten. Die leidende rol, en de daarbij horende controle- en sturingsmechanismen (vgl. art. 148, lid 2, en 157 Sv) zijn echter alleen voor de opsporings- en vervolgingsfase nader uitgewerkt. Daarbuiten geldt weliswaar het gezag van het OM, maar dat is, met uitzondering van art. 4 Wet BOD, verder niet uitgewerkt.[159] Dat heeft tot kritiek geleid.[160] Er is gepleit voor een afschaffing van het verdenkingsbegrip als sleutel voor toegang tot het strafvorderlijk systeem.[161] Een groot aantal auteurs meent dat het normatieve, aan een verdenking gekoppelde opsporingsbegrip moet worden losgelaten. Opsporing kan dan bijvoorbeeld worden gedefinieerd als ieder optreden dat is gericht op het nemen van strafvorderlijke beslissingen.[162] Via een omweg – namelijk de bestrijding van het terrorisme – lijkt dat er nu inderdaad van te komen. Met het wetsvoorstel 'Verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven' wordt art. 132a Sv gewijzigd. Daarin wordt de volgende definitie van opsporing gegeven: 'Onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.'[163] Het verdenkingscriterium zal dan vervallen.[164]

3.2.3.3 De verhouding tot de rechter-commissaris

Hoewel het Openbaar Ministerie in het opsporingsonderzoek een dominante positie inneemt, betekent dit bepaald niet dat het ook de enige actor is. Het OM heeft, naast de opsporingsdiensten, ook te maken met de rechter-commissaris (r-c). De relatie tussen OM en deze rechter behoeft enige verduidelijking om de taken van het OM beter te kunnen duiden. Van oudsher wordt het strafrechtelijke vooronderzoek opgedeeld in een opsporingsonderzoek en een gerechtelijk vooronderzoek (GVO; art. 181-241c Sv). Het OM heeft de leiding over het eerste, de rechter-commissaris over het laatste. Als de officier van justitie dat wenst, kan hij de opening van een gerechtelijk vooronderzoek vorderen (art. 181 Sv). De rechter-commissaris kan, anders dan het OM, dus niet uit eigen beweging actief worden; hij kan niet

159 Vgl. nogmaals de opmerkingen van Jansen over de toepasselijkheid van de Awb op dit schemergebied; *supra* noot 155.

160 Vgl. Reijntjes (1989). Over de precieze definitie en inrichting van de opsporingstaak en het opsporingsbegrip is, zeker na de voorstellen van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001, (weer) veel discussie; vgl. Corstens (2005); Groenhuijsen (2001) en Reijntjes (2001); Knigge & Kwakman (2001); Cleiren in haar commentaar op art. 1 Sv; Mevis (1990).

161 Dit pleidooi mag niet worden verward met een pleidooi voor afschaffing van het verdenkingscriterium als voorwaarde voor toepassing van bevoegdheden.

162 Vgl. Reijntjes (2001).

163 Kamerstukken II 2005/06, 30 164, nrs. 1-2.

164 Daarmee zou ook het verruimde WED-verdenkingsbegrip niet meer nodig zijn; vgl. Gritter, Knigge & Kwakman (2005), p. 81.

'zichzelf adiëren'.[165] De meerwaarde van het gerechtelijk vooronderzoek ligt besloten in de hogere mate van onpartijdigheid en objectiviteit van de leidinggevende functionaris en – daarmee samenhangend – de ingrijpendere onderzoeksbevoegdheden, waaronder (tot voor kort) de algemene bevoegdheid tot doorzoeking.[166] Het gerechtelijk vooronderzoek kent, net als het opsporingsonderzoek, een besloten karakter. Beperkingen ten aanzien van de interne en externe openbaarheid worden, soms tot op een zeer laat moment, aanvaard, als het belang van het onderzoek dat vordert.[167]

Inmiddels is de plaats en positie van het gerechtelijk vooronderzoek in de Nederlandse strafrechtspleging meer en meer in het geding. In veel gevallen blijken gerechtelijke vooronderzoeken te worden geopend enkel en alleen omdat men over de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden wil beschikken. Dat heeft geleid tot de roep om terugdringing van de rol van de rechter-commissaris in het vooronderzoek. Daarbij komt dat men met de invoering van de Wet BOB doelbewust streefde naar een versterking van de positie van het OM als centrale autoriteit in het vooronderzoek.[168] In lijn met deze ontwikkelingen zijn onder meer de bijzondere opsporingsbevoegdheden niet ingekaderd in het gerechtelijk vooronderzoek[169] en werd door de Wet herziening gerechtelijk vooronderzoek[170] de verplichte inschakeling van de rechter-commissaris drastisch teruggebracht.[171] Recent is ook aanvaard dat doorzoekingen door de rechter-commissaris buiten het gerechtelijk vooronderzoek plaatsvinden.[172]

> In toenemende mate is dus de vraag gerechtvaardigd of de rechter-commissaris nog wel zelf onderzoek moet verrichten.[173] Kan hij dat niet beter overlaten aan de officier van justitie? Inderdaad is er gepleit voor de invoering van een Duits model.[174] Op grond hiervan zou de rechter-commissaris voor bepaalde typen ingrijpende onderzoekshandelingen machtigingen verlenen, maar deze hande-

165 De verdachte komt sinds kort de bevoegdheid toe om de rechter-commissaris te verzoeken bepaalde onderzoekshandelingen te verrichten; art. 36a Sv. Dit is de zogenaamde mini-instructie. Als de verdachte in voorlopige hechtenis zit, kan de rechter-commissaris dit ook ambtshalve doen (art. 36e Sv).

166 Corstens (2005), p. 299 e.v.;

167 Corstens (2005), p. 312-316.

168 Vgl. Beijer e.a. (2004), p. 262. Zij plaatsen de traditionele rol van de rechter-commissaris als onderzoeksrechter naast zijn nieuwe rollen als machtigingsrechter en afschermingsrechter.

169 Stb. 1999, 245, waarover uitvoerig Beijer e.a. (2004), i.h.b.z. p. 257-264.

170 Stb. 1999, 243, waarover uitvoerig de Evaluatie fasen 1 en 2 Wet herziening GVO (2002, resp. 2004). Over de achtergronden van deze wet uitvoerig Verrest & Beenakkers (2002), p. 19 e.v.

171 Corstens (2005), p. 300-301.

172 Wet van 10 november 2004, Stb. 2004, 577.

173 Tegenstanders van het GVO zijn onder meer Machielse (1989) en Harteveld & Stamhuis (2001).

174 Vgl. Groenhuijsen & Knigge (red.) (2001), en meer in het bijzonder Harteveld en Stamhuis (2001). Op dit model kom ik bij de bespreking van het Duitse recht uiteraard nog terug.; *infra* hoofdstuk 4.2.3.4.

> lingen niet noodzakelijk meer zelf uitvoeren.[175] In een dergelijk model kunnen echter, afhankelijk van de concrete invulling, weer vraagtekens worden gezet bij de wel degelijk ervaren meerwaarde van de tussenkomst van een onafhankelijke magistraat in het vooronderzoek. Is een machtigingsrechter op zijn beurt inhoudelijk wel in staat om een afgewogen toets te verrichten?[176] Staat hij dan niet te ver van het onderzoek af?

Wat hier ook van moge zijn, de (nog steeds geldende) keuze voor een gerechtelijk vooronderzoek naar Frans voorbeeld heeft belangrijke gevolgen voor plaats en positie van het OM in het vooronderzoek en voor zijn bevoegdheden. Thans moet het OM in het strafrechtelijk vooronderzoek het bed delen met de rechter-commissaris, ook al trekt het OM steeds meer deken naar zich toe. Zo mag het opsporingsonderzoek weliswaar parallel worden gevoerd met een gerechtelijk vooronderzoek, maar het mag dit onderzoek niet doorkruisen.[177] Het feit dat een aantal bevoegdheden exclusief en volledig in handen is gelegd van de rechter-commissaris impliceert bovendien dat deze niet alleen verantwoordelijk is voor de beslissing tot inzet van die bevoegdheid, maar ook voor de daaropvolgende feitelijke uitvoering van die onderzoekshandelingen. Ook de gewijzigde doorzoekingsbevoegdheid buiten GVO gaat nog steeds van dit principe uit (art. 110 Sv), net als de mini-instructie van art. 36a Sv.[178] De rechter-commissaris kan daarbij wel opsporingsambtenaren bevelen naspeuringen te doen of deze bevelen geven (art. 177 Sv).

> De tweeslachtige positie van het gerechtelijk vooronderzoek werkt overigens ook door in de regels ter uitvoering van rechtshulpverzoeken. We zullen nog zien dat voor bepaalde typen handelingen de regels inzake het gerechtelijk vooronderzoek van overeenkomstige toepassing zijn. Met de recente wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering, onder meer door invoering van de bijzondere opsporingsbevoegdheden, is de vraag gerezen voor welk type rechtshulphandelingen deze procedure nu nog geldt. Ik daarop nog terug (paragraaf 3.5.4.1, onder B).

De verhouding tussen rechter-commissaris en OM en daarmee de taken van het OM in het vooronderzoek kunnen dus niet los worden gezien van de bredere discussie over de precieze positie van het OM in het voorbereidend onderzoek. Uit de Evaluatie Wet herziening GVO tweede fase komt naar voren dat een verdere versterking van de positie van het OM vaak op zich niet wordt bestreden, als dat maar gepaard gaat met flankerende voorzieningen met betrekking tot bijvoorbeeld

---

175 Bovendien kan op basis van deze voorstellen de r-c worden gevraagd bepaalde handelingen te verrichten. Dat kan bijvoorbeeld nuttig zijn, wanneer men in het vooronderzoek al een getuige onder ede wil horen, omdat deze niet op de terechtzitting kan verschijnen.

176 Vgl. Sectie strafrecht EUR (2004), p. 29-33. Voor een illustratie, zie HR 31 januari 2005, LJN AU8292.

177 Vgl. Corstens (2005), p. 303-305.

178 Over de mini-instructie uitvoerig het rapport Evaluatie Wet herziening GVO fase 2 van de Sectie strafrecht EUR (2004). De pagina's 42 e.v. gaan onder de positie van het OM in de mini-instructie.

de inzage van stukken, de mogelijkheden voor de verdediging om invloed uit te oefenen op de richting van het onderzoek, et cetera.[179]

3.3 TOEGANG TOT BANCAIRE INFORMATIE

3.3.1 Algemeen

In het voorgaande onderzocht ik de taakstellingen van de betrokken autoriteiten. Daarbij viel op hoezeer hun taken kunnen overlappen en hoezeer bijgevolg samenwerking nodig is. Nu ga ik in op de bevoegdheden die ze bij de uitoefening van hun taken kunnen uitoefenen. Ik concentreer me daarbij op de positie van de bank. Tegenover de statelijke informatiebehoeften staat zijn belang bij afscherming van zijn (vaak gevoelige) bedrijfsgegevens en de persoonsgegevens van zijn cliënten. Een beschrijving van de onderzoeksbevoegdheden is ook van belang voor de internationale samenwerking. Aangezien de uitvoering van bijstands- en rechtshulpverzoeken (nog) plaatsheeft aan de hand van de regel *locus regit actum* kunnen – en moeten – deze bevoegdheden ook worden toegepast voor transnationale handhavingsdoeleinden. Maar betekent dit ook dat deze bevoegdheden (én de daarbij horende waarborgen) onverkort worden toegepast? Om deze vraag te kunnen beantwoorden is eerst een schets van de innerstatelijke situatie vereist.

In het onderstaande wordt eerst op hoofdlijnen geschetst welke invloed achtereenvolgens het 'bankgeheim' (als dat al bestaat), het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het *nemo-tenetur*beginsel in de Nederlandse rechtsorde innemen (paragraaf 3.3.1). Voor dit onderzoek zijn deze juridische fenomenen uiteraard zeer belangrijk. Ik ga daarbij vooral in op hun rechtsbasis in de Nederlandse rechtsorde. Daarna bespreek ik hoe ze in de afzonderlijke procedures *in concreto* worden uitgewerkt en afgewogen tegen andere belangen (paragraaf 3.3.2 e.v.). Daarbij maak ik een onderscheid aan de hand van de verschillende posities die een bank ten opzichte van de staat kan innemen. Achtereenvolgens kan hij belastingplichtige, onder toezicht gestelde, verdachte of derde in een fiscale, financiële of strafrechtelijke procedure zijn.[180] Afhankelijk van die verschillende posities kan zijn rechtspositie verschillen.

Uit het voorgaande blijkt al dat fiscale, financiële en strafrechtelijke onderzoeksbevoegdheden en de achterliggende procedures niet los van elkaar kunnen worden gezien. De hier besproken organen opereren vaak in nauwe samenwerking of combineren meerdere taken in zich. De positie van de betrokkene komt dan mogelijk in het nauw. Mede om die reden ging ik al in op de sfeercumulatieproble-

179 Rapport (2004), p. 51-52. We zullen nog zien dat een soortgelijke discussie momenteel in Zwitserland en Duitsland speelt; *infra* hoofdstuk 4.2.3.4 en 5.2.3.5.

180 Nogmaals, in dit onderzoek komen de vrijheidsbenemende (strafvorderlijke) onderzoeksmaatregelen niet aan bod. In de paragrafen komt aan bod – opnieuw op hoofdlijnen – hoe deze rechten in de fiscale, financiële en strafvorderlijke procedures *in concreto* zijn ingevuld en afgewogen tegen andere belangen.

matiek, in het bijzonder *in fiscalibus* (paragraaf 3.2.2.4). Daarnaast is vereist dat ik ook aandacht besteed aan de fase van de gegevens*verstrekking* en het verdere *gebruik* ervan. Wat een toelaatbare bevoegdheid is voor het ene doel, hoeft dat immers nog niet te zijn voor het andere. (In potentie) belangrijke waarborgen tegen misbruik zijn vooral de regels op het gebied van het ambtsgeheim en doelgebonden gebruik (specialiteit). Zij normeren de mogelijkheden tot informatieverstrekking en samenwerking en begrenzen daarmee indirect ook de reikwijdte van de onderzoeksbevoegdheden. Op het ambtsgeheim, specialiteitsbeginsel en de mogelijkheden tot samenwerking in nationaal verband ga ik in paragraaf 3.4 verder in.

3.3.1.1 Het 'bankgeheim'

Het lijkt wat overdreven om in de Nederlandse context over een 'bankgeheim' te spreken. Integendeel, voor de praktijk van de Nederlandse fiscale en financiële rechtshandhaving zijn banken onmisbaar. Dat geldt uiteraard wanneer banken worden benaderd over aangelegenheden in de eigen zaak. In dergelijke gevallen kan geen bankgeheim worden ingeroepen. Maar ook wanneer banken 'derden' zijn en niet worden gehoord over de eigen zaak, wordt door de overheid veelvuldig een beroep op hen gedaan.[181] Op banken rusten, zoals hieronder nog zal blijken, vele registratie- en administratieplichten en ook zogenaamde passieve en actieve inlichtingenplichten.[182]

> Wat een eigen aangelegenheid is van de bank en wat niet, is overigens vrij makkelijk beïnvloedbaar. Door sommige fiscale heffingstechnieken bijvoorbeeld verwordt de bank, ook al is hij zelf niet degene die de belastingschuld draagt, tot 'inhoudingsplichtige' (art. 19 e.v. AWR). Zijn positie lijkt daarmee op die van de werkgever onder de loonbelasting/LB. In dat geval is hij in de strikte zin van het woord geen 'derde' meer. Het verstrekken van gegevens ter controle is door het gekozen heffingssysteem ook een 'eigen' aangelegenheid van de bank geworden.[183] Hij is als het ware het fiscale heffingssysteem ingezogen en moet om die reden meewerken aan controlemechanismen ter instandhouding ervan.

Het voorgaande wil niet zeggen dat er geen bancaire discretieplicht bestaat. Op contractuele basis zijn banken wel degelijk tot discretie verplicht over wat zij in de uitoefening van hun beroep over hun cliënten te weten komen. Die plicht kan zelfs

181 Vgl. Zwenne (1998); Mac Gillavry (2004), p. 157 en 163 e.v.

182 Nog een stap verder zou zijn dat banken in hun hoedanigheid van professioneel geheimhouder een (professioneel) verschoningsrecht (vgl. art. 218 Sv) toekomen zou. Dat laatste is in Nederland momenteel volstrekt ondenkbaar; vgl. Wisselink (1997), p. 156 e.v.; Mul (1999), p. 35-37; Corstens (2005), p. 142-146.

183 Vgl. art. 53 AWR, waarin voor de zgn. administratieplichtigen een onderscheid wordt gemaakt tussen 'de belastingheffing van derden' en 'de heffing waarvan de inhouding aan hen is opgedragen'.

strafrechtelijk gesanctioneerd zijn (vgl. art. 272 Sr).[184] Een en ander wordt in zeer algemene termen ook uitgewerkt in art. 2 van de Algemene bankvoorwaarden, die in september 1995 tot stand kwamen in overleg tussen de Nederlandse Vereniging van Banken/NVB en de Consumentenbond in het kader van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad (SER).[185] Hoewel daarin gesproken wordt over de in acht te nemen zorgvuldigheid door de bank, lijkt van een bankgeheim geen sprake. Integendeel, de beslissing om al dan niet gegevens te verstrekken wordt niet opgevat als een recht van de cliënt, maar als een 'soevereine' beslissing van de bank zelf. Deze betrekt daarin niet alleen de belangen van zijn cliënt, maar ook zijn eigen belangen en de belangen van bijvoorbeeld toezicht en opsporing.[186]

Bij de omgang door banken met de gegevens over hun cliënten is verder de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens van belang.[187] Deze regeling bevat regels over de verwerking van persoonsgegevens door banken in het kader van de uitoefening van hun bedrijf. De code is gebaseerd op de algemene Wet bescherming persoonsgegevens, die ook voor banken van toepassing is. In de artikelen 6 tot en met 9 van die wet worden algemene regels met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens gegeven die voor dit onderzoek van groot belang zijn. Zo mogen gegevens door banken slechts worden verwerkt voor de (overigens ruim omschreven) doeleinden die in art. 8 zijn genoemd en wordt in art. 9 bepaald dat persoonsgegevens niet mogen worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor de gegevens werden verkregen. Dat laatste is een duidelijke uitwerking van het specialiteitsbeginsel.[188] De doeleinden zijn echter, zoals ook blijkt uit de voormelde gedragscode, zo ruim geformuleerd dat ten opzichte van de in dit onderzoek betrokken autoriteiten bezwaarlijk van een bankgeheim kan worden gesproken. Gegevens mogen bijvoorbeeld worden verwerkt met het oog op het waarborgen van de veiligheid en integriteit van de sector, waaronder mede wordt begrepen het bestrijden, voorkomen en opsporen van (pogingen tot) (strafbare) gedragingen, die zijn gericht tegen (onder meer) de branche waarvan de bank deel uitmaakt. Ook voor het voldoen aan wettelijke verplichtingen mogen banken persoonsgegevens verwerken (art. 5.11, sub d en e, Gedragscode).

---

184 Of art. 272 Sr ook voor banken geldt, is voorwerp van discussie; vgl. Hof Amsterdam 18 december 1974, NJ 1975, 441, waarover Wisselink (1997), p. 157-158, en Van Strien, aant. 12 bij art. 272 Sr, in T&C Sr.

185 Mul (1999), p. 35; Mac Gillavry (2004), p. 66 e.v., onder verwijzing naar Berkvens. Art. 2 luidt: 'De bank dient bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen. Zij zal daarbij naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening houden, met dien verstande dat zij niet gehouden is gebruik te maken van haar bekende niet openbare informatie, waaronder koersgevoelige informatie.'

186 Mac Gillavry (2004), p. 67. Hij spreekt in dit verband van een driehoeksrelatie tussen bank, overheid en cliënt.

187 Stcrt. 2003, 23/16.

188 In art. 43 Wbp zijn overigens, onder meer ten behoeve van de strafrechtspleging en bestuurlijk toezicht, uitzonderingen op deze regels toegelaten, die in incidentele gevallen kunnen worden ingeroepen. Ook bijzondere wetgeving kan van deze algemene principes afwijken.

NEDERLAND

> Een echt bankgeheim in Nederland bestaat dus niet. Ik meen dat dit terecht is. Dat is geen miskenning van het maatschappelijke gewicht van het bankwezen. De essentie van het bankbedrijf berust echter niet op een hulpverlenende functie[189] door banken aan hun cliënten, zoals bij de advocaat, arts of geestelijke, maar op zakelijke dienstverlening van een bovendien zeer heterogeen karakter.[190] Het is tegenwoordig nauwelijks nog te vatten wat onder het bankbedrijf moet worden verstaan en wat dus onder een bankgeheim zou vallen.[191] Ook de beroepsgroep zelf (het bankwezen) lijkt te divers voor erkenning van een bankgeheim. Een kleine bank voor vermogende particulieren is in zijn aard, organisatie en activiteiten nauwelijks te vergelijken met een multinational, die zich op de Europese en mondiale markten begeeft. Ook hierdoor is niet duidelijk wat precies onder het bankgeheim moet vallen. Daarbij komt nog dat het relatieve gewicht van het tegenover het bankgeheim gestelde belang – bijvoorbeeld dat van een effectieve opsporing of effectief toezicht – alleen maar groter wordt. In een tijd van terrorismebestrijding en een groeiende aandacht voor financieel rechercheren valt een bankgeheim, ook buiten rechte, nauwelijks meer te verdedigen. De hierboven besproken Richtlijn marktmisbruik en de Spaarrenterichtlijn getuigen hiervan.

Dat een bankgeheim niet bestaat, laat echter onverlet dat zich bij een bank bevindende gegevens uit anderen hoofde bescherming kunnen genieten. Waar een vertrouwelijk en doelgebonden gebruik van bancaire gegevens wel wordt erkend, hangt dat vooral samen met de regels inzake de bescherming van persoonsgegevens. Daarmee kom ik aan bij de Nederlandse regels inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

3.3.1.2 De bescherming van de persoonlijke levenssfeer

Ook de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is voor dit onderzoek van groot belang. Immers, ook in zaken van grensoverschrijdend gegevensverkeer zal het, wanneer de ene staat namens de andere onderzoekshandelingen stelt of gegevens verstrekt, in hoofdzaak gaan om inbreuken op dit recht. Die inbreuken kunnen plaatshebben bij de vergaring van gegevens, maar ook bij het opeenvolgende

189 In de Nederlandse literatuur wordt aangenomen dat het vooral de hulpverlenende functie en de daaruit voortvloeiende vertrouwenspositie is, is die ertoe leidt dat een professionele geheimhoudingsplicht ook in rechte erkend wordt. Dan leidt ze tot toekenning van een professioneel verschoningsrecht; vgl. Lubbers (1986); Vranken (1986); Verburg (1975 en 1985).

190 Dat wil overigens niet zeggen dat ik de in de literatuur wel aangetroffen stelling deel dat gegevens die door cliënten aan banken worden verstrekt per definitie zakelijk van aard zijn. Ik heb het hier over het wezen van het bankiersbedrijf zelf en over de vraag in hoeverre daarbij een (wettelijk beschermd) bankgeheim past.

191 Diezelfde *cross-sector* ontwikkeling leidde overigens (mede) tot een hervorming van het financiële toezicht, vgl. paragraaf 3.2.1.1.

gebruik of de opeenvolgende verstrekking ervan. Iedere verwerking van persoonsgegevens levert een afzonderlijke inbreuk op die een rechtvaardiging behoeft.[192]

Het voert veel te ver te bespreken wat er naar Nederlands recht precies onder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt verstaan, als dat al mogelijk zou zijn. In deze paragraaf wil ik, naast een globale duiding van het begrip, in zijn algemeenheid aangeven welke rechtsbasis er in Nederland bestaat. In Nederland is het recht op privacy in hoofdzaak gebaseerd op een Europees recht, namelijk art. 8 EVRM, en op nationale grondwettelijke bepalingen, te weten art. 10 Gw (bescherming persoonlijke levenssfeer), art. 11 (onaantastbaarheid menselijk lichaam), art. 12 (binnentreden in een woning) en art. 13 (briefgeheim). De laatste drie bepalingen kunnen worden gezien als concrete uitwerkingen van het meer algemene art. 10 Gw, waarvoor ook speciale beperkingsregimes gelden.[193] Bij een omschrijving van het recht wordt doorgaans onderscheiden tussen een viertal sferen van privacy, namelijk de lichamelijke, de relationele (waaronder het vrijelijk communiceren met anderen), de ruimtelijke (waaronder de bescherming van de woning) en de informationele (waaronder het uitoefenen van invloed op de verwerking van persoonsgegevens).[194]

> De bescherming van de privacy is een van de aspecten die is opgenomen door de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, ook bekend als de Commissie Franken. Deze commissie heeft wijzingen voorgesteld die dienen ter bescherming van grondrechten in het digitale tijdperk. Daartoe zou (onder meer) de Grondwet met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting, het brief-, telefoon- en telegraafgeheim en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer moeten worden gewijzigd. Interessant is dat de commissie geen aanleiding ziet om te komen tot een Nederlandse tegenhanger van het Duitse grondrecht op informationele zelfbeschikking.[195] Enerzijds gaat de strekking van een dergelijk recht – dat aan het individu het recht geeft zelf over op hem betrekking hebbende gegevens te beschikken – veel verder dan het huidige grondrecht. Er zou daardoor niet alleen 'veel moeten worden gegeven (nl. een grondrecht met een ruime reikwijdte), maar ook veel moeten worden genomen (nl. ruim geformuleerde weigeringsgronden).' Anderzijds is het huidige grondrecht, dat in zijn reikwijdte meer omvat dan alleen de informationele privacy, weer ruimer.[196]

Lang werd aangenomen dat het recht alleen toekwam aan natuurlijke personen. Zeker sinds de zaak Colas Est is voorwerp van discussie in hoeverre art. 8 EVRM ook voor rechtspersonen geldt en welke gevolgen dat met zich zou brengen voor

192 Vgl. EHRM 26 maart 1987, nr. 10/1985/96/144, Series A vol. 166 (*Leander/Sweden*), later bevestigd in EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/9 (*Amann/Switzerland*).
193 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (Commissie Franken) (2000), p. 116.
194 Hierover Commissie Franken (2000), p. 116 e.v.; Blok (2002); Nehmelman (2002)
195 Daarover hoofdstuk 4.3.1.2.
196 Rapport Commissie Franken (2000), p. 125 e.v.; kritisch Nouwt e.a. (2000); Blok (2002).

de Nederlandse handhavingspraktijk.[197] Brengt dat bijvoorbeeld mee dat voor doorzoekingen van bedrijfsruimten bijvoorbeeld in Nederland voortaan rechterlijke machtigingen nodig zijn?[198] Is de Algemene wet op het binnentreden in dergelijke situaties van toepassing? Deze en verwante kwesties zijn momenteel voorwerp van juridisch debat en zijn zeker van belang voor dit onderzoek, dat zich concentreert op banken. Denkbaar is bijvoorbeeld een discussie over de vraag in hoeverre de genoemde arresten meebrengen dat de Wet bescherming persoonsgegevens ook op rechtspersonen van toepassing is.[199]

Net als bij ieder ander grondrecht kunnen er aan het recht op privacy tegengestelde belangen zijn. Hier duid ik deze gemakshalve aan als de belangen van de fiscale, financiële en strafrechtelijke rechtshandhaving. Het is toelaatbaar dat de privacy wordt ingeperkt ten behoeve van de realisering van die belangen, mits is voldaan aan de voorwaarden die de art. 8 EVRM en art. 10-13 Gw stellen.

> Voor het verwerken van de persoonsgegevens zijn sectorale wetten in het leven geroepen die deze materie regelen (vgl. art. 10, leden 2 en 3, Gw). Voorbeelden zijn de al genoemde Wet bescherming persoonsgegevens, die van toepassing is op de AFM en de Belastingdienst, maar ook de Wet politieregisters, die soms van toepassing is op de Belastingdienst/FIOD-ECD en mogelijk zal worden vervangen door een Wet politiegegevens, en de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens, die geldt voor het OM. Ook de ambtsgeheimen van de hier onderzochte autoriteiten dienen mede ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer (vgl. art. 9, lid 4, Wbp). Het gaat daarbij alleen om regels met betrekking tot de *verwerking* van gegevens, waaronder het gebruik en de verdere verstrekking en niet om bevoegdheden om die gegevens te *vergaren*. Dat laatste is geregeld in de hieronder nog te bespreken wetten.

De eisen die de nationale grondrechten en het EVRM stellen, zijn niet helemaal gelijk. Ze hebben gemeenschappelijk dat ze de wetgever (al dan niet in formele zin) een vrij grote mate van vrijheid bieden bij het maken van een afweging tussen de voornoemde belangen (*margin of appreciation*). De art. 10-13 Gw vereisen dat die afweging moet berusten op een wet in formele zin, hoewel delegatie mogelijk is.[200] Daarmee wordt bewerkstelligd dat een beperking van een grondrecht een daartoe strekkende wilsuiting van de wetgever vergt; de onverkorte uitoefening van grondrechten is de hoofdregel, de beperking ervan de uitzondering. Hieruit vloeit ook voort dat het in beginsel niet aan het bestuur is om te bepalen wat een toelaatbare

197 EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, NJ 2003, 452 (m.nt. EJD) (*Colas Est/Frankrijk*); een voorbode hiervan was EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (m.nt EJD) (*Niemietz/Duitsland*). Zie ook HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Roguettes Frère*, NJ 2003/453 (m.nt. MRM).

198 Vgl. onder meer Barkhuysen (2002); Blomberg (2004).

199 Kamerstukken II 2005/06, 30 327, nr. 7, p. 8 (voorstel Wet politiegegevens), gaat hieraan geheel voorbij. De Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens ziet overigens wel op gegevens over rechtspersonen.

200 Ze stellen overigens ook nog andere eisen, die ik hier niet behandel.

grondrechtsinbreuk is en wat niet. Juist in gevallen van sfeercumulatie is dit een aspect van belang, omdat de autoriteiten, door een koppeling van de ene taak aan de bevoegdheden van de andere, als het ware zelf nieuwe bevoegdheden zouden kunnen creëren. Art. 8 EVRM stelt in dit opzicht minder strikte eisen. De grondslag voor een toelaatbare inbreuk op het recht op privacy kan namelijk ook in de jurisprudentie worden gevonden.[201] Die inbreuk moet echter wel voldoen aan de eisen van kenbaarheid en voorzienbaarheid van de inbreuken, zodat willekeur wordt tegengegaan.[202] Art. 8, lid 2, EVRM eist dat voldaan is aan de doelcriteria van art. 8, lid 2, en dat op abstract (wetgevend) en concreet (uitvoerend) niveau een evenredigheidstoets is verricht en dat waarborgen tegen misbruik aanwezig zijn.[203] Welke precies die waarborgen zijn, is aan de nationale wetgever, die uiteindelijk onder controle staat van het EHRM. Afhankelijk van de aard en zwaarte van de inbreuk kan het gaan om voorafgaande rechterlijke toetsing, rechtsbescherming achteraf, de aanwezigheid van een redelijke verdenking, de beperking van de reikwijdte van een bevoegdheid tot bepaalde, specifiek omschreven gevallen, de aanwezigheid van een raadsman, et cetera.

Kortom, wat een toelaatbare inbreuk op art. 8 EVRM en art. 10 Gw is, is niet in algemene woorden te vatten. De grote vrijheid die de wetgever hier heeft, leidt er onherroepelijk toe dat onderzoeksbevoegdheden verschillen. Wat toelaatbaar is voor de strafvordering, hoeft dat nog niet te zijn voor de fiscale, niet-strafrechtelijke rechtshandhaving en omgekeerd. In de volgende paragrafen over de onderzoeksbevoegdheden in de concrete financiële, fiscale en strafrechtelijke procedures komt aan de orde hoe in concreto de afweging is gemaakt tussen enerzijds het belang op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (gemakshalve spreek ik voortaan verder van privacy) enerzijds en het belang van een effectieve fiscale financiële en/of strafrechtelijke rechtshandhaving anderzijds. De onderlinge verschillen in bevoegdheden maken overigens controle op het gebruik van de gegevens net zo belangrijk als controle op de rechtmatigheid van de gegevensvergaring, zeker in situaties van sfeercumulatie. Controle is verder ook noodzakelijk in verband met het *nemo-tenetur*beginsel, waarop ik nu inga.

3.3.1.3 Het nemo-teneturbeginsel

Ook de werking van het *nemo-tenetur*beginsel is niet een aspect dat ik hier als zodanig wil behandelen. Dat is onlangs nog uitvoerig gedaan.[204] Anderzijds is dit beginsel voor dit specifieke onderwerp te belangrijk om het niet apart te vermelden. De Hoge Raad heeft de omvang van het *nemo-tenetur*beginsel in het Nederlandse recht vrij beperkt gehouden. In de bekende standaardoverweging heet het dat: 'In het Nederlandse recht niet [is] verankerd een onvoorwaardelijk recht of beginsel dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van mede-

201 EHRM 24 april 1990, NJ 1991, 523 (*Kruslin & Huvig/Frankrijk*).
202 Vgl. EHRM 2 augustus 1984, NJ 1988, 534 (*Malone/VK*).
203 Vgl. Baaijens-van Geloven & Simmelink (2002), p. 562.
204 Stevens (2005); Peçi (2006).

werking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal.'[205] De zwakke uitwerking van het beginsel hangt vermoedelijk samen met de onduidelijke status ervan. In de literatuur en jurisprudentie zijn ter onderbouwing van het beginsel zoveel verschillende argumenten genoemd, die bovendien onderling zó verschillend worden gewogen, dat inderdaad gesproken kan worden van het *nemo-tenetur*beginsel als containerbegrip.[206]

Ook het EHRM wordt in zijn onderbouwing van het beginsel nooit echt duidelijk. Het legt *onder meer* de nadruk op de betekenis van het beginsel als waarborg tegen de nadelige implicaties voor de betrouwbaarheid van het onder dwang verkregen bewijsmateriaal en op de link met de onschuldspresumptie (art. 6, lid 2, EVRM).[207] Feit is echter dat het EHRM sinds de uitspraak *Funke t. Frankrijk* het *nemo-tenetur*beginsel wel ondubbelzinnig als een onderdeel van het recht op een eerlijk proces heeft erkend (art. 6 EVRM).[208] Dat brengt mee dat het Nederlandse recht, hoewel deze het beginsel zelf niet onvoorwaardelijk erkent, ermee rekening moet houden in alle zaken die vallen onder de punitieve poot van art. 6 EVRM. Ook in bestuurlijke boetezaken geldt het beginsel dus. Dat is bepaald in art. 1:82 Wft,[209] dat in zijn redactie vooruit loopt op art. 5.0.11 Vierde tranche Awb, en in art. 67j AWR. Het is ook neergelegd in art. 5.0.11 van het wetsvoorstel Vierde tranche Awb.[210] Voor mondelinge vragen in punitieve aangelegenheden bestaat ook in boeteprocedures een (beperkt) zwijgrecht.

> Het meest uitgesproken is de positie van het beginsel in het commune strafprocesrecht. Dat blijkt vooral uit het zwijgrecht van de verdachte en de bijhorende cautieplicht die gelden in verhoorsituaties (art. 29 Sv), maar bijvoorbeeld ook uit het verschoningsrecht van art. 219 Sv. De getuige die wordt verhoord en zichzelf (of een naaste) dreigt te incrimineren, mag zwijgen. Hij hoeft daarop evenwel niet te worden gewezen.[211] In het verlengde van het voorgaande ligt dat een vordering tot uitlevering niet aan de verdachte, noch aan een verschoningsgerechtigde getuige mag worden gericht (art. 96a Sv). Buiten het commune strafprocesrecht is het beginsel een stuk minder 'robuust' vormgegeven. In het fiscale en economische strafrecht is bijvoorbeeld aanvaard dat een bevel tot uitlevering wel aan de verdachte mag worden gegeven.[212] In het boeterecht lijkt het beginsel goeddeels beperkt tot een zwijgrecht van nog beperkter omvang.[213]

---

205 Vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, vgl. HR 29 oktober 1996, NJ 1997, 232.
206 Stevens (2005).
207 EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (*Saunders*).
208 EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (*Funke*).
209 Het oude art. 48e Wte 1995.
210 Over de vormgeving van het zwijgrecht in de Vierde tranche uitvoerig Blomberg (2005); Stevens (2005), p. 131-132; Albers (2002), p. 177 e.v.
211 HR 30 augustus 2005, LJN AT7091.
212 Vgl. HR 21 oktober 1997, NJ 1998, 173 en HR 29 oktober 1997, NJ 1997, 232.
213 In de (fiscale) boeteprocedure ziet het zwijgrecht alleen ziet op de 'zuivere schuldvragen'; vgl. 12 § BBBB. Stevens spreekt in dit verband over de niet-gemengde vraag; Stevens (2005), p. 132 e.v.

Toch is door de in hoge mate onduidelijke koers van het EHRM nog steeds onduidelijk hoe ver het recht precies gaat. Wat valt bijvoorbeeld precies onder het criterium 'van de wil onafhankelijk materiaal', dat werd geformuleerd in de Saunders-zaak en welk materiaal volgens het EHRM niet onder de reikwijdte van het beginsel valt?[214] De zaak *JB t. Zwitserland* heeft hier bepaald voor verwarring gezorgd.[215]

> Het Hof heeft in latere jurisprudentie het criterium enigszins verduidelijkt. Daarin maakt het een onderscheid tussen enerzijds de situatie waarin dwang wordt toegepast jegens een persoon in een (te verwachten) strafprocedure (*JB*); anderzijds is er het geval waarin dwang wordt uitgeoefend buiten de context van zo'n procedure (*Saunders*).[216] Hoewel het JB-arrest in Nederland doorgaans zo niet wordt uitgelegd, vraag ik me af of we in Nederland niet te veel vasthouden aan het Saunders-criterium, dat een onderscheid maakt tussen van de wil afhankelijk en onafhankelijk materiaal, ook ná inleiding van de strafprocedure. Mogelijk heeft de rechtspraak van het EHRM in Nederland verdergaande gevolgen dan tot nu toe is aangenomen in die zin dat ná inleiding van een punitieve procedure medewerkingsplichten in het geheel niet meer kunnen worden afgedwongen.[217] Zeer instructief over het criterium 'van de wil onafhankelijk materiaal' vind ik de conclusie van A-G Wattel bij HR 27 februari 2004, BNB 2004, 225 (*Clickfonds*).[218] Ná de *criminal charge* vallen volgens hem onder 'documents acquired pursuant to a warrant' alleen die documenten die zonder de medewerking van de betrokkene konden worden verkregen.[219] Medewerkingsplichten zijn voor punitieve doeleinden niet meer afdwingbaar; ze blijven evenwel wel bestaan. Omkering van de bewijslast (in de fiscale procedure) blijft in de visie van Wattel mogelijk.[220] We zullen nog zien dat hij aldus in wezen de 'Duitse' oplossing bepleit.[221] De Hoge Raad (belastingkamer) laat dit overigens in het midden.

Ook het samenspel van verschillende typen (punitieve en niet-punitieve) procedures zorgt voor onduidelijkheid en voor complicaties. Deze procedures mogen als gezien hetzij gelijktijdig (sfeercumulatie), hetzij na elkaar (sfeerovergang) worden gevoerd. De aanwezigheid van een zwijgrecht in de punitieve procedure ontslaat de betrokkene in Nederland niet van zijn medewerkingsplicht in de niet-punitieve procedure (paragraaf 3.2.2.4). Door deze *cross-procedurele* complicatie komt de betrokkene te staan voor een dilemma: hij kan meewerken aan het niet-punitieve deel, in welk

---

214 EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (*Saunders*).
215 EHRM 3 mei 2001, NJ 2003, 354; BNB 2002, 27; AB 2002, 343 (*JB/Zwitserland*).
216 Vgl. EHRM 8 april 2004, nr. 28544/97 (*Weh/Oostenrijk*) en EHRM 4 oktober 2005, nr. 6563/03 (*Shannon/VK*).
217 In die zin ook, hoewel iets genuanceerder, Fokkens & Spek (2005). In Duitsland, hoofdstuk 4.3.1.3, en Zwitserland, 5.3.1.3, is deze ruimere uitleg van het beginsel in situaties ná de charge overigens niet eens voorwerp van discussie.
218 Over die onduidelijkheid verder ook Koops & Stevens (2003).
219 Par. 7.10 van de conclusie.
220 Vgl. ook Koopman (2002), p. 1350 e.v.
221 Zie hoofdstuk 4.3.3.1, onder C, 4.3.3.2 en 4.3.3.5, onder B.

geval de Hoge Raad hem in fiscale boetezaken een bewijsuitsluitingsgrond voor het punitieve deel garandeert (net als overigens een verbod op omkering van de bewijslast),[222] maar hij kan ook zwijgen conform zijn recht, verwoord in art. 67j AWR, en een boete riskeren voor het niet-punitieve deel. Beide opties lijken niet erg aantrekkelijk. Doorgaans worden ze onderbouwd met de stelling dat het niet zo kan zijn dat de 'eerlijke belastingbetaler slechter af is dan de oneerlijke.'[223] Daar kan de vraag tegenover worden gesteld in hoeverre het pas geeft dat de overheid het probleem van de sfeercumulatie in wezen afwentelt op de betrokkene en deze de keuze laat (en de consequenties daarvan!) die de overheid zelf niet wil maken.[224] De keuze voor de ene, danwel de andere procedure hoort naar mijn smaak thuis in handen van de overheid. Die keuze moet bovendien voor de betrokkene kenbaar zijn. Ook dat laatste is nu niet het geval. De cautie wordt in boeteprocedures alleen gegeven bij een verhoor (art. 67, lid 2, AWR).[225] Het boeteonderzoek zelf kan dan al lopen, zonder dat de betrokkene daarvan op de hoogte is. Ik kom op deze problematiek uiteraard nog terug.

3.3.1.4 (G)een grondwettelijk recht op toegang tot de rechter

De aanwezigheid van een grondwettelijk recht op toegang tot de rechter kan, afhankelijk van de invulling ervan, eveneens een rol spelen bij de uitwerking en normering van onderzoeksbevoegdheden jegens banken. We zullen nog zien dat in de andere twee hier onderzochte landen, en vooral Duitsland, een dergelijk recht inderdaad zo'n rol vervult.[226] Dat is van belang omdat de reikwijdte van de art. 6 en 13 EVRM niet onbeperkt is. Het laatste artikel waarborgt bijvoorbeeld alleen een rechtsingang bij een schending van verdragsrechten, terwijl art. 6 EVRM niet geldt in niet-punitieve fiscale zaken[227] en het eveneens twijfelachtig is of het zal gelden in procedures ter uitvoering van rechtshulpverzoeken.[228] Beide artikelen staan er bovendien niet aan in de weg dat controle op de rechtmatigheid van onderzoekshandelingen en het gebruik van die gegevens (pas) plaatsheeft in de procedure ten gronde.[229] In aanvulling op de art. 6 en art. 13 EVRM kan een grondwettelijke *Rechtsweggarantie* dus een normerende rol vervullen, bijvoorbeeld doordat het preventief, dus voorafgaand aan een grondrechtsinbreuk, rechtsbescherming garandeert.

---

222 Vgl. Hoge Raad 27 juni 2001, BNB 2002, 27; AB 2002, 242; FED 2001, 502; NJCM-Bulletin 2002, p. 606-615.
223 Vgl. Feteris (2002), p. 292.
224 Vgl. Hartmann (1998), p. 81-84; Albers (2002), p. 178-179; Feteris (2002), p. 291 e.v.
225 Vgl. Feteris (2002), p. 302-303.
226 *Infra* hoofdstuk.4.3.1.4 en 5.3.1.4.
227 Vaste rechtspraak, onder meer EHRM 12 juli 2001, nr. 44759/98, NJ 2004, 435 (*Ferrazzini*).
228 Art. 6 EVRM is in Nederland niet van toepassing op uitleveringsprocedures; HR 2 december 1986, NJ 1987, 516.
229 Dat veronderstelt overigens dat het daadwerkelijk tot zo'n procedure komt en dat de betrokkene nog steeds partij daarin is. In de praktijk is dit lang niet altijd het geval.

In Nederland bestaat zo'n recht, buiten de verdragswaarborgen van art. 6 en 13 EVRM, niet met zoveel woorden.[230] De afwezigheid daarvan betekent echter niet dat rechtsbescherming tegen afzonderlijke onderzoekshandelingen in Nederland nooit plaatsheeft. Het Nederlandse recht kent, ook buiten een toetsing achteraf in de procedure ten gronde, meerdere mogelijkheden om, voor- of achteraf, de rechtmatigheid van (voorgenomen) onderzoekshandelingen aan de orde te stellen. Het is bijvoorbeeld voorstelbaar dat een vordering om inlichtingen wordt opgevat als een op rechtsgevolg gerichte handeling die moet worden aangemerkt als een appellabel besluit in de zin van art. 1:3 Awb.[231] Ook in het strafprocesrecht staat soms tegen onderzoekshandelingen een aparte procedure open. Er is de mogelijkheid van beklag in de zin van art. 552a Sv.[232]

Daarenboven wordt via art. 112 Gw aanvullende bescherming geboden. Als men een inbreuk op een burgerlijk recht of een schuldvordering stelt, zal de burgerlijke rechter zich bevoegd verklaren.[233] Via de voorzieningenrechter in kort geding kan dan ook preventieve rechtsbescherming worden geboden. Binnen dit raamwerk kan ook tegen (voorgenomen) inbreuken op grondrechten, bijvoorbeeld het recht op privacy, door de hier betrokken autoriteiten bescherming worden geboden.[234] Zo'n inbreuk levert immers mogelijk een onrechtmatige daad op (art. 6:162 BW). Wel staat deze civielrechtelijke weg alleen open als er geen andere (strafrechtelijke of bestuursrechtelijke), met voldoende waarborgen omklede rechtsgang aanwezig is. Is dit laatste wel het geval, dan wordt de eiser niet-ontvankelijk verklaard.[235] De voorzieningenrechter zal zich, als hij eiser wel ontvankelijk acht, in zijn beoordeling bovendien terughoudend opstellen. Hij verricht een marginale toetsing, omdat het oordeel ten gronde uiteindelijk aan de bestuurs- of strafrechter is. Daarnaast kan zijn beslissing ingrijpende gevolgen hebben voor het onderzoek. Het moet daarom buiten redelijke twijfel staan dat het betreffende overheidsorgaan onrechtmatig handelt.[236]

3.3.2 Toegang tot bancaire informatie in het financiële toezicht

3.3.2.1 Bestuursrechtelijk toezicht

Voor de uitoefening van haar taken is de AFM afhankelijk van de informatie die zij krijgt van de onder toezicht gestelde instellingen. Enerzijds wordt die informatie aangeleverd door de onder toezicht gestelden zelf, bijvoorbeeld bij een vergunningaanvraag of voorafgaand aan de publicatie van een prospectus. Daarnaast bestaat er

230 Verhey & Verheij (2005), p. 181.
231 *Infra* paragraaf 3.3.2.3.
232 *Infra* paragraaf 3.3.4.2.
233 Dat werd voor het eerst uitgemaakt in HR 31 december 1915, NJ 1916, 407 (*Guldemond*), waarover onder meer Ten Berge (2000).
234 Vgl. Groenhuijsen & Knigge (2004), p. 118 e.v., i.h.b.z. ook p. 125-126.
235 HR 25 november 1977, NJ 1978, 255 (*Loosdrechtse Plassenschap*), waarover opnieuw Ten Berge (2000).
236 Voor een voorbeeld, zie Pres. Rb. Den Haag 9 april 2003, AB 2003, 199.

ook de verplichting, al dan niet periodiek, aan de AFM te rapporteren. Deze vormen van informatieverschaffing kunnen worden aangeduid als actieve informatieplichten[237] of 'gebrachte informatie'.[238] Ook de meldplichten in het kader van de bestrijding van marktmisbruik vat ik hieronder (vgl. art. 5:59 e.v. Wft).[239] Anderzijds kan de AFM zelf op jacht gaan naar informatie. Zij kan een instelling om informatie verzoeken. In een dergelijk geval rust op de instelling een passieve informatieplicht ('gehaalde informatie').

De onderzoeksbevoegdheden van de AFM zullen in hoofdzaak worden geregeld in Afdeling 1.4.1 Wft.[240] Afdeling 1.4.1 Wft bevat de regels inzake het toezicht op de naleving. Eén van de belangrijkste bevoegdheden van de AFM bij het uitoefenen van het toezicht op de naleving is de inlichtingenbevoegdheid. Deze bevoegdheid is toegekend aan de door de AFM aangewezen personen (art. 1:72 Wft j° 5:11 Awb), maar komt ook toe aan het bestuursorgaan, de AFM, zelf (art. 1:74 Wft).[241] De bevoegdheid kan in beginsel slechts worden uitgeoefend ten opzichte van personen die betrokken zijn bij activiteiten waarop door de AFM moet worden toegezien.[242] Een inlichtingenvordering buiten deze kring is, in beginsel, in strijd met art. 5:13 Awb.[243]

De aangewezen toezichthouders hebben daarnaast – met uitzondering van de art. 5:18 en 5:19 Awb – de beschikking over de andere toezichtbevoegdheden van Afdeling 5.2 Awb. Dat betekent onder meer dat ze ook plaatsen, met uitzondering van woningen zonder toestemming van de bewoner, mogen betreden (art. 5:15 Awb),[244] inzage mogen vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en daarvan kopieën kunnen maken (art. 5:17 Awb). Over dwangmiddelen van strafvorderlijke aard, zoals een doorzoekings- of inbeslagnemingsbevoegdheid, heeft de AFM niet de beschikking, hoewel die bevoegdheden wel door de Richtlijnen marktmisbruik en beleggingsdiensten worden geëist. In voorkomend geval is de AFM daarvoor aangewezen op het OM.[245]

---

237 Corten & Mouthaan (april 1998), p. 20.

238 Kamerstukken II 2004/05, 29 960, nrs. 1-2, p. 24.

239 Art. 5:62 geeft uitvoering aan de artikelen 6, negende lid, en artikel 9 en 10 van de Richtlijn marktmisbruik.

240 Soms worden elders in de Wet op het financieel toezicht nog aanvullende bepalingen op het gebied van handhaving gegeven, zoals ter zake van het toezicht op voorwetenschap is gebeurd in de art. 5:66 en 5:67 Wft.

241 Wanneer de AFM gegevens over banken – waaraan DNB de vergunning zal hebben verleend – nodig heeft en deze betrekking hebben op de in art. 1:73, lid 2, aangeduide aspecten, geldt dat de AFM eerst DNB benadert (art. 1:73, leden 2 en 4; zie ook 1:74, leden 2 en 4).

242 Zie voor dezelfde discussie in de Mediawet de Voorzieningenrechter Rb. Den Haag 13 april 2004, AB 2004, 300.

243 Kamerstukken II 2003/04 29 708, nr. 3, p. 41 en 45-46. Dat lijkt op een redactionele wijziging ten opzichte van de situatie onder art. 29 Wte 1995, waarover Grundmann-van de Krol (2006), p. 416-418; Corten en Mouthaan (april 1998), p. 22-23; Sachse (1998), p. 34-36.

244 Deze bevoegdheid is van belang in verband met de hierboven besproken discussie over de inroepbaarheid van art. 8 EVRM door rechtspersonen; paragraaf 3.3.1.2.

245 Vgl. Kamerstukken II, 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 17-18.

Tegenover de bevoegdheden van de toezichthouder staan de rechten en plichten van de personen jegens wie de bevoegdheden worden uitgeoefend. Deze personen en instellingen zijn tot medewerking verplicht aan alle handelingen die de toezichthouder redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden (art. 5:20 Awb).[246] Die plicht geldt ook wanneer daarbij inbreuken op grondrechten worden gemaakt. De uitoefening van de bevoegdheid moet wel proportioneel zijn (vgl. art. 5:13 Awb). Daaruit wordt afgeleid dat bijvoorbeeld *fishing expeditions* zijn verboden.[247] Uit art. 5:13 Awb kan ook worden afgeleid dat het subsidiariteitsbeginsel in acht moet worden genomen: de toezichthouder wende zich bijvoorbeeld in de regel eerst tot de persoon op wie de gegevens betrekking hebben en pas daarna tot diens bank.[248]

> Art. 5:20 bevat een uitzondering voor de professionele geheimhouder. De vraag is wie hiermee bedoeld zijn. Kunnen banken hierop aanspraak maken? Ik meen van niet. Allereerst zal de bank in zeer veel gevallen worden benaderd in de 'eigen zaak', waarin geen bankgeheim geldt. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het lopende gedragstoezicht op financiële ondernemingen. De AFM houdt echter ook gedragstoezicht op de financiële markt, dus ook op individuele beleggers, die van bankdiensten gebruik maken. Er bestaat hier naar mijn mening een zekere parallel met dezelfde discussie die speelde ten aanzien van art. 272 Sr waarin het bancaire beroepsgeheim eveneens niet werd erkend.[249] Ik meen dat geen sprake is van een situatie als bedoeld in art. 5:20, lid 2, Awb.[250]
>
> Een belangrijke waarborg tegen oneigenlijk gebruik van de onderzoeksbevoegdheden kan worden gevonden in de geheimhoudingsplicht die de AFM is opgelegd (art. 1:89 e.v. Wft).[251] Deze wordt gezien als een noodzakelijk tegenwicht voor de op de betrokkene rustende medewerkingsplicht. Zonder die geheimhouding zouden onder toezicht gestelden terughoudend worden in het verstrekken van inlichtingen aan de AFM. De strenge geheimhoudingsplicht moet ten aanzien van het gebruik en de verstrekking van (persoons)gegevens dan ook tevens worden gezien als een *lex specialis* ten opzichte van de algemene Wet bescherming persoonsgegevens en ook ten aanzien van art. 2:5 Awb. Hij heeft een ruime reikwijdte: ook andere dan persoonsgegevens vallen eronder, mits het gaat om vertrouwelijke gegevens. Gevoelige financiële informatie wordt aldus –

246 Niet-naleving van die plicht is niet alleen een strafbaar feit (art. 184 Sr), maar ook beboetbaar.

247 Blomberg (2003), p. 139; Jansen (2003), p. 70.

248 Vgl. Jansen (1999); Blomberg (2005), p. 412.

249 *Supra* noot 184 en de daar vermelde referenties. De daar aangehaalde uitspraak is later bestreden.

250 Art. 5:20 is in zijn redactie identiek aan art. 5:24a WED. Dat is bewust zo gedaan. Met de invoering van de Derde tranche Awb zijn toezichts- en WED-opsporingsbevoegdheden op elkaar afgestemd; zie *supra* noot 94. Ook voor deze medewerkingsplicht, die vooral van belang is voor de Belastingdienst/FIOD-ECD, geldt dat een bank geen beroep kan doen op een uitzonderingspositie als geheimhouder; vgl. Luchtman (2002), p. 78-79.

251 Art. 31 Wte 1995, waarover uitvoerig Luchtman (2002); vgl. ook Blomberg (2005), p. 412-413.

terecht – eveneens beschermd. Bijgevolg neemt de AFM een vertrouwenspositie in jegens haar onder toezicht gestelden (paragraaf 3.2.1.1).

3.3.2.2 Het boeteonderzoek

De bevoegdheden die de door de AFM aangewezen toezichthoudende medewerkers of de AFM zelf toekomen, kunnen ook worden uitgeoefend in een onderzoek naar mogelijk beboetbare gedragingen (boeteonderzoek).[252] In het financiële recht gaat het dan vooral om de bestuurlijke boete (art. 1:80 Wft). Wanneer het boeteonderzoek precies een aanvang neemt is, anders dan in het strafrecht, niet geregeld. Het bestuur is hier in hoge mate vrij en hoeft pas op een zeer laat moment een keuze te maken. Bovendien, ook wanneer die keuze al is gemaakt kunnen punitief en niet-punitief onderzoek parallel lopen (paragraaf 3.2.1.3).

> De eigen punitieve sanctiebevoegdheden stellen de AFM in staat ter zake beleid te voeren. In die zin is ze minder aangewezen op het OM. Daar staat als gezien tegenover dat mede door deze punitieve bevoegdheden meer dan ooit overleg nodig is tussen OM en AFM. Dat overleg heeft meer en meer plaats (paragraaf 3.2.1.3).

Wanneer een boeteonderzoek is gestart, rust op de onder toezicht gestelde in beginsel nog steeds een medewerkingsplicht. Het nieuwe art. 1:82 Wft beperkt de omvang van het *nemo-tenetur*beginsel tot een zwijgrecht in enge zin. Het bepaalt dat degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een boete, niet verplicht is ten behoeve daarvan *verklaringen* omtrent de overtreding af te leggen. Bepalend wordt zo of er sprake is van een verhoor of niet.[253] Daarmee zoekt men, anders dan onder het oude recht, aansluiting bij het strafprocesrecht. Of die aansluiting naadloos is, moet overigens nog worden bezien[254]

> Lange tijd werd in de parlementaire geschiedenis bij de Wet op het financieel toezicht aangeknoopt bij de invulling van het *criminal-charge*begrip, zoals de Hoge Raad dat in navolging van het EHRM deed. Dat criterium hield in dat pas op het moment dat jegens de boeteling een handeling wordt verricht waaraan deze redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat de toezichthouder hem wegens een overtreding een bestuurlijke boete zal opleggen, hij niet meer verplicht is ter zake enige inlichting te verstrekken (vgl. art. 48e Wte 1995 en art. 1:64 *voorstel* Wft). Het geldt nog steeds in het fiscale boeterecht.
>
> Opvallend is verder dat art. 1:82 Wft aanknoopt bij de oplegging van een *bestuurlijke boete*. In de praktijk zal vaak overleg tussen OM en AFM worden gevoerd. Op punitief vlak beschikken deze over in hoge mate parallelle competenties. Dezelfde feiten zijn vaak én beboetbaar én bestrafbaar. Ligt het dan niet voor de hand dat verwachtingen die worden opgewekt door de een, ook voor

252 Jansen (1999).
253 Daarover Blomberg (2005), p. 413 e.v.
254 *Supra* noot 94. Anders: Sachse (2000), p. 45.

rekening komen van de ander, zeker wanneer de keuze voor het straf-, danwel bestuursrechtelijke traject pas op een zeer laat moment moet worden gemaakt?[255] Dat lijkt de gedachte achter de *una-via*regeling. Waarom geldt hetzelfde niet bij het zwijgrecht?

In navolging van het EHRM kan het *nemo-tenetur*beginsel dus goeddeels worden gelijkgesteld met een zwijgrecht. Van de wil onafhankelijk materiaal, waarvan als gezien onduidelijk is wat er precies onder moet worden verstaan, valt niet onder dit recht.[256] Ook in het boeteonderzoek mogen medewerkers van de AFM dus inzagevorderingen tot de verdachte richten. Deze is dan verplicht mee te werken. Daarbij komt als gezien dat de AFM in het onderzoek niet hoeft te kiezen tussen oplegging van een punitieve en niet-punitieve sanctie. Het gevolg daarvan is dat zolang die keuze niet is gemaakt, er niet noodzakelijk een zwijgrecht geldt (en er ook geen cautie hoeft te worden gegeven), terwijl in die gevallen waarin die keuze wel al is gemaakt, de medewerkingsplicht in het niet-punitieve deel van het onderzoek overeind blijft.[257] Het behoeft nauwelijks betoog dat hierdoor een controle op een mogelijk *détournement de procédure* vrijwel onmogelijk is.[258] De enige waarborg voor de betrokkene ligt in het feit dat dan – analoog aan de situatie *in fiscalibus* – de mondeling verstrekte inlichtingen niet voor het bewijs van het punitieve deel mogen worden gebruikt.[259] Eveneens kan worden aangenomen dat antwoorden die werden verkregen vóór het uitbrengen van de *criminal charge* niet voor het bewijs mogen worden gebruikt.[260]

Een waarborg tegen omzeiling van het *nemo-tenetur*beginsel zou de betrokkene ook kunnen ontlenen aan een personele functiescheiding tussen punitief en niet-punitief onderzoek (*Chinese walls*). Dat doet denken aan de scheiding die met art. 1:88 Wft wordt bewerkstelligd. Anders dan *in fiscalibus* (paragraaf 3.2.2.3, onder A), ligt de beslissing tot het opleggen van de boete in andere handen dan van de persoon die het onderzoek voert.[261] Vanuit het perspectief van *nemo-tenetur*beginsel biedt dit niet veel soelaas. Art. 1:88 Wft maakt namelijk een onderscheid tussen 'onderzoekende' en 'bestraffende functies', maar verhindert niet dat de

255 Rb. Rotterdam 21 november 2005, AB 2006, 47, merkt, op basis van een redelijke wetsuitleg van art. 90e Wtk 1992 (de tegenhanger van art. 48e Wte), inderdaad het eerste verhoor van de verdachte ex art. 29 Sv door de *FIOD* aan als eerste vervolgingsmoment, ook voor de boete die werd opgelegd door *DNB*.

256 Dat zou anders kunnen zijn bij *fishing expeditions*; vgl. de casus positie van het Funke-arrest, EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 en ook EHRM 3 mei 2001, NJ 2003, 354; BNB 2002, 27; AB 2002, 343 (*JB/Zwitserland*).

257 Vgl. ook Rb. Rotterdam 27 juni 2003, JOR 176 (*Mees Pierson*).

258 Vgl. Blomberg (2005), p. 418.

259 *Supra* noot 222. Helemaal zeker is dat niet – in het punitieve bestuursrecht zijn twee rechters in laatste instantie bevoegd over deze kwestie te beslissen, de Hoge Raad en het College van beroep voor het bedrijfsleven (CBb).

260 Hierover ook Sachse (2000), p. 48-49.

261 Over die functiescheiding en de boete-inspecteur in het fiscale recht *supra* noot 57. Zie voorts Van der Meulen (2003), p. 82-88; Embregts (2003), p. 77-93.

betrokkene ten opzichte van een en dezelfde persoon in dezelfde zaak gelijktijdig tot zwijgen gerechtigd en tot spreken verplicht is. Ook onder de Wte 1995 hanteerde de AFM een organisatorische scheiding (art. 48l Wte 1995). Als een toezichtfunctionaris een overtreding constateerde, legde hij zijn bevindingen voor aan het bestuur, dat kon besluiten het dossier – geschoond van eventuele mondelinge verklaringen – door te geven aan de boetefunctionaris. Deze functionaris bereidde vervolgens de boetebeslissing voor, maar de uiteindelijke beslissing werd weer genomen door het bestuur.[262] Een uitwas van die praktijk is al eens door het CBB verworpen.[263]

3.3.2.3 Rechtsbescherming

In Nederland bestaat als gezien geen grondwettelijk gewaarborgd recht op de rechter dat rechtsbescherming voorschrijft, wanneer er bijvoorbeeld inbreuken op grondrechten worden gemaakt of dreigen te worden gemaakt. Dat laat onverlet dat er toch in rechtsbescherming kan zijn voorzien, in de laatste plaats bij de burgerlijke rechter. In dit verband is een omstreden kwestie of een vordering tot inlichtingen of inzage een besluit in de zin van art. 1:3 Awb oplevert. Is er sprake van een besluit, dan heeft een onder toezicht gestelde de bestuursrechtelijke middelen van bezwaar en beroep tot zijn beschikking. Mondelinge vorderingen worden in ieder geval niet als zodanig aangemerkt. De situatie is minder duidelijk ten aanzien van schriftelijke vorderingen. Toen DNB op grond van artikel 19 Wtb (oud) aan een onder toezicht gestelde schriftelijk om inlichtingen vroeg in het kader van die wet, stelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) dat de verplichting tot het verschaffen van inlichtingen rechtstreeks uit de wet voortvloeide.[264] Er was met andere woorden wel sprake van een rechtsgevolg (namelijk het ontstaan van de medewerkingsplicht), maar dat rechtsgevolg vloeide rechtstreeks uit de wet voort. Van een besluit was geen sprake. Die opvatting lijkt nu dominant.[265] Ze is in de literatuur[266] echter bestreden en zelfs door de regering[267] niet onverkort aanvaard. De situatie is dus niet helemaal duidelijk.

---

262 Sachse (2000), p. 52-53.

263 CBb 9 februari 2006, LJN AV2682, volgend op Rb. Rotterdam 27 juni 2003, JOR 2003, 176. Het CBb lijkt vooral te struikelen over de intensieve betrokkenheid van een bestuurslid bij het boeteonderzoek; de organisatorische invulling van art. 48l Wte 1995 lag als zodanig niet onder vuur. Zie ook Rb. Rotterdam 19 oktober 2004, AB 2006, 39.

264 CBb 21 juli 1998, JB 1998, no. 223; Rawb 1999, 16; AB 1998, 437 (*Bosque Teca Verde*) en CBb 2 maart 1999, AB 1999, 168; JOR 1999, 64. Vgl. echter President CBb 28 oktober 1998, JOR 1999, 63, waarin juist het tegendeel wordt aangenomen.

265 Aldus Verhey & Verheij (2005), p. 303; Grundmann-van de Krol (2006), p. 422-423.

266 Corten en Mouthaan (mei 1998), p. 27; Seerden, aant. 5 bij artikel 5:20 Awb; Jansen, aant. bij Afdeling 5.2 Awb, p. 3 (suppl. augustus 1999); Michiels (2003); Verhey & Verheij (2005), p. 303-304 en 310-312; Grundmann-van de Krol (2006), p. 421-423.

267 Kamerstukken II 1999/00, 27 172, nr. 3, p. 11, maar later weersproken: Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 4, p. 19. Ook de Raad van State kan zich er niet zonder meer in vinden; Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 4, p. 18.

Echter, ook wanneer men de jurisprudentie van het CBB buiten beschouwing laat, kunnen niet alle onderzoekshandelingen als besluit worden gekwalificeerd. Handelingen die tijdens een onderzoek ter plaatse worden uitgevoerd, zoals het betreden van plaatsen of het vorderen van inzage, vormen in beginsel feitelijke handelingen, waartegen geen bezwaar en beroep openstaat. In deze gevallen zal langs andere weg bescherming moeten worden gezocht. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat na toepassing van de toezichtbevoegdheden handhavingsbesluiten volgen, zoals een aanwijzing door de AFM. In zo'n geval kan in een daaropvolgende procedure worden ingegaan op de uitoefening van de toezichtbevoegdheden. Volgt een handhavingsbesluit niet, dan staat eventueel een procedure voor de civiele rechter open op grond van een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Ook kan men in een kortgedingprocedure om een voorlopige voorziening vragen. Zo'n voorziening kan een verbod inhouden voor de AFM om de gewraakte onderzoekshandelingen te verrichten. Het voordeel van zo'n kort geding voor de burger is dat deze ook preventief kan plaatsvinden. In zoverre compenseert het ook de afwezigheid van een 'Rechtsweggarantie'. Het nadeel is dat het om een marginale toetsing gaat.

3.3.3 Toegang tot bancaire informatie in het belastingrecht

3.3.3.1 Heffings- en toezichtfase

De *compliance* strategie van de fiscus die uitgaat van de 'eerlijkheid van de belastingbetaler' en die erop vertrouwt dat deze conform de wet aangifte doet en zijn belasting betaalt (paragraaf 3.2.2.1), wordt ondersteund met een flink aantal zogenaamde bijkomende fiscale verplichtingen. Dit zijn de controlemiddelen die dienen om de naleving van de aangifteplicht te waarborgen.[268] Conform het codificatiekarakter van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) zijn deze neergelegd in die wet (art. 47-56 AWR).[269] De bevoegdheden zijn doorgaans geformuleerd als plichten van de justitiabelen. Daarmee corresponderen de bevoegdheden van de fiscus – deze kan de betrokkene tot medewerking dwingen.[270] Degene die zijn verplichtingen niet nakomt (aangifteplicht en bijkomende verplichtingen), riskeert een bestuurlijke boete (art. 67a e.v. AWR) of een strafvervolging (art. 68 en 69 Sr). Bovendien kan hij worden geconfronteerd met een omkering van de bewijslast (art. 25, lid 6, 27e en 54 AWR). Het is verder mogelijk dat hij wordt geconfronteerd met een civiele dwangsom.[271]

---

268 Pleijsier (1995), p. 19; De Blieck e.a. (2004), p. 73.

269 In bijzondere, aanvullende belastingwetgeving vindt men soms aanvullende bepalingen. Ik laat deze buiten beschouwing.

270 We zagen hierboven dat in het financiële toezicht ten aanzien van de bevoegdheden van de AFM voor een spiegelbeeldige aanpak is gekozen.

271 Momenteel wordt overigens (opnieuw) onderzocht of een bestuurlijke dwangsombevoegdheid als stok achter de deur ter naleving van de fiscale verplichtingen wenselijk is; Kamer-

NEDERLAND

De bepalingen in de AWR zijn *speciales* van Afdeling 5.2 Awb, omdat ze niet alleen betrekking hebben op het toezicht op de naleving, maar ook op de uitvoering van de belastingwet (art. 1, lid 4, AWR).[272] Bovendien zijn deze bepalingen in veel opzichten specifieker. Bij de beschrijving ervan kan een onderscheid worden gemaakt tussen verplichtingen die banken zijn opgelegd met het oog op de eigen belastingheffing en verplichtingen met het oog op de belastingheffing van derden.

A) De bank als belastingplichtige

In artikel 47 AWR zijn de informatieverplichtingen ten dienste van de eigen belastingheffing geregeld. Een ieder is gehouden desgevraagd:

a. de gegevens en inlichtingen te verstrekken die voor de belastingheffing te zijnen aanzien van belang kunnen zijn (eerste lid, onder a), en

b. de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers (of – ter keuze van de inspecteur – de inhoud daarvan) beschikbaar te stellen, waarvan de raadpleging van belang kan zijn voor de vaststelling van de feiten welke invloed kunnen uitoefenen op de belastingheffing te zijnen aanzien (eerste lid, onder b).[273]

Desgevraagd moet ook toegang worden verleend tot gebouwen (inclusief woningen) en grond, als dat voor een ingevolge de belastingwet te verrichten onderzoek nodig is (art. 50 AWR).

Uit de redactie van artikel 47 AWR wordt, net als overigens uit die van art. 50 AWR, duidelijk dat het geen plicht tot het spontaan verstrekken van informatie in het leven roept.[274] Uitsluitend gegevens die zijn gevraagd, moeten worden verstrekt. De gegevens en inlichtingen dienen duidelijk, stellig en zonder voorbehoud ter raadpleging beschikbaar te worden gesteld. Dat kan meebrengen dat de betrokkene gegevens moet verstrekken over door hem gepleegde strafbare feiten.[275] Het *nemo-tenetur*beginsel staat daaraan niet in de weg; de betrokkene komt – anders dan in het strafrecht (art. 219 Sv) – geen verschoningsrecht toe. Die verplichting geldt zelfs voor fiscale delicten of boetes. In dat geval mogen de verstrekte (mondelinge) inlichtingen niet als bewijs in het punitieve onderzoek worden gebruikt.

De verstrekking kan mondeling, schriftelijk of – ter keuze van de inspecteur – op andere wijze geschieden binnen een daartoe door de inspecteur te stellen termijn (art. 49, eerste lid, AWR). Er moet daarbij worden toegelaten dat kopieën, leesbare afdrukken of uittreksels worden gemaakt van de voor raadpleging beschikbaar gestelde gegevensdragers of de inhoud daarvan (art. 49, tweede lid, AWR). De verplichting van artikel 47, eerste lid, onder b, geldt ook voor een derde bij wie

---

stukken II 2004/05, 29 758, nr. 7, p. 8 e.v.; Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 3, p. 10; nr. 7, p. 15.

272 Jansen (1999), p. 11.

273 Gelijke verplichtingen gelden voor een derde, wanneer de belastingwet aangelegenheden van een derde aanmerkt als aangelegenheden van degene die vermoedelijk belastingplichtig is, voor zover het deze aangelegenheden betreft (artikel 47, tweede lid).

274 Sommige administratieplichtigen zijn daartoe op basis van artikel 53 wel gehouden; zie *infra*.

275 HR 11 december 1991, BNB 1992, 243; De Blieck e.a. (2004), p. 105; Feteris (2002), p. 297; Wattel (1992). Die plicht geldt ook als men reeds 'charged' is; HR 8 juli 1998, BNB/326; zie ook Valkenburg (2001), p. 193.

zich gegevensdragers bevinden van degene die gehouden is deze, of de inhoud daarvan, aan de inspecteur voor raadpleging beschikbaar te stellen (art. 48, eerste lid, AWR).

> Van een 'belang' in de zin van artikel 47 is sprake als de gegevens redelijkerwijs betrekking kunnen hebben op de Nederlandse belastingheffing van de betrokken belastingplichtige.[276] Het gaat om de potentiële fiscale relevantie.[277] De rechter oefent hierop marginale controle uit.[278] De fiscus is bij de uitoefening van zijn taken wel gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[279] De eisen die het evenredigheidsbeginsel stelt, gelden bijvoorbeeld ook voor hem, ook al is art. 5:13 Awb niet direct van toepassing.[280] Toch verwierp de Hoge Raad (overigens voor totstandkoming van de Awb) het oordeel van het hof dat 'van een belang als bedoeld in art. 47 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen niet kan worden gesproken indien de inspecteur ook zonder kennisneming van de door hem ter inzage gevraagde bescheiden tot de juiste vaststelling van de feiten kan komen (…)'.[281]
>
> De fiscus dient de betrokkene met open vizier te benaderen.[282] Daarom dient hij aan te geven in welke hoedanigheid hij een persoon benadert. Dat geldt zeker voor de klassieke geheimhouders die voor de eigen heffing niet (art. 51 AWR), maar voor de heffing van derden wel een beroep op een professioneel verschoningsrecht (art. 53a AWR) kunnen doen.[283] Ik kan me voorstellen dat dit, gezien het hieronder nog te bespreken Voorschrift informatie fiscus/banken 2002, ook voor banken geldt. Dit voorschrift bevat informele beperkingen van de bevragingsmogelijkheden van banken (vgl. § 9.1 Voorschrift).[284]
>
> Onlangs maakte de Hoge Raad verder uit dat 'het tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te rekenen beginsel van fair play zich ertegen [verzet] dat een inspecteur van zijn bevoegdheid ex art. 47 AWR gebruikmaakt om kennis te krijgen van rapporten en andere geschriften van derden voorzover zij ten doel hebben de fiscale positie van de belastingplichtige te belichten of hem daaromtrent te adviseren. Dat geldt ook voor de onderdelen van die geschriften die met dat doel gegevens van feitelijke of beschrijvende aard bevatten.'[285] Het wordt niet eerlijk geacht dat de inspecteur het recht zou krijgen de argumenten die voor of tegen de belastingplichtige pleiten op een presenteerblaadje voor de neus te krijgen.[286]

---

276 De Blieck e.a. (2004), p. 97.
277 Pleijsier (1995), p. 20; Zwenne (1998), p. 35 e.v.
278 De Blieck e.a. (2004), p. 98.
279 Vgl. HR 12 april 1978, BNB 1978, 135, die ik in paragraaf 3.2.2.1 al noemde.
280 De Blieck e.a. (2004), p. 99.
281 Hoge Raad 8 januari 1986, BNB 1986/128.
282 Vgl. A-G Wattel in zijn conclusie onder HR 26 juni 2001, AB 2002; 342; BNB 2001, 27.
283 De Blieck e.a. (2004), p. 100-101. In het kader van de eigen belastingheffing van professioneel verschoningsgerechtigden kunnen zelfs gegevens over hun cliënten worden opgevraagd; Zwenne (1998), p. 37.
284 Hobbema (2001) spreekt van een informeel verschoningsrecht.
285 HR 23 september 2005, BNB 2006, 21.
286 Daarover Happé (2001); zie ook De Bont in zijn noot onder het arrest.

NEDERLAND

Artikel 47 heeft tot op zekere hoogte ook extraterritoriale werking. In een interpretatieve resolutie van de staatssecretaris van Financiën van 12 augustus 1985[287] wordt bepaald dat artikel 47 zich ook uitstrekt tot de informatie van in het buitenland gevestigde dochtervennootschappen waarin de Nederlandse moeder een meerderheidsdeelneming heeft. Voor de omgekeerde situatie – een Nederlands bedrijf met een buitenlandse moeder of zuster – geldt sinds 1991 artikel 47a AWR. Op basis van dit artikel gelden de informatieplichten die op het Nederlandse bedrijf rusten onder omstandigheden ook voor informatie die zich bij de buitenlandse moeder of zuster (en dus niet in Nederland) bevindt.

> Artikel 47a AWR is in potentie een aantrekkelijk alternatief voor de internationale uitwisseling van inlichtingen. Echter, in het derde lid van artikel 47a AWR is bepaald dat de eerste twee leden niet van toepassing zijn, wanneer de in die leden bedoelde personen of lichamen zijn gevestigd, danwel wonen in een staat in de zin van artikel 2 van de Wet op internationale bijstandverlening bij de heffing van belastingen. In die gevallen zal het verdrag een inlichtingenclausule bevatten en kunnen langs die weg gegevens worden verkregen. In artikel 43 van de Uitvoeringsregeling AWR[288] worden de bedoelde staten opgesomd. Duitsland wordt genoemd, Zwitserland niet. Mocht echter blijken dat via een verdrag de gevraagde informatie niet kan worden verkregen, dan kan de minister van Financiën toestaan dat alsnog het eerste en tweede lid van artikel 47a AWR worden toegepast (art. 47a, vierde lid, AWR). Daarbij moet vooral worden gedacht aan de situatie waarin de aangezochte staat zich heeft beroepen op een weigeringsgrond.
>
> In artikel 47a, vijfde lid, AWR is bepaald dat men zich niet aan de verplichtingen van artikel 47a AWR kan onttrekken met een beroep op het feit dat door moeder of zuster geen medewerking werd verleend. Echter, is er een buitenlands wettelijk of rechterlijk verbod tot het verlenen van medewerking of kan de weigering de informatie te verstrekken het Nederlandse bedrijf niet worden toegerekend, dan is hiermee een strafuitsluitingsgrond gegeven (art. 68, derde lid, AWR). Een en ander geldt niet voor de Nederlandse moeder die verzocht wordt om informatie die zich bij haar buitenlandse dochter bevindt.

Voor een groot aantal rechtssubjecten (de zogenaamde administratieplichtingen) geldt naast artikel 47 en 47a een tweetal andere verplichtingen, namelijk het bijhouden van een administratie en het verlenen van medewerking ten behoeve van de belastingheffing van derden. Administratieplichtig zijn als gevolg van artikel 52, tweede lid, AWR onder meer lichamen in de zin van artikel 2, eerste lid, onder b, AWR (verenigingen en andere rechtspersonen, maat- en vennootschappen, ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en doelvermogens). Hieronder vallen ook banken.[289]

---

287 BNB 1985, 298.
288 Stcrt. 1994, 114.
289 Hobbema (2001).

Artikel 52, eerste lid, AWR verplicht de administratieplichtigen van hun vermogenstoestand en van alles betreffende hun bedrijf, zelfstandig beroep of werkzaamheid naar de eisen van dat bedrijf, dat zelfstandig beroep of die werkzaamheid op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde hun rechten en verplichtingen alsmede de voor de heffing van belasting overigens van belang zijnde gegevens hieruit duidelijk blijken. Tenzij anders is bepaald, moet de administratie gedurende 7 jaar worden bewaard (art. 52, vierde lid).

> Het administratiebegrip is een open norm die een zeer soepele toepassing van de fiscale controle mogelijk maakt.[290] De administratie dient zodanig te zijn ingericht en te worden gevoerd en de gegevensdragers dienen zodanig te worden bewaard, dat controle daarvan door de inspecteur binnen een redelijke termijn mogelijk is. Daartoe verleent de administratieplichtige de benodigde medewerking met inbegrip van het verschaffen van het benodigde inzicht in de opzet en de werking van de administratie (art. 52, zesde lid, AWR).

B) De bank als derde

De kwalificatie als administratieplichtige is niet alleen van belang voor de vraag of een administratie moet worden gevoerd. Op de administratieplichtige rusten op grond van artikel 53, eerste lid, AWR bovendien de in de artikelen 47 en 48 tot en met 50 omschreven verplichtingen ten behoeve van:

a. de belastingheffing van derden;
b. de heffing van de belasting waarvan de inhouding aan hen is opgedragen.

De reikwijdte van artikel 53 is zeer ruim. Het kan betrekking hebben op individuele gevallen, maar ook op groepen van gevallen. Ook zogenaamde serievragen zijn op basis van artikel 53 mogelijk.[291] Dat zijn vragen die niet zijn geïndividualiseerd naar personen of lichamen en die al dan niet betrekking hebben op meer dan één jaar.[292] Goede voorbeelden hiervan zijn de renseignering van rente en dividenden door banken aan de fiscus.[293] Renseignmenten zijn gegevens die niet door de belastingplichtigen, maar door anderen worden verstrekt.[294] De informatieplicht op basis van artikel 53 AWR is dus niet beperkt tot 'bepaalde' personen en ook niet tot 'bepaalde' boeken of bescheiden.[295] Evenmin is van belang of de gegevens die worden gevraagd al bij de fiscus bekend zijn. Integendeel, bij twijfel over de juistheid van

290 Zwenne (1998), p. 39.
291 Dat gold overigens ook al voor de voorganger van art. 53 AWR, art. 49 (oud) AWR; vgl. Hoge Raad 10 december 1974, BNB1975/52 (*Stad Rotterdam*).
292 Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', aant. 15 bij art. 53 AWR, suppl. 301.
293 Den Boer/Koopman/Wattel (1999), p. 523.
294 Zwenne (1998), p. 5.
295 De Blieck e.a. (2004), p. 130.

die gegevens zal de fiscus de mogelijkheid moeten hebben anderen om informatie te vragen.

> Op basis van artikel 53 AWR kan informatie alleen worden opgevraagd ten behoeve van de Nederlandse belastingheffing van een derde.[296] Verder zijn de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 47a niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Aan een administratieplichtige kan ten behoeve van de belastingheffing van een derde derhalve geen informatie worden gevraagd die in het bezit is van een buitenlandse moeder- of zustermaatschappij. Met betrekking tot een buitenlandse dochtermaatschappij (of een vaste inrichting) bevat artikel 53 geen beperkingen.[297]

In aanvulling op het voorgaande hebben sommige administratieplichtigen de verplichting uit eigen beweging, dus spontaan, informatie aan de fiscus te verstrekken. Met het oog daarop zijn door de Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001[298] de artikelen 53 en 47b AWR gewijzigd en is er een nieuw artikel 52a AWR ingevoegd. In artikel 53, tweede lid, AWR wordt bepaald dat sommige bij of krachtens de belastingwet aan te wijzen administratieplichtigen gehouden zijn de bij of krachtens de belastingwet aan te wijzen gegevens en inlichtingen waarvan de kennisneming voor de heffing van de belasting van belang kan zijn, spontaan moeten verstrekken aan de inspecteur volgens bij of krachtens de belastingwet te stellen regels. Daarbij moet ook het sociaal-fiscaalnummer worden vermeld van degene op wie de gegevens en inlichtingen betrekking hebben (art. 53, derde lid).[299] Een en ander wordt nader uitgewerkt in artikel 10.8 van de Wet inkomstenbelasting 2001[300] en in artikel 22 Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001.[301]

> Daaruit kan worden afgeleid dat banken onder de regeling vallen. De spontaan te verstrekken gegevens en inlichtingen moeten van belang kunnen zijn voor de belastingheffing over inkomen uit werk en woning, het voordeel uit sparen en beleggen en voor de bepaling van de hoogte van de persoonsgebonden aftrekposten (art. 10.8, eerste lid, IB 2001). Het gaat onder meer om gegevens en inlichtingen over bankrekeningsaldi, genoten rente, saldi van effectenrekeningen en op die rekeningen genoten opbrengsten.
>
> Overigens dienen de hier besproken bepalingen niet ter implementatie van de Spaarrenterichtlijn en het daarbij horende systeem van automatische inlichtingenuitwisseling. Daarvoor zijn in de hieronder te bespreken WIB aparte bepalingen opgenomen (paragraaf 3.5.3.1, onder A).

---

296 De Blieck e.a. (2004), p. 135.
297 De Blieck e.a. (2004), p. 135; Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', aant. 3 bij art. 53 AWR, suppl. 382.
298 Stb. 2000, 216.
299 Om de effectieve werking van dit artikellid te kunnen waarborgen zijn artikel 47b en 52a AWR opgenomen.
300 Stb. 2000, 215.
301 Stb. 2000, 641.

Banken kunnen zich in het kader van de belastingheffing van derden dus niet verschonen. Artikel 53a AWR geldt niet voor hen. Wel heeft de fiscus zelf enige beperkingen aanvaard in de bevragingsmogelijkheden van banken. Banken zijn in de praktijk zo belangrijk voor de fiscale rechtshandhaving dat afspraken tussen de sector en de fiscus voor de hand lagen. Deze zijn neergelegd in het Voorschrift informatie fiscus/banken (Vifb 2002).[302] Voor de Belastingdienst ging het erom meer en beter verwerkbare informatie te verkrijgen; de banken wilden duidelijkheid over de informatie die zij moesten verstrekken, met in het achterhoofd de zorgvuldigheid die zij tegenover hun klanten in acht moeten nemen. Ook het kostenaspect was voor de banken een belangrijke overweging. De Belastingdienst kon daarbij aanbieden minder vergaande plichten op te leggen dan wettelijk zou kunnen; de banken konden daartegenover stellen de informatie te verstrekken op een wijze waarvan de Belastingdienst het meeste voordeel zou hebben.[303]

Het voorschrift geeft aan op welke wijze de Belastingdienst om informatie over derden *verzoekt* met betrekking tot bancaire activiteiten en op welke wijze banken daaraan moeten voldoen. Het behandelt zowel het stellen van vragen in een individueel geval (§ 6-9 Vifb 2002), als de serievragen, die ik hier niet verder behandel (§ 10). De spontane verstrekking is geen voorwerp van regulering.[304] Een verzoek om informatie kan *uitsluitend* worden gedaan in gevallen waarin een Nederlands heffings- of invorderingsbelang wordt vermoed ten aanzien van een derde (§ 3.0).[305] Belangrijk is paragraaf 4.0 van het voorschrift waarin is bepaald, dat alvorens een verzoek om informatie te doen bij een bank, de Belastingdienst eerst tracht de benodigde gegevens te verkrijgen van de betrokken derde. Indien het voor de derde zelf niet mogelijk is de gegevens te verkrijgen, wordt hij in de gelegenheid gesteld die gegevens bij de bank te verzamelen. Daarna pas wendt de Belastingdienst zich tot een bank. Deze zal in dat geval niet als voorwaarde stellen dat de betrokken derde met het verzoek instemt (§ 8.0). Deze procedure staat bekend als de 'drietraps-' of 'driestappenprocedure'.[306] In afwijking van paragraaf 4.0 kan de Belastingdienst zich echter rechtstreeks tot de bank wenden wanneer naar het oordeel van het hoofd van de eenheid het belang van het onderzoek niet toestaat dat de in die paragraaf genoemde procedure wordt gevolgd (§ 4.1).[307] Als het voor de heffing van groot belang kan zijn, moeten ook volledige krediet- en cliëntendossiers, inclusief de zich daarin bevindende stukken, beschikbaar worden gesteld (§ 9.0).[308]

---

302 Stcrt. 2002, 58. § 65.6.4 van de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens, *supra* noot 187, merkt deze regeling aan als een geldige grondslag voor de verstrekking van gegevens.

303 Uitvoerig hierover Hobbema (2001); Zwenne (1998), p. 141-144; Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', aant. 26 bij art. 53 AWR, suppl. 382.

304 Opmerkelijk is daarom dat in § 1.0.1 Voorschrift wel naar art. 53, leden 2 en 3, AWR wordt verwezen'. § 10.0 bevat slechts een verwijzing naar de wettelijke voorschriften.

305 Voor buitenlandse doeleinden zie *infra* paragraaf 3.5.3.1, onder B.

306 Zwenne (1998), p. 150; Hobbema (2001).

307 Hierover Zwenne (1998), p. 151, en Hein (1995), p. 727.

308 Kritisch over het beperkte toetsingsrecht van de fiscus ter zake; Hein (1995).

Vermeldenswaard is ook de procedure die wordt gevolgd, wanneer een rekeninghouder niet kan worden geïndividualiseerd (§ 6.1 Voorschrift). 'Indien de Belastingdienst slechts beschikt over een rekeningnummer zonder de daarbij behorende persoonsgegevens, zal, in de gevallen waarin in redelijkheid kan worden aangenomen dat de rekening bij een bepaalde bank wordt gehouden, deze bank in haar administratie nazien of dit het geval is, en in het bevestigende geval de bij de rekening behorende persoonsgegevens verschaffen. In gevallen waarin niet in redelijkheid kan worden aangenomen dat de rekening bij de desbetreffende bank wordt gehouden en in gevallen waarin is komen vast te staan dat een rekening feitelijk bij een andere bank wordt gehouden, zal de Belastingdienst zich schriftelijk via de FIOD-ECD wenden tot Interpay met het verzoek de bij de desbetreffende rekening behorende bankgegevens te verstrekken. De door Interpay aangegeven bank zal vervolgens zo nodig de bij de rekening behorende persoonsgegevens verstrekken.'

3.3.3.2 Boeteonderzoek

Over het boeteonderzoek kan ik kort zijn, nu ik daarop ook al inging in paragraaf 3.3.2.2.[309] De opmerkingen daar gelden *mutatis mutandis* ook voor het fiscale boeterecht. Nog sterker, het fiscale boeterecht kan gerust worden beschouwd als een belangrijk laboratorium voor boeteregelingen in andere wetten. Het is immers een van de oudste boeteregelingen in Nederland. Net als in het financiële boeterecht kent de regeling van de fiscale boete in de AWR geen afzonderlijke bevoegdheden voor het boeteonderzoek.[310] De controlebevoegdheden van de AWR zijn in de boeteprocedure van toepassing; zij mogen ook voor boetedoeleinden worden gebruikt. De bank kan in dergelijke procedures niet alleen als derde, maar ook als boeteling worden benaderd. Daarnaast bestaan mogelijk nog zijn plichten als belastingplichtige. In die gevallen gelden aanvullende waarborgen die onder omstandigheden de reikwijdte van de controlebevoegdheden kunnen beperken. Voorzieningen daarover zijn opgenomen in de artikelen 67g tot en met 67q AWR. Art. 67j AWR kent een beperkt zwijgrecht toe aan de boeteling. Beperkt, omdat het in § 12 van het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (BBBB) is vertaald als 'vragen die *uitsluitend* worden gesteld ten behoeve van het onderzoeken van de *verwijtbaarheid* van belanghebbende of de *juistheid* van de boete [mijn cursivering, ML]'. Hieruit wordt afgeleid dat het zwijgrecht weinig praktische betekenis heeft, omdat 'zuivere boetevragen' zich bijna nooit zullen voordoen.[311]

Lastig zijn ook de gevallen waarin de boeteprocedure gecombineerd wordt met andere procedures. Als gezien is de fiscus in de keuze voor het voeren van de ene, danwel de andere procedure volledig vrij. Voor het niet-punitieve deel blijft in die gevallen de medewerkingsplicht onverkort overeind.[312] Voor het punitieve deel geldt een (beperkt) zwijgrecht voor mondelinge inlichtingen. Hierin herkennen we

309 *In extenso* verder Feteris (2002).
310 Jansen (1999), p. 4.
311 Vgl. Feteris (2002), p. 298.
312 Vgl. HR 8 juli 1998, BNB/326 (m.nt. Wattel); zie ook Valkenburg (2001), p. 193.

duidelijk het Saunders-criterium. Onder dwang verkregen inlichtingen mogen niet worden gebruikt als bewijs in een boetezaak.[313] Op dit alles ging ik hierboven al meermaals in.

3.3.3.3 Rechtsbescherming

Ook over de procedurele rechtsbescherming kan ik vrij kort zijn. *In fiscalibus* concentreert de rechtsbescherming zich rondom het geschil in de hoofdzaak; bezwaar en beroep is mogelijk tegen de belastingaanslag of een andere voor bezwaar vatbare beschikking (art. 23 AWR).[314] Voordat het tot een aanslag komt, kan er echter al discussie ontstaan over reikwijdte van een inzage- of inlichtingenvordering. Dat is vervelend, zowel voor de inspecteur, als voor de belastingplichtige, zeker omdat aan het weigeren van zo'n vordering ingrijpende gevolgen verbonden kunnen zijn. De vraag is dus opnieuw of het hier gaat om feitelijke handelingen, danwel om appellabele besluiten in de zin van art. 1:3 Awb.[315] Die vraag is alleen al legitiem voor de vele gevallen waarin een aanslag nog niet is vastgesteld, zodat niet tegen de aanslag zelf in bezwaar kan worden gekomen.[316] Derden blijven, ook wanneer zo'n aanslag er wel al zou zijn, bovendien zonder rechtsmiddel; zij zijn geen partij in de aanslagprocedure.

Vooral schriftelijke inlichtingen- en inzagevorderingen zouden voor de status van appellabel besluit (beschikking) in aanmerking kunnen komen. Toch staat afzonderlijke rechtsbescherming thans niet open.[317] Een bijkomende complicatie *in fiscalibus* is namelijk dat art. 23 AWR uitgaat van een gesloten stelsel van rechtsmiddelen, dat in zoverre afwijkt van de Algemene wet bestuursrecht. Het begrip 'voor bezwaar vatbare beschikking' wordt beperkt en formeel uitgelegd. De AWR hanteert, anders dan de Awb, een formeel beschikkingsbegrip; de belastingwet zelf moet er uitsluitsel over geven.[318] Inzage- en inlichtingenvorderingen vallen, hoewel wellicht besluiten in de zin van art. 1:3 Awb, niet onder art. 23 AWR. Daarop is veel kritiek geweest. De Staatssecretaris van Financiën heeft op advies van de werkgroep voor aspecten van rechtsbescherming beloofd om dergelijke rechtsmiddelen in de AWR op te nemen.[319] Tot dusverre is het daar niet van gekomen.

---

313 Vgl. HR 26 juni 2001, AB 2002, 342; BNB 2002, 27; HR 16 september 2005, LJN AO9013.

314 De Blieck e.a. (2004), p. 96-97.

315 Daarvoor kan ik verwijzen naar paragraaf 3.3.2.3.

316 Vgl. Feteris & Kamerling (1997); Happé (2001). Ook tegen een *voorlopige* aanslag kan in bezwaar worden gekomen. In dat geval kan via art. 8:81 Awb (connexiteitsvereiste) een voorlopige voorziening worden aangevraagd.

317 Feteris & Kamerling (1997); Happé (2001); De Blieck e.a. (2004), p. 96-97; Kamerstukken II 2005/06, 30 645, nr. 3.

318 Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', aant. 2.7 bij art. 23 AWR.

319 Zie de brief van de staatssecretaris van 15 april 1997, VN 1997, 1714; Kamerstukken II 1997/98, 25 175, nr. 5, p. 4.

Integendeel, het lijkt erop dat men van deze toezegging terugkomt.[320] Dat betekent dat men in dergelijke gevallen is aangewezen op de burgerlijke rechter.

> De afwezigheid van een aparte rechtsgang voor inlichtingen- en inzagevorderingen wordt overigens ook gevoeld door de inspecteur.[321] Deze beschikt niet over de mogelijkheid om bestuurlijke dwangsommen op te leggen. Hem resteert een omkering van de bewijslast of het paardenmiddel van de strafvervolging. In dit licht moeten ook de discussies worden bezien over de invoering van een bestuurlijke dwangsombevoegdheid voor de fiscus.[322]
>
> Vrij recent is een initiatiefwetsvoorstel ingediend dat de rechtsbescherming *in fiscalibus* beoogt te versterken.[323] Dat is vooral nuttig, wanneer de betrokkene bezwaren heeft tegen de vordering. Daartoe wordt kort gezegd voorgesteld inlichtingenvorderingen appellabel te maken via een nieuw art. 56a AWR. Dat model bestaat ook in Duitsland.[324] Omstreden is de situatie in Zwitserland.[325] Ook kan er discussie zijn over de inrichting van een fiscale administratie (art. 52 AWR). Daarover bevat het voorstel eveneens voorzieningen.

3.3.4 Toegang tot bancaire informatie in het strafprocesrecht

3.3.4.1 Algemeen

Net als in het bestuursrecht geldt in het strafrecht dat lang niet al het opsporingshandelen in de wet moet worden genormeerd. Ook art. 1 Sv stelt die eis niet. Daarover bestaat min of meer eensgezindheid.[326] Dat laat onverlet dat waar grondrechtsinbreuken worden gemaakt ten behoeve van strafrechtelijk onderzoek, die inbreuken een wettelijke basis nodig hebben.[327] Dat vloeit wél voort uit art. 1 Sv, maar ook uit art. 8 EVRM en art. 10 Gw. Daarbij komt dat de opsporingsambtenaar zich bij de uitvoering van zijn taken, ook als hij daarbij geen inbreuk maakt op grondrechten, heeft te houden aan de beginselen van een behoorlijke procesorde. Niet alleen op wetgevend, maar ook op uitvoerend niveau moet er bijvoorbeeld aan het evenredigheidsbeginsel zijn voldaan. De binding aan deze beginselen kan met zich brengen dat eerst de verdachte wordt benaderd voordat men zich tot een derde

---

320 Kamerstukken II 2004/05, 29 758, nr. 7, p. 15; Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 7, p. 15-16.
321 Happé (2001); Feteris & Kamerling (1997).
322 *Supra* noot 271; zie ook Happé (2001).
323 Kamerstukken II 2005/06, 30 645, nrs. 1-2.
324 Hoofdstuk 4.3.3.5.
325 Hoofdstuk 5.3.3.1, onder C.
326 Vgl. Corstens (2005), p. 265.
327 Wettelijke normering kan verder nodig zijn in verband met de controle op het overheidshandelen en in verband met de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal. Art. 6 EVRM werpt in dit opzicht zijn schaduw vooruit over het voorbereidend onderzoek; vgl. Knigge & Kwakman (2001), p. 343-344.

wendt of dat eerst het minst ingrijpende middel wordt geprobeerd, voordat men zich wendt tot een zwaarder middel (subsidiariteit).[328]

Het grote verschil tussen de strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden en de controlebevoegdheden die ik hierboven besprak en die evenzeer inbreuken op grondrechten kunnen maken, is dat de nu te bespreken bevoegdheden plaatsvinden in het kader van de strafvordering.[329] De bevoegdheden zijn daarmee (nog) gebonden aan het voorliggen van een verdenking.[330] Het verschil in doel impliceert bovendien dat de afweging die de wetgever maakt tussen het belang van de opsporing en het belang van de persoonlijke levenssfeer anders kan uitpakken dan in het bestuursrecht.[331] Inderdaad zien we een aantal opmerkelijke verschillen tussen de structuur van bestuursrechtelijke en strafvorderlijke bevoegdheden, ook al heeft er meer en meer toenadering plaats.[332]

Een aantal strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden maakt dusdanig zware inbreuken op grondrechten, dat ze om die reden niet beschikbaar zijn voor toezichts- of boetedoeleinden.[333] Daarin komt het zwaarder gevoelde gewicht van de strafvordering tot uitdrukking. Daarbij passen ook zwaardere waarborgen. De verdenkingsvoorwaarde is daarvan een eerste belangrijk voorbeeld. De verdenking speelt dus niet alleen een rol op het niveau van de taakuitoefening,[334] maar ook bij de uitoefening van concrete bevoegdheden. Zonder een verdenking, mogen de meeste strafvorderlijke bevoegdheden niet worden uitgeoefend. De relatieve zwaarte van de verdenking maakt een zekere mate van differentiatie tussen deze bevoegdheden mogelijk. Dat hangt samen met de onschuldpresumptie,[335] maar het kan ook worden gezien als een uitwerking van het evenredigheidsbeginsel.[336] Immers, hoe zwaarder de verdenking, hoe meer er mogelijk is, ook als er nog geen verdachte is of als de bevoegdheid zich richt tegen derden.[337] In gevallen van heterdaad mag bijvoorbeeld meer dan in gevallen buiten heterdaad.

---

328 Soms zijn die eisen met zoveel woorden in de wet vastgelegd. Men komt dan bijvoorbeeld de voorwaarde tegen dat het belang van het onderzoek een bepaalde maatregel 'dringend moet vorderen' (vgl. art. 126ne Sv).

329 Ik roep daarbij nogmaals in herinnering dat in de praktijk strafvorderlijke doelen en bestuursrechtelijke doelen elkaar zeer dicht kunnen naderen.

330 Paragraaf 3.2.3.2. Het klassieke verdenkingsbegrip van art. 27 Sv is voor de zware georganiseerde (art. 132a Sv) en de economische criminaliteit (WED) verruimd.

331 Paragraaf 3.3.1.2.

332 Knigge (2000); Jansen (1999).

333 Vgl. Jansen (1999), p. 230.

334 Nogmaals, als het wetsvoorstel 'Verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven' in werking treedt, zal art. 132a Sv worden gewijzigd. Het verdenkingscriteirum komt dan te vervallen; *supra* paragraaf 3.2.3.2.

335 Keijzer (1987), p. 245-246; Koops & Stevens, aant. 7.8 e.v. bij art. 271 Sv, in: Melai; Corstens (2005), p. 59; Knigge (2005).

336 Cleiren, aant. 13 bij art. 1 Sv, in: Melai, spreekt van een materiële waarborg.

337 Vgl. HR 22 maart 2005, JOL 2005, 182.

NEDERLAND

> Sinds de Wet BOB werken we in de commune strafvordering met twee ver denkingsregimes.[338] De hoofdregel is nog steeds dat voor toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen en onderzoeksbevoegdheden een verdenking in de zin van art. 27 Sv nodig is. Tenzij in de bijzondere wet anders is bepaald (zoals het geval is in de WED),[339] geldt die regel ook voor de aanvullende bevoegdheden in bijzondere wetgeving, zoals de opsporingsbevoegdheden in de AWR. Voor sommige vormen van ernstige georganiseerde criminaliteit is het klassieke criterium echter losgelaten. Deze bevoegdheden mogen ook worden gebruikt in de fase van de vroegsporing. Voor toepassing van die bevoegdheden geldt dan dat er voldaan moet zijn aan de voorwaarden van art. 126o Sv, dat een uitwerking is van art. 132a Sv.

Ook via de aanwijzing van de bevoegde autoriteit is differentiatie mogelijk. De onafhankelijke en onpartijdige rechter-commissaris mag doorgaans meer dan de opsporingsambtenaar.[340] De officier van justitie, die leider is van het opsporingsonderzoek, neemt hier een tussenpositie in. Ook dit kan worden vertaald naar het evenredigheidsbeginsel: 'hoe hoger de autoriteit, hoe meer deze mag'. Uit het feit dat het gerechtelijk vooronderzoek steeds verder wordt teruggedrongen, mag niet worden afgeleid dat de rol van de rechter-commissaris verdwijnen zal. Bij een aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden is nu, in plaats van dat een gerechtelijk vooronderzoek wordt geopend en/of de rechter-commissaris de gevraagde handeling zelf uitvoert, voorafgaande rechterlijke machtiging vereist. In dat geval machtigt de rechter-commissaris tot het uitvoeren van de gevraagde handelingen, maar verricht hij ze niet zelf.[341]

Een derde voorwaarde die een algemene introductie behoeft, is de koppeling van sommige bevoegdheden aan de ernst van het onderliggende feit. Dat het onderzoek een strafvorderlijk doel dient, is lang niet altijd een afdoende rechtvaardiging. Voor toepassing van sommige bevoegdheden is een verdenking vereist van een feit van een bepaalde zwaarte. Er kan zijn bepaald dat het moet gaan om een verdenking van een misdrijf (dus niet overtreding) of er kan worden verwezen naar het criterium van art. 67, lid 1, Sv. Daarin wordt bepaald dat een bevel tot voorlopige hechtenis (onder meer) pas mogelijk is voor feiten waarop een gevangenisstraf van meer dan vier jaar is gesteld. Ook verdenkingen van handel met voorwetenschap geven aanleiding tot toepassing van voorlopige hechtenis en dus indirect tot toepassing van een aantal andere zware dwangmiddelen.

> De aard van het onderliggende strafbare feit leidt soms ook tot een *versoepeling* van de eisen. In het economische en fiscale strafrecht beschikken ook de opsporingsambtenaren over een algemene inbeslagnemingsbevoegdheid voor economi-

338 Het wetsvoorstel 'Verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven' voegt daar nog een derde aan toe – de terroristische misdrijven.

339 HR 9 maart 1993, NJ 1993, 633.

340 De rechter-commissaris kan de laatste overigens opdrachten geven; art. 177 Sv. Daarover paragraaf 3.2.3.3.

341 Vgl. *supra* paragraaf 3.2.3.3.

> sche (art. 18 WED), respectievelijk fiscale delicten (art. 81 AWR). In het commune strafrecht komt die bevoegdheid toe aan de rechter-commissaris (104 Sv). De rechtvaardiging voor deze afwijking wordt gezocht in het karakter van het bijzondere strafrecht.[342]

In de vierde plaats is ook van belang tegen wie de maatregel zich richt. Daarbij verdient nogmaals opmerking dat een bank *als derde* in het Nederlandse strafprocesrecht – evenals daarbuiten overigens – geen professioneel verschoningsrecht toekomt.[343] De bank is als derde in beginsel tot medewerking gehouden. Toch geldt ook voor hem de vuistregel dat tegen een verdachte meer mogelijk is dan tegen derden. Het is dus van belang in welke positie de bank (als 'derde' of als '(mede) verdachte') benaderd wordt. Daar komt bij dat de bank *als verdachte* een zwijgrecht in de zin van art. 29 Sv toekomt, hoe ook zijn positie in andere parallel lopende procedures moge luiden. Anders dan in het (fiscale) boeterecht, waar het zwijgrecht pleegt te worden beperkt tot de zogenaamde niet-gemengde vraag, geldt in het strafrecht het zwijgrecht ook voor de gemengde vraag.

> De positie van de bank in het onderzoek is door de autoriteiten vrij eenvoudig te beïnvloeden, bijvoorbeeld door het onderzoek 'op te knippen'. De bank, die wordt verdacht van het medeplegen van strafbare handel met voorwetenschap, zou kunnen worden beschouwd als derde in de strafzaak tegen diens cliënt. *In fiscalibus* levert een fiscaal feitencomplex al snel meerdere strafbare feiten op. Het onderzoek kan worden verdeeld in meerdere tijdvakken en meerdere typen belastingen.[344] Ook dat heeft mogelijk gevolgen voor de positie van de betrokkene, zeker wanneer nadien de bij hem als derde vergaarde gegevens alsnog in de eigen zaak gaan worden gebruikt.[345] Ik kom hierop nog terug in paragraaf 3.3.4.2.

Ik wil ten slotte nog wijzen op een aanmerkelijk verschil met de bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden. In het strafprocesrecht spelen het verdere *gebruik* en de verdere *verstrekking* van de gegevens van oudsher een veel minder belangrijke rol. Dat heeft vermoedelijk te maken met de zware waarborgen bij het *vergaren* van de gegevens en het magistratelijk karakter van het vooronderzoek. Vermoedelijk om deze redenen wordt zonder veel omhaal aangenomen dat gegevens die bijvoorbeeld via een doorzoeking bij een bank over niet in het onderzoek betrokken derden werden verkregen, strafvorderlijk mogen worden gebruikt ('wat rechtmatig is verkregen, mag ook worden gebruikt'). Pas de laatste jaren komt het strafvorderlijk

342 Uitvoerig hierover Baauw (1999); Brouwer (1999); Gritter, Knigge & Kwakman (2005).
343 *Supra* noot 182.
344 Vgl. Kessler (2003).
345 Hier is van belang dat de Hoge Raad een al te formalistische benadering bij de toepassing van de *Schutznorm* door het Hof Den Bosch corrigeerde: HR 6 juli 2004, NJ 2004, p. 469; JOL 2004, 382. Zo'n formele benadering zou ertoe leiden dat de verdachte een vermeende onrechtmatigheid niet aan de orde kan stellen, omdat hij in het onderzoek waarin die maatregel plaatsvond, niet als verdachte werd beschouwd en *dus* geen belang zou hebben bij het aan de orde stellen van die onrechtmatigheid.

gebruik als zodanig meer in zicht. Daarvoor is, meen ik, alle reden.[346] In dit verband is van belang dat de resultaten van sommige bijzondere opsporingsbevoegdheden in beginsel doelgebonden moeten worden gebruikt (art. 126dd Sv). Juist voor het type bevoegdheden dat heimelijk wordt uitgeoefend, is die doelbinding van wezenlijk belang; de betrokkene weet immers niet dat die gegevens werden vergaard en kan zich er niet tegen verzetten. Verder kwam in het kader van de gegevensbescherming onlangs de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens tot stand.

Na deze algemene opmerkingen wil ik hieronder de afzonderlijke bevoegdheden kort bespreken. Een coherente aanpak daarbij is lastig.[347] In het onderstaande beperk ik me tot die bevoegdheden die voor de bancaire sector van bijzonder belang zijn. In navolging van Jansen maak ik als handvat voor een bespreking een onderscheid tussen:

1. het vorderen van inlichtingen, gegevens;
2. het vorderen van inzage in en uitlevering van gegevens en bescheiden;
3. het onderzoek van zaken, in het bijzonder de inbeslagneming;
4. het betreden van plaatsen;
5. bevoegdheden ten aanzien van een persoon, waarop ik niet inga.

De reden voor dit onderscheid is tweeërlei. In de eerste plaats sluit het aan bij de manier waarop de bestuurlijke onderzoeksbevoegdheden worden ingedeeld.[348] In de tweede plaats moet het onderscheid worden bezien tegen de achtergrond van het *nemo-tenetur*beginsel. De laatste drie categorieën leveren vanuit dit perspectief, zeker na het Saunders-arrest en het daarin geïntroduceerde criterium 'van de wil onafhankelijk materiaal', relatief weinig problemen op. De verdachte (of de derde) zal dergelijke handelingen moeten dulden. Dit is anders bij de eerste categorie en onder omstandigheden ook bij de tweede. Vooral voor de eerste categorie geldt dat het vorderen van inlichtingen in strijd kan komen met het *nemo-tenetur*beginsel.

A) Het vorderen van gegevens en inlichtingen

Het Wetboek van Strafvordering heeft onlangs een vrij ingrijpende wijziging ondergaan met betrekking tot de strafvorderlijke bevoegdheden tot het vorderen van gegevens. De wetgever werd daartoe onder meer aangezet door het rapport van Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij (Commissie Mevis). Ook het Protocol bij de EU-rechtshulpovereenkomst dwong tot de ontsluiting van gegevens die zich bij financiële instellingen bevinden. Om die reden

346 Zeker bij zware grondrechtinbreuken, kan namelijk worden aangenomen dat het doel waarvoor de gegevens vervolgens mogen worden gebruikt, eng omschreven moet worden (vgl. de term 'verenigbaar doel' in art. 9 Wbp en in het bijzonder art. 9, lid 2, sub d, Wbp). Voor niet verenigbare doeleinden is een nieuwe grondslag vereist.

347 Vgl. Corstens (2005), p. 358, ten aanzien van dwangmiddelen.

348 Vgl. Jansen (1999), p. 62.

kwam eerst de Wet vorderen gegevens financiële sector[349] tot stand, welke wet op 1 januari 2006 werd vervangen door de algemene Wet bevoegdheden vorderen gegevens.[350] Op zijn beurt is deze wet weer aangepast door de Wet computercriminaliteit II.[351]

De nieuwe art. 126nc e.v. Sv[352] geven de verschillende autoriteiten met betrekking tot het vorderen van gegevens in het opsporingsonderzoek verreikende bevoegdheden.[353] Ze kunnen worden gericht *tot* de bank als derde, maar het kan ook gaan om vorderingen over gegevens die betrekking hebben *op* de bank als derde of als verdachte. In het eerste geval kan worden bepaald dat de bank jegens zijn cliënt in het belang van het onderzoek geheimhouding in acht neemt (art. 126bb, lid 5, Sv).[354] Concreet gaat het om de volgende bevoegdheden:

1. Iedere opsporingsambtenaar komt bij verdenking van een *misdrijf* de bevoegdheid toe om van degene die daarvoor redelijkerwijs in aanmerking komt en die beroeps- of bedrijfsmatig gegevens verwerkt, zogenaamde identificerende gegevens te vorderen. De vordering mag niet zijn gericht tot de verdachte (art. 126nc Sv).
2. De officier van justitie heeft de bevoegdheid om voor feiten bedoeld in art. 67, lid 1, Sv,[355] gegevens te vorderen van degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot die gegevens. De vordering mag niet zijn gericht tot de verdachte (art. 126nd Sv).
3. Ook kan de officier van justitie van degene die bedrijfsmatig gegevens verwerkt, verlangen dat toekomstige – dus nog te verwerken gegevens – worden opgevraagd (art. 126ne Sv). Het kan bijvoorbeeld gaan om toekomstige bancaire transacties.[356] In uitzonderlijke gevallen moeten die gegevens direct worden verstrekt (art. 126ne, lid 3, Sv). Machtiging van de rechter-commissaris is dan vereist.
4. Bij verdenkingen van misdrijven als bedoeld in art. 67, lid 1, Sv die een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, kan, onder strikte voorwaarden, door de officier worden gevorderd dat bestaande gegevens uit een geautomatiseerd werk gedurende drie maanden worden bewaard. De vordering is gericht tot degene

349 Stb. 2004, 109, waarover de Aanwijzing gegevensverstrekking financiële dienstverleners, Stcrt. 2004, 95/19.
350 Stb. 2005, 390.
351 Stb. 2006, 300.
352 Voor de fase van de vroegsporing zijn corresponderende bepalingen te vinden in de artt.126uc-126uh Sv.
353 Voor een definitie van het begrip gegevens leze men art. 80quinquies Sr, waarover Wiemans (2004): 'Onder gegevens wordt verstaan iedere weergave van feiten, begrippen of instructies, al dan niet op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of geautomatiseerde werken.'
354 Waarover kritisch Buruma (2004), p. 673.
355 Voor andere feiten is een voorafgaande rechterlijke machtiging vereist: art. 126nd, lid 6, Sv.
356 Voor dit onderzoek lijkt me van minder belang dat onder strikte voorwaarden ook zogenaamde gevoelige gegevens mogen worden opgevraagd: art. 126nf Sv.

van wie kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot de gegevens. Deze termijn mag eenmaal worden verlengd (art. 126ni Sv).

Naast de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens verdienen ook de bevoegdheden met betrekking tot het communicatieverkeer vermelding.[357] Vooral hier heeft de genoemde Wet computercriminaliteit II onlangs wijzigingen aangebracht. Hier stelt ook art. 13 Gw extra eisen. Het gaat bovendien om heimelijke bevoegdheden; de betrokkene weet niet dat ze worden toegepast.[358] Dat zien we ook terug in de vormgeving van de bevoegdheden, die met veel waarborgen zijn omgeven. Deze vorderingen worden in de regel niet gericht tot banken. Ze kunnen echter zien op telecommunicatieverkeer waaraan door (medewerkers van) de bank wordt deelgenomen. Voor toepassing van deze bevoegdheden is niet relevant of de bank zelf verdachte is.[359] Voor dit onderzoek zijn vooral de volgende bevoegdheden relevant:

1. In art. 126m Sv[360] wordt aan de officier van justitie de bevoegdheid verleend om niet-publieke communicatie die plaatsvindt met gebruikmaking van de diensten van een aanbieder van communicatiediensten (art. 126la Sv) te laten opnemen met een technisch hulpmiddel. De bevoegdheid is beperkt tot misdrijven bedoeld in art. 67, lid 1, Sv, die een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren. Ze moet dringend noodzakelijk zijn. Bovendien is een voorafgaande rechterlijke machtiging vereist.[361]
2. Ex art. 126n Sv komt de officier de bevoegdheid toe om *verkeersgegevens* op te vragen bij een aanbieder van een communicatiedienst. Deze bevoegdheid die inhoudelijke overlap kent met art. 126ng Sv, gaat voor op de laatste.
3. Art. 126na Sv verleent de bevoegdheid om *gebruikersgegevens* op te vragen bij de aanbieder van een communicatiedienst. Deze bevoegdheid mag door iedere opsporingsambtenaar worden toegepast bij verdenking van een misdrijf. Ook deze bevoegdheid gaat voor op die van art. 126ng Sv.
4. Art. 126nb Sv normeert ten slotte de bevoegdheden met betrekking tot *nummergegevens*. Hier gaat het om het scannen van gegevens uit de ether.[362]

De invoering van de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens, zeker door de Wet bevoegdheden vorderen gegevens, is niet zonder discussie geweest. In het

357 Jansen (1999), p. 77-78, deelt deze overigens in onder de categorie 'bevoegdheden ten aanzien van zaken'. Ik wijk daarvan af nu strafvorderlijke bevoegdheden met betrekking tot gegevens in de Wet BOB en de Wet bevoegdheden vorderen gegevens een duidelijker plaats hebben gekregen. Discussie over de indeling blijft echter mogelijk, zeker ten aanzien van de bevoegdheid, genoemd in art. 126m Sv.

358 Corstens (2005), p. 428.

359 Mac Gillavry (2004), p. 234; Corstens (2005), p. 430. Dat was anders onder het oude recht, waarover HR 22 maart 2005, JOL 2005, 182.

360 Art. 126m, 126n en 126na Sv kennen voor de vroegsporing tegenhangers in de art. 126t, 126u, 126ua en 126ub Sv.

361 Daarover HR 31 januari 2005, LJN AU8292.

362 Daarover Corstens (2005), p. 430.

strafrecht was de bevoegdheid tot het vorderen van gegevens nog vrij onbekend. Velen meenden dat met de invoering van de nieuwe bevoegdheden werd gebroken met de regel dat derden niet of alleen door de rechter-commissaris tot medewerking kunnen worden verplicht.[363] Voortaan kunnen ook OM en politie personen tot het verstrekken van inlichtingen dwingen. Weigering levert een strafbaar feit op (art. 184 Sr). Hier botsen twee verschillende visies: de ene gaat uit van een systeem van vrijwilligheid, waarin de beslissing tot het verstrekken van gegevens door derden aan justitie primair een zaak van die derde zelf is. Pas daarna is eventueel dwang aan de orde. De andere visie meent daarentegen dat die beslissing in handen hoort te liggen van de overheid en behoort te zijn voorzien van een duidelijke grondslag. Weliswaar verruimen de nieuwe bevoegdheden de armslag van de autoriteiten, tegelijk leggen ze de verantwoordelijkheid bij de instantie die met het onderzoek belast is en wordt een aantal zaken wettelijk genormeerd, waar die normering voorheen ontbrak.[364]

> Mac Gillavry verheldert de discussie met zijn beschrijving van de verhoudingen als een driehoeksrelatie die bestaat tussen a. de persoon op wie de gegevens betrekking hebben (hier de bankcliënt), b. de persoon of instelling die de gegevens verwerkt (de bank) en c. justitie die toegang tot de gegevens wil.[365] Iedere relatie wordt beheerst door verschillende normen. Het 'bankgeheim' (paragraaf 3.3.1.1) speelt een rol in de relatie tussen justitie en bank, niet in de relatie tussen justitie en de cliënt of tussen de cliënt en de bank. In wezen is dit een uitwerking van wat ik aanduid als het specialiteitsbeginsel en zijn keerzijde: het verbod op *détournement de pouvoir* – wat toelaatbaar is voor het ene doel, is dat nog niet voor het andere. Daarom is van belang in welke hoedanigheid een persoon wordt benaderd en wat er vervolgens met de vergaarde gegevens gebeurt.

Wat er ook moge zijn van het voorgaande, de vordering tot het verstrekken van gegevens strekt zich alleen uit tot gegevens die al bestaan en zijn vastgelegd. Voor zover de officier of andere opsporingsambtenaar daarnaast vragen stellen wil aan de betrokkene geldt dat deze niet tot medewerking kan worden verplicht. Een algemene bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen ontbreekt in de wet. Aangenomen wordt echter dat opsporingsambtenaren wel vragen *mogen* stellen. In die gevallen is degene tot wie de vraag wordt gericht niet verplicht te antwoorden. Anders wordt het, wanneer een *derde* als getuige wordt opgeroepen om voor de zittingsrechter of de rechter-commissaris te verschijnen. In die gevallen geldt een spreekplicht, tenzij de derde een verschoningsrecht toekomt. Daarop hoeft hij door de verhorende ambtenaar echter niet te worden gewezen.[366]

---

363 Stevens, Koops & Wiemans (2004); Mac Gillavry (2004) en (2002); Knigge (2002); Buruma (2002), p. 246-247; Baaijens-van Geloven & Simmelink (2002), p. 479-483.

364 Mevis (2002).

365 Mac Gillavry (2004); vgl. ook Stroink (2006) en Kamerstukken 2003/04, 29 441, nr. 3, p. 2 e.v.

366 HR 30 augustus 2005, LJN AT7091, r.o. 3.3.

NEDERLAND

Dat een medewerkingsplicht voor de *verdachte* ontbreekt, ook jegens de rechter-commissaris, hangt uiteraard samen met het *nemo-tenetur*beginsel. Een verdachte is niet tot antwoorden verplicht.[367] De verhorende ambtenaar (of rechter) is bovendien verplicht zich te onthouden van alles wat de strekking heeft een verklaring te verkrijgen waarvan niet kan worden gezegd dat ze in vrijheid is afgelegd (art. 29, eerste lid, Sv). Worden de vragen gesteld in het kader van een verhoor, dan moet de verdachte, anders dan de getuige, bovendien worden meegedeeld dat hij niet tot antwoorden is verplicht (cautie; art. 29, tweede lid, Sv). Als een verhoor gelden 'alle vragen aan een door een opsporingsambtenaar als verdachte aangemerkt persoon betreffende diens betrokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit'.[368] De Hoge Raad heeft het stellen van schriftelijke vragen niet als een verhoor aangemerkt.[369] Datzelfde geldt voor het vragen naar personalia.[370]

B) Het vorderen van inzage en uitlevering

De bevoegdheden met betrekking tot het vorderen van inzage kennen in het Wetboek van Strafvordering geen algemene regeling. Een regeling is wel te vinden in art. 19 WED, dat in zijn redactie nauw aansluit bij art. 5:17 Awb. Ze is bedoeld om inbeslagneming te voorkomen. In het belang van de opsporing zijn opsporings-ambtenaren daarom bevoegd tot het vorderen van inzage van stukken en bescheiden als dat voor de vervulling van hun taken redelijkerwijs noodzakelijk is. Tevens mogen van die stukken en bescheiden kopieën worden gemaakt.[371] De vordering mag tot de verdachte worden gericht. Hier geldt dat artikel 6, eerste lid, EVRM 'zich niet verzet tegen het gebruik voor bewijs in een strafzaak van onder dwang door de verdachte afgegeven materiaal, hetwelk onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.'[372]

De mogelijkheid van het vorderen van uitlevering ter inbeslagneming kent wel een regeling in het Wetboek van Strafvordering. Deze steunbevoegdheid komt toe aan:

1. De rechter-commissaris (art. 105 Sv).
2. Aan andere opsporingsambtenaren bij een verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv (art. 96a Sv).
3. In bijzondere wetgeving (art. 81 AWR en 18 WED) zijn verruimingen te vinden. Voor deze wetten geldt voor gewone opsporingsambtenaren niet de beperking tot misdrijven als bedoeld in art. 67, lid 1, Sv.

367 In de wet zijn wel dwangmiddelen opgenomen die het creëren van een verhoor mogelijk maken: zo kan de verdachte worden aangehouden en naar een plaats van verhoor worden geleid (art. 53 en 54 Sv). Op deze bevoegdheden wordt verder niet ingegaan.

368 HR 2 oktober 1979, NJ 1980, 243.

369 HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 405 en HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 406. Kritisch over deze rechtspraak: Corstens (2005), p. 279 e.v.

370 Daarover Corstens (2005), p. 278-279.

371 De inzagevordering is – anders dan artikel 5:17 Awb – niet beperkt tot zakelijke gegevens en bescheiden; Jansen (1999), p. 67.

372 HR 21 oktober 1997, NJ 1998, 173, waarover paragraaf 3.3.1.3.

Ook met een vordering tot uitlevering kan worden voorkomen dat moet worden teruggegrepen op het veel zwaardere middel van de doorzoeking. Het bevel kan worden gegeven aan degene die redelijkerwijs moet worden vermoed houder te zijn van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp.[373] Wie niet voldoet aan zo'n vordering loopt het risico van een doorzoeking of een vervolging op basis van artikel 184 Sr. Op basis van het commune strafprocesrecht mag zo'n bevel niet aan de verdachte worden gegeven, op basis van het bijzondere wel.[374]

> Voor uitleveringsvorderingen aan verschoningsgerechtigden gelden beperkingen (vgl. art. 96a, lid 3, Sv). Aan banken komt als gezegd geen professioneel verschoningsrecht toe. Ik wil wel wijzen op Hoofdstuk 4, vooral § 16.1, van het Voorschrift fiscus/banken 2002, dat ziet op de activiteiten van de *Belastingdienst* in het kader van een opsporingsonderzoek (§ 16.0 Voorschrift). In dat hoofdstuk is bepaald dat voor zover de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering of bijzondere wetgeving zich er niet tegen verzetten, de bepalingen van dat voorschrift ook in de opsporingsfase gelden. Voor de goede orde, daarbij gaat het dus om toepassing van artikel 53 AWR – een fiscale controlebevoegdheid – ten behoeve van de strafvordering.[375] Echter, als *fiscaal relevante informatie* is verkregen met betrekking tot *andere cliënten* van de bank dan die waarop de opsporingsactiviteiten betrekking hebben en die bekend worden *indien* ambtenaren van de Belastingdienst op verzoek van Nederlandse justitiële autoriteiten in verband met hun deskundigheid aan een opsporings- of gerechtelijk vooronderzoek medewerking verlenen ter zake van een vermoed *niet-fiscaal delict*, mag die informatie nadien niet worden gebruikt voor heffings- en inningsdoeleinden, tenzij de justitiële autoriteiten deze gegevens aan de Belastingdienst ter beschikking stellen (16.2 Voorschrift). Worden hier niet fiscale controlebevoegdheden *uitsluitend* voor opsporingsdoeleinden gebruikt (paragraaf 3.2.2.4)?

C) Het onderzoek van zaken/inbeslagneming

Het onderzoek van zaken is een andere categorie die in het bestuursrecht – buiten het financiële toezicht[376] – expliciet erkend wordt (vgl. art. 5:18 Awb), maar niet, althans niet als zodanig, in het strafprocesrecht. Wel ligt ze vaak in andere bevoegdheden, zoals de bevoegdheid tot inbeslagneming besloten.[377] Een paar van die bevoegdheden kwam hierboven al aan de orde. Hieronder volgt nog een aantal andere bevoegdheden. Ik volsta hier daarom met enige algemene opmerkingen over de bevoegdheid tot inbeslagneming.

Inbeslagneming is in art. 134, eerste lid, Sv gedefinieerd als het onder zich nemen of gaan houden van een voorwerp ten behoeve van de strafvordering.[378] Voor inbeslagneming is geen verdenking tegen een bepaalde persoon vereist. Ook

373 Welke voorwerpen dat zijn, kan worden afgeleid uit de artikelen 94 en 94a Sv.
374 HR 26 april 1988, NJ 1988, 390; HR 29 oktober 1996, NJ 1997, 232.
375 Op grond van art. 10 UrBd 2003 hebben sommige opsporingsambtenaren ook de beschikking over fiscale controlebevoegdheden; *supra* paragraaf 3.2.2.4.
376 Art. 5:18 Awb is daar immers niet van toepassing; *supra* paragraaf 3.3.2.1.
377 Jansen (1999), p. 77-78.
378 Valkenburg (2001), p. 158.

bij derden mag in beslag worden genomen.[379] Uit art. 134, eerste lid, Sv vloeit wel voort dat het moet gaan om een strafrechtelijk relevante situatie; er zal een vermoeden van een strafbaar feit moeten zijn.[380] De inbeslagneming is in het Wetboek van Strafvordering geregeld in de art. 94-119a Sv.

Als gezegd, gaat de bevoegdheid vaak vergezeld van andere bevoegdheden. Die andere bevoegdheden legitimeren de inbeslagneming (*accessoire dwangmiddelen*, zoals de aanhouding) of ze maken de inbeslagneming mogelijk (*steundwangmiddelen*, bijvoorbeeld de doorzoeking ter inbeslagneming). De zojuist besproken vordering tot uitlevering is bijvoorbeeld een *steunbevoegdheid*. Ze is geen dwangmiddel, maar dient er wel toe de inbeslagneming mogelijk te maken.[381] Hier is ook van belang dat de bijzondere wetten opnieuw verruimingen kennen. Ze bevatten een algemene inbeslagnemingsbevoegdheid, die niet is niet gekoppeld aan de uitoefening van een andere bevoegdheid (18 WED en 81 AWR).[382]

D) Het betreden en doorzoeken van plaatsen[383]

De bevoegdheid tot het betreden van plaatsen is in het Wetboek van Strafvordering uitdrukkelijk gekoppeld aan bepaalde, welomschreven doeleinden. Ze hebben een ondersteunend karakter. Zo mogen plaatsen worden betreden *ter inbeslagneming* (vgl. art. 96 Sv) en *ter aanhouding* (55 Sv). Onder 'plaatsen' vallen in beginsel ook woningen. Dat wil echter niet zeggen dat het betreden van woningen zonder toestemming van de bewoner zonder meer is toegestaan. Ontbreekt die toestemming, dan zal een aparte machtiging moeten worden verkregen op basis van Algemene wet op het binnentreden (Awbi). Ook wanneer wel toestemming is verkregen, moet aan bepaalde formele voorwaarden zijn voldaan.

Naast de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen bestaat er ook de verdergaande bevoegdheid tot doorzoeking *ter aanhouding* en *ter inbeslagneming*. Onlangs is deze bevoegdheid verruimd, doordat op basis van het gewijzigde art. 125i Sv ook plaatsen mogen worden doorzocht *ter vastlegging van gegevens*. Aldus zijn bevoegd tot het *betreden* (en soms *doorzoeken*) van plaatsen *ter inbeslagneming*:

1. Iedere opsporingsambtenaar op basis van art. 96 in geval van heterdaad of verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv. Woningen mag deze persoon niet betreden. In de AWR en de WED zijn de betredingsbevoegdheden voor de fiscale en economische criminaliteit verruimd (art. 83 AWR en 20 WED). Op basis daarvan mag iedere plaats, dus ook woningen, worden betreden als dat voor de *opsporingstaak* nodig is. Het accessoire karakter

379 Vgl. ook HR 26 april 1988, NJ 1990, 390, waar het ging over artikel 81 AWR.
380 Corstens (2005), p. 454.
381 Corstens (2005), p. 458.
382 Valkenburg (2001), p. 157. Over de WED-bevoegdheid leze men Gritter, Knigge & Kwakman (2005), p. 91-106, die van mening zijn dat deze bijzondere bevoegdheid zich leent voor harmonisatie met de bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering.
383 De bevoegdheden tot het betreden van voertuigen en het onderzoek daaraan blijven in dit onderzoek buiten beschouwing.

van de bevoegdheid is dus losgelaten. Bovendien geldt dan het beperkende criterium van art. 67, lid 1, Sv niet.[384]

2. De officier van justitie mag op basis van art. 96c en 97 Sv in geval van heterdaad of van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv, onder de daar genoemde voorwaarden ook plaatsen doorzoeken. Onder de strikte voorwaarden van art. 97 Sv vallen daaronder ook woningen.
3. De rechter-commissaris heeft een algemene doorzoekingsbevoegdheid (art. 110 Sv). Als gezien mag hij deze buiten gerechtelijk vooronderzoek uitoefenen op vordering van de officier van justitie en ook ambtshalve in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek.
4. In die gevallen waarin een opsporingsambtenaar zelf niet bevoegd is tot doorzoeking ter inbeslagneming kan hij maatregelen nemen ter 'bevriezing' van de situatie, in afwachting van de komst van een onderzoeker die wel bevoegd is tot doorzoeking (art. 96, tweede lid, Sv).

Voor het *doorzoeken* van plaatsen *ter vastlegging van gegevens* geldt dat:

1. De opsporingsambtenaar niet bevoegd is (behoudens vervoermiddelen; art. 125i Sv *a contrario*). Ook de bijzondere wetgeving – de AWR en WED – brengt hierin geen verandering.
2. Voor de officier van justitie en de rechter-commissaris de zojuist genoemde bepalingen overeenkomstig gelden (art. 125i Sv). Voor onderzoek in een computer of computersysteem op een andere plek, moet zijn voldaan aan de eisen van artikel 125j Sv. Zo'n onderzoek mag niet verder gaan dan voor zover vanaf de plaats van de doorzoeking de personen die daar wonen, plegen te werken of te verblijven, met toestemming van de rechthebbende tot een dergelijk geautomatiseerd werk, toegang hebben (art. 125j, tweede lid, Sv).[385]

3.3.4.2 Rechtsbescherming

In het strafprocesrecht heeft de controle op de rechtmatige gang van zaken in het vooronderzoek in hoofdzaak plaats op het onderzoek ter zitting. Vanaf dat moment komen de beperkingen die gelden in het vooronderzoek, te vervallen (vgl. art. 33 Sv); volledige interne openbaarheid is dan het uitgangspunt. Via art. 359a Sv kunnen onregelmatigheden worden gesanctioneerd. Als een geadstrueerd onrechtmatig bewijsverweer wordt gevoerd, bestaat in beginsel een responsieplicht.[386] De rechter is dus in beginsel gehouden onderzoek te doen naar onregelmatigheden in het vooronderzoek.

De concentratie van de controle op het onderzoek ter zitting kan aanleiding geven tot discussies over de onderlinge verhoudingen tussen zittingsrechter,

384 Gritter, Knigge & Kwakman (2005), p. 107-111.
385 Uitvoerig hierover Wiemans (2004).
386 Daarover Corstens (2005), p. 690.

rechter-commissaris, die in voorkomend geval tot handelingen moet machtigen, en de officier van justitie.[387] Die verhouding was enige tijd onduidelijk. Zeer instructief is hier HR 31 januari 2006, 01738/05, JOL 2006, 77: '4.3. Het wettelijk systeem van toedeling van de bevoegdheid tot het bevelen van opnemen van telecommunicatie met een technisch hulpmiddel houdt in dat die bevoegdheid aan de officier van justitie is verleend. De rechter-commissaris dient tevoren een schriftelijke machtiging te hebben verstrekt. Het staat daarbij in eerste instantie ter beoordeling van de officier van justitie of sprake is van een verdenking als bedoeld in art. 126m, eerste lid, Sv en of het onderzoek dringend vordert dat gegevensverkeer wordt opgenomen. Bij deze laatste toetsing spelen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een rol. De rechter-commissaris dient vervolgens bij de vraag of een machtiging kan worden verstrekt, te toetsen of aan bovenstaande wettelijke voorwaarden is voldaan. Aan de zittingsrechter ten slotte staat de rechtmatigheid van de toepassing van de bevoegdheid ter beoordeling. In het wettelijk systeem houdt die beoordeling, in een geval als het onderhavige waarin de rechter-commissaris tevoren een machtiging heeft verstrekt, een beantwoording in van de vraag of de rechter-commissaris in redelijkheid tot zijn oordeel omtrent die machtiging heeft kunnen komen. Voorts omvat die beoordeling de vraag of het gebruik dat de officier van justitie vervolgens heeft gemaakt van zijn bevoegdheid tot het bevelen van het opnemen van telecommunicatie met een technisch hulpmiddel in overeenstemming is met die machtiging en ook overigens rechtmatig is (HR 11 oktober 2005, LJN AT4351).' Zie ik het goed, dan strookt deze benadering in hoge mate met wat ook door de onderzoekers van Strafvordering 2001 is voorgesteld. Aan de zittingsrechter is het finale oordeel, maar deze hoeft – tenzij bijzondere omstandigheden zich voordoen – niet te herhalen wat de rechter-commissaris al gedaan heeft (*machtiging*).[388] Hij kan zich daarom in de regel beperken tot de rechtmatigheid van de *uitvoering*.[389]

De controle door de zittingsrechter heeft echter lang niet altijd onverkort plaats.[390] Wanneer de verdachte door een onregelmatigheid niet in zijn belang is geschaad (*Schutznorm*), hoeft de rechter niet te reageren. De verdachte kan zich niet beroepen op onregelmatigheden die in het opsporingsonderzoek jegens anderen werden begaan.[391] Art. 359a Sv is bovendien niet van toepassing wanneer een vormfout geen betrekking heeft op het onderzoek naar het ten laste gelegde feit.[392] In dergelij-

387 Daarover Beijer e.a. (2004), p. 164 e.v.

388 Vgl. onder meer Baaijens-van Geloven (2004), p. 379-380; Harteveld & Stemhuis (2001), p. 577 e.v.

389 Anders: Rb. Haarlem 23 december 2003, NJ 2004, 552, die meent dat de zittingsrechter een machtiging ex art. 126m, lid 4 (j° 126l, lid 4) Sv niet mag toetsen. Dat zou onverenigbaar zijn met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.

390 Daarover ook Beijer e.a. (2004), p. 168 e.v.

391 Artikel 359a Sv is weliswaar van toepassing, maar dat zal *in de regel* tot niets leiden. Uitzonderingen zijn echter mogelijk; Buruma in zijn noot bij NJ 2006, 193.

392 Anders dan in de vorige noot is art. 359a Sv in zo'n geval überhaupt niet van toepassing. Dit is een voorbeeld van Buruma's salamitechniek: 'Niet-ontvankelijkheid van het OM wegens onrechtmatig optreden van politie of justitie kan slechts de vervolging betreffen terzake van

ke gevallen hoeft ook niet te worden gemotiveerd waarom zo'n verweer wordt verworpen.[393] Een en ander maakt dat niet al het overheidshandelen ter beoordeling voor de strafrechter kan worden gebracht. Een zekere mate van, al dan niet bedoelde, beïnvloeding door de autoriteiten van wat de rechter beoordelen moet, is hier mogelijk. Door een feit bijvoorbeeld niet straf-, maar bestuursrechtelijk af te doen of *vice versa*, wordt effectieve rechterlijke controle achteraf bemoeilijkt (vgl. paragraaf 3.2.2.4 *in fine*). Door een bank te positioneren als 'derde' in een strafrechtelijk onderzoek en als belastingplichtige/boeteling in hetzelfde, maar nu op de fiscale aspecten gerichte fiscale onderzoek kan zijn aanspraak op rechtsbescherming, hoewel formeel bestaand, *de facto* worden gefrustreerd.[394]

In de regel staat dus noch tegen de beslissing tot opening van het onderzoek, noch tegen de afzonderlijke onderzoekshandelingen rechtsbescherming open. Slechts in een beperkt aantal gevallen biedt de wet aparte rechtsmiddelen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de vrijheidsbenemende dwangmiddelen. Wordt in dat geval dat rechtsmiddel niet aangewend, dan kan daarover nadien niet meer worden geklaagd.[395] Ook art. 552a Sv ruimt voor een aantal onderzoekshandelingen rechtsbescherming in.[396] Dit artikel biedt de mogelijkheid beklag in te stellen. Beklag is onder meer mogelijk over het gebruik van in beslag genomen voorwerpen, over de vordering van gegevens, over de vordering medewerking te verlenen aan het ontsleutelen van gegevens (art. 126nh Sv) en over de kennisneming of het gebruik van gegevens, vastgelegd tijdens een doorzoeking of op vordering verstrekt. Tegen andere dan de in art. 552a Sv aangeduide handelingen, zoals het opnemen van communicatieverkeer, staat geen beklag open. In die gevallen oefent de zittingsrechter controle uit (zie boven). Eventueel kan een kortgedingprocedure voor de burgerlijke rechter worden gestart. Deze treedt ook in het strafprocesrecht op als restrechter.[397]

> Het beklag is een reactief rechtsmiddel; het is niet mogelijk beklag in te dienen vóórdat de gewraakte handeling is verricht.[398] In zoverre vervult het kort geding een nuttige rol, ook al is de toetsing daarin marginaal. Het beklag biedt de mogelijkheid om een oordeel over de rechtmatigheid van het beslag of de andere

---

het feit tijdens het onderzoek waarvan dat onrechtmatig optreden zich heeft voorgedaan.' Vgl. HR 29 november 2005, NJ 2006, 193; 30 maart 2004, NJ 2004, 376; 13 februari 2001, NJ 2001, 365; 2 juli 2002, NJ 2003, 2.

393 HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376; Corstens (2005), p. 690.

394 Afstemming is dan nodig; paragraaf 3.2.2.4. Dat geldt te meer wanneer we ons bedenken dat aan het diagonaal *gebruik* van bewijs (van strafrecht naar bestuursrecht of andersom) weinig eisen worden gesteld; vgl. HR 1 juli 1992, BNB 1992, 306.

395 HR 8 mei 2001, NJ 2001, 587; 30 maart 2004, NJ 2004, 376. Kritisch daarover: Franken (2004), p. 19.

396 R. Kuiper (2005).

397 *Supra* paragraaf 3.3.1.4.

398 Zie ook de voorstellen van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001: Baaijens-van Geloven & Simmelink (2002), p. 595 e.v. en vooral Groenhuijsen & Knigge (2004), p. 112-140, die pleiten voor een restvoorziening in dit soort gevallen. Kritisch: Corstens (2005), p. 721.

daar genoemde handelingen te verkrijgen.[399] Een succesvol beklag kan leiden tot vernietiging van de gegevens die zijn vastgelegd tijdens een doorzoeking of die op vordering zijn verstrekt (art. 552a, lid 2, Sv). Beklag staat open voor 'belanghebbenden'.[400] Nu ook beklag mogelijk is tegen het gebruik van gegevens, ligt het voor de hand dat ook degene op wie de gegevens betrekking hebben, kan worden aangemerkt als belanghebbende. Zeker voor derden biedt dit rechtsmiddel uitkomst, nu zij in de regel geen partij zijn in de procedure ten gronde.

Vanuit het oogpunt van procedurele rechtsbescherming maak ik tenslotte nog kort melding van enkele kennisgevings- en bewaarplichten die zijn ingevoerd met de Wet BOB. Deze zijn te vinden in de art. 126aa–126dd Sv. Het spreekt voor zich dat – zeker bij de heimelijke methoden – voor een effectieve rechtsbescherming, of deze nu via de beklagregeling of anderszins plaatsheeft, van essentieel belang is dat de verdachte en andere betrokkenen van die maatregel op de hoogte raken. Om die reden wordt herhaaldelijk voorgeschreven dat van verrichte handelingen proces-verbaal moet worden opgemaakt (vgl. art. 126nc Sv), dat van die maatregelen ook mededeling moet worden gedaan aan de betrokkenen (art. 126bb Sv) en dat het proces-verbaal aan het dossier moet worden toegevoegd (art. 126aa Sv). Tevens moet in sommige gevallen het materiaal zelf worden bewaard (art. 126cc Sv).

3.4 GEHEIMHOUDING, DOELBINDING EN INFORMATIE-UITWISSELING

Een beschrijving van de regimes inzake de (vertrouwelijke en doelgebonden) omgang met de gegevens die ter uitvoering van de eigen taak, mogelijk met toepassing van de zojuist beschreven bevoegdheden, werden vergaard, is momenteel vrij lastig. Alledrie de betrokken autoriteiten hebben te maken met pas gewijzigde regimes, regimes die nu worden gewijzigd of regimes die binnenkort zullen worden gewijzigd. Voor dit onderzoek is aandacht voor de regelingen over de omgang (*gebruik* en *verstrekking*) met vergaarde gegevens echter van even groot belang als aandacht voor de fase van de gegevens*vergaring* zelf. Gegeven het beginsel van doelbinding kan bijvoorbeeld de vraag worden gesteld of gegevens die voor de eigen taakuitoefening werden vergaard, ook aan nationale en buitenlandse collega's mogen worden verstrekt. We zagen hierboven al dat samenwerking soms tot de eigen taakvervulling wordt gerekend (vgl. paragraaf 3.2.2.2), maar dat is lang niet altijd zo. Aandacht voor geheimhouding en doelbinding is een essentieel element bij de vormgeving van de controle op de betrokken autoriteiten, zeker wanneer deze – alleen of in samenwerking met anderen – meerdere taken kunnen vervullen. Mogen de gegevens die werden vergaard voor de ene taak zonder meer worden gebruikt voor de andere? Het antwoord op deze vraag hangt voor een belangrijk deel af van het toepasselijke geheimhoudings- en doelbindingsregime.

399 Corstens (2005), p. 476; Mac Gillavry (2004), p. 116-118.
400 Daarover ook Kuiper (2005).

Deze paragraaf bespreekt allereerst de algemene normen die van toepassing zijn op de hier besproken autoriteiten (paragraaf 3.4.1-3.4.3). Daarna ga ik nog kort in op de mogelijkheden tot onderlinge samenwerking op nationaal niveau (paragraaf 3.4.4).

3.4.1 De AFM

Een aantal wettelijke regelingen is van belang voor de omgang met gegevens door de AFM. Het gaat om art. 2:5 Awb, Hoofdstuk 1.5 Wft (art. 1:89 e.v Wft) en de Wet bescherming persoonsgegevens. Art. 1:89 e.v. Wft geven uitvoering aan het systeem van geheimhouding, zoals dat is neergelegd in de MiFID en de Richtlijn marktmisbruik.[401] Het mag worden aangenomen dat Hoofdstuk 1.5 voorgaat op de algemene geheimhoudingsplicht van art. 2:5 Awb.[402] Doorgaans zullen de bepalingen in de Wet op het financieel toezicht ook voorgaan op de Wet bescherming persoonsgegevens (vgl. art. 9, laatste lid, Wbp). Op onderdelen kunnen de bepalingen uit deze wet echter aanvullend werken.

Art. 1:89 Wft bevat de kern van de geheimhoudingsplicht. Van vertrouwelijke gegevens waarover de AFM (of DNB) in de uitoefening van haar taken de beschikking heeft gekregen, mag niet verder of anders *gebruik* worden gemaakt dan die wet zelf of de uitoefening van de taak van de AFM vereist. Dezelfde voorwaarden gelden voor de *verstrekking* van de gegevens. De ratio van deze bepaling is tweeërlei: ze dient als tegenwicht voor de ingrijpende medewerkingsplichten die ik hierboven besprak (paragraaf 3.3.2.1) én ze dient als middel om de taakuitoefening van de AFM te vergemakkelijken.[403] Geheimhouding en doelbinding bevorderen de medewerkingsbereidheid en hangen in die zin direct samen met de hierboven besproken onderzoeksbevoegdheden. Uit deze argumenten, die ook voor de fiscus gelden, wordt echter geen algemeen professioneel verschoningsrecht in rechte voor de AFM afgeleid, hoogstens een verschoningsrecht van vraag tot vraag.[404]

De geheimhoudingsplicht geldt voor iedereen die uit hoofde van de Wet op het financieel toezicht een taak vervult of heeft vervuld.[405] Zij moeten vertrouwelijke gegevens die ze bij de uitoefening van hun taken verkregen geheim houden.

> De toevoeging 'vertrouwelijk' lijkt, anders dan onder het regime van art. 31 Wte 1995, te suggereren dat alleen gegevens met een vertrouwelijk karakter geheim zijn. Daarvan zal vaak sprake zijn als bedrijfsgegevens aan de orde zijn. Juist op de financiële markten kan openbaring van dit soort gegevens snel voor onrust zorgen. De concurrentiepositie van het bedrijf kan bovendien worden aangetast. Ook persoonsgegevens kunnen onder de noemer vertrouwelijk worden ge-

401 Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 46; nr. 19, p. 301. Over dat systeem, *supra* hoofdstuk 2.2.3.
402 Luchtman (2002).
403 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 46. Voor nog een andere reden leze men *infra* paragraaf 3.4.4.1.
404 *Supra* noten 40 en 41.
405 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 47.

> schaard. Gegevens kunnen echter niet als vertrouwelijk worden bestempeld als deze al eerder, al dan niet door de persoon of instelling zelf, werden geopenbaard.[406] Ook als overigens vertrouwelijke gegevens niet kunnen worden herleid tot afzonderlijke personen, mogen er naar buiten toe gerichte mededelingen van de AFM op worden gebaseerd (art. 1:89, lid 2, Wft).

De wettelijke uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht staan vermeld in de art. 1:90 e.v. Wft. Relevant zijn vooral art. 1:90 Wft, dat ik in paragraaf 3.5.2 nog bespreek, en art. 1:92 Wft, dat de relatie met justitie betreft. De verstrekking van gegevens aan de fiscus is niet expliciet geregeld, wat tot conflicten heeft geleid.[407] Sporadisch zijn uitzonderingen ook te vinden in andere wetten, bijvoorbeeld art. 17 Wet MOT. Een omstreden punt betreft de vraag in hoeverre de AFM ook zonder wettelijke grondslag gegevens mag verstrekken. Dat spoort slecht met een Europees systeem van geheimhouding dat een vertrouwelijk en doelgebonden gebruik voorop stelt. Vertrouwelijkheid is de regel, openbaarheid de uitzondering. Toch lijkt hiervoor ruimte, zolang die verstrekking ook past in de uitvoering van de taak van de AFM.[408] Anders dan onder de Wet bescherming persoonsgegevens, die de verwerking van gegevens ook toelaat als daarmee de taak van een ander bestuursorgaan is gediend (en de verstrekking ook overigens verenigbaar is met het doel waarvoor ze werd verkregen) (art. 8 en 9 Wbp), kan de taakuitoefening van een ander bestuursorgaan (bijvoorbeeld de fiscus) op zichzelf geen reden zijn voor de AFM om geheime gegevens te verstrekken.

De taakopdracht van de AFM werd in het verleden aangegrepen om de informatieverstrekking richting OM en ECD te regelen. De wettelijke aangifteplicht van art. 162, lid 2, Sv was (en is) op de AFM immers niet van toepassing.[409] Thans voorziet art. 1:92 Wft in een bijzondere regeling, die ziet op zowel het uit eigen beweging verstrekken van gegevens, als de verstrekking *op verzoek*.

Aan verzoeken om gegevens moet gehoor worden gegeven. De AFM moet vooraf worden gehoord (art. 1:92, lid 2, Wft).

> Uit de redactie van art. 1:92, lid 1, Sv kan overigens niet ondubbelzinnig worden opgemaakt dat de AFM aan zo'n verzoek (of vordering) gehoor moet geven; er staat immers 'kan … verstrekken.'[410] Toch meen ik dat ze daartoe desgevraagd verplicht is. In het andere geval zou de procedure die wordt voorgeschreven in art. 1:92, lid 2, Wft, op basis waarvan de AFM voorafgaand aan de verstrekking moet worden *gehoord* (dus niet: moet hebben *ingestemd*), weinig toegevoegde betekenis hebben. Een discretionaire bevoegdheid van de AFM spoort – zo meen

406 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 47-48.

407 Vgl. 'Wijn neemt AFM zwaar onder vuur', de Volkskrant 26 september 2005; 'Geen extra advies bij twist AFM', de Volkskrant, 27 september, 2005.

408 Daarover Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 48; Kamerstukken II 2001/02, 28 373, nr. 3, p. 13 e.v.; Kamerstukken II 1997/98, 25 830, nr. 2, p. 30-31.

409 *Supra* noot 36. Onbesproken blijven hier de aangifteplichten van de artikelen 135 en 136 Sr en 160 Sv.

410 Vgl. ook Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 52-53.

> ik – bovendien slecht met het wettelijke strafvorderlijke systeem, waarin alleen professioneel verschoningsgerechtigden zich aan uitleveringsvorderingen en dergelijke kunnen onttrekken, zeker als deze vorderingen van een rechter afkomstig zijn. In de rechtspraak is een dergelijk algemeen verschoningsrecht van de AFM als gezien tot nu toe afgewezen; men beschikt hoogstens over een verschoningsrecht van vraag tot vraag.

Het verstrekken van gegevens door de AFM *uit eigen beweging*, blijft grotendeels nog een discretionaire bevoegdheid van de AFM zelf. Ook hier is de formulering van art. 1:92, lid 1, Wft echter niet erg duidelijk.[411] Het feit dat het hier gaat om een *bevoegdheid* en niet om een *plicht,* is niet onbelangrijk. Als de AFM meent dat het doen van aangifte haar taak niet dient, komt de justitiële molen eenvoudig niet in beweging. Onduidelijk is bovendien van welke feiten de AFM meent aangifte te moeten doen. Gaat het alleen om overtredingen van de Wet op het financieel toezicht? Of ook om verwante bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht? Of om ieder strafbaar feit, inclusief fiscale fraude (art. 69 AWR)? Ik houd het, zeker na invoering van de Wet op het financieel toezicht, op het laatste.[412] Sinds de omvorming van de AFM tot een gedragstoezichthouder mag er van uit worden gegaan dat ze het in toenemende mate tot haar taak rekent met justitie samen te werken, bijvoorbeeld door het doen van aangifte, ook al vervult de AFM zelf geen strafvorderlijke taken. Om de verstrekking van gegevens aan het OM makkelijker te maken werd ook het bewaken van de integriteit van de financiële sector expliciet in de wet opgenomen.[413]

> Ik ging op de verhouding tussen AFM en OM hierboven al in (paragraaf 3.2.1.3, onder B). Ik herhaal hier mijn kritiek dat ik de verhoudingen er ook onder de nieuwe wet niet duidelijker op vind worden. Integendeel, enerzijds wordt van de AFM die inmiddels is omgevormd tot gedragstoezichthouder, een open communicatie met het OM verwacht; de AFM moet immers 'boeven vangen'. Anderzijds blijft men hameren op de vertrouwenspositie van de AFM. Dat laatste is de reden waarom de AFM niet verplicht, maar bevoegd is tot aangifte. Op grond van een eigen afweging moet de AFM beslissen of de privacybelangen en bedrijfsgeheimen van de onder toezicht gestelde en zijn cliënten zwaarder wegen dan het belang van de opsporing en vervolging.[414] Me dunkt dat het van tweeën een is – ofwel de AFM wordt ook in duidelijke, door de wet voorgeschreven gevallen tot aangifte *verplicht*, waarbij eventueel een beperkt verschoningsrecht

411 In het artikellid wordt gesproken over de verstrekking van gegevens aan instanties die 'met de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden' (dus niet: taken), zijn belast. De toelaatbare doorbreking van de geheimhoudingsplicht wordt zo gekoppeld aan de toepassing van een bevoegdheid, bijvoorbeeld een vordering tot uitlevering, en niet aan de taak van de betreffende instantie.

412 Gesproken wordt over '*alle* gevallen die onder het strafrecht vallen': Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 52; Kamerstukken II 2001/02, 28 373, nr. 3, par. 3.3.

413 Zie verder Luchtman (2002), p. 137-141; vgl. ook Hoff (2002), p. 166.

414 Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 54-55; Kamerstukken II 2001/02, 28 373, nr. 3, p. 13.

geldt, of men blijft bij het uitgangspunt van *vertrouwelijkheid*, ook bij vorderingen om gegevens, waarbij zelfs een algemeen *verschoningsrecht* zou kunnen passen.[415] De huidige oplossing maakt geen duidelijke keuze en doet daarom geen recht aan de zo belangrijk gevonden wens van de onder toezicht gestelden tot behoud van vertrouwelijkheid, noch aan dat van de strafvorderlijke waarheidsvinding. Het is vooral onduidelijk in welke gevallen de AFM precies aangifte zal doen en in welke niet.

3.4.2 De Belastingdienst

Bij de Belastingdienst is er op het gebied van geheimhouding en doelbinding eveneens het nodige in beweging. Voor de fiscus zijn relevant art. 67 AWR, dat momenteel wordt herzien, en de Wet bescherming persoonsgegevens. Art. 2:5 Awb is opnieuw zonder belang; art. 67 AWR moet als een *lex specialis* worden beschouwd.[416] Voor de Belastingdienst/FIOD-ECD moet enige aandacht worden besteed aan de aparte regimes die gelden voor de omgang met persoonsgegevens door politiediensten. Ook hier is er het nodige in beweging. De Wet politieregisters wordt mogelijk vervangen door een nieuwe wet, de Wet politiegegevens.[417] Op dit wetsvoorstel wet kom ik nog terug.

A) Algemeen
In artikel 67 AWR is de fiscale geheimhoudingsplicht opgenomen. De achtergronden van deze bepaling zijn in wezen gelijk aan die van art. 1:89 Wft. Geheim en doelgebonden gebruik van de gegevens is nodig voor het functioneren van de Belastingdienst zelf, maar ook als tegenwicht voor de fiscale medewerkingsplichten. Opzettelijke schending van art. 67 AWR is strafbaar (art. 272 Sr).[418] De Hoge Raad leidde uit art. 67 AWR bovendien een uit de wet voortvloeiend professioneel verschoningsrecht af.[419] Dat verschoningsrecht is echter niet algemeen, zo werd daaraan later toegevoegd.[420] Per vraag moet worden bezien of dat recht bestaat en of de vraag naar waarheid kan worden beantwoord zonder te openbaren wat verborgen moet blijven. Die oplossing is, we zagen dat al, ook gekozen in het financiële toezicht, waar eveneens een beperkt verschoningsrecht geldt.

Art. 67 AWR wordt momenteel herzien.[421] Daarmee wordt tegemoet gekomen aan de kritiek dat het artikel, gelet op het grote belang van een vertrouwelijk en

415 Vgl. Luchtman (2002). Een algemeen verschoningsrecht blijft voor DNB ook nu nog verdedigbaar. In het prudentiële toezicht gelden andere eisen dan in het gedragstoezicht.
416 Vgl. Kamerstukken II 1991/92, 21 221, nr. 5, pt. 2.43; De Zeeuw (1999), p. 13; De Blieck e.a. (2004), p. 67.
417 Kamerstukken II 2005/06, 30 327, nrs. 1- 2.
418 In die gevallen treedt de directeur-generaal als klager op, zoals wordt vereist op grond van artikel 272, tweede lid, Sr; vgl. ook het Besluit van het ministerie van Financiën van 19 oktober 1987, nr. 587-22 267, gepubliceerd in V-N 1987/2250.
419 HR 8 november 1991, NJ 1992, 277; HR 21 februari 1997, NJ 1997, 305.
420 HR 25 mei 1999, NJ 1999, 580.
421 Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nrs. 1-2.

doelgebonden gebruik *in fiscalibus*, te onbepaald is als grondslag voor allerhande verstrekkingen aan derden. Vooral het ontheffingenbeleid van art. 67, lid 2, AWR heeft het te verduren gekregen.[422] Op basis van het Voorschrift Informatieverstrekking 1993 (VIV 1993),[423] dat een uitwerking is van art. 67, lid 2, AWR, is een praktijk ontstaan op basis waarvan op grote schaal aan allerhande instanties gegevens worden verstrekt. De beslissing tot het verlenen van ontheffingen ligt daarbij in hoge mate in handen van de fiscus zelf. Aldus bepaalt deze indirect ook de reikwijdte van de fiscale onderzoeksbevoegdheden. Hierboven bleek al dat de fiscus zich bevoegd acht zijn fiscale bevoegdheden ook te gebruiken in het kader van samenwerkingsverbanden met andere autoriteiten, waaronder de politie, mits er *ook* een fiscaal doel mee gediend is. Daarop uitte ik kritiek (paragraaf 3.2.2.4). Ik kom er dadelijk nog op terug.

Artikel 67 AWR is van toepassing op het gehele fiscale proces: ze geldt voor informatie die werd verkregen tijdens heffing, controle, beboeting én fiscaal strafrechtelijke vervolging. In al deze gevallen gaat het immers om de 'uitvoering van de belastingwet'. Zo is bekendmaking van anders geheime informatie mogelijk in een procedure voor de belastingrechter. Daarbij mogen ook gegevens over derden worden gebruikt, mits een dergelijk gebruik daadwerkelijk nodig is.[424] Ook is het mogelijk dat tijdens de controle- of heffingsfase verkregen informatie wordt gebruikt in een fiscaal strafrechtelijke procedure. Dat werd uitgemaakt in het FIOD-arrest, waarin de Hoge Raad bepaalde dat 'tot de uitvoering van de belastingwet als bedoeld in genoemd art. 67 lid 1 in ieder geval behoort het behulpzaam zijn bij de opsporing van bij die belastingwet strafbaar gestelde feiten als bedoeld in art. 80 AWR.'[425]

Drager van het fiscale ambtsgeheim is een ieder die op enigerlei wijze bij de uitvoering van de belastingwet betrokken is (geweest). Hieronder vallen, naast de ambtenaren van de Belastingdienst, ook de leden van het Openbaar Ministerie.[426]

> Dat laatste impliceert dat het OM, als dit eenmaal de beschikking heeft over fiscale gegevens, deze niet zonder meer mag gebruiken voor de vervolging van *commune* delicten. Van uitvoering van de belastingwet is dan immers geen sprake. Voor een dergelijk gebruik moet een nieuwe rechtvaardiging, bijvoorbeeld in de vorm van een wettelijk voorschrift dat tot het gebruik van die gegevens machtigt, worden gezocht. Dat komt nogal gewrongen over: moet het OM bijvoorbeeld een uitleveringsvordering tot zichzelf richten om de gegevens toch te mogen gebruiken? Op het moment dat de gegevens zich bij het OM bevinden lijkt de

422 De Zeeuw (1999).

423 Stcrt. 1998, 243. Ronduit hinderlijk is dat het voorschrift voortdurend wordt gewijzigd, maar daarbij niet op innerlijke consistentie wordt getoetst; veel verwijzingen kloppen niet. Dat maakt het moeilijk toegankelijk.

424 HR 2 maart 1988, BNB 1988, 135; vgl. ook Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 7, p. 24.

425 HR 26 april 1988, NJ 1989, 390; FED 1988/176; vgl. ook HR 28 januari 1986, FED 1988, 34.

426 den Boer/Koopman/Wattel (1999), p. 557.

rol van het fiscale ambtsgeheim *de facto* uitgespeeld.[427] Mij is het in ieder geval niet bekend dat binnen het OM *Chinese walls* of soortgelijke beschermingsconstructies zijn opgeworpen om fiscale gegevens af te schermen.

Een verwante kwestie betreft de vraag naar de verstrekking van gegevens over strafbare feiten die in samenhang met fiscale delicten werden begaan. Deze kwestie wordt relevant wanneer de rol van het fiscale ambtsgeheim binnen het OM wel een rol zou spelen. Als gezegd, zou ik menen dat gegevens over een commuun delict in beginsel door het OM niet mogen worden gebruikt of verstrekt. Deze vallen onder het ambtsgeheim. Wil men toch verstrekken, dan dient men een aparte grondslag daarvoor te vinden.[428] Dat ligt mijns inziens alleen anders, wanneer de gegevens betrekking hebben op een zelfde feit in de zin van art. 68 Sr. Wanneer een feit zowel een fiscaal als een commuun delict oplevert, moet de officier van justitie de zaak in zijn geheel kunnen beoordelen. Dan past een beroep op fiscale geheimhouding mijns inziens niet; de verstrekking van die gegevens dient immers ook de uitvoering van de belastingwet. Zo kan ook worden voorkomen dat de vervolging voor het commune delict afstuit op het feit dat de verdachte al een transactie heeft aanvaard (art. 76 AWR).

Ook voor de opsporing en vervolging van *economische* delicten is de status van het fiscale ambtsgeheim niet duidelijk. Het probleem is hier nog dringender, omdat de economische opsporingsdienst deel uitmaakt van de Belastingdienst. Het lijkt me dat ook hier bezwaarlijk kan worden volgehouden dat bij de opsporing van economische delicten sprake is van de 'uitvoering van de belastingwet'. Fiscale gegevens zouden dus zonder deugdelijke grondslag niet voor de opsporing van economische criminaliteit kunnen worden gebruikt, maar als gezien is het de vraag wat dit in de praktijk betekent.

B) Uitzonderingen op het fiscale ambtsgeheim

In het te wijzigen tweede lid van art. 67 AWR zal worden bepaald dat de geheimhoudingsplicht niet geldt, indien a) enig wettelijk voorschrift tot de bekendmaking verplicht, b) bij regeling van Onze Minister is bepaald dat bekendmaking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak van een bestuursorgaan of c) bekendmaking plaatsvindt aan degene op wie de gegevens betrekking hebben voorzover deze gegevens door of namens hem zijn verstrekt. In lid 3 wordt nog in beperkte mate ruimte gelaten voor ontheffingen in individuele gevallen. Die beslissing moet worden genomen door de minister of staatssecretaris. Hiermee zijn vier categorieën uitzonderingen gecreëerd.

Voorbeelden van wettelijke voorschriften die dwingen tot doorbreking van het nieuwe artikel 67, tweede lid, onder a, AWR zijn de artikelen 160 en 162 Sv. Artikel 162 geldt voor openbare colleges en ambtenaren. Hieronder valt ook de Belastingdienst. Het artikel behelst een actieve aangifteplicht voor bepaalde typen misdrijven (lid 1) en een plicht desgevraagd inlichtingen te verschaffen aan het OM (lid 2). Het heeft betrekking op de situatie waarin een overheidsdienaar, zoals de

427 We zullen nog zien dat dit in Duitsland anders is; hoofdstuk 4.4.2.1 en 4.4.3.

428 Hieronder zal overigens nog blijken dat een dergelijke grondslag snel gevonden is; men leze § 6.3 VIV 1993.

belastingambtenaar, zelf niet over opsporingsbevoegdheid beschikt. Voor FIOD-ambtenaren heeft het artikel dan ook weinig betekenis.[429] Gegevens over fiscale delicten mogen bovendien zonder meer aan het OM worden verstrekt; dat valt immers onder de uitvoering van de belastingwet. Of ook art. 161 Sv, dat een algemene aangiftebevoegdheid behelst, een uitzondering op art. 67, lid 1, AWR kan rechtvaardigen, is te betwijfelen. Het constitueert een bevoegdheid tot aangifte, niet een plicht. Voor commune en economische delicten moet dus een andere verstrekkingsgrondslag worden gevonden, nu ook art. 162, lid 1, Sv daarop niet van toepassing is.

> Thans ligt die grondslag in Hoofdstuk 6 van het VIV 1993. Daaruit kan worden afgeleid dat de fiscus zichzelf in ruime mate bevoegd acht tot het doen van aangifte van strafbare feiten (§ 6.3 VIV 1993). Zelfs onder dwang verstrekte gegevens mogen worden verstrekt. Hierin wordt geen conflict met het *nemo-tenetur*beginsel gezien.[430] *Nemo tenetur* heeft dus niet de vorm van een verstrekkingsverbod. Dat impliceert dat onder dwang verkregen gegevens wel als startinformatie mogen worden gebruikt. Als het gaat om mondelinge gegevens, mogen deze echter niet als bewijs in een punitieve procedure worden gebruikt.[431]

Art. 67, lid 2, onder b, AWR zal gaan bepalen dat verstrekking van gegevens ook mogelijk is via een regeling van de minister, op voorwaarde dat de bekendmaking noodzakelijk is voor een goede vervulling van een publiekrechtelijke taak van een bestuursorgaan. Met deze nogal ruime formulering behoudt de minister de nodige armslag voor een effectieve verstrekking van gegevens. Anders dan onder de eerste categorie, waar de wetgever al heeft beslist, moet in de hier aan de orde zijnde gevallen door de minister zelf een afweging worden gemaakt.[432] Het moet worden afgewacht hoe deze regeling verder zal worden ingevuld. Voor terughoudendheid als zelfstandig doel bij de verstrekking van gegevens ziet de minister geen aanleiding: 'De door de leden van de VVD-fractie gevraagde terughoudendheid bij gegevensverstrekking tussen overheidslichamen komt op gespannen voet met de heersende gedachte dat burgers dezelfde gegevens niet vaker dan eenmaal aan de overheid hoeven te verstrekken. Deze gedachte is onder meer verwoord in twee moties van de Tweede Kamer, waaronder de motie van Szabó c.s.'[433] Ik vind dat een nogal curieuze redenering. De angst voor '*Big Brother*' wordt hier vervormd tot een redenering waarin een zo ruim mogelijke gegevensverstrekking binnen de overheid in het belang van de burger zou zijn – gegevensverstrekking als 'recht van de burger.' Positief te waarderen is echter dat de minister nu beslist over de verstrek-

429 Op basis van paragraaf 6.4 VIV 1993 mogen deze gegevens over strafbare feiten zonder meer aan het OM verstrekken. Dat ligt voor de hand: de Belastingdienst/FIOD-ECD staat immers onder gezag van het OM (art. 148 Sv).

430 Hierover ook Wattel (1992).

431 HR 26 juni 2001, AB 2002, 342; BNB 2002, 27.

432 Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 7, p. 28.

433 Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 7, p. 28. De genoemde motie beperkte zich overigens tot zogenaamde basisgegevens.

king van gegevens in plaats van de Belastingdienst. De vergaande mogelijkheden tot delegatie aan (personen binnen) de Belastingdienst zelf worden teruggedraaid.

> Onder het huidige recht wordt deze materie geregeld in het VIV 1993. Precies hierop richt zich de kritiek van velen. Het VIV 1993 maakt bij de verstrekking aan bestuursorganen een onderscheid tussen spontane, structurele en incidentele gegevensverstrekking. Aan bestuursorganen worden spontaan geen gegevens verstrekt, voor zover het om persoonsgegevens gaat. Dat zou samenhangen met de Wet persoonsregistraties (!).[434] Het beginsel van doelbinding brengt nog een beperking mee. Alleen door de Belastingdienst zelf verwerkte gegevens mogen worden verstrekt, niet de (onderliggende) door derden verstrekte gegevens (§ 2.1 VIV 1993). Voor de laatste geldt het doelbindingsbeginsel.[435]
>
> Voor *structurele* gegevensverstrekking is nodig dat het betreffende bestuursorgaan wordt opgenomen in een van de bijlagen A, B of C bij het VIV.[436] De procedures die daarbij moeten worden gevolgd, zijn opgenomen in het VIV. Opname in één van de bijlagen betekent doorgaans ook dat spontane en incidentele verstrekking mogelijk is. De verstrekte gegevens mogen dan in beginsel alleen worden gebruikt voor de verificatie van gegevens die bij het bestuursorgaan al bekend zijn.[437] Ook kan de informatieverstrekking een *incidenteel* of *spontaan* karakter dragen. In die gevallen moet de toelaatbaarheid van de verstrekking worden beoordeeld aan de hand van de criteria van de paragrafen 2.1, 2.2 en 4.4 en/of 5 VIV 1993. Voor de verstrekking van gegevens ten behoeve van de opsporing geldt met exclusiviteit Hoofdstuk 6 VIV 1993.

De derde en laatste hier te bespreken uitzondering betreft de verstrekking van gegevens over de belastingplichtige zelf (art. 67, lid 1, onder c, AWR).[438] Onder het huidige recht spreken de Afdeling bestuursrechtspraak en de Hoge Raad elkaar tegen met betrekking tot de vraag in hoeverre art. 67 AWR in de weg kan staan aan de verstrekking van gegevens aan de belastingplichtige over de belastingplichtige. De eerste vat namelijk onder een 'ander' in de zin van artikel 67, eerste lid, ieder ander dan *degene op wie de gegevens betrekking hebben;*[439] de Hoge Raad stelt daarentegen dat onder een 'ander' ieder ander moet worden begrepen dan *degene die tot geheimhouding is verplicht*.[440] In zijn opvatting hoeven dus ook aan de belastingplichtige zelf geen gegevens te worden verstrekt, tenzij dat nodig is voor de uitvoering van de belastingwet. Het nieuwe art. 67, lid 2, sub c, AWR brengt hierin enige veran-

434 Het WPR-regime wordt niet van toepassing geacht op zogenaamde leggers (§ 2.4 VIV 1993), waarover HR 24 oktober 2000, NJ 2001, 33; zie ook HR 10 mei 2005, JOL 279 & 278.

435 Daarover De Zeeuw (1999), p. 34.

436 Daarover ook de FEC-rapportage 'Fiscale informatie voor financiële toezichthouders' van maart 2001, te raadplegen via www.afm.nl.

437 Deze eis lijkt overigens te worden losgelaten; vgl. Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 3, p. 18.

438 Hierover Leether (1992), p. 75 e.v.

439 ABRvS 31 juli 1984, BNB 1985/35.

440 HR 8 november 1991, NJ 1992, 277.

dering. In afwijking van de opvatting van de Hoge Raad zullen ook gegevens gaan mogen worden verstrekt aan degene op wie de gegevens betrekking hebben, voor zover deze gegevens door of namens hem zijn verstrekt. Het gaat hierbij overigens om een bevoegdheid van de fiscus, niet om een recht van de betrokkene.[441] Op hem betrekking hebbende gegevens die door anderen worden verstrekt, blijven ook voor de betrokkene geheim.

C) Rechtsbescherming tegen de verwerking (verstrekking) van gegevens

Nauw verwant met de vraag of aan de belastingplichtige gegevens mogen worden verstrekt, is de vraag of de belastingplichtige rechtsbescherming geniet tegen de *verstrekking* van op hem betrekking hebbende gegevens aan een ander bestuursorgaan. Dergelijke handelingen zijn niet appellabele besluiten in de zin van art. 1:3 Awb, danwel 23 AWR; ze zijn niet gericht op rechtsgevolg.[442,443] De regering betoogde dat in een dergelijk geval de betrokkene een beroep moet doen op de relevante bepalingen in de Wet bescherming persoonsgegevens. Op basis daarvan kan hij verzoeken om de mededeling of over hem persoonsgegevens worden verwerkt en om kennisneming van die gegevens, inclusief de beschikbare informatie over de herkomst ervan (art. 35 Wbp). Dit is een uitwerking van het transparantiebeginsel. De overheid hoeft, daargelaten de regeling van art. 33 en 34 Wbp, dus niet *ex officio* kennis te geven van het feit dat persoonsgegevens worden verwerkt. Zo'n kennisneming is uiteraard een eerste noodzakelijke stap voor een effectieve rechtsbescherming.

Blijkt dat er gegevens zijn verwerkt, dan kan hij om correctie, aanvulling, verwijdering uit het bestand of afscherming van de op hem betrekking hebbende persoonsgegevens verzoeken (art. 36 Wbp). De term verwijdering lijkt overigens niet gelijk te mogen worden gesteld aan vernietiging. Verwijdering betekent dat de gegevens niet meer operationeel mogen worden gebruikt, maar nog wel mogen worden gearchiveerd.[444] Een beperkte mogelijkheid tot rechtsbescherming biedt tenslotte ook art. 40 Wbp, dat verzet mogelijk maakt tegen gegevensverwerkingen in de zin van art. 8, onder e en f, Wbp, maar alleen in geval van 'bijzondere persoonlijke omstandigheden'. Op basis daarvan zou verzet mogelijk zijn in de gevallen die worden geregeld in art. 67, lid 2, onder b en c, AWR.[445]

Al deze handelingen (art. 35, 36 en 40 Wbp) gelden wél als besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (art. 45 Wbp). Dan staat alsnog rechtsbescherming open. Via een omweg en voor zover het gaat om persoonsgegevens, kan dus wel enige mate van invloed op het gegevensverkeer binnen de overheid worden uitgeoefend. Er kan echter niet *ex ante* mee worden voorkomen *dat* de gegevens

441 Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 3, p. 19.
442 Vgl. Kamerstukken II 2002/03, 28 886, nr. 3, p. 13.
443 Aan de normen van het VIV 1993 kan een betrokkene bovendien geen aanspraken ontlenen, omdat het slechts instructienormen betreft; HR 30 maart 2004, NJ 2004, 521.
444 Aldus is opgemerkt door de regering in het kader van de hieronder nog te bespreken Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens; Kamerstukken II 2002/03, 28 886, nr. 3, p. 11.
445 Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 7, p. 26 e.v.

worden verstrekt. Immers, de beslissingen tot weigering van correctie e.d zijn appellabel, niet de onderliggende beslissing tot verstrekking van de gegevens.

D) Samenvatting en evaluatie

Het voorgaande leidt tot het volgende beeld. De fiscus beschikt op basis van het huidige recht over vergaande mogelijkheden om zelf de omvang van zijn fiscaal ambtsgeheim te bepalen. Die ruimte wordt hem geboden door het VIV 1993. Dit alles beperkt de mogelijkheden tot controle op de taakuitoefening van de fiscus. Immers, waar deze de omvang van die taak zelf mag bepalen, blijft voor toetsing weinig ruimte. Hierboven stelde ik al dat het ambtsgeheim in potentie een belangrijke waarborg tegen misbruik van bevoegdheid is (paragraaf 3.2.2.4). Het levert duidelijke grenzen, bijvoorbeeld doordat (opzettelijke) schending ervan strafbaar is (art. 272 Sr). In de praktijk komt van deze waarborg niet veel terecht. Daarbij komt dat ook de betrokkene lang niet altijd in staat is zich hiertegen te weren. Hoewel formeel ook zijn belangen met het ambtsgeheim worden beschermd, ligt de nadruk toch duidelijk op het doelmatigheidsaspect – de geheimhoudingsplicht lijkt *de lege lata* primair bedoeld om het functioneren van de Belastingdienst te waarborgen. Het VIV 1993 – zo maakte de Hoge Raad uit – bevat bijvoorbeeld slechts instructienormen, zodat de betrokkene er zich niet op kan beroepen.[446] Ook het feit dat de belastingplichtige de fiscus niet kan ontslaan van zijn geheimhoudingsplicht, zelfs niet als het gaat om door hem verstrekte gegevens, wijst in die richting.[447]

Het moet mijns inziens worden toegejuicht dat die vrijheid zal gaan worden beperkt. De beslissingsbevoegdheid wordt onder het nieuwe regime letterlijk naar een hoger niveau getild – de Belastingdienst kan er niet meer zelf over beschikken.[448] Het moet uiteraard nog worden afgewacht hoe een en ander er *in concreto* uit zal gaan zien. Wanneer de nieuwe ministeriële regeling, in afwijking van de parlementaire stukken, opnieuw zou delegeren aan de fiscus zelf, blijft het uitoefenen van een effectieve controle op een organisatie die toch al zoveel taken gelijktijdig vervullen kan (en moet), lastig en vaak zelfs onmogelijk.

E) De bijzondere positie van de Belastingdienst/FIOD-ECD

Doordat de FIOD zich op het raakvlak van een aantal rechtsgebieden begeeft, heeft hij te maken met bepalingen op het gebied van a) fiscale geheimhouding (67 AWR), b) fiscale én commune strafvordering en c) persoonsgegevensbescherming, waaronder zowel de Wet bescherming persoonsgegevens, als de Wet politieregisters en diens beoogde opvolger de Wet politiegegevens worden begrepen. De verschillende bepalingen zijn soms tegelijk van toepassing. In een strafrechtelijk onderzoek waarin fiscale informatie wordt opgevraagd, gelden zowel de bepalingen van de AWR en (nu nog) het Voorschrift Informatieverstrekking 1993, als de strafvorderlij-

446 HR 30 maart 2004, NJ 2004, 521.

447 Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 3, p. 19; HR 8 november 1991, NJ 1992, 277.

448 Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 3, p. 19; vgl. ook het advies van het College Bescherming Persoonsgegevens bij het voorstel.

ke bepalingen. Gaat het daarbij ook om persoonsgegevens, dan gelden verder de voorschriften van de Wet bescherming persoonsgegevens of de Wet politieregisters.

Fiscale opsporingsambtenaren die als opsporingsambtenaar werkzaam zijn, staan onder het gezag van de officier van justitie. Als ambtenaren van de FIOD bij de uitoefening van hun taken op strafbare feiten stuiten waarvoor zij opsporingsbevoegdheid hebben, dan kunnen zij de relevante fiscale informatie zonder meer verstrekken aan de (hulp-)officier van justitie (vgl. § 6.4.1 VIV 1993). Wanneer de FIOD door derden om in het kader van de opsporing verkregen informatie wordt verzocht, dan zal hij dit verzoek doorspelen aan de officier van justitie, die daarvoor toestemming moet geven. Het kader daarvoor zal gaan worden gevormd door het hieronder nog te bespreken wetsvoorstel justitiële en strafvorderlijke gegevens (zie paragraaf 3.4.3). De Belastingdienst/FIOD-ECD die niet de hoofdverantwoordelijke is voor het strafvorderlijke onderzoek, kan hierover niet zelf beslissen.

> Iets soortgelijks geldt voor de ECD-tak van de Belastingdienst/FIOD-ECD, met dien verstande dat artikel 67 AWR op hem niet van toepassing is en dit onderdeel van de Belastingdienst niet primair te maken heeft met de fiscale strafvordering, maar met de WED. Naar verwachting is de ruimte voor de ECD om informatie uit te wisselen groter dan voor de FIOD. Voor ambtenaren van de ECD geldt in plaats van artikel 67 AWR het aanmerkelijk 'lichtere' regime van artikel 125a, lid 3, Ambtenarenwet. Het derde lid van dat artikel luidt: 'De ambtenaar is verplicht tot geheimhouding van hetgeen hem in verband met zijn functie ter kennis is gekomen, voor zover die verplichting uit de aard der zaak volgt.'[449]

Beide onderdelen van de Belastingdienst/FIOD-ECD (FIOD en ECD) zijn dus, net als de andere onderdelen van de Belastingdienst, in beginsel onderworpen aan het regime van de Wet bescherming persoonsgegevens, ook al gaat het om bijzondere opsporingsdiensten. Verstrekking van persoonsgegevens aan derden is daarmee bijvoorbeeld mogelijk, als is voldaan aan de randvoorwaarden die de artikelen 8 en 9 of art. 43 stellen. De Wet politieregisters, die beoogt speciale voorschriften te geven omtrent de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de uitvoering van de politietaak als bedoeld in art.2 Polw 1993, is op de Belastingdienst/FIOD-ECD niet van toepassing. Dat zal onder de voorgestelde Wet politiegegevens niet veranderen.[450]

> Dit alles laat onverlet dat deze bijzondere opsporingsdienst ook is aangewezen op de samenwerking met reguliere opsporingsdiensten en dat een onderlinge uitwisseling van gegevens nodig is (vgl. art. 13 Wet BOD). De verstrekking van gegevens *door* de Belastingdienst/FIOD-ECD wordt dan beheerst door het regime van de Wet bescherming persoonsgegevens, de verstrekking *aan* de Belastingdienst/FIOD-ECD door de Wet politiegegevens (art. 18–21 wetsvoorstel politiegegevens). Gegevens die de Belastingdienst/FIOD-ECD aldus ontvangt, moeten geheim worden gehouden (art. 7 voorstel).

---

449 Artikel 2:5 Awb is in het kader van de opsporing niet van toepassing (artikel 1:6 Awb).
450 Kamerstukken II 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 7; nr. 7, p. 8-9.

Eén onderdeel van de Belastingdienst/FIOD-ECD valt trouwens wel onder de Wet politieregisters (politiegegevens). Dat is de Criminele Inlichtingen Eenheid (CIE; art. 10, lid 1, onder a, en 12 j° 46 voorstel).[451] Bij AMvB zullen ook andere onderdelen van de Belastingdienst/FIOD-ECD mogen worden aangewezen. Op deze eenheden zijn bijvoorbeeld de bepalingen over de rechtmatige verwerking van gegevens (art. 3) en rechtsbescherming rechtstreeks van toepassing (art. 25–31). Hetzelfde geldt voor de bepalingen inzake de samenwerking met buitenlandse politiële autoriteiten (art. 17). Ik ga er hier niet verder op in.

3.4.3 Het Openbaar Ministerie

Leden van het Openbaar Ministerie zijn, naast hun gebondenheid aan art. 67 AWR op het moment dat ze ter uitvoering van de belastingwet gegevens ontvangen, op grond van art. 13 j° art. 144 RO tot geheimhouding verplicht van de gegevens waarover zij bij de uitoefening van hun taak de beschikking krijgen en waarvan zij het vertrouwelijke karakter kennen of redelijkerwijs moeten vermoeden. Die plicht geldt, behoudens voor zover enig wettelijk voorschrift hen tot mededeling verplicht of uit hun taak de noodzaak tot mededeling voortvloeit. De geheimhoudingsplicht is aanmerkelijk minder strikt dan artikel 67 AWR of de geheimhoudingsplicht in art. 1:89 Wft. Het verschil schuilt vooral in de bepaling van de vertrouwelijkheid van de gegevens en in de wettelijke uitzonderingsmogelijkheden. De bepaling van de vertrouwelijkheid wordt niet door de wet ingevuld, maar overgelaten aan het redelijk inzicht van de rechterlijk ambtenaar. Doorbreking van de geheimhoudingsplicht is mogelijk indien *enig* wettelijk voorschrift tot mededeling verplicht.

Ook de onlangs in werking getreden[452] en meteen gewijzigde[453] Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wjsg) is van belang.[454] Voor het eerst wordt daarmee een exclusief wettelijk kader geschapen voor de omgang met gegevens die in het kader van de strafvordering en dus soms met toepassing van ingrijpende dwangmiddelen en opsporingsmethoden werden vergaard.[455] De wet is een *lex specialis* van de Wet bescherming persoonsgegevens, net als de Wet politiegegevens dat zal worden (en de Wet politieregisters dat nu is) voor de politie. De wet is uitgewerkt in een Aanwijzing Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.[456]

Onder de nieuwe wet vallen *justitiële* gegevens en *strafvorderlijke* gegevens. De eerste zijn 'bij algemene maatregel van bestuur te omschrijven gegevens omtrent natuurlijke personen en rechtspersonen inzake de toepassing van het strafrecht of de

451 De CIE's krijgen, vergeleken met de Wet politieregisters, de beschikking over ruimere mogelijkheden om gegevens te verstrekken aan de andere onderdelen van de Belastingdienst/FIOD-ECD; vgl. Kamerstukken II 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 7.

452 Stb. 2002, 552.

453 Stb. 2004, 315.

454 Hierover ook Buruma (2004).

455 De term strafvordering is, zo zagen we in paragraaf 3.2.3.2, niet gelijk aan 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde'.

456 Stcrt. 2004, 223/9.

strafvordering' (art. 1, onder a, Wjsg) en geven in hoofdzaak een historisch overzicht van het justitiële verleden van een persoon.[457] Strafvorderlijke gegevens zijn gegevens over een natuurlijke persoon of een rechtspersoon die zijn verkregen in het kader van een strafvorderlijk onderzoek en die het Openbaar Ministerie in een strafdossier of langs geautomatiseerde weg verwerkt (art. 1, onder b, Wjsg). Deze gegevens kunnen zijn opgenomen in de processtukken en zijn verwerkt in de processtukken, COMPAS of de hoger beroepssystemen. Opmerkelijk is overigens dat nu wel gegevens over rechtspersonen onder de reikwijdte van de wet zijn gebracht.[458] Daarom spreekt men ook over strafvorderlijke gegevens in plaats van over strafvorderlijke persoonsgegevens.[459] Ik concentreer me hieronder op de strafvorderlijke gegevens.[460] Om die reden laat ik het Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens (Bjsg)[461] dat in hoofdzaak betrekking heeft op justitiële gegevens, buiten beschouwing.

De nieuwe wet bevat ook een regeling betreffende de verstrekking van gegevens die aanmerkelijk meer eisen stelt dan het algemene justitiële ambtsgeheim. Daarbij wordt onderscheiden tussen binnen de strafrechtspleging gelegen doeleinden (art. 39e) en doeleinden daarbuiten (art. 39f). Art. 39e noemt de doeleinden limitatief, art. 39f kent daarentegen een open formulering.[462] Beide artikelen leggen de beslissing over de verstrekking van de gegevens in handen van de officier van justitie die de betrokken belangen tegen elkaar zal hebben af te wegen. Dat is anders als een wettelijk voorschrift tot verstrekking verplicht (vgl. art. 39b Wjsg). In dat geval heeft de wetgever immers al de afweging gemaakt.

In de regel is de officier van justitie dus verantwoordelijk. Hij kan, ook uit eigen beweging, een beslissing nemen. De maatstaf die hij daarbij in acht moet nemen is of de verstrekking noodzakelijk is voor de behartiging van een zwaarwegend algemeen belang. De belangen van individuele burgers of bedrijven zijn hier niet doorslaggevend.[463] De verstrekking – een vorm van gegevensverwerking – moet bovendien noodzakelijk zijn voor een goede taakvervulling van het OM zelf. De gegevens mogen niet worden verwerkt voor doeleinden die niet verenigbaar zijn met het oorspronkelijke (strafvorderlijke) doel van de verwerking (art. 39b Wjsg j° art. 9, lid 2 en 3, Wbp).[464] Ik zou daaraan nog willen toevoegen dat ook de bijzondere bepalingen die in het Wetboek van Strafvordering over de omgang met gegevens zijn opgenomen (vgl. art. 126cc en 126dd Sv) in acht zullen moeten worden genomen.[465]

---

457 Kritisch daarover Buruma (2004).
458 Daarover ook paragraaf 3.3.1.2.
459 Kamerstukken II 2003/04, 28 886, nr. 3, p. 3-4.
460 Over het onderscheid tussen justitiële en strafvorderlijke gegevens verder Kamerstukken II 2003/04, 28 886, nr. 3, p. 9-10.
461 Stb. 2004, 130.
462 Kamerstukken II 2003/04, 28 886, nr. 3, p. 6-7.
463 Kamerstukken II 2003/04, 28 886, nr. 3, p. 6.
464 Kamerstukken II 2003/04, 28 886, nr. 3, p. 7-8.
465 Vgl. voor het wetsvoorstel politiegegevens, Kamerstukken II 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 16. Zie over art. 126dd Sv ook HR 13 mei 2003, NJ 2003, 471; JOL 2003, 282.

> Dat laatste kan aanleiding geven tot interessante discussies. Zien art. 126cc en art. 126dd Sv bijvoorbeeld ook op de omgang met gegevens buiten het kader van de strafrechtspleging? Ik meen van wel.[466] De artikelen vormen een aanvullende waarborg op buitengewoon ingrijpende, want vaak heimelijke, bevoegdheden. Het feit dat de Nederlandse wetgever, anders dan hij normaal doet, expliciet voorwaarden stelt aan het verdere gebruik van de gegevens, brengt mijns inziens met zich dat deze beperkingen ook buiten de strafrechtspleging in acht moeten worden genomen. Dergelijke gegevens kunnen dus nu – bij gebreke van een expliciete wettelijke grondslag – niet worden gebruikt voor fiscale of financiële doeleinden. Daarmee ontstaat overigens meteen een interessant conflict. Art. 12 van de Richtlijn markmisbruik bepaalt immers dat verkeersgegevens (art. 126n Sv) ook voor toezichtsdoeleinden beschikbaar moeten zijn.

Art. 39e Wjsg noemt als gezegd limitatief de personen en instanties aan wie in het kader van de strafrechtspleging gegevens mogen worden verstrekt.[467] Het is opmerkelijk te noemen dat het bestuur van 's Rijks belastingen niet wordt genoemd. Dat is van belang voor de toepassing van de fiscale transactie (art. 76 AWR). De Belastingdienst/FIOD-ECD wordt uiteraard wel genoemd (art. 39e, lid 1, onder f). Ook aan buitenlandse rechterlijke ambtenaren (art. 39, lid 1, sub a) en andere autoriteiten in het buitenland die een taak hebben in het kader van de strafrechtspleging (art. 39e, lid 1, onder j), mogen gegevens worden verstrekt.

De bevoegdheid van art. 39f Wjsg om gegevens te verstrekken voor doeleinden buiten de strafrechtspleging, is als gezegd ruim omschreven. Dat is bewust gedaan; men acht het OM bij uitstek tot het maken van een juiste en volledige afweging in staat, zodat nadere regeling bij wet of AMvB niet nodig is.[468] Bij aanwezigheid van een zwaarwegend belang kunnen strafvorderlijke gegevens worden verstrekt voor (onder meer) het voorkomen en opsporen van strafbare feiten, het uitoefenen van toezicht, en het nemen van een bestuursrechtelijke beslissing. Gezien de taakstellingen van de fiscus en AFM zal de verstrekking van gegevens aan hen mogelijk zijn, zoals ook blijkt uit hoofdstuk 4c Aanwijzing Wjsg dat hierop betrekking heeft.[469] Dat laat onverlet dat ook *in concreto* nog steeds een afweging zal moeten worden gemaakt.[470]

De gegevens mogen door de ontvanger, tenzij een wettelijk voorschrift anders bepaalt, niet voor andere doeleinden worden verwerkt (art. 39f, lid 3, j° art. 9, lid 2, Wjsg). Deze bepaling wordt aangevuld door art. 52 Wjsg, waarin een ieder die krachtens die wet de beschikking krijgt over de gegevens met betrekking tot een derde, tot geheimhouding wordt verplicht. Dat is een aanscherping van art. 13 j°

466 Vgl. Gritter, Knigge & Kwakman (2005), p. 163.

467 Een uitwerking volgt in de bovengenoemde Aanwijzing Wjsg in hoofdstuk 3e en 4e.

468 Kamerstukken II 2003/04, 28 886, nr. 3, p. 8.

469 Dat was overigens ook al zo onder de Aanwijzing verstrekking van strafrechtelijke gegevens aan derden voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden, Stcrt. 2001, 154.

470 *In concreto* betekent overigens niet dat de verstrekking alleen een incidenteel karakter mag hebben. Er kan in concreto ook tot structurele informatieverstrekking worden besloten; vgl. Kamerstukken II 2003/04, 28 886, nr. 3, p. 9.

144 RO, allereerst omdat een gesloten verstrekkingenregime wordt gecreëerd. De toelaatbare uitzonderingen zijn verwoord in art. 52 Wjsg zelf. Alleen als die wet zelf verstrekking toelaat, danwel wanneer de uitvoering van de taak met het oog waarop de gegevens zijn *verstrekt* dat toelaat, is een doorbreking van dit geheim mogelijk. Bovendien is anders dan in 13 j° 144 RO niet relevant of een gegeven al dan niet kan worden aangemerkt als 'vertrouwelijk'. Art. 52 moet dan ook worden aangemerkt als een *lex specialis* van art. 13 j° 144 RO.[471] Overtreding van deze norm is strafbaar (art. 272 Sr).[472]

> Ik wijd ten slotte een paar woorden aan de rechtsbescherming die een betrokkene ten deel valt bij de verstrekking van strafvorderlijke gegevens (art. 39i–39q Wjsg). De rechtsbescherming bij de vergaring ervan besprak ik in paragraaf 3.3.4.2. Omdat deze regeling in hoge mate overeenkomt met die van de Wet bescherming persoonsgegevens, die ik hierboven besprak, kan ik daarnaar verwijzen (paragraaf 3.4.2, onder C). Wel merk ik op dat de reikwijdte van de onderhavige wet ruimer is. Immers, deze heeft ook betrekking op strafvorderlijke gegevens over rechtspersonen. Dat is, meen ik, een belangrijke verbetering ten opzichte van de algemene wet.

3.4.4 Samenwerking

De hierboven geschetste regimes van geheimhouding en doelbinding laten alle in meer of mindere mate de ruimte voor samenwerking. Die samenwerking heeft vooral binnen het eigen beleidsterrein (financieel of fiscaal) plaats. We zagen al dat het financiële toezicht zich daarbij kenmerkt door een hoge mate van parallelle competenties van AFM en OM, wat alleen al om die reden tot overleg dwingt, terwijl de Belastingdienst, mede door de ATV-richtlijnen, bij alle fasen van de rechtshandhaving intensief betrokken is. Het overleg tussen de fiscus en het OM is in hoge mate geïnstitutionaliseerd.

Overleg en samenwerking heeft echter ook plaats over de grenzen van het eigen terrein heen. Fiscale en financiële rechtshandhaving, hoewel deze op Europees vlak nog worden gescheiden, groeien de laatste jaren in Nederland, zij het in bescheiden mate, wat naar elkaar toe. Het Clickfondsonderzoek, dat oorspronkelijk werd gepresenteerd als een beursfraude-onderzoek, eindigde in een flink aantal strafvervolgingen en boetes voor fiscale overtredingen. Ook al gaat het hier om een bescheiden toenadering, Nederland loopt in Europa toch voorop. De oprichting van het hieronder te bespreken Financieel Expertise Centrum (FEC), waarin niet alleen de hier onderzochte autoriteiten, maar ook DNB, de politie én de AIVD participeren, past in deze ontwikkeling. Het FEC beoogt een structureel kader voor samenwerking te bieden waarin de expertise van de verschillende participanten *in optima forma* kan worden benut.

---

471 Kamerstukken II 2003/04, 28 886, nr. 3, p. 9.
472 Art. 272, lid 2, Sr is niet van toepassing; zie art. 52, lid 2, Wjsg.

NEDERLAND

In deze paragraaf wil ik in kaart brengen welke mogelijkheden er momenteel tot informatie-uitwisseling bestaan.[473] Het doel daarvan is aan te geven dat zich complicaties voor kunnen doen en dat hiermee in het kader van de transnationale samenwerking rekening moet worden gehouden. Er kan ook mee worden aangegeven voor welke doeleinden de Nederlandse autoriteiten uit het buitenland ontvangen gegevens mogelijk zullen willen gebruiken en omgekeerd kan er ook de armslag van de Nederlandse autoriteiten bij de uitvoering van verzoeken mee worden bepaald. Ten derde kan er hier mogelijk inspiratie worden opgedaan voor het zoeken naar controlemechanismen in een transnationale setting.

3.4.4.1 Wettelijke (on)mogelijkheden tot onderlinge verstrekking van gegevens

De onderlinge mogelijkheden tot het verstrekken van gegevens worden niet alleen bepaald door de geheimhoudingsplichten, maar ook door wettelijke informatieplichten. Soms zet zo'n informatieplicht een geheimhoudingsplicht opzij. Het belang bij verstrekking weegt dan voor de wetgever zwaarder dan het belang bij geheimhouding. Daarnaast kan de mogelijkheid zich voordoen dat de verstrekking van gegevens tevens de eigen taakuitoefening dient, zodat op die voet gegevens mogen worden verstrekt. In dat geval moet de autoriteit zelf een afweging maken.Op dat laatste kom ik terug in de volgende paragraaf.

De geheimhoudingsplichten die hierboven werden onderzocht, staan maar in beperkte mate een 'sectoroverstijgende' verstrekking van gegevens toe. De verstrekking van gegevens door de toezichthouder aan de fiscus is – tot frustratie van toenmalig staatssecretaris Wijn[474] – anno 2006 niet mogelijk, maar omgekeerd loopt ook de verstrekking van gegevens door de fiscus aan de AFM moeizaam. Hier doen zich interessante conflicten voor tussen vooral de geheimhoudingsplicht van de AFM enerzijds en anderzijds de op alle – kort gezegd – publiekrechtelijke instanties, dus ook de AFM, rustende plicht om aan de fiscus de gegevens te verstrekken die deze voor de uitvoering van de belastingwet nodig heeft (art. 55 AWR). Welke plicht gaat hier voor? Ik zou menen dat de geheimhoudingsplicht voorgaat, zeker wanneer het gaat om uit het buitenland ontvangen gegevens.[475] Deze geeft uitvoering aan een Europees systeem van geheimhouding, dat wordt voorgeschreven door richtlijnen. De bedoeling daarvan is ook het bevorderen van Europese samenwerking. Door nauwkeurig omschreven geheimhoudingsplichten en uitzonderingen daarop, kunnen – en moeten – toezichthouders elkaar garanderen dat informatie vertrouwelijk wordt behandeld.[476] Hier komen we – naast de gronden genoemd in paragraaf 3.4.1 – dus nog een pijler van dit strenge ambtsgeheim tegen: het waarborgt een effectieve samenwerking ten behoeve van het toezicht. We zullen overigens nog zien dat om deze reden in veel landen de verstrekking van gegevens

473 Het bieden van oplossingen is hier niet aan de orde. Voor een aanzet zie Luchtman, Vervaele & Jansen (2002) en Gritter, Knigge & Kwakman (2005), p. 158 e.v.
474 *Supra* noot 407.
475 *Supra* hoofdstuk 2.2.3.2.
476 Kamerstukken II 1992/93, 23 170, nr. 3, p. 13.

door de toezichthouder aan de fiscus een taboe is.[477] Tegen deze achtergrond past het mijns inziens niet de AFM toch tot verstrekking te dwingen. Daarvoor is een wijziging van de Europese richtlijnen, waaraan de art. 1:89 e.v. Wft uitvoering geven, nodig.

De verstrekking van gegevens door de AFM aan het OM verloopt makkelijker. Ik ging er hierboven al op in. De kwestie van de verstrekking van gegevens op verzoek lijkt grotendeels geklaard. Het verstrekken van gegevens uit eigen beweging blijft aan de AFM zelf. Hierboven had ik daarop kritiek (paragraaf 3.4.1). In het omgekeerde geval kan worden geconstateerd dat de informatieverstrekking door het OM aan de AFM wettelijk niet verboden is. In hoge mate komt het hier aan op een belangenafweging door de officier van justitie waarvoor de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens het kader biedt.

De informatieverstrekking door de fiscus aan het OM kan nauwelijks problematisch worden genoemd. Dat ligt voor de hand wanneer de fiscus handelt als opsporingsdienst of als die verstrekking overigens valt onder de uitvoering van de belastingwet. Echter, ook voor andere delicten wordt doorgaans informatie verstrekt, zeker na een daartoe strekkend verzoek van het OM (vgl. ook art. 162, lid 2, Sv). Momenteel verleent het VIV 1993 daarvoor ontheffing. Een mogelijk conflict tussen art. 67 AWR en 162 Sv wordt zo omzeild. Daarmee zijn de randvoorwaarden voor min of meer gestructureerde samenwerking, waarin vrijelijk gegevens kunnen worden uitgewisseld, tussen fiscus en OM, gegeven.[478] Dat wordt overigens bevestigd door paragraaf 6.5 van het VIV 1993, waarin regels over de informatieverstrekking aan en binnen samenwerkingsverbanden worden gegeven. De verstrekking van gegevens aan de AFM verloopt moeizamer. In het kader van de betrouwbaarheidstoetsing van bestuurders kunnen aan de AFM fiscale gegevens worden verstrekt. Voor de andere taken en werkzaamheden van de AFM moet men het concrete geval beoordelen aan de hand van de criteria van (nu nog) het VIV 1993.

3.4.4.2 Verstrekking van gegevens vanuit een gezamenlijk belang; het FEC

Het feit dat samenwerking, in het bijzonder via de wederzijdse verstrekking van gegevens, in meer of mindere mate mogelijk is, wil nog niet zeggen dat ze ook *moet* plaatsvinden. Wanneer samenwerking in het concrete geval zou indruisen tegen de taakstelling van de betrokken autoriteit, zou met een beroep op het specialiteitsbeginsel zelfs kunnen worden verdedigd dat samenwerking moet worden geweigerd. Het is immers niet aan het orgaan dat voor de behartiging van een bepaalde taak speciaal in het leven is geroepen, om te handelen in strijd met die taak.[479]

---

477 Voor een voorbeeld zie hoofdstuk 4.4.1.1.

478 De verstrekking van politiegegevens aan de fiscus – een materie die ik hier niet onderzoek – is overigens veel lastiger. De Wet politieregister stelt hier strikte voorwaarden. Deze worden versoepeld als het wetsvoorstel politiegegevens wordt aangenomen.

479 Dat betekent echter niet dat zo'n orgaan door *niet* te handelen in strijd handelt met zijn taak. Dat laatste is een van de dragende argumenten achter het Nederlandse strafvorderlijke opportuniteitsbeginsel, waarover Groenhuijsen (2002).

NEDERLAND

De ruimte tussen moeten weigeren en mogen samenwerken is hiermee echter niet volledig in kaart gebracht; tussen beide uitersten schuilt nog een aanzienlijke ruimte. Ook de bepalingen over het ambtsgeheim behelzen in de regel niet meer dan een opheffing van het ambtsgeheim als zodanig.[480] De vraag wanneer gegevens moeten worden verstrekt, wordt er doorgaans niet mee beantwoord, net zo min als de vraag op welke wijze de verstrekking dient te geschieden (op verzoek, spontaan, geautomatiseerd, et cetera).

In dit verband is het Financieel Expertise Centrum in het bijzonder vermeldenswaard.[481] Dit centrum, sinds 2004 ingebed bij de AFM en het OM,[482] fungeert binnen de bestaande wettelijke kaders, die hierboven werden geschetst. Het creëert geen nieuwe bevoegdheden tot het vergaren van gegevens of het gebruik of de verstrekking ervan. Toch is het interessant om te vermelden, omdat het een nadere invulling geeft aan de voormelde bandbreedtes waarbinnen de betrokken autoriteiten handelen. Binnen het kader van het FEC streven de deelnemers een gezamenlijk doel na, te weten de bescherming van de integriteit van de financiële sector, dat de taakstellingen van alle deelnemers direct of indirect raakt (art. 2 FEC-Convenant)[483]. De financiële sector is kwetsbaar voor financieel-economische criminaliteit en ook voor de financiering van terrorisme. De bescherming ervan door het FEC moet worden bereikt door a) bij te dragen aan een versterkte taakuitoefening van de deelnemers, onder andere op het gebied van uitvoering van – en bijstand aan – opsporingsonderzoeken; en b) het gezamenlijk in beeld brengen van mogelijke overtredingen van normen die voor de financiële sector gelden, welke overtredingen niet volledig door de afzonderlijke participanten kunnen worden onderkend.

Het FEC bestaat uit een FEC-raad, secretariaat, selectie-overleg (SO) en door de FEC-raad in te stellen projectgroepen (art. 1 Convenant). Voor dit onderzoek is het SO het meest relevant, omdat hierin vertrouwelijke gegevens mogen worden uitgewisseld (art. 6 Convenant). Het SO heeft tot taak het bijeenbrengen van relevante informatie over subjecten om civiel, bestuurlijk of strafrechtelijk handelen mogelijk te maken ten aanzien van normovertredingen voor zover die voor de uitvoering van dit convenant relevant zijn. Het staat onder leiding van het OM, ook al worden er ook andere dan strafrechtelijke afdoeningwijzen in besproken. Met het oog op deze doelstellingen wisselen de deelnemers – met inachtneming van de wet – gegevens uit inzake de gesignaleerde mogelijke normovertredingen en komt het SO periodiek bijeen. Het OM kan dan, nadat het de andere deelnemers heeft gehoord, beslissen of er tot strafrechtelijke actie wordt overgegaan.

In dit verband is van belang dat – voor zover het gaat om overtredingen van door het strafrecht te handhaven normen – informatieverstrekking mogelijk is, wanneer er aanwijzingen zijn van overtredingen als voornoemd.[484] Van een redelijk

480 Vgl. De Zeeuw (1999), voor het fiscale ambtsgeheim.
481 Over het FEC uitvoerig Luchtman, Vervaele & Jansen (2002).
482 Stcrt. 2004, 65, p. 11.
483 Voluit: Convenant Herstructurering FEC, Stcrt. 2004, 65, p. 11.
484 Toelichting bij het FEC-Convenant

vermoeden in de zin van art. 27 Sv hoeft nog geen sprake te zijn. Dat is bij toezichtinformatie mogelijk problematisch vanuit het perspectief van de Europese richtlijnen. Immers, is er zonder zo'n vermoeden nog wel sprake van 'gevallen die onder het strafrecht vallen' (hoofdstuk 2.2.3.2)? Naar mijn mening wel, zolang het maar gaat om economische overtredingen.[485] Immers, dan geldt een verruimd verdenkingsbegrip op basis van de WED.[486] Voor fiscale overtredingen is men echter gebonden aan art. 27 Sv. Is van een 'geval dat onder het strafrecht valt' geen sprake, dan mag toezichtinformatie hoe dan ook niet voor fiscale doeleinden worden verstrekt.

Ook over de andere, bestuursrechtelijke (fiscaal en/of financieel) wijzen van afdoening dan strafrechtelijke actie vindt in het SO afstemming plaats. Duidelijk is hier waarneembaar dat expertise en informatie wordt gekoppeld om te komen tot een optimaal en gecoördineerd resultaat. Dat kan, vind ik, op zich worden toegejuicht. Het FEC is een schoolvoorbeeld van een situatie waarin deelnemers met verschillende, maar deels overlappende taken, vanuit een gezamenlijk belang samenwerken. Anderzijds moet ook worden geconstateerd dat deze samenwerking, hoewel mijns inziens wenselijk, tegelijk juridisch problematisch is, ook al werkt men momenteel samen op basis van de mogelijkheden die het huidige wettelijke kader reeds biedt. Het gaat hier immers niet om incidentele samenwerking. Integendeel, de betrokken autoriteiten hebben samen een gezamenlijke, nieuwe taak geformuleerd. De daarmee samenhangende problemen komen in wezen neer op een uitbreiding van de problemen die ik beschreef in paragraaf 3.2.2.4. De *checks and balances* die bestaan binnen het eigen rechtsgebied, functioneren niet noodzakelijk wanneer meerdere organisaties uit verschillende gebieden samenwerken.

Voorbeelden van dergelijke *checks and balances* besprak ik hierboven. Daarbij kan worden gedacht aan het ambtsgeheim en specialiteitsbeginsel, maar bijvoorbeeld ook aan de aanwezigheid van een rechter in het strafrechtelijk vooronderzoek, aan de discussies over de invulling van het strafvorderlijk opportuniteitsbeginsel, de precieze vormgeving van procedurele rechtsbescherming in het (voor)onderzoek (bijvoorbeeld wel of geen appellabel besluit?), de organisatie van het hiërarchische toezicht in relatie tot bijvoorbeeld de onafhankelijkheid van de betrokken autoriteit, de discussie over de scheiding van toezicht en opsporing binnen de BOD's, et cetera. Deze zijn allemaal doordacht binnen de specifieke context van het rechtsgebied waarvan ze deel uitmaken, maar bieden deze maatregelen ook 'cross-sectoraal' afdoende bescherming?

Kortom, in hoeverre is het toegestaan en in hoeverre zou het moeten zijn toegestaan dat de AIVD (inlichtingendienst), fiscus (fiscale rechtshandhaving), toezichthouder (financiële rechtshandhaving), OM (strafrechtelijke rechtshandhaving) met elkaar samenwerken en daartoe gegevens uitwisselen? Het gevaar van meeliften op elkaars bevoegdheden, omzeiling van waarborgen en *détournement de pouvoir* doet

485 Vgl. Luchtman, Vervaele & Jansen (2002), p. 90-91.
486 HR 9 maart 1993, NJ 1993, 633; zie *supra* paragraaf 3.2.3.2.

zich in verhoogde mate voor, als men de schotten tussen die diensten weghaalt.[487] Is controle dan nog wel mogelijk? Heeft degene om wiens (persoons)gegevens het gaat hierop nog wel zicht? Worden eerdere onrechtmatigheden zo niet effectief witgewassen? Zal de belastingrechter of de strafrechter de handelingen van de financiële toezichthouder, voorafgaand aan de verstrekking van zijn gegevens aan de fiscus in het kader van instanties als het FEC willen controleren of *vice versa*? Hoe krijgt het *nemo-tenetur*beginsel vorm? Et cetera. Deels worden die problemen verholpen doordat expliciet is bepaald dat het SO onder leiding staat van het OM, waardoor in ieder geval een aanspreekpunt bestaat.[488] Andere vragen worden echter nu niet beantwoord. Wie moet bijvoorbeeld aangesproken worden wanneer het niet tot een strafzaak komt? Niet voor niets is in het verleden wel een 'Wet op het FEC' voorgesteld.[489] Daarin zou aan de hier genoemde problemen aandacht kunnen worden besteed. Die optie is echter, hoewel wel onderzocht,[490] kennelijk afgewezen.

3.5 INTERNATIONALE SAMENWERKING

3.5.1 Inleiding

Binnen de Europese Unie heeft de handhaving van communautaire beleidsterreinen, net als de realisering van de interne markt, plaats door een systeem van indirecte handhaving. De lidstaten zijn er primair voor verantwoordelijk. Om die reden ging ik hierboven uitvoerig in op het *innerstatelijke* Nederlandse handhavingsysteem (inclusief het strafrechtelijke) op het gebied van de directe belastingen en het financiële toezicht. De EU-lidstaten zijn bij die taken gebonden aan de eigen landsgrenzen. Samenwerking is daarom nodig in gevallen van transnationale handhaving. In deze paragraaf onderzoek ik de Nederlandse regels ter zake. Hoe geeft Nederland uitvoering aan zijn internationale en communautaire verplichtingen?

Samenwerking heeft momenteel plaats langs organieke lijnen, zo zagen we al eerder (hoofdstuk 2). Voor de vraag *of* kan worden samengewerkt, is het statuut van de hier onderzochte autoriteiten (AFM, fiscus en OM) bepalend. 'Administratieve autoriteiten' werken samen via de bijstand, 'justitiële autoriteiten' via de rechtshulp. De vraag wat een administratieve autoriteit is en wat een justitiële (inclusief politiële) autoriteit is, wordt conform de inter- en supranationale regels door Nederland zelf bepaald. Dan rijzen mogelijk problemen. Om deze nader te kunnen uitwerken, maak ik een onderscheid tussen de Nederlandse autoriteiten als verzoekende, c.q. ontvangende instantie en de Nederlandse autoriteiten als aangezochte, c.q. verstrekkende instantie.

487 Vgl. Gritter, Knigge & Kwakman (2005), p. 158 e.v.
488 Toelichting bij het Convenant.
489 Luchtman, Vervaele & Jansen (2002).
490 Kamerstukken II 2001/02, 28 106, nr. 2, p. 41-43.

Vanuit het perspectief van Nederland als verzoekende, c.q. ontvangende staat is bijvoorbeeld de vraag relevant of de Nederlandse bestuurlijke boete, die door velen wordt gekwalificeerd als 'bestuursstrafrecht', als deel van de bijstand, de rechtshulp of wellicht van beide moet worden benaderd. Het organieke criterium geeft hierop geen antwoord. Soortgelijke vragen kunnen worden gesteld ten aanzien van de fase van de vroegsporing (en zeker het verkennend onderzoek; art. 126gg Sv), want is dit ook naar buitenlands recht 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde' of 'strafvordering'? En hoe moet de sfeercumulatie in transnationaal perspectief worden beoordeeld? Immers, wanneer autoriteiten meerdere taken in zich verenigen en er bovendien in de praktijk soms zeer nauw tussen de verschillende autoriteiten wordt samengewerkt (paragrafen 3.2.2.4 en 3.4.4), mag er dan – naar Nederlands recht – in dergelijke gevallen om de inzet van controlebevoegdheden worden gevraagd in het kader van een rechtshulpverzoek? Mag een bijstandsverzoek worden gedaan voor strafvorderlijke doeleinden? Hoe houdt men daarop controle? Kortom, laten de eigenaardigheden van de Nederlandse rechtshandhaving zich inpassen in een onderscheid tussen bijstand en rechtshulp, dat uitgaat van een organiek criterium? Op die vraag ga ik hieronder in.

Vanuit het perspectief van Nederland als aangezochte, c.q. verstrekkende staat zijn andere vragen dringender. De uitvoering van bijstands- en rechtshulpverzoeken heeft als hoofdregel nog steeds plaats aan de hand van het eigen recht. Zeker als grondrechtinbreuken aan de orde zijn, moet de basis daarvoor in de regel worden gezocht in Nederlands recht (*locus regit actum*). In essentie is voor de Nederlandse autoriteiten als aangezochte, c.q. verstrekkende partij de vraag *waarvoor* men precies rechtshulp, c.q. bijstand wil verlenen en *wat* men in zo'n geval precies wil doen, het meest relevant. Hoe gaat men in Nederland om met het feit dat in het buitenland soortgelijke problemen op andere wijze kunnen worden aangepakt? Soms is bepaald gedrag dat in het buitenland strafbaar is, dat in Nederland niet. Soms ook koos men ervoor om hetzelfde gedrag, anders dan in Nederland, bestuursrechtelijk in plaats van strafrechtelijk af te doen. Vele andere voorbeelden zijn mogelijk. Welke bevoegdheden past men dan toe ter uitvoering van verplichtingen tot rechtshulp of bijstand? Hoe houdt men controle op het gebruik van de gegevens nadien, gezien ook het feit dat het niet kan worden uitgesloten dat ook in het buitenland dezelfde gegevens voor meerdere doeleinden relevant kunnen zijn?

Het zal zijn opgevallen dat ik een onderscheid maak tussen 'verzoekende, c.q. ontvangende partij' en 'aangezochte, c.q. verstrekkende' partij. De toevoeging 'verstrekkende' en 'ontvangende' partij heeft te maken met de sterke opkomst van nieuwe vormen van samenwerking, zoals de spontane vormen van hulp en ook de gezamenlijke teams, waarvoor een verzoek geen noodzakelijke voorwaarde is. Over de gezamenlijke teams is nog vrij weinig bekend. Er is nog vrij weinig praktische ervaring mee opgedaan. Ook rechtspraak en literatuur zijn er nog nauwelijks. Ik concentreer me in het onderstaande op de bijstand en rechtshulp die op verzoek of spontaan (uit eigen beweging) kan plaatsvinden. Op de geautomatiseerde samenwerking/informatie-uitwisseling ga ik niet in.

Deze paragraaf probeert op het bovenstaande antwoorden te vinden. Daarbij is er veel aandacht voor de vraag hoe de rechtsfiguren bijstand en rechtshulp zich tot elkaar verhouden. Als bekend is ervoor gekozen deze problemen te beschrijven vanuit het perspectief van het specialiteitsbeginsel, ambtsgeheim en bankgeheim. In het bijzonder richt ik me per autoriteit op de volgende vragen:

1. Voor welke doeleinden mag, naar Nederlands recht, bijstand of rechtshulp worden gevraagd, c.q. voor welke doeleinden mag bijstand of rechtshulp worden verleend?
2. Mag een dergelijk verzoek, naast deze doeleinden, gelijktijdig (al dan niet mede) andere doeleinden dienen?
3. Is er naar Nederlandse opvattingen een intrinsieke rangorde tussen beide instrumenten: mag bijvoorbeeld een bijstandsverzoek nog wel worden gedaan, c.q. in behandeling worden genomen, als er al een opsporingsonderzoek loopt?
4. Welke bevoegdheden mogen ter uitvoering van een verzoek jegens of over banken worden ingezet, c.q. om welke bevoegdheden mag men zelf verzoeken?
5. Voor welke doeleinden en onder welke voorwaarden mag verkregen informatie van en over banken die oorspronkelijk voor een ander doel werd verkregen, nadien worden gebruikt?

3.5.2 De AFM

3.5.2.1 De AFM als aangezochte partij[491]

A) Rechtsbronnen en omvang van de plicht tot samenwerking

De nationale normen voor de uitvoering van de communautaire afspraken, maar ook voor samenwerking zonder dat een communautair instrument of verdrag daartoe verplicht, zijn te vinden in Afdeling 1.3, art. 1:89 en 1:90 Wft.[492] Samenwerking met financiële toezichthouders uit binnen- en buitenland wordt uitdrukkelijk tot de taak van de AFM gerekend (*supra* paragraaf 3.2.1.2).[493] Bijstand kan mede daarom niet alleen plaatsvinden op verzoek, maar ook uit eigen beweging. Afdeling 1.3.2 bevat de bepalingen inzake de samenwerking met EU-toezichthouders, waarbij ook uitvoering wordt gegeven aan het systeem van *single license* en *home state control* en bijhorende grensoverschrijdende verificaties, terwijl Afdeling 1.3.3 ziet op de samenwerking met niet-EU-lidstaten, zoals Zwitserland. In het laatste geval moeten de doelbinding en geheimhouding wel gewaarborgd zijn (vgl. art. 1:65 en 1:90, lid 1, Wft).[494] Voor samenwerking is, anders dan *in fiscalibus*, doorgaans geen uitdrukkelijke verdrags- of communautaire grondslag vereist. Dat is anders voor het

491 Gemakshalve spreek ik hieronder alleen nog van de AFM, fiscus en OM als aangezochte en verzoekende partij en niet meer van aangezochte, c.q. verstrekkende en verzoekende, c.q. ontvangende partij.

492 Ook art. 1:93 Wft bevat enige, hier niet relevante bepalingen.

493 De genoemde artikelen volgen de relevante bepalingen uit de art. 31-39 Wte 1995 op.

494 Dat is in Zwitserland het geval, zie hoofdstuk 5.5.2.2, onder C.

vorderen van inlichtingen ten behoeve van de bijstandsverlening aan derde landen. Daarvoor is vereist dat een verdrag of een *memorandum of understanding* aanwezig is (vgl. art. 1:68 Wft).

De toelaatbare doeleinden voor samenwerking worden gedefinieerd in art. 1:90 Wft. Hier verandert er weinig ten opzichte van het oude, onder de sectorale wetten geldende regime. In afwijking van de eigen geheimhoudingsplicht mogen aan een toezichthouder uit een andere lidstaat gegevens worden verstrekt. Het artikel gaat uit van een discretionaire bevoegdheid. Op grond van het communautaire recht kan deze verworden tot een plicht tot gegevensverstrekking. Dat is alleen anders als zich een van de uitzonderingen genoemd in art. 1:90, lid 1, voordoet. Verstrekking van vertrouwelijke gegevens mag worden geweigerd, als:

a. het doel waarvoor de gegevens of inlichtingen zullen worden gebruikt onvoldoende bepaald is;
b. het beoogde gebruik van de gegevens of inlichtingen niet past in het kader van het toezicht op financiële markten of op natuurlijk personen en rechtspersonen die op die markten werkzaam zijn;
c. de verstrekking van de gegevens of inlichtingen zich niet verdraagt met de Nederlandse wet of de openbare orde;
d. de geheimhouding van de gegevens of inlichtingen niet in voldoende mate is gewaarborgd;
e. de verstrekking van de gegevens of inlichtingen redelijkerwijs in strijd is of zou kunnen komen met de belangen die deze wet beoogt te beschermen; of
f. onvoldoende is gewaarborgd dat de gegevens of inlichtingen niet zullen worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze worden verstrekt.

Uit het artikel kan allereerst worden afgeleid dat het verlenen van bijstand voor fiscale doeleinden niet is toegestaan. Dat zal ook niet verbazen. Voor het overige lijkt de taakstelling van de toezichthouder, zoals deze wordt gedefinieerd door de verzoekende staat, bepalend voor de vraag of bijstand kan worden verleend. Daarbij geldt als ondergrens dat het verstrekken van vertrouwelijke gegevens moet worden geweigerd als één van de zojuist genoemde gronden zich voordoet. Het verlenen van bijstand moet dientengevolge passen in het kader van het toezicht op financiële markten. De fasen van de wetsuitvoering en het (preventieve) toezicht op de naleving vallen hier in ieder geval onder. De fase van de repressieve rechtshandhaving is lastiger te beoordelen, omdat daarbij een onderscheid mogelijk is tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke repressie. Hier steekt het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp de kop op. Bijstand in het kader van bestuurlijke punitieve sanctieprocedures lijkt me op basis van het voorgaande zonder meer mogelijk. De verstrekte gegevens mogen worden gebruikt voor het opleggen van bestuurlijke boetes.[495] Zelfs acht ik het niet uitgesloten dat bijstand wordt verleend, wanneer een

495 De regering stelt in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel IBDB, Kamerstukken II 1997/98, 25 821, nr. 3, p. 10, dat het Saunders-arrest hierin 'in principe geen verandering' brengt.

buitenlandse toezichthouder voorbereidend werk ten behoeve van de opsporing verricht. Dat kan allereerst al worden afgeleid uit de toelichting bij de Richtlijn marktmisbruik,[496] maar daarbij komt dat dergelijk onderzoek naar buitenlands recht zeer wel als 'toezicht' bestempeld kan worden. Het behoeft geen betoog dat hiermee de scheiding tussen 'administratieve autoriteiten' en 'justitiële autoriteiten' flinterdun wordt.

Echter, het verlenen van directe bijstand aan een buitenlands strafrechtelijk onderzoek lijkt me niet mogelijk. Van toezicht is dan geen sprake meer. In de parlementaire geschiedenis is hierover het volgende te lezen:

> 'De informatie-uitwisseling zal uitsluitend geschieden met overheidsinstanties of van overheidswege aangewezen instanties die zijn belast met het toezicht op financiële markten of op natuurlijke personen en rechtspersonen die op die markten werkzaam zijn. De hier bedoelde informatie-uitwisseling heeft dus uitdrukkelijk geen betrekking op opsporing van strafbare feiten of op fiscale delicten, doch alleen op uitwisseling van administratieve informatie om de uitvoering van de desbetreffende nationale toezichtregelingen te kunnen ondersteunen.'[497]

Hoewel directe bijstand aan buitenlandse opsporingsonderzoeken dus verboden is, laat het voorgaande onverlet dat een bijstandsverzoek in tijd kan samenvallen met een in het buitenland lopend opsporingsonderzoek. Het is voorts denkbaar dat een toezichthouder daarbij direct betrokken is en als het ware twee petten draagt. Dat hoeft niet noodzakelijk in de hoedanigheid van opsporingsdienst of plaatsvervanger van het OM te zijn, het kan ook als deskundige. Tegen deze achtergrond wordt de vraag interessant of een bijstandsverzoek, hoewel dan niet uitsluitend, wellicht toch *mede* strafrechtelijke doeleinden dienen kan. Mag een toezichthouder in zijn hoedanigheid als toezichthouder ook zijn eventuele andere hoedanigheid – die van opsporingsinstantie – dienen? Daaraan vooraf gaat nog de vraag of een bijstandsverzoek sowieso toelaatbaar is als in het buitenland al een opsporingsonderzoek loopt. Kortom, hier hebben we te maken met allerhande transnationale variaties op de sfeercumulatieproblematiek, die nauw zijn gelieerd aan het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp.

Inderdaad lijkt in dergelijke gevallen te moeten worden aangenomen dat naar Nederlands recht het opsporingsonderzoek niet in de weg staat aan het doen van een bijstandsonderzoek. Een tegengestelde opvatting zou allereerst niet sporen met de situatie in de innerstatelijke rechtshandhaving (paragraaf 3.2.1.3), maar bovendien bevat het derde lid van art. 1:90 Wft een aantal speciale voorzieningen voor het geval zich zo'n samenloop zou voordoen. Voor het geheel weigeren van bijstand, ook voor de wel toelaatbare doeleinden, is geen reden, omdat in dat artikellid strenge voorwaarden worden gesteld aan het doorleiden van toezichtgegevens aan de buitenlandse justitie. Als de gegevens eenmaal zijn verstrekt, mogen deze slechts voor een ander doel worden gebruikt of aan een derde worden verstrekt, a) als dit

496 Hoofdstuk 2.2.3.1.
497 Kamerstukken II 1992/93, 23 170, nr. 3, p. 6.

niet in strijd komt met de in art. 1:73, lid 1 (of lid 2), Wft aangehaalde eisen, of b) voorzover die toezichthoudende instantie op een andere wijze dan in deze wet voorzien vanuit Nederland met inachtneming van de daarvoor geldende wettelijke procedures voor dat andere doel de beschikking over die gegevens of inlichtingen zou kunnen verkrijgen. Een andere voorwaarde die wordt genoemd, heeft specifiek betrekking op het gebruik van bestuurlijke gegevens in een (buitenlands) strafrechtelijk onderzoek. In een dergelijk geval moet worden overlegd met de minister van Justitie.[498] Indien de laatste meent dat het gevolg geven aan het verzoek niet juist zou zijn, dan moet de toezichthouder het verzoek weigeren. Daarvoor kan aanleiding zijn in geval van nadelige consequenties voor eventueel voorgenomen strafrechtelijke onderzoeken of wanneer de internationale strafrechtelijke regels samenwerking niet zouden toestaan.[499] Grondslag daarvoor is dat het verzoek zich niet verdraagt met de Nederlandse openbare orde.[500]

Art. 1:90, derde lid, Wft heeft echter, naar blijkt uit zijn bewoordingen, alleen betrekking op het geval waarin de gegevens al zijn verstrekt en pas nadien relevant blijken voor een ander doel. De situatie kan zich als gezien ook voordoen dat meteen al duidelijk is dat de gegevens ook voor een lopend opsporingsonderzoek relevant zijn. In dat geval dient een bijstandsverzoek feitelijk *mede* opsporingsdoeleinden. Is dat toegestaan? Ik meen van wel. Wat is er op tegen dat de AFM meteen toestemming verleent voor doorleiding (en waar nodig overleg pleegt met justitie)? Het lijkt me efficiënt en bovendien volledig transparant. De verzoekende autoriteit legt van meet af aan zijn kaarten of tafel, wat de volledigheid van de beoordeling door de aangezochte partij stellig ten goede zal komen. Het ligt echter wel voor de hand dat daarbij de voorwaarden van art. 1:90, lid 1 én 3, Wft worden gerespecteerd.

Als eenmaal door de AFM – al dan niet na overleg met justitie – is besloten *dat* bijstand kan worden verleend, rijst de vraag *waaruit* die bijstand precies kan bestaan. Het verstrekken van gegevens, op verzoek of uit eigen beweging (spontaan), is zonder meer mogelijk. Voor vertrouwelijke gegevens is namelijk een uitzondering op de geheimhoudingsplicht aanvaard, vanuit de wetenschap dat de ontvanger van de gegevens tot geheimhouding is verplicht. Het is niet van belang hoe de gegevens zijn verkregen.[501] Dat suggereert dat niet relevant meer is dat de gegevens zijn verkregen van andere overheidsinstellingen, danwel van banken. Dat laatste is voor een mogelijk bankgeheim uiteraard van belang.

Hiermee is echter niet gezegd dat ook andere geheimhoudingsplichten automatisch zijn opgeheven. Een voorbeeld van een dergelijke andere plicht is art. 52 Wjsg, dat ik hierboven besprak (paragraaf 3.4.3). Dat artikel kent een vrij gesloten verstrekkingensysteem. Als de AFM van justitie gegevens ontvangt, is het aan art.

498 Kamerstukken II 1992/93, 23 170, nr. 3, p. 9.
499 Grundmann-van de Krol (2006), p. 443, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de Wte 1995.
500 Kamerstukken II 1992/93, 23 170, nr. 3, p. 9.
501 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 48.

52 Wjsg gebonden. Daarmee ontstaat een nieuw conflict waarvan op voorhand niet meteen duidelijk is, hoe het moet worden opgelost. In art. 1:90, lid 2, Wft is verder nog een procedure vastgelegd voor de verstrekking van gegevens die de AFM op zijn beurt van een buitenlandse toezichthouder heeft verkregen. In dat geval moet de uitdrukkelijke instemming van die toezichthouder worden verkregen. Dit is een uitwerking van het *Prinzip der langen Hand*.

Andere vormen van bijstand dan het verstrekken van al voorhanden zijnde gegevens zijn ook denkbaar. Soms moet er nog materiaal worden verzameld. Daarvoor biedt het hieronder te bespreken art. 1:52 Wft de bevoegdheid.[502] Opmerkelijk is dat het oude art. 37 Wte 1995 (en zijn tegenhangers in andere sectorale wetten) niet lijkt te zijn omgezet in de Wet op het financieel toezicht. Dit artikel ruimde de mogelijkheid in voor buitenlandse ambtenaren om bij onderzoekshandelingen door de AFM aanwezig te zijn. Nu bestaat daarvoor geen rechtsgrondslag, wat mogelijk vanuit het perspectief van de geheimhoudingsplicht van art. 1:89 Wft problematisch is. Vermeldenswaard zijn verder nog de grensoverschrijdende verificaties die een andere EU-staat in Nederland kan doorvoeren. Deze geven uitvoering aan het systeem van *single license* en *home state control* dat geldt voor het grensoverschrijdend aanbieden van financiële diensten.[503] In dat geval verleent Nederland passief bijstand. Het verricht immers zelf geen handelingen, maar staat toe dat autoriteiten uit een andere staat op zijn grondgebied actief zijn. Deze hebben daarbij overigens niet de beschikking over de eigen onderzoeksbevoegdheden, maar over de naar Nederlands recht geformuleerde bevoegdheden van art. 1:56, lid 4, Wft j° art. 5:13, 5:17 en 5:20 Awb. Toezichthouders uit niet-EU-staten hebben deze bevoegdheden niet.

B) Procedure en instrumentarium

Enige korte opmerkingen over de door de AFM te volgen procedure zijn op hun plaats. Uitgebreide procedurele voorschriften aangaande het verlenen van bijstand, zoals die bestaan bij de fiscale bijstand en ook in de strafrechtelijke rechtshulp, ontbreken in de financiële bijstand. Dat heeft te maken met het feit dat de AFM de enige instantie is die is belast met (gedrags)toezicht op financiële instellingen en als zodanig als bevoegde autoriteit is aangemerkt. Andere instanties – te denken valt aan beurshouders – zijn niet als bevoegde autoriteit aangemerkt.[504] Aan buitenlandse zelfregulerende organisaties zonder wettelijke taak zal geen informatie worden verstrekt.[505]

Wanneer ten behoeve van een transnationaal toezichtdoel aanvullend onderzoek nodig is, kan gebruik worden gemaakt van de bevoegdheden die art. 1:52 Wft (EU-

502 Verdergaande bevoegdheden zijn er in het kader van de grensoverschrijdende verificaties (vgl. art. 1:56 Wft).
503 Hoofdstuk 2.2.1.
504 Kamerstukken II 1994/95, 23 874, nr. 7, p. 18.
505 Kamerstukken II 1992/93, 23 170, p. 7.

staten) en art. 1:68 Wft (niet-EU-staten) bieden.[506] Daarin is te lezen dat van een ieder inlichtingen mogen worden gevorderd, als dat voor de taak van een buitenlandse toezichthouder nodig is, en dat de art. 5:13 en 5:20 Awb van overeenkomstige toepassing zijn. Een ieder die met zo'n vordering wordt geconfronteerd is dus tot medewerking verplicht. Deze bepaling achtte de wetgever nodig, omdat de art. 1:73 en 1:74 Wft, die de Awb-bevoegdheden van overeenkomstige toepassing verklaren voor nationale toezichtdoeleinden, niet gelden voor transnationale (buitenlandse) toezichtdoeleinden.[507] De bevoegdheid tot het vorderen van inzage (art. 5:17 Awb) en het betreden van plaatsen (art. 5:16 Awb) zijn echter, vreemd genoeg, niet van overeenkomstige toepassing verklaard.[508] Het artikel is aldus in zijn reikwijdte minder vergaand dan het oude art. 36 Wte 1995.[509] De wetgever geeft aldus mijns inziens op nogal minimalistische wijze uitvoering aan zijn Europese verplichtingen.[510]

De medewerkingsplicht geldt, net als bij de innerstatelijke rechtshandhaving (paragraaf 3.3.2.1), ten opzichte van een ieder, mits de vordering een redelijke is (art. 5:13 Awb).[511] Omdat het verlenen van bijstand voor punitieve doeleinden mogelijk is, net als – in beperkte mate – het verlenen van bijstand voor opsporingsdoeleinden (zie boven), wordt de vraag naar een mogelijk zwijgrecht van de betrokken personen relevant. Art. 1:82 Wft dat in innerstatelijke boeteonderzoeken een zwijgrecht aan de betrokkene toekent, is echter niet met zoveel woorden van overeenkomstige toepassing verklaard. De wetsgeschiedenis besteedt er evenmin veel aandacht aan.

> Voor deze geringe aandacht kunnen twee verklaringen zijn. De eerste verklaring zou zijn dat art. 6 EVRM naar het oordeel van de wetgever niet van toepassing is op de uitvoering van bijstandsverzoeken, omdat procedures ter uitvoering van bijstandsverzoeken niet zijn gericht op de vaststelling van een *criminal charge*. De tweede zou kunnen zijn dat men er eenvoudig niet aan gedacht heeft. Beide verklaringen bevredigen niet. Dat de Nederlandse uitvoeringsprocedure geen strafvervolging inhoudt, laat onverlet dat de Nederlandse AFM de betrokkene benadert, omdat ze een buitenlandse collega – die wel vervolgt – helpt! Ze lijkt bovendien een overblijfsel uit de tijd waarin interstatelijke samenwerking nog grotendeels het terrein was van het internationale publiekrecht en de diplomatie. In de Europese Unie past ze naar mijn smaak minder en minder.

506 Voor de gevallen, bedoeld in art. 1:68 Wft geldt overigens dat het vorderen van inlichtingen alleen mogelijk is als er hetzij een verdrag is, hetzij een *memorandum of understanding*. Dat laatste is een uitbreiding ten opzichte van de oude sectorale wetten. Voor art. 1:52 Wft is deze toevoeging niet nodig. Dit berust al op communautaire richtlijnen.

507 Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 402.

508 Dat is anders in geval van grensoverschrijdende verificaties (vgl. art. 1:56, lid 4, Wft).

509 Vgl. Sachse (1999), p. 120-121; Grundmann-van de Krol (2002), p. 486.

510 Deze zijn beschreven in hoofdstuk 2.2.2.

511 Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 402.

NEDERLAND

Momenteel bestaat er dus geen duidelijkheid over de omvang en de reikwijdte van het *nemo-tenetur*beginsel in transnationaal verband. Is er een zwijgrecht? Vanaf wanneer geldt dit? Moet een cautie worden gegeven? Mag er ook worden gezwegen als een bijstandsverzoek niet alleen punitieve, maar ook niet-punitieve doeleinden dient? Komt de betrokkene een verschoningsrecht toe als hij vreest zich te incrimineren? Moet rekening worden gehouden met het recht van de verzoekstaat, dat mogelijk een ruimere uitleg geeft aan het *nemo-tenetur*beginsel dan voortvloeit uit het Saunders-arrest, dat maatgevend is voor het Nederlandse boeterecht? Het antwoord op deze vragen is volstrekt onduidelijk. Daarbij komt nog dat het de AFM ook duidelijk moet zijn dat ze meewerkt aan een buitenlands punitief onderzoek. Of dat altijd het geval zal zijn, valt zeer te betwijfelen. De AFM is hier aangewezen op de gegevens die de verzoeker verstrekt. De conclusie kan dus geen andere zijn dan dat het *nemo-tenetur*beginsel er bekaaid vanaf komt. De enige (beperkte) waarborg die de betrokkene heeft, is dat de verzoekende staat of een derde staat die de gegevens nadien gebruikt de gegevens niet als bewijs gebruikt in een punitieve procedure. Feit is echter dat de gegevens dan al onder dwang zijn verstrekt en verwerkt. De vraag is bovendien of deze staat er op zijn beurt van op de hoogte is dat de betrokkene in Nederland niet op zijn zwijgrecht gewezen is. Het kan bijvoorbeeld zijn dat hij dit vanzelfsprekend acht.

C) Geheimhouding en doelbinding

Gegevens die aan het buitenland worden verstrekt, moeten geheim gehouden worden. Dat vloeit voort uit het gesloten geheimhoudingssysteem van de Europese richtlijnen. Hetzelfde geldt overigens voor de gegevens die de AFM ter uitvoering van bijstandsverzoeken vergaart. Als deze echter reden tot zorgen opleveren, dan kan de toezichthouder op grond van zijn eigen taken en bevoegdheden eventueel maatregelen treffen.[512]

Opvallend is dat Nederland de beslissingen tot het doorleiden van gegevens of tot doelafwending gebonden acht aan de uitdrukkelijke instemming van de Nederlandse autoriteiten.[513] Dit is een voorbeeld van het *Prinzip der langen Hand*. Hierboven zagen we dat art. 1:90, lid 3, Wft nog andere strenge eisen stelt als het gaat om strafrechtelijk gebruik. Ik vraag me af of Nederland die eisen wel mag stellen. Ze hebben namelijk geen grondslag in de Europese richtlijnen.[514] Enerzijds zou kunnen worden betoogd dat deze eisen nodig zijn om een omzeiling van rechtswaarborgen, bijvoorbeeld het *nemo-tenetur*beginsel, te voorkomen,[515] anderzijds komt deze starre houding wat vreemd over, omdat voor de opsporing en vervolging van de aan de financiële markten gerelateerde delicten samenwerking tussen toezichthouder en OM een noodzaak is. Ook in Nederland wint die gedachte terrein in de innerstatelijke rechtshandhaving (paragraaf 3.2.1.3). Waarom wordt ze niet doorgetrokken naar transnationaal niveau? De samenwerking blijft thans beperkt tot die gevallen

512 Kamerstukken II 1992/93, 23 170, nr. 3, p. 6-7. Hierover Sachse (1999), p. 127-128.
513 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 49.
514 Daarover hoofdstuk 2.2.3.2.
515 Vgl. Swart (2002), p. 457; Sjöcrona (1995); Schutte (1993).

waarin de gegevens zowel via de bijstand als via de rechtshulp kunnen worden verkregen en dat terwijl de Europese richtlijnen uitdrukkelijk naar één geïntegreerde effectenmarkt streven.[516] Daar komt nog bij dat het verlenen van bijstand voor punitieve doeleinden als zodanig geen probleem is.

D) Rechtsbescherming

Bij de vraag naar de procedurele rechtsbescherming van de betrokkenen door wie, c.q. over wie gegevens moeten worden verstrekt, stuiten we op dezelfde discussie als hierboven besproken in paragraaf 3.3.2.3: gaat het om een appellabel besluit of niet? In wezen zijn hier mogelijk meerdere besluiten aan de orde, namelijk de beslissing tot het verlenen van bijstand, de beslissing waarbij onderzoeksbevoegdheden ter uitvoering van die gegevens worden verzameld en later eventueel nog de beslissing over het verlenen van toestemming voor doelafwending en doorleiding. Geen van alle zijn ze naar huidig recht appellabele besluiten.[517] De Awb-weg staat dus niet open.[518] Eventueel kan men via een kort geding de verstrekking van de gegevens voorkomen.

Anders dan in de fiscale bijstand, waarop ik hieronder inga, ontbreekt in de Wet op het financieel toezicht, net als bij zijn voorgangers, een regeling van kennisgevingsplichten, schorsende werking van besluiten, et cetera. De veronderstelling is dat informatie-uitwisseling een zaak is van toezichthouders en niet van ondertoezichtgestelden, terwijl eveneens moet worden gewaakt voor de vertrouwelijkheid van lopende onderzoeken.[519] De minister stelde dat: 'Opgemerkt zij dat het in de rede ligt dat de toezichthouder degene bij wie inlichtingen worden ingewonnen, op de hoogte zal stellen van het doel van het inwinnen van de informatie. Uiteraard heeft de toezichthouder de vrijheid om die mededeling niet te doen; zulks geldt vooral in die gevallen waarin het voor de buitenlandse toezichthouder nog van groot belang is, dat het onderzoek in alle vertrouwelijkheid kan worden voortgezet.'[520] Het is mijns inziens opmerkelijk te noemen dat waar in de fiscale bijstand een gloedvol betoog *pro* rechtsbescherming wordt gehouden, dezelfde minister van Financiën (althans zijn opvolger) in de financiële bijstand even makkelijk het tegendeel aanneemt.

> Doordat rechtsbescherming niet openstaat, komen we aan een andere vraag niet toe. Welke partijen zijn belanghebbenden (art. 1:2 Awb) bij de beslissing? In het bancaire domein kan vaak zowel de bank als diens cliënt als belanghebbende worden aangemerkt. Deze moet *rechtstreeks* in zijn belangen zijn geraakt. Ik stel me voor dat voor de beantwoording van de vraag wie belanghebbende is, bepalend is tegen welke beslissing men zich richt. Bij het stellen van onderzoeks-

516 Hoofdstuk 2.2.1.

517 CBb 21 juli 1998, JB 1998, no. 223; Rawb 1999, 16; AB 1998, 437 (*Bosque Teca Verde*); *supra* noot 264.

518 Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 4, p. 18.

519 Zie Sachse (1999), p. 130-131.

520 Kamerstukken II 1992/93, 23 170, nr. 3, p. 11. Aan de orde was het oude artikel 36 Wte 1995 (inwinnen van inlichtingen ten behoeve van een buitenlandse toezichthouder).

handelingen ten kantore van de bank lijken primair zijn belangen in het geding; bij de verstrekking van de verkregen gegevens kunnen ook de belangen van de cliënt rechtstreeks aan de orde zijn.

3.5.2.2 De AFM als verzoekende partij

Aan de situatie waarin de AFM verzoekende partij is, besteedt de wet nauwelijks aandacht. Toch worden ook hier geheime gegevens aan het buitenland verstrekt en wordt afgeweken van de plicht tot geheimhouding. Het mag echter worden aangenomen dat de grondslag voor de verstrekking van gegevens in het kader van een bijstandsverzoek besloten ligt in het Europese systeem van samenwerking en behorende geheimhouding. Vanuit het perspectief van de AFM als verzoekende partij zijn vooral de volgende vragen interessant:

1. waarvoor mag de AFM naar Nederlands recht bijstand vragen;
2. wat mag ze in dergelijke gevallen vragen;
3. waarvoor mag ze de ontvangen gegevens gebruiken?

De AFM kan alleen bijstandsverzoeken indienen, als dat nodig is voor de vervulling van haar eigen taak.[521] Dat hangt direct samen met het specialiteitsbeginsel. Welke die taken zijn, heb ik hierboven beschreven. Daar bleek dat ze actief is in de fase van uitvoering, toezicht op de naleving, bestuurlijk repressief toezicht en bestuurlijke bestraffing. Dit alles impliceert dat ze voor al deze taken bijstandsverzoeken mag indienen. De Europese richtlijnen gaan hiervan eveneens uit. De marges die worden gesteld door het ambtsgeheim en doelbindingsbeginsel, zijn ruim.[522] Het is ook mogelijk dat een verzoek tegelijk meerdere doeleinden dient – zo kan men een boeteonderzoek voeren en tegelijk bezig zijn met andere, niet-punitieve maatregelen. In dergelijke gevallen zal moeten worden gewaakt voor een omzeiling van het *nemo-tenetur*beginsel.

Voor *uitsluitend* strafrechtelijke doeleinden kan hoe dan ook geen bijstandsverzoek worden ingediend. Dat heeft niet alleen te maken met het feit dat de AFM op strafrechtelijk vlak geen taken vervult, maar ook met het feit dat in dergelijke gevallen geen sprake meer is van 'administratieve autoriteiten' (vgl. art. 11 Richtlijn marktmisbruik) of van 'toezicht'. De vraag of een bijstandsverzoek *mede* strafrechtelijke doeleinden dienen kan, is hiermee echter nog niet beantwoord. Ook al kenmerkt het Nederlandse systeem zich door een hoge mate van parallelle competenties van AFM en OM, ik constateerde hierboven eveneens dat tussen beide in toenemende mate wordt samengewerkt. Samenwerking is soms zelfs nodig om problemen met het *ne-bis-in-idem*beginsel te voorkomen. Zouden in dergelijke gevallen via de bijstand verkregen gegevens niet alsnog voor strafrechtelijke doeleinden mogen worden gebruikt? Art. 1:90, lid 2, Wft geeft het antwoord. In die

521 Tot die taak hoort overigens, zo zagen we hierboven, ook de samenwerking met (buitenlandse) collega-toezichthouders, niet echter de samenwerking met het OM.

522 *Supra* hoofdstuk 2.2.3.1 en 2.3.3.2.

gevallen is de uitdrukkelijke instemming van de verzoekende partij nodig. Het gaat hier om de spiegelbeeldige situatie van wat ik hierboven al besprak.[523] Als de instemming direct, dus bij de indiening van het bijstandsverzoek, wordt verkregen, kan een bijstandsverzoek ook mede opsporingsdoeleinden dienen.

> Nogmaals, mijns inziens is het instemmingsvereiste niet in lijn met de Europese regels.[524] De regering lijkt overigens een andere mening toegedaan: 'De voor de verschillende toezichthouders relevante Europese richtlijnen schrijven weliswaar geheimhouding van toezichtgegevens voor, maar bevatten tevens alle de bovengenoemde uitzonderingsbepaling voor «gevallen die onder het strafrecht vallen». In beginsel bestaat op grond van de richtlijnen derhalve geen beletsel voor toezichthouders om gericht toezichtinformatie te verstrekken aan opsporingsinstanties, voor zover deze daarom – met gebruikmaking van hun wettelijke bevoegdheden – verzoeken in het kader van een opsporingsonderzoek. Dit geldt eveneens voor informatie die de toezichthouder heeft verkregen van een buitenlandse toezichthouder, tenzij de buitenlandse toezichthouder bij de informatieverstrekking geheimhouding heeft bedongen of het verdrag op grond waarvan de informatie is verkregen zich tegen verstrekking aan een opsporingsinstantie verzet, zoals het geval is bij *informatie-uitwisseling tussen EU-toezichthouders* [cursief ML]. In beide gevallen dient de opsporingsinstantie gebruik te maken van de mogelijkheid om op grond van een rechtshulpverdrag de informatie bij de desbetreffende buitenlandse strafrechtautoriteit te verkrijgen.'[525] Het is mij onduidelijk hoe de regering tot deze interpretatie komt. Ze spoort niet met de duidelijke tekst van de richtlijnen. Zoals de regering zelf ook constateert, geldt een uitzondering op de geheimhoudingsplicht voor 'gevallen die onder het strafrecht vallen'.

Bijstandsverzoeken moeten worden beschouwd als een aanvulling op de eigen bevoegdheden van de AFM. Voorop staat dat de AFM eerst met gebruikmaking van de eigen bevoegdheden tracht de gewenste gegevens te achterhalen.[526] Of dat betekent dat de eigen bevoegdheden zo nodig extraterritoriaal moeten worden aangewend, wordt echter niet duidelijk. Zo zou de AFM – wat overigens in een iets andere context ook is gebeurd[527] – een onder toezicht gestelde kunnen dwingen gegevens die aanwezig zijn bij een buitenlandse vestiging, dochter-, of wellicht zelfs

523 *Supra* paragraaf 3.5.2.1, onder A en C.
524 Hoofdstuk 2.2.3.2. Hieronder zal nog blijken dat de Duitse en zelfs de Zwitserse (geen EU-staat!) toezichthouder die eis niet stellen; hoofdstuk 4.5.2.1, onder A, resp. 5.5.2.1, onder C.
525 Kamerstukken II 1997/98, 25 830, nr. 2, p. 31.
526 Kamerstukken II 1992/93, 23 170, nr. 3, p. 3 en 6.
527 President Rb. Amsterdam 20 mei 1999, JOR 1999, 180 en Hof Amsterdam 2 maart 2000, JOR 2000, 83. Het ging in beide zaken om een extraterritoriale toepassing van bevoegdheden ter uitvoering van een bijstandsverzoek. De Hoge Raad heeft zich er niet over kunnen uitlaten; HR 13 oktober 2000, C00/165.

zuster- of moedermaatschappij te verstrekken.[528] Als gezien kent de fiscale AWR een specifieke regeling hiervoor (paragraaf 3.3.3.1, onder A).

Als de AFM eenmaal een bijstandsverzoek heeft doen uitgaan, rijst de vraag wat ze precies kan verlangen. Het betreft hier opnieuw de spiegelbeeldige situatie van wat ik hierboven al besprak vanuit het perspectief van de AFM als aangezochte partij. De regel is dat de toelaatbaarheid van het bijstandsverzoek wordt bepaald door het recht van de aangezochte partij. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de Richtlijn beleggingsdiensten en de Richtlijn marktmisbruik het pad behoorlijk hebben geëffend. In beide richtlijnen worden immers de bevoegdheden omschreven waarover de EU-toezichthouders minimaal dienen te beschikken. Het kan daarbij ook gaan om gegevens die pas kunnen worden verkregen door samenwerking met justitie.[529] Hierdoor wordt ook het gevaar verkleind dat de AFM vraagt om dingen die ze zelf niet zou mogen; de zogenaamde *silver-platter*problematiek verliest aan gewicht. Alle toezichthouders moeten immers over deze bevoegdheden beschikken.

Aan het *nemo-tenetur*beginsel wordt in het Nederlandse recht opnieuw nauwelijks aandacht besteed. Of, en zo ja wanneer de AFM haar buitenlandse collega wijzen moet op het feit dat de betrokkene een *charged person* is en hoe de buitenlandse toezichthouder hierop vervolgens moet reageren, is volstrekt onduidelijk. Als deze persoon derde is, is '*nemo tenetur*' (nog) niet aan de orde; is hij echter al *charged* of dreigt zo'n *charge*, dan wijzigt de positie van de betrokkene drastisch. Om deze reden zal de AFM op zijn minst moeten aangeven in welke hoedanigheid een persoon door de buitenlandse toezichthouder moet worden benaderd. Maar dan nog, nationale opvattingen over doel en vormgeving van het *nemo-tenetur*beginsel kunnen uiteenlopen en aldus de positie van de betrokkenen verslechteren. Gaande de uitvoering van het verzoek kan bijvoorbeeld bij de bank(medewerker) die als derde wordt gehoord de vrees ontstaan dat hij zichzelf door verdere medewerking incrimineert. Komt hem dan een verschoningsrecht toe? Bij een ontkennend antwoord, komt de bescherming van (het restant van) het *nemo-tenetur*beginsel volledig in handen te liggen van de ontvangende Nederlandse autoriteiten. Zij zullen ervoor moeten waken dat het vergaarde materiaal in de procedure ten gronde in ieder geval niet wordt gebruikt als bewijs tegen de betrokkene.[530] Maar zijn deze ervan op de hoogte dat deze nooit een zwijg- of verschoningsrecht heeft gehad?

Daarmee kom ik op een laatste punt over de positie van de AFM als verzoekende instantie. Dit punt hangt samen met de *nemo-tenetur*problematiek, maar het moet ook in ruimer verband worden gezien. Het gaat over de toets die de AFM en nadien mogelijk de Nederlandse rechter aanleggen met betrekking tot het gebruik van de uit het buitenland verkregen gegevens. Hierboven zagen we dat in de *innerstatelijke* context de rechtsbescherming in de procedure ten gronde – aangenomen dat die daadwerkelijk plaatsheeft – vaak wordt aangevoerd als een argument

528 In de genoemde zaken ging het telkens om niet-zelfstandige vestigingen in het buitenland; hierover ook Luchtman (2002), p. 63-66.

529 Luchtman (2006).

530 De vraag of dergelijke gegevens als startinformatie mogen worden gebruikt, laat ik gemakshalve rusten.

tegen rechtsbescherming bij afzonderlijke onderzoekshandelingen. Mede om die reden worden afzonderlijke onderzoekshandelingen in Nederland niet snel aangemerkt als appellabel besluit. Dat geldt, dunkt me, *a fortiori* voor verzoeken om bijstand. Als men in Nederland aanspraak wil maken op rechtsbescherming, zal men dus moeten wachten op de procedure ten gronde. Eerdere onrechtmatigheden kunnen daar worden aangevochten. Dat betekent echter dat de AFM en de Nederlandse rechter bereid moeten zijn het buitenlandse handelen op zijn rechtmatigheid en betrouwbaarheid te toetsen. Het is zeer de vraag of dat ook echt gebeuren zal.

Dat het hier om een omstreden kwestie gaat, blijkt uit het feit dat de Nederlandse strafrechter hier niet veel voor voelt. Deze heeft doorgaans weinig trek in het toetsen van de rechtmatigheid van de handelingen van buitenlandse autoriteiten (*infra* paragraaf 3.5.4.2, onder D). Die houding vloeit voort uit de internationale vertrouwensregel (*rule of non inquiry*). Die terughoudendheid zal bovendien alleen nog maar groter worden, wanneer de gegevens naar het recht van de aangezochte staat rechtmatig werden vergaard, ook al impliceert de rechtmatigheid van de vergaring nog niet dat ook het gebruik van de gegevens rechtmatig geschiedt, zoals het *nemo-tenetur*beginsel perfect aantoont. Het moet worden afgewacht hoe de financiële rechters hiermee zullen omgaan.

> Positief vind ik in dit verband een eerder oordeel van het CBb dat 'de omstandigheid dat de voorbereiding van het bestreden besluit haar grondslag in hoofdzaak vindt in een door de Cie van de EG verricht onderzoek aan dit oordeel [dat het besluit onzorgvuldig tot stand kwam doordat geen gebruik is gemaakt van de geboden mogelijkheid om van de Commissie nadere informatie te vragen, ML] niet af [doet], omdat zulks verweerder uiteraard niet ontslaat van de plicht de toereikendheid van de door hem aan het bestreden besluit ten grondslag te leggen gegevens ook zelf na te gaan, deze in voorkomend geval nader aan te (doen) vullen en in een geval, als het onderhavige, niet eerder definitieve conclusies te trekken, dan nadat verzoekster de gelegenheid heeft gehad haar standpunt ter zake te bepalen en de voorlopige bevindingen te weerleggen.'[531] Op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) kan dus ook in het buitenland verricht onderzoek aan toetsing worden onderworpen. Het is te hopen dat het CBb ook in het financiële toezicht deze benadering volgen zal.

3.5.3 De Belastingdienst

Veel van de opmerkingen die gelden voor de AFM kunnen *mutatis mutandis* van toepassing worden geacht op de positie van de fiscus in het transnationale gegevensverkeer. Op belangrijke punten wijkt zijn positie echter ook af. Dat heeft onder meer te maken met de andere rol die de fiscus in de nationale fiscale rechtshandhaving inneemt. Zo vervult deze uitdrukkelijk ook opsporingstaken. Bovendien is er van het innerstatelijke recht afwijkende regelgeving van toepassing. Alleen al om

531 CBb 20 september 1989, AB 1990, 400; zie ook CBb 24 juni 1998, JB 1998, 213, waarover Jans e.a. (2002), p. 290-292.

deze redenen moeten de hiervoor aan het einde van paragraaf 3.5.1 gestelde kernvragen opnieuw worden beantwoord.

3.5.3.1 De Belastingdienst als aangezochte partij

A) Rechtsbronnen en omvang van de plicht tot samenwerking; geheimhouding en doelbinding
De regels inzake de wederzijdse administratieve bijstand zijn niet te vinden in de AWR, maar in de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (WIB). De WIB strekt ten behoeve van de nakoming van verplichtingen die voortvloeien uit richtlijnen van de Raad van de Europese Unie en uit andere regelingen van internationaal en interregionaal recht tot het verlenen van wederzijdse bijstand bij de heffing van belastingen, alsmede renten daarover en bestuursrechtelijke sancties en boeten die daarmee verband houden (art. 1, eerste lid, WIB). Hieronder vallen zowel de Richtlijn 77/799 als de Spaarrenterichtlijn. De regels van de WIB zijn uitgewerkt in meerdere voorschriften, waarvan het Voorschrift internationale inlichtingenuitwisseling (voortaan: het Voorschrift) hier van groot belang is.[532] Dit voorschrift ziet ook op de directe belastingen.[533]

> Tot de inwerkingtreding van de WIB in 1986 was de internationale uitwisseling van informatie nauwelijks genormeerd. Het verstrekken van informatie aan het buitenland vond plaats via een ontheffing die was gebaseerd op artikel 67, tweede lid, AWR. Voor uitgaande verzoeken bestond geen regelgeving. Men raakte er echter van doordrongen dat artikel 67 AWR onvoldoende basis bood voor het verstrekken van inlichtingen, in het bijzonder in die gevallen waarin Nederland zelf geen belang had bij het verzamelen van gegevens ten behoeve van een buitenlandse fiscus. De onderzoeksbevoegdheden van de AWR konden niet worden gebruikt voor alleen de buitenlandse belastingheffing. Daarvoor waren zij immers niet in het leven geroepen. Het is primair om deze reden dat de WIB werd ingevoerd.[534]

De omvang van de plicht tot samenwerking kan worden afgeleid uit art. 1 j° 13 WIB. Uit het samenspel van beide bepalingen is af te leiden dat Nederland geen bijstand verleent, als het land daartoe niet verplicht is op grond van een internationale of communautaire verplichting. Verdragsloze bijstand bestaat niet. Dat geldt ook voor het enkele verstrekken van al voorhanden zijnde gegevens. Een uitzondering op de geheimhoudingsplicht wordt in dergelijke gevallen niet aanvaard.

Inmiddels is door enkele terminologische wijzigingen in art. 1 WIB duidelijk dat bijstand mag worden verleend voor bestuursrechtelijke handhavingsdoeleinden in ruime zin. Voor heffings- en (preventieve én repressieve) toezichtdoeleinden én

532 Stcrt. 2006, 76. Voluit: Voorschrift internationale inlichtingenuitwisseling inzake de belastingen waarop de WIB van toepassing is.
533 De wederzijdse bijstand bij de invordering van belastingen blijft bijvoorbeeld buiten beschouwing.
534 Kamerstukken II 1984/85, 18 852, nrs. 1-3, p. 10; Dane (2001), p. 96-97.

bestuurlijke bestraffing van fiscale overtredingen mag bijstand worden verleend.[535] Bestuurlijke boetes vallen nadrukkelijk onder de reikwijdte van de WIB. De strafrechtelijke handhaving valt echter, naar algemeen wordt aangenomen, niet onder de werkingssfeer van de WIB.[536] Dat impliceert dat de WIB en de relevante bepalingen in het Wetboek van Strafvordering over internationale samenwerking ten opzichte van elkaar aanvullend werken. Er is ofwel sprake van bijstand, ofwel van rechtshulp.[537] Zo eenvoudig is de praktijk echter niet, zo bleek hierboven. Vaak is sprake van gemengde verzoeken, dubbele petten of nauwe samenwerking tussen meerdere autoriteiten. Bovendien is het volgens de wetshistorie niet uitgesloten dat bijstand wordt verleend als er alleen nog maar een vermoeden bestaat dat onjuistheden in het geding zijn.[538] Formeel is er dan nog geen opsporing, materieel is men actief op zoek naar wetsovertredingen.

Op zijn minst zal in dergelijke gevallen moeten worden onderzocht of bijstandsverzoeken niet *mede* strafrechtelijke doeleinden kunnen dienen. Daarvoor moet opnieuw worden gekeken naar de geheimhoudingsbepalingen in de WIB. Immers, als deze doorleiding aan justitie niet toestaan, heeft het vergaren van gegevens voor een strafvorderlijk doel geen zin. Hier geldt in hoge mate hetzelfde als in het financiële toezicht. Omdat voor het doorleiden van gegevens, evenals voor het openbaren ervan, de toestemming nodig is van de Nederlandse autoriteiten (art. 14 en 15 WIB), wordt de buitenlandse autoriteit gedwongen *a priori* al zijn kaarten op tafel te leggen. Het *Prinzip der langen Hand* geldt ook *in fiscalibus*. Naar mijn mening kunnen fiscale bijstandsverzoeken dus *mede* strafrechtelijke doeleinden dienen, maar alleen met de uitdrukkelijke instemming van de Nederlandse autoriteiten, meer in het bijzonder de voorzitter van het managementteam van de Belastingdienst/FIOD-ECD.[539] In de regel wordt deze in fiscale fraudezaken verleend. De praktijk heeft hier zijn weg gevonden door bijstand in het kader van fraudeonderzoeken of gemengde verzoeken wel toe te staan, maar te beperken tot het verstrekken van 'kantoorinformatie', dus al voorhanden zijnde gegevens. Fiscale onderzoeksbevoegdheden (art. 8-10 WIB) worden niet toegepast, ook niet bij derden.[540] Voor onderzoekshandelingen is een rechtshulpverzoek vereist, waarvoor de hieronder nog te bespreken bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering gelden.[541]

---

535 Vgl. ook Kamerstukken II 1984/85 en 1985/86, 18 852, nr. 3, p. 10 en 14; nr. 5, p. 2; nr. 9, p. 3 e.v.

536 Vrolijk (1993), p. 91; Hertoghs & De Bont (1994), p. 201; Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', aant. 1.6.7 bij Considerans WIB en aant. 9 bij art. 5 WIB; Wisselink (1996), p. 276 e.v.; Dane (2001), p. 97.

537 Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', aant. 9 bij art. 5 WIB; Wisselink (1996), p. 277.

538 Kamerstukken II 1985/86, 18 852, nr. 9, p. 13-14.

539 § 7.5.2 Voorschrift.

540 Bij de wederzijdse douanebijstand lijkt dit anders te zijn; vgl. § 5 van het Voorschrift internationale wederzijdse bijstand douane en accijnzen, Stcrt. 1999, 97.

541 Vgl. opnieuw § 5 van het Voorschrift internationale wederzijdse bijstand douane en accijnzen, Stcrt. 1999, 97. Terecht vraagt De Bont (2002), p. 110, zich af hoe zich dit verhoudt tot de hieronder te bespreken afschaffing van art. 5, lid 5, (oud) WIB.

> De consequentie hiervan lijkt overigens dat in het kader van fraudeonderzoeken of gemengde onderzoeken fiscale controlebevoegdheden nooit zouden kunnen worden toegepast. In dergelijke gevallen worden alleen rechtshulpregels toegepast. Daarmee lijkt het tegengestelde bereikt van wat met een strikt onderscheid tussen bijstand en rechtshulp, dat is bewerkstelligd door art. 14 en 15 WIB, is beoogd. Immers, bij een strikte scheiding van procedures zou niets er aan in de weg staan dat controlebevoegdheden in ieder geval worden toegepast voor de fiscale doeleinden. Nu is dat echter niet mogelijk, omdat in de praktijk wel wordt onderkend dat er samenloop is en er in de regel toestemming voor doorleiding wordt verleend. Deze praktijk spoort evenmin met het in de innerstatelijke context gehanteerde beginsel van de gelijkwaardigheid van de verschillende procedures (paragraaf 3.2.2.4).

Toch is er met deze regeling iets bijzonders aan de hand. Vergelijken we haar met art. 1:90, lid 3, Wft, dan valt op dat de WIB geen inhoudelijke criteria voor het nemen van een beslissing bevat. Dat is volledig overgelaten aan de uitvoerende dienst, de Belastingdienst/FIOD-ECD. Daarbij komt dat – vreemd genoeg – wettelijk ook geen overleg met de minister van Justitie, meer in het bijzonder het Bureau Internationale Rechtshulp in Strafzaken van dat ministerie (BIRS), nodig is. Die overlegprocedure bestond wel en was neergelegd in art. 5, lid 5, (oud) WIB, maar hij is in 2002 afgeschaft. Juist vanwege het fiscale doel van de bijstand, vond men hem overbodig geworden.[542] De regering volstond ter zake met de mededeling dat verzoeken ten behoeve van een onderzoek naar strafbare feiten zijn geregeld in het Europese Rechtshulpverdrag van 1959. Kennelijk achtte men – om mij onduidelijke redenen – overlap met de strafrechtelijke rechtshulp niet mogelijk, danwel een te theoretische optie.[543]

> Art. 5, lid 5, (oud) WIB luidde: 'Aan verzoeken ten behoeve van een onderzoek naar strafbare feiten met betrekking tot de in artikel 1 bedoelde belastingen of daarmee verband houdende feiten wordt niet voldaan dan na overleg met Onze Minister van Justitie.' Deze procedure moest worden gevolgd bij een vermoedelijke overlap met de strafrechtelijke rechtshulp. Het doel van de procedure was niet zozeer het verlenen van strafrechtelijke rechtshulp op basis van de WIB, maar meer het voorkomen dat de ministeries van Financiën en Justitie langs elkaar heen werkten.[544] Toch werd ook niet expliciet uitgesloten dat op basis van de WIB bijstand werd verleend in een onderzoek, terwijl er al sprake was van een verdenking van een strafbaar feit. Naar aanleiding van vragen uit de Tweede Kamer of het niet juister zou zijn dergelijke verzoeken af te wijzen en de inlichtingen vragende staat te verwijzen naar de minister van Justitie, merkte de minister destijds namelijk op dat 'een dergelijke handelwijze ertoe zou leiden dat de procedure als geheel meer tijd in beslag zou gaan nemen.' De gekozen

542 Stb. 2001, 641; zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 37.
543 Hierover ook De Bont (2002), p. 110-111.
544 Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', aant. 9 bij art. 5 WIB (suppl. 249).

> benadering had als voordeel dat de minister van Justitie vroegtijdiger kon worden ingeschakeld.[545]

Nog om een andere reden is de WIB bijzonder te noemen.[546] De art. 14 en 15 WIB hanteren op papier een veel strenger geheimhoudingsregime dan art. 67 AWR door ook voor fiscaal strafrechtelijk gebruik toestemming te eisen. Formeel heeft Nederland het gelijk aan zijn zijde wanneer het de toestemmingseis in stelling brengt. Strengere nationale bepalingen moeten immers in acht worden genomen, als de aangezochte staat dat wil (art. 7, lid 2, Richtlijn 77/799). Echter, die benadering spoort in het geheel niet met de *innerstatelijke*, noch met de *interstatelijke* praktijk. Ze wijkt ook af van de hoofdregels van art. 7, lid 1, Richtlijn 77/799. Hier wordt de regel *locus regit actum* dus zeer formeel, want afwijkend van de innerstatelijke rechtshandhaving, toegepast. In de innerstatelijke rechtshandhaving is een vloeiende informatie-uitwisseling tussen fiscus en OM voor de 'uitvoering van de belastingwet' op goede gronden toegestaan.[547]

> Mijn conclusie kan hier geen andere zijn dan dat de WIB een geheimhoudingsregime creëert dat aanmerkelijk strenger is dan het nationale recht, zonder dat de criteria op basis waarvan moet worden besloten helder zijn en zonder dat men hiertoe wordt gedwongen door Europese regels, integendeel. Natuurlijk hangt deze strikte geheimhoudingsplicht samen met de scheiding tussen bijstand en rechtshulp die de wetgever op papier aanbracht. In de praktijk wordt deze lang niet altijd gevolgd. Echter, hoe moet in een dergelijke context een deugdelijke controle vorm krijgen, nu de normen zelf niet helder zijn? Het is mijn indruk dat het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp hier niet 'controleverhogend', maar juist bemoeilijkend werkt.[548]

Wat betreft de vormen van bijstand die kunnen worden verleend, kan worden onderscheiden tussen de informatieverstrekking op verzoek (art. 5 WIB en § 5.1 Voorschrift), de automatische (art. 6 WIB en § 5.2 Voorschrift)[549] en de spontane verstrekking van gegevens (art. 7 WIB en § 5.3 Voorschrift). Vermeldenswaard is in het bijzonder ook art. 6a WIB, waarin de automatische verstrekking van gegevens op basis van de Spaarrenterichtlijn geregeld is. Met het oog daarop moeten banken spontaan de uitbetaling van rente melden aan de voorzitter van het managementteam van de Belastingdienst/FIOD-ECD (art. 4j en 4k WIB).[550] Banken, die in deze hoedanigheid *qualitate qua* als derden optreden (vgl. ook art. 4m, lid 2, WIB), kunnen een bankgeheim dus niet tegenwerpen, zelfs al zou er een bankgeheim in Nederland bestaan. Ter handhaving van deze verplichtingen zijn de controlebepa-

545 Dane (2001), p. 98. Vgl. ook Kamerstukken II 1984/85, 18 852, nr. 6, p. 18.
546 Vgl. ook mijn noot onder AB RvS 10 april 2002, AB 2004, 99.
547 *Supra* paragraaf 3.2.2.4 en 3.4.2.
548 Op de vraag welke alternatieven er zijn, kom ik nog uitgebreid terug in hoofdstuk 6.
549 Tussen Nederland en Duitsland zijn afspraken gemaakt over de intensivering van inlichtingen tussen de bevoegde autoriteiten van beide landen; Stcrt. 1997, 235.
550 Art. 2, onderdeel d, WIB j° art. 6, lid 3, UrBd.

lingen van de AWR van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 4m WIB). Niet-naleving van de verplichtingen is deels beboetbaar, deels bestrafbaar (art. 4o en 4p WIB). Hoofdstuk 1a, Afdeling 2, WIB bevat ter zake verdere uitgebreide voorschriften.

De samenwerking is niet beperkt tot alleen de verstrekking van gegevens. Ook is het mogelijk dat onderzoeken worden ingesteld naar aanleiding van een buitenlands verzoek (art. 8 WIB en 5.1.2 Voorschrift). Verder kunnen namens een andere staat stukken aan een belanghebbende worden uitgereikt (art. 7a WIB en § 5.4 Voorschrift). Daarnaast bestaat nog de mogelijkheid dat in Nederland en in andere landen gelijktijdig boekenonderzoeken worden gevoerd (art. 8a WIB en § 5.5 Voorschrift) en dat buitenlandse ambtenaren bij een boekenonderzoek aanwezig zijn (art. 9, 10 WIB en § 5.6 Voorschrift). Dat laatste biedt perspectieven voor de vorming van multinationale gezamenlijke onderzoeksteams.[551]

> Voor een daadwerkelijk multinationaal onderzoek zijn overigens aanvullende bi- of multilaterale afspraken vereist. In die afspraken zullen zaken worden geregeld als het gebruik van de informatie, geheimhouding van informatie, de status van de betreffende ambtenaar, de bevoegdheden waarover hij beschikt, et cetera.[552] Het onderzoek wordt uitgevoerd door en onder leiding van Nederlandse ambtenaren. De buitenlandse ambtenaren mogen alleen maar aanwezig zijn bij die onderdelen van het onderzoek die van belang zijn voor de andere staat.[553] Het verrichten van zelfstandig onderzoek of het voortzetten van het onderzoek zonder de Nederlandse collega door de buitenlandse ambtenaar is uit den boze.

Ten slotte, voor de bepaling van de omvang van de buitenlandse aanspraak op fiscale bijstand is uiteraard ook van belang of er weigeringsgronden voorhanden zijn. Immers, al valt een verzoek onder de reikwijdte van een internationaal of communautair instrument, dan nog kan de aanwezigheid van een weigeringsgrond ertoe leiden dat het verzoek wordt afgewezen. De situatie *in fiscalibus* verschilt van de financiële bijstand ook op dit punt. Ze kenmerkt zich door een groot aantal, vaak facultatieve weigeringsgronden. Nederland heeft deze in artikel 13 WIB grotendeels getransformeerd tot imperatieve. Alleen de bescherming van een commercieel, industrieel of beroepsgeheim laat nog ruimte voor het maken van een afweging (art. 13, derde lid, WIB). Het feit dat het gaat om imperatieve gronden betekent dat ze, indien toepasselijk, moeten worden ingeroepen, tenzij uiteraard het internationale of communautaire recht dat niet zou toestaan. Art. 13, lid 4, WIB bepaalt dat de weigeringsgronden niet kunnen worden ingeroepen voor de automatische verstrekking van inlichtingen op basis van de Spaarrenterichtlijn (art. 6a WIB).

In art. 13, eerste lid, onder a, WIB is de verdragseis vastgelegd. Wanneer er geen verdragsverplichting tot het verstrekken van informatie bestaat, kan er geen bijstand worden verleend.

---

551 Daarover § 5.6.2 Voorschrift; Van der Hel & Kamerling (2002) en (2005).

552 Vgl. Kamerstukken II 1984/85, 18 852, nrs. 1-3, p. 15-16; Kamerstukken II 1995/96, 24 453, nr. 3, p. 3. Zie ook § 3.7.4 Voorschrift.

553 Kamerstukken II 1995/86, 24 453, nr. 3, p. 3.

> Het verdragsvereiste heeft in het verleden aanleiding gegeven tot problemen bij de spontane verstrekking van gegevens (art. 7 WIB). Art. 7 WIB lijkt in zijn redactie ruimer dan art. 4 Richtlijn 77/799. In bepaalde gevallen is dus voorstelbaar dat er geen internationale verplichting tot het verstrekken van informatie bestaat. Dan moet de spontane verstrekking op basis van artikel 1 j° 13, aanhef en onder a, WIB worden geweigerd. Deze situatie was een aantal malen in procedures voor de Raad van State aan de orde.[554] De Afdeling bestuursrechtspraak leek van mening dat het derde lid van artikel 4 Bijstandsrichtlijn voor het spontaan verstrekken van inlichtingen een onvoldoende basis bood. In dit derde lid wordt bepaald dat ook buiten de verplicht voorgeschreven gevallen van spontane inlichtingenverstrekking in het eerste lid verstrekking van informatie in andere gevallen in ieder geval *mogelijk* is. Een plicht tot het verstrekken van informatie kan er niet in worden gelezen. Wel moet worden bedacht dat bilaterale afspraken ter zake verdergaande verplichtingen kunnen bevatten. Haar koers lijkt inmiddels echter gewijzigd.[555]

Ook de wat ik voortaan fiscale *locus*regel noemen zal (art. 13, lid 1, onder c, WIB) en het wederkerigheidsbeginsel zijn vermeldenswaard (art. 13, lid 1, onder e, WIB). De fiscale *locus*regel houdt in dat een staat aan een verzoek om bijstand uitvoering geeft in overeenstemming met de regels van zijn eigen rechtsorde. Daarvoor moet een bijstandsverzoek als het ware worden omgezet naar de innerstatelijke rechtsorde: zou voor de Nederlandse belastingheffing *in abstracto*[556] de informatie ook kunnen worden verkregen? In de WIB komt deze gedachte in een negatieve formulering tot uitdrukking: wanneer dit niet het geval is, worden geen inlichtingen verstrekt. Artikel 13, eerste lid, onder c, stelt Nederlandse en buitenlandse belangen aldus grotendeels gelijk. Het verlenen van bijstand noopt staten er niet toe voor het inwinnen van inlichtingen en voor het instellen van onderzoeken verdergaande maatregelen te treffen dan die welke gelden voor de 'eigen' belastingheffing. Anderzijds behoren ook geen verdergaande beperkingen te gelden.[557] Daarmee geeft men tevens uitdrukking aan het assimilatie- of non-discriminatiebeginsel.[558]

De fiscale *locus*regel hangt nauw samen met het wederkerigheidsbeginsel. Waar enerzijds de verstrekkende staat niet tot meer is gehouden dan het gebruik van de bevoegdheden waarover hij voor de heffing van zijn eigen belastingen beschikt, is anderzijds de verstrekkende staat niet gehouden gebruik te maken van bevoegdheden waarover hij wel, maar de ontvangende staat niet beschikt.[559] De gedachte hierachter is dat de wederzijdse bijstand geen middel dient te zijn om indirect de

554 Zie onder meer ABRvS 30 november 1990, nrs. R 01.88.3427 en R 01.88.3525, besproken door Engelen (1991), en ook 24 juli 1991, VN 1991/2476.

555 ABRvS 15 februari 2001, VN 2001/30.5, naar aanleiding van HvJ EG 13 april 2000, zaak C-420/98 (*X/ Staatssecretaris*).

556 Vgl. § 3.4 A, onder f, Voorschrift. Art. 8 Richtlijn 77/799 staat – terecht – niet toe dat wordt geëist dat de gegevens ook *in concreto* nodig zijn voor de Nederlandse belastingheffing.

557 Kamerstukken II 1984/85, 18 852, nr. 1-3, p. 17.

558 Vgl. Daniëls (1987), p. 2.

559 Vgl. Kamerstukken II 1984/85, 18 852, nrs. 1-3, p. 17.

bevoegdheden van de administratie van het verzoekende land uit te breiden.[560] In combinatie met de voorgaande weigeringsgrond heeft een en ander overigens tot gevolg dat de samenwerking beperkt blijft tot de kleinste gemene deler.[561] De bovengrens wordt overschreden als meer informatie moet worden gevraagd dan nodig zou zijn geweest voor de eigen belastingheffing. Zo hoeft informatie die voor de buitenlandse belastingheffing relevant zou kunnen zijn, maar voor de Nederlandse niet, niet te worden verstrekt.[562] Gezien de ruime formulering van artikel 47 e.v. AWR zal deze grens overigens niet snel worden bereikt.

B) Procedure en instrumentarium

Voor de uitvoering van verzoeken om fiscale bijstand bestaan uitvoerige voorschriften. Voor Nederland is de minister van Financiën de bevoegde autoriteit. Via een stelsel van mandaatverleningen komt het leeuwendeel van de operationele bezigheden uiteindelijk via het hoofd van het managementteam van de Belastingdienst/FIOD-ECD in handen van FIOD-ECD Amsterdam Team Internationaal (FIOD-ECD Internationaal).[563] Direct contact tussen de ambtenaren van de Belastingdienst en hun buitenlandse collega's is dus niet mogelijk, tenzij daarvoor toestemming is verkregen (§ 3.8.1 Voorschrift).[564] Alle verkeer met het buitenland – inkomend en uitgaand – verloopt in beginsel via de FIOD-ECD Internationaal. Hiermee wordt een zekere mate van controle bewerkstelligd. De FIOD-ECD Internationaal verricht ook de eerste toets na binnenkomst van het verzoek. Ook hier is de vertrouwensregel het uitgangspunt (§ 5.1 Voorschrift).[565] Doorgaans wordt afgegaan op de juistheid en volledigheid van wat door de buitenlandse autoriteiten in het verzoek wordt gesteld; een eigen toets heeft niet, danwel op marginale wijze plaats. Dat betekent dat de vragen of bijvoorbeeld een buitenlands heffingsbelang aanwezig is en of door de verzoeker de eigen middelen zijn uitgeput, *de facto* worden overgelaten aan de verzoekende autoriteit.

Als de FIOD-ECD Internationaal daartoe niet zelf in staat is, voeren de eenheden vervolgens de verzoeken uit die hen door het Team zijn voorgelegd. Op basis van § 3.9 Voorschrift wijzen de hoofden van de eenheden contactpersonen aan die binnen de eenheden het binnenkomende en uitgaande verkeer moeten stroomlijnen. De contactpersoon fungeert als aanspreekpunt voor zijn eigen eenheid en voor de FIOD Internationaal. Wanneer wordt besloten dat de inlichtingen niet zullen worden verstrekt, stelt de FIOD Internationaal de betreffende eenheid, evenals de

560 Kamerstukken II 1984/85, 18 852, nr. 6, p. 10; Daniëls (1987), p. 28.
561 Daniëls (1990), p. 135.
562 Vgl. Wisselink (1996), p. 62.
563 Besluiten Mandaatverlening internationale inlichtingenuitwisseling, Stcrt. 2006, 48, en Ondermandaatverlening internationale inlichtingenuitwisseling, Stcrt. 2006, 48; zie ook § 6 Voorschrift. De FIOD-ECD Internationaal moet niet worden verward met het Team Internationaal van het DG Belastingdienst van het ministerie van Financiën dat is belast met de beleidsmatige aangelegenheden inzake samenwerking; Stcrt. 2005, 182, p. 14.
564 Over de problemen die dit oplevert in het kader van gezamenlijke controles, zie Van der Hel-van Dijk en Kamerling (2005).
565 Daarover Arendsen, de Wolff en Wijsman (2005).

verzoekende autoriteit daarvan in kennis onder vermelding van de redenen (§ 5.1.4 Voorschrift).

Ter uitvoering van bijstandsverzoeken zal in een aantal gevallen kunnen worden volstaan met de verstrekking van al voorhanden zijnde gegevens. Daarvoor is een uitzondering op art. 67 AWR aanvaardbaar. Dergelijke gegevens hebben in beginsel geen bijzondere status meer. Al voorhanden zijnde bancaire gegevens worden niet anders behandeld dan andere gegevens. Ook opsporingsgegevens mogen in beginsel worden verstrekt.[566]

> Voorzichtigheid is echter geboden, omdat deze gegevens soms zijn onderworpen aan een bijzondere geheimhoudingsplicht. Hier rijst dezelfde vraag als in de financiële bijstand: mogen deze gegevens bij een conflict tussen de plicht tot samenwerking enerzijds en de plicht tot geheimhouding anderzijds toch worden verstrekt? Het antwoord hierop is niet duidelijk. Ook wanneer het gaat om gegevens die uit buitenland werden verkregen, is in de regel de aanvullende toestemming van de autoriteiten uit dat land nodig (art. 15, lid 1 en 2, WIB).

Soms is nader onderzoek nodig om de gegevens te verkrijgen. Met het oog daarop zijn in artikel 8, lid 2, WIB de AWR-onderzoeksbevoegdheden van Hoofdstuk VIII, afdeling 2, AWR van overeenkomstige toepassing verklaard ten behoeve van het op verzoek, spontaan of automatisch verstrekken van inlichtingen. Ook art. 55 AWR, op basis waarvan de Belastingdienst andere overheidsdiensten om informatie kan vragen, is van overeenkomstige toepassing. De spontane meldplichten voor administratie- en inhoudingsplichtigen van art. 52, lid 2 en 3, AWR, zijn echter niet van toepassing,[567] net zomin als de fiscale opsporingsbevoegdheden. Dat laatste zal gezien de beoogde scheiding tussen bijstand en rechtshulp niet verbazen.

> Over de precieze betekenis van artikel 8 bestaat verschil van mening. De discussie spitst zich toe op de vraag of alleen de zogenaamde passieve medewerkingsplichten gelden of dat de belastingplichtige ook actief inlichtingen moet verschaffen (artt. 47–49 AWR). In het eerste geval zou de justitiabele alleen boeken of andere bescheiden hoeven te verstrekken, maar niet zelf inlichtingen hoeven te verschaffen. Deze onduidelijkheid is ontstaan doordat artikel 8 WIB spreekt over het instellen van een onderzoek, terwijl de artikelen 47–49 die woorden niet gebruiken.[568] Mijns inziens is er geen reden de informatieplichten op basis van artikel 8 te beperken tot de passieve varianten. Uit de wettekst blijkt duidelijk dat alle onderzoeksbevoegdheden van de fiscus – met uitzondering van artikel 52, tweede en derde lid, AWR – ook voor buitenlandse heffingsbelangen kunnen worden aangewend.

566 Rb Amsterdam 27 december 2000, VN 2001, 11/7. In het internationale strafrecht is dat, zo zullen we nog zien, ook zo – controle-informatie mag via de rechtshulp worden verstrekt.

567 De uitvoeringsregels van de Spaarrenterichtlijn vangen dit overigens ten dele op; vgl. art. 4j en 4k WIB.

568 Fiscale Encyclopedie 'De Vakstudie', aant. 2 bij art. 8 WIB (suppl. 249).

NEDERLAND

> Hoofdstuk 3 van het Voorschrift fiscus/banken 2002 bevat over het opvragen van gegevens bij banken ten behoeve van de bijstandsverlening eveneens enige bepalingen. Belangrijk is vooral § 13.0, waarin dezelfde procedure is neergelegd als voor de nationale belastingheffing. Het moet dan gaan om een ingezetene van Nederland. De procedure strekt zich niet uit tot verzoeken betreffende niet-ingezetenen.[569] In beginsel probeert de Belastingdienst de gegevens bij de belastingplichtige te verkrijgen. Hij moet deze in staat stellen die gegevens bij de bank te achterhalen. Pas daarna wendt de Belastingdienst zich tot de bank. Deze regel leidt uitzondering wanneer het belang van het onderzoek zich daartegen verzet. In § 15.0 zijn de paragrafen 6.0 tot en met 9.1 van overeenkomstige toepassing verklaard. *A contrario* kan hieruit worden afgeleid dat het stellen van serievragen niet is toegestaan.[570]

Uit de artikelen 8, 9, 10 en 11 WIB in onderlinge samenhang bezien blijkt ten slotte dat de strafbepalingen van de artikelen 68 en 69 AWR van overeenkomstige toepassing zijn. Het spreekt voor zich dat dit van belang is voor de transnationale werking van het *nemo-tenetur*beginsel. Er lijkt me op voorhand geen reden om aan te nemen waarom het *nemo-tenetur*beginsel bij de uitvoering van bijstandsverzoeken niet van toepassing zou kunnen zijn.[571] Of die opvatting ook in de praktijk wordt onderschreven, kan echter worden betwijfeld.[572] Veelzeggend is bijvoorbeeld dat er in de WIB geen verwijzing is naar art. 67j AWR. Een verklaring voor de geringe aandacht voor het *nemo-tenetur*beginsel zou kunnen zijn gelegen in het feit dat de regering van mening is dat bijstand en rechtshulp strikt gescheiden zijn. Hierboven betoogde ik echter dat dit allerminst het geval is. Niet alleen wordt in toenemende mate samengewerkt in de voorfase van de opsporing, bovendien kan ook in fiscale boetezaken gebruik worden gemaakt van de bijstand.[573] Net als in de financiële bijstand kan de conclusie daarom geen andere zijn dan dat het beginsel door Nederland niet afdoende wordt gewaarborgd en dat hiermee de verantwoordelijkheid in de handen van de ontvangende staat komt te liggen. Deze zal, in navolging van het Saunders-arrest, de gegevens hoe dan ook niet kunnen gebruiken als bewijs.

> De geringe aandacht voor *nemo tenetur* lijkt ook samen te hangen met de opvatting van de fiscus dat het zwijgrecht beperkt kan worden tot de zuivere schuldvragen (art. 67j AWR en 12 BBBB; zie paragraaf 3.3.3.2). Die opvatting wordt doorgetrokken naar het transnationale niveau. In de praktijk wordt in het kader van de bijstandsverlening sterk aangeknoopt bij de heffingsaspecten van boetezaken. Onderzoeken naar zuivere schuldvragen doet men bij voorkeur af via de wederzijdse rechtshulp. Dergelijke situaties zijn echter zeer zeldzaam. Wat men

569 Langereis (1993).
570 Langereis (1993).
571 Idem, Swart (2002), p. 457-459.
572 Vgl. *supra* paragraaf 3.5.2.1, onder B.
573 Een extra complicatie ligt in het feit dat de Nederlandse autoriteiten niet het doel hoeven te vermelden waarvoor ze de betrokkene benaderen; vgl. HR 13 mei 2005, NJ 2005, 423; JOL 2005, 286. Dat maakt het voor de betrokkene lastig te beoordelen of hij zichzelf incrimineert met het verstrekken van inlichtingen.

ook moge vinden van deze benadering, ze verlangt op zijn minst dat – wil het *nemo-tenetur*beginsel niet worden omzeild – bij de ontvangende partij bekend is *dat* het zwijgrecht te onzent beperkt wordt opgevat en *dat* dus mondelinge (en schriftelijke) inlichtingen onder dwang zijn verstrekt in het kader van een (ten dele) punitieve procedure. Vanuit het perspectief van de belastingplichtige kan het overigens wel positief worden gewaardeerd dat de FIOD, in samenwerking met justitie (BIRS), de strafrechtelijke weg kiest, zodra het verzoek een 'echt' strafrechtelijke tintje heeft. Dat geldt zelfs in buitenlandse boeteonderzoeken.

C) Rechtsbescherming

De regeling van de procedurele rechtsbescherming is – meen ik – met stip het meest belangwekkende onderwerp van de WIB. Anders dan in de financiële bijstand en in de innerstatelijke rechtshandhaving wordt aangenomen, zijn in het systeem van de WIB sommige beslissingen tot het verstrekken van gegevens wél appellabele besluiten in de zin van de Awb. Dit is alleen al reden om deze regeling nader te bekijken. In het onderstaande ga ik in op de vraag waartegen bescherming openstaat, wie er een beroep op kan doen en welke uitzonderingen er mogelijk zijn.

Bij het verlenen van bijstand zijn er opnieuw meerdere momenten aan te wijzen met mogelijke relevantie voor de procedurele rechtsbescherming. Het is, zoals ik ook al in paragraaf 3.5.2.1, onder D, opmerkte, bijvoorbeeld goed voorstelbaar dat niet alleen de beslissing tot uitvoering van het verzoek als besluit wordt gezien, maar mogelijk ook de (schriftelijke) beslissing tot het vergaren van de gegevens. De WIB kiest voor het eerste model. Rechtsbescherming staat bijgevolg open tegen het besluit tot inwilliging van het verzoek om bijstand (art. 5 WIB) en tegen het besluit om de gegevens spontaan te verstrekken (art. 7 WIB). Doordat expliciet wordt gerept van besluiten, is in de WIB de vraag vermeden in hoeverre in het proces van informatie-uitwisseling sprake is van besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb, danwel van feitelijk handelen.[574] Andere handelingen, zoals de vergaring van de gegevens ter uitvoering van het verzoek,[575] de beslissing tot toelating van buitenlandse ambtenaren bij de uitvoering ervan[576] of de beslissing tot het geven van toestemming voor doelafwending[577] kunnen echter niet worden aangemerkt als appellabel besluit.

De achtergrond voor de keuze van rechtsbescherming aan het einde van de rit is dat de autoriteiten pas op dat moment in redelijk volledige mate kunnen overzien *of* het verzoek kan worden ingewilligd, zodat om die reden pas dan het besluit kan worden genomen.[578] Dat heeft voor de betrokkene enerzijds als voordeel dat de

574 Kamerstukken II 2001/02, 28 034 A, p. 14.

575 Vgl. HR 13 mei 2005, NJ 2005, 423; JOL 2005, 286.

576 Daartoe had de Raad van State geadviseerd: Kamerstukken II 2001/02, 20 034, A, p. 17; zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 43. Hierover ook De Bont (2002), p. 113.

577 Dat was voorheen wel zo. Deze mogelijkheid is echter afgeschaft. Dat lijkt samen te hangen met de meer beperkte ratio van de gewijzigde rechtsbeschermingsregeling sinds 2002 die belanghebbenden in staat moet stellen de juistheid van de te verstrekken informatie te controleren (zie onder). Ze berust op de aanname dat eenmaal verstrekte informatie 'juist' is en rechtsbescherming derhalve niet meer nodig

578 Vgl. Kamerstukken II 1984/85, 18 852, nr. 6, p. 12; HR 13 mei 2005, NJ 2005, 432.

autoriteiten doorgaans goed geïnformeerd zullen zijn als ze het besluit tot het verstrekken van de inlichtingen nemen, wat ook in hun belang kan zijn, maar anderzijds als nadeel dat van hen medewerking wordt verlangd aan in potentie ingrijpende onderzoeken, terwijl mogelijk ook de aanwezigheid van buitenlandse ambtenaren moet worden geduld. Ter voorkoming daarvan resteert alleen een civielrechtelijk kort geding.

> Tegen het verrichten van onderzoekshandelingen als zodanig (art. 8 WIB) staat geen bezwaar en beroep open. Dat is problematisch, wanneer buitenlandse ambtenaren aanwezig willen zijn bij de uitvoering van het verzoek. Tot 1 januari 2002 was het de buitenlandse ambtenaar niet toegestaan de informatie te gebruiken voordat de bezwaartermijn was verstreken, c.q. de bezwaarprocedure afgehandeld. Op basis van artikel 5 WIB moest de betrokkene namelijk eerst in kennis worden gesteld. De bij het onderzoek aanwezige buitenlandse ambtenaren hadden wel de beschikking over de informatie, maar mochten deze voor het einde van de bezwaar-, c.q. beroepstermijn niet gebruiken.[579] Omdat deze procedure in andere staten ongebruikelijk is, heeft Nederland een bepaling opgenomen in artikel 9, derde lid, waarin wordt bepaald dat in afwijking van artikel 3:40 Awb aan de inwilliging van een verzoek om inlichtingen uitvoering wordt gegeven voordat degene van wie de inlichtingen afkomstig zijn, daarvan in kennis wordt gesteld. In dat geval vindt de kennisgeving zo spoedig mogelijk, doch niet later dan vier maanden na het begin van uitvoering plaats.

De rechtsbeschermingregeling van artikel 5 WIB is in 2001 ingrijpend gewijzigd.[580] Ze bestaat thans uit twee componenten. In de eerste plaats dient de FIOD/ECD Internationaal degene van wie de inlichtingen afkomstig zijn en die in Nederland woont, in kennis te stellen van zijn besluit tot inwilliging van het verzoek om inlichtingen. Deze kennisgevingsplicht maakt het de belanghebbende feitelijk mogelijk bezwaar en beroep in te stellen op basis van de daarvoor geldende Awb-procedures. Bij de kennisgeving moet een omschrijving van de te verstrekken inlichtingen worden vermeld en moet worden aangegeven wie de bevoegde autoriteit is van wie het verzoek afkomstig is (artikel 5, tweede lid). Het doel waarvoor de informatie wordt gevraagd, hoeft echter niet te worden aangegeven.[581]

In de tweede plaats wordt aan de inwilliging van het verzoek geen uitvoering gegeven dan na tien dagen na de dagtekening van deze kennisgeving (artikel 5, vierde lid). Daarmee is afgeweken van artikel 6:16 Awb dat aan bezwaar en beroep geen schorsende werking toekent. Aldus biedt de WIB de WIB-belanghebbende een mogelijkheid om tegen een voorgenomen inlichtingenverstrekking bij de rechter een voorlopige voorziening (art. 8:81 e.v. Awb) te vragen.[582] Beroep staat open bij de rechtbank en – in hoger beroep – bij de Afdeling bestuursrechtspraak. In voorkomend geval wordt de uitvoering van het verzoek opgeschort, totdat de

579 Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 38.
580 Stb. 2001, 641.
581 Vgl. Hof Amsterdam 13 november 2003, nr. 1206/03 SKG.
582 Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 36-37.

rechter over de voorlopige voorziening heeft beslist, ook als daardoor de termijn van tien dagen wordt overschreden. Mocht de president van de rechtbank tot de conclusie komen dat er een goede reden is om de verstrekking van inlichtingen te voorkomen, dan kan hij beslissen dat de inlichtingen pas mogen worden verstrekt nadat de bodemprocedure is afgerond (art. 8:85 Awb).[583]

> De rechtsbescherming bij spontane informatieverstrekking is gekoppeld aan die van de verstrekking van informatie op verzoek. Artikel 7, tweede lid, WIB bepaalt dat degene van wie de inlichtingen afkomstig zijn en die in Nederland woont of is gevestigd, in kennis moet worden gesteld van het besluit de inlichtingen te verstrekken. Bij de kennisgeving wordt een omschrijving van de te verstrekken inlichtingen gegeven en wordt de bevoegde autoriteit aan wie de inlichtingen zullen worden verstrekt vermeld. Artikel 5, derde tot en met vijfde lid, is van overeenkomstige toepassing. De rechtsbescherming bij spontane inlichtingenverstrekking heeft voor problemen gezorgd, toen de staatssecretaris ter uitvoering van onder meer artikel 4 Bijstandsrichtlijn besloot spontaan pensioengegevens aan andere landen te gaan verstrekken.[584]

Voor wie staat de WIB-procedure open? In afwijking van artikel 8:1 Awb (j° art. 1:2 Awb) geldt als belanghebbende in de zin van de WIB uitsluitend degene tot wie de kennisgeving van het besluit is gericht en die in Nederland woont (artikel 5, derde lid). Dat is een formeel en bovendien beperkter begrip dan dat van art. 1:2 Awb. Daarmee wordt beoogd te bereiken dat alleen degene *bij* wie de inlichtingen werden opgevraagd, beroep kan instellen. Deze persoon moet bovendien in Nederland wonen of zijn gevestigd.[585] Voor degenen *over* wie gegevens worden gevraagd, bijvoorbeeld de genieter van de rente- en dividendopbrengsten waarover de bank informatie heeft verstrekt, staat als zodanig geen beroep open. Voor hen resteert de burgerlijke rechter of een procedure in de forumstaat.[586]

De ratio van de rechtsbeschermingsregeling ligt – zo stelt de regering – in het waarborgen dat de aan het buitenland te verstrekken informatie zo veel mogelijk op juistheid berust. Daarvoor is nodig dat degene van wie de inlichtingen afkomstig zijn voorafgaande aan die verstrekking onjuistheden in die gegevens kan rechtzetten. Bedoeld is rechtsbescherming te bieden aan degenen die daartoe het meest aangewezen zijn.[587] Op deze opvatting is kritiek mogelijk. Vooreerst zie ik niet in hoe een (rechts)persoon de gegevens op juistheid moet controleren, als die niet noodzakelijk op hem betrekking hebben. Bovendien ligt het mijns inziens voor de hand om, wanneer het besluit aanknoopt bij de *verstrekking* van de gegevens aan de buitenlandse autoriteiten, niet als belanghebbende aan te merken degene van de gegevens afkomstig zijn, maar juist degene op wie de gegevens betrekking hebben.

---

583 Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 37.
584 Brief van 2 januari 1992 (AFZ 91/9677), opgenomen in: Milders (1992).
585 Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 45.
586 Kamerstukken II 2001/02, 28 034, A, p. 15; Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 11 en 36; Vrolijk (1993), p. 88.
587 Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 44.

Het belang van de eerste lijkt me meer indirect. Zijn belangen zijn op directere wijze aan de orde, wanneer bij hem gegevens worden opgevraagd of bij hem onderzoek wordt verricht. Die besluiten zijn echter, zo zagen we zojuist, niet appellabel.

> Over de omschrijving van het WIB-belanghebbendebegrip is veel te doen geweest. Oorspronkelijk beoogde de regering met de rechtsbeschermingregeling zeker niet alleen een controle op de juistheid van de gegevens, maar juist ook het bieden van de mogelijkheid voor burgers en bedrijfsleven om in een internationale context hun maatschappelijke, financiële en economische belangen te beschermen, vooral omdat de Nederlandse autoriteiten daarvoor onvoldoende zicht op de (achterliggende) feiten zouden kunnen hebben.[588] Daarbij paste een ruim belanghebbendebegrip. In de ogen van de minister was de aanwezigheid van weigeringsgronden en een internationaal ambtsgeheim niet voldoende om de belangen van de burger te beschermen, juist omdat de overheid niet altijd kan overzien of wezenlijke belangen van een individu of onderneming in het geding zijn.[589]
>
> De ruime door de regering voorgestelde regeling is nadien in het kader van een effectieve fraudebestrijding ingeperkt. Amendementen van de kamerleden De Grave en Kombrink zorgden er (onder meer) voor dat beroep alleen nog kon worden ingesteld door 'degene te wiens aanzien een verzoek om inlichtingen is gedaan'.[590]
>
> Na de inwerkingtreding van de WIB ontstond door de inwerkingtreding van de nieuwe Awb en het daarin opgenomen ruimere belanghebbendebegrip opnieuw onduidelijkheid. In enkele rechterlijke uitspraken werd de beperkte interpretatie in de WIB verlaten en aangeknoopt bij het ruimere belanghebbendebegrip, zoals dit in artikel 1:2 Awb werd gedefinieerd.[591] Mede om deze reden werd de WIB in 2001 aangepast.[592]
>
> De nieuwe invulling van het belanghebbendebegrip kan ook verklaren waarom de mogelijkheid van beroep tegen het besluit tot doorleiding van reeds verstrekte gegevens op basis van art. 15 (oud) WIB is afgeschaft. Voor zo'n procedure is geen aanleiding meer als de juistheid van de verstrekte gegevens reeds is gecontroleerd. Het feit dat oorspronkelijk ook dit besluit appellabel was, toont evenwel aan dat men oorspronkelijk van een ruimer belanghebbendenbegrip uitging.

Op de hoofdregels van artikel 5 WIB is een aantal uitzonderingen mogelijk. Allereerst kunnen verdragen of communautaire regelingen ter zake beperkingen bevatten. Bovendien wordt in de WIB zelf een tweetal beperkingen geformuleerd op zowel de plicht tot kennisgeving als de schorsing van de uitvoering van het verzoek. Als dringende redenen daartoe aanleiding geven hoeft de uitvoering van het verzoek

588 Kamerstukken II 1984/85, 18 852, nr. 6, p. 11.
589 Kamerstukken II 1984/85, 18 852, nr. 9, p. 12.
590 Kamerstukken II 1985/86, 18 852, nrs. 11-14.
591 Vgl. Hertogs & De Bont (1994), p. 197; Kamerstukken II 2001/02, 28 034, A, p. 15.
592 Hierover Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 36.

niet te worden opgeschort tot tien dagen na dagtekening van de kennisgeving (art. 5, vierde lid, WIB). Bovendien kunnen *diezelfde* dringende redenen ertoe aanleiding geven, dat – in afwijking van artikel 3:40 Awb, dat voorschrijft dat een besluit niet in werking treedt voordat het bekend is gemaakt – aan het verzoek uitvoering wordt gegeven voordat degene van wie de inlichtingen afkomstig zijn, daarvan in kennis is gesteld. Kennisgeving vindt dan zo spoedig mogelijk plaats, doch uiterlijk binnen vier maanden na het begin van uitvoering van het verzoek (art. 5, vijfde lid, WIB).

Het is uiteraard de vraag wanneer er sprake is van dringende redenen. Daaronder blijkt onder meer te moeten worden verstaan een vermoeden van ernstige internationale fraude en de vrees dat zonder een snelle verstrekking bewijsmateriaal zal verdwijnen.[593] De term 'ernstige internationale fraude' werd echter tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel afgezwakt tot 'fraude', waarbij dit begrip werd omschreven als een strafbaar feit dat in onze rechtsorde en in die van ons omringende landen als een ernstig vergrijp wordt aangemerkt. Het was volgens de staatssecretaris niet de bedoeling elk wissewasje als dringende reden aan te merken.[594] De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelde dat uit de parlementaire geschiedenis genoegzaam kan worden opgemaakt dat in vermoedelijke belastingfraude een dringende reden gelegen kan zijn een kennisgeving op te schorten.[595] Het hoeft niet *per se* te gaan om een *lopende* strafzaak om van een dringende reden sprake te kunnen zijn.[596] Bovendien levert niet alleen een dreigende of lopende strafzaak een dringende reden op. In het Voorschrift worden ook als dringende redenen genoemd een dreigende termijnoverschrijding en door de betrokkene zelf veroorzaakte onduidelijkheid met betrekking tot de vraag in welk land de te onderzoeken boekhouding of administratie zich bevindt (§ 7.2.5).

3.5.3.2 De Belastingdienst als verzoekende instantie

De situatie waarin de Nederlandse Belastingdienst verzoekende partij is, komt in de WIB nauwelijks aan bod. Voor die gevallen bevat de wet slechts enige bepalingen over geheimhouding en over het optreden van Nederlandse ambtenaren in het buitenland. In het onderstaande ga ik kort in op de positie van de fiscus (en de Nederlandse belastingrechter) als ontvangende partij. Daarbij kan ik deels verwijzen naar de regels over de financiële bijstand. Op een aantal punten wijkt de fiscale regeling echter af. Vanuit het perspectief van de fiscus als verzoekende partij zijn vooral de volgende vragen interessant:

1. waarvoor mag de fiscus naar Nederlands recht bijstand vragen;
2. wat mag hij in dergelijke gevallen vragen;
3. waarvoor mag hij de ontvangen gegevens gebruiken?

---

593 Kamerstukken II 1984/85, 18 852, nr. 9, p. 11.
594 Handelingen II 1985/86, p. 3463-3464.
595 Vgl. ABRvS 24 juli 1991, VN 1991/2476.
596 Vgl. ABRvS 10 april 2002, AB 2004, 99.

NEDERLAND

De positie van de fiscus in het internationale verkeer is – zeker op het terrein van dit onderzoek – gecompliceerder dan die van de AFM in het financiële toezicht. Dat bijstandsverzoeken kunnen worden gedaan in het kader van de gehele bestuursrechtelijke handhaving staat buiten kijf. Maar de fiscus vervult ook opsporingstaken. Mogen daarvoor bijstandsverzoeken worden gedaan? Dat is verdedigbaar. Naar Nederlands recht valt de fiscale opsporing immers onder de uitvoering van de belastingwet en past een dergelijk verzoek daarom in de taakuitvoering van de fiscus. Bovendien omvat de reikwijdte van de fiscale bijstand inmiddels ook (het begin van) de opsporing.[597] Toch lijkt een strafrechtelijk gebruik van de bijstand mij onaanvaardbaar. Dat zou allereerst kunnen worden afgeleid uit § 4.1 Voorschrift, waar is te lezen dat een verzoek om bijstand kan worden gedaan in verband met de 'vaststelling van de belastingschuld', wat een strafrechtelijk gebruik lijkt uit te sluiten. Daartegen zou echter kunnen worden ingebracht dat dergelijke verzoeken *mede* de opsporing zouden kunnen dienen. Is dat dan mogelijk? Ook deze vraag kan niet, althans niet zonder meer, bevestigend worden beantwoord. Belangrijk vind ik vooral het argument dat de WIB in art. 15 WIB een beperkter reikwijdte geeft aan de fiscale geheimhoudingsplicht dan art. 67 AWR en, net als art. 1:90 Wft, toestemming vereist van de verstrekkende staat. Daar komt *in fiscalibus* nog een argument bij. Het gebruiken van de bijstand voor opsporingsdoeleinden zou neerkomen op een *détournement de procedure*. Voor het opsporingsonderzoek gelden speciale regels, die ik hieronder nog bespreek en waarin de rol en invloed van de Belastingdienst/FIOD-ECD als opsporingsdienst, zeker in fiscale strafzaken doelbewust is teruggedrongen.[598] In de praktijk blijkt echter de bijstand wel degelijk als kanaal voor opsporingsdoeleinden te worden gebruikt, zolang de samenwerking zich beperkt tot het verstrekken van al voorhanden zijnde gegevens.[599] Dat veronderstelt de voorafgaande toestemming van de verstrekkende autoriteit.

De volgende vraag is wat er in het kader van de bijstand precies van het buitenland kan worden verlangd. Hier is de fiscale bijstand aanmerkelijk beperkter dan de financiële. Dat komt mede door de aanwezigheid van de vele weigeringsgronden waardoor de fiscale bijstand zich kenmerkt. Zo moet in overeenstemming met art. 2, lid 1, Richtlijn 77/799 de Belastingdienst in beginsel eerst trachten zelf de gegevens te verkrijgen. Bovendien kan het wederkerigheidsbeginsel aan het doen van een bijstandsverzoek in de weg staan (§ 4.3 Voorschrift). De ratio van het beginsel is immers dat de fiscus niet meer aan het buitenland kan vragen, dan hij zelf zou kunnen krijgen. Diens bevoegdheden mogen niet indirect worden uitgebreid.[600] Of dergelijke situaties zich voordoen, wordt getoetst door de FIOD/ECD Internationaal langs wie alle uitgaande verzoeken moeten worden geleid.

Voor wat betreft de toepassing van het subsidiariteitsvereiste is van belang dat in de resolutie van de staatssecretaris van Financiën van 12 augustus 1985 werd

597 *Supra* hoofdstuk 2.3.3.2.
598 *Infra* paragrafen 3.5.3.3 en 3.5.4.2, onder A.
599 Zie *infra* paragraaf 3.5.3.3.
600 Kamerstukken II 1984/85, 18 852, nr. 6, p. 10.

> bepaald dat artikel 47 AWR ook extraterritoriale werking heeft, wanneer het gaat om een Nederlands lichaam dat een meerderheidsbelang heeft in een buitenlands lichaam. De extraterritoriale werking van artikel 47 AWR zal dus – in tegenstelling tot artikel 47a AWR – de noodzaak terugdringen om de aldaar bedoelde inlichtingen via de bijstand te verkrijgen.[601]

De bovengrens wordt bij uitgaande verzoeken dus overschreden als meer informatie moet worden gevraagd dan nodig zou zijn geweest voor de eigen belastingheffing; de ondergrens wanneer wordt gevraagd om handelingen die men zelf niet zou kunnen verrichten. Hierboven kwam al aan de orde dat de AWR in dit opzicht weinig beperkingen stelt. Een (schaars) voorbeeld is de beperking die artikel 53a AWR ten aanzien van verschoningsgerechtigden oplegt. Een voorbeeld van een bestaande administratieve praktijk die een belemmering zou kunnen opleveren is het Voorschrift informatie fiscus/banken 2002. Op basis van dit voorschrift moet de Belastingdienst zich eerst tot de belastingplichtige wenden, alvorens een bank als derde te kunnen benaderen.[602] Ook in internationale verhoudingen zal men zich in beginsel niet – via de bevoegde autoriteit – tot buitenlandse banken mogen wenden (als deze al informatie verstrekken), maar zal men eerst de belastingplichtige zelf moeten benaderen. Van belang in relatie tot banken is bovendien dat het verzoek, anders dan in de innerstatelijke situatie, voorts individuele gevallen moet betreffen. *Fishing expeditions* zijn niet toegestaan (§ 4.1 Voorschrift).

> Ten overvloede, een verzoek om toepassing van opsporingsbevoegdheden via de bijstand acht ik uit den boze. Dat vloeit voort uit het feit dat de bijstand niet *primair* voor opsporingsdoeleinden mag worden gebruikt. Art. 15 WIB staat dat, anders dan art. 67 AWR, niet toe.[603] Het feit dat een bijstandsverzoek *mede* strafrechtelijke doeleinden kan dienen, omdat een aangezochte partij eventueel direct toestemming voor doelafwending (lees: strafvorderlijk gebruik) kan verlenen, betekent nog niet dat de bevoegdheden die voor dat *secundaire*, afgeleide doel beschikbaar zijn, mogen worden verlangd ter uitvoering van een bijstandsverzoek.[604] Verzoeken om toepassing van opsporingsbevoegdheden komen daarom neer op een *détournement de procédure*.

---

601 Hierover *supra* paragraaf 3.3.3.1, onder A.

602 Vgl. Wisselink (1996), p. 61.

603 Overigens lijkt ook in de innerstatelijke situatie de vraag of opsporingsbevoegdheden mede mogen worden gebruikt voor controledoeleinden een meer omstreden kwestie dan het omgekeerde geval waarin controlebevoegdheden mede worden gebruikt voor opsporingsdoeleinden. Dat hangt samen met de opvatting dat opsporingsbevoegdheden doorgaans als 'zwaarder' worden beschouwd, zodat de opvatting dat 'wie het meerdere mag, ook het mindere mag' voor het tweede geval wel, maar voor het eerste geval niet opgaat, en met de koppeling aan het verdenkingsbegrip van art. 27 Sv dat *in fiscalibus* niet geldt; vgl. Wattel (1989), p. 321 e.v.

604 Vgl. ook Swart (2002), p. 456-457. Koers (2001), p. 255 e.v., lijkt een andere mening toegedaan. Hij bespreekt echter de douanesamenwerking. Daarvoor gelden andere voorschriften. Onder meer is de WIB dan niet van toepassing.

NEDERLAND

Op basis van artikel 12 van de WIB kan de FIOD-ECD Internationaal een ambtenaar van de Belastingdienst aanwijzen om aanwezig te zijn bij een onderzoek in een andere staat, dat door of vanwege de bevoegde autoriteit van die staat wordt ingesteld, in het kader van het verstrekken van inlichtingen aan Nederland. Art. 12 WIB geeft samen met art. 9 WIB uitvoering aan onder meer art. 6 (j° art. 9) Bijstandsrichtlijn.[605] Op basis van deze bepalingen kunnen staten afspreken elkaars ambtenaren bij een onderzoek aanwezig te laten zijn. Beide artikelen vormen niet meer dan een raamwerk. Voor een daadwerkelijk onderzoek in den vreemde zijn aanvullende bi- of multilaterale afspraken vereist.

De WIB bevat geen rechtsbeschermingsprocedures voor de situatie waarin Nederland verzoekende partij is. Rechtsbescherming staat in die gevallen open bij de burgerlijke rechter of eventueel in het buitenland. Daarnaast is het mogelijk dat na ontvangst van de gegevens uit het buitenland in een rechterlijke procedure aspecten van de internationale samenwerking aan de orde komen. Een zeer groot probleem hierbij – dat overigens niet alleen in de fiscale bijstand, maar ook in de financiële bijstand en de strafrechtelijke rechtshulp speelt – is het feit dat het in de regel niet mogelijk zal zijn voor de belasting- of administratieplichtige om te beoordelen of de gegevens op rechtmatige wijze zijn verkregen door de buitenlandse fiscus. Thans hanteert men het uitgangspunt dat alle handelingen door de buitenlandse administratie rechtmatig zijn verricht en dat onrechtmatigheden via de locale buitenlandse beroepsmogelijkheden aangevochten moeten worden.[606]

> Een treffend voorbeeld hiervan levert de KB Lux-affaire.[607] In deze zaak, die duizenden rekeninghouders in België, Nederland en Duitsland betrof, kwamen met schending van het Luxemburgse bankgeheim (door oud-medewerkers) van KB Lux gegevens over mogelijk niet betaalde belasting over rente op spaargelden via de wederzijdse administratieve bijstand in handen van de Nederlandse autoriteiten. Naar aanleiding daarvan werd een draaiboek opgesteld en werden tal van fiscale straf- en boetezaken gestart. In vrijwel al deze zaken was een van hoofdpunten het gebruik door de Nederlandse autoriteiten van het materiaal dat niet alleen met schending van het bankgeheim was verkregen, maar waarvan bovendien de Belgische autoriteiten de herkomst niet meer konden verantwoorden. Dat laatste leidde in België tot een gevoelige tik op de vingers van het fiscale en justitiële apparaat door de rechterlijke macht. In Nederland lijken de rechters echter minder moeite te hebben met het gebruik van de gegevens. Telkens wordt de internationale vertrouwensregel tot uitgangspunt verheven. Een treffend voorbeeld hiervan levert het volgende citaat: '5.1.2. De Nederlandse rechter is in beginsel niet gehouden te onderzoeken of de gegevens door de Belgische autoriteiten rechtmatig waren verkregen. De rechter mag er immers op vertrouwen dat een bij het EVRM aangesloten staat de hem toegekende opsporingsbevoegdheden in overeenstemming met de verdedigingsrechten,

605 § 5.6.3 Voorschrift; Commentaar WIB, aant. 1 bij art. 12 (suppl. 249).
606 Daniels (1990), p. 129.
607 Hierover onder meer Van Kempen & De Rijke (2003), p. 1497-1504; Wijsman & Van Aalst (2003), p. 832 e.v.; Valkenburg (2004), p. 48-52; Van Hoek & Luchtman (2005).

neergelegd in het EVRM, zal uitoefenen. Dit is slechts anders indien er sterke aanwijzingen zijn dat die verdragsnormen zijn geschonden en wel zodanig dat door een mogelijk gebrek in de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek belanghebbende is geschaad in een belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen.'[608] Op deze rechtspraak ga ik verder in paragraaf 3.5.4.2, onder D, in.

3.5.3.3 Politiële samenwerking; de bijzondere positie van de FIOD-ECD

Enige aanvullende opmerkingen over de positie van de Belastingdienst/FIOD-ECD zijn op zijn plaats. Ik behandel de te onderscheiden posities als aangezochte en ontvangende partij gezamenlijk. We zagen hiervoor al dat de FIOD-ECD Internationaal te Amsterdam de bevoegde autoriteit is op het gebied van de wederzijdse administratieve bijstand. Een apart onderdeel van de FIOD-ECD Internationaal, namelijk het Team Internationale Opsporingssamenwerking (TIOS), houdt zich bezig met internationale strafrechtelijke samenwerking. Het TIOS vervult een loketfunctie voor de andere onderdelen en is een kenniscentrum op het gebied van de internationale opsporing. Opnieuw stuiten we hier op een cumulatie van sferen. Die doet zich thans niet zozeer voor bij de vraag in hoeverre de wederzijdse bijstand mag worden gebruikt voor opsporingsdoeleinden, maar bij de vraag of de FIOD/ECD (TIOS) van de strafrechtelijke samenwerking gebruik kan maken. Beschikt ze ook in het kader van de transnationale samenwerking over meerdere petten? Deze vraag moet inderdaad *in beginsel* positief worden beantwoord: de FIOD/ECD is ook bevoegde autoriteit op het gebied van de politiële samenwerking.[609] Ze kan daartoe gebruik maken van de regels die bijvoorbeeld de Schengen Uitvoeringsovereenkomst (art. 39 e.v.) bieden.

Echter, hierbij geldt een aantal belangrijke beperkingen voor de *fiscale* delicten. Deze hangen samen met de geheimhoudingsplicht van art. 67 AWR enerzijds en de zorg voor een omzeiling van de waarborgen van de rechtshulp anderzijds. Beide factoren hebben ertoe geleid dat fiscale strafzaken altijd worden doorgeleid naar de officier van justitie. Deze is namelijk, zo zal hieronder nog blijken, de centrale Nederlandse autoriteit in het rechtshulpverkeer (art. 552i Sv).[610] In fiscale strafzaken wordt dus geen gebruik gemaakt van de politiële rechtshulp; in voorkomend geval moet het verzoek worden doorgeleid aan het OM. Dat geldt zowel voor het

608 Hof Amsterdam (belastingkamer) 18 januari 2006, nr. 03/04509, LJN AU9845.

609 Daarover ook Joubert & Bevers (1996), p. 490; Koers (2001), p. 32; Dane (2001), p. 108.

610 Zie ook de Richtlijn inzake de toepassing van artikel 552i WvSv door het OM en de informatieverstrekking door de politie in het kader van de wederzijdse rechtshulp in strafzaken, Stcrt. 1994, 242 en 2000, 43.
Er is discussie mogelijk over de vraag of ook de bepalingen inzake de politiële samenwerking uit de Wet politieregisters en het daarop gebaseerde Besluit PolR op de FIOD/ECD van toepassing zijn. Dezelfde vraag kan worden gesteld voor wat betreft het wetsvoorstel politieregisters. Waar deze wetten doorgaans alleen betrekking hebben op de reguliere politie (*supra* paragraaf 3.4.2, onder E), zullen deze regels niet van toepassing zijn; voor de FIOD/ECD geldt de Wbp.

binnenkomende als uitgaande verkeer. Het Landelijk Internationaal Rechtshulpcentrum (LIRC) te Zoetermeer is daarvoor het internationale OM-loket voor de FIOD-ECD. Vanaf dat moment gelden de normale, hieronder nog te bespreken procedures op het gebied van de wederzijdse rechtshulp. Onderzoeksbevoegdheden kunnen dus door de FIOD/ECD niet worden toegepast. Dat vloeit overigens voor de Schengensamenwerking ook al voort uit de daarvoor geldende regels (art. 39 SUO), maar deze regels worden ook gehanteerd in het kader van de samenwerking via bijvoorbeeld Interpol.

> In de economische strafzaken waarmee de FIOD-ECD te maken heeft, kan wel gebruik worden gemaakt van de politiële samenwerking, uiteraard onder de bekende voorwaarden, die onder meer zijn neergelegd in de Schengenovereenkomst (onder meer 'police use only'). Het fiscale ambtsgeheim is hier geen belemmering voor verstrekking. Om zicht te houden op dit informatieverkeer heeft het TIOS een liaison bij het Korps Landelijke Politiediensten die de verzoeken in economische strafzaken in ontvangst neemt en kan afhandelen. Uiteraard kan deze persoon ook de speciale procedure voor de fiscale delicten in gang zetten. Zo houdt het TIOS controle op het politiële gegevensverkeer.

Kortom, samenwerking in fiscale strafzaken heeft altijd plaats met tussenkomst van de officier van justitie (Functioneel Parket) en eventueel de rechter-commissaris. Vanwege de expertise van de FIOD-ECD ligt het wel in de rede dat deze bij de feitelijke uitvoering van rechtshulpverzoeken nauw betrokken is. Aldus geschiedt dan ook in de praktijk.[611] Met inachtneming van de zojuist beschreven procedures kunnen – in opdracht van officier of rechter-commissaris (vgl. art. 177 Sv) – dus toch onderzoekshandelingen worden verricht.[612] Controlebevoegdheden mogen dan niet worden toegepast,[613] maar de verstrekking van reeds voorhanden controle-informatie is wel mogelijk.[614]

Hoewel hiermee duidelijke procedureafspraken gelden in het kader van de strafrechtelijke samenwerking, waarbij het gezag van het OM ontegenzeggelijk is benadrukt, is zeker niet iedere onduidelijkheid opgelost. Opnieuw wil ik hier benadrukken dat de fiscale bijstand allang niet meer is beperkt tot de louter 'fiscale' vragen; via de bijstand wordt inmiddels wel degelijk voor opsporingsdoeleinden samengewerkt. In de relatie tot Zwitserland dreigt de bijstand zelfs uit te groeien tot een volwaardig alternatief voor de rechtshulp.[615] Daarbij komt dat in de praktijk de Belastingdienst en het OM nauw samenwerken. De ATV-richtlijnen zijn daarvan het levende bewijs.[616] Het moet niet worden uitgesloten dat de mogelijkheden tot samenwerking in internationaal verband een factor van invloed kunnen zijn bij de keuze voor bestuurlijke of strafrechtelijke afdoening en daarmee ook voor de

611 Dane (2001), p. 101.
612 Daarover paragraaf 3.5.4.1, onder B.
613 Kamerstukken II 1991/92, 22 142, nr. 6, p. 27; nr. 8, p. 11; Sjöcrona (1990), p. 133-134.
614 Een uitzondering op deze regel is te vinden in artikel 13c, vierde lid, Wpolr.
615 Daarover hoofdstuk 2.3.3.1 en 5.5.3.1, onder A.
616 *Supra* paragraaf 3.2.2.3 en 3.2.2.4.

competenties van de bevoegde autoriteiten, de te volgen procedures en de corresponderende rechten en plichten van justitiabelen in internationaal verband. Ook indirect – na tussenkomst van het OM – beschikt de fiscus dus over meerdere petten (bijstand én rechtshulp), ook in transnationaal verband.

> Overigens, voor wat betreft de economische delicten geldt (uiteraard!) dat van de fiscale bijstand geen gebruik kan worden gemaakt. Een fiscaal heffingsbelang is dan afwezig. De FIOD-ECD is ook geen bevoegde autoriteit in de financiële bijstand; dat is de AFM. Kortom, voor de economische criminaliteit resteren de strafrechtelijke kanalen (politiële samenwerking of – na tussenkomst van het OM – de rechtshulp).

3.5.4 Het Openbaar Ministerie

Het OM is, samen met de rechter-commissaris, bevoegde autoriteit in het kader van de wederzijdse rechtshulp (art. 24 ERV). Het is niet bevoegd tot het indienen van bijstandsverzoeken. In deze paragraaf onderzoek ik de Nederlandse regels die uitvoering geven aan de rechtshulpverplichtingen die Nederland op zich heeft genomen. Daarbij ga ik vooral in op de verhoudingen met de administratieve bijstand. Centraal staan daarom opnieuw de vragen a) wat – naar Nederlands recht – precies onder een rechtshulpverzoek wordt verstaan, b) of zo'n verzoek *ook* bestuurlijke, al dan niet punitieve doeleinden kan dienen, als deze niet onder die definitie vallen, c) wat er precies ter uitvoering van een rechtshulpverzoek mogelijk is, en d) waarvoor de verstrekte gegevens en documenten eventueel nadien mogen worden gebruikt. Op deze wijze kan in kaart worden gebracht op welke wijze Nederland, in het kader van zijn rechtshulpverplichtingen, rekening houdt en wenst te houden met mogelijke verschillen in de inrichting van de rechtshandhaving in andere staten.

3.5.4.1 Het OM als aangezochte partij

A) Rechtsbronnen en omvang van de plicht tot samenwerking

De Nederlandse regels op het gebied van de wederzijdse rechtshulp in strafzaken zijn te vinden in de Titels X en XI van Boek 4 van het Wetboek van Strafvordering. De art. 552h–552qe (Titel X) bevatten de 'klassieke' regels inzake de wederzijdse rechtshulp, gebaseerd op het ERV 1959, terwijl de art. 552jj–552vv Sv (Titel XI) zien op rechtshulpverplichtingen ter zake van de nieuwe Europese instrumenten die zijn gebaseerd op het beginsel van wederzijdse erkenning, waarbij het momenteel alleen gaat om het Europese bevriezingsbevel. Titel X is de centrale Nederlandse rechtshulpregeling. Tenzij er een bijzondere regeling voorhanden is,[617] normeert deze titel met exclusieve werking de handelingen van Nederlandse autoriteiten in het kader van de rechtshulpverlening.[618] Dat blijkt uit de formulering van art. 552h, lid 1, Sv waarin staat: 'De navolgende artikelen van deze titel zijn van toepassing op

617 Bijvoorbeeld de Wet en het Besluit politieregisters.
618 Vgl. Sjöcrona (1990), p. 10.

verzoeken om rechtshulp door autoriteiten van een vreemde staat *in verband met een strafzaak gedaan*, en gericht tot een al dan niet met name aangeduid orgaan van de justitie of de politie in Nederland, voor zover in de afdoening niet is voorzien in het bepaalde bij of krachtens andere wetten [cursivering ML].' In de regel wordt de aanwezigheid van een verdrag voor het verlenen van rechtshulp niet vereist. Dat is in bepaalde gevallen anders, bijvoorbeeld voor de fiscale delicten (art. 552m, derde lid, Sv) en wanneer dwangmiddelen en/of bijzondere opsporingsmethoden moeten worden toegepast (art. 552n–552oa Sv).

> Met het voorgaande hangt samen dat in artikel 552k, tweede lid, Sv is bepaald dat het verlenen van wederzijdse rechtshulp achterwege moet blijven – zowel bij niet-verdragsgebonden, als bij verdragsgebonden verzoeken waarbij het verdrag *niet* tot inwilliging verplicht – als de inwilliging van het verzoek in strijd komt met een wettelijk voorschrift of een aanwijzing van de minister van Justitie. Onder een wettelijk voorschrift worden daarbij de bepalingen van Titel X verstaan, alsmede de bepalingen van commune strafvordering waarnaar deze titel verwijst.

De exclusieve werking van Boek 4, Titel X Sv impliceert dat wanneer een andere weg wordt gevolgd, bijvoorbeeld die van de wederzijdse bijstand, er sprake is van *détournement de procédure*. Immers, men volgt de ene procedure, waar eigenlijk de andere had moeten worden gevolgd. Dit levert een extra argument op voor de stelling dat bijstandsverzoeken geen strafvorderlijke doeleinden mogen dienen. Men omzeilt dan mogelijk de waarborgen van de rechtshulp.

> Bezien tegen het voorgaande, kunnen er vraagtekens worden geplaatst bij de houdbaarheid van de fiscale praktijk waarin de bijstand wel degelijk voor opsporingsdoeleinden wordt gebruikt, ook al beperkt deze zich tot het verstrekken van 'kantoorinformatie'. Die twijfels zijn in ieder geval gerechtvaardigd vanaf het moment dat sprake is van een 'strafzaak', als bedoeld in art. 552h Sv. De moeilijkheid is uiteraard dat er over dit begrip verschillend kan worden gedacht. We zagen hierboven dat dit begrip in Nederland (nog) wordt gekoppeld aan een redelijke verdenking, maar is dat ook zo in andere landen? Vooral in de voorfase van het strafrechtelijke onderzoek is de bijstand een aantrekkelijk alternatief. Inderdaad zet de WIB Afdeling 1 van Titel X niet zozeer *de iure* opzij, maar (soms) wel *de facto*.[619] Een ander probleem bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van *détournement*, levert de omstandigheid dat vooral *in fiscalibus* een en hetzelfde verzoek meerdere doeleinden dienen kan (*pluralité des buts*). Is er ook sprake van *détournement de procédure*, als een bijstandsverzoek zowel heffings- als strafrechtelijke doeleinden dient? Hierboven ging ik uitvoerig op dit probleem in. Daar bleek dat de betrokken autoriteiten ter zake een behoorlijke marge hebben (vgl. paragraaf 3.5.3.1, onder A).

619 De Groot (2005), aant. 7 bij art. 552h Sv, in: T&C Sv (2005).

Constitutief voor de toepasselijkheid van Titel X is in de eerste plaats de aanwezigheid van een verzoek uit het buitenland. Het verlenen van rechtshulp uit eigen beweging kan niet op Titel X worden gebaseerd.[620] Kennelijk heeft men hier art. 7 van de EU-rechtshulpovereenkomst over het hoofd gezien, dat wel degelijk over spontane rechtshulp gaat.[621] Het verzoek moet verder zijn gedaan in verband met een 'strafzaak'. Dat begrip wordt echter niet nader gedefinieerd. In de literatuur is een onderscheid gemaakt tussen materiële en formele aspecten van dit begrip. Het materiële aspect heeft betrekking op de inhoud van het verzoek; op het onderliggende feitencomplex. Hier speelt de problematiek van de dubbele strafbaarheid. In de kleine rechtshulp heeft dit beginsel geen vaste plek verworven. Er kan *in beginsel* van worden uitgegaan dat voor de inwilligbaarheid van het verzoek enkel het recht van de verzoekende staat bepalend is, ongeacht of het gaat om een misdrijf of overtreding en ongeacht de ernst van het vergrijp.[622] Dat is alleen anders bij de toepassing van sommige dwangmiddelen (zie onder).

De formele aspecten van de zaak zijn voor dit onderzoek belangrijker. Art. 552h Sv spreekt over de autoriteiten van een vreemde staat. Daarmee zijn diens justitiële en politiële, maar niet diens administratieve autoriteiten bedoeld. Financiële toezichthouders kunnen niet om rechtshulp verzoeken, ook al gebeurt dit in het kader van de mogelijke oplegging van een punitieve sanctie. Voor sommige bestuurlijke autoriteiten is echter een uitzondering aanvaard. Als tegen de sancties die zij opleggen beroep openstaat op een ook in strafzaken bevoegde rechter, wordt toch rechtshulp verleend (*Ordnungswidrigkeiten*)[623]. Dat is een aanzienlijke tegemoetkoming aan de mogelijke verschillen in de wijze van rechtshandhaving die tussen landen kunnen bestaan. Ze past mijns inziens in de EU, die uitgaat van een systeem van indirecte handhaving. Deze uitbreiding beperkt zich echter tot een beroep op een ook in strafzaken bevoegde rechter.[624] Landen die, net als Nederland, een systeem van bestuurlijke boetes kennen met de mogelijkheid van beroep op de bestuursrechter, kunnen dus geen verzoek indienen op basis van artikel 552h e.v. Sv, ook al gaat het om punitieve sancties (zie ook *infra* paragraaf 3.5.4.2).

Het feit dat het (in beginsel) moet gaan om justitiële of om politiële autoriteiten, kan overigens tot problemen aanleiding geven. Hierboven zagen we dat men *in fiscalibus* geneigd is zuivere schuldvragen als 'strafrechtelijk' te beschouwen, ook al gaat het om fiscale boetes. In dat geval verwijst de FIOD/ECD naar de Nederlandse justitiële autoriteiten (paragraaf 3.5.3.1, onder A). De vraag is echter of de buitenlandse administratieve autoriteit ook bevoegd is rechtshulpverzoeken in te dienen. Dat is niet altijd het geval, in het bijzonder niet, wanneer geen beroep openstaat op een strafrechter. In dat geval komt samenwerking ofwel niet van de

620 Vgl. Haentjens (1997), p. 125; Sjöcrona & Orie (2002), p. 238.
621 De relevante wet bevat ter zake geen voorzieningen; zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 351, nrs. 1-2.
622 Sjöcrona (1990), p. 79-81.
623 Op de rechtsfiguur *Ordnungswidrigkeiten* kom ik nog terug bij mijn bespreking van het Duitse recht; hoofdstuk 4.2.1.4.
624 Vgl. Luchtman (2006).

> grond, of moet de betrokken buitenlandse autoriteit het buitenlandse OM inschakelen, wat de transparantie van het transnationale gegevensverkeer niet bevordert. Toch komt deze werkwijze voor.[625]

De formele aspecten hebben ook betrekking op het stadium waarin de buitenlandse strafzaak zich bevindt.[626] Artikel 552h Sv heeft betrekking op alle fasen van het strafproces: zowel de opsporing, de vervolging en de behandeling ter zitting, als de executiefase vallen er onder. Voor dit onderzoek is echter vooral relevant vanaf welk moment de strafrechtelijke procedure een aanvang neemt. Moet er dan van een redelijke verdenking sprake zijn? Hierboven bleek al dat hierover ook in Nederland de nodige discussies zijn gevoerd (paragraaf 3.2.3.2). Het is niet moeilijk voorstelbaar dat dezelfde discussie in het buitenland speelt. Juist wanneer er in het kader van de fiscale en financiële rechtshandhaving intensief en nauw wordt samengewerkt tussen OM en het bestuur, verliest het verdenkingsbegrip als markering van de aanvang van het strafrechtelijk onderzoek aan belang. Niet voor niets ging ik hierboven uitvoerig in op de mogelijkheden die de wederzijdse bijstand biedt in de voorfase van het strafrechtelijk onderzoek. Die mogelijkheden relativeren tegelijk de betekenis van de rechtshulp en de positie van Afdeling 1 van Titel X als centrale regeling. Dat kan onder meer problematisch zijn vanuit het perspectief van het *nemo-tenetur*beginsel.

Doorgaans wordt de vraag of in formeel en materieel opzicht sprake is van een strafzaak in hoge mate overgelaten aan de verzoekende autoriteit. Daar is veel voor te zeggen. Een beoordeling van diens absolute competentie kan door de Nederlandse autoriteiten enkel marginaal worden getoetst. De vraag *of* een buitenlandse autoriteit terecht actief is geworden, is een kwestie die in eerste instantie de laatste regardeert en in veel mindere mate de aangezochte autoriteit. Datzelfde geldt bijvoorbeeld voor de vraag in welke mate een verzoek aan onderzoek kan bijdragen.[627] Toch is de vraag naar de aanvang van het strafrechtelijk onderzoek voor de aangezochte Nederlandse autoriteit niet van iedere betekenis ontdaan. Hierboven bleek immers dat de verdenkingsvoorwaarde niet alleen een vervolgingsvoorwaarde is, maar ook kan worden opgevat als een uitwerking van het evenredigheidsbeginsel, zeker bij de toepassing van dwangmiddelen of bijzondere opsporingsbevoegdheden.[628] Omdat de Nederlandse autoriteiten zelf, in volle verantwoordelijkheid en bovendien met toepassing van het eigen recht onderzoekshandelingen verrichten (*locus regit actum*), zou kunnen worden betoogd dat de aanwezigheid van een verdenking naar Nederlands recht in dergelijke gevallen wel degelijk moet worden getoetst. In de praktijk gebeurt dit echter niet of althans zeer terughoudend. De *locus* regel wordt formeel toegepast; de inhoud van de zaak wordt in hoofdzaak aan de verzoekende autoriteiten gelaten.

---

625 Voor een voorbeeld zie hoofdstuk 4.5.4.2.
626 Sjöcrona (1990), p. 79.
627 Sjöcrona (1990), p. 290, onder verwijzing naar HR 12 juni 1984, NJ 1985, 173 en 175.
628 Ook bij de vraag of aan het vereiste van dubbele strafbaarheid (art. 552o Sv) is voldaan, is de mate van verdenking relevant; vgl. Baaijens-van Geloven (2001), p. 359.

> Een treffend voorbeeld levert Hof Arnhem 11 juni 1997, NJ 1997, 617, waarin het hof de beslissing van de rechtbank vernietigde, omdat deze had gesteld dat het Franse verzoek om huiszoeking bij een (niet-verdachte) persoon moest worden afgewezen, omdat niet van de noodzaak daartoe was gebleken, zoals artikel 111 (oud) Sv vereiste. Het hof stelde dat artikel 51 SUO daartoe niet de ruimte bood, hoewel dit artikel op zijn beurt verwijst naar het nationale recht. De *locus*regel werd aldus op formele wijze toegepast; tot een inhoudelijke beoordeling van de zaak kwam het niet. Begrijp ik het hof goed, dan komt het tot zijn oordeel, omdat artikel 51 SUO, onder b, rept van de 'execution of letters rogatory'. In de term 'execution' ligt besloten dat het de rechter-commissaris niet meer vrijstond zelf de noodzaak van de huiszoeking te onderzoeken.[629]

Het dragende argument voor deze terughoudendheid wordt gevormd door de interstatelijke vertrouwensregel. Men gaat ervan uit dat de inhoudelijke aspecten van de zaak, waaronder de noodzaak van een gevraagde handeling, al getoetst is door de buitenlandse, justitiële autoriteit. Bovendien worden zo lastige problemen voor de Nederlandse autoriteit, die zich moet inwerken in het buitenlandse onderzoek en recht, vermeden.[630]

> Ook paragraaf 1.9.3 van de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden stelt de vertrouwensregel voorop, doordat wordt bepaald dat voor de vraag of uitvoering kan worden gegeven aan een in het kader van een buitenlands opsporingsonderzoek aan Nederland gedaan rechtshulpverzoek, niet het gehele buitenlandse opsporingsonderzoek in die beoordeling dient te worden betrokken, maar uitsluitend de activiteiten die op Nederlands grondgebied in het kader van rechtshulp dienen te worden uitgevoerd.[631]

Echter, de vraag die in dit verband kan worden gesteld – en die door de praktijk niet beantwoord wordt – is of de verzoekende autoriteit wel hetzelfde heeft getoetst, als wat in Nederland wordt voorgeschreven. Orie heeft dit probleem omschreven als de systeembreuk in de kleine rechtshulp, waardoor de verdachte (net als derden overigens) mogelijk tussen de wal en het schip vallen.[632] Is door de buitenlandse autoriteiten bijvoorbeeld ook getoetst of een verdenking aanwezig is? Die vraag laat de vertrouwensregel onbeantwoord. Zeker wanneer ook aan administratieve autoriteiten rechtshulp wordt verleend, zoals nu mogelijk is bij de *Ord-*

---

629 Hierover ook Koers (2001), p. 299.

630 Daarover onder meer Koers (2001), p. 458-480; Swart (2002), p. 445 e.v. en p. 520-521; Sjöcrona & Orie (2002), p. 206-208; Klip/Swart/Van der Wilt, par I.5.1, aant. 4 (Van der Wilt); Van Hoek & Luchtman (2005).

631 Terecht vullen Sjöcrona en De Groot, onder verwijzing naar HR 8 februari 2000, NJ2000, 538, hier op aan dat deze benadering niet in de weg kan staan aan een toetsing van de proportionaliteit en subsidiariteit; De Groot (2005), aant. 2 bij art. 552oa Sv, in: T&C Sv (2005).

632 Orie (1983); Klip/Swart/Van der Wilt, par I.5.1 (Van der Wilt); Sjöcrona & Orie (2002), p. 213-215; Van Hoek & Luchtman (2005).

nungswidrigkeiten,[633] lijkt me dit een punt van belang. Ik laat het vooralsnog even rusten.[634] We zullen namelijk nog zien dat het probleem niet alleen speelt in Nederland.

Handelingen van rechtshulp

De handelingen die bij toepasselijkheid van Titel X kunnen worden verricht, staan op niet-limitatieve wijze[635] omschreven in artikel 552h, tweede lid, Sv: 'Als verzoeken om rechtshulp worden aangemerkt verzoeken tot het al dan niet gezamenlijk verrichten van handelingen van onderzoek of het verlenen van medewerking daaraan, het toezenden van documenten, dossiers of stukken van overtuiging of het geven van inlichtingen, danwel het betekenen of uitreiken van stukken of het doen van aanzeggingen of mededelingen aan derden.' Onlangs zijn deze handelingen, en zeker ook de 'handelingen van onderzoek', door de uitvoeringswetten van de EU-rechtshulpovereenkomst[636] en bijbehorend Protocol[637] aanzienlijk uitgebreid. Sindsdien kent de Nederlandse wet bijvoorbeeld ook een regeling voor de gezamenlijke onderzoeksteams (art. 552qa–552qe Sv), die eigenlijk niet meer kwalificeren als rechtshulp in de zin van Afdeling 1. Daarom zijn ze ook in een aparte Afdeling van Titel X geplaatst.[638] Ook de hierboven al ten dele besproken wet Vorderen gegevens leidde tot een uitbreiding van het aantal mogelijke rechtshulphandelingen. Ten slotte moet worden vermeld dat er sinds 1 augustus 2005 nationale uitvoeringsregels bestaan ter uitvoering van het Europese bevriezingsbevel (552jj–552vv Sv), dat op termijn zal worden vervangen door het Europese bewijsverkrijgingsbevel. Wanneer voor de bevriezing (inbeslagneming) aanvullende dwangmiddelen nodig zijn, geldt de 'klassieke' procedure van art. 552o Sv.[639] Bovendien is voor de uiteindelijke overdracht van de aldus verkregen bewijsstukken nog steeds een 'klassiek', op het ERV gebaseerd rechtshulpverzoek nodig.

Weigeringsgronden

Zeker aan een op een verdrag gegrond verzoek wordt dus zoveel mogelijk uitvoering gegeven (art. 552k, lid 1, Sv). Dat geldt ook voor de situaties waarin het feit naar Nederlands recht niet strafbaar is of wanneer voor dat feit in het buitenland een bestuurlijke autoriteit belast is, voor zover het althans gaat om *Ordnungswidrigkeiten*. Het kan echter voorkomen dat ondanks de toepasselijkheid van een rechtshulpverdrag toch twijfel bestaat over de plicht rechtshulp te verlenen. Er kan een facultatieve weigeringsgrond voorhanden zijn, een voorbehoud zijn gemaakt of een verklaring zijn afgelegd. Echter, ook wanneer het verdrag de ruimte laat om een verzoek

633 Sjöcrona (1990), p. 82.
634 Ik kom hierop terug in hoofdstuk 6.
635 Sjöcrona & Orie (2002), p. 194.
636 Stb. 2004, 107, in werking sinds 1 juli 2004.
637 Stb. 2004, 109, in werking sinds 1 juni 2004.
638 Kamerstukken II 2001/02, 28 351, nr. 3, p. 7.
639 Art. 552nn, lid 4, Sv.

te weigeren, geldt dat het bij voorkeur toch wordt ingewilligd.[640] Om die reden bepaalt art. 552k, lid 2, Sv dat in gevallen waarin het verdrag niet tot inwilliging van het verzoek verplicht, toch aan het verzoek wordt voldaan, tenzij de inwilliging in strijd komt met een wettelijk voorschrift of met een aanwijzing van de minister van Justitie (art. 552k, tweede lid, Sv).

> De Hoge Raad heeft dit nog aangescherpt door te bepalen dat van de inwilliging van een verzoek slechts kan worden afgezien als zich *belemmeringen van wezenlijke aard* voordoen die voortvloeien uit het toepasselijke verdrag of uit de wet, in het bijzonder art. 552l Sv, danwel indien door de inwilliging van het rechtshulpverzoek wordt gehandeld in strijd met *fundamentele beginselen van Nederlands strafprocesrecht*.[641] Zo'n belemmering levert in ieder geval niet op het ter bevriezing, maar zonder machtiging (of toestemming) betreden van woningen in afwachting van de komst van de rechter-commissaris. Ook de afwezigheid van een verlof als bedoeld in art. 552p, lid 2, Sv levert niet noodzakelijk zo'n belemmering op.[642]
>
> Het afwezig zijn van dubbele strafbaarheid kan wel reden zijn voor weigering omdat 'de strekking [daarvan] immers [is] te voorkomen dat de Nederlandse autoriteiten verplicht zouden zijn strafvorderlijke dwangmiddelen toe te passen met het oog op de uitvoering van een rechtshulpverzoek, terwijl zij, ware het feit dat in het Nederlandse rechtsgebied begaan, niet bevoegd zouden zijn geweest tot toepassing van die dwangmiddelen.'[643] Over de juistheid van deze redenering heb ik mijn twijfels.[644]

Welke zijn de weigeringsgronden? Deze staan vermeld in art. 552l en 552m Sv. Van belang zijn voor dit onderzoek vooral de volgende drie excepties:

1. Het verlenen van rechtshulp komt in strijd met het *ne-bis-in-idem*beginsel (art. 552l, eerste lid, onder c, Sv).[645]
2. Het verlenen van rechtshulp valt samen met een onderzoek naar feiten terzake waarvan de verdachte in Nederland wordt vervolgd (art. 552l, eerste lid, onder c, Sv).[646] Deze weigeringsgrond kan niet worden ingeroepen bij gezamenlijke onderzoeksteams waarin Nederland participeert (art. 552qa, lid 1, Sv).
3. Het verlenen van rechtshulp wordt gevraagd in een onderzoek naar strafbare feiten met betrekking tot retributies, belastingen, douane, deviezen of daarmee verband houdende feiten (de fiscale exceptie; art. 552m, derde lid, Sv).

---

640 Dit spoort met art. 1 ERV dat spreekt van rechtshulp 'in zo ruim mogelijke mate.' Hetzelfde geldt overigens voor de redelijke verdragsloze verzoeken (art. 552k, lid 2, Sv).

641 HR 19 maart 2002, NJ 2002, 580; HR 13 mei 2003, JOL 2003, 283; NJ 2004, 40; HR 2 november 2004, JOL 2004, 576; HR 18 januari 2005, NJ 2005, 407; JOL 2005, 39.

642 HR 19 maart 2002, NJ 2002, 580.

643 HR 2 november 2004, JOL 2004, 576.

644 *Supra* hoofdstuk 2.4.3.4.

645 Daarover ook Baauw (1997).

646 Het moet gaan om de verdachte, niet om de mede-verdachte. De belangen van de Nederlandse strafvordering worden zelfstandig beschermd door art. 2b en 6 ERV; HR 25 november 2003, 01163/03 B, LJN AM2480.

De eerste twee excepties zijn imperatief. Voor zover een verdrag niet tot inwilliging verplicht, *moet* rechtshulp worden geweigerd. De derde exceptie is facultatief; rechtshulp mag worden geweigerd, maar dat hoeft niet. Zojuist bleek dat in dat geval bij voorkeur toch rechtshulp moet worden verleend.

> Ter 'dekking' van de eerste twee excepties is een voorbehoud gemaakt bij het ERV. Dit voorbehoud luidt als volgt: ''The Netherlands Government reserves the right not to comply with a request for assistance: (…) b. in so far as it concerns a prosecution or proceedings incompatible with the principle non bis in idem; c. in so far as it concerns an inquiry into acts for which the accused person is being prosecuted in the Netherlands.'
>
> Ten aanzien van deze excepties volsta ik met de opmerking ze geen betrekking lijken te hebben op een al in Nederland of in het buitenland opgelegde bestuurlijke boete, waartegen geen beroep bij de strafrechter openstaat. De Hoge Raad brengt de bestuurlijke boete namelijk niet onder de werkingssfeer van het strafrechtelijke *ne-bis-in-idem*beginsel, hoewel het gaat om een punitieve sanctie.[647] Twijfel is wellicht mogelijk, omdat artikel 552l spreekt over het aan de artikelen 68 Sr en 255 Sv ten grondslag liggende *beginsel*. Het *ne-bis-in-idem*beginsel kent als uitwerkingen verbod van dubbele vervolging (*nemo debet bis vexari*) en het verbod van dubbele bestraffing (*nemo debet bis puniri*). Deze uitwerkingen liggen ook aan het *una-via*systeem ten grondslag.[648] Om die reden zou men kunnen betogen dat de exceptie ook moet zien op de situatie dat al een bestuurlijke boete is opgelegd. Daarvoor is, zeker in Nederland, te meer reden nu justitie en de AFM, maar vooral justitie en de fiscus overleg voeren over de uiteindelijke afdoeningsmodaliteit. *In fiscalibus* kan dan wellicht de hierna te bespreken machtigings- en overlegprocedure van artikel 552m, derde lid, Sv nog uitkomst bieden. Voor de financiële strafzaken ontbreekt echter een dergelijke procedure.

Vooral artikel 552m, lid 3, Sv verdient het, om evidente redenen, hier nader te worden besproken. Hoewel de fiscale exceptie op internationaal vlak steeds verder wordt teruggedrongen, heeft artikel 55m, derde lid, Sv nog steeds waarde. Voor het verlenen van rechtshulp in fiscale aangelegenheden eist dit artikellid, behalve een *verdragsbasis*, een *machtiging* van het ministerie van Justitie en *daaraan voorafgaand overleg* met het ministerie van Financiën, wanneer:

1. het verzoek is gedaan ten behoeve van een onderzoek naar – kortweg – fiscale delicten en de inwilliging van het verzoek van belang *kan* zijn voor 's Rijks belastingdienst,[649] of

---

647 Vgl. HR 26 april 1988, NJ 1990, 390; HR 5 februari 1991, NJ 1991, 402; HR 21 mei 1991, NJ 1991, 728.

648 Met als kanttekening dat het *una-via*beginsel in zoverre ruimer is dan *nemo debet bis vexari* dat het eerste beginsel ook al bescherming biedt als de straf- en bestuursrechtelijke procedure nog niet tot een einde zijn gekomen; vgl. Bakker (1999), p. 272.

649 Zie voor een definitie van de term fiscale delicten HR 25 juni 1985, NJ 1986, 111 (uitleveringsrecht). Zie ook De Groot (2005), aant. 8 bij art. 552m Sv, in: T&C Sv (2005); Sjö-

2. verzoeken betrekking hebben op gegevens welke onder 's Rijks belastingdienst berusten of aan ambtenaren van deze dienst in de uitoefening van hun bediening bekend zijn geworden.

Het artikellid bevat een relatieve weigeringsgrond ter zake van de fiscale delicten onder 1 én een verplichte machtigings- en overlegprocedure, die niet alleen voor fiscale, maar ook voor commune delicten gelden kan (nr. 2). De machtiging verleent toestemming tot het verlenen van rechtshulp; ze verplicht daartoe niet.[650] Omgekeerd zal in het geval waarin een machtiging niet wordt gegeven, rechtshulp niet mogen worden verleend.[651] Waar steeds meer verdragen het niet meer toestaan rechtshulp te weigeren als gevolg van het fiscale karakter van het strafbare feit, staan deze verdragen in beginsel niet in de weg aan het voeren van overleg.[652] Dat overleg tussen het ministerie van Justitie en het ministerie van Financiën is nodig om te bezien of staatsbelangen (vgl. art. 2 ERV – 'wezenlijke belangen') zich tegen het verstrekken van fiscale informatie verzetten.

> De staatsbelangen die in het geding kunnen zijn, verwijzen naar het potentiële belang van 's Rijks belastingdienst. In het bijzonder is zijn belang bij geheimhouding van fiscale informatie in het geding. Dat belang speelt ook wanneer om inlichtingen wordt gevraagd die onder 's Rijks belastingdienst berusten. Deze tweede categorie waarop artikel 552m, derde lid, Sv betrekking heeft, is niet beperkt tot fiscale delicten.[653] Belastingplichtigen zijn immers gehouden ook van inkomsten uit criminele activiteiten opgave te doen (*supra* paragraaf 3.3.3.1). De machtigingsprocedure dient niet alleen het bevorderen van *compliance*, maar ook de effectieve uitvoering van de belastingwetgeving. Staat de taakuitoefening van de fiscus niet aan de verstrekking van de gegevens in de weg? Verstrekking van te veel informatie zou een adequate en rechtvaardige belastingheffing kunnen schaden, zo werd door de Raad van State in 1979 uitgemaakt.[654] Blijkt een en ander niet aan het verstrekken van informatie in de weg te staan, dan kan ook voor inlichtingen die onder 's Rijks belastingdienst berusten machtiging worden verleend.

Het voeren van overleg bevordert een weloverwogen besluit en gaat ook een mogelijke omzeiling van de waarborgen van de rechtshulp tegen.[655] Hierin ligt de ratio van de machtigings- en overlegprocedure.[656] Aldus kan ook worden verklaard

---

crona & Orie (2002), p. 243-244; Van der Werff (2000), p. 100-102; Sjöcrona (1990), p. 173-178.

650 Over de vraag aan wie een machtiging moet worden verleend, Hoge Raad 31 mei 2005, NJ 2005, 418.

651 De Groot (2005), aant. 5 bij art. 552m Sv, in: T&C Sv (2005).

652 Vgl. Haentjens (1992), p. 89-90.

653 Van der Werff (2000), p. 103.

654 ABRvS 20 december 1976, NJ 1976, 70; Sjöcrona (1990), p. 221-223.

655 Vgl. Klip/Swart/Van der Wilt, par III.2.6, aant. 9 (Van der Wilt).

656 ABRvS 20 december 1976, AB 1979, 70; Sjöcrona (1990), p. 222; Van der Werff (2000), p. 103-104.

waarom de FIOD/ECD via de politiële samenwerking geen fiscale gegevens mag verstrekken; dat zou *détournement de procédure* opleveren. Wanneer uit dit overleg blijkt dat er geen fiscaal belang aanwezig is, is een machtiging niet nodig.[657] Is een machtiging wel nodig en wordt deze verleend, dan wordt aangenomen dat daartegen bezwaar en beroep bij de bestuursrechter mogelijk is. Volgens sommigen sluit art. 1:6 Awb deze rechtsgang niet uit, omdat de machtigingsprocedure niet typisch in de sfeer van de strafvordering ligt.[658]

B) Procedure en instrumentarium

De officier van justitie is de centrale figuur in de Nederlandse rechtshulpverlening (vgl. art. 552i en 552j Sv). Dat past prima in de internationale ontwikkeling waarin direct contact tussen de samenwerkende autoriteiten het uitgangspunt is geworden. Wanneer het verzoek niet direct is gericht aan de officier in het arrondissement waarin de gevraagde rechtshulphandeling moet worden verricht of waarin het verzoek is ontvangen, wordt het verzoek door de geadresseerde onverwijld doorgezonden (art. 552i, eerste lid, Sv). In de praktijk spelen hier de informatie en coördinatie centra voor internationale rechtshulp (IRC) een belangrijke rol. Ze kunnen worden beschouwd als een postbus voor de rechtshulpverzoeken, maar ook als de kwaliteitsbewaker en vraagbaak voor betrokken actoren. Ze zijn ook belast met de afdoening en coördinatie van rechtshulpverzoeken.[659] In fiscale strafzaken leidt de FIOD/ECD politiële verzoeken hoe dan ook door aan het LIRC (paragraaf 3.5.3.3).

Op de officier rust vervolgens de taak onverwijld te beslissen of een verzoek voor inwilliging vatbaar is, danwel dat moet worden geweigerd of dat aanvullende gegevens nodig zijn. Is een verzoek voor inwilliging vatbaar, dan zal worden bekeken wie het verzoek uitvoert. Die uitvoering heeft in beginsel plaats aan de hand van het eigen recht, dus met gebruikmaking van de procedures en de bevoegdheden, die ik hierboven beschreef (*locus regit actum*).[660] Dat hangt, voor zover inbreuken worden gemaakt op grondrechten, samen met het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel. Daarvoor is een basis in de wet vereist. Dat kan overigens anders zijn wanneer bevoegdheden kunnen worden gebaseerd op een verdragsbepaling die zich voor rechtstreekse toepassing leent, dus 'een ieder verbindend' is (art. 93/94 Gw).[661]

In overeenstemming met de *locus*regel kan de officier van justitie reeds voorhanden zijnde gegevens verstrekken (vgl. art. 39e en 39f Wjsg) of het verzoek daarvoor doorzenden naar de FIOD/ECD, wanneer het gaat om voorhanden zijnde fiscale inlichtingen. Daarbij mag de overleg- en machtigingsprocedure van art. 552m, lid 3, Sv overigens niet worden omzeild.[662] Hij kan ook de FIOD/ECD vragen onderzoekshandelingen te verrichten (vgl. art. 148, lid 2, Sv), waarbij deze wel aan

657 Sjöcrona & Orie (2002), p. 244.
658 De Groot (2005), aant. 5 en 6 bij art. 552m Sv; Van der Werff (2000), p. 105.
659 Vgl. Kamerstukken 2004/05, 29 845, nr. 3, p. 7; Beijer e.a. (2004), p. 212-213.
660 Vgl. Sjöcrona (1990), p. 10; De Groot (2005), aant. 6 bij art. 552h Sv.
661 HR 9 januari 1998, NJ 1998, 724, waarover Lamp (2000), p. 271-277.
662 Vgl. Kamerstukken II 1991/92, 22 142, nr. 6, p. 27.

belangrijke beperkingen zijn gebonden.[663] Controlebevoegdheden mogen niet worden toegepast. Ook de bijzondere opsporingsbevoegdheden en de dwangmiddelen waarover de bijzondere opsporingsambtenaren op grond van de AWR of WED beschikken, mogen niet worden toegepast (vgl. art. 552i, lid 2, Sv)[664,665] In zoverre is de armslag van de (bijzondere) opsporingsambtenaar beperkt. De opsporingsambtenaar is gehouden van zijn handelingen proces-verbaal op te maken en dat aan de officier terug te zenden.[666]

Voornoemde beperkingen hangen samen met het feit dat voor de toepassing van dwangmiddelen of bijzondere opsporingsbevoegdheden aanvullende eisen gelden. In art. 552n Sv is bepaald dat voor bepaalde, in dat artikel omschreven handelingen de officier het rechtshulpverzoek in handen stelt van de rechter-commissaris. Het gaat daarbij om a) het horen van personen die niet bereid zijn vrijwillig te verschijnen en de gevraagde verklaring af te leggen; b) het meewerken aan een verhoor door of onder leiding van een buitenlandse rechterlijke autoriteit van een getuige of deskundige per videoconferentie; c) het geval waarin uitdrukkelijk is gevraagd om een beëdigde verklaring, of om een verklaring afgelegd ten overstaan van een rechter; of d) het geval waarin het met het oog op het verlangde gevolg nodig is dat stukken van overtuiging in beslag worden genomen. Die handelingen mogen bovendien alleen worden verricht als sprake is van een 'buitenlandse rechterlijke autoriteit' en het verzoek op een verdrag gegrond is. De term 'rechterlijke autoriteit' lijkt te suggereren dat administratieve autoriteiten niet om de daar gevraagde handelingen kunnen verzoeken. Dat zou echter in strijd zijn met de duidelijke bewoordingen van bijvoorbeeld art. 49 SUO en 3 EU-rechtshulpovereenkomst .

> Voor de inbeslagneming binnen de EU geldt sinds enige tijd het Europese bevriezingsbevel, dat op termijn waarschijnlijk zal worden vervangen door het Europese bewijsverkrijgingsbevel. Ik laat de Nederlandse uitvoeringsregeling van het bevriezingsbevel, de art. 552jj–552qq Sv, hier verder rusten, mede omdat wanneer aanvullende bevoegdheden nodig zijn, alsnog de klassieke procedure van art. 552o Sv geldt (art. 552nn, lid 4, Sv). De reikwijdte van het bevriezingsbevel is dus vrij beperkt.

De vordering als bedoeld in art. 55n, lid 3, Sv, heeft dezelfde gevolgen als een vordering tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek, voor zover het gaat om:

a) de bevoegdheden van de rechter-commissaris ten aanzien van onder meer de door hem te horen verdachten, getuigen en deskundigen, die tot het bevelen van de uitlevering of overbrenging van stukken van overtuiging, evenals het betreden van plaatsen, het doorzoeken van plaatsen en het in beslag nemen van stukken van overtuiging;
b) de bevoegdheden van de officier van justitie;

---

663 Vgl. ook Rb. Utrecht 16 juni 1987, NJ 1987, 922.
664 Zie ook art. 552o, lid 4, en 552oa, lid 3, Sv
665 Idem, Van der Werff (2000), p. 113.
666 Van der Werff (2000), p. 106 –107.

c) de rechten en verplichtingen van de door de rechter-commissaris te horen personen;
d) de bijstand van een raadsman;
e) de verrichtingen van de griffier.

Hier wordt dus de procedure van het gerechtelijk vooronderzoek overeenkomstig toegepast.[667] Dat betekent dat deze handelingen in beginsel[668] door de rechter-commissaris worden verricht en dat de rechten die de verdachte en zijn raadsman in het gerechtelijke vooronderzoek toekomen, ook hier van toepassing zijn. De achtergrond hiervan is de ingrijpendheid van de handelingen waarom het gaat. Deze vergen extra waarborgen, in het bijzonder de tussenkomst van een rechter-commissaris.

> Voor de inbeslagneming bevat het derde lid van artikel 552o Sv nog drie vereisten. Vatbaar voor inbeslagneming in overeenstemming met het eerste lid van dat artikel, zijn alleen *stukken van overtuiging* die daarvoor vatbaar zouden zijn, indien het feit in verband waarmede de rechtshulp is gevraagd, *in Nederland was begaan* en dat feit aanleiding kan geven tot *uitlevering* aan de verzoekende staat. Waar uitlevering als gevolg van het fiscale karakter van het delict moet worden geweigerd, is ook inbeslagneming niet mogelijk.[669] Wat betreft de strafbaarheid naar het recht van de verzoekende staat mag de Nederlandse rechter-commissaris afgaan op het rechtshulpverzoek.[670] Zelf dient hij echter te beoordelen of het feit naar Nederlands recht strafbaar is. 'De strekking [daarvan is] immers te voorkomen dat de Nederlandse autoriteiten verplicht zouden zijn strafvorderlijke dwangmiddelen toe te passen met het oog op de uitvoering van een rechtshulpverzoek, terwijl zij, ware het feit dat in het Nederlandse rechtsgebied begaan, niet bevoegd zouden zijn geweest tot toepassing van die dwangmiddelen.'[671] Het is echter voldoende 'dat de buitenlandse strafbaarstelling in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermt als de Nederlandse strafbaarstelling.'[672] Ook moet hij toetsen of aan alle Nederlandse voorwaarden voor inbeslagneming is voldaan. Zo moet hij beoordelen of de gewenste stukken van overtuiging de waarheidsvinding in het buitenland kunnen dienen.[673] Soms kan een verdrag die toetsingsplicht echter beperken.[674]

Op de zojuist beschreven regeling is kritiek geleverd.[675] De centrale positie die de rechter-commissaris inneemt bij de toepassing van dwangmiddelen in het kader van

667 Het tweede lid van art. 552o Sv, dat regels bevat voor het verhoor per videoconferentie, laat ik buiten beschouwing.
668 Hij kan echter opdrachten als bedoeld in art. 177 Sv geven; Van der Werff (2000), p. 120 e.v.
669 HR 4 februari 1986, NJ 1986, 672.
670 HR 26 juni 1990, NJ 1991, 359.
671 HR 2 november 2004, JOL 2004, 576.
672 HR 3 februari 2004, JOL 2004, 76; vgl. ook HR 6 oktober 2003, nr. 01719/03 U.
673 Sjöcrona (1990), p. 264-265.
674 Hof Arnhem 11 juni 1997, NJ 1997, 617; zie ook noot 631.
675 Daarover onder meer Van der Werff (2000), p. 115 e.v.

rechtshulpverzoeken, spoort namelijk in steeds mindere mate met de innerstatelijke situatie, waarin de positie van het OM in het vooronderzoek juist steeds sterker wordt (*supra* paragraaf 3.2.3.3). Met de invoering van de Wet BOB, waarin de positie van het OM centraal is gesteld, zien we deze tendens ook terug in de internationale rechtshulp, in het bijzonder in art. 552oa Sv. Dit artikel is nadien nog meerdere malen gewijzigd, onder meer om gevolg te kunnen geven aan de verplichtingen die Nederland op zich nam in het kader van de EU-rechtshulpovereenkomst[676] en het bijhorende Protocol.[677] In lijn hiermee wordt thans in art. 552oa Sv bepaald dat voor zover een voor inwilliging vatbaar en op een verdrag gegrond verzoek van een buitenlandse autoriteit daartoe strekt, onder meer de in de artikelen 126m [onderzoek van telecommunicatie], 126nd, zesde lid [vorderen van gegevens voor andere feiten dan bedoeld in art. 67, lid 1, Sv], 126ne, derde lid [vorderen en verstrekken van toekomstige gegevens], 126nf [vorderen gevoelige gegevens], 126ue, derde lid, 126uf en 126ug [dit zijn corresponderende bevoegdheden in het kader van de vroegsporing] omschreven bevoegdheden ten behoeve van de rechtshulp mogen worden uitgeoefend. In al deze gevallen gaat het om bevoegdheden waarvoor een machtiging van de rechter-commissaris vereist is.[678] Voor de andere bevoegdheden die zijn genoemd in de Titels over de bijzondere opsporingsbevoegdheden is geen verdrag vereist (art. 552oa, lid 2, Sv). Daarvoor is de officier van justitie verantwoordelijk.

> In geen van de gevallen genoemd in art. 552oa Sv is dubbele strafbaarheid vereist. Gezien de ingrijpendheid van de maatregelen, lag dat mijns inziens – gelet op art. 552o, lid 3, Sv – wel in de rede.[679] De vraag is echter of dit praktisch veel verschil maakt. Omdat het in de genoemde artikelen, in het bijzonder art. 126m Sv, vaak gaat om specifiek omschreven misdrijven zal op enig moment, wil de *locus*regel correct worden toegepast, een toetsing aan het Nederlandse recht moeten plaatsvinden.[680]
>
> Opvallend is verder dat in art. 552oa Sv ook wordt verwezen naar de bevoegdheden die in het kader van de vroegsporing mogen worden toegepast (onder meer art. 126uf Sv). Dat zou erop kunnen duiden dat in dergelijke gevallen toch moet worden getoetst of een situatie, als bedoeld in art. 126o Sv voorligt. Dat artikel eist: 'Indien uit *feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden voortvloeit* dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in artikel 67, eerste lid, worden *beraamd* of *gepleegd* die gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, kan de officier van justitie in het belang van het onderzoek bevelen dat een opsporingsambtenaar stelselmatig een persoon volgt of stelselmatig diens aanwezigheid of gedrag waarneemt [mijn

676 Stb. 2004, 107.
677 Stb. 2004, 109.
678 Kamerstukken II 2003/04, 29 441, nr. 3, p. 27.
679 De art. 552ob en 552oc Sv, die zien op de uitvoering van de afspraken inzake het direct tappen en het doorleiden van telecommunicatie, laat ik buiten beschouwing.
680 De Groot (2005), aant. 3 bij art. 552oa Sv.

> cursivering, ML].' Betekent dit nu dat de officier, in afwijking van de interstatelijke vertrouwensregel hier wel de aanwezigheid van een verdenking moet toetsen? Is er sprake van een 'strafzaak'?[681] Dat zou onder meer met zich kunnen brengen dat hij het buitenlandse dossier moet inzien. Hierboven zagen we dat dit naar gangbare praktijk niet gebeurt.

Als de gegevens, met gebruikmaking van de procedures van de art. 552n–552oa Sv, zijn verkregen, mogen deze niet zonder meer aan het buitenland worden verstrekt. Rechterlijk verlof is vereist. Dat geldt niet alleen in het geval waarin de bepalingen over het gerechtelijk vooronderzoek worden toegepast (art. 552p Sv), maar ook in het geval waarin de officier zelf, al dan niet na machtiging van de rechter-commissaris, de gegevens vergaart (art. 552oa, lid 4, Sv). Hier wijken de bepalingen van Titel X het meest duidelijk af van het innerstatelijke recht. Aan het einde van de procedure in Nederland heeft namelijk nog een rechterlijk toetsmoment plaats. Daar is veel voor te zeggen, gezien de ingrijpendheid van de verrichte handelingen én vanwege het feit dat het nog moet worden afgewacht of in de forumstaat, gelet op de interstatelijke vertrouwensregel, de rechtmatigheid van de handelingen in Nederland zal worden beoordeeld.[682] Hierboven zagen we dat juist de controle door de zittingsrechter een argument kan zijn om af te zien van afzonderlijke rechtsmiddelen in het vooronderzoek. Dat argument verliest aan kracht als deze niet of beperkt plaatsheeft. De verlofprocedure lost dit probleem op. Wanneer het gaat om de handelingen, omschreven in art. 552o Sv en de handelingen, omschreven in art. 552oa, lid 1, Sv, heeft dus én een preventieve rechterlijke toets én rechtsbescherming achteraf plaats. Tegen het verlof, bedoeld in art. 552p, lid 2, Sv kan daarenboven beklag worden ingesteld. Dat is anders voor het verlof op grond van art. 552oa, lid 4, Sv.

> Tegen de handelingen, bedoeld in art. 552o en 552n Sv bestaat dus een uitgebreid stelsel van rechtsmiddelen. Beklag is namelijk niet alleen mogelijk rechtstreeks op grond van art. 552a Sv voor de daar genoemde handelingen, maar ook op grond van 552p, lid 4, Sv. In het laatste geval kan beklag worden ingesteld tegen de verlening van het verlof (lid 2) en tegen het doen toekomen van opgemaakte processen-verbaal van verhoren of andere handelingen door de rechter-commissaris aan de officier (lid 1).[683] Ook tegen het niet-maken van een voorbehoud als bedoeld in art. 552p, derde lid, Sv kan beklag worden ingesteld. Omdat het in al deze gevallen gaat om raadkamerprocedures lijken de daarop betrekking hebbende voorschriften ook van toepassing (art. 21 Sv e.v.), wat zou betekenen dat de verdachte in beginsel bij de procedure kan worden betrokken.[684] Tegen het voornemen van de officier van justitie tot afgifte van (reeds)

681 Vgl. De Groot (2005), aant. 4 bij art. 552oa Sv.
682 Vgl. *infra* paragraaf 3.5.4.2.
683 Sjöcrona & Orie (2002), p. 224; Klip/Swart/Van der Wilt, par I.5.1, aant. 4 (Van der Wilt).
684 Vgl. Van der Werff (2000), p. 131 e.v.

> onder hem berustende gegevens aan buitenlandse autoriteiten, is overigens geen beklag mogelijk.[685]

Ten slotte, voor de gezamenlijke onderzoeksteams geldt het voorgaande niet. Deze zijn als gezegd in een aparte Afdeling van Titel X geplaatst (art. 552qa e.v.Sv). Van rechtshulp in de klassieke zin is, althans na oprichting van het team, geen sprake meer. De soms van het innerstatelijke recht afwijkende rechtshulpprocedures, zoals omschreven in art. 552o of 552oa Sv worden dan ook niet toegepast. In plaats daarvan geldt het innerstatelijke recht rechtstreeks, als het onderzoeksteam in Nederland is gevestigd of als er via de gedetacheerde leden (*seconded members*) handelingen in Nederland worden verricht. Men past dus de interne procedures en bevoegdheden direct en 'één op één' toe. Om die reden is een nadere uitvoeringsregeling ook niet nodig.[686] Ik laat de gezamenlijke onderzoeksteams verder rusten.[687]

> In het kader van gemeenschappelijke onderzoeksteams kunnen overigens stukken van overtuiging en gegevensdragers onmiddellijk, maar voorlopig, ter beschikking worden gesteld van het onderzoeksteam, als dat buiten Nederland is gevestigd. Voor het definitieve ter beschikking stellen geldt dat rechterlijk verlof vereist is en dat art. 552oa, derde en vierde lid, en art. 552p, derde en vierde lid, van overeenkomstige toepassing zijn (art. 552qd Sv).

C) Geheimhouding en doelbinding

Bij het gebruik van de gegevens kan opnieuw een onderscheid worden gemaakt tussen het gebruik door de Nederlandse autoriteiten van de gegevens uit een rechtshulpverzoek en het gebruik door de buitenlandse autoriteiten van de door Nederland verstrekte gegevens. Ik beperk me hier tot het laatste.[688] Voorschriften over het gebruik en de verstrekking van gegevens en ander materiaal kunnen een belangrijke waarborg tegen misbruik zijn, zeker wanneer de buitenlandse justitie nauw samenwerkt met de fiscus of toezichthouder. Het is immers niet ondenkbaar dat rechtshulp *ook* voor die andere doeleinden wordt verleend. In dergelijke gevallen wordt mogelijk meegewerkt aan zaken waarvoor de aangezochte staat niet wil meewerken. Zo zijn *Ordnungswidrigkeiten* sancties die worden opgelegd door bestuursorganen die in de regel ook nog andere, niet-punitieve taken vervullen. Verder is het mogelijk dat naast gevallen van transnationale sfeercumulatie, waarin het rechtshulpverzoek, naast toelaatbare doeleinden *tegelijk* niet-geregelde doeleinden dient, verstrekte gegevens *nadien* relevant blijken voor een bestuursrechtelijke procedure. In dat geval is er sprake van een transnationale sfeerovergang; de rechtshulp werd in eerste instantie voor het ene doel verleend, maar bleek nadien relevant voor andere doeleinden.

---

685 Hoge Raad, 17 juni 2003, JOL 2003, 346.

686 Vgl. Kamerstukken II 2001/02, 28 350 (R), nr. 3, p. 6-7; Kamerstukken II 2001/02, 28 851, nr. 3, p. 9.

687 Hierover verder Klip en Smeulers (2004); Van Hoek & Luchtman (2005).

688 Zie over de omgang met gegevens uit een rechtshulpverzoek Koers (2000).

NEDERLAND

Anders dan in de fiscale en financiële bijstand, is er in de wederzijdse rechtshulp minder aandacht voor een vertrouwelijk en doelgebonden gebruik van de verstrekte (persoons)gegevens.[689] De meeste verdragen zwijgen op dit punt, waarbij art. 23 EU-rechtshulpovereenkomst overigens een uitzondering vormt. In dergelijke gevallen wordt aangenomen dat een doelgebonden gebruik expliciet moet worden bedongen.[690] Zo'n beding zal alleen mogelijk zijn als het gedekt wordt door een verdragsrechtelijk voorbehoud, dat Nederland bij het ERV 1959 niet heeft afgelegd, of wanneer er geen plicht tot het verlenen van rechtshulp bestaat. Dan kan men er voor kiezen te bedingen dat de informatie alleen mag worden gebruikt in de strafzaak waarvoor rechtshulp wordt verleend of dat de informatie alleen voor strafzaken, en dus niet voor andere doeleinden, mag worden gebruikt. Het is ook mogelijk een rechtshulpverzoek gedeeltelijk in te willigen. In die gevallen kan het specialiteitsbeginsel eveneens een nuttige functie vervullen. De verstrekte inlichtingen, documenten, dossiers of stukken van overtuiging mogen dan alleen worden gebruikt voor de ingewilligde delen van het rechtshulpverzoek.

Maakt Nederland ook daadwerkelijk gebruik van deze mogelijkheden? We zagen hierboven dat in de omgang met gegevens door het OM in de context van de innerstatelijke rechtshandhaving verandering is gekomen, zeker na de inwerkingtreding van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens. Ook in het Wetboek van Strafvordering zijn sinds enige tijd bepalingen te vinden over het gebruik van de vergaarde gegevens. Toch lijkt in de Nederlandse praktijk het stellen van specialiteitsvoorbehouden een uitzondering.[691] De gedachte achter deze terughoudendheid is dat de resultaten die zijn verkregen met een bevoegdheid die in Nederland rechtmatig werd ingezet, ook in het buitenland rechtmatig mogen worden gebruikt. Een uitzondering hierop is te vinden in art. 552oa, lid 4, Sv. Daarin worden de art. 126aa, tweede lid, en 126bb-126dd Sv van overeenkomstige toepassing verklaard. Het gebruik van vergaarde gegevens wordt aldus ook in gevallen van transnationale samenwerking aan voorwaarden gebonden. De Nederlandse autoriteiten zullen hun buitenlandse collega's op deze gebruiksbeperking moeten wijzen. Art. 126cc Sv, dat ziet op de bewaring van processen-verbaal en andere voorwerpen, geldt echter alleen voor zover deze niet aan de buitenlandse autoriteiten zijn afgegeven.

D) Rechtsbescherming

De kwestie van de procedurele rechtsbescherming in de wederzijdse rechtshulp is een controversieel onderwerp. Dat heeft allereerst te maken met het feit dat er over de aard van de rechtshulpprocedure verschil van mening bestaat. Sommigen merken hem aan als 'strafvorderlijk', wat zou betekenen dat de waarborgen en (beklag)procedures van het Wetboek van Strafvordering van toepassing kunnen zijn, anderen zien in de rechtshulp een rechtsgebied *sui generis*, terwijl weer anderen menen dat het gaat om (internationaal) publiekrecht, waarop de normen van het Wetboek van

689 *Supra* hoofdstuk 2.4.3.3.

690 Vgl. Sjöcrona (1990), p. 158-160; Vermeulen (1999), p. 175-191; Koers (2001), paragraaf 7.4.

691 Idem, Klip/Swart/Van der Wilt, par III.2.11, aant. 4 (Van der Wilt).

Strafvordering niet van toepassing kunnen zijn.[692] In het laatste geval zou er sprake kunnen zijn van de toepasselijkheid van het bestuursprocesrecht, in welk geval art. 1:6 Awb echter onmiddellijk voor problemen zorgt.[693] Een tweede complicatie bij het bieden van transnationale rechtsbescherming levert de omstandigheid dat rechtsmiddelen per land verschillend kunnen zijn geregeld. Deze systeembreuk zorgt mogelijk voor hiaten in bescherming. Tegen deze achtergrond moeten de verlofprocedures van art. 552oa en 552p Sv op waarde worden geschat. Ze zorgen ervoor dat voor de in die artikelen omschreven handelingen in ieder geval rechtsbescherming openstaat, waarin bijvoorbeeld de rechtmatigheid van de gegevensvergaring kan worden aangevochten.

Hoewel de eerstgenoemde opvatting, die de rechtshulpverlening als strafvorderlijk aanmerkt, aan gewicht wint (wat niet los kan worden gezien van het proces van Europese integratie en de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid), zien we haar maar ten dele vertaald in de Nederlandse regelgeving. Alleen wanneer wordt gevraagd om de handelingen genoemd in art. 552n Sv, is de Nederlandse GVO-procedure van overeenkomstige toepassing. Alleen dan zullen de participatierechten die in het GVO gelden, ook kunnen worden toegepast in het kader van de rechtshulpverlening.[694] Zo zal de (buitenlandse) verdachte moeten worden gehoord voor afsluiting van de procedure (art. 200, lid 3, Sv).

> Daarbij komt dat tegen sommige handelingen een apart rechtsmiddel, namelijk beklag (art. 552a Sv), openstaat. Ook de beklagprocedure is een raadkamerprocedure waarin de betrokkene participatierechten worden gegarandeerd. Beklag staat ook open voor de buitenlandse verdachte. Aanwending van dit rechtsmiddel heeft bovendien opschortende werking.

Ook bij de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden, genoemd in art. 552oa Sv, is tot op zekere hoogte in rechtsbescherming in Nederland voorzien. Hoewel in die gevallen geen GVO-procedure wordt gevolgd en evenmin beklag tegen het rechterlijke verlof mogelijk is (althans niet tegen dat verlof als zodanig), gelden wel de participatierechten die zijn gekoppeld aan de raadkamerprocedure.[695] Bovendien wordt in art. 552oa, lid 4, Sv de kennisgevingsplicht van art. 126bb Sv van overeenkomstige toepassing verklaard. Betrokkenen moeten in dergelijke gevallen dus op de hoogte worden gebracht van de uitoefening van de bevoegdheden en kunnen, als die kennisgeving tenminste tijdig plaatsheeft, participeren in de verlofprocedure van art. 552oa, lid 4, Sv (vgl. art. 23, lid 2, Sv).

---

692 Hierover Klip/Swart/Van der Wilt, par I.5.1 (Van der Wilt); Klip/Swart/Van der Wilt, par III.1.1, aant. 6 (Klip); Swart (2002), p. 463 e.v.; Sjöcrona (1990).

693 Swart (2002), p. 464. De Awb-rechtsbescherming wordt door sommigen als gezien wel toepasselijk geacht bij de machtiging bedoeld in art. 552m, lid 3, Sv; zie *supra* noot 660.

694 Vgl. Koers (2000); Koers (2001), p. 499-512.

695 Van der Werff (2000), p. 131. De bepalingen over de raadkamerprocedure staan in Titel 1 van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering, zodat moet worden aangenomen dat ze ook in het kader van de rechtshulpverlening gelden; vgl. Klip/Swart/Van der Wilt, par III.2.11, aant. 3 (Van der Wilt).

> Het behoeft geen betoog dat bij de procedurele rechtsbescherming een omstreden punt kan zijn hoe ver die rechten precies reiken. Zijn er uitzonderingen in het belang van het (buitenlandse) onderzoek mogelijk (vgl. art. 23, lid 5, en 24, lid 5, Sv)? Dat is inderdaad het geval.[696] Wordt er verder in Nederland rekening gehouden met het feit dat sommige landen een geheim vooronderzoek kennen, waardoor Nederland, gelet op artikel 4 EU-rechtshulpovereenkomst (*forum regit actum*), beperkingen op de interne openbaarheid moet aanvaarden?[697] Uitzonderingen op de interne openbaarheid zijn inderdaad mogelijk: als het belang van het onderzoek, waaronder ook het buitenlandse onderzoek wordt verstaan, dat vergt, kunnen deze rechten worden beperkt (vgl. art. 23, lid 5, Sv).[698] Art. 126bb, lid 5, Sv biedt bovendien de mogelijkheid dat derden (banken) bij wie gegevens worden gevraagd tot geheimhouding jegens hun cliënt worden gedwongen. Onduidelijk is of in dergelijke gevallen de betrokkene nadien alsnog op de hoogte moet worden gebracht van de verlening van de rechtshulp, en zo ja, welke staat dat dient te doen.[699]

Buiten de sfeer van de dwangmiddelen en in mindere mate de bijzondere opsporingsbevoegdheden is er veel minder mogelijk.[700] De beslissing tot het verlenen van rechtshulp als zodanig kan op grond van het Wetboek van Strafvordering niet worden aangevochten. Naar moet worden aangenomen kan een dergelijke beslissing ook niet worden aangemerkt als een appellabel besluit (vgl. art. 1:6 Awb).[701] Vaak raakt men bijgevolg niet op de hoogte van het feit dat er gegevens zijn verstrekt. De beslissing hoeft niet aan de betrokkene te worden bekend gemaakt, zoals art. 3:40 Awb voorschrijft voor besluiten.[702] Kortom, in dergelijke gevallen is de positie van de betrokkene – als derde of als verdachte – niet sterk te noemen.

> Ook hier speelt het feit dat niet duidelijk is welke normen (strafvorderlijke en/of bestuursrechtelijke) van toepassing zijn, de betrokken partijen dus parten. In de literatuur wordt wel aangenomen dat art. 30 Sv, dat voorschriften over de interne openbaarheid bevat, ook op rechtshulpprocedures van toepassing is.[703] Dat is voer voor de stelling dat in Nederland de rechtshulpprocedure toch als 'strafvorderlijk' wordt aangemerkt. Overigens biedt die toepasselijkheid maar een beperkte meerwaarde, omdat a) ze alleen betrekking heeft op de verdachte en niet op derden en b) ze veronderstelt dat deze daadwerkelijk op de hoogte is van de rechtshulpprocedure.

---

696 Hoge Raad 18 januari 2005, JOL 2005, 39; NJ 2005, 407. Vgl. ook Van der Werff (2000), p. 129.
697 Vgl. Kamerstukken II 2001/02, 28 350 (R), nr. 3, p. 3-4.
698 HR 18 jan 2005, JOL 2005, 39. Vgl. ook Kamerstukken II 2001/02, 28 350 (R), nr. 3, p. 3-4.
699 Daarover ook de Commissie tot bestudering van de positie van verdachten en andere belanghebbenden in de internationale strafrechtelijke samenwerking (Commissie Swart) (1993), p. 25; Swart (2002), p. 467; Klip/Swart/Van der Wilt, par III.2.11, aant. 4 (Van der Wilt).
700 Vgl. Sjöcrona (1990), p. 54-56.
701 Swart (2002), p. 467, lijkt dat overigens niet uit te sluiten.
702 Swart (2002), p. 464.
703 Koers (2001), p. 502; Klip/Swart/Van der Wilt, par III.2.11, aant. 3 (Van der Wilt).

De nadelige gevolgen van een gebrekkige procedurele rechtsbescherming worden versterkt naar mate de autoriteiten in de ontvangende staat op hun beurt terughoudend zijn met het toetsen van de verrichtingen van de Nederlandse autoriteiten (vertrouwensregel).[704] In dat geval gaat namelijk ook het wel gehoorde argument dat de betrokkene een rechtsmiddel geboden wordt in de procedure ten gronde in de andere staat niet op. Daarbij komt overigens nog dat niet altijd zeker is of de betrokkene zo'n rechtsmiddel heeft. Is hij verdachte, dan levert een toepassing van de *Schutznorm* mogelijk problemen op, doordat onregelmatigheden die de verdachte niet in zijn belang schaden, niet altijd worden onderzocht. Is hij echter derde, dan zal voor hem de procedure ten gronde geen oplossing bieden; hij is daarin immers geen partij.[705] Een en ander leidt ertoe dat de mogelijkheid om rechtsbescherming te vinden door de betrokken autoriteiten, al dan niet bewust, kan worden gemanipuleerd, zodat uiteindelijk mogelijk onrechtmatig handelen helemaal niet wordt getoetst.

Ook bij de controle door de Nederlandse autoriteiten op het *gebruik* en de *verstrekking* van de gegevens door de buitenlandse autoriteiten speelt de betrokkene – derde of verdachte – een geringe rol. We zagen zojuist al dat het maken van specialiteitsvoorbehouden geen *hot issue* in Nederland is. Waar zo'n voorbehoud wel wordt gemaakt, kan bovendien opnieuw zeer worden betwijfeld of het verlenen van toestemming tot doelafwending een handeling betreft waartegen rechtsbescherming openstaat. Titel X van het Wetboek van Strafvordering rept hierover met geen woord. Ook het bestuursrecht biedt hier waarschijnlijk geen soelaas. Zo er verder zou kunnen worden aangenomen dat er sprake is van een appellabel besluit, dan nog speelt het deels strafrechtelijke karakter van de procedure hier parten (art. 1:6 Awb).

3.5.4.2 Het OM als verzoekende partij

De situatie waarin de Nederlandse justitie of politie aan het buitenland een verzoek om rechtshulp doet, danwel door buitenlandse autoriteiten uit eigen beweging verstrekte informatie ontvangt, is nauwelijks genormeerd. In dit hoofdstuk komen de relevante, voornamelijk jurisprudentiële normen aan de orde.

In de literatuur en de rechtspraak spitst deze kwestie zich voornamelijk toe op de vraag wat er dient te gebeuren met onrechtmatig vergaard buitenlands bewijs.[706] Het gebruik als bewijs van onrechtmatig verkregen gegevens is hier niet direct aan de orde. Dit proefschrift heeft betrekking op de daaraan voorafgaande fase, namelijk de normering van het vergaren en uitwisselen van de gegevens zelf (*supra* hoofdstuk 1.3.3). Dat kan resulteren in bewijsgebruik, maar denkbaar is

704 Vgl. Klip/Swart/Van der Wilt, par I.5.1, aant. 4 (Van der Wilt).
705 Van Hoek & Luchtman (2005).
706 Daarover onder meer Koers (2001), hoofdstuk 8; Embregts (2003); Klip/Swart/Van der Wilt, par I.5.7 (Van der Wilt).

ook dat de verstrekte informatie als startinformatie voor verder onderzoek wordt gebruikt[707] of dat de verkregen informatie zelfs helemaal niet wordt gebruikt.

A) Omvang van de aanspraak op rechtshulp

De Nederlandse wet bevat geen voorschriften over het doen van een rechtshulpverzoek. De bevoegdheid daartoe vloeit voort uit het toepasselijke verdrag en de aanwijzing daarin als bevoegde autoriteit. Nederland heeft bij het ERV een verklaring afgelegd waaruit blijkt dat leden van de rechterlijke macht, waaronder ook de rechter-commissaris, en van het Openbaar Ministerie rechtshulpverzoeken kunnen indienen.[708] Bestuurlijke autoriteiten, waaronder de Belastingdienst en de AFM, kunnen geen rechtshulpverzoek doen.[709] Tegen Nederlandse bestuurlijke boetes staat geen beroep open op een ook in strafzaken bevoegde rechter, maar beroep op de bestuursrechter.

Tegen deze opvatting zou kunnen worden ingebracht dat de Nederlandse rechtbanken, naast hun competenties op het vlak van het (financiële en fiscale) bestuursrecht, ook in strafzaken bevoegd zijn. Kan daarom voor bestuurlijke boetes niet toch (ook) van de rechtshulp gebruik worden gemaakt? Dat zou leiden tot een aanzienlijke vergroting van de overlap tussen bijstand en rechtshulp. Ik meen dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Dat heeft ten eerste te maken met het feit dat de rechtbanken weliswaar ook in strafzaken bevoegd zijn, maar dat de situatie in hoger beroep/cassatie gecompliceerd raakt. Nederland kent het (eigenaardige) systeem van eenheid aan de basis en verscheidenheid aan de top: op het terrein van het bestuursrecht bestaan er vier hoogste rechters (de Afdeling, de Centrale Raad van Beroep, het CBb én de Hoge Raad), waarvan er maar één (de Hoge Raad) ook in strafzaken bevoegd is. Een tweede reden waarom ik deze vraag ontkennend beantwoord, ligt in de oorsprong van deze uitbreiding van de rechtshulpplicht. Deze kwam, op aandringen van Duitsland, tot stand, omdat Duitsland met zijn *Ordnungswidrigkeiten* in de knoop kwam.[710] Daarom werd een procedureel handigheidje van stal gehaald. Weliswaar is in Ordnungswidrigkeitenprocedures zelf nog geen justitiële autoriteit bevoegd, maar dat kan veranderen als een rechtsmiddel wordt aangewend. Dan komen alsnog *justitiële* autoriteiten in het vizier. Dit laatste is in Nederland bij de bestuurlijke boete niet het geval. Deze blijft geheel buiten de reikwijdte van het strafvorderlijk kader.[711] Of Duitsland en andere landen een dergelijke creatieve interpretatie van het criterium 'ook in strafzaken bevoegd' zouden waarderen en daaraan zouden willen meewerken, mag daarom ten zeerste worden betwijfeld.

---

707 Hoge Raad 31 januari 2006, LJN AU3446, nr. 00137/05.

708 De verklaring luidt: 'The Netherlands Government declares that, as regards the Netherlands, judicial authorities for the purposes of the Convention are to be understood as meaning members of the judiciary responsible for administering the law, examining magistrates and members of the Department of Public Prosecution.'

709 Luchtman (2006).

710 *Supra* hoofdstuk 2.4.3.2.

711 Zie ook *infra* hoofdstuk 4.2.1.4 en 4.5.4.1.

> Ook voor Nederlandse politiële autoriteiten is het doen van een rechtshulpverzoek uitgesloten, voor zover die verzoeken zijn gebaseerd op het ERV.[712] Voor hen staan wel andere wegen open zoals de Interpol-kanalen en de relevante bepalingen in de Schengen Uitvoeringsovereenkomst. Artikel 39 SUO beperkt de politiële samenwerking in zoverre dat het gebruik van dwangmiddelen niet mogelijk is. Die beperking geldt voor de Nederlandse autoriteiten echter ook buiten de Schengenkanalen (*supra* paragraaf 3.5.3.3).[713]

Het is niet altijd duidelijk wat een bevoegde autoriteit in het kader van een strafrechtelijk onderzoek kan vragen. Een voor de hand liggende eis lijkt mij dat het rechtshulpverzoek de *eigen* taak van de verzoekende autoriteit moet dienen; het moet gaan om de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (*supra* paragraaf 3.2.3). Ik acht het ontoelaatbaar dat het OM namens een andere autoriteit zo'n verzoek zou indienen.[714] Dan dient men immers niet de eigen taak, maar die van een andere autoriteit, wat als nadeel heeft dat het de transparantie en daarmee de controle voor de controlerende organen in de verzoekstaat, voor de autoriteiten in de aangezochte staat én voor de betrokken justitiabele aanzienlijk belemmert. Het doen van een rechtshulpverzoek voor bijvoorbeeld een bestuurlijk boeteonderzoek is daarom ontoelaatbaar, ook in die gevallen waarin er sprake is van parallelle competenties van OM en bestuursorgaan, zoals in het Nederlandse financiële toezicht het geval is.

Een tweede mogelijke voorwaarde die bij het doen uitgaan van rechtshulp kan spelen, betreft de eis dat de verzoekende autoriteit alleen datgene mag vragen wat hij zelf ook zou mogen. Deze vraag heeft betrekking op de *silver-platter*problematiek.[715] Staat vragen, conform de *locus-regit-actum*regel, vrij of kan het recht van de verzoekstaat toch nog beperkingen stellen? Al in 1987 werd door de Hoge Raad uitgemaakt dat in het kader van een huiszoeking ter inbeslagneming in Antwerpen een redelijke wetsuitlegging meebrengt dat art. 97 lid 1 (oud) Sv ook van toepassing is, indien de officier van justitie zo'n huiszoeking niet doet, maar bewerkstelligt door middel van een verzoek om internationale rechtshulp.[716] Art. 97 lid 1 (oud) Sv vereiste een vordering tot opening van een gerechtelijk vooronderzoek door de officier van justitie. Hoewel deze eis inmiddels is vervallen en de uitspraak door sommigen is bekritiseerd, is de gedachte erachter me zeer sympathiek.[717] Ze is nadien door de Hoge Raad bevestigd.[718] Door het eisen van voorafgaand rechterlijk verlof worden de nadelige gevolgen van de vertrouwensregel deels gecompenseerd.[719]

---

712 Koers (2001), p. 329.
713 Vgl. ook Koers (2001), p. 310.
714 Daarover ook Klip/Swart/Van der Wilt, par I.5.2 (Van der Wilt); Luchtman (2006).
715 Swart (2002), p. 473.
716 HR 29 september 1987, NJ 1988, 302.
717 Voor discussie, zie onder meer Strijards (1988); Sjöcrona (1990), p. 69-72; Lamp (2000), p. 251-256; Van der Werff (2000), 65 e.v.; Koers (2001), p. 302-309; Swart (2002), p. 473.
718 HR 25 juni 1996, NJ 1996, 715; vgl. ook Rb. Roermond 7 november 1991, NJ 1992, 117.
719 Idem, Swart (2002), p. 473 e.v.

NEDERLAND

> Hierboven had ik kritiek op de beperkte toets die door de Nederlandse autoriteiten wordt verricht in het kader van de *uitvoering* van rechtshulpverzoeken (net als overigens bijstandsverzoeken). Die beperkte toets hangt echter samen met de interstatelijke vertrouwensregel, waarvan we nog zullen zien dat hij ook in andere staten wordt toegepast. De oplossing van dit probleem is niet alleen aan Nederland. De vertrouwensregel heeft als nadeel dat, zeker bij uiteenlopende toetsmaatstaven, de samenwerkende autoriteiten hiaten in de rechtsbescherming laten ontstaan (*supra* paragraaf 3.5.4.1 onder A). Als de aangezochte partij inderdaad afgaat op wat de verzoekende partij aanvoert, verhoogt het de kwaliteit van de rechtsbescherming, wanneer een rechterlijke autoriteit door middel van een preventieve toets met volledige inzage in het dossier in de verzoekstaat de evenredigheid van de gevraagde maatregel heeft kunnen toetsen. Ik kom daarop uitgebreid terug in hoofdstuk 6.

Wat zijn de gevolgen van deze uitspraak voor het huidige recht, dat nadien enige belangrijke wijzigingen heeft ondergaan? De Wet herziening GVO en de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden hebben een verschuiving in bevoegdheden teweeggebracht. De bevoegdheden van de officier van justitie zijn aanmerkelijk verruimd, wat impliceert dat hij ook in het kader van een rechtshulpverzoek meer aan het buitenland kan vragen dan voorheen. Echter, het ligt in de rede dat ook nu nog het OM in gevallen waarin het Nederlandse strafrecht een preventieve rechterlijke machtiging vereist, die machtiging verwerft, voordat een rechtshulpverzoek wordt gedaan.[720] In het verlengde hiervan moet mijns inziens ook worden aangenomen dat alleen de rechter-commissaris kan verzoeken om een doorzoeking van woningen op grond van art. 110 Sv; het OM heeft geen algemene doorzoekingsbevoegdheid. De genoemde uitspraken beantwoorden echter niet de vraag of het OM mag verzoeken om handelingen die in Nederland niet geregeld zijn en in het buitenland wel.[721]

> Ter beantwoording van de laatste vraag zou in het verlengde van de zojuist besproken rechtspraak, die betrekking heeft op de situatie waarin een bevoegdheid wel genormeerd is, maar waarbij de toepasselijke voorschriften niet in acht zijn genomen, kunnen worden betoogd dat *a fortiori* in de situatie waarin een bevoegdheid in de verzoekstaat helemaal niet bestaat, het de verzoekende autoriteit moet zijn verboden een dergelijk verzoek te doen. De aldus geboden dubbele bescherming, waarbij zowel het recht van de verzoekstaat, als dat van de aangezochte staat wordt betrokken, levert vanuit rechtsbeschermend perspectief grote voordelen op. Het nadeel van deze opvatting is echter dat de samenwerking beperkt blijft tot die gevallen waarin men een bevoegdheid gemeenschappelijk heeft. Het moet niet worden uitgesloten dat andere lidstaten bij de inrichting van hun rechtshandhaving andere keuzes maken. In die gevallen kan dus niet op

720 Vgl. § 1.9.5 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden; Van der Werff (2000), p. 68; Lamp (2000), p. 254-255; Koers (2001), p. 304.

721 Swart (2002), p. 473, vindt dit ontoelaatbaar. Hierover ook Haentjens (1997), p. 142 en de Commissie tot bestudering van de positie van verdachten en andere belanghebbenden in de internationale strafrechtelijke samenwerking (Commissie Swart) (1993), p. 8.

de verlangde wijze worden samengewerkt. Een middenpositie wordt ingenomen door de opvatting die stelt dat alleen niet mag worden gevraagd om toepassing van een opsporingsbevoegdheid die naar Nederlands recht niet is toegestaan.[722] In dat geval is niet toegestaan wat de Nederlandse wetgever ook al heeft verboden.

B) Procedure

De manier waarop een verzoek moet worden ingediend en langs welke kanalen dat dient te geschieden, wordt bepaald in het toepasselijke verdrag. Afhankelijk van het toepasselijk verdrag kan een verzoek langs diplomatieke weg worden ingediend (vgl. art. 15 ERV) of rechtstreeks worden verzonden aan de bevoegde autoriteiten (vgl. art. 53 SUO en art. 6 EU-rechtshulpovereenkomst). Bij verdragsloze verzoeken ligt de diplomatieke weg voor de hand.[723]

Het belang van het rechtshulpverzoek is evident.[724] Het stelt de aangezochte staat onder meer in staat controle uit te oefenen, die weliswaar marginaal zal zijn, en te beoordelen of weigeringsgronden voorhanden zijn. Een dergelijke marginale toetsing is niet zonder risico's. Nederlandse autoriteiten kunnen de buitenlandse autoriteiten proberen te 'sturen'. Weigeringsgronden kunnen bijvoorbeeld uit de weg worden gegaan door de wijze van formulering in het rechtshulpverzoek. Zo lijkt de aanduiding van een feitencomplex als een overtreding van bijvoorbeeld artikel 225, eerste lid, Sr, terwijl ook had kunnen worden gedacht aan artikel 69 AWR, toegestaan.[725] Daar is veel voor te zeggen. De inrichting van het onderzoek en de keuze voor welk feit wordt vervolgd, zijn, nu de *specialis*verhouding van art. 69, lid 4, AWR *in casu* niet aan de orde was, in hoge mate aan het OM, dat de leider is van het opsporingsonderzoek. In andere gevallen blijken Nederlandse rechters (in eerste instantie) minder te spreken over de wijze van formulering van de ingediende rechtshulpverzoeken, vooral als daardoor Nederlandse controlerende autoriteiten en/of buitenlandse autoriteiten door het rechtshulpverzoek op het verkeerde been dreigen te worden gezet.

Of een dergelijke situatie zich voordeed was voorwerp van verhitte discussie in de Clickfondsoperatie, waarin de Hoge Raad,[726] anders dan de rechtbank[727] en het hof,[728] de vraag uiteindelijk toch ontkennend beantwoordde. In die zaak was een verzoek aan Zwitserland uitgegaan, maar bleken de Nederlandse versie en de Duitse vertaling van het verzoek niet te corresponderen. In de Duitse versie was namelijk nog een passage opgenomen, waarin het onderliggende feitencomplex in verband werd gebracht met drugsbaron Johan V. Die passage ontbrak in de

722 § 1.9.5 van de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden.
723 Koers (2001), p. 313.
724 Hierover ook Klip/Swart/Van der Wilt, par III.1.1, aant. 10 (Klip).
725 Vgl. Rb Amsterdam 10 april 2000, NB Straf 2000, 159.
726 HR 7 december 2004, NJ 2005, 71.
727 Rb Amsterdam 22 juni 2001, NB Straf 2001, 246.
728 Hof Amsterdam 14 februari 2003, LJN AV4924.

Nederlandse versie. Bovendien bleken in de Nederlandse versie verwijzingen naar belastingdossiers te zijn toegevoegd die in de Duitse versie ontbraken.

C) Geheimhouding en doelbinding

De vragen die hierboven aan de orde kwamen over de vertrouwelijke behandeling van rechtshulpverzoeken en de uitvoering daarvan, evenals het uiteindelijke gebruik van verkregen informatie doen zich ook voor wanneer Nederland verzoekende staat is. Over het eerste punt kan ik kort zijn: tenzij het toepasselijke verdrag voorschriften over de vertrouwelijke behandeling van een rechtshulpverzoek bevat, zijn de Nederlandse autoriteiten op dit punt overgeleverd aan het recht van de aangezochte staat. Ze kunnen weliswaar om vertrouwelijkheid verzoeken, maar harde garanties levert dat niet op.

De vertrouwelijke behandeling van uit het buitenland ontvangen informatie (spontaan of op verzoek) is ook overgelaten aan het nationale recht. Dit betekent dat daarvoor de hierboven beschreven geheimhoudingsplicht van het Openbaar Ministerie maatgevend is, evenals de bepalingen op het gebied van de bescherming van justitiële en strafvorderlijke gegevens. Wel kan een specialiteitsvoorbehoud door de verstrekkende staat verdergaande beperkingen op het gebruik van de ontvangen informatie met zich brengen.

D) Rechtsbescherming

Ten slotte passen nog enige opmerkingen over het systeem van transnationale rechtsbescherming. We zagen zojuist al dat Nederland, als verzoekende staat, in sommige gevallen een voorafgaande rechterlijke machtiging eist, zodat de nadelige gevolgen van de vertrouwensregel ten dele worden ondervangen. Maar hoe zit het met de rol die de Nederlandse zittingsrechter inneemt, wanneer de gegevens na uitvoering van het rechtshulpverzoek in de handen van de Nederlandse autoriteiten zijn gekomen? Is deze bereid de handelingen die in het buitenland ter uitvoering van rechtshulpverzoeken werden verricht te toetsen op hun rechtmatigheid en betrouwbaarheid? Die toets kan van essentieel belang zijn, vooral ook wanneer in het buitenland geen rechtsbescherming tegen concrete handelingen heeft opengestaan. Meer in het algemeen lijkt het een redelijke gedachte dat de staat die de gegevens in een strafproces gebruikt, ook verantwoording daarvoor aflegt.[729] Immers, in het Nederlandse systeem geldt als uitgangspunt dat alle beperkingen op de interne openbaarheid zijn vervallen als het onderzoek ter zitting een aanvang heeft genomen.

De Nederlandse controle op de rechtmatigheid van de buitenlandse bewijsgaring en de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal moet niet worden verward met de erop volgende vraag naar de bewijskracht van het verkregen materiaal en de

729 Van Hoek & Luchtman (2005) en (2006); vgl. ook de benadering van het CBb ter zake, *supra* noot 531.

vraag wat er dient te geschieden met onrechtmatig materiaal uit het buitenland.[730] De laatste vraag is bijvoorbeeld pas aan de orde als de onrechtmatigheid eenmaal is vastgesteld. Dat is hier niet aan de orde, net zo min als de eerste vraag. Ik onderzoek hier de omvang van de rechterlijke onderzoeksplicht in het Nederlandse strafrecht. Die vraag heeft, zeker in een onderzoek naar situaties van transnationale sfeerovergang, zelfstandige betekenis.

In Nederland ligt het accent op het handelen van de opsporings- en vervolgingsorganen in de fase van het onderzoek ter zitting. Daar kunnen onrechtmatigheden aan het licht worden gebracht en via art. 359a Sv eventueel worden gesanctioneerd.[731] Moeilijkheden met betrekking tot het feitenonderzoek in het buitenland en vragen over de interpretatie van vreemd recht zorgen hier in transnationale situaties voor problemen, zoals dat overigens ook het geval is – zo bleek hierboven – *in fiscalibus* en in het financiële toezicht. De rechter is terughoudend met het toetsen van buitenlands handelen. Dergelijk onderzoek naar het handelen van buitenlandse autoriteiten zou bovendien kunnen worden uitgelegd als wantrouwen jegens die autoriteiten. Deze gedachtegang blijkt ook uit de KB Lux-affaire, waarin in talloze uitspraken (ditmaal van de strafrechter) voorop wordt gesteld dat: 'de Nederlandse rechter in beginsel niet gehouden is de rechtmatigheid van de verkrijging van die gegevens door de buitenlandse (in casu Belgische) autoriteiten ambtshalve – op grondslag van het Nederlandse recht – te onderzoeken. De rechter mag er immers op vertrouwen dat de autoriteiten van een bij het EVRM aangesloten staat de hun toegekende opsporingsbevoegdheden in overeenstemming met de verdedigingsrechten, neergelegd in het EVRM zullen uitoefenen (HR 18 mei 1999, NJ 2000, 107). Dit uitgangspunt – het interstatelijk geldende vertrouwensbeginsel – leidt slechts dan uitzondering indien de bewijsgaring door de buitenlandse autoriteiten een inbreuk oplevert op verdragsrechtelijk beschermde mensenrechten waarbij mede van belang is of de verdachte daardoor is geschaad in een ten opzichte van hem te respecteren belang.'[732] Dat laatste is een duidelijke uitwerking van de *Schutznorm*.

Met het aldus verwoorde uitgangspunt van een marginale rechterlijke controle kan mijns inziens prima worden gewerkt, zolang het een *uitgangspunt* blijft. Wanneer er een onderbouwd verweer wordt gevoerd dat er onrechtmatigheden zijn begaan, c.q. materiaal onbetrouwbaar is, lijkt een volledig onderzoek in het licht van art. 6 EVRM aangewezen.[733] Dat dit onderzoek zich kan richten op handelingen van buitenlandse ambtenaren, vind ik niet van doorslaggevend belang om het achterwege te laten. Integendeel, het zou naar mijn mening prima passen binnen een ware Europese rechtsruimte, als beoogd in art. 2 EUV. Voor klassieke interstatelijke beleefdheid is in zo'n ruimte weinig plaats meer.[734] Een aantal rechters maakt echter

730 Daarover onder meer Baaijens-van Geloven (2004); Embregts (2003); Koers (2001), p. 515-608.
731 Voor een voorbeeld, zie Hoge Raad 31 januari 2006, LJN AU3446, nr. 00137/05.
732 Hof Amsterdam 30 september 2005, LJN AU3605. Vgl. ook § 1.9.2 van de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden.
733 Vgl. Baaijens-van Geloven (2004), p. 396 en 415.
734 Vgl. Sjöcrona & Orie (2002), p. 207-208; Reijntjes (2001).

het uitgangspunt tot een haast onweerlegbaar vermoeden, door zelfs in de expliciete uitsluiting van het KB Lux-materiaal in de Belgische strafzaken, evenals in de daaropvolgende weigering van de Belgische autoriteiten om aan de Nederlandse justitie over die herkomst opheldering te verschaffen, geen aanleiding te zien voor verder onderzoek. De haast retorische vraag die bij mij opkomt, is wat de verdediging danwel moet aanvoeren om de rechter tot onderzoek te bewegen.

Problematisch vind ik ook de omstandigheid dat de kwestie van de toelaatbaarheid van het materiaal en in het bijzonder de toepassing van de *Schutznorm* door veel rechters direct wordt gekoppeld aan het onderzoek naar de achterliggende feiten – *omdat* de (mogelijk) onrechtmatige verkrijging niet ten opzichte van de Nederlandse verdachte onrechtmatig zou zijn, wordt er geen verder onderzoek verricht. Dat impliceert dat alleen wanneer een overtreding het belang van de verdachte schaadt, een onderzoek nodig is. Ik vind dat niet juist. Ten eerste gaat het bij de onrechtmatigheidstoets om een voorvraag die zelfstandige beantwoording verdient.[735] Ten tweede zie ik in de context van het KB Lux-onderzoek niet in waarom de onduidelijkheden over de herkomst van de persoonsgegevens van Nederlandse rekeninghouders,[736] beschermd door een streng en strafrechtelijk gesanctioneerd bankgeheim, niet in het belang van de Nederlandse verdachten zouden zijn, integendeel. Ten derde ziet de koppeling tussen de *Schutznorm* en het achterwege laten van de toets die ingevolge art. 6 EVRM wel moet worden verricht, over het hoofd dat onderzoek naar de herkomst van het materiaal niet alleen van belang is voor de vaststelling van de rechtmatigheid van het materiaal, maar ook voor de vaststelling van de betrouwbaarheid ervan.[737]

> Het Hof Amsterdam, zitting houdende te Arnhem, constateert bijvoorbeeld terecht 'dat in deze zaak de afdruk van de microfiche, houdende de naam van verdachte als houder van een bankrekening, cruciaal is. Omstreden is of inderdaad dit microfiche gegevens van rekeninghouders bij de KBL-bank bevat. Nu is gebleken dat inderdaad een aantal van die beweerde rekeninghouders hebben bevestigd dat ze zo'n bankrekening bezaten, is dat wel hoogst waarschijnlijk. Niettemin kan het hof de afdruk van deze microfiche niet aanmerken als in deze zaak beslissend nu de betrokken bank de authenticiteit niet heeft bevestigd en evenmin uit andere bewijsmiddelen een voldoende bevestiging wordt verkregen van verdachtes gerechtigdheid tot een (zwarte) rekening bij deze bank. Naast de afdruk van de microfiche, die naar het oordeel van het hof geen voldoende grondslag biedt om te komen tot een bewezenverklaring voor verdachtes rekeninghouderschap, zijn er geen verdere irrelevante bewijsmiddelen voorhanden.'[738] Deze benadering lijkt me zeer juist. Zo wordt recht gedaan aan de eigen verantwoordelijkheid die de Nederlandse rechter heeft voor het *gebruik* van het

735 Idem, Embregts (2003), p. 49-50.

736 Immers, de essentie van het KB Lux onderzoek richtte zich op het koppelen van de gegevens op de microfiches aan Nederlandse rekeninghouders aldaar.

737 Vgl. Baaijens-van Geloven (2004), p. 415-416; vgl. opnieuw de andere (mijns inziens betere) benadering van het CBb, *supra* noot 531.

738 Hof Arnhem (Strafkamer), 12 oktober 2005, nr. 21-005526-04, VN 2006/14.12.

> materiaal tegen de achtergrond van de vereisten op een recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM). Het recht op een eerlijk proces houdt in dat materiaal moet kunnen worden aangevochten en dat in voorkomend geval op zo'n verweer een antwoord past.

Mijn conclusie kan op basis van het voorgaande geen andere zijn dan dat de rechtsbescherming in transnationaal verband hapert.[739] Nog op een andere wijze kan de rechtsbescherming in de knel raken. Het is niet ondenkbaar dat de Nederlandse zittingsrechter verwijst naar het oordeel van een buitenlandse rechter. Die benadering hanteert de Hoge Raad bijvoorbeeld sinds kort in het uitleveringsrecht, waar hij als eis stelt dat 'de verdragsrechtelijke verplichting tot uitlevering slechts dan moet wijken voor de ingevolge art. 1 EVRM op Nederland rustende verplichting om de rechten van dat verdrag te verzekeren indien (a) blijkt dat de opgeëiste persoon door zijn uitlevering zou worden blootgesteld aan het risico van een flagrante inbreuk op enig hem ingevolge art. 6, eerste lid, EVRM toekomend recht, en (b) voorts naar aanleiding van een voldoende onderbouwd verweer is komen vast te staan dat hem na zijn uitlevering niet een rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM ten dienste staat ter zake van die inbreuk.'[740] In het verlengde daarvan zou de Nederlandse rechter ook in de wederzijdse rechtshulp kunnen menen dat als een vermeende onrechtmatigheid in de aangezochte staat al is onderzocht, er geen reden meer is om het buitenlandse handelen opnieuw te toetsen. Hij kan in voorkomend geval zelfs van mening zijn dat hij niet op eventuele onrechtmatigheden hoeft in te gaan, omdat de verdachte een in een andere staat openstaand rechtsmiddel niet heeft benut. Dat is in wezen een transnationale, horizontale benadering van de *local remedies rule*.

> Of de Hoge Raad inderdaad deze mening is toegedaan, zou – met gepaste voorzichtigheid vanwege de bijzondere casuspositie in die zaak – kunnen worden afgeleid uit Hoge Raad 2 maart 2004, JOL 2004, 123, waarin het ging om een beklag strekkende tot opheffing van een deels in Luxemburg gelegd conservatoir beslag. De Hoge Raad overwoog dat 'deze beschikking [van een Luxemburgse raadkamer, ML] aldus [moet] worden verstaan dat de Luxemburgse raadkamer een toereikende verdragsgrondslag aanwezig heeft geoordeeld voor het leggen van het beslag door de Luxemburgse autoriteiten ter tenuitvoerlegging van het Nederlandse rechtshulpverzoek. Gelet daarop en in aanmerking genomen dat de klaagster blijkens deze beschikking geen gebruik heeft gemaakt van haar bij de Luxemburgse wet toegekende bevoegdheid te klagen over de geldigheid van de inbeslagneming, kan de juistheid van het thans aangevallen oordeel van de Rechtbank over die verdragsgrondslag in het midden blijven.'

Waarom is een dergelijke verwijzing problematisch? Anders dan in het uitleveringsrecht, waar de handelingen van de aangezochte staat min of meer kunnen worden geïsoleerd van het proces in de andere staat, werken in de wederzijdse (kleine)

739 Vgl. Van Hoek & Luchtman (2005) en (2006).
740 Vgl. HR 11 maart 2003, NJ 2004, 42, en 20 mei 2003, NJ 2004, 41.

rechtshulp staten nauw samen bij de vergaring van bewijs. Wat in het uitleveringsrecht geldt, hoeft niet automatisch te gelden in het transnationale bewijsverkeer.[741] Integendeel, afgezien van het feit dat een dergelijke verwijzing zou leiden tot een verdere fragmentatie en aantasting van het Nederlandse uitgangspunt dat de zittingsrechter controle uitoefent op de procedure in zijn geheel, kunnen ook vraagtekens worden gezet bij de kwaliteit van die buitenlandse beslissing. Is de buitenlandse rechter, net als overigens de Nederlandse in het omgekeerde geval,[742] wel in staat om een juist en volledig oordeel over de rechtmatigheid en evenredigheid van de verrichte handelingen te vellen, gezien de nauwe band met het daaraan voorafgaande onderzoek dat deels in het buitenlands plaatsvond? Is het verwijzen naar een dergelijke rechtsgang dan niet in feite een wassen neus? Bovendien kan het niet worden uitgesloten dat nadien, bijvoorbeeld tijdens het onderzoek ter zitting, nog nieuwe informatie aan het licht komt, die een nieuw licht werpt op de zaak.[743] Ten slotte moet worden benadrukt dat de aard van de toets die in de aangezochte staat is verricht, een andere is dan de toets die de Nederlandse zittingsrechter heeft te verrichten. De rechtmatigheid van een bepaalde handeling zal worden beoordeeld door het kader dat art. 8 EVRM en gerelateerde grondrechten bieden, de Nederlandse zittingsrechter is echter verantwoordelijk voor de eerlijkheid van het proces als geheel. Net zozeer als een onrechtmatigheid in het vooronderzoek het proces nog niet oneerlijk maakt, zou mijns inziens moeten gelden dat de eerlijkheid van het proces en de toetsmaatstaven die daarbij worden gebruikt, niet (alleen) worden bepaald door de rechtmatigheid van de handelingen in een eerder stadium van het onderzoek.

3.6 CONCLUSIES NAAR AANLEIDING VAN HET NEDERLANDSE RECHT

In het voorgaande is bewust gekozen voor een vrij uitvoerige, *stand-alone*bespreking van de *innerstatelijke* organisatie van de Nederlandse rechtshandhaving op financieel en fiscaal vlak. Die benadering zal ook in de twee volgende hoofdstukken worden gekozen. Ze vloeit voort uit de invalshoek van dit onderzoek. In de Europese Unie heeft de rechtshandhaving op indirecte wijze, door de lidstaten, plaats. Europese belangen op fiscaal, financieel en strafrechtelijk vlak worden waargenomen door nationale autoriteiten die daarvoor in transnationale situaties moeten samenwerken. Het huidige EG/EU-recht laat, zo zagen we in hoofdstuk 2, de lidstaten een grote vrijheid bij de opbouw van hun handhavingsorganisatie. In hoofdstuk 2.5 gaf ik aan welke gevolgen dat moest hebben voor de opbouw van de landenrapporten. Een beschrijving van de interne fiscale en financiële rechtshandhaving achtte ik nodig om te kunnen aangeven hoe soortgelijke Europese belangen worden gehandhaafd. Pas daarna kon worden bekeken hoe dat allemaal past in het huidige kader voor

741 Vgl. Baaijens-van Geloven (2004), p. 396-397; Klip/Swart/Van der Wilt, par I.5.1, aant. 10 (Van der Wilt); Klip (1997).
742 Daarover *supra* paragraaf 3.5.4.1, onder A.
743 Vgl. Van Hoek & Luchtman (2005).

transnationale samenwerking, dat uitgaat van een onderscheid tussen bijstand en rechtshulp, en hoe dit onderscheid in het Nederlandse recht uitwerking heeft gekregen. Ook bij de invulling van de transnationale samenwerking wordt de EU-lidstaten veel vrijheid gelaten.

In deze paragraaf worden mijn belangrijkste bevindingen over het Nederlandse recht nog eens kort gepresenteerd. Ik zal tevens trachten deze weer te plaatsen in de context van de centrale onderzoeksvragen, verwoord in hoofdstuk 1.3.1, die worden uitgewerkt aan de hand van het specialiteitsbeginsel, ambtsgeheim en bankgeheim.

Taken en organisatie van de rechtshandhaving

Tussen het bestuur (fiscus en AFM) en justitie (OM) bestaan in Nederland nauwe onderlinge banden. Daarbij kan de rol van het bestuur in de fiscale en financiële rechtshandhaving worden gekenschetst aan de hand van een aantal hoedanigheden. Naast zijn primaire verantwoordelijkheid voor de *uitvoering* van de wet, blijkt het bestuur tevens te fungeren *als onderzoeker* (bestuursrechtelijk toezicht) en soms *als de plaatsvervanger* van justitie of als diens *secondant* of *aangever*. Deze hoedanigheden en de daaruit voortvloeiende onderlinge verhoudingen tussen bestuur en justitie bepalen ook de armslag van de autoriteiten in transnationale situaties.

Zowel in het financiële toezicht, als *in fiscalibus* vervult het bestuur *als onderzoeker* een onmisbare schakel in de handhavingsketen. Vaak is het als eerste op de hoogte van zaken die anders gaan dan gewenst. Met het oog daarop zijn het preventieve onderzoekstaken toebedeeld en kan het ook nadat een vermoeden van overtreding is gerezen, nog onderzoek verrichten. In Nederland heeft deze 'proactieve' taak van het bestuur bovendien een strafrechtelijke tegenhanger die in veel andere landen ontbreekt, zeker als straks art. 132a Sv is gewijzigd en het verdenkingscriterium is komen te vervallen. Niet alleen het bestuur vervult in die fase taken als onderzoeker, maar ook de opsporingsdiensten doen dat. In het fiscale recht zijn deze zelfs onder hetzelfde dak verenigd. De fiscus heeft, naast een bestuursrechtelijk/fiscale, immers ook een strafrechtelijke hoedanigheid. Niet alleen treedt hij soms in de plaats van het OM, maar vaker opereert hij als *secondant* en onder gezag van de laatstgenoemde. Op deze wijze is enerzijds de expertise van de fiscus in de strafrechtelijke handhaving gegarandeerd en anderzijds de fiscale handhaving voorzien van strafrechtelijke dwangmiddelen. Een en ander heeft onlangs zijn beslag gekregen in de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten.

Ook in het financiële toezicht vervult het bestuur onderzoekstaken, maar die hebben alleen plaats onder een bestuursrechtelijk regime, dus zonder dat de toezichthouder is onderworpen aan het gezag van het OM. Het opsporingsdeel ligt in handen van de FIOD/ECD. Ook hier is sprake van een zekere overlap in taakstellingen. In toenemende mate wordt onderkend dat, ondanks de aanwezigheid van een gespecialiseerde opsporingsdienst, ook de toezichthouder een verantwoordelijkheid heeft voor de strafrechtelijke handhaving. Die rol uit zich vooral in het doen van aangifte van vermoede strafbare feiten. De toezichthouder is in die zin weliswaar niet *secondant*, maar toch wel *aangever* van justitie. Nog steeds is echter de precieze rol van de AFM ten opzichte van de strafrechtelijke handhavingsketen niet

duidelijk. Het lijkt er bijna op dat deze door de wetgever en de betrokken autoriteiten bewust vaag wordt gehouden. Ik had daarop hierboven kritiek. Of het bevorderlijk is voor het toezicht, betwijfel ik ten zeerste.[744]

De onderzoekstaken van het bestuur, al dan niet als secondant of aangever van justitie, zijn essentieel voor de terreinen die in dit onderzoek aan de orde zijn. Zonder hun preventief en repressief onderzoek zouden veel overtredingen niet aan het licht komen. Deels vanuit historische achtergronden (fiscaal), deels ook als bewust beleid heeft men het bestuur echter niet alleen als onderzoeker, c.q. secondant, maar ook als *plaatsvervanger* van justitie aangemerkt. Die rol kan het vervullen in de strafrechtelijke context, bijvoorbeeld de Belastingdienst die (nu nog) transacties mag aanbieden (art. 76 AWR), maar ook buiten de sfeer van het strafrecht, bijvoorbeeld in het punitieve bestuursrecht. De bestuurlijke boete heeft de afgelopen jaren een hoge vlucht genomen. Vooral in het financiële toezicht lijkt deze een voor de AFM welkome aanvulling geweest, doordat ze voor de effectiviteit van haar optreden niet alleen meer was aangewezen op strafrechtelijke ondersteuning, maar ook zelf punitief beleid kon ontwikkelen. Opvallend is daarbij de hoge mate van onderlinge overlap tussen de boete en de strafrechtelijke handhaving. In Nederland is doorgaans sprake van parallelle competenties van bestuur en justitie. Datzelfde geldt, hoewel in mindere mate, ook *in fiscalibus*. In de innerstatelijke context leidt dat ertoe dat de betrokken diensten veel met elkaar zullen moeten overleggen om problemen met *una via* te voorkomen, internationaal leidt het tot een aanzienlijke overlap van bijstand en rechtshulp. Op dat laatste kom ik zodadelijk terug.

Met de parallelle competenties van bestuur en justitie ben ik aangekomen bij aan ander probleem dat in dit onderzoek speelt. Door de nauwe onderlinge banden tussen de te onderscheiden taken op het vlak van wetsuitvoering, preventieve en repressieve handhaving, c.q. bestuurlijk en strafrechtelijk optreden, is een uitgebreid gebied ontstaan waarin deze verschillende sferen elkaar overlappen. Dat probleem doet zich zeker niet alleen voor als er meerdere taken worden geconcentreerd binnen één dienst, zoals bij de FIOD. De intensieve wijzen van overleg via bijvoorbeeld de ATV-richtlijnen, en in mindere mate het Convenant bestuurlijke boeten, tonen aan dat een cumulatie van sferen ook in het gegevensverkeer tussen meerdere diensten voorkomt. Vanuit het specialiteitsperspectief en het ambtsgeheim rijzen hier interessante problemen. De Nederlandse aanpak lijkt zich daarbij momenteel te kenmerken door het formeel scheiden van toezicht en opsporing (Wet BOD), het onderling harmoniseren van bevoegdheden (WED) en verwijzingen naar het FIOD-arrest van de Hoge Raad. Kortom, men zoekt vooral waarborgen in een scheiding van taken aan de bron, bij het *vergaren* van de gegevens, maar niet noodzakelijk bij de consumptie, het *gebruik*, ervan.

Persoonlijk vind ik deze waarborgen aan de magere kant en ook niet altijd overtuigend. Ik vraag me ten eerste af of een formele scheiding tussen toezicht en opsporing, zoals die nu wordt voorgestaan wel evenveel zin heeft, als in de praktijk de betrokken diensten nauw samenwerken. Deze nauwe samenwerking lijkt me eerder een bevestiging van Van Veen's stelling dat toezicht en opsporing praktisch

744 *Supra* paragraaf 3.2.1.3 en 3.4.1.

nauwelijks te scheiden zijn. Wat mij in dergelijke gevallen vooral nodig lijkt, is dat de betrokken autoriteiten tot transparantie, tot verantwoording worden gedwongen en juist daaraan ontbreekt het momenteel. Op grond van het FIOD-criterium dat controlebevoegdheden *mede* opsporingsdoeleinden dienen, hoeven bijvoorbeeld de fiscale autoriteiten, noch de rechter te verantwoorden, c.q. te onderzoeken waarom de betrokken autoriteit in hetzelfde onderzoek nu eens kiest voor toepassing van een bestuurlijke bevoegdheid en dan weer voor een strafrechtelijke.[745]

Ten tweede kan de rechtsbescherming in het vooronderzoek, zeker als deze straks wordt vergeleken met Duitsland en Zwitserland, niet worden gekenschetst als coulant. Burger en rechter hebben weliswaar de mogelijkheid tot controle op situaties van sfeercumulatie, maar alleen achteraf in de procedure ten gronde, waarbij nog moet worden afgewacht in hoeverre de straf-, c.q. bestuursrechter bereid is tot een crossprocedurele controle. Ook dit leidt tot een hoge mate van vrijheid van de autoriteiten. In dit licht vind ik het ten derde opvallend hoe marginaal Nederland invulling geeft aan het *nemo-tenetur*beginsel. Het conflict tussen zwijgen en medewerken in gevallen van sfeercumulatie is een bekend probleem. Toch doet men er alles aan om de reikwijdte van het beginsel buiten de context van het commune strafrecht zo beperkt mogelijk te houden. Het moet nog maar worden afgewacht of het EHRM dit zal tolereren. Ik heb hierover twijfels.[746] Ten vierde blijkt zowel de AFM als de fiscus zichzelf een behoorlijke marge toe te dichten bij de vraag *of* ze gegevens aan andere autoriteiten verstrekken. De AFM acht zich bevoegd tot aangifte, maar niet verplicht; de fiscus participeert in allerhande samenwerkingsverbanden en maakt daarbij ook gebruik van zijn strikt doelgebonden, AWR-bevoegdheden.[747] De potentiële beschermende functie van het ambtsgeheim van deze organen wordt daardoor te kort gedaan. De bepaling van de omvang en reikwijdte van dit geheim behoort in handen te liggen van de wetgever en niet van de organen die met de gegevens omgaan.

Het bankgeheim

De toegang tot bancaire gegevens is in het Nederlandse recht als zodanig een probleem met weinig praktische waarde. Als verdachte, als onder toezicht gestelde, als belastingplichtige en als derde kunnen banken door de financiële, fiscale en strafrechtelijke overheid voor gegevens worden benaderd. Het bankgeheim speelt hierbij geen noemenswaardige rol; de relatie met de cliënt geniet jegens de overheid geen bijzondere bescherming. De stelling lijkt gerechtvaardigd dat in de Nederlandse rechtsorde 'derden' worden gezien als een aantrekkelijk controlemiddel of alternatief voor de gegevens die door anderen zijn verstrekt. Die benadering hanteert men sinds kort zelfs in het strafrecht met de introductie van de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens. Het bijzondere en later het commune strafrecht zijn hier het bestuursrecht dicht genaderd.

745 *Supra* paragraaf 3.2.2.4.
746 *Supra* paragraaf 3.3.1.3.
747 Het moet worden afgewacht of het nieuwe art. 67 AWR hier verandering gaat brengen.

NEDERLAND

De ruime toegang tot bancaire gegevens betekent uiteraard niet dat deze onder het financiële, fiscale en strafrechtelijke regime op dezelfde wijze of onbeperkt plaatsvindt. De verlangde gegevens kunnen onder de verschillende regimes niet op gelijke wijzen worden vergaard. Dit is in transnationale situaties van belang. Men hanteert in Nederland het uitgangspunt dat in de bijstand alleen bestuurlijke bevoegdheden worden gebruikt, terwijl in de rechtshulp alleen strafvorderlijke bevoegdheden worden gebruikt. De achtergrond daarvan is dat de aan beide instrumenten gekoppelde procedures en rechtswaarborgen niet mogen worden omzeild. De vraag is echter of dit lukt. Daarop ga ik nu in.

Transnationale samenwerking

De problematiek van de sfeerovergang op nationaal vlak en de eraan ten grondslag liggende nauwe onderlinge banden tussen de onderzochte autoriteiten, missen hun uitwerking op het transnationale vlak niet. Uit hoofdstuk 2 bleek al dat de hierboven verwoorde functies van de autoriteiten die optreden als *onderzoeker*, als *secondant* van justitie (bestuur) en/of als *bestraffer* op zichzelf goed inpasbaar zijn in de regimes van zowel de rechtshulp als de bijstand. De doelomschrijvingen die daar zijn opgenomen, zijn er ruim genoeg voor. Veel hangt dan ook af van de precieze taken die de autoriteiten vervullen die door de lidstaten als bevoegd zijn aangewezen. De lidstaten hebben hier een grote vrijheid. Voor Nederland geldt daarbij bijvoorbeeld dat de AFM, die expliciet niet in de strafrechtelijke handhaving is betrokken, als verzoekende autoriteit alleen gebruik maakt van de bijstand, ook voor haar punitieve taakdeel, terwijl het OM alleen gebruik maakt van de rechtshulp. De fiscus is een verhaal apart. Vanwege zijn vele hoedanigheden kan deze niet alleen gebruik maken van de bijstand, maar ook van de justitiële rechtshulp én de politiële samenwerking. In de relatie met Zwitserland worden de verhoudingen mogelijk straks nog gecompliceerder, doordat momenteel de belastingverdragen met dit land worden herzien en mogelijk worden uitgebreid tot gevallen van fiscaal bedrog. Ik kom daarop nog uitvoerig terug.[748]

De transnationale dubbelepettenproblematiek leidt zo tot een vervaging van het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp. Maar ook de innerstatelijke sfeercumulatieproblematiek zorgt transnationaal voor extra complicaties, omdat ze aantoont dat veel bijstands- en/of rechtshulpverzoeken vaak gemengde doeleinden hebben. Dat de AFM alleen gebruik maakt van de bijstand, wil dus niet zeggen dat haar gegevens niet voor de opsporing worden gebruikt of *vice versa*. Zeer opmerkelijk zijn hier de strenge beperkingen die de Nederlandse wetgever de betrokken autoriteiten (fiscus en AFM) oplegt. Voor de doorleiding van gegevens is naar Nederlands recht zowel *in fiscalibus*, als in het financiële toezicht toestemming van de verstrekker vereist. In hoofdstuk 2 bleek echter al dat de inter- en supranationale normen dergelijke beperkingen niet stellen, voor zover althans de gegevens worden gebruikt voor de 'wetseigen' delicten. In dit hoofdstuk bleken dergelijke beperkingen ook in de innerstatelijke context niet te gelden. We zullen hieronder bovendien nog zien dat Duitsland en Zwitserland ter zake inderdaad weinig beperkingen aanbrengen.

748 Hoofdstuk 5.5.3.1, onder A.

Kortom, is Nederland hier niet roomser dan de paus en werpt het niet onnodig veel belemmeringen op?

Mijns inziens kunnen deze zelf opgelegde beperkingen niet worden begrepen zonder ook acht te slaan op de positie van Nederland als aangezochte autoriteit. In de fiscale en financiële bijstand kan ik de houding van Nederland bepaald niet omschrijven als coulant jegens de buitenlandse autoriteiten. Vooral *in fiscalibus* worden keuzes gemaakt die ik niet inzichtelijk vind. De WIB introduceert rechtsbeschermingprocedures die intern niet bestaan en waarvan onduidelijk is welke belangen ze nu precies willen beschermen. De doorleiding van via de bijstand verstrekte gegevens aan de buitenlandse justitie is zelfs onlangs door de wetgever tot een *non-issue* gemaakt, daarmee deze kwestie volledig overlatend aan de uitvoerende instanties.[749] Gezien de nauwe banden tussen fiscus en justitie in de innerstatelijke context vind ik dit onbegrijpelijk. Ook in het financiële toezicht worden, ditmaal bij de doorleiding van gegevens, strikte procedures gevolgd. Ook deze stellen strenge eisen en gaan mijns inziens verder dan het Europese recht toelaat.[750]

Anderzijds zouden deze strenge procedures ook kunnen worden verdedigd met het argument dat ze nu juist beogen tegen te gaan dat de betrokkene het slachtoffer wordt van een omzeiling van zijn rechtswaarborgen. Dat zou juist sterk in de lijn liggen van de door mij bepleite hogere mate van controle op situaties van sfeercumulatie. Inderdaad zijn dergelijke pogingen me sympathiek. De procedures in de wederzijdse rechtshulp bij de uitvoering van dwangmiddelen, waarbij wordt aangeknoopt bij het strafvorderlijk gerechtelijk vooronderzoek, hebben onmiskenbaar een gunstig effect op de positie van de betrokkene in het rechtshulpverkeer. Toch houd ik mijn twijfels bij de procedures in de fiscale en financiële bijstand. Ik kom daarop in hoofdstuk 6 nog uitvoerig terug.

Een paar belangrijke kwesties in situaties van grensoverschrijdende sfeercumulatie wordt in Nederland momenteel niet opgenomen. Eén element wil ik daarbij vooral uitlichten. Juist wanneer de grenzen tussen bijstand en rechtshulp vervagen, lijkt het mij van belang dat de Nederlandse autoriteiten, zowel bij het ontvangen van een buitenlands verzoek, als bij een later gebruik van in het buitenland vergaarde gegevens, zich ervan vergewissen dat de toets, bijvoorbeeld van de evenredigheid van de verlangde handeling, die de buitenlandse autoriteiten hebben verricht, overeenkomt met de toets die de Nederlandse autoriteiten zelf moeten aanleggen. Die toets komt momenteel niet van de grond. De vertrouwensregel maakt de Nederlandse autoriteiten buitengewoon terughoudend bij het toetsen van het buitenlandse handelen, zoals ook de KB Lux-affaire aantoont. Opmerkelijk is daarbij dat men uit lijkt te gaan van een impliciete taakverdeling tussen de betrokken autoriteiten, zonder dat daadwerkelijk wordt geverifieerd of men wel hetzelfde heeft getoetst. Ook dit punt, dat eveneens speelt in de andere hier onderzochte rechtsordes, komt nog uitvoerig aan de orde in hoofdstuk 6.

Het voorgaande toont aan dat bijstand en rechtshulp in de Nederlandse rechtsorde, ondanks pogingen daartoe, feitelijk moeilijk te scheiden zijn. Daarbij moet

749 *Supra* paragraaf 3.5.3.1, onder A.
750 *Supra* paragraaf 3.5.2.1, onder C.

bovendien nog worden bedacht dat andere landen andere keuzes kunnen maken dan Nederland. Als Duitsland bijvoorbeeld zou kiezen voor strafrechtelijke handhaving van de Richtlijn marktmisbruik waar Nederland voor bestuursrechtelijke handhaving kiest, ontstaat een probleem. De Duitse justitiële autoriteit mag de Nederlandse bestuurlijke niet rechtstreeks benaderen, omdat de laatste eerstgenoemde niet erkent als bevoegde autoriteit. Wanneer Nederland en Duitsland dus niet dezelfde keuzes maken, hapert de samenwerking. Dit probleem kan zich bovendien niet alleen voordoen bij de vraag *of* er tussen autoriteiten überhaupt kan worden samengewerkt, maar ook bij de vraag *wat* deze, als ze wel kunnen samenwerken, in het kader van die samenwerking precies mogen vragen aan elkaar. We zagen in hoofdstuk 2 al dat, afhankelijk van het terrein waarop we ons bevinden (fiscaal, financieel of strafrechtelijk) de samenwerking in ruime mate mogelijk kan zijn gemaakt, ook als de bevoegdheden van de autoriteiten onderling verschillen, zoals in de financiële bijstand, maar dat het ook kan gebeuren dat men zich moet beperken tot het gemeenschappelijke, zoals in de fiscale bijstand. Om dit alles in kaart te kunnen brengen is het nodig dat het Nederlandse systeem wordt afgezet tegen de systemen uit andere EU-staten. Daarom onderzoek ik in het volgende hoofdstuk het Duitse systeem.

4 Duitsland

4.1 INLEIDING[1]

Het Duitse recht werd om meerdere redenen tot voorwerp van studie gekozen.[2] Een belangrijke reden was de Duitse federale staatsinrichting. Net als in de Europese Unie koos men daarin voor een systeem van indirecte handhaving, waarbij het uitgangspunt geldt dat de *jurisdiction to enforce* en de *jurisdiction to prescribe* in handen liggen van de deelstaten, de *Länder*, en niet op federaal niveau.[3]

> De Bondsrepubliek Duitsland is, het woord zegt het al, een bondsstaat waarbij de bond en diens deelstaten (de *Länder*) gelijkwaardig aan elkaar zijn. De federale structuur heeft zelfs *Ewigkeitsgarantie*; ze kan nooit worden aangetast (Art. 79 III *Grundgesetz* of GG). In de grondwet is een gedetailleerde regeling neergelegd die de verantwoordelijkheden tussen bond en deelstaten verdeelt. Het uitgangspunt is daarbij dat de deelstaten bevoegd zijn (vgl. Art. 30 en 70 GG), tenzij deze bevoegdheid is overgeheveld naar het federale niveau. Deze overheveling kan plaatshebben ten aanzien van de regelgevende bevoegdheid (*jurisdiction to enforce*), evenals ten aanzien van de uitvoerende bevoegdheid (*jurisdiction to precribe*).
>
> In lijn met de hoofdregel berust de wetgevende bevoegdheid in beginsel bij de deelstaten. Dat is bepaald in Art. 70 GG. Zolang de grondwet zwijgt, zijn de deelstaten tot wetgeving bevoegd, maar het is mogelijk dat de grondwet een bepaalde materie exclusief aan de bond opdraagt (Art. 71: *ausschließende Gesetzgebung*) of bond én deelstaten bevoegd maakt. In dat laatste geval geldt dat zolang en voor zover de bond de materie niet aan zich trekt, de deelstaten bevoegd zijn (Art. 72: *konkurrierende Gesetzgebung*).

De voor dit onderzoek relevante autoriteiten zijn achtereenvolgens de federale financiële toezichthouder (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*), de Duitse belastingdiensten op federaal en op deelstaatniveau (*Finanzbehörde*) en het Duitse Openbaar Ministerie, dat ook op federaal en deelstaatniveau is georganiseerd (*die Staatsanwaltschaft*). Dit zijn de bevoegde autoriteiten voor achtereenvolgens de financiële bijstand, de fiscale bijstand en de wederzijdse rechtshulp. Ik heb er in het

---

1 In het hoofdstuk over Duitsland zullen de Duitse juridische aanduidingen en afkortingen worden aangehouden. Wetsartikelen worden aangeduid met een paragraafteken (§). Artikelleden worden met Romeinse cijfers (I, II, etc) aangeduid. Daaropvolgende cijfers (1, 2, etc.) duiden op zinnen binnen de artikelleden (§ 1 II 1, etc). Grondwetbepalingen worden overigens wel als 'Artikel' (Art.) aangeduid.
Vanwege de vele mogelijke citeerwijzen, heb ik in het onderstaande de artikelsgewijze commentaren, waarin de Duitse juridische wetenschap uitblinkt, niet aangehaald aan de hand van de auteurs die daaraan een bijdrage leverden, maar aan de hand van de (hoofd)redacteuren.

2 Hoofdstuk 1.3.2.

3 In het onderstaande zal ik de termen federatie/federaal en bondsstaat als synoniemen gebruiken.

onderstaande voor gekozen de soms complexe verhoudingen tussen het federale en statelijke niveau te bespreken aan de hand van het recht van één deelstaat, namelijk Hessen. De keuze voor Hessen heeft te maken met het feit dat de Hessische hoofdstad, Frankfurt am Main, een belangrijk Europees financieel centrum is, waar vrijwel iedere grote bank een vestiging heeft. Hessische autoriteiten hebben *qualitate qua* veel te maken met bancaire instellingen die internationaal opereren. Dat is minder van belang voor de financiële toezichthouder die hoe dan ook bondswijd opereert, maar te meer voor de fiscus en het OM die in hoofdzaak nog op deelstaatniveau zijn georganiseerd.

Het vervolg van dit hoofdstuk is op dezelfde wijze opgebouwd als het Nederlandse. Ik ga hieronder allereerst *in extenso* in op de aard en organisatie van de fiscale en financiële rechtshandhaving in ruime zin, dus inclusief de strafrechtelijke handhaving (paragraaf 4.2). Daarbij zal ik aandacht besteden aan de keuzes van de Duitse wetgever(s) bij de invulling van hun Europese verplichtingen ter zake en de gevolgen daarvan voor de nationale rechtshandhaving. Als gezien, wordt de lidstaten op institutioneel vlak nog de nodige ruimte gelaten, zelfs in het financiële toezicht, waar de mate van harmonisatie hoog is.[4] Er is hierbij bijzondere aandacht voor de onderlinge verhoudingen tussen de bestuurs- en strafrechtelijke handhaving. Dit betekent dat ik inga op de Duitse punitieve bestuurlijke sanctiemodaliteiten, op de mogelijke taken van het bestuur op het vlak van de strafrechtelijke handhaving én op de sfeercumulatieproblematiek in nationaal verband, die – zo zullen we nog zien – zich in Duitsland in net zo hevige mate voordoet als in Nederland. De taken, bevoegdheden en organisatorische inbedding van de betrokken autoriteiten worden opnieuw tegen de achtergrond van het specialiteitsperspectief en het ambtsgeheim in beeld gebracht. Aandacht is er ook voor de mechanismen ter controle op de taakuitoefening van de autoriteiten.

Op de onderzoeksbevoegdheden tegenover banken in de nationale context ga ik eveneens in (paragraaf 4.3). Aldus wil ik onderzoeken welke afwegingen de Duitse wetgever ten behoeve van de *innerstatelijke* rechtshandhaving heeft gemaakt ter realisering van het (delicate) evenwicht tussen rechtshandhaving enerzijds en rechtsbescherming van de burger anderzijds. Worden deze keuzes transnationaal doorgetrokken en zo ja, hoe heeft dat plaats? De laatste paragrafen gaan in op de samenwerking op nationaal (paragraaf 4.4) en internationaal niveau (paragraaf 4.5). Bij de transnationale samenwerking is er opnieuw ruim aandacht voor de vraag op welke wijze Duitsland invulling geeft aan de plichten tot samenwerking op het raakvlak van bijstand en rechtshulp. Daarbij wordt onderscheiden tussen enerzijds het perspectief van de Duitse autoriteiten als hulpverlenende staat en anderzijds dat van hulpzoekende staat. Tot een systematische vergelijking met de uitkomsten van het Nederlandse hoofdstuk komt het nog niet. Die vergelijking volgt pas in hoofdstuk 6, als ook het Zwitserse systeem is onderzocht. Wel zal ik in het onderstaande al verwijzen naar verschillen en overeenkomsten met het Nederlandse recht, als ik dat nuttig acht.

---

4 Hoofdstuk 2.2.3.4.

DUITSLAND

4.2 TAKEN EN ORGANISATIES VAN DE BETROKKEN AUTORITEITEN

4.2.1 De *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BAFin)

4.2.1.1 Algemeen

In afwijking op de zojuist verwoorde hoofdregel is in het financiële toezicht één enkele, op bondsniveau opererende toezichthouder bevoegd op het vlak van het financiële gedragstoezicht op financiële ondernemingen, waaronder banken, en op andere marktdeelnemers. De bond heeft daarmee niet alleen door middel van tal van wetten de regelgevende bevoegdheid aan zich getrokken, maar ook bepaald dat het financiële toezicht het best kan worden geoperationaliseerd op bondsniveau. De BAFin is bijgevolg een zelfstandige publiekrechtelijke rechtspersoon, die onder de verantwoordelijkheid valt van de bondsminister van Financiën. Deze is op afstand verantwoordelijk voor de BAFin.[5]

> De wetgevende bevoegdheid op het gebied van 'das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen)' is een concurrende bevoegdheid van bond en deelstaten (Art. 74 I Nr. 11 GG). De belangrijkste financiële wetgeving heeft de bond aan zich getrokken. Ook de uitvoering ligt, in afwijking van Art. 30 GG, op federaal niveau. De basis daarvoor vormen de artikelen 92 en 87 III GG. Het is vooral de laatste bepaling geweest die in het financiële toezicht aanleiding was voor een jarenlange juridische strijd tussen bond en deelstaten. Waar de deelstaten op het gebied van het financiële toezicht uitgingen van hun operationele bevoegdheden, probeerde de bond die bevoegdheden deels naar zich toe te trekken. De zaak kwam zelfs voor de hoogste Duitse constitutionele rechter, het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG). Aan hem werd de vraag voorgelegd of de bond bevoegd was tot oprichting van een zogenaamde *Bundesoberbehörde*, in dat geval de BAKred die toezicht hield op kredietinstellingen, om voor de gehele bondsrepubliek het toezicht op kredietinstellingen uit te oefenen. In de *BAKred-Entscheidung* beantwoordde het hof die vraag bevestigend.[6] Het meende dat aan de voorwaarden van art. 87 GG was voldaan: BAKred's taak strekte zich uit over het hele bondsgebied en voor de uitvoering van die taken was men niet aangewezen op het bestuur van de deelstaten. Dat laatste zou een onaanvaarbare inbreuk zijn geweest op de *Länderkompetenzen*. De BAKred mocht wel worden ondersteund door de *Bundesbank* (Art. 88 GG; zie *infra* paragraaf 4.2.1.3). Dat is namelijk eveneens een *Bundesbehörde*; beide autoriteiten zijn in rang gelijk.
>
> Later herhaalde zich de strijd. Over de precieze inkleding van het effectentoezicht was eveneens veel te doen. Uiteindelijk koos men in 1995 voor de oprichting van een aparte effectentoezichthouder, het *Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel* (BAWe). Dat het gedragstoezicht niet bij de BAKred werd onderge-

5 Assmann/Schneider (2003), Vor § 3 WpHG, rn. 2.
6 BVerfG 24 juli 1962, BVerfGE 14, 197 (*BAKred*).

bracht, had opnieuw zijn oorzaak in een competentieconflict tussen de bond en de deelstaten. Een bijkomend voordeel van een nieuwe toezichthouder was dat men het buitenland kon laten zien dat Duitsland zijn nieuwe effectenrechtelijke toezichtstaak serieus nam en deze niet wegmoffelde bij BAKred. Een derde reden voor oprichting van BAWe was dat het nieuwe markttoezicht zich niet alleen tot kredietinstellingen zou uitstrekken, terwijl de BAKred zich tot kredietinstellingen beperkte. BAWe was ten slotte een tegemoetkoming aan de deelstaten die vreesden voor de zuigwerking van een al te machtige BAKred. Destijds vond men één toezichtsautoriteit voor de gehele financiële markt duidelijk een brug te ver. Dat is nu anders.

De opkomst van zogenaamde *Allfinanzprodukte* en *Allfinanzkonzerne* leidde in mei 2002 tot de oprichting van de BAFin. Duitsland kent, net als een toenemend aantal Europese landen, daarmee een systeem van *Allfinanzaufsicht*, waarin gedrags- en prudentieel toezicht in handen liggen van één toezichthouder. Sinds 1 mei 2002 is het toezicht op de financiële sector in Duitsland van de drie afzonderlijke toezichthouders, namelijk het *Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen* (BAKred) (bankentoezicht), het *Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen* (BAV) (toezicht op verzekeraars) en het *Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel* (BAWe) (effectentoezicht) overgegaan op de BAFin.

De taakverdeling onder het oude systeem was, net als in Nederland, geënt op de kernactiviteiten van de spelers op de markten. In het meer sectorale model richtte de BAKred zich op het zogenaamde klassieke bankieren of *commercial banking*, waaronder het vragen en aanbieden van kredieten door banken werd verstaan.[7] Het bancaire toezicht werd in de literatuur dan ook omschreven als instituutstoezicht (*institutsbezogene Aufsicht*), omdat er werd aangeknoopt bij de banken en beurzen als organisaties.[8] De buitenbeurshandel was daarentegen niet gedekt. De behoefte aan een meer gedragsgeoriënteerd toezicht leidde, mede door Europese ontwikkelingen,[9] tot de oprichting van een andere toezichtspilaar, namelijk het effectentoezicht. Dit type toezicht werd omschreven als *funktionsbezogene Aufsicht* of 'conduct-of-business-Aufsicht'; het was in hoofdzaak gericht op de opheffing van de asymmetrische informatieposities van beleggers en aanbieders van financiële diensten. Voor dat type toezicht werd de BAWe verantwoordelijk. Dat noopte tot ingewikkelde bevoegdheidsverdelingen tussen BAKred en BAWe, voor zover banken tevens beleggingsdiensten aanboden.[10] Naast de voortgaande versmelting en internationalisering van de financiële markten zelf, was dit een belangrijk argument voor de oprichting van de BAFin.

Het *Allfinanzaufsicht* dient, net als in Nederland, uiteindelijk drie doeleinden. Het hoofddoel is het zekerstellen van het ordentelijk functioneren van de Duitse financiële sector. Daaruit worden twee andere doeleinden afgeleid, namelijk enerzijds het

7 Höhns (2002), p. 32.
8 Höhns (2002), p. 73 e.v.; Schäfer (1999), § 4 WpHG, rn. 1.
9 Hoofdstuk 2.2.1.
10 Höhns (2002), p. 241 e.v.

solvabiliteitstoezicht en anderzijds de bescherming van beleggers.[11] Het instrumentarium daarvoor wordt geboden door de *Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz* (FinDAG), die kan worden getypeerd als een organisatorische wet waarin organisatie van en toezicht op de BAFin zijn genormeerd, en door de sectorspecifieke toezichtwetten, met als belangrijkste wetten voor dit onderzoek de *Kreditwesengesetz* (KWG) en de *Wertpapierhandelsgesetz* (WpHG).[12] Anders dan in Nederland, waar alle wetten zijn samengevoegd in de Wet op het financieel toezicht, zijn in Duitsland de afzonderlijke toezichtwetten naast de FinDAG blijven bestaan. De materiële toezichtnormen, inclusief de implementaties van de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID zijn in deze wetten neergelegd.

> Bijzondere aandacht is er hier voor de *Wertpapierhandelsgesetz*, omdat daarin het leeuwendeel van het effectentoezicht is geregeld. Soms zal ik in het onderstaande verwijzen naar relevante bepalingen in de *Kreditwesengesetz*, omdat in deze wet de vergunningenprocedure is geregeld, die ook geldt voor beleggingsondernemingen (§ 32 e.v. KWG). De *Kreditwesengesetz* geeft daarmee ook uitvoering aan de MiFID. Dat volgt uit de ruime begripsomschrijving in artikel 1 van die wet, waaruit kan worden afgeleid dat ze van toepassing is op meer dan alleen kredietinstellingen. Het zonder vergunning aanbieden van beleggingsdiensten is verboden door de KWG, niet door de WpHG.[13]

De exacte taken van de BAFin zijn dienovereenkomstig af te leiden uit § 4 FinDAG en uit de sectorale wetten. Uit § 4 FinDAG blijkt dat men voor de BAFin geen nieuwe taken in gedachten had, maar dat men uitsluitend een samenvoeging van de bestaande taken binnen een toezichthouder wilde.[14] Uit het vierde lid kan bovendien worden afgeleid dat het financiële toezicht het algemeen belang – de belangen van de financiële sector in zijn geheel – dient en niet de belangen van enkele beleggers.[15] We herkennen hierin een duidelijke uitwerking van het specialiteitsbeginsel.

> In § 4 FinDAG is de taak van de BAFin omschreven. '(1) Die Bundesanstalt übernimmt die dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, dem Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen und dem Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel übertragenen Aufgaben. Sie nimmt darüber hinaus die ihr nach anderen Bestimmungen übertragenen Aufgaben einschließlich der Beratungstätigkeit im Zusammenhang mit dem Aufbau und der Unterstützung ausländischer Aufsichtssysteme wahr. (2) Die Bundesanstalt arbeitet mit anderen Stellen und Personen im In- und Ausland nach Maßgabe der in Absatz 1 genannten Gesetze

11 Bron: www.bafin.de.

12 Andere typische 'effectenwetten' zijn de *Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz* (WpÜG), de *Wertpapierprospektgesetz* (WpPG) en de *Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz* (VerkprospG). Voor beleggingsinstellingen (*Kapitalanlagegesellschaften*/KAG) en investment funds geldt de *Investmentgesetz* (InvG).

13 Schäfer (1999), § 4 WpHG, rn. 1.

14 Bundesrat Drucksache 636/01 van 17 augustus 2001, p. 92.

15 Schäfer (1999), § 4 WpHG, rn. 24; Assmann/Schneider (2003), § 4 WpHG, rn. 22 e.v.

> und Bestimmungen zusammen. (3) Bei der Durchführung ihrer Aufgaben kann sich die Bundesanstalt anderer Personen und Einrichtungen bedienen. (4) Die Bundesanstalt nimmt ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahr.'

De hervormingen hebben niet geleid tot een algehele versmelting van de taken binnen de BAFin. Een aantal taken blijft sectoraal georganiseerd. Zo leunt de BAFin in belangrijke mate nog op afzonderlijke zuilen (*Aufsichtssäulen*) voor *Bankenaufsicht*, *Versicherungsaufsicht* en *Wertpapieraufsicht*. De afdeling *Wertpapieraufsicht* kent onderafdelingen die zijn belast met de boeteprocedure (*Bußgeldverfahren*) en sectorspecifieke internationale toezichtsvragen; met de *Insiderüberwachung*, *ad-hoc*publiciteit en marktmanipulatie; en met beleggersbescherming, gedragsregels en het toezicht op prospectussen. Andere activiteiten worden nu echter door nieuw opgerichte afdelingen sectoroverschrijdend aangepakt (*Querschnittabteilungen*). Daarbij gaat het onder meer om de internationale samenwerking en het concerntoezicht. Ook voor de in dit onderzoek belangrijke bewaking van de integriteit van het financiële systeem (met expliciet als taak de 'Verfolgung unerlaubter oder verbotener Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen'), witwassen en financiering van terrorisme zijn aparte afdelingen opgericht.[16]

4.2.1.2 Taken op grond van de Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)

Om te kunnen achterhalen wat het voorgaande feitelijk impliceert voor de activiteiten van de BAFin is een nader onderzoek van de sectorale wetten noodzakelijk. De belangrijkste wet is de *Wertpapierhandelsgesetz*.

> De *Wertpapierhandelsgesetz* omschrijft in § 1 zijn toepassingsgebied als volgt: '(1) Dieses Gesetz ist anzuwenden auf die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebendienstleistungen, den börslichen und außerbörslichen Handel mit Finanzinstrumenten, den Abschluss von Finanztermingeschäften, auf Finanzanalysen sowie auf Veränderungen der Stimmrechtsanteile von Aktionären an börsennotierten Gesellschaften.' Uit § 1 WpHG blijkt dat de wet niet alleen ziet op de beurshandel, maar ook op de buitenbeurshandel, evenals de handel in derivaten. Dit is van belang voor de reikwijdte van de verschillende onderdelen van de wet, waaronder de insider-regelgeving. De ondernemingen die de diensten verrichten, worden *Wertpapierdienstleistungsunternehmungen* genoemd. Uit § 2 IV WpHG blijkt dat het gaat om *Kreditinstitute* en *Finanzdienstleistungsinstitute*, evenals om onzelfstandige vestigingen van in het buitenland gevestigde ondernemingen, zoals bedoeld in § 53 I Nr. 1 KWG.[17]

In § 4 WpHG worden de taken van de BAFin op het gebied van het effectentoezicht verwoord. Uit het artikel blijkt dat de BAFin niet alleen taken vervult ter

16 Een organigram van de BAFin is te vinden op haar website: www.bafin.de.

17 Er kan van worden uitgegaan dat deze definities dezelfde zijn als die van de *Kreditwesengesetz* (zie resp. § 1 I KWG en § 1 Ia KWG); Schäfer (1999), § 2 WpHG, rn. 47 e.v.

uitvoering van de wet, zoals het verlenen van vergunningen, maar ook op het vlak van de preventieve en repressieve rechtshandhaving. In het geval (vermoede) overtredingen worden geconstateerd, rust op haar de taak in te grijpen, waarbij ze zelf de maatregelen mag kiezen die haar geschikt en nodig lijken. Ze kan dus zelf beleid ontwikkelen. Zeker na de omzetting van de Richtlijn marktmisbruik is haar arsenaal niet kinderachtig.[18] Het omvat maatregelen op reparatoir vlak, zoals de stillegging van de handel, maar ook op punitief vlak, zoals de oplegging van geldboetes (*Ordnungswidrigkeiten*). Daarenboven vervult de BAFin nog taken ter voorbereiding van de opsporing.

> § 4 WpHG luidt voor zover hier relevant: '(1) Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bundesanstalt) übt die Aufsicht nach den Vorschriften dieses Gesetzes aus. Sie hat im Rahmen der ihr zugewiesenen Aufgaben Missständen entgegenzuwirken, welche die ordnungsgemäße Durchführung des Handels mit Finanzinstrumenten oder von Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebendienstleistungen beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für den Finanzmarkt bewirken können. Sie kann Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, diese Missstände zu beseitigen oder zu verhindern. (2) Die Bundesanstalt überwacht die Einhaltung der Verbote und Gebote dieses Gesetzes und kann Anordnungen treffen, die zu ihrer Durchsetzung geeignet und erforderlich sind. Sie kann den Handel mit einzelnen oder mehreren Finanzinstrumenten vorübergehend untersagen oder die Aussetzung des Handels in einzelnen oder mehreren Finanzinstrumenten an Märkten, an denen Finanzinstrumente gehandelt werden, anordnen, soweit dies zur Durchsetzung der Verbote nach § 14 oder § 20a oder zur Beseitigung oder Verhinderung von Missständen nach Absatz 1 geboten ist.'
>
> In § 4 WpHG wordt onderscheiden tussen het zogenaamde instituutgerelateerde toezicht (*Institutsaufsicht*) en het toezicht op algemene misstanden (*allgemeine Misstandsaufsicht*). Over het karakter van het laatste type toezicht bestaat onduidelijkheid. Sommigen lezen er alleen een concretisering in van de eerste zin van het eerste lid van § 4, anderen menen dat het misstandtoezicht een aparte taak is waarop overheidshandelen kan worden gebaseerd. Dat laatste zou kunnen leiden tot optreden van de toezichthouder dat weliswaar de doeleinden van het financiële toezicht dient, maar niet op de *Wertpapierhandelsgesetz* kan worden teruggevoerd. Het heeft als voordeel dat de toezichthouder snel kan inspringen op actuele ontwikkelingen. Ook dan kan de effectentoezichthouder echter niet de taken van andere overheidsorganen overnemen. Dat zou indruisen tegen de door de wetgever gewilde bevoegdhedenverdeling.[19]

---

18 Omzetting had plaats via de *Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes – Anlegerschutzverbesserungsgesetz* – AnSVG van 28 oktober 2004, gepubliceerd in Bundesgesetzblatt I 2004 Nr. 56, p. 2630. De voorbereidende stukken zijn gepubliceerd in Bundesrat Drucksache 341/04 e.v. van 30 april 2004.

19 Schäfer (1999), § 4 WpHG, rn. 13.

Onduidelijk was lange tijd welke lezing de heersende was.[20] De wetgever lijkt inmiddels de tweede lezing aan te hangen en baseert op de genoemde bepaling bijvoorbeeld de bevoegdheid van de BAFin om de handel stil te leggen (vgl. art. 12, lid 2, onder f, Richtlijn marktmisbruik).[21]

Voor dit onderzoek zijn, gelet op de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID, vooral de volgende taken van de BAFin relevant:

1. De bestrijding van handel met voorkennis (*Insiderüberwachung*), inclusief het toezicht op transacties door bepaalde leidinggevende personen (*director's dealings*; § 15a WpHG) (§ 12 e.v. WpHG). De relevante strafbepalingen staan in § 38 en § 39 WpHG. Het toezicht op de insiderhandel is voornamelijk gebaseerd op omvangrijke meldplichten die de financiële instellingen zijn opgelegd (§ 9 WpHG). Vooral op grond hiervan, maar ook op grond van bijvoorbeeld *ad-hoc*publicatieplichten worden door medewerkers van de BAFin analyses gemaakt die kunnen leiden tot verder onderzoek. Als er aanwijzingen (*Anhaltspunkte*) voor verboden transacties zijn, wordt er een formele *Insideruntersuchung* ingeleid. Verhardt de verdenking zich, dan zijn – afhankelijk van de overtreding – twee stappen mogelijk. De BAFin doet ofwel (verplicht) aangifte bij justitie (§ 4 V WpHG) of handelt de zaak zelf af door middel van een geldboete en/of andere sancties (§ 40 WpHG). Ik kom hierop zodadelijk terug.

   In Duitsland zijn de kernbepalingen van art. 2 van de Richtlijn marktmisbruik als volgt geïmplementeerd.[22] Strafbare feiten, waarvoor justitie bevoegd is, zijn het verkrijgen (*Erwerben*) of vervreemden (*Eräußern*) van financiële instrumenten waarop deze voorwetenschap betrekking heeft, ongeacht door wie het werd begaan (§ 38 I Nr. 1 WpHG). Dat is anders voor het mededelen (*Weitergeben*) en het doen van aanbevelingen (*Verleiten*) op basis van voorwetenschap. Alleen wanneer deze handelingen worden verricht door primaire insiders (§ 38 I Nr. 2a-d, WpHG) gaat het om strafbare feiten en dus om de competentie van het OM. In geval van secundaire insiders gaat het om *Ordnungswidrigkeiten*, waarvoor de BAFin bevoegd is (zie onder). Dit onderscheid heeft te maken met de vermeende *geringere Unrechtsgehalt* van de laatste feiten.[23]

2. Ook de bestrijding van koers- en marktprijsmanipulatie is een taak van de BAFin (§ 20a WpHG). Overtreding van deze regels kan eveneens worden bestraft met een bestuurlijke boete (*Ordnungswidrigkeit*), waarvoor de BAFin zelf verantwoordelijk is (§ 40 WpHG), of met een strafrechtelijke sanctie. Komt de BAFin tot een verdenking van een strafbaar feit als in § 38 WpHG, dan is ze opnieuw verplicht daarvan aangifte te doen bij het OM.

---

20 Park (2004), p. 28-29; Schäfer (1999), § 4 WpHG, rns. 12-16, vertegenwoordigt de eerste lezing, Assmann/Schneider (2003), § 4 WpHG, rn. 7 e.v., de tweede.
21 Bundesrat Drucksache 341/04 van 30 april 2004, p. 56.
22 Hierover ook Ziouvas (2005) en Schmitz (2003).
23 Bundesrat Drucksache 341/04 van 30 april 2004, p. 78.

Manipulaties die aanwijsbaar op de beurs- of marktprijs invloed hebben gehad, zijn strafbaar met gevangenisstraffen tot vijf jaar of met geldstraffen (§ 38 II WpHG). Is daarvan geen sprake, dan kan de BAFin ze als *Ordnungswidrigkeit* bestraffen (§ 39 WpHG).

3. Het toezicht op gedragsregels en organisatieplichten (§ 31 e.v. WpHG) wordt verricht op basis van periodieke rapportageplichten, maar ook door steekproeven. Meer dan bij de *Insiderüberwachung* en de voorkoming en vervolging van koersmanipulatie is hier de eigen positie van de bank in het geding. Vooral deze bepalingen geven uitvoering aan de MiFID. In het bijzonder gaat het om de naleving van allerhande gedragsregels, zoals het voorkomen van belangenconflicten (vgl. § 31 I WpHG), 'know your customer' (§ 31 II WpHG), het handelen in het belang van de cliënt (§ 32 I WpHG), voorschriften over de administratieve organisatie en interne controle (AO/IC: § 33 WpHG), het houden van gescheiden vermogens (§ 34a WpHG), et cetera. Daarbij gelden administratieplichten op grond waarvan verrichte effectendiensten moeten worden bijgehouden. Die administratie moet ten minste zes jaar worden bewaard (§ 34 WpHG). Voor zover buitenlandse ondernemingen in Duitsland aan Duitse cliënten diensten aanbieden, gelden deze normen ook voor hen. Een flink aantal van deze bepalingen is als *Ordnungswidrigkeit*, maar niet als strafbaar feit, gesanctioneerd.

4.2.1.3 Samenwerking met het binnen- en buitenland

De BAFin is niet de enige autoriteit die taken vervult op het gebied van het financiële toezicht. Samenwerking met binnenlandse en buitenlandse autoriteiten is nodig. Op de samenwerking met het buitenland kom ik hieronder nog uitvoerig terug. Ook met binnenlandse autoriteiten wordt echter samengewerkt. Andere autoriteiten, in het bijzonder de Duitse *Bundesbank* en toezichthouders op de beurzen zelf, vullen de BAFin in menig opzicht aan. Om die reden verplicht een aantal artikelen in de FinDAG, WpHG en KWG de betrokken autoriteiten tot onderlinge samenwerking.[24] Deze vormen van samenwerking worden hier kort besproken.

Het beurstoezicht is geregeld in de *Börsengesetz*. Het wordt uitgeoefend door autoriteiten op deelstaatniveau (§ 1-3 BörsG) in samenwerking met de zogenaamde *Handelsüberwachungsstellen* van de beurzen zelf.[25,26]

Interessant is dat de beurstoezichthouders met de BAFin in sommige spoedgevallen samenwerken via het concept van de *Organleihe*. Dat betekent dat deze in die gevallen handelen als de verlengde arm van de BAFin; ze zijn als het ware uitgeleend aan de BAFin. De keuze voor *Organleihe* heeft gevolgen voor de vraag

24 Vgl. §§ 4 FinDAG, 6 WpHG en 7 en 8 KWG.
25 Voor een overzicht, zie Assmann/Schneider (2003), Vor § 3 WpHG, rn. 11.
26 Zie voor Hessen de *Verordnung über Zuständigkeiten nach dem Börsengesetz* van 6 augustus 2002 (GVBl. I S. 539) die het Hessissche *Ministerium*, resp. de *Minister für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung* als bevoegde autoriteit aanwijst.

> wie verantwoordelijk is voor de te nemen maatregel, welke gezagsstructuren gelden, welke rechtsregels moeten worden toegepast, et cetera. Het concept van de *Organleihe* is daarmee een alternatief voor de hieronder nog te bespreken concepten van *Amtshilfe* en *Rechtshilfe*, waarop ook de transnationale samenwerking is gebaseerd.[27]

De samenwerking tussen de *Bundesbank* en de (rechtsvoorgangers van de) BAFin vloeit voort uit de oorspronkelijke taak van de *Bundesbank* als *Währungs- und Notenbank*.[28] Omdat beide instanties vaak maatregelen nemen die direct het takenpakket van de andere raken, is samenwerking voor de hand liggend.[29] De intensieve samenwerking met de *Bundesbank* verklaart mede waarom de personele bezetting van de BAFin relatief gering is. In september 2005 hield de BAFin met ongeveer 1.500 medewerkers toezicht op 2.300 banken, 800 beleggingsondernemingen (*Finanzdienstleistungsinstitute*), 630 verzekeraars en 6.200 fondsen.[30] Een groot deel van het feitelijke handhavingstoezicht vindt plaats door de *Bundesbank*; deze vormt als het ware de ogen en oren van de BAFin en vervult een filterfunctie. De *Bundesbank* staat dicht bij de banken, beschikt over talrijke kantoren in het land en heeft uit hoofde van de haar opgedragen taken al de beschikking over veel informatie. Ze vervult echter geen bevoegdheden op grond van de KWG of WpHG; de uitoefening van overheidsgezag op het vlak van het (gedrags)toezicht (*hoheitliche Maßnahmen*) is voorbehouden aan de BAFin. Het uitoefenen van dwangmaatregelen door de Bundesbank (*Eingriffsmaßnahmen*) is om die reden evenmin toegestaan.[31] Wél heeft de BAFin direct toegang tot allerhande databestanden van de Bundesbank (vgl. § 6 III WpHG).[32]

> Vermeldenswaard is ook de samenwerking met het *Bundeskartellamt*, de mededingingsautoriteit (§ 6 III WpHG). Dat hangt samen met het feit dat deze autoriteit bij de uitoefening van haar taken ook kan stuiten op voorwetenschap. Van ophanden zijnde fusies en samenwerkingsverbanden zal het *Kartellamt* als een van de eersten op de hoogte zijn. De informatie van deze autoriteit is daarmee zeer nuttig, vooral om de link tussen zogenaamde primaire en secundaire insiders vast te stellen.[33]

---

27 *Infra* paragraaf 4.4.4.

28 Zie ook de *Vereinbarung über die Zusammenarbeit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Deutschen Bundesbank bei der Beaufsichtigung der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute* van 31 oktober 2002.

29 Vgl. BVerfG 24 juli 1962, BVerfGE 14, 197 (*BAKred*).

30 Bron: www.bafin.de.

31 Boos/Fischer/Schulte-Mattler (2000), § 7 KWG.

32 Ze over de taak van de Bundesbank verder Kümpel (2000), p. 2257-58; Höhns (2002), p. 77 e.v.; Boos/Fischer/Schulte-Mattler (2000), § 7 KWG.

33 Bundesrat Drucksache 936/01 van 14 november 2001, p. 240, leidend tot de *Viertes Finanzmarktförderungsgesetz* van 21 juni 2002 (BGBl I, p. 2010).

DUITSLAND

4.2.1.4 *Punitieve handhaving*

De samenwerking met justitie rechtvaardigt een aparte bespreking. Uit het voorgaande wordt duidelijk dat de BAFin zich zeker niet alleen bezighoudt met de wetsuitvoering, maar ook met de controle hierop (preventieve handhaving) en het onderzoek naar overtredingen en – in voorkomend geval – de bestraffing ervan (repressieve handhaving). Hier raken we de centrale materie van dit onderzoek. De binnenlandse verhoudingen tussen het bestuur (BAFin) en justitie zijn van grote invloed op de mogelijkheden tot internationale samenwerking. Duitsland heeft bij de handhaving van de normen die hun oorsprong vinden in de Europese richtlijnen andere keuzes gemaakt dan Nederland. Men heeft gekozen voor vormen van *alternatieve* punitieve handhaving: voor de bestraffing van overtredingen is hetzij het OM, hetzij de BAFin bevoegd. Parallelle of *cumulatieve* bevoegdheden, zoals in Nederland, doen zich, althans op punitief vlak, niet voor. Dat heeft gevolgen voor de transnationale samenwerking. Om dit aan te kunnen geven is het nodig om, net als in het Nederlandse hoofdstuk, een onderscheid te maken tussen de taken die de BAFin vervult in (de voorfase van) het strafrechtelijk onderzoek en de eigen punitieve taken van de BAFin in het *Ordnungswidrigkeitenverfahren*. Beide aspecten worden hieronder besproken. Ook ga ik in op de situaties waarin de verschillende typen procedures cumuleren.

A) Het Ordnungswidrigkeitenverfahren

De rechtsfiguur *Ordnungswidrigkeit* is een repressieve reactie op door de wetgever ontoelaatbaar geacht gedrag. Het gaat daarbij om een financiële sanctie (geldboete) met een punitief karakter, zoals door het EHRM in het befaamde Öztürk-arrest werd uitgemaakt.[34] Om die reden moet er voldaan zijn aan een aantal waarborgen die ook in het strafrecht gelden. Toch kan van strafrechtelijke handhaving *sensu stricto* niet worden gesproken. Waar het strafrecht leidt tot de oplegging van *Geldstrafen*, leidt het *Ordnungswidrigkeitenrecht* tot de oplegging van *Bußgelder*. Deze terminologie wordt in het hele Duitse recht consequent gehanteerd. Aan de terminologie (*Geldstrafe* of *Bußgeld*) kan men zien met welk rechtsgebied men te maken heeft.

Het is moeilijk aan te geven waar de precieze grenzen tussen het strafrecht en het *Ordnungswidrigkeitenrecht* liggen. In de literatuur heeft men hiernaar lange tijd gezocht.[35]

1. Oorspronkelijk meende men dat het onderscheid lag in de *aard van het bedreigde rechtsgoed*. Het onderscheid tussen strafbare feiten en *Ordnungswidrigkeiten* rechtvaardigde men met het argument dat in het strafrecht duidelijk maatschappelijke afkeuring over een feit tot uitdrukking komt, terwijl de *Ordnungswidrigkeit* voorbehouden is voor lichter onrecht. *Ordnungswidrigkeiten* lenen zich dan ook uit-

34 EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937.

35 Hierover onder meer Pfund (1970); Mattes (1982); Göhler (1998), Vor § 1 OWiG, rn. 2 e.v.; Wabnitz/Janovsky (2000), p. 22 e.v.; Rosenkötter (2002), p. 15 e.v.

stekend voor de handhaving van sociaal-economisch recht, omdat het daarbij vaak gaat om 'wetsdelicten' en niet om 'rechtsdelicten'. De invoering van de nieuwe rechtsfiguur was dan ook bedoeld als een grote decriminaliseringsoperatie. Veel feiten moesten uit de sfeer van het strafrecht. Om die reden wordt bijvoorbeeld bij *Ordnungswidrigkeiten* niet van 'schuldhaftes Handeln' gesproken, maar van 'vorwerfbares Handeln' om zo het sociaal-ethische element buiten te kunnen houden.[36]

Deze opvatting wordt echter minder en minder vast aangehangen. Meer en meer wordt aanvaard dat de wetgever mede op doelmatigheidsoverwegingen de keuze tussen strafrecht en *Ordnungswidrigkeitenrecht* maakt. De rechtsgebieden worden nu deels als inwisselbaar gezien, waarmee niet is gezegd dat het *Ordnungswidrigkeitenrecht* als zelfstandig rechtsgebied zijn betekenis heeft verloren. In het bijzonder is het niet toegestaan dat 'klassieke' rechtsgoederen, bijvoorbeeld de bescherming van het leven of – hier belangrijker – de eigendom, via het *Ordnungswidrigkeitenrecht* gaan worden afgedaan. Deze mogen niet uit de sfeer van het strafrecht worden gehaald. 'Es gibt einen 'Kernbereich des Srafrechts', dessen Aufgabe es ist, 'die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen'.'[37] Hoewel men dus, zeker in het sociaal-economische recht, niet ongevoelig is voor de noden van de praktijk en men het daarom toestaat dat *Ordnungswidrigkeiten* tegenwoordig op ruime schaal worden ingezet, mag het *Kernbereich* van het strafrecht nooit worden aangetast.[38] Voor deze goederen blijft rechterlijke tussenkomst vereist. In zoverre kiest men tegenwoordig voor een gemengde benadering, waarin zowel kwantitatieve als kwalitatieve criteria bij de keuze tussen strafrecht en *Ordnungswidrigkeit* een rol spelen.[39]

2. Ook in de *aard van de sanctie* wordt een onderscheid tussen strafrecht en *Ordnungswidrigkeitenrecht* gezien. Niet voor niets spreekt men bij de *Ordnungswidrigkeiten* niet van 'Strafe', maar van 'Geldbuße'. De sanctie is weliswaar repressief, maar toch geen echte straf; ze zou niet zijn gericht op verzoening (*Sühnung*) of op een 'Ausgleich sozialethische Schuld', maar op de 'Durchsetzung einer bestimmten Ordnung'.[40] Dat soms subtiele verschil is toch van belang. Men acht het in Duitsland – mede als gevolg van de Tweede Wereldoorlog – namelijk ontoelaatbaar dat het bestuur strafrechtelijke sancties kan opleggen; deze horen toe aan de rechter.[41] Alleen in het fiscale strafrecht bestond nog tot 1967 de mogelijkheid om door het bestuur via *Strafbescheide* (strafrechtelijke) geldstraffen op te laten leggen.[42] Het is overigens om dit gevoelde verschil in de aard van de sanctie dat er in Duitsland nog steeds auteurs het fundamenteel oneens zijn met het oordeel van het EHRM in de zaak Öztürk, waarin de *Ordnungswidrigkeiten* onder het bereik van de strafrechtelijke poot van art. 6 EVRM werden gebracht, mede vanwege het karakter van de sanctie.[43]

---

36 Göhler (1998), Vor § 1 OWiG, rn. 30.
37 Göhler (1998), Vor § 1 OWiG, rn. 8.
38 BVerfGE 27, 18. Het hof acht zich bevoegd wetgeving hierop te toetsen.
39 Göhler (1998), Vor § 1 OWiG, rn. 6 en 7.
40 Wabnitz/Janovsky (2000), p. 22.
41 Wabnitz/Janovsky (2000), p. 22.
42 In dat jaar maakte het *Bundesverfassungsgericht* hieraan een einde; BVerfGE 22, 49.
43 Göhler (1998), § 46 OWiG, rn. 10a e.v.

DUITSLAND

In het financiële toezicht heeft de wetgever als gezien veelvuldig gebruik gemaakt van het *Ordnungswidrigkeitenrecht*. Een *Ordnungswidrigkeit* wordt opgelegd door het bestuur, *in casu* de BAFin (§ 40 WpHG). Het is in die zin een bestuurlijke sanctie, waarvoor men in transnationaal verband de financiële bijstand zou kunnen openstellen. Daarvoor pleit ook dat men in Duitsland deze rechtsfiguur uitdrukkelijk niet als strafrecht *sensu stricto* beschouwt. Toch is dit niet gebeurd.[44] *Ordnungswidrigkeiten* lopen, zoals we nog zullen zien, via de rechtshulp. Dit hangt samen met enige procedurele kenmerken van de sanctie. Van groot belang is daarbij dat de procedurevoorschriften van de *Strafprozeßordnung* (StPO) gelden (§ 71 *Ordnungswidrigkeitengesetz*/OWiG) en niet de voorschriften van het bestuursprocesrecht.[45] Juist deze eigenschap van het *Ordnungswidrigkeitenrecht* heeft grote consequenties voor de internationale samenwerking. Ze maakt immers ook de strafrechter bevoegd en daarmee komen de strafrechtelijke samenwerkingsinstrumenten in het vizier.[46]

> De procedure kent verschillende stadia. Allereerst is er de onderzoeksfase door het bestuur (*Vorverfahren*), die leiden kan tot een boetebeschikking (*Bußgeldbescheid*). Is men het met die beschikking niet eens, dan volgt een *Zwischenverfahren* bij het Openbaar Ministerie. Daaraan vooraf is een bezwaarfase gegaan (*Einspruch*), waarin de zaak is teruggegaan naar het bestuursorgaan (BAFin), dat eventueel opnieuw onderzoek kan doen (§ 69 OWiG). Dit kan het *Bußgeldbescheid* terugnemen of een nieuw besluit doen uitgaan. Doet het dat niet, dan worden de stukken aan het OM gezonden. Het OM – en niet meer de BAFin – is vanaf dat moment de bevoegde autoriteit. Het kan verder onderzoek doen, seponeren (*einstellen*) of de zaak doorsturen naar de strafrechter (§ 69 III OWiG). In het laatste geval vangt het *gerichtliche Verfahren* aan.

Ook in het bestuurlijke *Vorverfahren* is de *Strafprozeßordnung* van belang. De BAFin beschikt bij *Ordnungswidrigkeiten* namelijk in de regel over dezelfde bevoegdheden als het Openbaar Ministerie in een strafproces. Om actief te kunnen worden, moet er dan ook een *Anfangsverdacht* in de zin van § 152 StPO voorliggen.[47] De taakuitoefening is hier gekoppeld aan een normatief element. Is zo'n verdenking er niet, dan kan men ook niet in het kader van een *Ordnungswidrigkeitenverfahren* actief worden. Daar staat tegenover dat de BAFin, met inachtneming van het strafprocesrecht, ook de beschikking heeft over strafvorderlijke dwangmiddelen als de doorzoekingsbevoegdheid. Dat alles is bepaald in § 46 OWiG.

> Voor dit onderzoek is § 46 OWiG van groot belang. Het zal hieronder nog meermaals aan de orde komen, deels omdat het ook informatie bevat over de bevoegdheden die de BAFin toekomen. Het luidt als volgt: '(1) Für das Bußgeldverfahren gelten, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, sinngemäß

44 Hoofdstuk 2.4.3.2.
45 Rosenkötter (2002), p. 259.
46 Hoofdstuk 2.4.3.
47 Göhler, Vor § 59 OWiG, rn. 28. Op de inhoud van het begrip *Anfangsverdacht* kom ik nog terug in paragraaf 4.2.3.3.

> die Vorschriften der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, namentlich der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Jugendgerichtsgesetzes. (2) Die Verfolgungsbehörde hat, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, im Bußgeldverfahren dieselben Rechte und Pflichten wie die Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung von Straftaten. (3) Anstaltsunterbringung, Verhaftung und vorläufige Festnahme, Beschlagnahme von Postsendungen und Telegrammen sowie Auskunftsersuchen über Umstände, die dem Post und Fernmeldegeheimnis unterliegen, sind unzulässig. § 160 Abs. 3 Satz 2 der Strafprozeßordnung über die Gerichtshilfe ist nicht anzuwenden. (…) (5) Die Anordnung der Vorführung des Betroffenen und der Zeugen, die einer Ladung nicht nachkommen, bleibt dem Richter vorbehalten. Die Haft zur Erzwingung des Zeugnisses (§ 70 Abs. 2 der Strafprozessordnung) darf sechs Wochen nicht überschreiten. (…) (7) Im gerichtlichen Verfahren entscheiden beim Amtsgericht Abteilungen für Bußgeldsachen, beim Landgericht Kammern für Bußgeldsachen und beim Oberlandesgericht sowie beim Bundesgerichtshof Senate für Bußgeldsachen. (…)'

B) Taak en positie van de BAFin in de strafrechtspleging

Ook ter zake van die feiten uit de *Wertpapierhandelsgesetz* waarvoor niet de BAFin, maar het OM bevoegd is, speelt de BAFin een rol. De rol van de BAFin in de strafrechtspleging verschilt op enkele essentiële punten van die van de AFM. Net als in Nederland hebben medewerkers van de BAFin geen opsporingsbevoegdheid.[48] Dat laat onverlet dat ze zeer betrokken zijn bij de strafrechtelijke handhavingsketen. Niet voor niets kent de BAFin hiervoor een aparte *Querschnittabteilung* Q3 (*Integrität des Finanzsystems*; zie boven).

Die betrokkenheid uit zich op meerdere wijzen. Medewerkers van de BAFin zijn regelmatig aanwezig bij strafrechtelijke doorzoekingen en worden daarbij belast met de beoordeling van documenten (vgl. § 40a WpHG). Vaak zal het OM bij de BAFin advies inwinnen.[49] Op BAFin en OM rusten bovendien wederzijdse melden kennisgevingsplichten, wanneer zich voor de taakuitoefening van de ander relevante feiten voordoen. Het meest belangrijk is hier echter de *Anzeigepflicht* en *Fahndungspflicht* die de BAFin heeft op het vlak van handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (§ 4 V WpHG). De BAFin is aldus bij wet verplicht tot samenwerking met het OM. Een eigen afwegingsruimte, ingegeven door een vertrouwenspositie jegens haar onder toezicht gestelden, komt haar uitdrukkelijk niet toe.[50] Op zijn beurt is het OM op grond van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel tot vervolging van strafbare feiten verplicht. Anders dan in het (punitieve) bestuursrecht, komt de BAFin hier geen beleidsruimte toe. De wetgever heeft hier de keuzes al ondubbelzinnig gemaakt.

> In het *Ordnungswidrigkeitenverfahren* geldt, in afwijking van de hoofdregel van § 40 OWiG en anders dan in het strafprocesrecht, niet een plicht tot optreden bij het voorliggen van een verdenking van een beboetbaar feit (*Legalitätsprinzip*; § 152

48 Vgl. Wabnitz/Janovsky (2000), p. 1378 e.v.; Nietsch (2003).
49 Wabnitz/Janovsky (2000), p. 1378 e.v.
50 Dat is anders in Nederland; hoofdstuk 3.2.1.3.

> II StPO), maar het opportuniteitsprincipe: *of* punitief optreden zinnig is, beoordeelt de BAFin 'nach pflichtgemäßem Ermessen' (§ 47 I OWiG). Ze kan ervoor kiezen met andere dan punitieve middelen op te treden of wellicht zelfs helemaal niet. Op dit punt is de BAFin dus relatief vrij.[51]

Hoewel de wetgever zich aldus duidelijk heeft uitgesproken en de BAFin in die zin aanstuurt, is de aangifteplicht een niet onomstreden deel van de taakuitoefening van de BAFin. Een aantal auteurs ziet er namelijk een omzeiling van het strafprocesrecht in. De kern van de kritiek is dat de BAFin niet gebonden is aan het relatief nauw omschreven Duitse opsporingsbegrip (§ 152 StPO), maar dat voor haar versoepelde criteria gelden. Bovendien rusten op financiële instellingen tal van meldplichten. Bestuursrechtelijke '*Massenfahndung*' leidt zo tot strafrechtelijke '*Verwertung von Zufallsfunden*'.[52] Daar zou echter tegenin kunnen worden gebracht dat Duitsland geen in het beurs- en effectenstrafrecht gespecialiseerde opsporingsdienst kent. De ondersteuning van de BAFin is in dat opzicht een welkome en wellicht zelfs onmisbare ondersteuning voor het OM. Ze heeft ook tot gevolg dat de BAFin, als administratieve autoriteit, gebruik maakt van de wederzijdse bijstand voor zaken die in andere landen al als opsporing zouden zijn bestempeld.

> Overigens wordt in § 4 V WpHG alleen een aangifteplicht in het leven geroepen voor de feiten die in § 38 WpHG strafbaar zijn gesteld. Voor andere strafbare feiten geldt dus het uitgangspunt dat de BAFin tot geheimhouding verplicht is, tenzij een andere wet, bijvoorbeeld de *Strafprozeßordnung*, tot verstrekking van gegevens verplicht. Daarop kom ik hieronder nog terug in paragraaf 4.4.1.1.

Ten slotte, het feit dat aangifte moet worden gedaan, wil niet zeggen dat na het doen daarvan de taak van de BAFin ophoudt. Deze kan het nodig achten ook zelf nog maatregelen te nemen in dezelfde zaak. Dat is toegestaan door § 4 V en 40a WpHG.[53] Het eerste artikellid bepaalt dat de onderzoeksbevoegdheden van de BAFin ook na aangifte onaangetast blijven 'soweit dies für die Vornahme von Verwaltungsmaßnahmen oder zur Erfüllung von Ersuchen ausländischer Stellen (…) erforderlich ist', op voorwaarde dat 'eine Gefährdung des Untersuchungszwecks von Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden oder der für Strafsachen zuständigen Gerichte nicht zu besorgen ist.' Dit is een goed voorbeeld van parallel onderzoek en dus van sfeercumulatie in het financiële recht.

---

51 Overigens gaat ook het *Ordnungswidrigkeitenrecht* uit van het uitgangspunt *dat* er vervolgd wordt; Dannecker (1993), p. 270-271.

52 Hierover Nietsch (2003); Assmann/Schneider (2003), § 16 WpHG, rns. 8-11 en § 20b WpHG, rns. 4-5 en 12-14; Schäfer (1999), § 16 WpHG, rn. 3; Habetha (1996), p. 2133-2140.

53 Park (2004), p. 35.

4.2.1.5 Cumulatie van procedures

Het feit dat de BAFin, gelijktijdig of consecutief, in meerdere procedures actief kan worden (*Verwaltungsverfahren* en *Ordnungswidrigkeitenverfahren*), maakt dat ook moet worden gekeken naar de verhoudingen tussen die procedures onderling. Is er een onderlinge rangorde tussen de procedures? Hoe wordt misbruik voorkomen? Immers, in wezen heeft de BAFin meerdere petten op: een bestuurlijke en een (quasi-)strafrechtelijke. Daaraan zijn voor de justitiabelen verschillende rechtsposities gekoppeld. In theorie kunnen zich drie gevallen van cumulatie voordoen. Denkbaar is een cumulatie van:

1. bestuursrecht en strafrecht in ruime zin (strafrecht of *Ordnungswidrigkeiten*);
2. bestuursrechtelijke procedures onderling (bijvoorbeeld gedragstoezicht en *Insiderüberwachung*), die ik hier verder laat rusten;
3. strafrechtelijke procedures (in ruime zin) onderling.

Algemeen wordt aangenomen dat er wat betreft variant 1 geen onderlinge rangorde tussen de beide soorten procedures bestaat en dat bestuurlijk toezicht en punitieve trajecten parallel kunnen lopen.[54] De wetgever heeft het bij een samenloop van *Ordnungswidrigkeitenverfahren* en niet-punitieve procedures aan de BAFin gelaten om te bepalen welke aspecten van de zaak ze opneemt en welke ze laat rusten. Bij een samenloop met het strafrecht *sensu stricto* geldt doorgaans hetzelfde. Op grond van § 4 V WpHG kan dan weliswaar met zekerheid worden gezegd dat de BAFin aangifte zal doen in het kader van de bestrijding van de handel met voorwetenschap en marktprijsmanipulatie, maar daarmee zijn de onderlinge verhoudingen tussen de procedures nog niet verduidelijkt. Ook *in fiscalibus* doet zich deze problematiek voor. Ze is daar veel meer uitgewerkt. Ik verwijs daarom verder naar paragraaf 4.2.2.3.

Een strikte scheiding van procedures is ook in de verhoudingen tussen het *Ordnungswidrigkeitenrecht* en het strafrecht in enge zin (variant 3) niet altijd mogelijk. De delictsomschrijvingen van *Ordnungswidrigkeiten* – ook die van § 39 WpHG – kunnen inhoudelijk overlappen met andere strafbare feiten. De Duitse wetgever heeft voor die situaties voorzieningen getroffen. Bij *gelijktijdige* procedures gaat het daarbij om afwijkingen van de hoofdregel dat het bestuur bevoegd is voor de vervolging van *Ordnungswidrigkeiten*, bij *na elkaar volgende* strafrechtelijke en *Ordnungswidrigkeiten*procedures zijn voorzieningen getroffen om te voorkomen dat iemand tweemaal voor hetzelfde feit wordt bestraft.

In relatie tot strafrechtelijke onderzoeken geldt bij gelijktijdige procedures als hoofdregel dat de *Ordnungswidrigkeiten*procedure wijkt voor de strafrechtelijke (*Vorrang des Strafverfahrens*). Hoewel de BAFin voor de bestuurlijke sanctionering de primair verantwoordelijke autoriteit is, neemt het Openbaar Ministerie soms die rol

54 Vgl. Assmann/Schneider (2003), § 20b WpHG, rn. 54 e.v.

over.[55] Zo is het Openbaar Ministerie van rechtswege exclusief bevoegd (*primäre Zuständigkeit*), wanneer een feit (*Tat*) dat het vervolgt tevens een *Ordnungswidrigkeit* oplevert (§ 42 OWiG). Heeft het bestuur daarvoor aanwijzingen, dan moet het de zaak afgeven aan het Openbaar Ministerie (§ 41 OWiG).[56] Dat geeft de zaak weer terug als het geen *Strafverfahren* inleidt (§ 41 en § 43 OWiG). In aanvulling hierop kan het Openbaar Ministerie tot het uitvaardigen van het *Bußgeldbescheid* de procedure ook overnemen (*sekundäre Zuständigkeit*). In dat soort gevallen is er geen sprake van hetzelfde feit (*Tat*), maar wel van samenhang met een strafrechtelijke zaak (§ 42 OWiG).

> Het gaat bij het begrip 'Tat' om het zogenaamde processuele feitsbegrip (vgl. § 264 StPO): 'Gegenstand des Bußgeldverfahrens ist die "Tat", dh ein bestimmter Lebensvorgang (ein geschichtliches Ereignis), innerhalb dessen der Betroffene einen Bußgeldtatbestand verwirklicht hat oder verwirklicht haben soll (…). Der Tatbegriff ist mit dem des Art. 103 III GG identisch (…). Die Ahndung der "Tat" kann danach nicht in mehreren Bußgeldverfahren oder in einem getrennten Bußgeldverfahren und einen Strafverfahren (…) durchgeführt werden, weil dies dem Grundsatz "*ne bis in idem*" (Art. 103 III GG) widersprechen würde und zur Folge hätte, daß die erste rechtskräftige Entscheidung auch für andere Handlungen der "Tat" eine Sperrwirkung entfalten würde.' Daarom geldt dat voor de beoordeling of een *Tat* het volgende: 'Die Handlungen müssen vielmehr nach dem Ereignis selbst innerlich so miteinander verknüpft sein, daß ihre getrennte Würdiging und Ahndung als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorganges empfunden würde.' Het moet dus gaan om 'zeitlicher, räumlicher und innerer Zusammenhang'.[57]
>
> Als het OM besluit niet verder te vervolgen (*Einstellung*), zijn er meerdere situaties denkbaar. Zo kan het OM tegelijk de procedures ter zake van de *Ordnungswidrigkeit* als het strafbare feit 'einstellen'. Een dergelijke mededeling bindt ook het bestuur, net als de mededeling van het OM dat het de *Ordnungswidrigkeit* niet zal vervolgen. Het OM moet soms op grond van bijzondere wetten het bestuur gelegenheid geven in zo'n geval zich te uiten. Dat is ook zo op grond van § 40a WpHG. Wil het bestuur de zaak toch opgenomen zien, dan heeft het daarvoor de toestemming van het OM nodig, omdat het anders diens taken uitholt.[58] Als het OM besluit alleen het strafbare feit niet te vervolgen, geeft het echter de zaak terug aan het bestuur (§ 43 OWiG). Dat is mogelijk tot de rechterlijke procedure aanvangt.

Ook wanneer er ter zake van een feit al eerder een geldboete (*Bußgeld*) is opgelegd, geldt het principe van de voorrang van de strafprocedure. Als er in een *Ordnungswi-*

---

55 In dat geval heeft het bestuursorgaan (BAFin) de positie die de politie in het strafrechtelijk opsporingsonderzoek inneemt: § 63 OWiG.

56 Doet het dat niet, dan begaat het mogelijk zelf een strafbaar feit (§ 258 StGB; *Strafvereitelung*); Dannecker (1993), p. 272.

57 Göhler (1998), Vor § 59, rn. 50 e.v.; Rosenkötter (2002), p. 131; Meyer-Goßner (2005), § 264, rns. 1 e.v.

58 Göhler (1998), § 40 , rn. 6-7.

*drigkeiten*procedure nog geen rechterlijk oordeel ligt, maar enkel een bestuurlijk *Bußgeldbescheid*, staat zo'n *Bescheid* aan een tweede (straf)*vervolging* voor hetzelfde feit niet in de weg. Sterker nog, dat *Bescheid* wordt als het tot een strafrechtelijke procedure komt, opgeheven (§ 86 I OWiG). Al betaalde boetes worden dan verrekend (*Anrechnung*). Dat is anders bij een voorafgaand onherroepelijk *rechterlijk* oordeel in een strafprocedure of een eerdere *Ordnungswidrigkeitenverfahren*. In zo'n geval is een nieuwe vervolging voor een *Ordnungswidrigkeit* niet mogelijk (§ 84 I OWiG). Ook een onherroepelijk rechterlijk oordeel in een *Ordnungswidrigkeitenverfahren* levert *ne-bis-in-idem*werking op (§ 84 II OWiG): een tweede strafrechtelijke vervolging is dan niet toegestaan. Dergelijke beslissingen zijn een vervolgingsuitsluitingsgrond; ze hebben *Sperrwirkung*.[59]

4.2.2 De Belastingdienst (*die Finanzbehörde*)

4.2.2.1 Algemeen

De tweede autoriteit die hier aan de orde komt is de Belastingdienst. Deze organisatie is in meerdere opzichten een *janusköpfige Behörde*: ze bestaat niet alleen uit onderdelen die aan de bond én aan de deelstaten toebehoren, maar ze heeft meer nog dan de BAFin taken op het gebied van bestuursrecht én strafrecht. In het onderstaande wordt een schets gegeven van de organisatie van de Duitse fiscus en van de taken die hij vervult.[60]

> Ook de grondwettelijke regels op het gebied van de fiscaliteit zijn het product van een verdeling van verantwoordelijkheden tussen de bond en deelstaten. Op het vlak van de regelgevende bevoegdheid (*jurisdiction to prescribe*) hebben bond en de deelstaten bij de directe belastingen een concurrerende bevoegdheid, als de belastingopbrengsten geheel of ten dele de bond toekomen[61] *of* als voldaan is aan de voorwaarden van Art. 72, tweede lid, GG (Art. 105 II GG). De bond heeft inmiddels wetgeving uitgevaardigd op de voor dit onderzoek belangrijkste terreinen. Het gaat om de inkomstenbelasting (*Einkommenssteuer*), waaronder ook de belasting van rente en kapitaalopbrengsten (*Kapitalertragsteuer*) valt. Deze is geregeld in het *Einkommenssteuergesetz*/EStG. Ook normeerde de bond de vennootschapsbelasting (*Körperschaftsteuer*), die is geregeld in het *Körperschaftsteuergesetz*/KStG.
>
> Op formeel vlak heeft de bond ook wetgeving uitgevaardigd. De centrale regeling voor de belastingen die door bondsrecht zijn geregeld, is de *Abgabenordnung 1977*/AO. Voor dit onderzoek is het met afstand de belangrijkste centrale fiscale wet, met zowel voorschriften over fiscale controle, geheimhouding en informatie-uitwisseling, als over strafrechtelijke opsporing en vervolging. Uit artikel 1 van die wet blijkt dat ze van toepassing is op a) belastingen die op

59 Göhler, § 84 OWiG, rns. 14-16.
60 Zie hierover ook Jansen (2001), p. 129-134.
61 Zie daarvoor Art. 106 GG.

bondsniveau zijn geregeld en b) door de bond of deelstaten worden uitgevoerd. Dat geldt in het bijzonder ook voor de *Einkommens*- en *Körperschaftsteuer*.

In het federale Duitse stelsel ligt, conform de hoofdregel (Art. 30 GG), het belangrijkste deel van de uitvoerende competentie (*jurisdiction to enforce*) op het vlak van de directe belastingen bij de deelstaten (Art. 108 GG). Wel heeft de federale wetgever zich in aanzienlijke mate met de aard en organisatie van de fiscale rechtshandhaving bemoeid. In de *Finanzverwaltungsgesetz*/FVG zijn daarover regels neergelegd, waaraan ook de deelstaten zich hebben te houden. Bovendien worden de deelstaten bij de uitvoering van de federale belastingen bijgestaan door een federale autoriteit, namelijk het *Bundeszentralamt für Steuern*/BZSt (vgl. Art. 108 IV GG) met belangrijke taken op het vlak van dit onderzoek.

Uit de *Finanzverwaltungsgesetz* blijkt dat de fiscus is opgebouwd uit vier hiërarchische lagen en dat zowel op bondsniveau als op deelstaatniveau: er zijn *oberste Behörde*, *Oberbehörde*, *Mittelbehörde* en *örtliche Behörde* (§§ 1 en 2 FVG).[62] Voor dit onderzoek zijn het *Bundeszentralamt für Steuern*[63] (*Oberbehörde* van de bond) en de *Finanzämter* (*örtliche Behörde* van de deelstaten) de relevante autoriteiten.[64]

Voor de *Finanzämter* vloeit hun relevantie voort uit het feit dat zij verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van de in dit onderzoek relevante belastingregels (inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting, et cetera) en dat bij hen ook de fiscaal-strafrechtelijke taken zijn neergelegd.[65] Dat alles kan worden afgeleid uit § 17 FVG. De *Finanzämter* worden aangestuurd door de *Oberfinanzdirektionen* die bestaan uit zowel een bondsafdeling als een deelstaatafdeling (*Doppelstellung des Oberfinanzpräsidenten*). Daarmee wordt de eenheid van de belastingadministratie en wetshandhaving gewaarborgd.[66]

De relevantie van het BZSt, dat sinds 1 januari 2006 de opvolger is van het *Bundesamt für Finanzen*/BfF, voor dit onderzoek blijkt uit § 5 FVG, waarin zijn taken zijn neergelegd. Het BZSt is de verantwoordelijke autoriteit op het vlak van de internationale fiscale bijstand, zowel ter uitvoering van de Richtlijn 77/799 als de Spaarrenterichtlijn (§ 5 I Nrs. 5 en 14 FVG). Het draagt soms ook zorg voor het verrichten van terugbetalingen en het verlenen van fiscale vrijstellingen (vgl. § 5 I Nrs. 2, 12 en 14 FVG) en het neemt een deel van de controles ter plaatse (*Außenprüfungen*) bij grote ondernemingen, waaronder ook banken, voor zijn rekening (§ 5 I Nr. 1 en § 19 FVG). Het heeft van de zijde van de fiscus als enige toegang tot het bankenregister van § 24c KWG, dat voor het

62 Ook de gemeenten (*Gemeinden*) vervullen fiscale taken. Geen van die taken is echter voor dit onderzoek relevant. De gemeenten blijven verder buiten beschouwing.

63 Zie ook: http://www.bzst.de en meer in het algemeen: www.finanzamt.de.

64 Zie voor de Hessische fiscale autoriteiten: http://www.hmdf.hessen.de.

65 Ook bij de Bond berusten strafrechtelijke taken, maar daarbij gaat het hoofdzakelijk om douanestrafrecht (*Zollkriminalamt* en *Zollfahndungsämter*). Dat blijft hier verder buiten beschouwing.

66 Schmidt-Bleibtreu/Klein (1999), p. 1645.

fiscale bankgeheim van groot belang is en dat hieronder aan de orde komt (§ 5 I Nr. 24 FVG).[67]

De fiscus heeft net als de financiële toezichthouder taken op het vlak van de wetsuitvoering, de preventieve én de repressieve handhaving. Bij de uitvoering van zijn taken is § 85 AO van groot belang. Dit artikel bevat de centrale taakstelling van de fiscale autoriteiten, namelijk het vaststellen en heffen van belastingen. Uit het artikel wordt, in combinatie met § 86 en § 88 AO, afgeleid dat voor de fiscale autoriteiten het opportuniteitsprincipe in plaats van het legaliteitsprincipe geldt. Het behoort tot het *pflichtgemäße Ermessen* van de fiscus of een fiscale procedure zal worden gevoerd of niet (§ 86 AO). Die beoordelingsruimte wordt voor een belangrijk deel begrensd door de uit Art. 3 GG afgeleide plicht tot borging van de fiscale gelijkheid voor allen (*Gleichmäßigkeit der Besteuerung*).[68] Bovendien geldt er een ambtshalve plicht om de materiële waarheid te achterhalen (§ 88 AO; *Untersuchungsgrundsatz*). In zoverre kunnen partijen geen afspraak maken over de feiten waartoe het geding zich zou moeten beperken.

§ 85 AO luidt: 'Die Finanzbehörden haben die Steuern nach Maßgabe der Gesetze gleichmäßig festzusetzen und zu erheben. Insbesondere haben sie sicherzustellen, dass Steuern nicht verkürzt, zu Unrecht erhoben oder Steuererstattungen und Steuervergütungen nicht zu Unrecht gewährt oder versagt werden.'
§ 86 AO luidt: 'Die Finanzbehörde entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und wann sie ein Verwaltungsverfahren durchführt. Dies gilt nicht, wenn die Finanzbehörde auf Grund von Rechtsvorschriften 1. von Amts wegen oder auf Antrag tätig werden muss, 2. nur auf Antrag tätig werden darf und ein Antrag nicht vorliegt.'
§ 88 AO luidt: '(1) Die Finanzbehörde ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen; an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden. Der Umfang dieser Pflichten richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. (2) Die Finanzbehörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen.'

De ambtshalve onderzoeksplicht heeft als tegenhanger de medewerkingsplicht die op de belastingplichtigen en derden rust (vgl. §§ 90 en 200 AO).[69] De *Untersuchungsgrundsatz* en de medewerkingsplicht zijn complementair: hoe meer zaken in de sfeer van de belastingplichtige liggen, hoe geringer de onderzoeksplicht.[70] Als de belastingplichtige of een derde bijvoorbeeld zijn medewerkingsplicht schendt, is dat voor zijn rekening en moet hij de nadelige consequenties – bijvoorbeeld een voor hem

67 *Infra* paragraaf 4.3.2.1.
68 Miebach (1999), p. 37-38; BVerfGE 84, 239 (271).
69 Deze medewerkingsplicht reikt overigens niet verder dan de concrete verplichtingen die in de artikelen 93-100 AO volgen; voor verdergaande maatregelen biedt artikel 90 AO (artikel 200 AO evenmin) geen basis; Klein (2003), § 90 AO, rn. 2.
70 Klein (2003), § 88 AO, rn. 7 e.v.

nadelige schatting van zijn belastingschuld (§ 162 AO) – voor lief nemen, ook al had normaliter de fiscus die feiten moeten bewijzen.

Ook onderzoeken '*gegen Unbekannt*' zijn mogelijk.[71] Dat heeft te maken met de wens tot *Rechtsanwendungsgleichheit*: de eerlijke burger moet op zijn minst niet slechter af zijn dan de oneerlijke, die niet aan zijn fiscale plichten voldoet. Juist in de bancaire sfeer zal dit type onderzoeken overigens met de nodige moeilijkheden gepaard gaan. We zagen hier in een transnationale context ook al voorbeelden van in de KB Lux-zaak, waar de beperkte mogelijkheden voor de Nederlandse autoriteiten om rechtshulp of bijstand aan Luxemburg te vragen uiteindelijk ertoe leidden dat niet alle buitenlandse rekeningen werden achterhaald. Soortgelijke problemen doen zich ook in Duitsland voor. Dat heeft te maken met het Duitse 'bankgeheim'. Hieronder zullen we zien dat er hier momenteel veel in beweging is.[72]

> *Ermittlungen ins Blaue hinein* zijn overigens hoe dan ook ten strengste verboden. De Belastingdienst zal om onderzoeken te kunnen verrichten zijn activiteiten dus ergens op moeten kunnen baseren. Een concrete verdenking is dan niet nodig, maar wel zal er op basis van feiten of algemene ervaring een redelijke aanleiding moeten zijn. 'Es muß aufgrund konkreter Momente oder aufgrund allgemeiner Erfahrung ein begründeter Anlaß für die Ermittlungen gegeben sein.'[73]

4.2.2.2 Punitieve handhaving

A) Het Duitse fiscale straf- en Ordnungswidrigkeitenrecht in het algemeen

De fiscus is er niet alleen voor de vaststelling van belastingen en de controle daarop. Hij neemt ook een zeer aanzienlijk deel van de punitieve handhaving voor zijn rekening. Dat kan worden afgeleid uit § 386 I 1 AO, dat hieronder nog uitvoerig aan de orde komt, en uit § 409 AO, waarin de Belastingdienst als bevoegde autoriteit in *Ordnungswidrigkeitenverfahren* wordt aangemerkt. *In fiscalibus* bestaat er een punitief tweesporenstelsel, op basis waarvan overtredingen van de fiscale regels soms met een strafrechtelijke sanctie en soms met een *Geldbuße* (*Ordnungswidrigkeit*) kunnen worden afgedaan. Dit houdt in dat de fiscus, net als de BAFin, te maken heeft met cumulerende regels. De situatie is voor de fiscus zelfs nog gecompliceerder, omdat deze wel strafrechtelijke taken en bevoegdheden heeft.

In het fiscale strafprocesrecht gelden de algemene wetten van het strafrecht en strafproces, in het bijzonder ook de *Strafprozeßordnung*, tenzij de §§ 385-408 AO anders bepalen (§ 369 en 385 AO). In deze artikelen zijn aanvullende en afwijkende voorschriften van fiscaal strafprocesrecht opgenomen. Ze gelden alleen voor fiscale strafbare feiten (*Steuerstraftaten*) en niet voor commune delicten.[74] Welke feiten *Steuerstraftat* zijn, is te vinden in § 369 AO. Specifieke delictsomschrijvingen volgen

---

71 Klein (2003), § 85 AO, rn. 3; hiertegen ageert Schick in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 208 AO, rn. 120.

72 *Infra* paragraaf 4.3.3.

73 Huhmann (2002), p. 220; Klein (2003), § 85 AO, rn. 3, onder verwijzing naar vaste jurisprudentie van het *Bundesfinanzhof*, bijv. BFHE 199, 451 (470).

74 § 385 II AO bevat hierop een uitzondering.

in de §§ 370 e.v. AO. De belangrijkste voor dit onderzoek zijn § 370 AO (*Steuerhinterziehung* – belastingontduiking) en het recentere § 370a AO (*gewerbsmäßige* of *bandenmäßige Steuerhinterziehung*). Het behoeft nauwelijks betoog dat deze delictsomschrijvingen inhoudelijk zullen overlappen met strafbepalingen uit het commune strafrecht, maar ook met *Ordnungswidrigkeiten*.[75] Dat zorgt niet alleen voor problemen met betrekking tot samenloop van strafbare feiten, maar het is ook van belang voor de vraag welke overheidsdienst bevoegd is (fiscus of niet), welke bevoegdheden er mogen worden ingezet én voor de vraag of er door de fiscus informatie over dat strafbare feit mag worden verstrekt of niet. De fiscale geheimhoudingsplicht van § 30 AO kent namelijk verschillende regimes voor fiscale en niet-fiscale delicten.[76]

> § 369 AO luidt: '(1) Steuerstraftaten (Zollstraftaten) sind: 1. Taten, die nach den Steuergesetzen strafbar sind, 2. der Bannbruch, 3. die Wertzeichenfälschung und deren Vorbereitung, soweit die Tat Steuerzeichen betrifft, 4. die Begünstigung einer Person, die eine Tat nach den Nummern 1 bis 3 begangen hat. (2) Für Steuerstraftaten gelten die allgemeinen Gesetze über das Strafrecht, soweit die Strafvorschriften der Steuergesetze nichts anderes bestimmen.'
> § 370 I AO luidt: 'Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, 2. die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt oder 3. pflichtwidrig die Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern Unterlässt und dadurch Steuern verkürzt.'

Tot het fiscale straf(proces)recht in ruime zin behoren ook de *Ordnungswidrigkeiten*. Welke gedragingen een fiscale *Ordnungswidrigkeit* opleveren (*Steuerordnungswidrigkeit*) is omschreven in § 377 e.v AO. Belangrijk zijn in het bijzonder § 378 AO (*leichtfertige Steuerverkürzung*) en § 379 (*Steuergefährdung*). Voor deze bepalingen gelden de bepalingen van de *Ordnungswidrigkeitengesetz*, aangevuld met specifieke voorschriften in de *Abgabenordnung*.

> § 377 AO luidt: (1) Steuerordnungswidrigkeiten (Zollordnungswidrigkeiten) sind Zuwiderhandlungen, die nach den Steuergesetzen mit Geldbuße geahndet werden können. (2) Für Steuerordnungswidrigkeiten gelten die Vorschriften des Ersten Teils des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, soweit die Bußgeldvorschriften der Steuergesetze nichts anderes bestimmen.

B) Strafrechtelijke handhaving

Aan § 386 AO ontleent de fiscus zijn strafrechtelijke taken. Onder *Finanzbehörde* worden in dat artikel onder meer de *Finanzämter* van de deelstaten verstaan (§ 386

---

75 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 369 AO, rns. 305 e.v. noemt vele voorbeelden van samenloop met commune strafbare feiten. Zo is bijvoorbeeld samenloop mogelijk met § 263 StGB (*Betrug*) en § 267 StGB (*Urkundenfalschung*), maar ook met § 378 AO (*leichtfertige Steuerverkürzung*), een *Ordnungswidrigkeit*.

76 *Infra* paragrafen 4.3.3.2 en 4.4.2.1.

I AO).[77] In de fiscale strafprocedure vervullen deze meerdere rollen. Ze kunnen in de eerste plaats zelfstandig optreden en in die zin het Openbaar Ministerie in het opsporingsonderzoek vervangen (§ 386 II AO).[78] Die positie heeft de fiscus, wanneer het onderzoek zich enkel en alleen richt op een *Steuerstraftat* (§ 369 AO). Hij geeft dan leiding aan het opsporingsonderzoek en ook aan de opsporingsdiensten; hem komen in dit geval alle rechten en plichten van het OM toe (§ 399 AO). Deze zelfstandige positie is een inperking van de monopoliepositie van het Duitse OM als *Herrin des Ermittlungsverfahrens*,[79]

> § 386 AO luidt: '(1) Bei dem Verdacht einer Steuerstraftat ermittelt die Finanzbehörde den Sachverhalt. Finanzbehörde im Sinne dieses Abschnitts sind das Hauptzollamt, das Finanzamt, das Bundeszentralamt für Steuern und die Familienkasse. (2) Die Finanzbehörde führt das Ermittlungsverfahren in den Grenzen des § 399 Abs. 1 und der §§ 400, 401 selbständig durch, wenn die Tat 1. ausschließlich eine Steuerstraftat darstellt oder 2. zugleich andere Strafgesetze verletzt und deren Verletzung Kirchensteuern oder andere öffentlich-rechtliche Abgaben betrifft, die an Besteuerungsgrundlagen, Steuermessbeträge oder Steuerbeträge anknüpfen. (3) Absatz 2 gilt nicht, sobald gegen einen Beschuldigten wegen der Tat ein Haftbefehl oder ein Unterbringungsbefehl erlassen ist. (4) Die Finanzbehörde kann die Strafsache jederzeit an die Staatsanwaltschaft abgeben. Die Staatsanwaltschaft kann die Strafsache jederzeit an sich ziehen. In beiden Fällen kann die Staatsanwaltschaft im Einvernehmen mit der Finanzbehörde die Strafsache wieder an die Finanzbehörde abgeben.'
>
> De inperking van het vervolgingsmonopolie van het OM geldt niet onder alle omstandigheden. Het OM kan in het opsporingsonderzoek de zaak naar zich toe trekken (*Evokationsrecht*), net als de fiscus in die fase de zaak aan het OM kan afgeven (§ 386 IV AO). De positie van het OM als *Herrin des Ermittlungsverfahrens* herleeft bovendien van rechtswege als in een fiscale strafprocedure om voorarrest van de verdachte wordt gevraagd (§ 386 III AO). Er zijn dus nogal wat uitzonderingen denkbaar op de zelfstandige positie van de fiscus in het opsporingsonderzoek.

Soms vervangt de fiscus het OM ook in de vervolgende fase. Vermeldenswaard is in het bijzonder dat de fiscus aan het einde van de door hem gevoerde onderzoeken

77 § 387 AO bevat regels over de absolute competentie van de FÄ: bevoegd is het FA dat verantwoordelijk is voor in het geding zijnde belasting. Meerdere FÄ kunnen hun strafrechtelijke bevoegdheden overdragen op een aparte FA: § 387 II AO. De overdragende FÄ zijn in die gevallen niet altijd ontslagen van hun strafrechtelijke taken, met name niet in spoedgevallen (vgl. § 402 II AO).

78 De taken van het Openbaar Ministerie in de fase na het opsporingsonderzoek worden echter niet overgenomen.

79 *Infra* paragraaf 4.2.3.2.

bevoegd is om *Strafbefehle* aan te vragen (§ 400 AO; § 407 e.v. StPO).[80,81] In die gevallen legt de fiscus niet zelf een sanctie op, maar de rechter.[82] Het gaat om een verkorte procedure die inmiddels in het gros van de gevallen wordt gevolgd. Een onderzoek ter zitting is bijvoorbeeld niet nodig.

> § 400 AO luidt: 'Bieten die Ermittlungen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage, so beantragt die Finanzbehörde beim Richter den Erlass eines Strafbefehls, wenn die Strafsache zur Behandlung im Strafbefehlsverfahren geeignet erscheint; ist dies nicht der Fall, so legt die Finanzbehörde die Akten der Staatsanwaltschaft vor.'
>
> § 406 AO luidt: '(1) Hat die Finanzbehörde den Erlass eines Strafbefehls beantragt, so nimmt sie die Rechte und Pflichten der Staatsanwaltschaft wahr, solange nicht nach § 408 Abs. 3 Satz 2 der Strafprozessordnung Hauptverhandlung anberaumt oder Einspruch gegen den Strafbefehl erhoben wird.'
>
> Tegen de uitvaardiging van het *Befehl* kan een rechtsmiddel (*Einspruch*) worden ingebracht.[83] In dat geval volgt alsnog een onderzoek ter zitting, waarbij het OM en niet de fiscus vervolgt. De fiscus doet er dus verstandig aan eerst de opties met het OM te hebben afgekaart. Doorgaans wordt deze procedure dan ook niet gestart, als er op *Einspruch* moet worden gerekend.[84]

De fiscus treedt ook onzelfstandig op. Dat is de tweede rol die hij vervult in het opsporingsonderzoek. Deze wordt ingenomen, wanneer het onderzoek zich niet alleen richt op fiscale strafbare feiten (*Steuerstraftaten*), maar ook op andere strafbare feiten. Dan neemt hij een vergelijkbare positie in als de politie in het commune opsporingsonderzoek, maar met enkele aanvullende bevoegdheden (§ 402 I AO); hij is in dat geval *Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft*. De *Staatsanwaltschaft* is in die gevallen *Herrin des Ermittlungsverfahrens*.

> Voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van een *Steuerstraftat*, moet worden gekeken naar het relatief ruime processuele feitsbegrip van § 264 StPO.[85] Dit voorkomt dat enkel deelaspecten van het feitencomplex worden afgedaan en men later met een beroep op het *ne-bis-in-idem*beginsel (*Strafklageverbrauch*) wordt geconfronteerd, zonder dat de volle omvang van de zaak kon worden beoordeeld. Levert een feit bijvoorbeeld niet alleen *Steuerhinterziehung* (§ 370 AO) op, maar ook *Urkundenfälschung* (§ 267 *Strafgesetzbuch*/StGB), dan heeft de fiscus geen

80 Daarover ook de Abschnitt 10 van de *Anweisungen für das Straf- und Bußgeldverfahren (Steuer)* – AStBV (St).

81 Korte vermelding verdient ook § 401 AO, dat de fiscus de mogelijkheid biedt om zelfstandig de oplegging van zogenaamde *Nebenfolge* te vorderen. Als *Nebenfolge* gelden de volgende sancties: *Einziehung*, *Verfall*, *Geldbuße gegen eine juristische Person*. Ook hier neemt de fiscus de positie van het OM over (§ 406 II AO). § 401 AO is van relatief gering belang; Klein (2003), § 401, rn. 1.

82 Vgl. *supra* noot 42.

83 Klein (2003), § 400, rn. 5.

84 Klein (2003), § 400, rn. 5.

85 Hierover noot 57.

> zelfstandige bevoegdheid. De (onzelfstandige) bevoegdheden van de fiscus op strafrechtelijk terrein komen overigens niet te vervallen, wanneer er sprake is van eendaadse samenloop (*Tateinheit* – § 52 StGB) met een commuun delict.[86]
>
> De vraag is wat de fiscus te doen staat wanneer ze per toeval stuit op niet-fiscale delicten (*Zufallsfunde*) die niet in samenloop met een fiscaal feit werden begaan. Daarvoor heeft hij immers in beginsel geen bevoegdheid. De heersende leer lijkt te zijn dat op de fiscus in die gevallen de plicht rust om de zaak toch te onderzoeken. Dat vloeit voort uit het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel, ook bij gebrek aan functionele bevoegdheid. In zo'n geval wordt betoogd dat de fiscus alle maatregelen moet treffen om kwijtmaking van het materiaal te voorkomen, maar de zaak daarna wel meteen moet afgeven aan het OM.[87]

De zelfstandige en onzelfstandige rollen van de Belastingdienst in het fiscale strafproces worden in de regel vervuld door verschillende organisatieonderdelen. Van bijzonder belang zijn de zogenaamde *Bußgeld- und Strafsachenstellen* (BuStra of StraBu) en de *Steuerfahndung* (Steufa). De *Steuerfahndung* heeft daarbij de rol van opsporingsdienst (§ 404 AO), terwijl de *BuStrastellen* in zelfstandige onderzoeken de leider zijn van het opsporingsonderzoek (vgl. § 19 ASB (Steuer)).[88] De BuStra is verder de verantwoordelijke autoriteit in het *Ordnungswidrigkeitenverfahren*.

Kortom, de *Finanzbehörde* kunnen verschillende heren hebben: hetzij zichzelf (voor de *BuStrastellen* in een zelfstandige procedure), hetzij het Openbaar Ministerie of de *BuStrastellen* (voor de Steufa). De positie van de Duitse fiscus lijkt daarmee sterk op die van de Nederlandse. In beide landen heeft men de fiscus doelbewust in de strafrechtelijke structuren ingebed.

> Het doel van § 386 AO is dan ook drieledig: in de eerste plaats wordt er de eigen verantwoordelijkheid van de fiscus voor de handhaving van het fiscale recht mee benadrukt; in de tweede plaats kan optimaal gebruik worden gemaakt van diens expertise en ten derde wordt op deze manier bereikt dat het fiscale ambtsgeheim zo min mogelijk geschonden hoeft te worden.[89] Soortgelijke overwegingen spelen ook in Nederland, zo zagen we eerder.

Uiteraard heeft dit alles gevolgen voor de transnationale samenwerking. In het bijzonder rijst op grond van het voorgaande de vraag of de BuStra zelfstandig rechtshulpverzoeken kan indienen en – als dit niet kan – of ze voor haar strafrechtelijke taken bijstandsverzoeken kan indienen. Ook de positie van de Steufa verdient

---

86 Hellmann (1995), p. 186; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 386 AO, rn. 13-18 en 51; Klein (2003), § 386 AO, rn. 4; Ruegenberg (2001), p. 63 en 157 e.v. Dit is de heersende opvatting. Schick in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 208 AO, rn. 80-81, lijkt van mening dat iedere strafrechtelijke onderzoeksbevoegdheid bij *Tateinheit* met een commuun delict wel komt te vervallen.

87 Vgl. Hellmann (1995), p. 186-187; Ruegenberg (2001), p. 63 e.v. en 181 e.v.; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 386 AO, rn. 51.

88 Klein (2003), § 208 AO, rn. 7. ASB = *Anweisungen für das Straf- und Bußgeldverfahren*.

89 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 386 AO, rn 8.

aandacht. Heeft deze als opsporingsdienst bijvoorbeeld de mogelijkheid om gebruik te maken van de politiële rechtshulp? Daarop kom ik nog terug.

C) Bestuursrechtelijke handhaving

Als gezegd kent ook het fiscale recht de bestuurlijke punitieve afdoening door middel van *Ordnungswidrigkeiten*. Uit § 409 AO kan worden afgeleid dat de hiervoor bevoegde autoriteit op dezelfde manier wordt aangewezen als de fiscaal strafrechtelijke. De bestuurlijk-punitieve organisatie volgt dus de strafrechtelijke. Dat is bewust gedaan, juist vanwege de inhoudelijke overlap tussen *Steuerstrafrecht* en *Steuerordnungswidrigkeitenrecht*.[90] Onder bepaalde omstandigheden kan ook het Openbaar Ministerie de bevoegde autoriteit zijn, uiteraard voor zover de taken van het OM niet zijn overgegaan op de *BuStrastelle*.[91]

D) De Steuerfahndung

Voor de fiscaalstrafrechtelijke praktijk is de Steufa met stip de belangrijkste autoriteit.[92] Om die reden, maar ook om haar eigenaardige taakopdracht en verruimde bevoegdhedenpakket, is het van belang op dit onderdeel van de Belastingdienst nader in te gaan. Net als in Nederland is een fiscaal feitencomplex vaak niet alleen relevant is voor de vaststelling van de belastingschuld, maar ook voor een mogelijke strafvervolging.[93] We zullen bovendien nog zien dat beide soorten procedures in rang gelijk zijn. In Duitsland doet zich dus eveneens een materiële en functionele samenloop voor van fiscaal recht en strafrecht.[94] Om deze reden heeft men ook de fiscale en strafrechtelijke taken geconcentreerd binnen één dienst (organisatorische samenloop). De Steufa is in het leven geroepen om te opereren op het grensvlak van fiscaal recht en strafrecht.[95] In § 208 AO is de taakopdracht van de *Steuerfahndung* verwoord. Deze bestaat uit een drietal deeltaken.

> § 208 I AO luidt als volgt: '(1) Aufgabe der Steuerfahndung (Zollfahndung) ist 1. die Erforschung von Steuerstraftaten und Steuerordnungswidrigkeiten, 2. die Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen in den in Nummer 1 bezeichneten Fällen, 3. die Aufdeckung und Ermittlung unbekannter Steuerfälle.
> Die mit der Steuerfahndung betrauten Dienststellen der Landesfinanzbehörden und die Zollfahndungsämter haben außer den Befugnissen nach § 404 Satz 2 erster Halbsatz auch die Ermittlungsbefugnisse, die den Finanzämtern (Hauptzollämtern) zustehen. In den Fällen der Nummern 2 und 3 gelten die Einschränkungen des § 93 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 2 und des § 97 Abs. 2 und 3 nicht;

90 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 409 AO, rn. 3.
91 Zie daarover paragraaf 4.2.1.4.
92 De *Steuerfahndung* kan organisatorisch zijn ingebed als een onzelfstandig dienstonderdeel van een of meer *Finanzämter*, maar mogelijk is ook dat er een apart *Finanzamt für Fahndung und Strafsachen* wordt opgericht; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 404 AO, rn. 10-11. Hessen heeft gekozen voor de eerste optie.
93 Vgl. Klein (2003), § 208 AO, rn. 30.
94 Hoofdstuk 3.2.2.4.
95 Vgl. Klein (2003), § 208 AO, rn. 1.

§ 200 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 und 2 gilt sinngemäß, § 393 Abs. 1 bleibt unberührt.'

De strafrechtelijke taken blijken duidelijk uit § 208 I Nr. 1. Hieronder concentreert zich het leeuwendeel van de bezigheden van de Steufa. Uit § 404 AO kan worden afgeleid dat haar positie dezelfde is als die van de politie onder de voorschriften van de *Strafprozeßordnung* (in het bijzonder § 163 StPO). Ze valt onder gezag van hetzij het FA (*BuStrastelle*), hetzij het OM. In *Ordnungswidrigkeitenverfahren* neemt ze een vergelijkbare positie in (§ 53 OWiG j° § 410 I Nr. 9 j° 404 AO).[96] Dan handelt ze onder verantwoordelijkheid van het bevoegde FA (*BuStrastelle*) en soms het OM.

§ 208 I Nr. 2 AO is naar de heersende mening een niet-strafrechtelijke, maar (weliswaar nauw verbonden) fiscale taak.[97] Onderzoek dat onder deze noemer wordt verricht is, dan ook niet beperkt tot datgene, wat voor het strafrechtelijk onderzoek nodig is, maar dient ook het *Besteuerungsverfahren*. Toch wordt erkend dat er tussen § 208 I Nr. 1 AO en § 208 I Nr. 2 AO samenhang is. Men is het er dan ook over het eens dat het de Steufa niet is toegestaan een *Besteuerungsverfahren* te starten zonder enige link met een fiscale strafprocedure. De vraag is uiteraard hoe stevig die link moet zijn. Zo is het de vraag of het *Besteuerungsverfahren* nog wel mag worden opgepakt als het onderliggende strafbare feit al verjaard is. Er is hierover geen unanimiteit.[98]

De situatie wordt echt gecompliceerd als ook de derde hoofdtaak van de Steufa erbij wordt genomen. De Steufa is ook belast met de *Aufdeckung und Ermittlung unbekannter Steuerfälle*. In plaats van fiscale controle in individuele gevallen (vgl. ook § 208 I Nr. 2 AO), gaat het hier om *allgemeine Steueraufsicht* of *-überwachung*, gericht op de ontdekking van nog onbekende belastingplichtigen.[99] In wezen lijkt deze taak sterk op die van de BAFin bij het toezicht op handel met voorwetenschap.[100] Eén van de grootste juridische probleempunten is daarbij het bepalen van het moment waarop de Steufa actief mag worden.

Enerzijds wil men immers willekeur (*Ermittlungen ins Blaue hinein*) en disproportionele grondrechtsinbreuken voorkomen, anderzijds moet er voldoende ruimte zijn voor effectief toezicht. Deze vraag speelt opnieuw niet pas bij de operatione-

96 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 404 AO, rn. 19.

97 Dit is vaste jurisprudentie van het BFH; vgl. BFH 21 maart 2002, VII B 152/01. Zie ook Franzen/Gast/Joecks (1996), § 404 AO, rn. 22; anders: Hellmann (1995), p. 201 e.v.

98 De opvatting van de fiscus zelf is dat een onderzoek ook nog mogelijk is, als het strafbare feit al is verjaard: Nr. 143 ASB (Steuer). Vgl. ook Klein (2003), § 393 AO, rn. 30 e.v., die enkel een abstract verband eisen, zonder dat *in concreto* hoeft te worden vervolgd. Franzen/Gast/Joecks (1996), § 404 AO, rn. 21 e.v. is terughoudender en stelt dat een *Besteuerungsverfahren* niet meer mogelijk is, als het strafbare feit is verjaard.

99 Andere voorbeelden van *allgemeine Steuerüberwachung* zijn te vinden in de fiscale aangifteplichten (§§ 137 e.v. AO), renseignementen (§ 194 III AO), etc.: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 208 AO, rn. 125 e.v. Volgens hem moet dit type toezicht tot deze maatregelen beperkt blijven en machtigt in het bijzonder § 85 AO niet tot andere, nieuwe onderzoeksmaatregelen.

100 *Supra* paragraaf 4.2.1.2.

le uitoefening van bevoegdheden, maar al op het niveau van de taakuitoefening zelf. Naar de huidige rechtspraak is de *Aufdeckung unbekannter Steuerfälle* toegestaan, 'wenn aufgrund konkreter Momente oder aufgrund allgemeiner Erfahrung die Möglichkeit einer objektiven Steuerverkürzung besteht.'[101] Er moeten dus aanwijzingen zijn dat de belastingwet niet is nageleefd.

Het is de vraag tot welk terrein de *Aufdeckung unbekannter Steuerfälle* behoort: het *Steuerrecht* of het *Steuerstrafrecht*? De heersende mening, inclusief die van de fiscus zelf[102] en het *Bundesfinanzhof* (BFH),[103] rekent haar tot de eerste.[104] In deze opvatting gaat het (hoofdzakelijk) om *Steuerrecht*, wat impliceert dat de fiscale medewerkingsplicht (§ 90 AO) geldt en dat de Steufa onder toezicht staat van de fiscale autoriteiten en niet de strafrechtelijke.

Een aantal auteurs heeft op deze opvatting felle kritiek, juist omdat de voornaamste bezigheden van de Steufa op strafrechtelijk vlak liggen. Ook het feit dat de bezigheden op grond van deze taak als *Vorfeldermittlungen* worden aangeduid, zou wijzen op de strafrechtelijke oriëntatie van § 208 I Nr. 3 AO. Deze auteurs zijn van mening dat het om strafrechtelijke taken gaat die dus ook naar strafrechtelijke normen moeten worden beoordeeld.[105] Weer andere auteurs benadrukken de *Doppelfunktion* van § 208 I Nr. 3 AO: het gaat om fiscale onderzoeken, die kunnen grenzen aan het strafrechtelijke opsporingsonderzoek. Deze auteurs wijzen op het gevaar voor misbruik, in het bijzonder op het gevaar dat via het onderzoek naar (quasi-)onbekende belastingplichtigen § 393 AO wordt omzeild.[106] Dat laatste artikel bevat voorzieningen ter oplossing van het conflict tussen het fiscale zwijgrecht en het strafrechtelijke zwijgrecht. Nogmaals, het is in wezen dezelfde problematiek die we hierboven ook al bij de BAFin tegenkwamen.

4.2.2.3 Sfeerovergang en sfeercumulatie

De scheiding tussen de fiscale taken van de *Finanzämter*/FÄ enerzijds en de strafrechtelijke anderzijds is in de praktijk alles behalve duidelijk. Een cumulatie van sferen doet zich eenvoudig voor. Daardoor rijst een aantal vragen, die zowel op het taakstellende niveau, als op het operationele niveau (in het bijzonder bij de bevoegdhedenuitoefening) moeten worden beantwoord.[107] Op deze plek is in de eerste plaats de vraag interessant of er tussen de beide procedures een rangorde

101 Vaste rechtspraak van het BFH; zie onder meer BFH 4 september 2000, I B 17/00 en BFH 21 maart 2002, VII B 152/01.
102 § 208 AEAO = *Anwendungserlaß Abgabenordnung*.
103 Vgl. BFH 21 maart 2002, VII B 152/01.
104 Hierover Müller-Brühl (1990), p. 106; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 404 AO, rn. 28; Klein (2003), § 208 AO, rn. 40; Wenzel (2003), p. 148.
105 Hellmann (1995), p. 246 e.v.; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 208 AO, rn. 132 e.v. Kritisch hierover: Franzen/Gast/Joecks (1996), § 404 AO, rn. 33.
106 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 404 AO, rn. 32-34; Wenzel (2003), p. 147-148.
107 Rüping (2002), p. 2020-2021; Wenzel (2003), p. 19-26.

bestaat of niet. Sfeercumulatie kan op deze manier immers zijn uitgesloten. Kan een dergelijke rangorde worden onderscheiden, dan is de vervolgvraag uiteraard hoe deze vorm heeft gekregen. Is zo'n rangorde er echter niet, dan moet worden bekeken hoe conflicten tussen beide procedures worden opgelost en of het wisselen tussen procedures mogelijk is of niet. Het wisselen tussen *Besteuerungsverfahren* en *Steuerstrafverfahren* duidt immers in een verhoogde mate op willekeur en oneigenlijk gebruik van macht. Dat geldt vooral, wanneer er voor de verschillende procedures uiteenlopende waarborgen, rechten en plichten gelden.[108] Zo is voorstelbaar dat bepaalde informatie in een *Steuerstrafverfahren* niet kan worden verkregen, omdat een *Anfangsverdacht* ontbreekt, terwijl ze wel verkrijgbaar is in een *Besteuerungsverfahren*. Omgekeerd is het ook voorstelbaar dat in een *Besteuerungsverfahren* het hieronder nog te bespreken *Bankgeheimnis* (§ 30a AO) beperkingen opwerpt die in een *Steuerstrafverfahren* niet bestaan. Betrokkene/belastingplichtige en derden hebben er daarom groot belang bij te weten met welke pet op de Steufa hen benadert, ook met het oog op de te kiezen rechtsbeschermingsweg.

Een bestudering van deze problematiek kan nuttig vergelijkingsmateriaal bieden bij het beantwoorden van de centrale probleemstelling van dit onderzoek, waar zich op het raakvlak van bijstand en rechtshulp soortgelijke problemen voordoen. Bovendien is een bestudering ervan noodzakelijk, omdat het complex van nationale taken én hun onderlinge verhoudingen zal moeten worden ingepast in de huidige samenwerkingsystematiek. Dat roept allerhande vragen op, zoals de vraag of een bijstandsverzoek wellicht strafrechtelijke doeleinden dienen kan.

A) Een rangorde tussen Besteuerungs- en Steuerstrafverfahren?

Een rangorde tussen de fiscale en fiscaal-strafrechtelijke procedure wordt afgewezen. Dat heeft te maken met de verschillende doeleinden van beide procedures. Beide procedures zijn in rang gelijk. Dat wordt afgeleid uit § 393 AO.[109] Dit betekent echter niet dat beide procedures ook gelijktijdig *moeten* worden gevoerd. Het is in beginsel aan de autoriteiten zelf om te kiezen welke procedure ze volgen. Daarbij geldt de kanttekening dat bij het voorliggen van een strafrechtelijke verdenking een strafrechtelijke procedure in ieder geval moet worden gevoerd. Dat is een directe consequentie van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel (§ 152 II StPO; zie onder). Dat zegt echter nog niets over het al dan niet gelijktijdig mogen voeren van een aparte fiscale procedure; het fiscale strafproces heeft immers geen voorrang boven het *Besteuerungsverfahren* (§ 393 AO).[110] Evenmin kan uit het feit dat *in fiscalibus* het opportuniteitsprincipe geldt (vgl. § 86 AO), iets worden afgeleid over de verhouding van de fiscale procedure tot het (fiscale) strafproces.

B) Sfeercumulatie bij Fahndungsprüfungen

Voor zover de feitelijke uitvoering van het fiscale onderzoek enerzijds en het strafrechtelijke anderzijds berust bij verschillende organisatieonderdelen, wordt een

108 Vgl. Kohlmann (1995).
109 BFH 19 september 2001, XI B 6/01.
110 BFH 19 september 2001, XI B 6/01.

cumulatie van onderzoeken vrij algemeen erkend en aanvaard, zij het dat er grenzen worden gesteld aan de fiscale medewerkingsplicht (§ 393 AO).[111] Het parallel voeren van een *Besteuerungs-* en een *Steuerstrafverfahren* wordt als zodanig zelden betwist. Dat ligt heel anders als de Steufa de autoriteit is die de procedures voert. De Steufa verenigt immers meerdere taken in zich. Mag de Steufa in beide hoedanigheden gelijktijdig actief worden? Over welk bevoegdheden beschikt ze in dat geval? Welke waarborgen komen de betrokkenen toe? In het onderstaande zal ik het scala aan opvattingen schetsen, evenals een eigen interpretatie van de jurisprudentie.

De meest radicale oplossing die ik ben tegengekomen, komt van Schick.[112] Deze ontzegt de Steufa namelijk haar puur fiscale taken: § 208 I Nr. 2 AO is in zijn ogen een bevestiging van de fiscaal-strafrechtelijke taak en niet een aparte taak, omdat men daarmee het werk van de andere *Finanzbehörde* zou overnemen.

> Ook de *Aufdeckung unbekannter Steuerfälle* (§ 208 I Nr. 3 AO) rekent Schick tot de strafrechtelijke taken. Hij is van mening dat in het fiscale strafproces weliswaar ook naar fiscaal relevante feiten moet worden gezocht, maar dat daarmee nog niet gezegd is dat men dus ook fiscale taken vervult of behoort te vervullen, laat staan dat men daartoe over fiscale onderzoeksbevoegdheden moet beschikken.[113] Met de strafrechtelijke bevoegdheden kan men volgens hem uitstekend uit de voeten. In zijn ogen wordt de betekenis van § 208 AO dus gereduceerd tot de strafrechtelijke poot van dat artikel, wat in strijd lijkt met de duidelijke bewoordingen ervan.

Een groot aantal auteurs gaat echter uit van de volle werking van § 208 AO en komt met oplossingen die proberen criteria te vinden voor de keuze tussen het fiscale onderzoek en het fiscaal-strafrechtelijke. Ik merk daarbij op dat het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel niet altijd alle oplossingen zal toelaten. Met dit in het achterhoofd wijs ik op de volgende suggesties die zijn gedaan:

1. Toepassing van de voor de betrokkene meest gunstige bepaling.[114]
2. Toepassing van de voor de fiscus meest gunstige bepaling.[115]
3. Een dwingende keuze voor het fiscale recht. Deze opvatting ben ik niet tegengekomen. Debet daaraan is ongetwijfeld het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, maar mogelijk ook de angst voor omzeiling van het *nemo-tenetur*beginsel.
4. Een dwingende keuze voor het strafrecht.[116]
5. Een hantering van het principe van de *Klarheit* of *Stetigkeit des Verfahrens*. Deze opvatting, die de meeste navolging krijgt, gaat ervan uit dat de Steufa (maar ook

111 Vgl. Schick in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 208 AO, rn. 103; Blesinger (1991a), p. 243.
112 Schick in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 208 AO, rn. 85-99.
113 In fiscaal strafrechtelijke zaken vormen fiscaal relevante feit slechts een deel van de puzzel; het onderzoek moet zich op meer zaken concentreren.
114 Vgl. Müller-Brühl (1990), p. 105.
115 Vgl. Klein (2003), § 208 AO, rn. 25.
116 Deze oplossing komt neer op die van Schick, zij het langs een andere weg; Hellmann: in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 393 AO, rn. 63; zie ook Hellmann (1995).

> de met opsporing belaste andere onderdelen van de fiscus) zich voortdurend verantwoordt voor de door haar gemaakte keuzes en dat een wijziging van procedures pas mogelijk is na een deugdelijke nadere motivering (*Grundsatz der Zweckrichtigkeit*; *Grundsatz der Stetigkeit*; *Grundsatz der Klarheit*; *Verbot eines willkürlichen Rollentausches*).[117]

Hoe beoordelen de Duitse rechters en in het bijzonder het *Bundesfinanzhof* de situatie? In de literatuur bestond enige tijd onduidelijkheid over de vraag of het *Bundesfinanzhof* het gebruik van controlebevoegdheden in een strafrechtelijke procedure toestond. Even leek het erop dat dit inderdaad het geval was.[118]

> Zo'n gebruik zou nog een stap verder zijn dan het toelaten van een cumulatie van procedures, omdat de bevoegdheden van de ene procedure dan ook in de andere mogen worden gebruikt.[119] In de zaak die de onduidelijkheid veroorzaakte, ging het om een inlichtingenvordering aan de bank van de verdachte in een fiscale strafzaak. Het hiertegen ingestelde rechtsmiddel werd door de fiscale rechter naar de strafrechter verwezen met als argument dat na de inleiding van de strafprocedure de strafrechtelijke rechtsbeschermingsweg moest worden gevolgd. Het *Bundesfinanzhof* deelde die opvatting, maar voegde daaraan toe dat de hieronder te bespreken (fiscale) inlichtingenbevoegdheid van § 93 AO ook in het kader van de strafrechtelijke procedure mocht worden gebruikt. Dat laatste is opmerkelijk, omdat het in strijd lijkt met de gedachte achter § 393 AO die uitgaat van een scheiding van procedures, inclusief de eraan gekoppelde bevoegdheden.[120] Hier werden echter *de facto* controlebevoegdheden voor opsporingsdoeleinden gebruikt.
>
> In een latere zaak hanteerde (een andere kamer van) het *Bundesfinanzhof* een andere gedachtegang. Het ging om een geval waarin een betrokkene al verdachte was in een fiscaal-strafrechtelijk onderzoek, maar waarin de Steufa, die voor het strafrechtelijke deel onder gezag van het OM stond, toch een fiscaal bijstandsverzoek aan het Verenigd Koninkrijk deed uitgaan. Het geding spitste zich opnieuw toe op de vraag welke rechtsbeschermingsprocedure moest worden gevolgd. Was dat de fiscale weg, gebaseerd op de *Finanzgerichtsordnung*/FGO of de strafrechtelijke? Beide wegen sluiten elkaar namelijk uit (§ 33 FGO). Ondanks de geopende strafprocedure overwoog het BFH dat de fiscale weg moest worden gevolgd. 'Das bedeutet, daß für Straf- und Bußgeldverfahren der Finanzrechtsweg auch dann nicht gegeben ist, wenn diese Verfahren öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Agabenangelegenheiten betreffen. Entsprechend diese gesetzlichen Regelung ist maßgebend für die Eröffnung des Finanzrechtsweges, ob sich das Begehren der Antragsteller gegen steuerliche oder aber gegen steuerstrafrechtliche Maßnahmen

117 Vgl. Streck (1996), p. 47-49; Kohlmann (1995); Carl/Klos (1993), p. 58 e.v.; Wenzel (2003), p. 19-20; Hendricks (2004), p. 26-27.

118 Hellmann (1995), p. 214-215.

119 In wezen is dit de 'Nederlandse oplossing.' In het FIOD-arrest aanvaardde de Hoge Raad dat controlebevoegdheden, weliswaar *mede*, mogen worden gebruikt voor opsporingsdoeleinden; hoofdstuk 3.2.2.4.

120 BFH 20 april 1983, VII R 2/82, BFHE 138, 164 = BStBl II 183, 482.

der Finanzbehörden richtet. Entscheidend ist damit, in welcher Funktion und in welchem Verfahren die Finanzbehörden – nach außen objektiv und eindeutig erkennbar – tätig geworden sind und tätig werden wollen.'[121] Hoewel de zaak zich dus in eerste instantie op een procedurele kwestie concentreerde, werd er ook in uitgemaakt dat het bijstandsverzoek mocht worden gedaan, ondanks de start van het strafrechtelijk onderzoek.

In het begin van dit millenium kreeg het hof de kans een aantal open gebleven vragen te verduidelijken. Het benadrukt ten eerste dat het gelijktijdig actief worden van de Steufa in zowel een *Besteuerungsverfahren* als een *Steuerstrafverfahren* is toegestaan. Eén maatregel kan meerdere doeleinden dienen (*doppelfunktionale Maßnahmen*).[122] Het bepaalt ten tweede dat de procedure waarin de Steufa actief wordt, de toelaatbare bevoegdheden bepaalt. Als ze actief wordt in het *Besteuerungsverfahren* zijn dat de fiscale onderzoeksbevoegdheden; wordt ze actief in het *Steuerstrafverfahren*, dan zijn het de strafrechtelijke. De Steufa hoeft niet gelijktijdig te voldoen aan de eisen van beide procedures.

Het BFH overwoog: 'Die grundsätzliche Zulässigkeit dieser doppelfunktionalen Tätigkeit [de activiteiten ter vervulling van zowel § 208 I Nr. 1 als § 208 I Nr. 3 AO, ML] der Steufa bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben wird von der Rechtsprechung des BFH anerkannt und damit gerechtfertigt (vgl. Senat in BFH/NV 1998, 424, m.w.N.), dass das Gesetz eine strikte Trennung der Befugnisse vorsieht, die der Finanzbehörde im Besteuerungsverfahren einerseits und im Strafverfahren andererseits zustehen (§ 393 Abs. 1 Satz 1 AO 1977). So wie für den Steuerpflichtigen Rechte und Pflichten unterschiedlich sind je nachdem, welchem Verfahren er sich ausgesetzt sieht, so gelten auch für den Steuerfahnder, wechselt er die Rolle vom Strafverfolgungsermittler zum Steuerverfahrensermittler oder umgekehrt, unterschiedliche Befugnisse. Die jeweilige Aufgabenerfüllung bestimmt somit die Befugnisse, was für eine rechtsstaatliche Kontrolle der Tätigkeit der Steufa unerlässlich ist. Dem entspricht die ständige Rechtsprechung des Senats, die bei § 208 Abs. 1 AO 1977 unterscheidet zwischen der Aufgabenzuweisung einerseits (Satz 1 Nr. 1 bis 3) und den zur Erfüllung dieser Aufgaben verliehenen Befugnissen andererseits (Satz 2). Denn ebenso wenig wie aus der Aufgabe einer Behörde darauf geschlossen werden kann, sie habe auch alle zu ihrer Erfüllung erforderlichen Befugnisse (§ 208 Abs. 1 Satz 2 AO 1977 wäre dann überflüssig), kann umgekehrt aus einer vorhandenen Befugnis nicht ohne weiteres geschlossen werden, eine Maßnahme der Behörde in Ausübung dieser Befugnis sei stets ein Handeln im Rahmen des zugewiesenen Aufgabenbereichs (…).'[123]

---

121 BFH 29 oktober 1986, I B 28/86 = BStBl II 1987, 440 = BFHE 147, 492 (493); vgl. ook BFH 4 november 1987, II R 102/85, BFHE 151, 324; BFH 19 augustus 1998, XI R 37/97, BFHE 186, 506.

122 Het fiscale terrein is niet het enige waar dit probleem speelt. Ook in het politierecht – op het raakvlak van voorkoming van strafbare feiten en het vervolgen daarvan – speelt het. Zeer instructief is hierover Walden (1996), p. 170-203.

123 BFH 25 juli 2000, VII B 28/99 = BFHE 192, 44 = BStBl II 2000, 643.

DUITSLAND

Het is dus vooral de vraag *wie* er bepaalt welke procedure er moet worden gevolgd. Dat is volgens het BFH in de eerste plaats aan de Steufa zelf.[124] De wet stelt hier weinig eisen. De Steufa mag kiezen welke bevoegdheidsgrondslag ze inroept. Is er eenmaal een keuze gemaakt, dan worden de concrete activiteiten van de Steufa naar de regels van die procedure beoordeeld. Niet relevant is dus of de resultaten ook op grond van de andere taak en bevoegdheidsgrondslagen zouden kunnen zijn verkregen.[125] Beslissend is alleen of de toepassing van de bevoegdheid wordt gerechtvaardigd door het doel waarvoor ze werd gecreëerd. De mogelijke betekenis voor andere doeleinden doet er niet toe.

> Vergelijk nog het volgende citaat: 'Bei der Überprüfung einer konkreten Tätigkeit der Steufa auf ihre Rechtmäßigkeit hin ist nach der ständigen Rechtsprechung des BFH zwischen der Aufgabenzuweisung einerseits (§ 208 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 AO 1977) und den zur Erfüllung dieser Aufgaben verliehenen Befugnissen andererseits (§ 208 Abs. 1 Satz 2 AO 1977) zu unterscheiden (Senatsbeschlüsse vom 16. Dezember 1997 VII B 45/97, BFHE 184, 266, BStBl II 1998, 231, und in BFH/NV 1998, 424, 428, m.w.N.). Eine konkrete Maßnahme der Steufa ist hiernach rechtmäßig, wenn sich die Steufa dabei im Rahmen des ihr zugewiesenen Aufgabenbereichs gehalten hat (…) und ihr die in Anspruch genommene Befugnis nach dem Gesetz auch zusteht (…)'.[126]

Het voordeel van deze benadering is mijns inziens de openheid waartoe ze dwingt. Door zich alleen te concentreren op de bevoegdheid die in het concrete geval wordt ingeroepen, wordt de fiscus tot keuzes en daarmee tot verantwoording gedwongen. Op dit punt verschilt de Duitse benadering van de Nederlandse.

> De Hoge Raad staat het gebruik van controlebevoegdheden *mede* voor opsporingsdoeleinden toe. Ik had daarop hierboven kritiek, omdat hierdoor bij voorbaat een deel van de rechterlijke controle uit handen wordt gegeven. Impliciet ligt hierin namelijk de aanvaarding van procedurewissels besloten of aanvaardt men althans aanzienlijke beperkingen bij het uitoefenen van controle hierop. De Nederlandse fiscus verkrijgt aldus veel vrijheid en dat lijkt me juist in gevallen van sfeercumulatie problematisch.[127] In het Duitse systeem bestaat die vrijheid weliswaar ook, doordat – terecht – de fiscus de keuze der middelen wordt gelaten, maar geldt tegelijkertijd dat dit keuzeproces in volle openbaarheid plaatsheeft en dus meer controleerbaar is.

---

124 Idem, Klein (2003), § 208, rn. 24. Illustratief is het volgende citaat uit BFH 21 maart 2002, VII B 152/01: 'Die Steufa hat das Sammelauskunftsersuchen ausdrücklich auf § 208 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AO 1977 gestützt und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht im Strafverfahren, sondern im Besteuerungsverfahren zur Aufdeckung und Ermittlung unbekannter Steuerfälle tätig werden *will* [mijn cursivering, ML].'

125 Vgl. BFH 4 september 2000, I B 17/00 = BFHE 192, 260 = BStBl II 2000, 648.

126 BFH 21 maart 2002, VII B 152/01.

127 Hoofdstuk 3.2.2.4 en 3.2.2.5.

Toch lijkt ook het BFH, getuige de boven aangehaalde citaten, de ultieme consequentie, namelijk de introductie van een *Prinzip der Stetigkeit des Verfahrens*, niet te aanvaarden en genoegen te nemen met een rechtmatigheidscontrole van de concreet toegepaste bevoegdheid.[128] De vraag *waarom* de Steufa tussen procedures wisselt, wordt aldus in overwegende mate aan de autoriteiten zelf gelaten.[129] Deze lijkt net als in Nederland niet, althans marginaal, tot verantwoording te worden gedwongen voor het wisselen tussen procedures. Mogelijk is de verklaring hiervoor dat men zich te veel op de stoel van het bestuur zou plaatsen.[130]

> Het *Bundesfinanzhof* geeft de controle overigens ook niet helemaal uit handen.[131] Het erkende in een zaak, waarin het ging om een *Außenprüfung* (zie onder), het recht van de betrokken belastingplichtige om tegen de aanwijzing van de controlerende ambtenaar bezwaar te maken. *In casu* had de betrokken ambtenaar – vermoedelijk in strijd met zijn ambtsgeheim (§ 30 AO) – gegevens uit een eerdere *Außenprüfung*, waaraan hij deelnam, doorgegeven aan het *Landeskriminalamt*. Hoewel het hof daarmee afwijkt van de algemene regel dat die aanwijzing geen aanvechtbaar besluit is (*Verwaltungsakt*), is daar in situaties van mogelijke vooringenomenheid een uitzondering op mogelijk. Het overweegt als volgt: 'Das schließt es jedoch nicht aus, dem Steuerpflichtigen ein Recht auf gerichtliche Überprüfung der Festlegung des Prüfers zuzugestehen, wenn – über die bloße Besorgnis der Befangenheit hinaus – zu befürchten ist, dass der Prüfer Rechte des Steuerpflichtigen verletzen wird, ohne dass diese Rechtsverletzung durch spätere Rechtsbehelfe rückgängig gemacht werden könnte. Eine solche Rechtsverletzung ist u.a. dann zu befürchten, wenn der Prüfer in einer vorangegangenen Prüfung unberechtigterweise Prüfungsfeststellungen an eine Strafverfolgungsbehörde weitergegeben hat mit dem Hinweis, hieraus könnten sich Anhaltspunkte für ein strafbares Verhalten des Steuerpflichtigen ergeben.'[132]

Van belang is daarom dat nog een aantal andere aspecten de ongewenste gevolgen van een cumulatie van sferen (deels) helpt ongedaan te maken. Vooreerst moet voor ogen worden gehouden dat het fiscale ambtsgeheim (§ 30 AO) de keuzevrijheid van de fiscus inperkt en deze in zijn keuzes aanstuurt. Eén van de doeleinden van § 30 AO is immers het verschaffen van duidelijkheid over het gebruik door de fiscus van aan hem verstrekte informatie.[133] In die zin stuurt het artikel ook de fiscus: deze mag

---

128 Rüping (2002), p. 2021.

129 Vgl. het volgende citaat, *supra* noot 125: 'So wie für den Steuerpflichtigen Rechte und Pflichten unterschiedlich sind je nachdem, welchem Verfahren er sich ausgesetzt sieht, so gelten auch für den Steuerfahnder, *wechselt er die Rolle* vom Strafverfolgungsermittler zum Steuerverfahrensermittler *oder umgekehrt*, unterschiedliche Befugnisse [mijn cursivering, ML].'

130 Vgl. Pieroth/Schlink (1997), p. 254: 'Ihre Grenze findet die Rechtsschutzgarantie [het hieronder nog te bespreken Art. 19 IV GG] bzw die richterliche Prüfung da, wo das Handeln der öffentlichen Gewalt nicht normiert ist. Gerichte kontrollieren die Rechtmäßigkeit, nicht die Zweckmäßigkeit staatlichen Handels.'

131 BFH 29 april 2002, IV B 2/02 = BStBl II 2002, 507, waarover Rüping (2002), p. 5023.

132 BFH 29 april 2002, IV B 2/02 = BStBl II 2002, 507, overweging 29.

133 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30 AO, rn. 5-9.

weliswaar de in § 30 II AO genoemde doeleinden nastreven, maar dan ook *uitsluitend* deze doeleinden. Hij kán niet gegevens voor andere doeleinden verzamelen, ook al dient hij daarmee tevens fiscale doeleinden, want dan schendt hij het ambtsgeheim.[134] Het ambtsgeheim, in het bijzonder ook het er tevens in besloten liggende specialiteitsbeginsel, legt als het ware een cordon om fiscale informatie, dat niet alleen van belang is voor de verstrekking van informatie, maar voor iedere vorm van gegevensverwerking, inclusief het verzamelen ervan.[135]

> Van belang is hier ook dat het *Bundesverfassungsgericht* § 30 AO in het kader van de waarborging van het zogenaamde informationele zelfbeschikkingsrecht (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*)[136] voldoende specifiek en nauwkeurig afgebakend achtte om te kunnen dienen als grondslag voor een inbreuk op dat *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*.[137] Een verdere onderverdeling in fiscale subtaken achtte het hof niet nodig. Daaruit kan worden afgeleid dat het het ambtsgeheim als voldoende richtinggevend beschouwde voor de beoordeling van het handelen van de fiscus.

Bij het voorgaande past nog een tweede opmerking. De keuzevrijheid van de Steufa moet enigszins worden gerelativeerd. Veel beslissingen zijn namelijk niet aan haar, maar aan haar verantwoordelijken. De Steufa heeft namelijk de rol van 'fiscale politie'. Zo komen sommige (strafvorderlijke) bevoegdheden niet altijd aan haar toe, maar aan het OM (of de BuStra).[138] Ook in dit opzicht levert de strikte scheiding tussen de procedures die het BFH zelf aanbrengt, een aanvullende waarborg op. Ze voorkomt dat de Steufa deze beperkingen al te eenvoudig omzeilt door toepassing van fiscale controlebevoegdheden.

> Een keerzijde van deze scheiding is echter dat de verantwoordelijke autoriteiten zelf het zicht op de activiteiten van de Steufa kwijt kunnen raken. Een goede onderlinge coördinatie is dus een absoluut vereiste. Daaraan kan het eenvoudig schorten.[139] Bovendien moet een nuancering van deze relativering worden gezien in het feit dat in gevallen van spoed de bevoegdheden van de Steufa doorgaans verruimd zijn. In die gevallen komen haar soms de bevoegdheden toe die normaliter aan de *Staatsanwaltschaft*, al dan niet na goedkeuring van de onderzoeks-

134 Daarbij is het de vraag of de uitzonderingen op de hoofdregel van § 30 II AO hier een rol spelen. Dat probleem laat ik hier nog even rusten; zie hoofdstuk 4.4.2.1.

135 Ik citeer het Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 67, 100 II (143) – *Flick-Urteil*): 'Das gegenwärtige gesetzliche Abgabenrecht verpflichtet den Betroffenen, *allein* zum Zwecke der Besteuerung Angaben zu machen; zu einer *Erhebung, Speicherung, Verwendung oder Weitergabe* individualisierter oder individualisierbarer Daten zu anderen Zwecke *ermächtigen* die Steuergesetze grundsätzlich nicht [cursiveringen van mij, ML].'

136 Hierover *infra* paragraaf 4.3.1.2.

137 BVerfGE 65, 1 (45) (*Volkszählungsurteil*); BVerfGE 84, 239 (*Zins-Urteil*); Walden (1996), p. 141-142.

138 Vgl. Rüping (2002), p. 2022.

139 Wenzel (2003), p. 22-23.

rechter, toebehoren.[140] In dergelijke situaties beschikt de Steufa dus wel over én fiscale bevoegdheden én strafvorderlijke dwangmiddelen.

Ten derde wil ik wijzen op één belangrijke beperking die het *Bundesfinanzhof* heeft aangebracht op de zojuist beschreven keuzevrijheid van de Steufa. Deze beperking kan het omzeilen van rechtswaarborgen in belangrijke mate tegengaan. Tegen een persoon tegen wie een *Steuerstrafverfahren* is ingeleid (de verdachte), kan de Steufa namelijk slechts op grond van § 208 I Nr. 1 AO actief worden. Indirect is daarmee de uitoefening van controlebevoegdheden ten opzichte van deze persoon niet meer toegestaan.

> Dit blijkt uit het volgende citaat: 'Ist gegen die Person, gegen die sich die Maßnahme der Steufa richtet oder richten soll, ein steuerstrafrechtliches oder bußgeldrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet und noch nicht abgeschlossen, wird die Steufa im Straf- oder Bußgeldverfahren tätig (vgl. § 208 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO 1977), *auch wenn sie im Zusammenhang mit dem eingeleiteten Ermittlungsverfahren gemäß § 208 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO 1977 Besteuerungsgrundlagen ermittelt* [cursief ML]. In solchen Fällen ist nach § 33 Abs. 3 FGO der Finanzrechtsweg nicht gegeben (…). Nur wenn die Behörde in solchen Fällen nach außen objektiv und eindeutig erkennbar außerhalb des eingeleiteten Steuerstrafverfahrens *ausschließlich* im Besteuerungsverfahren tätig wird [cursief ML], handelt es sich um eine Abgabenangelegenheit und ist der Finanzrechtsweg gegeben (…).'[141]

Deze beperking hangt samen met de bescherming van het *nemo-tenetur*beginsel (vgl. ook § 393 AO). *In fiscalibus* gelden immers medewerkingsplichten. Hier wordt de keuzevrijheid van de Steufa beperkt en in zoverre wijkt § 208 AO voor § 393 AO.[142] Probeert de Steufa het in zo'n geval toch via de weg van § 208 I Nr. 2 AO, dan is dat in mijn ogen een mooi voorbeeld van *détournement de procédure*.

> Het is niet helemaal duidelijk of dit ook betekent dat de Steufa ook derden in de zaak tegen de verdachte/belastingplichtige alleen nog maar via de strafrechtelijke weg mag benaderen.[143] Hoewel mij geen zaken bekend zijn die hierop zien, lijkt het mij dat derden *als zodanig* wel met toepassing van fiscale bevoegdheden mogen worden benaderd, als de Steufa daarmee haar taken onder § 208 I Nr. 2 AO dient. Een probleem met het *nemo-tenetur*beginsel doet zich dan niet voor. Overigens moet worden opgemerkt dat een en dezelfde maatregel soms het *Besteuerungsverfahren* van de ene belastingplichtige dient en het *Steuerstrafverfahren*

---

140 *Infra* paragraaf 4.3.3.3, onder B.

141 BFH 6 februari 2001, VII B 277/00 = BFHE 194, 26 = BStBl II 2001, 306.

142 Het is wel opmerkelijk dat het BFH alleen spreekt over de verhouding tussen § 208 I Nr. 1 en Nr. 2; in de verhouding tussen Nr. 1 en Nr. 3 kunnen zich ook problemen voordoen, vooral wanneer onder de noemer 'Aufdeckung unbekannter Steuerfälle' gezocht wordt naar in feite al bekende personen; vgl. Franzen/Gast/Joecks (1996), § 404 AO, rn. 32. De laatste komt overigens tot een soortgelijke uitkomst als het BFH: zie Franzen/Gast/Joecks (1996), § 404 AO, rn. 74.

143 Klein (2003), § 208 AO, rn. 25, meent van niet.

van de andere.[144] De derde in de zaak van de belastingplichtige kan gelijktijdig belastingplichtige in eigen zaak zijn en als zodanig worden benaderd, terwijl de verkregen inlichtingen tegen de verdachte/belastingplichtige worden gebruikt.

C) Sfeerovergang en -cumulatie bij Außenprüfungen

Zo helder als ik de rechtspraak van het *Bundesfinanzhof* vind ten aanzien van de sfeercumulatieproblematiek bij de Steufa, zo onduidelijk vind ik deze ten aanzien van het soortgelijke probleem van de *Außenprüfung*. De *Außenprüfung* (controle ter plaatse; § 193 e.v. AO) is een geformaliseerde procedure ter onderzoeking van fiscaal relevante feiten, waarbij voor de *Steuerpflichtige* bijzondere medewerkingsplichten gelden.[145] Hoewel het gaat om een *fiscaal* onderzoek ter vaststelling van de belastingschuld van de betrokkene, kan tijdens dergelijke onderzoeken uiteraard het vermoeden rijzen dat er een fiscaal strafbaar feit is begaan.[146] De vraag is dan opnieuw wat er dan moet gebeuren: moet het fiscale onderzoek worden gestaakt, eventueel met veiligstelling van het bewijsmateriaal, of mag men ermee doorgaan? In wezen gaat het hier om hetzelfde probleem als in de vorige paragraaf, maar het doet zich thans voor bij een ander dienstonderdeel van de fiscus. Dat enkele gegeven leidt echter tot andere uitkomsten.

Het *Bundesfinanzhof* heeft in een tweetal zaken uitgemaakt dat in dergelijke situaties ook het betreffende *Finanzamt*, niet zijnde de Steufa, door moet gaan met het onderzoek. Na opening van een strafrechtelijk onderzoek zijn *Außenprüfungen* niet verboden. Deze worden ook niet achtergesteld op de *Fahndungsprüfung* van de Steufa, die wordt beheerst door de normen van § 208 AO.[147] Dat is op zich niet verbazingwekkend: de procedures zijn immers in rang gelijk (vgl. § 393 AO). Tevens bepaalde het hof dat in die gevallen het FA het strafrechtelijk onderzoek moet openen. Ook dat ligt voor de hand. Het FA is immers op grond van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel tot onderzoek gehouden.[148] Dat geldt ook voor die dienstonderdelen die niet primair, zoals de Steufa, fiscaal-strafrechtelijke taken hebben.

Het is echter opmerkelijk dat het BFH het in de genoemde zaken toestond dat de *Außenprüfung* werd ingezet voor de opsporing van fiscale delicten. Aldus stond het BFH in deze gevallen wél toe dat *fiscale* middelen worden gebruikt voor *strafrechtelijke* doeleinden, overigens wel met inachtneming van de beperkingen ten aanzien van de afdwingbaarheid van de medewerkingsplicht, zoals neergelegd in § 393 AO.

> Het BFH overwoog: 'daß es bei dem Verdacht einer Steuerstraftat Aufgabe der Finanzbehörde (des FA) ist, den Sachverhalt zu ermitteln (…). Mit welchen Mitteln oder auf welche Weise das FA seiner Ermittlungspflicht bei Verdacht

144 Klein (2003), § 208 AO, rn. 24b.
145 Ook voor de Außenprüfung bevatten sommige speciale wetten aanvullende bepalingen; zie Klein (2003), § 193 AO, rn. 4.
146 Hierover Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 208 AO, rn. 172 e.v., resp. § 393 AO, rn. 67 e.v.; Meyer (2001).
147 Daarover ook Meyer (2001), p. 464.
148 Vgl. § 186 AO jº 152 II StPO/163 I StPO.

> einer Steuerstraftat nachkommt, ist, weil das Gesetz entsprechende Vorschriften nicht enthält, keine Frage der rechtlichen Zulässigkeit, sondern der Zweckmäßigkeit und Praktikabilität. Eine sich soweit gegenseitig auschließende Zuständigkeit von Außenprüfung und Steuerfahndung besteht nicht. Vielmeher hat der Außenprüfer neben seiner primären Aufgabe, die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen zu prüfen, die für die Steuerpflicht und die Bemessung der Steuer maßgebend sind (…), auch die Pflicht, bei dem Verdacht einer Steuerstraftat die Strafverfolgung aufzunehmen und ein Verfahren einzuleiten.'[149]

Deze rechtspraak spoort slecht met mijn bevindingen in de voorgaande paragraaf over de Steufa. Hier lijkt dus het *Prinzip der Meistbegünstigung* voor de fiscus te gelden. Het is niet duidelijk waarom de *Außenprüfer*, anders dan de *Fahndungsprüfer*, met fiscale middelen wel strafrechtelijke doeleinden dienen mag. Waarom geldt voor hem niet eveneens de beperking dat de taak de middelen bepaalt? Waarom zou het hier slechts gaan om een vraag van doelmatigheid, waar men ten aanzien van de Steufa overweegt dat de rechtsregel dat het doel de middelen bepaalt, als een essentieel rechtstatelijk gebod wordt gezien? Het lijkt mij inconsequent.[150] Zelfs het bestaan van subjectieve bestanddelen als het opzet mag met fiscale middelen worden onderzocht. In dat geval dient de fiscale bevoegdheid zelfs *uitsluitend* strafvorderlijke doeleinden.[151]

> Het hier geschetste probleem van de sfeercumulatie bij *Außenprüfungen* doet zich vooral voor wanneer een *Finanzamt* op grond van § 387 II AO zijn fiscaalstrafrechtelijke bevoegdheden heeft overgedragen aan een gezamenlijke *BuStrastelle*.[152] In dergelijke gevallen is hij op grond van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel immers toch tot onderzoek verplicht op het moment dat een vermoeden rijst van een fiscaal delict. Op grond van § 399 II en 402 II AO hebben die onderdelen bijgevolg de taak om op te sporen en beschikken ze indien nodig ook over de bijhorende strafvorderlijke nood- of spoedbevoegdheden om zoekmaking van bewijsmateriaal tegen te gaan. Ze kunnen bijvoorbeeld doorzoeken en inbeslagnemen op een vergelijkbare wijze als een *Hilfsbeamte* van het OM dat kan.[153] Los hiervan staat dat deze dienst ook nog fiscale taken heeft op grond van § 85 AO. Hij heeft dus net als de Steufa twee taken met verschillende typen bevoegdheden. De vraag is daarmee opnieuw of hij zijn fiscale bevoegdheden mag gebruiken voor zijn strafvorderlijke taken.

---

149 BFH 4 november 1987 II R 102/85, BFHE 151, 324 (326-327); vgl. ook BFH 19 augustus 1998 XI R 37/97, BFHE 186, 506.

150 Idem, Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 393 AO, rn. 67 e.v. Anders: Klein (2003), § 193 AO, rn. 20-21.

151 Vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 393 AO, rn. 69; Klein (2003), § 193 AO, rn. 20.

152 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 393 AO, rn. 67 e.v.; Meyer (2001), p. 462.

153 Schick betoogt dat de bevoegdheid van § 399 II nooit aan een *Außenprüfer* kan toekomen kan, maar alleen aan ambtenaren met opsporingsbevoegdheid; Schick in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 208 AO, rn. 177 e.v.

DUITSLAND

De vraag is overigens of in de praktijk de uitkomsten bij *Außenprüfungen* veel zullen verschillen van die van de vorige paragraaf. De fiscus heeft zichzelf een paar beperkingen opgelegd en gaat ervan uit dat weliswaar spoedeisende strafrechtelijke maatregelen mogen en zelfs moeten worden genomen, maar dat de zaak daarna in handen van de BuStra moet worden gesteld (vgl. Nrs. 113, 114 en 116 ASB (Steuer)).[154] Dat spoort veel beter met de bevindingen uit de voorgaande paragraaf. Men heeft bovendien bepaald dat het fiscale onderzoek moet worden stilgelegd, zolang aan de betrokkene geen mededeling is gedaan dat een *Strafverfahren* is ingeleid (§ 10 BpO)[155,156] Pas daarna kan het fiscale onderzoek, met inachtneming van § 393 AO, worden voortgezet.

> In § 10 BpO is het volgende bepaald: '(1) Ergeben sich während einer Außenprüfung zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat (§ 152 Abs. 2 StPO), deren Ermittlung der Finanzbehörde obliegt, so ist die für die Bearbeitung dieser Straftat zuständige Stelle unverzüglich zu unterrichten. Dies gilt auch, wenn lediglich die Möglichkeit besteht, dass ein Strafverfahren durchgeführt werden muss. Richtet sich der Verdacht gegen den Steuerpflichtigen, dürfen hinsichtlich des Sachverhalts, auf den sich der Verdacht bezieht, die Ermittlungen (§ 194 AO) bei ihm erst fortgesetzt werden, wenn ihm die Einleitung des Strafverfahrens mitgeteilt worden ist. Der Steuerpflichtige ist dabei, soweit die Feststellungen auch für Zwecke des Strafverfahrens verwendet werden können, darüber zu belehren, dass seine Mitwirkung im Besteuerungsverfahren nicht mehr erzwungen werden kann (§ 393 Abs. 1 AO). Die Belehrung ist unter Angabe von Datum und Uhrzeit aktenkundig zu machen und auf Verlangen schriftlich zu bestätigen (§ 397 Abs. 2 AO). (2) Absatz 1 gilt beim Verdacht einer Ordnungswidrigkeit sinngemäß.'

4.2.2.4 Conclusies

Samenvattend kan worden gesteld dat het *Bundesfinanzhof* een samenloop van taken binnen de Belastingdienst en vooral de Steufa goedkeurt en dat het aan de Steufa is om binnen de grenzen van § 86 AO (fiscaal opportuniteitsbeginsel) en 152 StPO (strafvorderlijk legaliteitsbeginsel) te kiezen tussen het *Besteuerungsverfahren* en het *Steuerstrafverfahren*. Hetzelfde geldt voor de *Außenprüfung*. Om te voorkomen dat daardoor een te grote machtsconcentratie ontstaat, moet er wel duidelijk en daadwerkelijk gekozen worden. Verschillende taken en bevoegdheden zijn, althans voor de Steufa, niet onderling uitruilbaar, want dat zou controle (door rechter, belastingplichtige en/of derde) onmogelijk maken. De procedures zijn in die zin strikt gescheiden en de fiscus wordt gedwongen tot verantwoording voor de keuzes die hij maakt. Het moet toelaatbaar worden geacht dat de fiscus de via de gekozen procedures verkregen gegevens *ook* gebruikt voor andere doeleinden. De buiten-

154 ASB = *Anweisungen für das Straf- und Bußgeldverfahren*.
155 BpO = *Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Betriebsprüfung – Betriebsprüfungsordnung* van 15 maart 2000 (BStBl. I 2000 S. 368).
156 Meyer (2001), p. 462. Anders: Wenzel (2003), p. 119-120.

grens van de keuzevrijheid van de fiscus én het gebruik van informatie wordt echter gevormd door het in § 30 AO verwoorde specialiteitsbeginsel, dat in dit opzicht ook als een instructienorm aan de fiscus moet worden gezien. Bovendien mag een verdachte ervan uit gaan dat hij altijd als zodanig door de Steufa wordt benaderd.[157] Een derde belangrijke grens vloeit voort uit § 393 AO. Hoewel dit artikel de gelijkheid tussen *Besteuerungs-* en *Steuerstrafverfahren* erkent, voorziet het tegelijkertijd ook in waarborgen tegen de uitholling van het strafvorderlijk zwijgrecht. Na inleiding van het strafrechtelijk onderzoek, komt de afdwingbaarheid van de medewerkingsplicht te vervallen. Ik kom hierop overigens nog uitvoerig terug.[158]

De keuzes en beperkingen die het *Bundesfinanzhof* aldus aanbrengt moeten mijns inziens, voor zover het gaat om de Steufa, worden onderschreven. Ze onderkennen enerzijds de noodzaak van een nauwe betrokkenheid van de fiscus bij de strafrechtelijke fiscale handhaving, maar laten deze anderzijds niet volledig vrij in de keuzes die hij maakt. De fiscus wordt tot verantwoording gedwongen, doordat hij moet aangeven voor welke doeleinden hij een bevoegdheid gebruikte. Daarop kan hij vervolgens worden afgerekend, ook al zal de rechter dat niet dan met uiterste terughoudendheid doen. De gehanteerde benadering heeft tot gevolg dat procedurewisselingen in dezelfde zaak aan de oppervlakte komen. Door de bereikte transparantie kan de fiscus eveneens aan de tand worden gevoeld over de achtergronden van zijn procedurewissels. Het is niet goed inzichtelijk waarom het *Bundesfinanzhof* bij *Außenprüfungen*, waar de keuze der (straf- of bestuursrechtelijke) middelen als een doelmatigheidskwestie wordt gezien, een tegengestelde opvatting inneemt. Ik zie niet in waarom hier niet dezelfde overwegingen een rol zouden spelen. De verklaring daarvoor kan worden gezocht in de afwezigheid van wettelijke bepalingen, als § 208 AO, die de rechter houvast bieden.[159]

4.2.3 Het Openbaar Ministerie (*die Staatsanwaltschaft*)[160]

4.2.3.1 Algemeen

In deze paragraaf komen de taken aan bod van de derde in dit onderzoek centrale Duitse autoriteit, namelijk *die Staatsanwaltschaft*. Na een kort overzicht van de constitutionele inbedding van het OM, volgen in de volgende paragrafen opmerkingen over de precieze taak van het OM in het opsporingsonderzoek (paragraaf 4.2.3.2), de aanvang van dit opsporingsonderzoek, vooral in relatie tot de proactieve opsporing (paragraaf 4.2.3.3) en over de onderlinge verhoudingen tussen het OM en de onderzoeksrechter, de *Ermittlungsrichter* (paragraaf 4.2.3.4). Deze paragraaf is daarmee opnieuw vrijwel identiek als die in het vorige hoofdstuk over Nederland.

---

157 Dat is alleen anders als een handeling van de Steufa evident geen strafvorderlijke doeleinden kan dienen.

158 Paragraaf 4.3.3.

159 Vgl. *supra* noot 130.

160 In het onderstaande zal ik (leden van) de Duitse *Staatsanwaltschaft* gemakshalve ook aanduiden als (leden van) het Openbaar Ministerie, hoewel de laatste een Nederlandse term is.

DUITSLAND

Het Openbaar Ministerie is in de Duitse strafrechtspleging een centrale autoriteit. Zijn statuut, taken en bevoegdheden zijn grotendeels vastgelegd in federale wetgeving. Hier zijn vooral het *Gerichtsverfassungsgesetz*/GVG en de *Strafprozeßordnung*/StPO van belang.

> Op het vlak van de politie en justitie bevat de grondwet een gecompliceerde regeling. In Art. 73 Nr. 10 GG wordt bepaald dat de bond de uitsluitende wetgevende bevoegdheid heeft bij de samenwerking tussen bond en deelstaten op het terrein van de *Kriminalpolizei* en de internationale misdaadbestrijding. Om die reden is ook de wederzijdse rechtshulp voorwerp van federale regulering in de *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*/IRG, waarop ik hieronder nog uitvoerig terugkom. De bond en de deelstaten hebben een concurrerende wetgevingsbevoegdheid op het gebied van 'das Strafrecht und den Strafvollzug, die Gerichtsverfassung, das gerichtliche Verfahren' (Art. 74 I Nr. 1 GG). Hieronder valt ook het opsporingsonderzoek, het *Ermittlungsverfahren*.[161] Dat heeft geleid tot de bovengenoemde wetgeving op straf(processueel) vlak. Onder deze bevoegdheid vallen overigens ook de *Ordnungswidrigkeiten*, hoewel deze, zo bleek hierboven, geen strafrecht *sensu stricto* zijn.[162]
>
> Voor het overige geldt de hoofdregel van Art. 70 GG. Omdat er op politieel gebied geen bepalingen op het gebied van concurrerende of uitsluitende federale bevoegdheden van toepassing zijn, geldt hier dat, met uitzondering van Art. 73 Nr. 10 GG, de deelstaten bevoegd zijn. Mede hierdoor zijn het *Polizeirecht*, dat zich richt op preventie, en het *Strafrecht*, dat zich richt op repressie, strikt van elkaar gescheiden. Deze omstandigheid heeft in het bijzonder gevolgen gehad voor de proactieve opsporing. Het wordt algemeen aangenomen dat op het terrein van de repressieve rechtshandhaving de politiewetten van de deelstaten geen rol meer kunnen vervullen, zodat de normering van politiële onderzoeksmethoden in de repressieve fase zich exclusief naar de normen van de *Strafprozeßordnung* richt.[163] Het probleem is uiteraard dat een scherp onderscheid tussen beide niet altijd te maken is. In het bijzonder de zogenaamde *vorbeugende Bekämpfung von Straftaten* levert hier hoofdbrekens op; *infra* paragraaf 4.2.3.3.

Het Openbaar Ministerie is deels op federaal, deels op deelstatelijk niveau georganiseerd. Conform de hoofdregel geldt dat de strafrechtelijke rechtshandhaving overwegend in handen ligt van de deelstaten (Art. 30 GG). Hoewel de *Staatsanwaltschaft* geen rechtsprekende taken vervult, wordt ze toch beschouwd als een *Organ der Rechtspflege*.[164] Daarom zijn voor een beschrijving van zijn taken ook de Art. 92 e.v. GG relevant, waarin bepalingen over de rechterlijke macht te vinden zijn. De taken en functies van de *Staatsanwaltschaft* hangen zo nauw samen met die van de rechters, dat ze ook zijn geregeld in de *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG). In wezen berusten hun onderlinge verhoudingen op een gecompliceerde taak- en verantwoordelijk-

161 Lisken/Denninger (1996), p. 194-195.
162 Schmidt-Bleibtreu/Klein (1999), p. 1091-1092.
163 Meyer-Goßner (2005), § 6 EGStPO, rn. 1; Lisken/Denninger (1996), p. 195-196.
164 Schmidt-Bleibtreu/Klein (1999), p. 1414-1415.

heidverdeling, waarin het OM het vervolgingsmonopolie heeft, maar waarin de rechters de zaak beoordelen. Om deze reden volgt de opbouw van het OM ook die van de rechterlijke macht.

> § 141 GVG bepaalt dat bij ieder gerecht een *Staatsanwaltschaft* hoort. § 142 GVG bepaalt dat het ambt van de *Staatsanwaltschaft* uitgeoefend wordt door: a) een *Generalbundesanwalt* en een of meerdere *Bundesanwälte* bij het *Bundesgerichtshof*, b) een of meerdere *Staatsanwälte*, met aan het hoofd de *Generalstaatsanwalt*, bij de *Oberlandesgerichten* en *Landesgerichten* en c) een of meerdere *Staatsanwälte* of een of meerdere *Amtsanwälte*[165] bij de *Amtsgerichte*. Voor dit onderzoek is de *Staatsanwaltschaft* bij de *Landesgerichte* in het bijzonder relevant, omdat hier speciale *Wirtschaftsstrafkammern* zijn opgericht (74c GVG).[166] De absolute competentie van deze kamers omvat het gehele terrein dat in dit onderzoek aan de orde is, inclusief de connexe commune criminaliteit. Overigens hoeven niet alle fiscale en financiële strafzaken door deze kamers te worden afgedaan.[167] De *Bundesanwaltschaft* is in het bijzonder bevoegd voor terrorismezaken, zaken gelieerd aan de staatsveiligheid en andere zware, deelstaatoverschrijdende criminaliteit (vgl. § 120 I en II en 142a GVG).[168] Deze opereert dan bondswijd. Het is een uitzondering op de hoofdregel dat de deelstaten bevoegd zijn. De *Generalbundesanwalt* en de *Bundesanwälte* vallen hiërarchisch onder het *Bundesministerium der Justiz*, de Staatsanwälte vallen onder het *Landesministerium*. Dat is van belang voor het toezicht op en leiding van de *Bundes-* en *Staatsanwaltschäfte* (§§ 146-147 GVG).

Het feit dat het OM enerzijds geen rechterlijke taken heeft, maar anderzijds wel wordt beschouwd als een *Organ der Rechtspflege*, maakt zijn positie tweeslachtig.[169] Het hangt tussen bestuur (*Organ der Exekutive*) en rechtsprekende macht (*Organ der Rechtspflege*) in. In de gangbare opvatting is 'Die StA [Staatsanwaltschaft, ML] ein dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege (…), dem die Strafverfolgung und Mitwirkung im Strafverfahren obliegt. Sie trägt die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit, aber auch für die Gründlichkeit des Ermittlungsverfahrens (…) sowie dessen schnelle Durchführung (…).'[170] Voorbeelden van zijn positie als *Organ der Rechtspflege* zijn de koppeling van de functie-eisen van een *Staatsanwalt* aan die van een rechter (§122 DRiG), de verplichting tot objectiviteit bij het opsporingsonderzoek (160 II StPO) en zijn onafhankelijkheid (§ 150 en § 151 GVG). Anderzijds zijn leden van het OM ambtenaar (*Beamte*). Ze vallen wat betreft hun rechtspositie niet onder bijvoorbeeld de *Richtergesetz*, maar

165 Op de positie van de *Amtsanwälte* ga ik niet in. Deze is hoofdzakelijk van belang voor de kleine criminaliteit. Dat zijn de zaken die bij het AG door een *unus iudex* worden afgedaan; Beulke (2002), p. 40.
166 Wabnitz/Janovsky (2000), p. 9 en (2003), p. 104-105.
167 Meyer-Goßner (2005), 74c GVG, rn. 2
168 Beulke (2002), p. 40.
169 Meyer-Goßner (2005), Vor § 141 GVG, rn. 5 e.v.; Beulke, p. 43-44; Löwe/Rosenberg, Vor § 304, rn. 41.
170 Meyer-Goßner (2005), Vor 141 GVG, rn. 1.

onder de *Bundesbeamtengesetz*/BBG[171] of de *Beamtengesetze* van de deelstaten, bijvoorbeeld de *Beamtengesetz*/HBG van Hessen. Dat is onder meer van belang voor hun geheimhoudingsplicht.[172]

4.2.3.2 De Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens

Een centrale wettelijke taakstelling voor het Openbaar Ministerie ontbreekt in Duitsland. In afzonderlijke wetten zal moeten worden gezocht naar eventuele taken van het OM. Voor dit onderzoek zijn uiteraard de bepalingen van het *Strafprozeßordnung* van bijzonder belang.[173] Op grond daarvan vervult de *Staatsanwaltschaft* een drietal taken. Ze is de leider van het opsporingsonderzoek (*Herrin des Ermittlungsverfahrens*), vervolgende instantie (*Anklagevertreterin im Zwischen- und Hauptverfahren*) en belast met de strafexecutie (*Strafvollstreckungsbehörde*). In dit onderzoek gaat het om de eerste taak.

Het opsporingsonderzoek (*Ermittlungsverfahren*) is in Duitsland geregeld in §§ 151 e.v. StPO, waar een aantal basisbeginselen van het opsporingsonderzoek is vastgelegd. Het uitgangspunt is dat het OM vrij is in de vormgeving van het onderzoek. Dat wordt afgeleid uit § 161 StPO. Op grond hiervan worden de vormgeving van de inhoud en de verdere afhandeling van het onderzoek tot het *pflichtgemäße Ermessen* van het OM gerekend (*Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens*), op voorwaarde uiteraard dat het wettelijke en rechtsstatelijke beperkingen in acht neemt.[174]

> Het doel van het opsporingsonderzoek is vast te kunnen stellen of, en zo ja, op basis van welke strafbepaling het tot vervolging (*Erhebung der öffentliche Klage*) moet komen of dat de zaak moet worden afgeblazen (*Einstellung des Verfahrens*).[175] Het onderzoek kan leiden tot het staken van het onderzoek (*Einstellung des Verfahrens*; § 170 II en 153 e.v. StPO), maar het is ook mogelijk dat een aanklacht wordt uitgebracht (*Erhebung der öffentliche Klage*) door middel van het doen uitgaan van een dagvaarding (*Anklageschrift*; § 170 I StPO). Het rechterlijk onderzoek neemt op dat moment een aanvang. Het OM heeft daarin niet meer de leiding. Het rechterlijk onderzoek bestaat uit het (facultatieve) *Zwischenverfahren* (*Eröffnungsverfahren*) en het *Hauptverfahren*. In het eerste wordt bekeken of het *Hauptverfahren* moet worden opengesteld (§§ 199 e.v. StPO). Op dat moment is de beschuldigde in toereikende mate verdacht (*hinreichender Tatverdacht*) en neemt met de zogenaamde *Erlaß des Eröffnungsbeschlusses* (§ 203 StPO) het *Hauptverfahren* een aanvang. Dat bestaat weer in een *Vorbereitung* (§§ 213 e.v. StPO) en de *Durchführung der Hauptverhandlung* (§§ 226 e.v. StPO). De laatste eindigt ten slotte met het vonnis (*Urteil*; § 260 StPO).

---

171 § 148 GVG.
172 *Infra* paragraaf 4.4.3.
173 Hierboven, paragraaf 4.2.1.5, kwam aan de orde dat het OM soms ook belast is met de vervolging van *Ordnungswidrigkeiten*. Ik ga daar hier niet meer verder op in.
174 Meyer-Goßner (2005), § 161, rn. 7; Satzger (2004), p. 19; Prechtel (1995), p. 59 e.v.
175 Meyer-Goßner (2005), § 160 StPO, rn. 11.

Toch wordt het OM door de wetgever wel degelijk aangestuurd. In § 152 II StPO ligt het al vaker genoemde legaliteitsbeginsel besloten (*Legalitätsprinzip*).[176] Het OM (*in fiscalibus* soms vervangen door de *BuStrastelle*), maar ook de politie, zijn verplicht om bij het voorliggen van een verdenking (*Anfangsverdacht*) een onderzoek te openen. Dat kunnen ze doen na een aangifte van een strafbaar feit, maar ook mag men ambtshalve een onderzoek openen (§ 160 I StPO). Het legaliteitsprincipe moet worden gezien als een aanvulling op het vervolgingsmonopolie van het OM (§ 151 I StPO) en dient de gelijkheid van allen voor de wet.[177] § 152 II StPO en corresponderende bepalingen in § 160 I StPO en § 170 I StPO creëren om die reden niet alleen een plicht tot onderzoek, maar ook tot vervolging (*Ermittlungs-, Anklage- und Verfolgungszwang*), hoewel er hierop wel een aantal uitzonderingen is toegelaten (§§ 153 e.v. StPO). In aanvulling op het legaliteitsbeginsel geldt er een plicht tot het achterhalen van de materiële waarheid (*Ermittlungsgrundsatz*).[178] Deze kan worden afgeleid uit § 152 II en § 160 StPO. Ze houdt ook in dat behalve naar belastende feiten, ook naar ontlastende moet worden gezocht (§ 160 II StPO).

Velen gaan deze sturingsbeginselen niet ver genoeg. Net als in Nederland en in Zwitserland woedt in Duitsland de discussie of een hervorming van het opsporingsonderzoek noodzakelijk is.[179] Traditioneel ligt in Duitsland het accent op het onderzoek ter zitting. Het vooronderzoek dient in die opvatting enkel de voorbereiding van de *Anklage*. De vraag is of dit uitgangspunt nog terecht is. De feitelijke rol van het opsporingsonderzoek is al lange tijd veel groter. Dat brengt problemen met zich. Beperkingen op de interne openbaarheid die tot uitdrukking komen in een beperkte hoorplicht (§ 163a I StPO) en in beperkte inzagemogelijkheden in het dossier (§ 147 II StPO) maken het vooronderzoek in hoge mate geheim. De verdachte heeft weinig mogelijkheden tot beïnvloeding van het onderzoek. De rol van de politie in het vooronderzoek staat niet in verhouding tot de normering ervan in het strafprocesrecht.[180] Tegen de tijd dat het onderzoek ter zitting daadwerkelijk aanvangt, ligt al veel onweerlegbaar vast. Er is daarom een roep om wijzigingen. Vooralsnog heeft de wetgever echter niet willen ingrijpen. Bij mijn weten zijn er geen concrete plannen voor een *Reform des Ermittlungsverfahrens*. Wel wordt er in het Duitse parlement voorzichtig gediscussieerd over een algemene herziening van het strafprocesrecht.[181]

Overigens gelden in het fiscale strafrecht enige noemenswaardige afwijkingen van het commune strafrecht, die ten dele tegemoet komen aan bovengenoemde

176 OM en politie mogen gedurende het hele strafproces van hun inlichtingenbevoegdheden (§ 161 en 163 StPO) gebruik blijven maken, ook als de gerechtelijke procedure al een aanvang heeft genomen; Beulke (2002), p. 12-13.

177 Lisken/Denninger (1996), p. 199; Beulke (2002), p. 11; Meyer-Goßner (2005), § 152 StPO, rn. 2.

178 Ook wel *Untersuchungsgrundsatz* of *Instruktionsprinzip* genaamd.

179 Vgl. Bannenberg e.a. (2001); Jahn (2003), p. 815 e.v.; Satzger (2004); *Entwurf für eine Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens* van oktober 2005 van de Deutscher Anwaltverein.

180 Satzger (2004), p. 20-21.

181 Het blijft bij min of meer vrijblijvende discussies over het onderwerp; vgl. ook www.stpo-entwurf.de.

bezwaren en de positie van de verdachte/belastingplichtige versterken. In § 397 AO wordt formeel vastgelegd wanneer een fiscaal-strafrechtelijk onderzoek aanvangt. Dat is het geval wanneer 'die Finanzbehörde, die Polizei, die Staatsanwaltschaft, eine ihrer Ermittlungspersonen oder der Strafrichter eine Maßnahme trifft, die erkennbar darauf abzielt, gegen jemanden wegen einer Steuerstraftat strafrechtlich vorzugehen.' Die maatregel moet onverwijld in het dossier worden vastgelegd. Zeer belangrijk – en afwijkend van het commune strafproces – is bovendien het derde lid: 'Die Einleitung des Strafverfahrens ist dem Beschuldigten spätestens mitzuteilen, wenn er dazu aufgefordert wird, Tatsachen darzulegen oder Unterlagen vorzulegen, die im Zusammenhang mit der Straftat stehen, derer er verdächtig ist.' Deze kennisgevingsplicht hangt uiteraard samen met § 393 AO.[182]

Het opsporingsonderzoek neemt een aanvang als een verdenking (*Anfangsverdacht*) voorligt (§ 152 II StPO). Deze is aanwezig, wanneer er toereikende feitelijke aanknopingspunten zijn dat er een (vervolgbaar) strafbaar feit is gepleegd. Het criterium is niet alleen van belang voor de uitoefening van opsporingsbevoegdheden, maar ook voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het optreden van het OM als zodanig.[183] Er wordt een belangrijke waarborg in gezien voor de burger. Justitieel optreden is immers niet zo maar mogelijk, maar pas nadat een verdenking is vastgesteld.[184] De aanwezigheid van een verdenking is daarmee een *Prozeßvoraussetzung*. Het is echter niet noodzakelijk dat er ook al een verdachte is. Onderzoeken *gegen Unbekannt* zijn mogelijk.

§ 152 StPO luidt als volgt: '(1) Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen. (2) Sie ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.'

Is er al een persoon die aan een bepaalde strafzaak kan worden gekoppeld, dan moet deze als verdachte worden beschouwd vanaf het moment dat 'tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die nach den kriminalistischen Erfahrungen die Beteiligung des Betroffenen an einer verfolgbarer strafbaren Handlung als möglich erscheinen lassen.'[185] De verdenking moet in zekere mate individualiseerbaar,[186]

182 Bij fiscale *Betriebsprüfungen* ligt dit moment nog eerder (vgl. § 10 BpO; *supra* paragraaf 4.2.2.3, onder C); Wenzel (2003), p. 119; Meyer (2001), p. 462.

183 Voor de uitoefening van de meeste opsporingsbevoegdheden voldoet een verdenking in de zin van § 152 II StPO. Sommige bevoegdheden, bijvoorbeeld de *Untersuchungshaft* - § 112 StPO, eisen echter een zwaardere graad van verdenking.

184 Vgl. Corts & Hege (1976); Weßlau (1989), i.h.b.z. p. 263 e.v.; Schultz (2001), i.h.b.z. p. 546 e.v.

185 Vgl. BVerfG 3 juli 2006, 2 BvR 2030/04; Beulke (2002), p. 158; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 397 AO, rn. 39; BGH 21 april 1998, NJW 1989, 96.

186 Er hoeft geen concrete potentiële dader te kunnen worden aangewezen; wel een nader begrensd aantal mogelijke daders. Onderzoeken tegen een onbekende dader mogen niet 'ins Blaue greifen'; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 397 AO, rn. 42.

concretiseerbaar[187] en objectiveerbaar[188] zijn. De enkele mogelijkheid is dus niet voldoende;[189] er moet al een zekere mate van waarschijnlijkheid zijn, die is terug te voeren op feiten.[190] Het houden van een bankrekening in een land met bankgeheim – bijvoorbeeld Oostenrijk of Luxemburg – is als zodanig niet een grond voor een verdenking van belastingontduiking.[191] Dat kan echter anders worden als het gaat om geanonimiseerde rekeningen.[192] Ook het verrichten van effectentransacties door contante opnames en stortingen buiten de rekeningen die men bij die bank om aanhoudt, kan een verdenking opleveren.[193]

4.2.3.3 Het begin van de opsporing; de verhouding van de Staatsanwaltschaft tot de fiscus

De beperking van de taakuitoefening van het OM tot de repressieve, strafvorderlijke fase heeft uiteraard gevolgen. Het zegt ten eerste iets over de invulling van het begrip 'strafzaak' en is zodoende ook van belang voor de internationale rechtshulp in strafzaken (vgl. art. 1 ERV). Bovendien heeft een en ander gevolgen voor de positie van het OM in de proactieve fase en voor zijn relaties tot de andere autoriteiten die in dit onderzoek worden onderzocht, in het bijzonder de Steufa. De fiscus is als aangever, secondant, danwel plaatsvervanger van het OM van eminent belang in de Duitse fiscale strafrechtspleging. Zonder hem komen veel feiten eenvoudigweg niet aan het licht, zeker niet omdat men gebonden is aan een relatief reactief verdenkingsbegrip dat een zekere mate van waarschijnlijkheid eist dat een strafbaar feit is begaan.

> Datzelfde geldt overigens in zekere mate ook voor de rol van de BAFin in het financiële strafrecht, maar deze werkt op een andere wijze met het OM samen. De BAFin heeft geen opsporingstaken. Ze staat niet onder gezag van het OM, noch neemt ze haar plaats in. We zagen wel dat ze tot aangifte bij het OM is verplicht.

De positie van de fiscus (Steufa) is in het fiscale strafrecht gelijk aan die van de reguliere politie.[194] Dat betekent ook dat de relatie tussen het OM en de Steufa op gelijke wijze vorm heeft gekregen als die tussen het OM en de politie. De strafrechtelijke, ook wel repressieve taak van de laatste is neergelegd in § 163 I StPO. Voor de opsporingstaken is het strafprocesrecht het exclusieve beoordelingskader. In haar hoedanigheid van *Kriminalpolizei* is de politie – en dus ook de Steufa – het *Ermitt-*

---

187 Het moet gaan om 'einer von mehrerem bestimmten Tatbeständen'; Joecks, § 397 AO, rn. 52.

188 De verdenking moet zijn af te leiden uit objectieve feiten en omstandigheden; de enkele ervaring is niet voldoende; vgl. Franzen/Gast/Joecks (1996), § 397 AO, rn. 40.

189 Vgl. voor het fiscale strafrecht Nr. 24 van de ASB (Steuer).

190 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 397 AO, rn. 39.

191 Dat zou in strijd komen met het vrije verkeer van kapitaal (56 EGV); BFH 6 februari 2001, VII B 277/00 = BFHE 194, 26 = BStBl II 2001, 306.

192 BVerfG 23 maart 1994, BvR 396/94, wistra 1994, p. 221.

193 BVerfG 1 maart 2002, 2BvR 972/00.

194 Vgl. §§ 402 en 404 AO.

lungsorgan der Staatsanwaltschaft.[195] Op haar rust dan een onderzoeksplicht (*Untersuchungsgrundsatz*). Ze is ook gebonden aan het legaliteitsbeginsel. Voor de praktijk is belangrijk dat de politie beschikt over het zogenaamde *Recht des ersten Zugriffs*. De politie – en zeker ook de Steufa – is in de regel de eerste instantie bij wie zaken aankomen en op haar rust in dat soort gevallen de plicht die zaken te onderzoeken. Dat geldt ook als het OM er nog niet van op de hoogte is. Daarom bestaat er in dat soort gevallen een rapportageplicht aan het OM (§ 163 II StPO). Dat is een belangrijke voorwaarde voor de uitvoering van zijn controlerende taken. Het OM is immers verantwoordelijk voor het opsporingsonderzoek. Daarom kan het de politie ook aanwijzingen geven (*Weisungsrecht*) en rust op de politie de plicht aan verzoeken van het OM te voldoen (§ 161 StPO).

> Wanneer de ambtenaren van de politie *Hilfsbeamte* van het OM zijn, is de onderlinge gezagsrelatie nog scherper verwoord. Het OM kan in die gevallen *bevelen* geven aan *Hilfsbeamten* (§ 152 GVG).[196] De status van *Hilfsbeamte* is vooral van belang voor het uitoefenen van bepaalde opsporingsbevoegdheden in spoedeisende gevallen, welke de politie normaliter niet zouden toekomen. Fiscale opsporingsambtenaren van de Steufa zijn op grond van de wet overigens al Hilfsbeamte (§ 404 AO). In andere gevallen moeten de *Hilfsbeamte* nog worden aangewezen.[197]

Echter, naast de puur strafrechtelijke taken vervult de politie ook nog andere taken van meer preventieve aard. Deze worden ook wel onder de noemer *Gefahrenabwehr* gevat.[198] De tweedeling tussen enerzijds de *Gefahrenabwehr* en anderzijds de strafrechtelijke taken van de politie betreft een punt van felle discussie.[199] De proactieve fase bevindt zich precies op het raakvlak van beide gebieden. Daarmee raken we de belangrijke vraag naar de zeggenschap over en de normering van politieel handelen in deze schemerzone. Gaat het hier om strafprocesrecht, om politierecht of wellicht om allebei? Omdat voor de Steufa als opsporingsdienst dezelfde normen gelden als voor de reguliere politie, is deze discussie ook voor haar relevant.

De discussie wordt zwaar beïnvloed door een grondwettelijk probleem. Het preventieve politierecht is immers een exclusieve aangelegenheid van de deelstaten en kan bijgevolg niet worden genormeerd in het strafprocesrecht. Daar staat tegenover dat de proactieve opsporing duidelijke raakvlakken heeft met het laatste. Aldus kan deze problematiek via twee wegen worden benaderd. Langs de ene weg zou er kunnen worden betoogd dat uit § 152 II StPO, maar ook uit § 160 I en § 163 I StPO slechts kan worden afgeleid vanaf welk moment het OM en de politie actief *moeten* worden, namelijk vanaf de *Anfangsverdacht*. De vraag is dan of uit deze artikelen ook moet worden afgeleid dat het de autoriteiten verboden is vóór dat

195 Meyer-Goßner (2005), Einleitung, rn. 41.
196 Beulke (2002), p. 50; Lisken/Denninger (1996), p. 198.
197 Voor Hessen is dat gebeurd in de hier niet verder relevante *Verordnung über die Hilfsbeamtinnen und Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft* van 15 maart 1996 (GVBl. I S. 114).
198 Schmidt-Aßman/Badura (1995), p. 118 e.v.; Lisken/Denninger (1996), p. 134-143.
199 Hierover onlangs nog BVerfG 4 april 2006, 1 BvR 518/02.

moment op te treden. Regelen deze artikelen uitputtend de (strafvorderlijke) armslag van de autoriteiten of is er nog ruimte voor strafrechtelijke handhaving voorafgaand aan het StPO? De formulering van de relevante artikelen is niet eenduidig: in § 152 II StPO gaat het over toereikende aanknopingspunten, in § 160 StPO wordt gesproken over de 'Verdacht einer Straftat' en in § 163 StPO over het 'erforschen' van strafbare feiten. Vooral het laatste lijkt niet noodzakelijk een bestaande verdenking te eisen. Toch is de heersende mening dat de strafrechtelijke handhaving pas een aanvang neemt bij een *Anfangsverdacht*. Een apart *polizeiliches Vorfverfahren* wordt afgewezen, ook al is de politie vaak de eerste die van strafbare feiten op de hoogte komt. De reikwijdte van de politiële strafvorderlijke taak mag niet ruimer zijn dan die van het OM.[200] De hierboven geschetste functie van de verdenking als *Prozeßvoraussetzung* zou zo iedere functie worden ontnomen.

De tweede weg heeft meer navolging. Hierlangs kan worden betoogd dat de proactieve opsporing moet worden gerekend tot de *Gefahrenabwehr* en in het bijzonder tot de zogenaamde *vorbeugende Bekämpfung von Straftaten*.[201] Het gaat dan niet alleen om de verhindering van strafbare feiten, maar ook om het opbouwen van een informatiehuishouding met het oog op de toekomstige bestrijding van de (georganiseerde) criminaliteit.[202] Hoewel dit laatste aspect duidelijk raakvlakken heeft met de repressieve handhaving, wordt het doorgaans tot de *Gefahrenabwehr* gerekend en daarmee ook buiten het zicht van het OM gehouden.[203] De nadruk ligt in die opvatting op het beheersen van gevaren: de onderzoeken zijn per definitie nog ongericht en de veroorzaker van die gevaren blijft nog op de achtergrond. Het onderscheid is echter dun. Tegenstanders stellen dat men de *Verfolgungsvorsorge* ook kan opvatten als anticiperende repressie.[204]

> In het bijzonder hebben deze tegenstanders moeite met de term 'vorbeugend' (letterlijk: voorkomend; verhinderend), zowel wanneer deze gerelateerd is aan de gevaarsafweer als aan de strafvervolging. De kern van hun bezwaar is dat het begrip te enen male ongeschikt is als criterium voor verder handelen. Immers, wie het concrete gevaar of het strafbare feit nog niet kent, handelt zonder enig aanknopingspunt met het gevaarsbegrip (of een strafvervolging). Evenmin kan men op deze wijze de noodzaak van een handeling beoordelen. Er is om die reden een derde categorie voorgesteld, naast die van de *Strafverfolgung* en *Gefahrenabwehr*. Discussie is er daarbij over de precieze afbakening van die derde takencategorie, onder meer over een aanknoping bij het begrip 'georganiseerde cri-

200 Meyer-Goßner (2005), § 163, rns. 9 en 20-21; Weßlau, p. 152.
201 Daarover Weßlau (1989), p. 151-158.
202 Daarbij steken termen als *allgemeine Verfolgungsvorsorge* en *Vergeheimdienstlichung der Polizei* de kop op; vgl. Tak (2000), p. 133; Lisken/Denninger (1996), p. 202-203.
203 Vgl. BVerwG 20 februari 1990, C 30/86, NJW 1990, 2768 e.v. Hierover ook Walden (1996), p. 151 e.v.; Lisken/Denninger (1996), p. 144; Weßlau (1989), p. 153-154.
204 Lisken/Denninger (1996), p. 204.

> minaliteit.'[205] Een belangrijk probleem ten aanzien van die derde categorie is ook wie er wetgevingsbevoegd is: bond of deelstaat.[206]

Het voorgaande geeft aan tot welke problemen de proactieve opsporing in Duitsland leidt: het is niet echt strafvervolging, maar evenmin het enkele afweren van gevaren. De spagaat die zo is ontstaan en die voor een groot deel het gevolg is van een competentieverdeling tussen de bond en de deelstaten, wordt niet echt bevredigend opgelost. Ook de voorstellen over een hervorming van het opsporingsonderzoek gaan er niet echt op in.[207] De praktijk heeft hier met behulp van de zogenaamde *Vorermittlungen* zelf een weg gevonden. Dit zijn onderzoeken ter beoordeling van de vraag *of* een opsporingsonderzoek moet worden ingesteld.[208] Ze vormen (nog) geen *Anfangsverdacht*, zodat dit soort onderzoeken buiten de werking van het StPO valt, maar evenmin kunnen ze worden gerekend tot de preventieve politiële bezigheden. Juist vanwege deze aparte, ondergenormeerde status zijn grondrechtinbreuken bij dit soort onderzoeken uit den boze. Men moet zich beperken tot het (onverplicht) rondvragen (*informatorische Befragungen*).[209]

Een andere uitweg op het probleem wordt in het fiscale strafrecht geleverd door de *Vorfeldermittlungen*, die we hiervoor bij de bespreking van de Steufa tegenkwamen.[210] Voor het opnemen van dit soort onderzoeken is – anders dan bij een *Anfangsverdacht* – de enkele mogelijkheid van een *Steuerverkürzung* voldoende.[211] De armslag van de fiscus is dus groter. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat *Vorfeldermittlungen* niet als een fiscaal-strafrechtelijke taak worden beschouwd, maar als een fiscale, wat consequenties heeft voor het verantwoordelijkheidsvraagstuk én voor de internationale samenwerking. Dit type onderzoeken dekt in fiscale zaken de proactieve fase, omdat de Steufa er op uittrekt voordat er een vermoeden van enig strafbaar feit is. Het vult in die zin een belangrijk gat op.[212] Eenzelfde functie komt overigens toe aan de BAFin in het kader van de *Insiderüberwachung*. Ook deze treedt op ter vervulling van deels strafrechtelijke taken. Opnieuw gebeurt dat aan de hand van bestuursrechtelijke bevoegdheden. De BAFin mag haar bevoegdheden al inzetten bij het voorliggen van *Anhaltspunkte* voor een handel met voorwetenschap. Ook dit punt ligt ver voor de strafrechtelijke *Anfangsverdacht*. Het betekent in transnationale situaties dat zowel de BAFin als de Steufa gebruik zal maken van de bijstand en niet van de rechtshulp.

---

205 Lisken/Denninger (1996), p. 202-209; Walden (1996), p. 156 e.v.
206 Walden (1996), p. 163.
207 *Supra* noot 179.
208 Vgl. voor het fiscale strafrecht Nr. 121 ASB (Steuer).
209 Beulke (2002), p. 159; Walden (1996), p. 167; Meyer-Goßner (2005), § 163, rn. 9; Weßlau, p. 154-155.
210 § 208 I Nr. 3 AO; paragraaf 4.2.2.2, onder D.
211 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 397 AO, rn. 39 en Nr. 121 ASB (Steuer).
212 Voor de goede orde, in die gevallen waarin de Steufa wel als opsporingsdienst bezig is (§ 208 AO I Nr. 1 AO), gelden voor haar wél de strafvorderlijke bepalingen, in het bijzonder ook § 163 StPO.

4.2.3.4 De verhouding tot de Ermittlungsrichter

Ten slotte passen nog enige opmerkingen over de verhouding tussen het OM en de onderzoeksrechter in het Duitse strafproces. De rechter heeft in het huidige opsporingsonderzoek allang geen zelfstandige onderzoeksfunctie meer. Met de introductie van de *(Reichs)strafprozeßordnung* in 1877 wilde men af van het inquisitoire systeem waarin een rechter onderzoek deed naar de feiten en daarna tevens over zijn eigen onderzoek oordeelde. De rechterlijke onderzoeksactiviteiten in het voorbereidend onderzoek moesten tot een minimum beperkt blijven. De vervolgende taken werden bijgevolg overgedragen op de *Staatsanwaltschaft*. De rechter werd meer 'rechter' in plaats van 'onderzoeker.'[213] *De lege lata* is het uitgesloten dat een rechter op eigen initiatief onderzoek doet naar strafbare feiten.

> Vroeger kwam men op het huidige Duitse territoir veel inquisitoire systemen tegen, waarin de rechter zowel aanklagende als rechtsprekende functies vervulde. Deze werden met de introductie van de *(Reichs)strafprozeßordnung* vervangen door een meer op Franse leest geschoeid model, waarin een *Staatsanwalt* werd gecreëerd die de vervolgende taken voor zijn rekening ging nemen, net als overigens de controle over de *Kriminalpolizei*. De overgebleven rechterlijke taken in het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting werden in verschillende handen gelegd. Het model kende wel nog een aparte rechterlijke *Voruntersuchung* voor de zwaardere feiten. In 1974 werd ook deze afgeschaft. Toch wilde men de rechterlijke aanwezigheid in het vooronderzoek niet helemaal loslaten. Als keerzijde tegen vooringenomenheid aan de zijde van het OM heeft men een preventieve rechterlijke controle in het onderzoek willen behouden, wat leidde tot het behoud van de *Ermittlungsrichter*.[214]

De rechter is niet helemaal uit het vooronderzoek verdwenen. Uit § 162 StPO blijkt impliciet dat de *Ermittlungsrichter*/ER een tweetal taken heeft. Enerzijds is hij machtigingsrechter, anderzijds verricht hij ook onderzoekshandelingen en neemt hij bijvoorbeeld getuigenverhoren af. Dat laatste kan nodig zijn, wanneer een getuige later niet meer ter zitting kan worden gehoord en een verklaring onder ede wenselijk is. Tussen het OM (of de BuStra)[215] en de ER bestaat aldus een zekere taakverdeling. Het OM heeft in het vooronderzoek de leiding. Ook wanneer de *Ermittlungsrichter* niet machtigingen verleent, maar zelf onderzoekshandelingen stelt, doet hij dat alleen op vordering van het OM.[216] Ik concentreer me hieronder op de rol van de ER als machtigingsrechter.

> § 162 StPO luidt als volgt: '(1) Erachtet die Staatsanwaltschaft die Vornahme einer richterlichen Untersuchungshandlung für erforderlich, so stellt sie ihre Anträge bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk diese Handlung vorzunehmen ist.

---

213 Prechtel (1995), p. 235.
214 Prechtel (1995), p. 18 e.v.
215 Vgl. Löwe/Rosenberg, § 162, rn. 40.
216 Vgl. Prechtel (1995), p. 63 e.v.; Löwe/Rosenberg, § 98, rn. 14.

DUITSLAND

> Hält sie richterliche Anordnungen für die Vornahme von Untersuchungshandlungen in mehr als einem Bezirk für erforderlich, so stellt sie ihre Anträge bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat. Satz 2 gilt nicht für richterliche Vernehmungen sowie dann, wenn die Staatsanwaltschaft den Untersuchungserfolg durch eine Verzögerung für gefährdet erachtet, die durch einen Antrag bei dem nach Satz 2 zuständigen Amtsgericht eintreten würde. (2) Die Zuständigkeit des Amtsgerichts wird durch eine nach der Antragstellung eintretende Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt. (3) Der Richter hat zu prüfen, ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist.'

De rol van machtigingsrechter hangt direct samen met het feit dat sommige grondrechtinbreuken in de Duitse constitutie onder het zogenaamde *Richtervorbehalt* zijn geplaatst.[217] Daarmee heeft de grondwetgever preventieve rechtsbescherming willen inbouwen vanuit de gedachte dat het voorkomen van ongerechtvaardigde grondrechtinbreuken de voorkeur heeft boven het achteraf repareren daarvan. Daarbij speelt een rol dat de betrokken derde of verdachte zelf vaak vooraf niet kan worden gehoord vanwege het belang van het onderzoek (vgl. § 33 IV StPO). Rechterlijke tussenkomst levert hier een alternatief. Een belangrijke meerwaarde van de ER is gelegen in het bieden van tegenwicht aan politie en OM door een onafhankelijke, frisse kijk op de zaak.[218] De rechterlijke controle op het OM zal daarom vooraf plaatshebben door middel van *Anordnungen* tot het nemen van maatregelen. Deze kan echter ook vormkrijgen via het achteraf bekrachtigen ervan (*Bestätigungen*). Om welke van beide het gaat, blijkt uit de bewoordingen van de concreet ingeroepen bevoegdheid. De handelingen zelf worden doorgaans niet door de rechter uitgevoerd, maar door het OM (vgl. § 36 II StPO).

In de praktijk bestaan onduidelijkheden over de precieze verhoudingen tussen OM en ER en in het bijzonder over de omvang van de rechterlijke toetsplicht. Uit § 162 III StPO is af te leiden dat er moet worden bekeken of een verlangde maatregel wettelijk toelaatbaar is. De vraag is echter wat dit betekent. Bovendien is het de vraag hoe intensief de rechter moet toetsen. Verlaat hij zich op wat hem wordt aangeleverd of vraagt hij indien nodig het hele dossier op? Waar ligt in het laatste geval de grens met het zelfstandig verrichten van onderzoek?[219] Die vragen werden en worden bediscussieerd. Er is een meerderheid voor de opvatting dat de rechter een volle evenredigheids- en rechtmatigheidstoets uitvoert en daarvoor indien nodig het dossier opvraagt.[220] Of de ER in de praktijk ook daadwerkelijk op deze, intensieve wijze toetst, wordt door sommigen echter betwijfeld. Daarbij wordt onder

217 Vgl. Art. 13 GG (*Unverletzlichkeit der Wohnung*); daarover BVerfG 4 juli 2006, 2 BvR 950/05.

218 Vgl. BVerfG 6 maart 2002, 2 BvR 1619/00; Rudolphi e.a. (1999), § 162 StPO, rn. 4; Löwe/Rosenberg, § 98 StPO, rn. 6; Löwe/Rosenberg, § 162 StPO, rn. 1a; Prechtel (1995), p. 181 e.v.

219 Prechtel (1995), p. 201-203

220 Vgl. BVerfG 15 december 2005, 2 BvR 372/05; BVerfG 4 juli 2006, 2 BvR 950/05; Prechtel (1995), p. 183 e.v.; Löwe/Rosenberg, § 162, rn. 36 e.v.

meer gewezen op het feit dat een beperkte zaaksinhoudelijke kennis ertoe kan leiden dat de ER enkel afgaat op wat het OM aanvoert.[221]

> De toets van § 162 III StPO heeft heel duidelijk betrekking op de *rechtmatigheid* en niet op de *doelmatigheid* van de gevraagde handeling. Zou dat anders zijn, dan zou de positie van het OM als *Herrin des Ermittlungsverfahrens* worden doorkruist door de *Ermittlungsrichter*. Om die reden mogen handelingen waarom door het OM niet is verzocht, door de rechter ook niet worden verricht.[222] Evenmin zal de rechter toetsen of er een *Anfangsverdacht* voorligt, omdat hij zichzelf dan opnieuw op de stoel van het OM zou plaatsen.[223] Immers, de rechtmatigheid van de taakuitoefening door het OM is gekoppeld aan zo'n verdenking. Dat laat onverlet dat als een verdenking als voorwaarde wordt gesteld voor het uitoefenen van een specifieke onderzoeksbevoegdheid, deze zal moeten worden getoetst. Hier brengt het *Verhältnismäßigkeitsprinzip* als grondwettelijk beginsel onontkoombaar mee dat een handeling door de rechter tegen de achtergrond van het lopende onderzoek zal worden beoordeeld.[224] Indirect zal zo een oordeel worden gevormd over de noodzaak en daarmee deels toch over de doelmatigheid van de maatregel.[225] De evenredigheidstoets brengt namelijk mee dat wordt beoordeeld of een maatregel geschikt (*geeignet*), noodzakelijk (*erforderlich*) en proportioneel (*angemessen*) is.[226]

Kortom, de *Ermittlungsrichter* heeft, ondanks de kritiek op zijn feitelijke functioneren, in het Duitse strafrecht een belangrijke rechtsbeschermende functie. Zijn rol en functie wijken op belangrijke onderdelen af van die van de Nederlandse rechter-commissaris. In beginsel verricht hij geen onderzoekstaken. De rechterlijke aanwezigheid wordt gezien als een belangrijke voorwaarde voor het mogen maken van grondrechtsinbreuken voor strafrechtelijke doeleinden; ze fungeert als een belangrijk controlemechanisme op de taakuitoefening van het OM (of de BuStra) en is vanuit het specialiteitsperspectief van groot belang. De preventieve rechterlijke toets levert, althans voor de zware dwangmiddelen, een waarborg tegen misbruik van bevoegdheden.[227] In het vervolg van dit hoofdstuk zal ik nog nader ingaan op de vraag in hoeverre deze functie ook in situaties van transnationale samenwerking van de grond komt. Zo ver is het nog niet. Eerst volgt het restant van mijn bespreking van het innerstatelijke Duitse recht. Ik begin met een beschrijving van de onderzoeksbevoegdheden die de betrokken autoriteiten bij de vervulling van hun taken toekomen.

---

221 Prechtel (1995), p. 183 e.v.; Satzger (2004), p. 115 e.v.; Brüning (2005).
222 Rudolphi e.a. (1999), § 162 StPO, rn. 11; Meyer-Goßner (2005), § 162 StPO, rn. 5. In spoedeisende gevallen laat § 165 StPO hierop een uitzondering toe in verband met het veiligstellen van bewijsmateriaal.
223 Rieß (1991), p. 515.
224 Vgl. Corts & Hege (1976); Rieß (1991), p. 514; Rudolphi e.a. (1999), § 162 StPO, rn. 32.
225 Rieß (1991), p. 515; Rudolphi e.a. (1999), § 162 StPO, rn. 34-37.
226 Rudolphi e.a. (1999), § 162 StPO, rn. 35.
227 Vgl. ook *supra* paragraaf 4.2.2.3, onder B.

DUITSLAND

4.3 TOEGANG TOT BANCAIRE INFORMATIE

4.3.1 Algemeen

In het voorgaande onderzocht ik de taakstellingen van de betrokken autoriteiten. Net als bij de bestudering van het Nederlandse recht viel daarbij op hoezeer hun taken kunnen overlappen en hoezeer samenwerking nodig is. De organen opereren vaak in nauwe samenwerking of combineren meerdere taken in zich. De positie van de betrokkene komt dan mogelijk in het nauw, zeker wanneer de rechten en plichten per procedure verschillen. Wat toelaatbaar is voor het ene doel, is dat nog niet voor het andere. In het onderstaande wordt daarom bekeken hoe de onderzoeksbevoegdheden precies vorm hebben gekregen. Eerst wordt op hoofdlijnen geschetst welke invloed achtereenvolgens het bankgeheim, het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, het *nemo-tenetur*beginsel en het in Duitsland grondwettelijk gewaarborgde recht op toegang tot de rechter innemen. Ik ga daarbij vooral in op de algemene achtergronden en rechtsbasis van deze begrippen. Daarna bespreek ik hoe ze in de afzonderlijke procedures *in concreto* worden uitgewerkt en afgewogen tegen andere belangen (paragraaf 4.3.2 e.v.). Daarbij maak ik een onderscheid aan de hand van de verschillende posities die een bank ten opzichte van de staat kan innemen. Achtereenvolgens kan hij belastingplichtige, onder toezicht gestelde, verdachte of derde in een fiscale, financiële of strafrechtelijke procedure zijn. Afhankelijk van die verschillende posities kan zijn rechtspositie verschillen.

Er zal ook aandacht moeten worden besteed aan de fase van de gegevens*verstrekking* en het verdere *gebruik* ervan. (In potentie) belangrijke waarborgen tegen misbruik zijn vooral de regels op het gebied van het ambtsgeheim en doelgebonden gebruik (specialiteit). Zij normeren de mogelijkheden tot informatieverstrekking en samenwerking en begrenzen daarmee indirect ook de reikwijdte van de onderzoeksbevoegdheden. Daarom ga ik in paragraaf 4.4 in op het ambtsgeheim, het specialiteitsbeginsel en de mogelijkheden tot samenwerking in nationaal verband.

4.3.1.1 Het bankgeheim (das Bankgeheimnis)

A) Begripsbepaling

Van een echt bankgeheim is in de Duitse rechtsorde geen sprake. De relatie tussen bank en cliënt geniet wel bescherming, maar zulks hoofdzakelijk ten opzichte van particuliere derden. Tegenover de overheid geldt doorgaans geen bankgeheim. Dat zou immers meebrengen dat de bank niet alleen tot discretie is verplicht ten opzichte van particuliere derden, maar dat hij het bankgeheim ook buiten of zelfs in rechte tegenover de overheid zou kunnen afdwingen. Dat had bijvoorbeeld kunnen blijken uit een professioneel verschoningsrecht (*Auskunftsverweigerungsrecht*).[228] Zo'n recht komt banken op de hier onderzochte terreinen niet toe.

228 Vgl. Kümpel (2000), 2.142.

Dit laat onverlet dat het bankgeheim soms wel degelijk werking heeft in rechte.[229] Zo kan een professioneel verschoningsrecht in het burgerlijke proces worden ingeroepen op grond van § 383 III *Zivilprozeßordnung* (ZPO), maar ook in (onder meer) het faillissementsrecht (§ 72 *Konkursordnung*), het bestuursrecht (§ 98 VwGO), het sociale recht (§§ 118, 202 *Sozialgerichtsgesetz*). In deze gevallen is de bank tot verschoning verplicht, zolang hij door de cliënt niet van zijn geheimhoudingsplicht wordt ontslagen (vgl. § 385 II ZPO). Alleen wanneer de bank een eigen bedrijfsgeheim (*Gewerbegeheimnis*) wil beschermen, kan hij *in civilibus* aanspraak maken op een zelfstandig weigeringsrecht (§ 384 ZPO). In het strafrecht en veel bijzonder bestuursrecht – waaronder het fiscale recht en het financiële recht – komt de bank echter geen professioneel verschoningsrecht toe.

Een schending van het bankgeheim is als zodanig ook niet strafrechtelijk gesanctioneerd. Op privaatrechtelijke grondslag georganiseerde banken kunnen niet onder de werking van § 203 I StGB (*Verletzung von Privatgeheimnisse*) worden gebracht. Alleen *öffentlich-rechtliche Kreditinstitute* kunnen een strafbare schending van een bankgeheim begaan (§ 203 II StGB).[230] Een en ander laat uiteraard de mogelijkheid van privaatrechtelijke schadeclaims onverlet.

Sommige banken hebben in Duitsland publiekrechtelijke taken (*öffentlich-rechtliche Kreditinstitute*). De belangrijkste categorie zijn de zogenaamde *Sparkassen*. Aan die hoedanigheid zijn soms extra verplichtingen verbonden. Zo staat dit soort banken onder aanvullend toezicht.[231] Voor de bespreking van de onderzoeksbevoegdheden maakt het onderscheid vrijwel geen verschil. Ik ga op de bijzonderheden van de *öffentlich-rechtliche Kreditinstitute* dan ook niet verder in.

Uit het voorgaande mag echter niet worden afgeleid dat er in het informatieverkeer richting de overheid in het geheel geen bescherming van de relatie tussen de bank en zijn cliënt bestaat. Vooral *in fiscalibus* heeft de bancaire discretieplicht wel degelijk invloed op de praktijk van de rechtshandhaving. Dat zullen we hieronder nog zien. In die zin heeft het ook meer om het lijf dan alleen een contractuele discretieplicht tussen private partijen.

Het voorwerp (object) van het bankgeheim zijn alle gegevens die in het in het kader van de beroepsuitoefening over de cliënten bekend zijn geworden. Dat is niet noodzakelijk persoonsgebonden informatie. Het kan ook gaan om bedrijfsgeheimen. Gelet op het toegenomen belang van het *Allfinanz*concept ligt het voor de hand om onder het bankgeheim alle informatie te vatten die een klant (of een derde over een klant) in het kader van hun contractuele relatie aan een bank heeft verstrekt. Het

229 Vgl. Stein/Jonas (1993), § 383 III ZPO, rn. 85 e.v.; Huhmann (2002), p. 37; Carl/Klos (1993), p. 17.

230 Het verstrekken van bancaire informatie kan tegelijk een schending van het *Datenschutzgeheimnis* opleveren. Dat feit is strafbaar op grond van § 43 *Bundesdatenschutzgesetz*: Carl/Klos (1993), p. 8.

231 Boos/Fischer/Schulte-Mattler (2000), Einführung, rn. 70 e.v.; Huhmann (2002), p. 36.

object van het bankgeheim kan dus niet meer worden beperkt tot de gegevens die werden verstrekt ter uitvoering van het klassieke bankbedrijf.[232]

Naast dit objectieve element van het bankgeheim, is er een subjectief element. Algemeen wordt aangenomen dat het bankgeheim ophoudt te bestaan op het moment dat de cliënt er geen aanspraak meer op wenst te maken; de cliënt is *Geheimnisherr.*[233] In het voorgaande ligt tevens besloten dat het bankgeheim de gegevens over derden beschermt, niet die over de bank zelf. Zo heeft de inroeping van een bankgeheim ter afwering van de eigen verplichtingen van een bank geen zin.

B) Achtergronden en rechtsgrondslagen

Over de rechtsgronden van het Duitse bankgeheim bestaat veel onenigheid. Het is met zoveel woorden omschreven in Nr. 2 *Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken* (AGB).[234]

> '(1) *Bankgeheimnis* Die Bank ist zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen verpflichtet, von denen sie Kenntnis erlangt (Bankgeheimnis). Informationen über den Kunden darf die Bank nur weitergeben, wenn gesetzliche Bestimmungen dies gebieten oder der Kunde eingewilligt hat oder die Bank zur Erteilung einer Bankauskunft befugt ist.
> (2) *Bankauskunft* Eine Bankauskunft enthält allgemein gehaltene Feststellungen und Bemerkungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden, seine Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit; betragsmäßige Angaben über Kontostände, Sparguthaben, Depot- oder sonstige der Bank anvertraute Vermögenswerte sowie Angaben über die Höhe von Kreditinanspruchnahmen werden nicht gemacht.
> (3) *Voraussetzungen für die Erteilung einer Bankauskunft* Die Bank ist befugt, über juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Kaufleute Bankauskünfte zu erteilen, sofern sich die Anfrage auf ihre geschäftliche Tätigkeit bezieht. Die Bank erteilt jedoch keine Auskünfte, wenn ihr eine anderslautende Weisung des Kunden vorliegt. Bankauskünfte über andere Personen, insbesondere über Privatkunden und Vereinigungen erteilt die Bank nur dann, wenn diese generell oder im Einzelfall ausdrücklich zugestimmt haben. Eine Bankauskunft wird nur erteilt, wenn der Anfragende ein berechtigtes Interesse an der gewünschten Auskunft glaubhaft dargelegt hat und kein Grund zu der Annahme besteht, dass schutzwürdige Belange des Kunden der Auskunftserteilung entgegenstehen.
> (4) *Empfänger von Bankauskünften* Bankauskünfte erteilt die Bank nur eigenen Kunden sowie anderen Kreditinstituten für deren Zwecke oder die ihrer Kunden.'[235]

232 Miebach (1999), p. 19-21.
233 Huhmann (2002), p. 32; Miebach (1999), p. 21 e.v.
234 Bron: http://www.bankenverband.de/pic/artikelpic/052004/ge0405_re_AGB.pdf (site laatst bezocht op 18 juli 2006).
235 Vgl. Huhmann (2002), p. 30; Carl/Klos (1993), p. 5.

De vraag is of het bankgeheim, naast een bestaan als een contractuele bijkomende verplichting in de relatie tussen bank en cliënt (*Nebenpflicht*) in Nr. 2 I AGB, ook nog andere rechtsgrondslagen heeft. Een aantal auteurs meent van wel. Volgens hen kan het bankgeheim ook uit het gewoonterecht worden afgeleid.[236] In dat geval zouden specifieke afspraken tussen bank en cliënt niet meer nodig zijn. Dat het hier gaat om een betwist punt blijkt wel uit het feit dat men in 1993 het bankgeheim juist in de AGB opnam om aan buitenlandse autoriteiten aannemelijk te kunnen maken dat in Duitsland een 'bankgeheim' tot het weigeren van informatie dwong.[237]

Nog meer omstreden is, of het bankgeheim ook een grondwettelijke basis heeft. Een ruime meerderheid van auteurs ontkent dit.[238] Ook het *Bundesverfassungsgericht* is die mening niet toegedaan. De vraag is van belang, omdat met een grondwettelijke basis tevens *Abwehrrechte* tegenover de staat ontstaan. Het bankgeheim zou daarmee ook publiekrechtelijke werking krijgen. Wel wordt erkend dat met het beperken van het bankgeheim soms tevens grondrechten in het geding kunnen komen en dat via die band ook het bankgeheim beschermd kan worden. Het is de wetgever dus ook weer niet toegestaan naar gelieven het bankgeheim te beperken of uit te breiden.[239]

Een eerste grondrecht dat kan samenvallen met het bankgeheim is het hieronder nog nader te bespreken informationele zelfbeschikkingsrecht (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), dat het *Bundesverfassungsgericht* afleidde uit Art. 2 I j° 1 I GG. Dit recht dient ter bescherming van de bankcliënt, niet de bank zelf. De bankcliënt verstrekt persoonlijke informatie immers slechts voor bancaire doeleinden. Wil men de informatie voor andere doeleinden gebruiken, dan moet zijn voldaan aan alle eisen die het *Bundesverfassungsgericht* aan doelafwendingen stelt. Ter onderbouwing van een bankgeheim lijkt dit grondrecht in de door mij onderzochte gebieden – fiscaal recht, financieel toezicht en strafrecht – echter weinig kans te maken. Sommige auteurs zien zelfs helemaal geen link met het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, omdat er geen persoonlijke gegevens in het geding zijn, maar commerciële informatie, die niet onder dat recht valt.[240] Maar afgezien daarvan, ook het *Bundesverfassungsgericht* overwoog dat: 'Diese vom Bankenerlaß [de voorganger van het fiscale bankgeheim van § 30a AO, ML] veranlaßten Beschränkungen der Steuerermittlung nicht etwa verfassungsrechtlich geboten [sind]. Vielmehr bestätigt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum grundrechtlichen Datenschutz, daß steuerliche Kontrollmitteilungen und Auskunftspflichten mit den Grundrechten der Banken und der Bankkunden vereinbar sind.'[241] Ook elders

236 Bijvoorbeeld Huhmann (2002), p. 33-34, die deze rechtgrond beperkt tot privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Een publiekrechtelijk bankgeheim kan volgens hem niet uit het gewoonterecht worden afgeleid.
237 Kümpel (2000), 2.140.
238 Vgl. Carl/Klos (1993), p. 6 e.v.; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30a AO, rn. 7 e.v.; Kümpel (2000), 2.137.
239 Kümpel (2000), 2.139; Carl/Klos (1993), p. 7.
240 Vgl. Carl/Klos (1993), p. 6 e.v.
241 BVerfGE 84, 239 (279) (*Zinsurteil*).

benadrukte het *Bundesverfassungsgericht* dat het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung in fiscalibus* al afdoende wordt beschermd door § 30 AO.[242]

Een ander grondrecht dat vaak in stelling wordt gebracht, is Art. 12 GG dat de beroepskeuzevrijheid waarborgt.[243] De bank zou zelf aanspraak kunnen maken op grondwettelijke bescherming, omdat deze zonder de erkenning van dat geheim niet meer in staat is zijn beroep naar behoren uit te oefenen.[244] De cliënt geeft immers alleen gegevens aan de bank als deze discreet is. Toch lijkt ook deze opvatting niet houdbaar. Ze impliceert namelijk niet alleen dat zonder een rechtens beschermde vertrouwensrelatie het bankbedrijf niet kan worden uitgeoefend, maar ook dat die vertrouwensrelatie zo belangrijk is dat daarvoor de waarheidsvinding in rechte (altijd) moet wijken. Uit de (zeer diverse) aard van de werkzaamheden van een bank wordt een zwaarwegend argument afgeleid voor afwijzing van een verschoningsrecht.[245]

> Immers, hoewel het in het dagelijkse leven steeds moeilijker is te leven zonder bankrekening, gaat het bij het bankbedrijf nog altijd hoofdzakelijk om financiële dienstverlening. Hierin wordt een belangrijk verschil gezien met andere professionele geheimhouders die wel een verschoningsrecht hebben. Zo worden notaris en advocaat, maar ook belastingadviseur, in Duitsland gezien als zogenaamde *Rechtspflegeberufe*, die in dat kader een raadgevende functie hebben en om die reden een vertrouwensrelatie moeten kunnen garanderen.[246] Hoewel banken steeds vaker ook dit soort raadgevende werkzaamheden verrichten (*Allfinanz*), vooral op fiscaal vlak, is de diversiteit tussen banken onderling en het scala aan werkzaamheden die ze verrichten, op dit moment te groot om aan de bankensector in zijn geheel een verschoningsrecht te verlenen.

Daar komt bij dat banken door de aard van de diensten die ze aanbieden meer dan klassieke geheimhouders zelf mikpunt zijn van criminaliteit. Niet alleen bij het opsporen van belastingontduiking of gebruik van voorwetenschap, maar ook bij de bestrijding van witwassen en de financiering van terrorisme blijken banken een belangrijke schakel te vervullen. Die omstandigheden leiden eerder tot een afwijzing van een bancair verschoningsrecht, dan tot toewijzing ervan. Zo maakte het *Bundesverfassungsgericht* in het kader van een fiscale strafzaak waarin medewerkers van een grote bank werden verdacht van betrokkenheid bij fiscale fraude en waarin met het oog daarop 40.000 (!) stukken in beslag waren genomen om te kunnen vaststellen of er nog meer personen bij waren betrokken, uit dat: 'Indes bedarf es nicht der abschließenden Klärung, ob und inwieweit die Integrität des Vertrauensverhälnisses

242 BVerfGE 65, 1 (*Volkszählungsurteil*); BVerfGE 67, 100 (*Flickurteil*).

243 Over Art. 12 GG in relatie tot de openbaring van bedrijfgeheimen in gerechtelijke procedures leze men BVerfG 14 maart 2006, 1 BvR 2087/03.

244 Huhmann (2002), p. 105; Müller-Brühl, (1990), p. 42 e.v.

245 Vgl. Huhmann (2002), p. 144 e.v., die onderzoekt of de bank een beroep op Art. 3 GG toekomt, omdat hij ten opzichte van andere vertrouwensberoepen ongelijk wordt behandeld. Hij beantwoordt deze vraag overigens ontkennend, p. 152-162.

246 Vgl. Stein/Jonas (1993), § 383 III ZPO, rn. 74-76; Huhmann (2002), p. 152-162.

zwischen einer Bank und ihren Kunden überhaupt grundrechtlichen Schutzes teilhaftig werden kann. Die Integrität eines Vertrauensverhältnisses kann jedenfalls nicht gegenüber dem Vorwurf gewährleistet sein, gerade in dem Vertrauen auf die Nicht-weitergabe von Geschäftsdaten der Bank seien mittels der Bank systematisch Straftaten begangen wurden.'[247] De aard van de werkzaamheden van banken in combinatie met het maatschappelijke terrein waarop ze bezig zijn, maken een professioneel verschoningsrecht dus niet voor de hand liggend.

Ten slotte, niet alleen voorstanders van een bankgeheim roepen grondwettelijke bescherming in. Ook tegenstanders beroepen zich op de grondwet. Zo wordt *in fiscalibus* betoogd dat het fiscale bankgeheim een hindernis vormt voor een gelijke handhaving van de wet voor een ieder en om die reden in strijd is met Art. 3 GG. Het *Bundesverfassungsgericht* is daarvoor niet ongevoelig. Ik kom daarop nog terug.

4.3.1.2 Het allgemeine Persönlichkeitsrecht

Ook al geniet het bankgeheim als zodanig geen grondwettelijke bescherming, dat laat onverlet dat de gegevens over cliënten die bij banken berusten, wel anderszins bescherming kennen. Het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* is een belangrijk grondrecht dat beperkingen stelt aan de vergaring, omgang en verstrekking van gegevens door overheden. Het is onderdeel van een omvattender recht dat voor dit onderzoek van groot belang is. Uit Art. 1 I en Art. 2 I GG wordt het algemene persoonlijkheidsrecht (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) afgeleid.[248] Het recht heeft wortels in Art. 2 GG (*Freie Entfaltung der Persönlichkeit*), omdat de algemene handelingsvrijheid evenmin tot bepaalde aspecten van het leven is beperkt, terwijl het ook raakt aan Art. 1 GG (*Schutz der Menschenwürde*), doordat het de menselijke waardigheid niet zozeer aan het gedrag van het individu koppelt, maar aan diens hoedanigheid als rechtssubject.[249]

> Het algemene persoonlijkheidsrecht is een vangnetgrondrecht. Zodra meer specifieke grondrechten inroepbaar zijn, treedt het terug en gaan deze specifiekere bepalingen voor. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op Art. 10 GG, waarin het *Brief-* en *Post-* en *Fernmeldegeheimnis* zijn opgenomen en Art. 13 GG, waarin de *Unverletzlichkeit der Wohnung* is opgenomen. In de functie van vangnet moet ook zijn enorme relevantie worden gezien. Immers, doordat het grondrecht zo ruim gevat is, wordt van de overheid de nodige zorgvuldigheid verwacht iedere keer dat deze op dit grondrecht een inbreuk maakt. Bovendien zal telkens als dit recht wordt geschonden, een rechtsmiddel open moeten staan. Dat vloeit voort uit het hieronder nog te bespreken Art. 19 IV GG.
>
> In de Duitse rechtsorde heeft art. 8 EVRM een minder grote invloed dan in Nederland. Dat lijkt allereerst verklaarbaar door de dualistische Duitse rechtsorde. Het EVRM (EMRK) werkt niet rechtstreeks door in de Duitse rechtsorde, maar is omgezet in wetgeving. Deze wet, de *Gesetz über die Konvention der Menschen-*

247 BVerfG, 13 december 1994, wistra 1995, p. 139.
248 BVerfGE 34, 269 (*Soraya*).
249 Pieroth/Schlink (1997), p. 85-86; Nehmelman (2002); Huhmann (2002), p. 110.

> *rechte und Grundfreiheiten*, heeft een lagere rang (*einfaches Gesetzesrecht*) dan de bepalingen in de grondwet (*Verfassungsrecht*) (vgl. Art. 1 III en 59 II GG)[250,251] *Verfassungsbeschwerden* wegens schending van het EVRM zijn niet mogelijk. Dat kan verklaren waarom men in de interne Duitse rechtsorde, zeker wanneer vergeleken met de Nederlandse, relatief weinig verwijzingen naar het EVRM tegenkomt, hoewel Duitse rechters zich bij de uitlegging van het Duitse recht wel degelijk door het EVRM laten inspireren.[252] Belangrijker lijkt mij echter dat het Duitse algemene persoonlijkheidsrecht een bredere reikwijdte heeft dan art. 8 EVRM dat zich beperkt tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het algemene persoonlijkheidsrecht gaat in al zijn, hieronder nog te bespreken facetten verder; het geeft het individu als het ware het recht om te zijn wie hij is.[253] De bescherming van de persoonlijke levenssfeer is daar een onderdeel van.

Het algemene persoonlijkheidsrecht omvat niet alleen het recht op (informationele) *Selbstbestimmung*, maar ook op *Selbstbewahrung* en op *Selbstdarstellung*. Zijn karakter als vangnet brengt onlosmakelijk mee dat vele verschillende aspecten van het dagelijkse leven onder dit recht zijn gebracht. Het *Recht auf Selbstbestimmung* behelst allereerst het recht om zelf te bepalen of te mogen uitvinden wie men is.[254] Als gezien kan dit recht ook betrekking hebben op gegevens. In het beroemde *Volkszählungsurteil* aanvaardde het *Bundesverfassungsgericht* het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* en voorzag het de vergaring van, omgang met en verstrekking van op dragers van het recht betrekking hebbende gegevens van een grondwettelijke dimensie.[255] Sindsdien heeft het individu het recht om zelf over de prijsgave en het gebruik van op hem betrekking hebbende gegevens te beschikken. Het individu mag niet worden gereduceerd tot een simpele hoeveelheid 'bits and bytes'.[256] Inbreuken op dit recht hebben een rechtvaardiging nodig. De erkenning van dit recht heeft in Duitsland geleid tot uitvoerige regelgeving op het gebied van de omgang met (persoons)gegevens. Een goed voorbeeld daarvan is de *Bundesdatenschutzgesetz*, maar ook de ambtsgeheimen van de hier onderzochte autoriteiten hebben duidelijke banden met het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*.

Het *Recht auf Selbstbewahrung* geeft het individu het recht zich uit zijn sociale omgeving terug te trekken en zich daarvan af te schermen.[257] Hieronder valt bijvoorbeeld de vertrouwelijke relatie tussen de arts en zijn cliënt. Als gezien geldt

---

250 Zogenaamde 'allemeine Regeln des Völkerrechts'/*ius cogens* maken overigens deel uit het van het federale recht (Art. 25 GG). Ze gaan voor op andere federale wetten en het recht van deelstaten, maar niet op de *Verfassung*.

251 Schmidt-Bleibtreu/Klein (2003), p. 121-122 en 1208.

252 Het EMRK heeft in de Duitse rechtsorde wel *unmittelbare Geltung* in die zin dat burgers zich bij vermeende schendingen van het verdrag steeds tot het EHRM kunnen wenden; Schmidt-Bleibtreu/Klein (2003), p. 121. Bovendien kunnen de rechten die erin zijn neergelegd via Art. 19 IV GG worden beschermd; Pieroth/Schlink (1997), p. 253.

253 Vgl. Nehmelman (2002), p. 257.

254 Pieroth/Schlink (1997), p. 86.

255 BVerfGE 65, 1.

256 Huhmann (2002), p. 112.

257 Pieroth/Schlink (1997), p. 86; Miebach (1999), p. 202.

dit echter niet voor de bank en zijn cliënt.[258] Vooral bij dit aspect van het persoonlijkheidsrecht is de in de Duitse rechtswetenschap ontwikkelde en door het *Bundesverfassungsgericht* ook wel toegepaste *Sphärentheorie* van belang.[259] Op grond van deze theorie zijn drie sferen ontwikkeld die het individu in meerdere of mindere mate beschermen tegen ongewenste inmenging door de buitenwereld. Het gaat om de *Sozialsphäre*, de *Privatsphäre* en de *Geheim-* of *Intimsphäre*.[260] Beweegt een persoon zich in de eerste sfeer, dan heeft hij in beginsel geen bescherming op basis van het algemene persoonlijkheidsrecht. De mens is namelijk een sociaal wezen dat als lid van de maatschappij ook het een en ander van zijn omgeving moet dulden; hij kan niet alles verborgen houden, maar neemt juist deel aan de samenleving. Dat is anders voor de andere twee sferen. Deze stellen het individu in staat zich juist uit het sociale leven terug te trekken. Ze staan het in het bijzonder niet zomaar toe dat de overheid in deze sferen 'inbreekt.' Ten aanzien van de *Intimsphäre* wordt zelfs aangenomen dat deze onaantastbaar is, omdat ze het *Kernbereich* van het algemene persoonlijkheidsrecht omvat.[261] Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht aan de gedachte- en gevoelswereld van het individu.

Ook het *Recht auf Selbstdarstellung* is voor dit onderzoek van belang. Dit recht stelt de betrokkene in staat zichzelf aan de buitenwereld te presenteren, wat onder meer betekent dat hij een grondwettelijk recht heeft zich te verzetten tegen aantastingen van zijn goede naam. Het betekent ook dat hij in het geweer mag komen tegen heimelijke waarnemingen van zijn persoon.[262] Ook het hierna nog te bespreken verbod op gedwongen zelfincriminatie wordt onder deze tak van het algemene persoonlijkheidsrecht geschaard.[263] Ook hier is de *Sphärentheorie* van belang. Sommige typen handelingen genieten als gevolg van hun meer intieme aard verdergaande bescherming dan andere.

Het algemene persoonlijkheidsrecht is zeker niet absoluut. Een van de problemen van het recht is precies het feit dat, omdat het een vangnetgrondrecht is en zo ruim is, ook veel uitzonderingen op het recht moeten worden aanvaard.[264] Bijgevolg hebben individuen in relatief veel situaties via het hieronder nog te bespreken Art. 19 IV GG aanspraak op rechtsbescherming tegen deze inbreuken.

---

258 Wat onverlet laat dat voor de cliënt nog steeds de omgang met zijn gegevens aan de orde is en hij dus vanuit het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* vaak aanspraak kan maken op bescherming.

259 Op de *Sphärentheorie* is overigens ook kritiek. Ze zou niet goed toepasbaar zijn op het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*. Het Bundesverfassungsgericht past haar in het *Volkszählungsurteil* ook niet toe; Miebach (1999), p. 203; Nehmelman (2002), p. 34 e.v.; Huhmann (2002), p. 116 e.v.

260 Miebach (1999), p. 204, onderscheidt overigens vijf sferen: de (onaantastbare) *Persönlichheitskern*, de *Intimsphäre*, de *Privatsphäre*, de *Sozialsphäre* en de *Öffentlichkeitsphäre*.

261 Pieroth/Schlink (1997), p. 85; Miebach (1999), p. 205; Huhmann (2002), p. 109 e.v.; Schmidt-Bliebtreu/Klein (2003), p. 158.

262 Pieroth/Schlink (1997), p. 87.

263 Vgl. BVerfGE 38, 105.

264 Pieroth/Schlink (1997), p. 87.

> Juist bij inbreuken op het recht is overigens de *Sphärentheorie* van belang. Deze geeft immers in wezen uitdrukking aan het evenredigheidsbeginsel: hoe dichter men bij de kern van het persoonlijkheidsrecht komt, hoe zwaarder dit recht beschermd wordt en hoe groter bijgevolg het statelijke belang bij de gegevensvergaring, de omgang ermee of de verstrekking ervan zal moeten zijn. Het *Kernbereich* van het grondrecht mag zelfs helemaal niet worden aangetast.[265]

Ik laat de discussie over de grondwettelijke beperkingsystematiek even voor wat ze is. Hier lijkt het me vooral van belang vast te houden *dat* verschillende belangen kunnen leiden tot verschillende uitkomsten ten aanzien van de vraag of een inbreuk op het algemene persoonlijkheidsrecht gerechtvaardigd is of niet. Veel hangt er ook af van de aanwezigheid van de begeleidende waarborgen. Opnieuw geldt: hoe strenger deze zijn, hoe eerder men genoegen neemt met een grondrechtsinbreuk.

> In zijn dissertatie uit 2002 gaat ook Huhmann uitvoerig op dit probleem in. Hij introduceert het zogenaamde *Abstraktionsprinzip*.[266] Juist in het bancaire domein, waar zich een driehoeksrelatie tussen bank, cliënt en overheid voordoet, levert dit beginsel volgens hem goede diensten.[267] De kern van het *Abstraktionsprinzip* houdt in dat de rechtmatigheid van een maatregel strikt wordt beoordeeld naar de regels en maatstaven van de taak die hij dient. De toelaatbaarheid van een maatregel in de ene rechtsbetrekking zegt niets over de toelaatbaarheid daarvan in een andere relatie. Hij verbindt hieraan strikte normen ten aanzien van het gebruik van de aldus vergaarde gegevens voor andere doeleinden en in het bijzonder voor de toevallige vondst (*Zufallsfunde*). In wezen doelt hij hiermee op wat ik versta onder het specialiteitsbeginsel.

4.3.1.3 Het nemo-teneturbeginsel

In het voorgaande bleek al dat het *Bundesverfassungsgericht* het *nemo-tenetur*beginsel als een deel van het algemene persoonlijkheidsrecht beschouwt. Het *nemo-tenetur*beginsel is door het hof meermaals erkend als een 'rechtsstaatliche Grundhaltung, die auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruhe.'[268] Dat deed het onder meer in het voor dit onderzoek bijzonder relevante *Gemeinschuldnerbeschluß*.[269] In die uitspraak, die ging over een faillissement, stelt het hof dat de vraag of er door de gefailleerde moet worden meegewerkt, afhangt van de positie die de betrokken persoon inneemt en het doel waarvoor de inlichtingen gaan worden gebruikt. Voor een gefailleerde gelden andere normen dan voor de verdachte of de getuige. Op hem rusten op bijzondere rechtsgronden verdergaande plichten. Anders dan de getuige heeft hij ten opzichte van zijn schuldenaren de nodige plichten te vervullen; 'die Auskunft [ist] Teil eines durch die eigenen Willensentschluß übernommenen

265 Miebach (1999), p. 204.
266 Huhmann (2002), p. 133 e.v.
267 Vgl. in die zin voor Nederland overigens Mac Gillavry (2004).
268 BVerfGE 38, 105; BVerfGE 56, 37.
269 BVerfGE 56, 37.

Pflichtenkreis.'[270] In zoverre treedt ook zijn algemene persoonlijkheidsrecht, conform de grondwettelijke beperkingssystematiek, terug voor de rechten van anderen.[271] Soortgelijke opmerkingen zouden ook kunnen gelden voor de belastingplichtige of de onder toezicht gestelde.

> In de Gemeinschuldner-zaak weigerde een gefailleerde in het kader van een faillissementsrechtprocedure vragen van de faillissementsrechter te beantwoorden, omdat hij vreesde zichzelf daardoor aan het gevaar van strafvervolging bloot te stellen. Door niet te antwoorden schond hij echter een medewerkingsplicht. Hij beriep zich op een *Auskunftsverweigerungsrecht*. Dat recht werd hem niet toegekend. Het *Bundesverfassungsgericht* overweegt: 'Grundrechte des Beschwerdeführers werden nicht schon dadurch verletzt, daß er nach den Vorschriften der Konkursordnung uneingeschränkt zur Aussage verpflichtet ist und dazu durch die Anordnung von Beugemitteln angehalten werden kann. Seinen schützwürdigen Belangen wird dadurch hinreichend Rechnung getragen, daß etwaige Selbstbezichtigungen einem strafrechtlichen Verwertungsverbot unterliegen.'[272]

In wezen is dit een uitwerking van het specialiteitsbeginsel.[273] Immers, de hoedanigheid die een persoon zou kunnen innemen in een procedure, waarin het *nemo-tenetur*beginsel wél geldt, speelt geen rol, hoewel het niet verboden is dat de wetgever hierop al anticipeert en deze persoon bijvoorbeeld toch een *Auskunftsverweigerungsrecht* toekent. Pas als de gegevens daadwerkelijk in een (quasi-)strafrechtelijke procedure tegen hem gaan worden gebruikt, wordt het *nemo-tenetur*beginsel op onaanvaardbare wijze doorkruist. Het hof stelt vast dat in die gevallen op de wetgever de plicht rust om: 'Die insoweit bestehende Lücke zu schließen, (…) zumal nur er das Verwertungsverbot näher ausgestalten und durch Offenbarungsverbote absichern kann.'[274]

> Het gebruik van de term *Offenbarungsverbote* lijkt er overigens op te duiden dat het hof de voorkeur geeft aan een *openbarings-* of *verstrekkingsverbod* boven een strafrechtelijke *bewijsuitsluitingsgrond*. Het eerste zou de enkele verstrekking (openbaring) aan justitie al uitsluiten, laat staan dat deze de gegevens kan gebruiken; het laatste zou een *Fernwirkung*, bijvoorbeeld een gebruik als startinformatie of als rechtvaardiging van een *dringender Tatverdacht*, van onder dwang verkregen materiaal bijvoorbeeld nog toelaten.[275]

Het is interessant te constateren dat het hof het beginsel baseert op Art. 2 I j° Art. 1 GG.[276] Het wordt gezien als een afgeleide van het persoonlijkheidsrecht en niet

---

270 BVerfGE 56, 37 (42).
271 BVerfGE 56, 37 (48-49).
272 BVerfGE 56, 37 (41).
273 Wolff (1997) spreekt van *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*.
274 BVerfGE 56, 37 (51).
275 Daarover verder Richter (2000); Bosch (1998), p. 346 e.v.
276 Daarover ook Rogall (1977), p. 124 e.v.; Wollf (1997), p. ; 28 e.v.; Bosch (1998), p. 27 e.v.; Ruegenberg (2001), p. 192 e.v.

zozeer als bijvoorbeeld een uitwerking van het *Rechtsstaatprinzip* (*fair trial*).[277] Dat lijkt een andere benadering dan die van het EHRM, dat vrij onduidelijk blijft in zijn opvattingen over de achtergronden van het beginsel en het er op houdt dat *nemo tenetur* banden heeft men de onschuldpresumptie, maar daarnaast, *inter alia*, ertoe dient de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal te waarborgen. De invalshoek van het *Bundesverfassungsgericht* is in ieder geval duidelijker: *nemo tenetur* heeft te maken met het feit dat de mens een autonoom rechtssubject is dat zelf mag bepalen hoe het zich wil positioneren in de maatschappij (*Recht auf Selbstdarstellung*). Zouden de (mondelinge) gegevens die hij voor andere doeleinden onder dwang verstrekte, in een strafproces tegen hem mogen worden gebruikt, dan zou dit fundamentele beginsel dat in de context van een strafprocedure zwaarder weegt dan de waarheidsvinding in rechte, illusoir worden.[278]

> Nogmaals, art. 6 EVRM geldt in de Duitse rechtsorde via een omzettingswet als *Gesetzesrecht*. De *Verfassung* gaat erop voor. Art. 6 EVRM en de rechtspraak van het EHRM kunnen wel als inspiratiebron dienen voor Duitse rechters.[279]

Op een aantal punten is de reikwijdte van het beginsel in Duitsland ingeperkt of niet helemaal duidelijk. Zo is allereerst onduidelijk hoe men aankijkt tegen andere dan mondelinge inlichtingenvorderingen; is de vergaring, c.q. het gebruik van materiaal dat onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat ook ontoelaatbaar? In de lijn van de rechtspraak van het EHRM is verdedigbaar dat dit materiaal mag worden gebruikt, omdat het gevaar voor rechterlijke dwalingen dan gering is. In de lijn van het *Bundesverfassungsgericht* zou daarentegen mogelijk kunnen worden betoogd dat het afdwingen van actieve medewerking verboden is, ook als het gaat om het verlenen van inzage in documten. Het hof vat echter vooralsnog schriftelijk materiaal dat via inzagevorderingen moet worden ontsloten, niet onder de reikwijdte van het beginsel. Het besloot nog voor het *Gemeinschuldnerbeschluß* dat *nemo tenetur*, in ieder geval buiten het strafproces, beperkt is tot mondelinge inlichtingen en niet ziet op het overleggen van *Unterlagen*.[280] Dergelijk materiaal moet worden overlegd, terwijl er ook geen later gebruiks- of bewijsverbod voor geldt.

> In de betreffende zaak kwam de betrokkene wel een *Auskunftsverweigerungsrecht* toe, maar dat ontsloeg hem niet van zijn plicht inzage in de boeken te verlenen. Het hof overwoog: 'Daraus [het bestaan van een Auskunftsverweigerungsrecht, ML] folgt indes nicht, daß auch andere Erkenntnismöglichkeiten, die den Bereich der Aussagefreiheit nicht berühren, von den Betroffenen unter Hinweis auf diese Freiheit eingeschränkt und behindert werden dürfen.'[281]

---

277 Bosch (1998), p. 28.
278 BVerfGE 56, 37 (43).
279 Vgl. BVerfGE 74, 358 (370); Rogall (1977), p. 119-124; Bosch (1998), p. 26.
280 BVerfGE 55, 144, waarover Richter (2000) en Müller (2001).
281 BVerfGE 55, 144 (151).

Langs een iets andere weg komt men aldus uiteindelijk dicht bij het EHRM uit; ook het *Bundesverfassungsgericht* knoopt primair aan bij de verklaringsvrijheid (*Aussagefreiheit*). Een en ander laat overigens onverlet dat de wetgever zelf de reikwijdte van het beginsel kan verruimen, zoals hij bijvoorbeeld *in fiscalibus* heeft gedaan. Daar valt inderdaad onder dwang verstrekt schriftelijk materiaal onder het beginsel. Ten aanzien van de *Wertpapierhandelsgesetz* bestaat er echter twijfel.[282]

> Het is overigens niet ondenkbaar dat het *Bundesverfassungsgericht* in de context van een strafproces tot een andere uitkomst zou komen dan in de zojuist vermelde uitspraak. Die context zou het perspectief kunnen veranderen. Inderdaad overweegt het hof in het *Gemeinschuldnerbeschluß* dat de bescherming tegen gedwongen zelfbeschuldiging het verst gaat in het strafrecht. Het lijkt de mening toegedaan dat de grens wordt getrokken bij het bekende onderscheid tussen actieve (*Geben des Beschuldigte*) en passieve medewerking (*Nehmen der Strafverfolgungsbehörden*; duldplichten).[283] Anderzijds is in de literatuur ook opgemerkt dat het hof (mogelijk) van mening is dat inzageplichten geen medewerkingsplichten zijn, maar neerkomen op het enkele (en vanuit het *nemo-tenetur*beginsel toelaatbare) dulden van onderzoeksmaatregelen.[284]

Een ander punt betreft de vraag of het beginsel ook door rechtspersonen zou kunnen worden ingeroepen.[285] Vooral in het *Ordnungswidrigkeitenverfahren* waar, anders dan in het strafrecht,[286] ook rechtspersonen boetes kunnen worden opgelegd, is dit een relevante vraag. Hoewel rechtspersonen dragers van grondrechten kunnen zijn, als het betreffende recht *seinem Wesen nach* ook op rechtspersonen kan worden toegepast (vgl. Art. 19 III GG), heeft het *Bundesverfassungsgericht* deze vraag ontkennend beantwoord.[287] Voor rechtspersonen geldt het grondrecht niet. Dat hangt direct samen met het feit dat het hof het beginsel koppelt aan de menselijke waardigheid (Art. 1 GG). Ook hier geldt echter dat de wet verder kan gaan dan de constitutie eist. Inderdaad maken de meeste wetten geen onderscheid tussen natuurlijke en rechtspersonen.

4.3.1.4 Het recht op toegang tot de rechter (die Rechtsweggarantie)

In het voorgaande is gebleken dat Duitsland de voor dit onderzoek belangrijke grondrechten ruim interpreteert. Men gaat daarbij op veel punten verder dan bijvoorbeeld de Nederlandse rechtsorde, maar ook dan het EHRM. De keerzijde van dergelijke ruime grondrechten is dat ze snel in conflict komen met andere belangen en daarom moeten worden ingeperkt. Ook hier kenmerkt het Duitse recht zich door een zekere *Gründlichkeit*. De rechtspraak en doctrine over de grondwette-

---

282 *Infra* noot 323 en 324.
283 BVerfGE 56, 37 (42), waarover Bosch (1998), p. 278.
284 In die zin Müller (2001), p. 170.
285 Hierover uitvoerig Ruegenberg (2001), p. 195 e.v.; Queck (2005).
286 Over de positie van de rechtspersoon als *Nebenbeteiligte* in het strafrecht, Minoggio (2003).
287 BVerGE 95, 220.

lijke beperkingssystematiek zijn sterk ontwikkeld. In het voor deze materie belangrijke Art. 19 GG, kan, evenals uit enige belangrijke constitutionele principes, worden afgeleid dat die beperkingen betrekking hebben op de procedurele aspecten, bijvoorbeeld doordat ze voor grondwettelijke inbreuken een wettelijke basis eisen of doordat ze van de wetgever verlangen dat hij aangeeft op welke grondrechten een inbreuk wordt gemaakt (Art. 19 I S 2 GG; *Zitiergebot*), maar ook op inhoudelijke beperkingen, zoals het evenredigheidsbeginsel (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) en het *Bestimmtheitsgebot*. De kern van het grondrecht mag bovendien nooit worden aangetast (Art. 19 II GG; *Wesengehaltsgarantie*).

> Art. 19 GG luidt: '(1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. (2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden. (3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. (4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.'

Van immense betekenis in de Duitse rechtsorde is bovendien het laatste artikellid van Art. 19 GG dat de zogenaamde *Rechtsschutz-* of *Rechtsweggarantie* omvat. Dit artikellid bepaalt dat een ieder die door het openbare gezag in zijn subjectieve rechten wordt aangetast, een rechtsmiddel daartegen moet kunnen aanwenden. Dragers van grondrechten zijn daardoor, in aanvulling op de andere beperkingseisen, in staat zelf op te komen tegen inbreuken op hun rechten. Art. 19 IV GG is een *Verfahrensgrundrecht*.[288]

> Art. 19 IV GG biedt bescherming door het openstellen van een rechtsgang voor een rechter tegen handelingen van de *öffentliche Gewalt*, waaronder overigens ook de *Staatswanwaltschaft*, ook al is deze *Organ der Rechtspflege*, wordt gerekend.[289] Tegen handelingen door rechters wordt echter niet beschermd.[290] Het recht garandeert geen recht op hoger beroep of anderszins een *allgemeine Justizgewährungsanspruch*. Dat laat onverlet dat die mogelijkheid wel door de wetgever kan zijn geboden. In dat geval hebben ook deze procedures aan de kwaliteitseisen van Art. 19 IV te voldoen. Het feit dat Art. 19 IV GG hierin niet voorziet, wil bovendien niet zeggen dat de mogelijkheid van toetsing van rechterlijke beslissingen niet op andere gronden mogelijk zou kunnen zijn. Soms wordt dit afgeleid uit het algemene *Rechtsstaatprinzip*.[291]

---

288 Pieroth/Schlink (1997), p. 251.
289 Löwe/Rosenberg, Vor § 304 StPO, rn. 41; Prechtel (1995), p. 131; Schmidt-Bleibtreu/Klein (2003), p. 647.
290 Schmidt-Bleibtreu/Klein (2003), p. 626.
291 Löwe/Rosenberg, Vor § 304 StPO, rn. 68 e.v.

> Art. 19 IV GG ziet op de situaties dat een persoon in de uitoefening van zijn rechten wordt geschaad. De inbreuk hoeft zich nog niet daadwerkelijk te hebben voorgedaan.[292] Tot voor kort kwam men niet meer in aanmerking voor bescherming als de inbreuk zich al verwezenlijkt had en niet meer ongedaan kon worden gemaakt. Ze had dan geen zelfstandige betekenis meer; dergelijke maatregelen achtte men 'prozessual überholt.' In 1997 ging het *Bundesverfassungsgericht* echter om. Het maakte uit dat de enkele vaststelling van de onrechtmatigheid van een maatregel – bijvoorbeeld strafvorderlijke dwangmiddelen als de doorzoeking – toch onder Art. 19 IV GG kan vallen. Dat is onder meer het geval bij 'tief greifende, tatsächlich jedoch nicht mehr fortwirkende Grundsrechtseingriffe.'[293] Nog afgezien van andere sancties, zoals bewijsuitsluiting, of van het feit dat ze voor de betrokkene geen nadelige invloed heeft gehad op het verdere verloop van het proces, kan de enkele vaststelling van die onrechtmatigheid genoegdoening bieden.

Art. 19 IV GG kent een zekere mate van overlap met de artt. 6 en 13 EVRM. Zijn reikwijdte is echter ruimer. Onder de rechten waarop wordt gedoeld, worden alle subjectieve rechten van het publiek- én privaatrecht begrepen. Het artikel kent zelf geen rechten toe, maar bepaalt dat als deze worden geschonden door de *öffentliche Gewalt*, rechtsbescherming moet openstaan. De hierboven genoemde grondwettelijk gewaarborgde rechten vallen hier nadrukkelijk onder. Hetzelfde geldt voor de in de Duitse rechtsorde als *einfaches Recht* geldende rechten van het EVRM.[294] Anders dan art. 6 en 13 EVRM kent het artikellid dus geen beperkingen voor de in dit onderzoek relevante terreinen van de fiscale handhaving en internationale samenwerking. Ook rechtspersonen kunnen aanspraak maken op dit formele grondrecht.

Daarnaast stelt Art. 19 IV GG eisen aan de kwaliteit van de *Rechtsweg*. Het borgt de toegang tot de rechter, de procedure ten overstaan van de rechter en de rechterlijke uitspraak. Hoewel de wetgever grote vrijheid wordt gelaten bij het inkleden van de procedures, mag het grondrecht niet door de wetgever (of het bestuur) worden uitgekleed; de *Rechtsschutz* moet effectief (*effektiv*) en waar mogelijk zonder hiaten (*lückenlos*) zijn.[295] Met het oog daarop moet niet alleen toegang tot rechterlijke organen worden geboden in de zin van de Art. 92 en 97 GG, maar moeten ook participatie- en inspraakrechten worden gewaarborgd om het recht niet illusoir te maken. Dat vloeit overigens ook voort uit Art. 103 I GG waarin is bepaald dat ten overstaan van de rechter een ieder aanspraak heeft op *rechtliches Gehör*.

Uit Art. 19 IV GG kunnen bovendien aanknopingspunten worden afgeleid over de gronden waaraan de rechter moet toetsen. Wil de rechtsbescherming effectief zijn, dan moeten de feiten en het recht volledig kunnen worden getoetst. Dat is anders voor de enkele doelmatigheid van overheidshandelen, voor zover deze

---

292 Pieroth/Schlink (1997), p. 253.

293 BVerGE 96, 27; BVerfG 2 maart 2006, 2 BvR 2099/04. Hierover onder meer Kopp/Schenke (2003), § 112 VwGO, rn. 98; Schmidt-Bleibtreu/Klein (2003), p. 622-623, 631 en Löwe/Rosenberg, Vor § 304, rn. 68 e.v.

294 Pieroth/Schlink (1997), p. 251.

295 Schmidt-Bleibtreu/Klein (2003), p. 618-619.

althans niet leidt tot *Ermessens-* of *Beurteilungsüberschreitung* door het bestuur.[296] Een andere relevante eis die uit de *Rechtsschutzgarantie* is afgeleid, is het gebod van *Rechtswegklarheit*, dat inhoudt dat het voor de burger duidelijk moet zijn welke rechtsweg hij moet volgen.[297] Dit gebod is in gevallen van sfeercumulatie van bijzonder belang. Dat bleek hierboven al bij de bespreking van de fiscale sfeerovergang, waar ook rechtspraak werd aangehaald over de vraag hoe moet worden bepaald tot welke rechter de burger zich moet wenden als hij wordt geconfronteerd met onderzoeken van de Steufa.[298]

4.3.2 Toegang tot bancaire informatie in het financiële toezicht

4.3.2.1 Bestuursrechtelijk toezicht (Überwachung)

Na deze algemene opmerkingen over het bankgeheim in Duitsland, het *nemo-tenetur*beginsel en het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* zal hieronder worden bekeken hoe deze rechten functioneren, wanneer ze worden afgezet tegen de concrete informatiebehoeften van de overheidsdiensten. In deze paragraaf is de beurt aan de BAFin. Ik maak daarbij een onderscheid tussen de bevoegdheden in het kader van het lopende toezicht (deze paragraaf) en de bevoegdheden op grond van het *Ordnungswidrigkeitenverfahren* (volgende paragraaf).

A) Administratie- en meldplichten
Het systeem van het Duitse toezicht staat of valt met de administratie- en meldplichten die de financiële ondernemingen in het *Wertpapierhandelsgesetz*, *Kreditwesengesetz* of andere wetten zijn opgelegd. De BAFin is immers een relatief kleine organisatie die voor haar informatievoorziening niet alleen is aangewezen op de *Bundesbank* en andere autoriteiten, maar ook op de gegevens die ze van onder haar toezicht gestelde instellingen of van accountants aangereikt krijgt. Zonder deze informatiebronnen zou de BAFin weinig hebben om mee te werken.

Via zeer ruim omschreven op onder toezicht gestelden rustende meldplichten kan de BAFin die zaken selecteren die een nader onderzoek vergen. Zo omzeilt ze ook het in Duitsland vrij strikt gehandhaafde verbod op *Ermittlungen ins Blaue hinein*. Aan de basis van deze goede informatiepositie van de BAFin staat de algemene meldplicht van § 9 WpHG. Het artikel is in de praktijk vooral van belang voor de *Insiderüberwachung*.[299] Het is aangeduid als de ruggengraat van het *Wertpapier*-toezicht, omdat het de BAFin voorziet van een schat aan informatie, waarvan deze zelf alleen bij toeval op de hoogte zou kunnen raken.[300] De meldplicht geldt echter niet voor iedereen en in het bijzonder niet voor particulieren. Deze kunnen alleen worden

296 Pieroth/Schlink (1997), p. 254-255. Voor een voorbeeld zie *supra* noot 130.
297 Schmidt-Bleibtreu/Klein (2003), p. 620.
298 *Supra* paragraaf 4.2.2.3, onder B.
299 Schäfer (1999), § 9 WpHG, rns. 73-76; Assmann/Schneider (2003), § 9 WpHG, rn. 5.
300 Schäfer (1999), § 9 WpHG, rn. 1; Assmann/Schneider (2003), § 9 WpHG, rn. 1.

bevraagd op grond van de zelfstandige inlichtingenbevoegdheden van de BAFin (§ 4 III WpHG).

> Op basis van § 9 WpHG moeten banken, inclusief hun vestigingen in een EU- of EVA-lidstaat, informatie aan de BAFin verstrekken over iedere afzonderlijke transactie die ze verrichten met *Wertpapiere* en *Derivate*, die zijn toegelaten tot de handel aan een georganiseerde markt (§ 2 V WpHG) in een EU- of EVA-staat of die aan een binnenlandse beurs kunnen worden verhandeld.[301] Het is niet nodig dat de transactie ook daadwerkelijk op de beurs is verricht.[302] Evenmin is relevant of de transactie als *Wertpapierdienstleistung* of als *Eigengeschäft* werd verricht.[303] Welke informatie moet worden verstrekt kan worden afgeleid uit het tweede lid. Het gaat niet alleen om gegevens die betrekking hebben op de transactie zelf, maar ook om gegevens die betrekking hebben op de achterliggende personen (vgl. § 9 II Nrs. 7 en 8 WpHG). Met dit laatste probeerde men de bestrijding van de handel met voorwetenschap te vergemakkelijken.[304] In aanvulling hierop maakt het derde lid de uitvaardiging van een verordening mogelijk, op grond waarvan nog meer gegevens kunnen worden gevraagd.[305] Vanwege de massaliteit van de meldingen en de verwerkingscapaciteit kunnen in die verordening ook procedureregels voor de verstrekking zijn vastgelegd.

Voor de praktijk is ook § 10 WpHG relevant, dat de financiële instellingen verplicht tot aangifte bij de BAFin, wanneer ze feiten vaststellen die aanleiding geven tot de verdenking dat de bepalingen over handel met voorwetenschap of marktmanipulatie zijn of worden geschonden (vgl. art. 6, lid 9, Richtlijn marktmisbruik).[306] Op haar beurt kan en/of moet de BAFin deze gegevens doorleiden naar andere toezichthouders in de EU of naar de eigen justitie. In een directe doorleiding naar de buitenlandse justitie voorziet het artikel niet.

> De op grond van § 10 WpHG ontvangen gegevens mogen door de BAFin alleen voor de vervulling van haar taken worden gebruikt. Ze mogen ook worden gebruikt voor de vervolging van de strafbare feiten van § 38 WpHG of, op voorwaarde dat het gaat om feiten waarop een maximum gevangenisstraf staat van ten minste drie jaar, andere strafbare feiten (§ 10 II WpHG). De instelling die de gegevens heeft verstrekt, kan daarvoor niet aansprakelijk worden gehouden, tenzij deze opzettelijk of met grove schuld onwaar werden gedaan (§ 10 III WpHG). Dat laatste is natuurlijk van belang voor banken, omdat men zich op het standpunt zou kunnen stellen dat deze hun bancaire discretieplicht schenden.

---

301 Hierover Nietsch (2003), p. 30 6 e.v.
302 Schäfer (1999), § 9 WpHG, rn. 46.
303 Assmann/Schneider (2003), § 9 WpHG, rn. 11; Müller (2001), p. 168.
304 Assmann/Schneider (2003), § 9 WpHG, rn. 17a e.v.
305 Dat is gebeurd door de *Wertpapierhandel-Meldeverordnung* (WpHMV) van 21 december 1995, laatst gewijzigd door de *Zweite Verordnung zur Änderung der Wertpapierhandel-Meldeverordnung* van 26 juni 2003.
306 Zie ook de *Wertpapierhandelsanzeige- und Insiderverzeichnisverordnung* (WpAIV) van 13 december 2004.

DUITSLAND

§ 16b WpHG bevat een specifieke bevoegdheid voor de *Insiderüberwachung*. Op grond van dat artikel kan de BAFin, en dus niet een strafrechtelijke autoriteit, van banken vorderen dat ze telecommunicatiedata over een bepaalde groep van personen optekenen en bewaren. Het artikel staat in zoverre een inbreuk toe op Art. 10 GG (*Fernmeldegeheimnis*). Uiteraard hangt deze taak samen met de rol van de BAFin in het voorportaal van de strafrechtelijke opsporing. Er wordt mee voorkomen dat de telecommunicatiedata later voor een strafzaak niet meer beschikbaar zijn. Met dit artikel geeft Duitsland uitvoering aan de eisen van bijvoorbeeld art. 12, lid 2, sub d, Richtlijn marktmisbruik, hoewel het al daarvoor bestond.[307]

> Alleen de verkeersgegevens (*Verbindungsdata*), bijvoorbeeld gedraaide telefoonnummers of bezochte internetsites, moeten worden opgetekend. De inhoud van de telecommunicatie valt niet onder het artikel.[308] Bovendien moet de communicatie al hebben plaatsgevonden. Ze kan geen betrekking hebben op 'real time-evidence'. De vordering van de BAFin kan verder alleen betrekking hebben op personen tegen wie aanknopingspunten (*Anhaltspunkte*) bestaan dat ze § 14 (*Verbot von Insidergeschäften*) of § 20a WpHG (*Verbot der Kurs- und Marktpreismanipulation*) hebben overtreden. Op het moment dat de informatie voor de *Insiderüberwachung* niet meer nodig is, maar ten hoogste na zes maanden, moet ze worden vernietigd (§ 16b II WpHG). De betrokkenen moeten in overeenstemming met § 101 StPO van de maatregel in kennis worden gesteld.
>
> Het ligt overigens niet voor de hand dat de BAFin ook de bevoegdheid heeft om die gegevens bij de banken op te vragen. Het hieronder nog te bespreken § 100g StPO bevat een ware waslijst aan vereisten, waaraan de jusitiële autoriteiten moeten voldoen om soortgelijke gegevens bij aanbieders van telecommunicatiediensten op te vragen. Het zou vreemd zijn als dit de BAFin op grond van haar algemene inlichtingenbevoegdheid (§ 4 V WpHG) zonder meer wel zou zijn toegestaan.

De *Wertpapierhandelsgesetz* kent nog andere meld- en administratieplichten die ik hier verder laat rusten.[309] Ik wil wel nog wijzen op een bepaling uit de *Kreditwesengesetz*, die eveneens van groot belang is voor de handhavingspraktijk. In § 24c KWG wordt vastgelegd dat banken registers moeten bijhouden met daarin gegevens over onder meer het rekeningnummer en de identiteit van de rekeninghouder en beschikkingsgerechtigden én dat de BAFin hiertoe geautomatiseerd toegang heeft, zonder dat de bank zelf daar kennis van kan nemen.[310] Op haar beurt mag de BAFin van deze bevoegdheid alleen gebruik maken, als dat voor haar taken op grond van de *Kreditwesengesetz* of in het kader van de *Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten* nodig is. Bij dit laatste kan in het bijzonder ook worden

---

307 Artikel 16b WpHG werd op 21 juni 2002 ingevoerd met de zogenaamde *Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz)* (BGBl I, p. 2010); zie over dit artikel ook Bundesrat 936/01 van 14 november 2001, p. 247-248.

308 Assmann/Schneider (2003), § 16b WpHG, rn. 1.

309 Zie onder meer Art. 15b, 16 en 34 WpHG.

310 Daarover ook Kokemoor (2004).

gedacht aan een vermoed misbruik van de financiële sector. Dergelijke bevragingen zijn alleen in geval van dringende spoed toegestaan.[311]

> § 24c KWG luidt: '(1) Ein Kreditinstitut hat eine Datei zu führen, in der unverzüglich folgende Daten zu speichern sind: 1. die Nummer eines Kontos, das der Verpflichtung zur Legitimationsprüfung im Sinne des § 154 Abs. 2 Satz 1 der Abgabenordnung unterliegt, oder eines Depots sowie der Tag der Errichtung und der Tag der Auflösung, 2. der Name, sowie bei natürlichen Personen der Tag der Geburt, des Inhabers und eines Verfügungsberechtigten sowie der Name und die Anschrift eines abweichend wirtschaftlich Berechtigten (§ 8 Abs. 1 des Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten). (…) Das Kreditinstitut hat zu gewährleisten, dass die Bundesanstalt jederzeit Daten aus der Datei nach Satz 1 in einem von ihr bestimmten Verfahren automatisiert abrufen kann. Es hat durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass ihm Abrufe nicht zur Kenntnis gelangen. (2) Die Bundesanstalt darf einzelne Daten aus der Datei nach Absatz 1 Satz 1 abrufen, soweit dies zur Erfüllung ihrer aufsichtlichen Aufgaben nach diesem Gesetz oder dem Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten, insbesondere im Hinblick auf unerlaubte Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen oder den Missbrauch der Institute durch Geldwäsche oder betrügerische Handlungen zu Lasten der Institute erforderlich ist und besondere Eilbedürftigkeit im Einzelfall vorliegt.'

Op verzoek mag de BAFin in het register opgenomen gegevens ook verstrekken aan andere binnen- of buitenlandse toezichthouders én aan de (buitenlandse) justitie, al dan niet in het kader van de wederzijdse rechtshulp (§ 24c III Nrs. 1 en 2 KWG). Het artikel geeft in zoverre ook uitvoering aan de Duitse verplichtingen op grond van het Protocol bij de EU-rechtshulpovereenkomst.[312] Ook fiscale strafbare feiten zijn van de meldingen, na aanvankelijke aarzeling, niet uitgesloten.[313] In al deze gevallen zal de BAFin de toelaatbaarheid van de verstrekking zelf niet beoordelen. De verantwoordelijkheid daarvoor ligt volgens § 24c III KWG in handen van de verzoekende autoriteit, dit overigens onder de volgende raadselachtige toevoeging bij een verstrekking aan buitenlandse autoriteiten: 'Die Regelungen über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen bleiben unberührt.'[314]

B) De bank als onder toezicht gestelde

Naast de administratie- en spontane meldplichten die op de banken rusten, kan de BAFin ook naar de banken toegaan. Voor die situaties deelt § 4 WpHG de BAFin onderzoeksbevoegdheden toe, die in de praktijk als aanvulling op de zojuist genoemde meldplichten fungeren. § 4 WpHG bestaat in zijn huidige vorm nog niet lang. Voorheen waren de bevoegdheden van de BAFin per deelonderwerp neergelegd in de *Wertpapierhandelsgesetz*. Mede met het oog op de verplichtingen uit de

311 Kokemoor (2004), p. 141.
312 Kokemoor (2004), p. 142.
313 Kokemoor (2004), p. 144.
314 Hierover ook hoofdstuk 2.3.3.2; Kokemoor (2004), p. 142-143.

Europese richtlijnen heeft men deze willen stroomlijnen.[315] Sindsdien is in § 4 III bepaald dat de BAFin bij een ieder, dus ook particulieren, inlichtingen, de overlegging van stukken en/of het overhandigen van kopiëen mag verlangen, als dat op grond van aanknopingspunten (*Anhaltspunkte*) voor het toezicht op de inachtneming van een WpHG-verbod of -gebod nodig is. Onder dezelfde voorwaarden mag men ook personen horen. Afhankelijk van het tijdstip waarop en de plaats waartoe men toegang wil hebben, moet medewerkers van de BAFin onder meer of minder strenge voorwaarden toegang tot percelen en ruimten worden geboden, als dat voor de vervulling van hun taken nodig is (§ 4 IV WpHG).

> Verzoeken om inlichtingen/inzage zijn pas mogelijk bij het bestaan van aanknopingspunten (*Anhaltspunkte*). Deze zijn er wanneer 'Kursverlauf, Umsätze oder Marktanteile vor Bekanntwerden der von Insiderinformationen nicht nur geringfügige Abweichungen vom üblichen Verlauf zeigen.'[316] Een strafrechtelijke verdenking is niet vereist.[317] Als niet een bank, maar een ander de transactie heeft verricht, wil dat echter niet *per se* zeggen dat een bank door de BAFin nooit kan worden benaderd. Een verzoek is ook mogelijk als er feitelijke aanknopingspunten zijn dat de bank(medewerker) over relevante kennis over die transactie beschikt of over andere personen met relevante informatie.
>
> Op het vereiste dat er aanknopingspunten nodig zijn, bestaan soms uitzonderingen. Vermeldenswaard is bijvoorbeeld § 35 WpHG over de *Überwachung der Meldepflichten und Verhaltensregels* in het kader van het gedragstoezicht. Dit artikel is een aanvulling op de jaarlijkse controle van ondertoezichtgestelden door accountants (*Prüfer*) (§ 36 WpHG). § 35 biedt de BAFin de mogelijkheid om in aanvulling hierop steekproeven te houden, ook zonder dat er een aanknopingspunt voorhanden is.[318] Dat heeft een preventief effect.[319] Ook bij de *Prüfer* zelf kunnen dergelijke controles worden gehouden.

Wanneer de bank in eigen aangelegenheden wordt benaderd of wanneer gaande het onderzoek door de BAFin verdenkingen in zijn richting rijzen, kan er een conflict ontstaan met het *nemo-tenetur*beginsel. Banken zijn namelijk tot medewerking verplicht. Niet-naleving van hun plichten levert een *Ordnungswidrigkeit* op (§ 39 III Nrs. 1 en 2 WpHG) en geeft mogelijk ook aanleiding tot bestuurlijke dwangmiddelen (§ 17 FinDAG). Wat is rechtens in die gevallen? Op grond van § 4 IX WpHG mag een persoon die tot het verstrekken van inlichtingen verplicht is, het beantwoorden van vragen weigeren als hij daardoor zichzelf of een naaste blootstelt aan een straf- of *Ordnungswidrigkeiten*vervolging.[320] Hij moet ook van dit recht in kennis

315 Bundesrat Drucksache 341/04 van 30 april 2004, p. 55.
316 Schäfer (1999), § 16 WpHG, rn. 5; Nietsch (2003), p. 313-314.
317 Assmann/Schneider (2003), § 20b WpHG, rn. 12-14. Anders: Schäfer (1999), § 16 WpHG, rn. 3 en Habetha (1996), p. 2140; Carl/Klos (1995b), p. 14.
318 Bundesrat Drucksache 341/04 van 30 april 2004, p. 77.
319 Vgl. Schäfer (1999), § 35 WpHG; Assmann/Schneider (1999), § 35 WpHG, rn. 2.
320 De beoordeling is in de eerste plaats aan de inlichtingenplichtige zelf. Alleen bij 'zweifelsfrei ausgeschlossener Gefahr der Verfolgung' komt hem dit verschoningsrecht niet toe; Assmann/Schneider (2003), § 20b WpHG, rn. 22.

worden gesteld (*Belehrung*). Hoewel het *nemo-tenetur*beginsel voor rechtspersonen geen grondwettelijk beschermd recht is, zijn ook zij op grond van deze wet verschoningsgerechtigd.[321]

> De reikwijdte van dit verschoningsrecht is niet helemaal duidelijk. Er wordt gesproken over straf- of *Ordnungswidrigkeiten*vervolging. Is daarmee iedere strafvervolging bedoeld of alleen een vervolging voor bepaalde typen strafbare feiten? De BAFin zal immers slechts informatie over bepaalde delicten aan het OM moeten melden (§ 4 V WpHG). Uit het artikel wordt verder niet duidelijk of het verschoningsrecht alleen ziet op inlichtingen, zoals de letterlijke tekst lijkt te veronderstellen, of dat er ook schriftelijke stukken onder vallen.[322] Ten aanzien van de andere dan mondelinge inlichtingenvorderingen werd, althans buiten de context van het strafrecht, al eerder geconstateerd dat het beginsel hierop niet van toepassing is.[323] Gezien de nauwe band tussen de *Insiderüberwachung* en strafrechtelijke vervolging zouden volgens sommigen toch schriftelijke stukken – van de wil onafhankelijk bewijsmateriaal – onder het verschoningsrecht moeten vallen.[324]
>
> We zullen nog zien dat de regeling van § 4 IX WpHG aanzienlijk verschilt van de situatie *in fiscalibus*, waar de betrokkene een zwijgrecht (en niet een verschoningsrecht) toekomt en waarin in de fiscale procedure de afdwingbaarheid van de medewerkingsplicht in haar geheel komt te vervallen.[325] Zo ver gaat men in het financiële toezicht zeker niet.

C) De bank als derde

Ten aanzien van de positie van de bank als derde gelden geen afzonderlijke opmerkingen. Het bankgeheim als zodanig, voor zover dat al een rol zou spelen in het financiële toezicht, kan de BAFin niet worden tegengeworpen. Een effectenrechtelijk bankgeheim wordt niet erkend.[326] Het valt niet onder de uitzonderingen van § 4 III WpHG, waarin wordt bepaald: 'Gesetzliche Auskunfts- oder Aussageverweigerungsrechte sowie gesetzliche Verschwiegenheitspflichten bleiben unberührt.'

4.3.2.2 Het Ordnungswidrigkeitenverfahren

De bevoegdheden van de BAFin als bevoegde autoriteit voor de vervolging van *Ordnungswidrigkeiten* (§ 40 WpHG) zijn in beginsel gelijk aan die van het OM in het strafrechtelijke opsporingsonderzoek. Dat volgt uit het feit dat de *Strafprozeßordnung* 'sinngemäß' van toepassing is op het *Ordnungswidrigkeitenverfahren* (§ 46 OWiG). De BAFin kan op die voet getuigen en deskundigen horen, maar bijvoorbeeld ook de rechter verzoeken een machtiging tot doorzoeking te verlenen. Ten dele worden

---

321 Assmann/Schneider (2003), § 20b WpHG, rn. 23.
322 Dat is uiteraard alleen van belang voor die inlichtingenplichtigen die stukken moeten overleggen. Het geldt dus niet voor de personen, bedoeld in § 16 V WpHG.
323 *Supra* paragraaf 4.3.1.3.
324 Vgl. Assmann/Schneider (2003), § 20b WpHG, rn. 31 e.v.
325 *Supra* paragraaf 4.3.3.2.
326 Hierover ook Habetha (1996), p. 2138-2139.

deze bevoegdheden ook gevorderd door de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID, die het in het midden laten of deze bevoegdheden in samenwerking met het OM of zelf kunnen worden verkregen.[327] In Duitsland koos men dus voor het eerste. Dat zou overigens betekenen dat de BAFin deze bevoegdheden ook moet toepassen voor de uitvoering van bijstandsverzoeken. Dat lijkt echter strijdig met de Duitse opvattingen ter zake.[328]

Ik kom op de precieze vormgeving van deze strafvorderlijke bevoegdheden hieronder nog terug (paragraaf 4.3.3.3). Thans is vooral de gelijkschakeling met de positie van het OM belangrijk. De BAFin krijgt daarmee namelijk niet alleen de beschikking over een bestuurlijk, maar ook over een strafrechtelijk sanctiearsenaal. Anderzijds richten zich ook de rechten en plichten van de verdachte naar die van de *Strafprozeßordnung*. Dat betekent onder meer dat deze een zwijgrecht toekomt (§ 136 StPO) en dat medewerkingsplichten voor deze niet van toepassing kunnen zijn.

> Let wel, deze constatering geldt alleen binnen het strafrecht en laat onverlet dat de BAFin jegens dezelfde persoon ook nog andere onderzoeken/procedures kan opnemen, op grond waarvan deze wel tot medewerking is verplicht. De positie van de BAFin lijkt daarmee op die van de Steufa. Voor de mogelijke conflicten die hieruit kunnen voortvloeien, bevat de *Wertpapierhandelsgesetz*, naast het zwijgrecht van § 4 IX WpHG, dat in een flink aantal gevallen van overeenkomstige toepassing is, geen voorzieningen. Hieronder zal blijken dat dit *in fiscalibus* anders is.

De voorschriften van de StPO zijn niet onverkort van overeenkomstige toepassing. In de eerste plaats is een aantal – voor dit onderzoek niet van belang zijnde – bevoegdheden uitgesloten (§ 46 III en IV OWiG). Bovendien worden de voorschriften van de *Strafprozeßordnung* alleen toegepast waar dat zinnig (*sinngemäß*) is. Om die reden kunnen de zware opsporingsmethoden (onder meer de *Rasterfahndung*, *Fernmeldeverkehrsüberwachung*[329] en de inzet van *verdeckte Ermittler*) in de *Ordnungswidrigkeitenverfahren* niet worden toegepast.[330] Bovendien geldt altijd de *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Op basis van jurisprudentie van het *Bundesverfassungsgericht* betekent dit dat maatregelen niet alleen geschikt (*geeignet*) en nodig (*erforderlich*) zijn om het nagestreefde doel te bereiken, maar ook dat de grondrechtsinbreuk in een verhouding staat tot de relevantie van het feit en de ernst van de verdenking.[331] Er dient een redelijke relatie te bestaan tussen enerzijds doel en middel van de inbreuk en de zwaarte ervan en anderzijds de betekenis van de procedure.

---

327 Daarover hoofdstuk 2.2.3.3.
328 *Infra* paragraaf 4.5.2.1, onder B.
329 Dat volgt ook reeds uit § 46 III OWiG.
330 Göhler (1998), § 46 OWiG, rn. 8; Bundesrat Drucksache 330/02 van 19 april 2002, p. 11.
331 Vgl. BVerfGE 27, 211, 219 ff; 16, 194, 202; 17, 108, 117.

4.3.2.3 Rechtsbescherming

De rechtsbescherming in het financiële toezicht kan zich naar meerdere typen voorschriften richten. De BAFin heeft te maken met twee verschillende typen regimes. Ze kan in een *Ordnungswidrigkeitenverfahren* actief worden of in het kader van het reguliere bestuursprocesrecht. In het eerste geval wordt conform de hoofdregel van § 46 OWiG aansluiting gezocht bij het strafprocesrecht. Daar ga ik hieronder verder op in als ik de bevoegdheden van de fiscus (BuStra) bespreek.[332] Hier concentreer ik me op de rechtsbescherming in het kader van de andere taken van de BAFin. Daaronder vallen ook haar taken ter *voorbereiding* van de opsporing (§ 4 V WpHG). Deze worden immers niet gezien als strafrecht, maar als bestuursrecht. In deze fase is het denkbaar dat betrokkenen zich willen richten tegen de beslissing tot de opening van het onderzoek als zodanig, tegen beslissingen tot petten- of procedurewissels of tegen concrete onderzoekshandelingen. Het is ook mogelijk dat de afronding van het onderzoek is omkleed met verdere rechtsbeschermende waarborgen. Daarnaast komt dan nog de rechtsbescherming die inroepbaar is tegen de (sanctie)beslissing naar aanleiding van de uitkomst van het onderzoek.

Voor de rechtsbescherming in de op bestuursrechtelijke leest geschoeide procedures zijn de *Verwaltungsverfahrensgesetz*/VwVfG en de *Verwaltungsgerichtsordnung*/VwGO maatgevend. Deze gelden als de centrale regelingen, waarop overigens bijzondere wetten uitzonderingen kunnen toelaten. In deze wetten is de *Verwaltungssakt*/VA een centraal begrip. Ook voor de *Wertpapierhandelsgesetz* is dat zo. Voor de vraag of een VA voorligt, is van essentieel belang of er sprake is van een op rechtsgevolg en naar buiten gerichte beslissing van het bestuur in een individueel geval. Treedt er geen rechtsgevolg in, maar is er enkel sprake van feitelijk handelen, dan is van een VA geen sprake. De beslissing moet bovendien naar buiten zijn gericht. *Behördeninterne* maatregelen vallen niet onder het begrip. Besluiten tot op de opening van onderzoeken worden om die reden niet onder het begrip VA geschaard.

> § 35 VwVfG luidt als volgt: 'Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. (…)'

Concrete onderzoekshandelingen kunnen de vorm van een VA hebben. Waarom is dat van belang? Twee redenen zouden kunnen worden aangevoerd. Allereerst zou de aanknoping bij dit Duitse besluitbegrip voor de rechtsbescherming van de burger van belang kunnen zijn. De aanwezigheid van een VA garandeert inderdaad participatie- en inspraakrechten en stelt bovendien rechtsmiddelen open. Toch is voor de rechtsbescherming van de burger een VA niet essentieel. Art. 19 IV GG garandeert immers hoe dan ook een rechtsingang aan de burger telkens als er op zijn subjectieve rechten inbreuk wordt gemaakt, dus ook als zijn grondrechten in het gedrang komen. In die gevallen waarin niet in een specifieke rechtsgang is voorzien,

332 *Infra* paragraaf 4.3.3.5, onder C.

moet men de *ordentliche Rechtsweg* en de daarvoor geldende procedures volgen (Art. 19 IV GG). De vorm waarin het overheidsoptreden is gegoten, is voor de rechtsbescherming hoogstens van belang voor de te volgen procedure.

> Er bestaan in het Duitse bestuursrecht verschillende soorten procedures. Tegen een Verwaltungsakt wordt opgekomen door middel van een *Anfechtungsklage* bij de bestuursrechter (§ 42 VwGO). De regels daarvoor zijn neergelegd in het de §§ 54 e.v. VwGO, in het bijzonder in de §§ 68 e.v. Daarvoor moet eerst bezwaar zijn gemaakt bij het bestuurorgaan zelf, de BAFin. Dat doet men in het *Widerspruchsverfahren* (§ 68-73 VwGO). Andere vormen zijn de *Verpflichtungsklage*, waarin men het bestuur juist tot optreden wil dwingen en waarin ook het *Widerspruchsverfahren* moet worden gevolgd, en de *Feststellungsklage*. Deze zijn hier minder relevant.

Belangrijker lijkt de kwalificatie als *Verwaltungsakt* voor de effectiviteit van het bestuursoptreden zelf. De medewerkingsplichten die in de *Wertpapierhandelsgesetz* gelden, vloeien namelijk niet uit de wet voort, zoals in Nederland de gangbare opvatting lijkt,[333] maar zijn pas afdwingbaar in de vorm van een VA.[334] De inzage- en inlichtingenvorderingen in de *Wertpapierhandelsgesetz* kunnen – naast de inzet van bestuurlijke dwangmiddelen, waarvoor overigens ook een VA nodig is (§ 17 FinDAG) – alleen met *Bußgelder* worden afgedwongen als er sprake is van een *vollziehbare Anordnung* (§ 39 III WpHG). Om die status te bereiken moet de vordering de vorm hebben van een VA en moet deze beslissing bovendien executabel zijn, wat normaliter betekent dat bezwaar- en beroepstermijnen (*Widerspruch-* en *Klagefriste*) moeten zijn verlopen (§ 80 VwGO). De beslissing moet dus formele rechtskracht hebben.[335]

Het feit dat dergelijke inlichtingenvorderingen, willen ze afdwingbaar (bestrafbaar) zijn, de vorm van een executabele VA moeten hebben, is in potentie schadelijk voor de slagkracht van de BAFin. Niet alleen garandeert de status van VA de betrokkenen namelijk de nodige inspraak- en participatierechten (vgl. § 28 VwVfG), bovendien zouden deze kunnen proberen het verlangde materiaal intussen te verbergen of zoek te maken. Bezwaar en beroep hebben in Duitsland namelijk in beginsel opschortende werking. Om die reden wordt in § 4 VII WpHG (j° § 80 II Nr. 3 VwGO) het volgende bepaald: 'Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Maßnahmen nach den Absätzen 1 bis 4 und 6 haben keine aufschiebende Wirkung.'[336] Dergelijke maatregelen zijn dus onmiddellijk executabel; door § 4 VII WpHG zijn het *vollziehbare Anordnungen* geworden.

> Dergelijke onmiddellijk excuteerbare besluiten zouden in strijd kunnen zijn met Art. 19 IV GG, in het bijzonder in die gevallen waarin grondrechtsinbreuken onherstelbaar worden. Toch is de rechtmatigheid van de *Anordnung* voor de execu-

333 Hoofdstuk 3.3.2.3.
334 Carl/Klos (1995b), p. 15; Nietsch (2003), p. 320.
335 Park (2004), p. 675-676.
336 Carl/Klos (1995b), p. 15.

tie van de boete niet van belang. Wel kan deze later worden aangevochten in de boeteprocedure.[337] Bovendien resteert de betrokkene nog de mogelijkheid van *einstweiliger Rechtsschutz* in de vorm van een voorlopige voorziening. De opschortende werking kan door de rechter worden hersteld (§ 80 IV VwGO).[338]

De onmiddellijke uitvoerbaarheid betekent niet dat ook de inspraak- en participatierechten zijn komen te vervallen. In de procedure leidend tot de VA zijn deze vastgelegd in § 9 e.v. VwVfG. Zo moet de betrokkene onder meer worden gehoord (§ 28 VwVfG) en moet hem inzage in het dossier worden verleend (§ 29 VwVfG). Op beide rechten zijn uitzonderingen mogelijk, in het bijzonder ook wanneer dat in het openbaar belang nodig blijkt (vgl. § 28 II Nr. 1 VwVfG) of wanneer de gegevens uit hun aard jegens de betrokkenen geheim moeten worden gehouden (vgl. § 29 II VwVfG). Daarmee lijkt er enige ruimte om af te zien van deze rechten als deze zich niet met het belang van het onderzoek verdragen.

Relevant is ten slotte nog dat het de banken bij wie *als derde* onderzoeken worden uitgevoerd door de BAFin, is verboden hun cliënten van die onderzoeken op de hoogte te brengen (§ 4 VIII WpHG). In zoverre wijken ook mogelijke contractuele kennisgevingsplichten van de bank jegens zijn cliënt. Het is een nieuwe bevestiging van het feit dat een bankgeheim in het financiële toezicht niet bestaat, integendeel. De cliënt raakt dus van de onderzoeksmaatregelen niet, athans niet via de bank, op de hoogte. Ook de betekening van de VA brengt hierin geen verandering. Pas daarmee krijgt de VA rechtskracht (§ 43 VwVfG). De VA moet echter worden betekend aan de *Beteiligte* voor wie hij bestemd is (§ 41 VwVfG). Dat is *in casu* de bank (§ 13 I Nr. 2 VwVfG) en, als deze als derde wordt gehoord, niet de persoon tot wie het onderzoek zich richt. De laatste resteren de participatie- en beroepsrechten tegen het (sanctie)besluit ten gronde.

4.3.3 Toegang tot bancaire informatie in het belastingrecht

Wat betreft de toegang tot bancaire gegevens in het kader van het belastingrecht is over het bankgeheim veel te vertellen. Als er één terrein is waar het bankgeheim in Duitsland nog een rol speelt, dan is het *in fiscalibus*. De waarde van het bankgeheim komt daarin vooral tot uitdrukking in wat er *niet* geregeld is. Als de fiscus eenmaal weet bij welke bank hij moet wezen, is de rol van het bankgeheim bij de vergaring van de gegevens goeddeels uitgespeeld. Het probleem is echter precies dat de fiscus dit vaak niet weet. Ook hier geldt dat dit probleem meer of minder speelt naar gelang de procedure waarin de fiscus actief is. In het straf- en *Ordnungswidrigkeitenrecht* beschikt hij over meer mogelijkheden dan in het fiscale recht.

In het onderstaande bespreek ik de bevoegdheden van fiscus in relatie tot banken. Ik maak daarbij opnieuw onderscheid tussen de positie van de bank als belastingplichtige, als verdachte en als derde in een fiscale of strafrechtelijke procedure.

337 Park (2004), p. 676, onder verwijzing naar BVerfGE 92, 191 (201).
338 Daarover Kopp/Schenke (2003), § 80, rn. 120 e.v.

DUITSLAND

Als gezien, hebben *in fiscalibus* de *Finanzbehörde*, en in het bijzonder de Steufa, veel verschillende functies. We hebben te maken met:
- een puur fiscaal traject (vaststelling belastingschuld en controle) met controletaken op individueel en boven-individueel niveau (in het bijzonder de *Aufdeckung unbekannter Steuerfälle* (paragraaf 4.3.3.1);
- een strafrechtelijk traject (in ruime zin) waarin de fiscus (BuStra) zelfstandig het opsporingsonderzoek voert (paragraaf 4.3.3.3, onder A en 4.3.3.4);
- een strafrechtelijk traject waarin de fiscus (Steufa en andere onderdelen) onder regie van het OM staat (paragraaf 4.3.3.3, onder B).

4.3.3.1 Heffings- en toezichtfase

A) De bank als belastingplichtige

De inlichtingenbevoegdheden van de fiscus zijn geregeld in de artikelen 93-106 (reguliere fase), 193-207 (*Außenprüfung*)[339] en 208 AO (*Steuerfahndung*)[340,341] Deze worden net als in het financiële toezicht aangevuld door fiscale aangifte- en administratieplichten die op veel belastingplichtigen rusten. Deze zijn doorgaans gekoppeld aan administratieplichten in andere, niet-fiscale wetten, als het *Handelsgesetzbuch* (§ 140 AO). Zijn zulke andere wetten echter niet aan te wijzen, dan zijn (grotere) ondernemingen toch verplicht een in overeenstemming met de eisen van de *Abgabenordnung* gevoerde administratie te hebben (§§ 141-148 AO). Van belang voor de fiscale controleplichten is ook § 154 AO (*formelle Kontenwahrheit*), op basis waarvan bankcliënten op basis van een formele controle bij de bank bekend moeten zijn. Anonieme rekeningen zijn verboden, net als rekeningen op een valse naam.[342]

In het kader van een regulier onderzoek bestaat er tussen de belastingplichtige en de fiscus een zekere taakverdeling. De fiscus is, ondanks de *Untersuchungsgrundsatz* (§ 88 AO),[343] niet verplicht een feitenconstellatie op al haar aspecten te doorzoeken. In de regel mag hij afgaan op wat de belastingplichtige aanvoert.[344] Alleen wanneer onduidelijkheden rechtstreeks aan de oppervlakte liggen, past nader onderzoek. Daarbij komt dat de stelplicht en bewijslast soms meer in de sfeer van de belastingplichtige liggen dan in die van de fiscus. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het bewijs van omstandigheden, die duiden op een verlaging van de belastingschuld. Ook neemt de onderzoeksplicht van de fiscus in omvang af, als de belastingplichtige zijn verplichtingen niet nakomt.[345] De fiscus mag in dat geval bijvoorbeeld volstaan met een schatting (§ 160 AO). Kortom, de fiscus hoeft niet altijd alle feiten boven tafel te krijgen. De *Untersuchungsgrundsatz* en de medewerkingsplicht van de

339 *Supra* paragraaf 4.2.2.3, onder C.
340 *Supra* paragraaf 4.2.2.3, onder B.
341 Bijzondere wetten bevatten soms nog aanvullende bepalingen die ik hier verder niet bespreek; voor een overzicht, zie Miebach (1999), p. 68 e.v.
342 Daarover onder meer Carl/Klos (1993), p. 39 e.v.
343 *Supra* paragraaf 4.2.2.1.
344 Klein (2003), § 88, rn. 7.
345 Klein (2003), § 88, rn. 9.

belastingplichtige zijn complementair.[346] Over welke bevoegdheden beschikt de fiscus in dit kader? Relevant zijn vooral de volgende:

1. In § 93 AO is een inlichtingenplicht opgenomen die op *Beteiligten* (§ 78 AO) rust en op derden. Voor de vaststelling van een fiscaal relevant feitencomplex dienen zij op verzoek van de fiscus alle noodzakelijke inlichtingen te geven. Daarvoor moet een concrete aanleiding zijn. Vragen *ins Blaue hinein* (bijvoorbeeld het verlangen van inzage in de rekeningen van de honderd grootste bankklanten)[347] zijn niet toegestaan. Serievragen (*Sammelauskünfte*) zijn echter binnen dit kader mogelijk.[348] De inlichtingen moeten 'wahrheitsgemäß nach bestem Wissen und Gewissen' worden verstrekt (§ 93 III AO).
2. In aanvulling op § 93 AO bepaalt § 97 AO dat ook de overlegging van stukken (*Vorlage von Büchern, Aufzeichnungen, Geschäftspapieren und anderen Urkunden*) kan worden gevorderd. Ook deze vordering mag worden gericht tot de *Beteiligte* en andere personen. Deze verplichting van § 97 I AO is in beginsel subsidiair ten opzichte van de inlichtingenplicht. Alleen wanneer inlichtingen niet werden verstrekt, onvolledig werden verstrekt of wanneer er twijfels bestaan omtrent de waarheidsgetrouwheid van die inlichtingen, komt de overlegging van stukken in aanmerking (§97 II 2 AO).[349]
3. § 94 AO gaat over het verhoor van derden onder ede (*eidliche Vernehmung*) door het *Finanzgericht* op verzoek van de fiscus,[350] terwijl § 95 AO betrekking heeft op het verhoor van de *Beteiligte*. Dat laatste vindt plaats niet onder ede, maar onder *Versicherung an Eides statt* en wordt afgenomen door de fiscus zelf. Deze kan niet worden afgedwongen.[351] Beide bevoegdheden worden gezien als laatste redmiddel voor de waarheidsvinding.
4. In het kader van de reguliere belastingcontrole is het ten slotte ook mogelijk dat de fiscus ter plaatse gaat kijken (*Einnahme des Augenscheins*; § 98 AO). Daarbij mogen percelen en ruimtes worden betreden (§ 99 AO). Echter, het betreden van percelen en ruimtes mag niet worden gebruikt voor onderzoek naar onbekende feitenconstellaties (vgl. § 99 II AO). De bevoegdheid is gekoppeld aan § 98 AO. Het moet dus gaan om bekende objecten.[352] Voor *Ausforschungszwecke* gelden aparte bepalingen, in het bijzonder § 208 (Steufa) en § 210 AO (*Außenprüfung*).

Met de bevoegdheden van de fiscus corresponderen medewerkingsplichten van de betrokkenen. Deze zijn niet alleen tot medewerking verplicht, maar ook nog eens tot het *vollständig* en *wahrheitsgemäß* openleggen van de relevante feiten en bewijs-

346 Klein (2003), § 88, rn. 9.
347 Carl/Klos (1993), p. 34-35.
348 Vgl. BFH 21 maart 2002, VII B 152/01; Müller-Brühl (1990), p. 34-40.
349 Op deze regel staat § 97 II 3 AO jegens *Beteiligten* weer uitzonderingen toe.
350 Het afleggen van een valse verklaring is strafbaar (§§ 153-163 StGB), de derde is in beginsel verplicht mee te werken.
351 Klein (2003), § 95 AO, rn. 7.
352 Klein (2003), § 99 AO, rn. 8.

middelen (§ 90 AO). De naleving van de inlichtingen- en overleggingsplicht kan met dwangmiddelen worden afgedwongen (§ 328-334 AO). Het is ook mogelijk dat een weigering aan een vordering te voldoen leidt tot een (ongunstige) schatting van de belastingschuld (§ 162 AO). Schendingen kunnen, afhankelijk van de feitenconstellatie, bovendien strafrechtelijk of met *Bußgelder* zijn bestraft (vgl. § 370 AO).[353]

Naast de bevoegdheden in het kader van het reguliere heffingsproces, bestaan er ook zwaarder opgetuigde procedures. De fiscus kan zich niet altijd verlaten op de eerlijkheid van de belastingplichtige. De hierboven al gememoreerde *Außenprüfung* (controle ter plaatse) is een machtig wapen van de fiscus (§§ 193 e.v. AO).[354] Ze is vooral nuttig ter compensatie van handhavingstekorten bij belastingen die niet aan de bron worden geheven.[355] Bij een *Außenprüfung* geldt net als bij de bepalingen van §§ 93 e.v. AO dat men tot medewerking verplicht is (§ 200 AO). Andere voorwaarden gelden echter niet. Het is bijvoorbeeld eigen aan de *Außenprüfung* dat deze een steekproefkarakter kunnen hebben. Dat betekent dat ze ook mogelijk zijn zonder dat (bijzondere) omstandigheden daartoe aanleiding geven.[356] Ook het subsidiariteitsvereiste van § 93 II 2 AO en § 97 II AO geldt niet.

Echter, een *Außenprüfung* die alleen de belastingheffing van derden dient, is ontoelaatbaar.[357] Er moet een eigen fiscaal belang in het geding zijn van de persoon bij wie het onderzoek wordt verricht. Wat wel expliciet is toegestaan is een *Außenprüfung* bij een inhoudingsplichtige, oftewel een persoon, die 'verpflichtet war oder verpflichtet ist, für Rechnung dieser Personen Steuern zu entrichten oder Steuern einzubehalten und abzuführen' (§ 193 I 3 AO). In dergelijke procedures is men geen derde. Een zeer belangrijk voorbeeld hiervan is de zogenaamde *Kapitalertragsteuer* (§ 43 *Einkommensteuergesetz* of EStG), waaronder ook de belasting van spaarrente valt (*Zinsabschlagsteuer*). Die taak is nu aan banken opgedragen.

> Dat is nog eens expliciet bevestigd in § 50b EStG: '1. Die Finanzbehörden sind berechtigt, Verhältnisse, die für die Anrechnung oder Vergütung von Körperschaftsteuer, für die Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer, für die Nichtvornahme des Steuerabzugs oder für die Mitteilungen an das Bundeszentralamt für Steuern nach § 45e von Bedeutung sind oder der Aufklärung bedürfen, bei den am Verfahren Beteiligten zu prüfen. 2. Die §§ 193 bis 203 der Abgabenordnung gelten sinngemäß.'
>
> Inkomsten uit kapitaal zijn onderworpen aan de inkomstenbelasting (§ 2 I EStG). Daaronder vallen, naast dividenden, ook inkomsten uit renteschulden (§ 20 I Nr. 7 EStG). Heffing vindt plaats door inhouding van de verschuldigde belasting op de kapitaalaanwas (*Kapitalertragsteuer*) (§ 43 I 1 Nr. 7 EStG). De *Zinsabschlagsteuer* is een speciale vorm van de *Kapitalertragsteuer*. Het is ten aanzien van

353 § 370 AOH is geciteerd in paragraaf 4.2.2.2, onder A.
354 Ook voor de *Außenprüfung* bevatten sommige speciale wetten aanvullende bepalingen; zie Klein (2003), § 193 AO, rn. 4.
355 Klein (2003), § 193 AO, rn. 1
356 Klein (2003), § 193, rn. 25 en § 196, rn. 21.
357 Müller-Brühl (1990), p. 47-48; Miebach (2002), p. 53-54.

> de inkomstenbelasting een voorheffing van 30% op rente-inkomsten (§ 43a I Nr. 3 EStG). Met de inhouding is bij rente-inkomsten de bank belast (§ 44 EStG) (bronbelasting of *Quellensteuer*).[358]

Aldus wordt een groot aantal personen – in principe[359] ook bankcliënten – toch de *Außenprüfung* 'ingezogen'. Gegevens over de fiscale aangelegenheden van derden mogen als toevallige vondst (*Zufallsfunde*) namelijk wél worden gebruikt voor nader onderzoek (§ 194 III AO). Het doen uitgaan van controlemededelingen (*Kontrollmitteilungen*) is in zo'n geval toegestaan. Tegen derden hoeft dan niet een aparte *Prüfungsordnung* te worden aangevraagd.[360]

> Nogmaals, een voorwaarde hiervoor is wel dat men niet op zoek was naar de toevallige vondst (*gezielte Zufallsfunde*). Het *Bundesfinanzhof* formuleert het zo: 'Zwischen Außenprüfung und Feststellung steuerrelevanter Verhältnisse dritter Personen muss auch ein sachlicher Zusammenhang in der Weise bestehen, dass bei einer konkreten und im Aufgabenbereich des Prüfers liegenden Tätigkeit ein Anlass auftaucht, der den Prüfer veranlasst, solche Feststellungen zu treffen. Dies muss kein besonderer Anlass sein, etwa ein solcher, der zwingend den Verdacht einer Steuerverkürzung des Dritten erweckt. Es genügt vielmehr, dass die vom Prüfer einzusehenden Geschäftsunterlagen des Steuerpflichtigen Hinweise auf die Verhältnisse dritter Personen zu geben vermögen, die bei objektiver Betrachtung für deren Besteuerung von Bedeutung sein können (…). Fehlt es an dieser konkreten Prüfungstätigkeit, die nach § 194 Abs. 3 AO 1977 den Anlass für die Feststellung der Verhältnisse Dritter bieten muss, handelt der Prüfer außerhalb der ihm durch den Prüfungsauftrag verliehenen Befugnisse. Eine solche unmittelbar und ausschließlich auf die steuerlichen Verhältnisse Dritter gerichtete Prüfungshandlung wird von § 194 Abs. 3 AO 1977 nicht gedeckt und ist daher rechtswidrig (…).'[361]

Ten slotte zijn er nog de bevoegdheden van de *Steuerfahndung*, waaronder in het bijzonder ook de *Fahndungsprüfung*. Hoewel de tekst van § 208 AO aanleiding geeft te veronderstellen dat de Steufa bij de vervulling van al haar taken én fiscale controle én fiscale opsporingsbevoegdheden toekomen, is dat niet het geval. Dat strookt ook niet met de hierboven besproken jurisprudentie van het *Bundesfinanzhof* (paragraaf 4.2.2.3). Voor de fiscale taken van de Steufa (§ 208 I Nrs. 2 en 3 AO) maakt ze dan ook 'slechts' gebruik van de fiscale bevoegdheden. De Steufa kan in het kader van een *Fahndungsprüfung* bovendien onderzoek ter plaatse verrichten. Hoewel dit type onderzoek lijkt op de *Außenprüfung*, is het niet helemaal hetzelfde. Dat blijkt uit het feit dat sommige bepalingen over de *Außenprüfung* van overeenkomstige toepassing

358 De *Zinsbesteuerung* is niet in strijd met Art. 3 GG: BFH 7 september 2005, VIII R 90/04.
359 Voor banken gelden, bij bepaalde typen rekeningen, echter beperkingen; zie onder.
360 Klein (2003), § 194 AO, rn. 11.
361 Vgl. BFH 4 november 2003, VII R 28/01.

zijn en dus niet direct gelden (§ 208 I 3 AO).[362] Van belang is ook dat het subsidiariteitsvereiste van § 93 I 3 en § 97 I 3 AO opnieuw is komen te vervallen. Dat hangt samen met de taak van de Steufa, die juist ook op zoek is naar de *Aufdeckung unbekannter Steuerfälle* (§ 208 I Nr. 3 AO).[363]

B) De bank als derde – het 'bankgeheim' van § 30a AO

In het Duitse fiscale recht neemt het subsidiariteitsbeginsel een belangrijke plaats in. Op verscheidene plaatsen in de *Abgabenordnung* is de regel neergelegd dat de fiscus zich eerst moet wenden tot de belastingplichtige zelf en zich pas daarna tot derden mag wenden.[364] Dergelijke beperkingen gelden in beginsel ook jegens de bank die als derde wordt benaderd. Voor dit onderzoek is echter het bankgeheim relevanter. Hoe zwaar weegt de bancaire discretieplicht, voortvloeiend uit de relatie tussen de bank en zijn cliënt in de relatie tussen de bank en de fiscus? Mag de bank als derde weigeren de fiscus inzage te geven in de aangelegenheden van zijn cliënten? Het bankgeheim is met zoveel woorden neergelegd in § 30a AO. Minstens even belangrijk zijn echter nog die aspecten die niet in de wet geregeld zijn. Om dit te kunnen verduidelijken is een onderscheid tussen de volgende vragen nuttig:

a. hoe achterhaalt de fiscus bij welke bank een belastingplichtige een rekening aanhoudt;
b. heeft de fiscus toegang tot de gegevens over bankcliënten;
c. mag de fiscus gegevens die hij bij banken verkreeg, ook jegens andere, niet-betrokken personen gebruiken?

Het bankgeheim van § 30a AO speelt bij de tweede en vooral de derde vraag een rol. Voor de praktijk minstens even belangrijk is de eerste vraag: hoe komt de fiscus erachter dat een belastingplichtige gelden op rekeningen bij een Duitse bank aanhoudt, als deze niet worden aangegeven? Anders dan in Nederland, waar op banken spontane meldplichten rusten, zijn de Duitse banken niet zonder meer gehouden melding te doen van de rekeninghouders bij wie op rente-uitkeringen *Kapitalertragsteuer* (*Zinsabschlagsteuer*) is ingehouden. Die plicht is er alleen wanneer de betrokkene een zogenaamde *Freistellungsantrag* doet (§ 44a II EStG), dat wil zeggen alleen wanneer hij aanspraak wenst te maken op het zogenaamde *Sparerfreibetrag* van € 1.421 voor alleenstaanden en € 2.842 voor gehuwden.[365] Doet de rekeninghouder dit echter niet, dan houdt de bank alleen een percentage over de rente-inkomsten in en draagt deze *lump sum* af. In dat geval zal de fiscus er niet, althans niet via de

362 Een *Prüfungsanordnung* is niet vereist, net zomin als een *Schlußbesprechung*: Klein (2003), § 208 AO, rn. 48. Vgl. ook de 1e Senaat van het BFH 4 september 2000, I B 17/00 = BFHE 192, 260 = BStBl II 2000, 648. Anders echter de 7e Senaat van het BFH 21 maart 2002, VII B 152/01.

363 Vgl. Klein (2003), § 208 AO, rn. 47.

364 Vgl. § 93 I 3 AO; Huhmann (2002), p. 220 e.v. Een ander voorbeeld zijn de zojuist aangehaalde regels over de *Außenprüfung*.

365 De bedragen waren oorspronkelijk hoger; Klein (2003), § 399, rn. 60. Het bedrag zal vanaf 1 januari 2007 (verder) worden verlaagd tot € 801 voor alleenstaanden en € 1.602 voor gehuwden.

bank, achter komen of, en zo ja bij wie een belastingplichtige een rekening aanhoudt. Dergelijke verzoeken komen immers al snel neer op *Ermittlungen ins Blaue hinein*.

Over dit aspect van het bankgeheim is recent zeer veel te doen geweest. Voor- en tegenstanders van het bankgeheim hebben zich flink geroerd. De eerste waarschuwen voor Big Brother-achtige toestanden in Duitsland, de tweede hameren juist op de nadelige effecten van het bankgeheim op de fiscale gelijkheid en rechtvaardigheid. De tegenstanders van het bankgeheim wonnen onlangs een belangrijke slag met de introductie van het nieuwe § 93 VII en 93b AO in de *Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit*.[366] Deze artikelen stellen de fiscale autoriteiten in staat om via het *Bundeszentralamt für Steuern* langs geautomatiseerde weg gegevens op te roepen uit het register dat banken op de voet van het hierboven besproken § 24c KWG moeten voeren.

> De nieuwe wet is gebaseerd op twee steunpilaren. Hij behelst allereerst een regeling van de *strafbefreiende Erklärung* (*Strafbefreiungserklärunggesetz* – StraBEG) voor niet-opgegeven inkomsten. Deze konden worden gedaan tot 31 maart 2005 en zouden leiden tot fiscale amnestie voor overtredingen van § 370 of 370a AO op voorwaarde dat daarover nog alsnog belasting werd betaald. Hij omvatte ten tweede de invoering van de genoemde artikelen per 1 april 2005.

Net als de BAFin heeft het BZSt nu toegang tot deze registers, maar alleen op verzoek van een *Finanzamt* in den lande en onder de volgende voorwaarden:

- Het betreffende onderdeel heeft eerst getracht de gegevens bij de belastingplichtige te verkrijgen, tenzij dit uitzichtloos lijkt.
- De *Abruf* moet voor de vaststelling van de belastingschuld nodig zijn.
- Het gaat alleen om zogenaamde *Kontenstammdaten*, dus om gegevens over de rekening(houders), maar niet over wat er met die rekeningen gebeurt. Daarvoor moet de fiscus zijn eigen bevoegdheden gebruiken.
- Het moet gaan om *einzelne* data. Voor de bevraging moet een concrete aanleiding zijn, ze moet in een individueel geval nodig zijn en zich op een bepaalde persoon richten.[367] Massale bevragingen zijn niet toegestaan.

> Over de nieuwe wet is veel te doen geweest. Het *Bundesverfassungsgericht* moest in het kader van een voorlopige voorziening (*einstweilige Anordnung*), ertoe strekkende dat onderdelen van de wet niet op 1 april 2005 in werking zouden treden, (voorlopig) de grondwettigheid ervan beoordelen.[368] De wet zou in strijd zijn met het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, met het *Grundrecht auf Berufsfreiheit* (Art. 12 GG) en met de *Rechtsweggarantie*. Het hof verwerpt deze klachten. Op zich verbaast dit niet, nu het al lange tijd wijst op de noodzaak van een *gleichmäßige Vollzug von Abgabengesetzen* (vgl. § 3 GG). Het wijst op de ver-

366 Bundesrat Drucksache 542/03 van 15 augustus 2003, dat werd samengevoegd met een voorstel van de SPD en die Grünen, Bundestag Drucksache 15/1309 van 1 juli 2003.
367 Nr. 2.3 AEAO = *Anwendungserlass zur Abgabenordnung*.
368 BVerfG 22 maart 2005, 1 BvR 2357/04.

> beteringen die de wetsartikelen hier aanbrengen en oordeelt deze niet buiten verhouding, gelet op de voorhanden zijnde waarborgen. Het gaat enkel om een *einzelfallbezogene, bedarfsgerechte und gezielte Zugriff auf Kontenstammdaten,*[369] die de fiscus in staat stelt op de hoogte te geraken van het bestaan van de rekeningen en daarop verder onderzoek te baseren. Het hof benadrukt dat ook de nieuwe maatregelen niet mogen leiden tot *Ermittlungen ins Blaue hinein*, maar altijd een afdoende aanleiding vergen. Ook Art. 19 IV GG is op het eerste gezicht niet in het gedrang. Wil er sprake kunnen zijn van een effectieve rechtsbescherming, dan is niet alleen vereist dat de betrokkene op de hoogte raakt van de bevraging, maar ook dat deze afdoende is gedocumenteerd. De *Anwendungserlass zur Abgabenordnung* voorziet hier in enige waarborgen (Nr. 2.6-2.8), onder meer in kennisgevingsplichten. Het hof ziet dan ook geen reden om de wet niet in werking te laten treden op de genoemde datum.

Hoewel met de genoemde wetswijziging de informatiepositie van de fiscus werd versterkt, kan mijns inziens bepaald niet worden volgehouden dat er *in fiscalibus* volledige 'bancaire transparantie' bestaat. Het hiervoor bedoelde register is allereerst geen centraal register, maar bevindt zich bij afzonderlijke banken.[370] Op banken rusten bovendien maar in beperkte mate spontane meldplichten. Ten derde bevat ook § 30a AO nog enige beperkingen ten aanzien van de fiscale toegang tot bancaire gegevens. Die beperkingen zien niet zozeer op de *vergaring* van de gegevens. Is de fiscus eenmaal bekend waar hij moet wezen, dan beschikt hij over voldoende mogelijkheden om de banken – met inachtneming van bijvoorbeeld § 93 I 3 AO – te bevragen. § 30a AO staat hieraan naar de heersende mening niet in de weg; het creëert in die zin geen fiscaal bankgeheim.[371] Aan de banken komt geen fiscaal *Auskunftsverweigerungsrecht* toe. § 102 AO is op hen niet van toepassing.[372] Veel van de artikelleden van § 30a AO hebben slechts declaratoire werking en zeggen naar de heersende mening eigenlijk niet meer dan wat voor de hand ligt: de artikelen zouden een uitwerking zijn van het evenredigheidsbeginsel en ook *Ermittlungen ins Blaue hinein* zijn niet toegestaan.[373]

> Het artikel luidt als volgt: '(1) Bei der Ermittlung des Sachverhalts (§ 88) haben die Finanzbehörden auf das Vertrauensverhältnis zwischen den Kreditinstituten und deren Kunden besonders Rücksicht zu nehmen. (2) Die Finanzbehörden dürfen von den Kreditinstituten zum Zweck der allgemeinen Überwachung die einmalige oder periodische Mitteilung von Konten bestimmter Art oder bestimmter Höhe nicht verlangen. (3) Die Guthabenkonten oder Depots, bei deren Errichtung eine Legitimationsprüfung nach § 154 Abs. 2 vorgenommen worden ist, dürfen anlässlich der Außenprüfung bei einem Kreditinstitut nicht zwecks Nachprüfung der ordnungsmäßigen Versteuerung festgestellt oder abgeschrieben

369 BVerfG 22 maart 2005, 1 BvR 2357/04, overweging 50.
370 Vgl. Kokemoor (2004), p. 136; Bundestag Drs. 15/5993, p. 28, van september 2005.
371 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30a AO, rn. 1; Streck (1996), p. 169; Miebach, p. 59.
372 Klein (2003), § 102 AO, rn. 13.
373 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30a AO, rn. 13; Müller-Brühl (1990), p. 44-46.

werden. Die Ausschreibung von Kontrollmitteilungen soll insoweit unterbleiben. (4) In Vordrucken für Steuererklärungen soll die Angabe der Nummern von Konten und Depots, die der Steuerpflichtige bei Kreditinstituten unterhält, nicht verlangt werden, soweit nicht steuermindernde Ausgaben oder Vergünstigungen geltend gemacht werden oder die Abwicklung des Zahlungsverkehrs mit dem Finanzamt dies bedingt. (5) Für Auskunftsersuchen an Kreditinstitute gilt § 93. Ist die Person des Steuerpflichtigen bekannt und gegen ihn kein Verfahren wegen einer Steuerstraftat oder einer Steuerordnungswidrigkeit eingeleitet, soll auch im Verfahren nach § 208 Abs. 1 Satz 1 ein Kreditinstitut erst um Auskunft und Vorlage von Urkunden gebeten werden, wenn ein Auskunftsersuchen an den Steuerpflichtigen nicht zum Ziele führt oder keinen Erfolg verspricht.'

§ 30a AO vindt zijn voorganger in de zogenaamde *Bankenerlaß*, een administratief voorschrift waarin de fiscus zichzelf beperkingen had opgelegd bij de bevraging van banken. De inhoud van dit voorschrift werd in 1989 vrijwel woordelijk overgeheveld naar de *Abgabenordnung*, waarmee het bankgeheim een wettelijke status kreeg. Niet geheel toevallig ging deze operatie samen met het eerder genoemde voorstel in Europees verband, waarin werd voorgesteld het bankgeheim als weigeringsgrond voor de fiscale Bijstandsrichtlijn 77/799 niet langer te erkennen, voor zover deze slechts administratieve praktijk was en geen wetgeving.[374] Het voorkomen van kapitaalvlucht was een andere belangrijke reden voor de omzetting in wetgeving. Tegelijk met § 30a AO werd namelijk een rentebelasting van 10% ingevoerd (*Kapitalertragsteuer auf Zinsen*, ook wel *kleine Kapitalertragsteuer* of *Quellensteuer*), die echter na een half jaar alweer werd afgeschaft, mede juist vanwege de kapitaalvlucht naar Luxemburg.[375] Ze stuitte bovendien op constitutionele bezwaren.[376]

§ 30a AO brengt wel enige beperkingen aan op het verdere *gebruik* van de bij banken vergaarde gegevens tegen zijn cliënten. De declaratoire status geldt niet voor § 30a III en V AO. De harde kern van het voorschrift ligt in § 30a III AO. Daarin wordt het de fiscus verboden om ten aanzien van bepaalde typen rekeningen nader onderzoek uit te (laten) voeren naar resultaten die in het kader van een *Außenprüfung* werden verkregen. Als gezien zijn *Außenprüfungen* niet mogelijk als het gaat om de fiscale aangelegenheden van derden. Vergaarde gegevens mogen echter wel als *Zufallsfunde* tegen derden worden gebruikt (§ 194 III AO). § 30a III doorkruist dit gebruik. *Kontrollmitteilungen* moeten achterwege blijven. Het soort rekeningen waarom het gaat hebben met elkaar gemeen dat de rekeninghouders bij de bank bekend zijn, omdat ze zich hebben moeten legitimeren (§ 154 II AO).[377] Interne rekeningen vallen niet onder het verbod.[378]

---

374 *Supra* hoofdstuk 2.3.3.4.

375 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30a AO, rn. 2; Carl/Klos (1993), p. 27 e.v.; Klein (2003), § 399, rn. 60.

376 BVerfGE 84, 239.

377 Daarover Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30a AO, rn. 24 e.v.; zie ook Klein (2003), § 154 AO.

378 Voor een voorbeeld, zie BFH 4 november 2003, VII R 28/01, waarin het Hof § 194 III AO toepast in plaats van § 30a III AO.

De reikwijdte van het artikellid moet echter niet worden overdreven: het geldt als gezegd alleen voor bepaalde typen rekeningen.[379] Bovendien wordt alleen gesproken over *Außenprüfungen*. Onduidelijk is – door uiteenlopende rechtspraak van de Senaten van het *Bundesfinanzhof* – of § 30a III AO van toepassing is op de *Fahndungsprüfung*.[380] Ook op een andere omstreden beperking van § 30a III AO loopt de rechtspraak van de Senaten van het hof uiteen. De 8e Senaat bepaalde namelijk in het kader van een 'verfassungskonforme Auslegung' van dat artikellid, dat zodra er een *hinreichender Anlaß* bestaat, in afwijking van § 30a III AO nader onderzoek wel mogelijk is. Van zo'n aanleiding is niet alleen sprake als uit de gegevens een verdenking van een fiscaal strafbaar feit rijst, maar ook wanneer men op basis van algemene ervaringsregels verwachten kan dat door het onderzoek fiscaal relevante feiten boven water komen.[381] Deze lijn wordt echter door de 7e Senaat van het BFH niet gevolgd, vermoedelijk omdat hij te veel van de wettekst afwijkt.[382]

Ook over het karakter van § 30a V AO, dat gaat over onderzoek in individuele gevallen, bestaat onenigheid tussen de Senaten van het BFH.[383] De ene Senaat kent het artikellid enkel een declaratoire betekenis toe, de andere leest er echter beperkingen voor de Steufa in. In de laatste lezing is deze op grond van § 208 I 3 AO weliswaar bevrijd van de verplichting eerst de belastingplichtige te benaderen, maar herleeft deze plicht bij banken op grond van § 30a V AO weer.[384] De uiteenlopende jurisprudentie op deze punten toont eveneens, hoe omstreden § 30a AO is.

Ook het gebruik van de gegevens is dus een punt van felle controversie. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft de wetgever herhaaldelijk gewezen op het feit dat fiscale gelijkheid en rechtvaardigheid niet alleen zien op een gelijke normatieve belastingplicht, maar ook op de handhaving ervan (Art. 3 GG).[385] Van regeringszijde zijn dan ook meerdere voorstellen gedaan met betrekking tot dit aspect van het bankgeheim. Die hebben het nooit gehaald.

---

379 Bank-interne rekeningen, zoals de zogenaamde *Conto-pro-Diverse-Konten* of *CpD-Konten*, vallen niet onder § 30a III AO. Dat zijn verzamelrekeningen, die vaak worden gebruikt wanneer een transactie nog niet aan een bepaalde rekeninghouder kan worden toegewezen. Omdat de fiscus vreesde dat de plicht tot *Legitimationsprüfung* omzeild zou worden, is in de AEAO bij § 154 AO bepaald dat het verboden is transacties te verrichten als men bij een bank reeds bekend is en daar een rekening houdt; hierover ook Müller-Brühl (1990), p. 66-68; Carl/Klos (1993), p. 42-44.

380 Vgl. de 1e Senaat van het BFH 4 september 2000, I B 17/00 = BFHE 192, 260 = BStBl II 2000, 648. Anders echter de 7e Senaat van het BFH 21 maart 2002, VII B 152/01.

381 BFH 18 februari 1997, VIII R 33/95 = BStBl. II 1997, 449.

382 Hierover Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30a AO, rn. 11a e.v.; Miebach (1999), p. 53 e.v.

383 Hierover Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30a AO, rn. 30 e.v.; Miebach, p. 57-59; vgl. ook BFH 4 september 2000, I B 17/00 = BFHE 192, 260 = BStBl II 2000, 648.

384 § 30a V AO is echter hoe dan ook een 'Soll-Vorschrift' en geen dwingend recht; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30a AO, rn. 36.

385 BVerfGE 84, 239 (271) (*Zinsurteil*); BVerfG, 2 BvL 17/02 van 9 maart 2004; BVerfG 22 maart 2005, 1 BvR 2357/04; BVerfG 19 april 2006, 2 BvR 300/06. Vgl. ook BFH 7 september 2005, VIII R 90/04.

> Het meest recente voorstel strekte ertoe § 30a helemaal af te schaffen en § 194 III AO ook in het bancaire domein onverkort toepasselijk te doen zijn. Bovendien werd voorgesteld § 45d EStG in die zin te verruimen, dat banken verplicht zouden worden jaarlijks alle *Kapitalerträge*, waaronder rente-inkomsten, aan het (toen nog) *Bundesamt für Finanzen* te melden.[386] Thans geldt die verplichting alleen wanneer de belastingplichtige, in dit geval de bankcliënt, een *Freistellungsantrag* (§ 44a EStG) heeft gedaan (§ 45d I EStG).[387] Het voorstel heeft het echter niet gehaald in het parlement.[388] Toch studeert de regering nog op de noodzaak van handhaving van § 30a AO.[389]

Tegenstanders van afschaffing laten zich evenmin onberoerd. Recent zijn er in een poging het bankgeheim te herstellen, c.q. te versterken voorstellen gedaan voor de introductie van een zogenaamde *Quellensteuer* van 25% *mit Abgeltungswirkung*.[390] Aldus zou er nog wel belasting over rente-inkomsten worden geheven, maar zou deze belasting zijn karakter van voorheffing verliezen. Daardoor zouden ook *Kontrollmaßnahmen* en *-Mitteilungen* overbodig worden. Dit alles vanuit de gedachte dat de positie van de *Finanzplatz Deutschland* moet worden versterkt. Dergelijke voorstellen verdragen zich evenwel slecht met de Spaarrenterichtlijn, waarin Duitsland zich heeft gecommitteerd aan een systeem van informatie-uitwisseling, en met de bredere, overigens vrij bescheiden EG-doelstellingen op fiscaal vlak.[391] Het tarief van 25% is bovendien op termijn lager dan dat van die richtlijn. Ze hebben mijns inziens weinig kans van slagen.

Kortom, over de positie van de bank als derde in het fiscale recht is het laatste woord nog niet gezegd. Hoewel een echt bankgeheim niet bestaat, met name niet bij de vergaring van gegevens bij banken, kent de Duitse fiscale praktijk wel degelijk beperkingen ten aanzien van bancaire gegevens. Het zal moeten worden afgewacht in welke richting de ontwikkelingen zullen lopen.

C) De bank(medewerker) als verdachte

Het is denkbaar dat de bank hetzij als derde, hetzij als *Beteiligte* (§ 78 AO) door het geven van inlichtingen zichzelf belast. Hoewel het Duitse recht doorgaans uitgaat van het principe van de gelijkwaardigheid van de fiscale en strafrechtelijke procedures en dat deze van elkaar moeten worden gescheiden,[392] wordt er in het fiscale onderzoek toch rekening mee gehouden dat dezelfde persoon in het strafrecht mogelijk een verdachte is of kan worden. In zoverre gaat de *Abgabenordnung* verder dan het *Bundesverfassungsgericht* in het *Gemeinschuldnerbeschluß* eiste.[393] Bovenden

386 Bundesrat Drucksache 866/02 van 28 november 2002, p. 62 (*Steuervergünstigungsabbaugesetz*).
387 In dat geval geldt het bankgeheim uiteraard niet; Klein/Orlopp (2003), § 30a AO, rn. 15.
388 Zie Bundestag Drucksache 15/287 van 10 januari 2003.
389 Bundestag Drucksache van 26 januari 2005, 15/4725.
390 Vgl. het voorstel voor een *Gesetz zur Reform der direkten Steuern*, Bundestag Drucksache 16/679 van 15 februari 2006; vgl. ook Bundestag Drucksache 15/5043 van 9 maart 2005.
391 *Supra* hoofdstuk 2.3.1.
392 *Supra* paragraaf 4.2.2.3.
393 *Supra* paragraaf 4.3.1.3.

maakt de *Abgabenordnung* geen onderscheid tussen rechts- en natuurlijke personen. Ook rechtspersonen kunnen zich op de bepalingen van de *Abgabenordnung* beroepen.

Het *nemo-tenetur*beginsel is *in fiscalibus* voor *Beteiligten* en derden verschillend geregeld. Derden komt een verschoningsrecht toe als er het gevaar bestaat dat zij zichzelf of een naaste door het antwoorden op een vraag aan een strafrechtelijke vervolging of Ordnungswidrigkeitenvervolging zouden blootstellen. De enkele mogelijkheid (*entfernte Möglichkeit*) van een vervolging is voldoende.[394] Ze moeten op dit recht vooraf worden gewezen (§ 103 AO). Er wordt geen onderscheid naar het type strafbaar feit of *Ordnungswidrigkeit* gemaakt. Het verschoningsrecht is niet beperkt tot bijvoorbeeld fiscale strafbare feiten.[395] Dat het fiscale ambtsgeheim aan verder informatiegebruik in de weg kan staan, is hier kennelijk niet relevant.[396]

> Het verschoningsrecht ziet niet alleen op inlichtingen (*Auskünfte*). Mag het geven van inlichtingen worden geweigerd, dan geldt dat ook voor het opstellen van een rapport (*Erstattung eines Gutachtens*) en het overleggen van documenten (*Urkunden*) of waardepapieren (§ 104 AO), tenzij het gaat om documenten die voor de *Beteiligte* werden bewaard en die de *Beteiligte* desgevraagd zelf had moeten verstrekken.

Heel anders is de situatie voor de *Beteiligte* en degenen die namens hem inlichtingenplichtig zijn. Hier moet wel worden onderscheiden tussen fiscale en commune delicten. Ter zake van de commune delicten is de belastingplichtige tot medewerking verplicht. Dat heeft te maken met het feit dat het voor de Duitse belastingwet niet uitmaakt of een gedraging een strafbaar feit oplevert of niet (§ 40 AO).[397] Ook over 'criminele' inkomsten wordt belasting geheven. De ratio hiervan is dat de eerlijke belastingbetaler in ieder geval niet slechter af mag zijn dan de oneerlijke.[398] Een *Beteiligte* blijft in de fiscale procedure dus verplicht informatie te verstrekken, ook al brengt hij daarmee zelfincriminerende informatie naar buiten.[399] Een overgrote meerderheid van de auteurs ziet hierin op zich geen grondwettelijke problemen. De informatie wordt immers verstrekt aan de Belastingdienst en die is niet belast met de opsporing van strafbare feiten, maar met de belastingheffing. Het fiscale ambtsgeheim (§ 30 en 393 II AO) biedt in zoverre een belangrijke waarborg.

Het fiscale ambtsgeheim biedt echter maar deels bescherming. Het laat allereerst soms toch de verstrekking van informatie aan opsporingsinstanties toe. Ik kom daarop nog terug bij de bespreking van dat ambtsgeheim.[400] Belangrijker is hier dat het de *Beteiligte* niet beschermt tegen een vervolging voor een *Steuerstraftat* en/of een

---

394 Daarover Tipke/Kruse (1999), § 103 AO, rn. 10; Klein (2003), § 103 AO, rn. 2, onder verwijzing naar relevante rechtspraak.
395 Tipke/Kruse (1999), § 103 AO, rn. 7.
396 Klein (2003), § 103 AO, rn. 2.
397 Daarover Wulf (2006), p. 89 e.v.
398 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 393 AO, rn. 5.
399 Vgl. BVerfG 21 april 1988, wistra 1988, p. 302.
400 *Infra* paragraaf 4.4.2.1 en 4.4.3.

Steuerordnungswidrigkeit. De verantwoordelijkheid daarvoor rust immers (deels) bij de Belastingdienst, terwijl de verschillende onderdelen van de Belastingdienst, bijvoorbeeld het *Finanzamt* en de Steufa, vrijelijk informatie kunnen uitwisselen. Voor een *Steuerstraftat* of een *Steuerordnungswidrigkeit* blijft een medewerkingsplicht *in fiscalibus* bestaan. Tegelijkertijd is men echter in de strafrechtelijke procedure die gelijktijdig aanhangig kan zijn of later kan volgen (§ 393 AO staat dat immers principieel toe) niet tot medewerking verplicht. Zo zou het strafrechtelijke zwijgrecht van de betrokkene eenvoudig kunnen worden uitgehold. Om die reden bevat § 393 AO een aantal aanvullende voorzieningen die nu aan de orde komen.

4.3.3.2 Sfeerovergang en sfeercumulatie

Ook het Duitse recht kent verschillende momenten van sfeerovergang. Een aantal maal werd in het voorgaande § 393 AO genoemd, waarin niet alleen de gelijke rang van het *Besteuerungs*- en *Steuerstrafverfahren* is geregeld, maar waarin ook voorzieningen met betrekking tot het *nemo-tenetur*beginsel zijn opgenomen. Het *nemo-tenetur*-beginsel relativeert in het Duitse recht op verschillende manieren de volle werking van de fiscale medewerkingsplichten. Deze kunnen de vorm hebben van spontane plichten (aangifteplichten) of desgevraagde (inlichtingen- en inzagevorderingen). Ter zake van de aangifteplicht gelden geen bijzondere voorzieningen met betrekking tot *nemo tenetur*. De betrokkene blijft in beginsel tot aangifte verplicht, ook als hij zich daardoor met een fiscaal delict dreigt te belasten. Dat kan worden verklaard door het feit dat de wet een mogelijkheid van inkeer ter zake van fiscale delicten biedt; het alsnog doen van juiste en volledige aangifte levert een persoonlijke strafuitsluitingsgrond op (§ 371 AO).[401]

> In sommige gevallen accepteert het *Bundesgerichtshof* bovendien dat de belastingplichtige die zichzelf gedwongen met een fiscaal delict moet belasten, straffeloos het doen van aangifte mag uitstellen (niet: afstellen). In die gevallen moet sprake zijn van een onoplosbaar conflict van plichten en mag fiscale inkeer (§ 371 AO) niet meer mogelijk zijn. Het hof overwoog: 'Zwar regelt § 393 Abs. 1 AO, daß der Einsatz von Zwangsmitteln unzulässig ist, soweit der Steuerpflichtige eigene *Steuerstraftaten* offenbaren müßte, was in bestimmten Fällen sogar dazu führt, daß die Pflicht zur Abgabe von Steuererklärungen suspendiert ist (vgl. BGHSt 47, 8, 12; (…)). Soweit der Steuerpflichtige mit einer wahrheitsgemäßen Erklärung *allgemeine Straftaten* offenbart, ist er durch das Steuergeheimnis (§ 30 AO) sowie das in § 393 Abs. 2 AO [die hieronder in paragraaf 4.4.3 en 4.4.2.1 aan de orde komen, ML] normierte begrenzte strafrechtliche Verwertungsverbot geschützt (vgl. BVerfGE 56, 37, 47)[402] [mijn cursiveringen, ML].'[403]

---

401 Klein (2003), § 371, rn. 5.
402 *Supra* noot 269.
403 BGH 5 mei 2004, 5 StR 139/03, wistra 2004, 391; hierover ook BGH 10 januari 2002, 5 StR 452/01 en BGHSt 47, 8.

DUITSLAND

Voor de inlichtingen- en informatievorderingen van de fiscus biedt § 393 I AO uitkomst. Dit artikellid brengt mee dat, ondanks het feit dat er voor de belastingplichtige *in fiscalibus* een medewerkingsplicht blijft bestaan, van hem niet meer mag worden verlangd dat hij nog meewerkt door hetzij het geven van inlichtingen, hetzij het overleggen van stukken, als hij zichzelf met een *Steuerstraftat* of *Steuerordnungswidrigkeit* dreigt te belasten of al heeft belast. Dit is in ieder geval zo vanaf het moment dat de strafprocedure[404] tegen hem is ingeleid, maar het kan ook al daarvoor, als de autoriteiten nog niet voornemens zijn zo'n procedure te starten of zelfs nog geen idee hebben van een fiscaal strafbaar feit. Ook in die situatie komt de afdwingbaarheid van de medewerkingsplicht te vervallen, hoewel de belastingplichtige in dat geval zelf zal moeten bedenken dat hij zichzelf mogelijk beschuldigt. Dat laat onverlet dat een verdere weigering om mee te werken de aandacht zal wekken van de autoriteiten en een aanleiding kan zijn voor verder onderzoek.[405]

> § 393 AO luidt als volgt: '(1) Die Rechte und Pflichten der Steuerpflichtigen und der Finanzbehörde im Besteuerungsverfahren und im Strafverfahren richten sich nach den für das jeweilige Verfahren geltenden Vorschriften. Im Besteuerungsverfahren sind jedoch Zwangsmittel (§ 328) gegen den Steuerpflichtigen unzulässig, wenn er dadurch gezwungen würde, sich selbst wegen einer von ihm begangenen Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit zu belasten. Dies gilt stets, soweit gegen ihn wegen einer solchen Tat das Strafverfahren eingeleitet worden ist. Der Steuerpflichtige ist hierüber zu belehren, soweit dazu Anlass besteht. (2) Soweit der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen diese Kenntnisse gegen ihn nicht für die Verfolgung einer Tat verwendet werden, die keine Steuerstraftat ist. Dies gilt nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse (§ 30 Abs. 4 Nr. 5) besteht.'

Hoewel § 393 AO onder de strafprocessuele voorschriften is geplaatst, kan het artikel niet worden beschouwd als strafrecht *pur sang*.[406] Het regelt immers de verhouding tussen fiscaal recht en fiscaal strafrecht en behoort daarom net zo goed tot het fiscale recht. § 393 AO kent de verdachte ook geen strafrechtelijk zwijgrecht toe. Dat is al geregeld in § 136 StPO. Het regelt de verhouding tussen de procedures: die bestaan onafhankelijk van elkaar, zij het dat de fiscale medewerkingsplicht (vgl. § 90 en § 200 AO) niet kan worden afgedwongen, als er een strafrechtelijk onderzoek loopt. Dat wil niet zeggen dat die medewerkingsplicht niet blijft bestaan.

---

404 Hetzelfde geldt voor het *Bußgeldverfahren*, hoewel dat er niet met zoveel woorden staat.

405 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 393 AO, rn. 99; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 393 AO, rn. 27 en 34; Klein (2003), § 393 AO, rn. 6. Ruegenberg (2001), p. 149-150, stelt zich op het tegengestelde standpunt.

406 Het BFH, 23 januari 2002, XI R 10, 11/01; XI R 10/01; XI R 11/01, deelt die mening niet.

Een schatting van de belastingschuld blijft onverkort mogelijk (§ 162 AO).[407] Dat wordt niet in strijd geacht met het *nemo-tenetur*beginsel.[408] De schatting als zodanig moet wel redelijk zijn. Ze mag niet buitensporig hoog zijn, omdat men medewerking heeft geweigerd.[409]

Voor een effectieve werking van § 393 AO is dus van belang dat de betrokkene weet welke hoedanigheden de fiscus hem toekent en vooral vanaf welk moment dat gebeurt. Het moment waarop de strafprocedure moet worden ingeleid, is te vinden in § 397 AO.[410] § 397 AO knoopt niet aan bij het verdachte-, maar bij het beschuldigdebegrip. Een *Beschuldigte* is, tautologisch, een verdachte tegen wie ook een procedure als beschuldigde is ingeleid.[411]

> Het artikel vooronderstelt een *Anfangsverdacht* (§ 152 StPO) en daarnaast een maatregel van een bevoegde autoriteit die hetzij expliciet (door een daarop gerichte wilsverklaring), hetzij impliciet (bijvoorbeeld door het verrichten van een typisch strafrechtelijke handeling) erop wijst (en wijzen kan) dat een strafrechtelijke procedure is gestart. De maatregel moet objectief en naar buiten kenbaar een strafrechtelijke toonzetting hebben.[412] Het is echter niet nodig dat zo'n maatregel externe werking heeft. Ook interne maatregelen kunnen het *Strafverfahren* inleiden.[413] Het is evenmin nodig dat de *Beschuldigte* van de maatregelen op de hoogte is; zo kunnen heimelijke opsporingsmethoden ook de strafprocedure inleiden. Een maatregel als bedoeld in § 397 I AO is er echter niet als het onderzoek is gericht op een onbekende.[414]

§ 393 en § 397 AO en ook § 136 (en 163) StPO schrijven allemaal voor dat de *Beschuldigte* op zijn rechten moet worden gewezen (*Belehrung*). Pas vanaf het moment dat de belastingplichtige in kennis is gesteld van het feit dat tegen hem een strafprocedure loopt (§ 397 III AO), dat dwangmiddelen in een parallele fiscale procedure niet afdwingbaar zijn (§ 393 I 4 AO) en dat hij in de strafprocedure een zwijgrecht heeft (§ 136 StPO), kunnen gegevens en inlichtingen – uitzonderingen als misleiding daargelaten – vrijelijk in de strafprocedure worden gebruikt. Ze werden dan immers niet meer onder dwang verkregen.

---

407 BFH 19 november 2001, XI B 6/01.

408 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 393 AO, rn. 74; kritisch hierover: Kohlmann (1995).

409 Klein (2003) § 393, rn. 12; Kohlmann (1995).

410 Het artikel werd hierboven in paragraaf 4.2.3.2 aangehaald.

411 Meyer-Goßner (2005), Einl., rn. 76; Beulke (2002), p. 54-56.

412 Klein (2003), § 397, rn. 9; zie ook *supra* paragraaf 4.2.2.3, onder B en de daarin vermelde rechtspraak.

413 De afgifte van documenten aan de BuStra is niet een dergelijke maatregel, omdat daarmee nog niet vaststaat dat het echt tot maatregelen zal komen; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 397 AO, rn. 66. Anders is het met de *Abgabe* in de zin van art. 386 IV AO; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 397 AO, rn. 75. Vgl. ook Klein (2003), § 397, rn. 12.

414 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 397 AO, rn. 65.

DUITSLAND

Zeer omstreden is de vraag wat er dient te gebeuren wanneer die *Belehrung* achterwege werd gelaten.[415] Inmiddels is daarover door een aantal uitspraken van het *Bundesgerichtshof* duidelijkheid gebracht.[416] Het achterwege laten van de *Belehrung* levert in het strafproces een *Verwertungsverbot* op, maar niet in de fiscale procedure.[417]

4.3.3.3 Het (fiscale) opsporingsonderzoek

De fiscus vervult naast fiscale ook strafrechtelijke taken die moeten worden opgenomen vanaf het moment dat een *Anfangsverdacht* (§ 152 II StPO) voorligt. Vanaf dat moment beschikt hij ook over strafvorderlijke bevoegdheden. Deze kunnen hard van pas komen, zeker nadat de afdwingbaarheid van de fiscale medewerkingsplichten is komen te vervallen. In het onderstaande bespreek ik alleen die bevoegdheden die van direct belang zijn voor bancaire informatie. Het doel daarvan is te bekijken waaruit die bevoegdheden zijn opgebouwd. Uit welke bouwstenen bestaan ze? Het antwoord op die vraag is ook van belang voor de internationale samenwerking. Ik bespreek de bevoegdheden van de fiscus en het OM samen.

Een bespreking van de vrijheidsbenemende dwangmiddelen en dwangmiddelen die een inbreuk maken op de lichamelijke integriteit blijven achterwege, ook al kunnen deze middelen er (soms) op zijn gericht zoekmaking van (bancair) bewijsmateriaal te voorkomen. Ook (heimelijke) opsporingmethoden die zich richten op het wel en wee van personen – bijvoorbeeld een observatie – of op goederen(stromen) laat ik, net als de inzet van undercoveragenten, en informanten en infiltranten buiten beschouwing.

De Duitse constitutie stelt de nodige eisen aan de strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden, zoals ze dit overigens doet voor alle onderzoeksbevoegdheden die inbreuk maken op grondrechten. Dat heeft niet alleen te maken met het ruime *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* en Art. 19 IV GG, maar ook met bijvoorbeeld het *Richtervorbehalt* in geval inbreuken op Art. 13 GG worden gemaakt of met Art. 10 GG dat het *Fernmeldegeheimnis* omvat.[418] Dergelijke maatregelen mogen alleen met inachtneming van de *Verhältnismäßigkeitgrundsatz* op abstract (wetgevend) en concreet (uitvoerend) niveau worden genomen.[419] Hoewel het strafvorderlijke doel al enige indicaties meebrengt voor de ernst van het feit en aldus suggereerst dat meer mogelijk is (vgl. § 46 OWiG), kent het Duitse strafprocesrecht nog talloze verdere uitwerkingen van het evenredigheidsbeginsel. Het eerste voorbeeld daarvan

415 Hierover onder meer Kohlmann (1995).
416 BGH 16 juni 2005, 5 StR 118/05 (LG Lübeck), wistra 2005, 381.
417 BFH 23 januari 2002, wistra 2002, 270. Zie verder Eidam (2006).
418 Meyer-Goßner (2005), Vor § 94, rn. 1.
419 Vgl BVerfG 13 december 1994, 2BvR 894/94, wistra 1995, p. 139 = NJW 1995, 2839 (*Dresdner Bank II*); BVerfG 5 december 2005, 2 BvR 372/05; BVerfG 3 juli 2006, 2 BvR 2030/04; BVerfG 4 juli 2006, 2 BvR 950/05.

is de voor veel dwangmiddelen vereiste tussenkomst (machtiging) van de *Ermittlungsrichter*. Afgezien daarvan kan er in het bijzonder ook worden gewezen op:

1. (Opnieuw) het verdenkingsvereiste (ditmaal niet als *Prozeßvoraussetzung*) dat voor sommige dwangmiddelen nog is verzwaard. Niet altijd volstaat de *Anfangsverdacht*. Soms is een *hinreichender* of zelfs *dringender Tatverdacht* nodig.[420]
2. Eisen aan de mate van waarschijnlijkheid dat met de toe te passen maatregel het beoogde resultaat wordt bereikt (vgl. § 102 met 103 StPO).[421]
3. Het feit dat sommige dwangmiddelen eerder zijn toegestaan tegen verdachten dan tegen derden. Dat is bijvoorbeeld zo bij de doorzoeking (vgl. opnieuw § 102 en 103 StPO).
4. Het feit dat sommige dwangmiddelen alleen mogelijk zijn voor bepaalde strafbare feiten. In die gevallen werkt men met zogenaamde *Tatbestandskataloge* (vgl. § 100a StPO).
5. Voorschriften over het gebruik nadien van de vergaarde gegevens (vgl. § 108 StPO, dat ter zake weinig beperkingen stelt, met § 100b V StPO).
6. Wettelijke uitwerkingen van het subsidiariteitsvereiste die voorschrijven dat men zich eerst tot de verdachte moet wenden of die bepalen dat men eerst de toepassing van lichtere bevoegdheden moet hebben overwogen. Ook van de laatste kent het Duitse recht vele voorbeelden.

Naast deze uitwerkingen van de evenredigheid op abstract niveau, moet er ook op concreet niveau aan zijn voldaan. Dat dit in een (heel) enkel geval nog wel eens fout gaat, bewijst EHRM 28 april 2005, waarin in een *Ordnungswidrigkeitenverfahren* dwangmiddelen die wettelijk ter beschikking stonden werden toegepast, maar waarin deze toepassing in strijd kwam met art. 8 EVRM, omdat ze niet in verhouding stonden tot het strafbare feit.[422]

A) Zelfstandige bevoegdheden
Wanneer de fiscus (BuStra) de fiscale strafvervolging in eigen hand heeft (§ 386 II AO), komen hem de rechten en plichten toe die het OM in het *Ermittlungsverfahren* toekomen (§ 399 I AO). Het gaat in het bijzonder om de volgende bevoegdheden:

1. het horen van de *Beschuldigte* (§ 163a StPO);
2. het horen van getuigen en deskundigen (§ 163a StPO);
3. de toepassing van (dwang)middelen met tussenkomst van de onderzoeksrechter (§ 162 StPO);
4. andere onderzoeksmaatregelen, waaronder die genoemd in § 161 StPO.

Ad 4. De laatste bevoegdheid is een restclausule (*Generalklausel*) die in aanmerking komt als er geen specifieke bevoegdheden voorhanden zijn. Ze laat beperkte grond-

420 Uitvoerig: Schulz (2001), p. 566 e.v.
421 Daarover Meyer-Goßner (2005), § 102, rn. 2.
422 EHRM 28 april 2005, nr. 41604/98 (*Buck/Duitsland*).

rechtsinbreuken, zoals een kortstondige observatie, toe.[423] § 161 StPO is in het bijzonder geschikt voor het opvragen van informatie bij andere autoriteiten (*Behörden*). Deze zijn verplicht de informatie te verschaffen, zelfs wanneer het materiaal nog moet worden verzameld.[424] Het kan echter zijn dat een ambtsgeheim of de *Bundesdatenschutzgesetz* aan verstrekking in de weg staat.[425] § 161 StPO mag bovendien niet worden gebruik om documenten op te vragen die op basis van § 97 StPO (inbeslagname) niet hadden mogen worden verstrekt.[426]

Ad 1. Het verhoor van de *Beschuldigte* is geregeld in de §§ 133-136a StPO (voor de rechter) en in § 163a StPO (voor het OM/BuStra en de politie/Steufa). Onder een verhoor verstaat het *Bundesgerichtshof* de 'Befragung, die von einem Staatsorgan in amtlicher Funktion mit dem Ziel der Gewinnung einer Aussage durchgeführt wird.'[427] Het vindt plaats op schriftelijke uitnodiging (§ 133 j° 163a III StPO). De beschuldigde is verplicht te verschijnen (§ 163 III StPO).[428] Hij hoeft echter niet te antwoorden, omdat hij een zwijgrecht heeft (§ 136 I StPO).

> De consequentie van het niet-geven van de cautie is naar de heersende leer dat een verklaring in ieder geval niet mag worden gebruikt, zo lang niet van de bekendheid van de beschuldigde met zijn zwijgrecht kan worden uitgegaan.[429] Dwang, misleiding en andere *verbotene Vernehmungsmethoden* zijn hoe dan ook verboden (§ 136a StPO).

Ad 2. Ook getuigen en deskundigen zijn verplicht voor de *Staatsanwaltschaft* te verschijnen als ze daartoe worden opgeroepen (§ 161a I StPO).[430] Het verhoor vindt niet plaats onder ede; dat is voorbehouden aan de rechter. Afgezien van deze beperking zijn de relevante bepalingen over het getuigenverhoor door de rechter (§ 48-72 StPO) van overeenkomstige toepassing op het verhoor door het OM (§ 161a I StPO). Dat betekent ook dat verschoningsgerechtigden hun verschoningsrecht kunnen inroepen (§ 52-56 StPO). Het professionele verschoningsrecht is

423 Meyer-Goßner (2005), § 161, rn. 1.
424 Bij weigering kan een verhoor (*Vernehmung*) worden afgedwongen (161a StPO) of een doorzoeking of inbeslagname.
425 Bijvoorbeeld § 30 AO: Rudolphi e.a. (1999), § 161 StPO, rn. 32-34; Meyer-Goßner (2005), § 161, rn. 5.
426 Meyer-Goßner (2005), § 161, rn. 1a.
427 BGHSt 42, 139, 145, waarover Beulke (2002), p. 57.
428 Ten laatste voor het afsluiten van het opsporingsonderzoek moet hij worden verhoord, tenzij het niet tot verdere vervolging komt. In lichte zaken volstaat een schriftelijke reactie (163a I StPO).
429 Beulke (2002), p. 58-59.
430 Bij ongerechtvaardigd niet-verschijnen of ongerechtvaardigd weigeren te antwoorden, kan een plicht ontstaan de kosten te vergoeden en zogenaamd *Ordnungsgeld* te betalen of – indien dat niet mogelijk is – *Ordnungshaft* door de rechter worden bevolen, danwel een voorgeleiding onder dwang (§§ 51, 70 en 77 StPO).

geregeld in § 53 StPO. Banken komt zo'n recht niet toe.[431] De getuigplicht geldt ook voor overheidsdiensten.[432]

> § 54 StPO voorziet voor ambtenaren (*Beamten*) in een regeling in geval van conflicten met *öffentliche Geheimhaltungsinteressen*. Het artikel creëert een *Beweiserhebungsverbot*.[433] De ambtenaar moet dan toestemming hebben van zijn meerdere, die op grond van § 62 I BBG en § 39 III BRRG alleen toestemming mag weigeren 'wenn die Aussage dem Wohle des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernstlich gefährden oder erheblich erschweren würde.' *Amtlich bekanntgewordene Privatgeheimnisse* worden overigens door het ambtsgeheim (bijv. § 30 AO) beschermd.[434] Dat geldt dus ook in rechte. Daarop ziet § 54 StPO niet.

Ad 3. Het OM kan naast de uitoefening van de eigen bevoegdheden – al dan niet uitgevoerd door de politie (§ 161 I StPO) – ook een verzoek bij het *Amtsgericht* (*Ermittlungsrichter*) indienen om bepaalde onderzoekshandelingen te verrichten (§ 162 StPO), danwel tot toepassing van bepaalde maatregelen te machtigen.[435] Deze bevoegdheid komt toe aan het OM en *in fiscalibus* aan de BuStra, als deze het onderzoek leidt. De Steufa is niet bevoegd.[436] Om welke handelingen gaat het?

Ad 3a. Van zeer groot belang zijn allereerst de inbeslagnemingsbevoegdheid (*Beschlagnahme*) en de daaraan gekoppelde uitleveringsvordering (*Herausgabepflicht*) (§ 94 en 95 StPO). Ze mogen in beginsel alleen worden uitgevaardigd (*angeordnet*) door de onderzoeksrechter (§ 98 StPO).[437] De feitelijke uitvoering ligt doorgaans in handen van het OM. Het doel van deze maatregelen is het zekerstellen van (potentiële) bewijsmiddelen (§ 94 StPO), maar ze kunnen ook worden gebruikt voor het veiligstellen van voorwerpen en vermogenswaarden met het oog op een latere *Verfall* of *Einziehung* (§§ 111b e.v. StPO).[438] De uitleveringsvordering is afdwingbaar met een *Ordnungsgeld* of *Ordnungshaft* (§ 95 II 2 StPO).

---

431 Meyer-Goßner (2005), § 53 StPO, rn. 3. *Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute* kunnen soms wel het professionele verschoningsrecht van 55 StPO inroepen; daarover Streck (1996), p. 168-169; Müller-Brühl (1990), p. 204.

432 RiStBV Nrs. 66 en 68.

433 Meyer-Goßner (2005), § 54 StPO, rn. 2.

434 Meyer-Goßner (2005), § 54 StPO, rn. 1.

435 *Supra* paragraaf 4.2.3.4. Het OM mag om de handelingen verzoeken tot aan het einde van het *Ermittlungsverfahren*; Meyer-Goßner (2005), § 162, rn. 16. Daarna gaan ze over op de rechter in eerste aanleg.

436 Löwe/Rosenberg, § 98, rn. 14; Klein (2003), § 399 AO, rn. 27; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 399 AO, rn. 17; Rieß (1991), p. 514.

437 In spoedeisende gevallen hebben, net als bij de hieronder nog te bespreken andere strafvorderlijke bevoegdheden, het OM en vaak ook zijn *Hilfsbeamten* wel een inbeslagnemingsbevoegdheid (§ 98 I StPO). In dat geval zal de ER die maatregel vaak moeten bekrachtigen.

438 Beulke (2002), p. 125.

DUITSLAND

> Een drietal categorieën personen is niet verplicht aan de uitleveringsvordering te voldoen. Dat geldt niet alleen voor het commune, maar ook voor het 'bijzondere' Duitse strafrecht. Zo is er in de eerste plaats de verdachte zelf.[439] Dat hangt natuurlijk samen met het *nemo-tenetur*beginsel, dat hier dus uitdrukkelijk ook betrekking heeft op schriftelijk materiaal.[440] Daarnaast zijn ook professioneel verschoningsgerechtigden, waaronder banken overigens niet vallen, niet verplicht aan zo'n vordering te voldoen. In principe mogen zich bij hen bevindende voorwerpen ook niet in beslag worden genomen (§ 97 StPO). Ten derde kan wanneer om ambtelijke stukken wordt gevraagd een zogenaamde *Sperrerklärung* worden afgewezen door de *oberste Dienstbehörde* van de dienst, wanneer het bekend worden van de informatie het welzijn van de bond of dat van een deelstaat schade zou berokkenen (§ 96 StPO) (vgl. ook § 54 StPO).[441]

Ad 3b. Een doorzoekingsbevoegdheid (*Durchsuchung*) is geregeld in de §§ 102-110 StPO. Daarbij gaat het om het zoeken naar personen, bewijsmiddelen (§ 102 en § 103 StPO) en om zaken die als *Einziehungs-* en *Verfallsobjekte* in aanmerking komen (§ 111a StPO). Het objekt van de doorzoeking kan een woning of een andere ruimte zijn, maar ook een persoon of een roerende zaak (inclusief computers). Bevoegd tot het bevel tot doorzoeking is de onderzoeksrechter op vordering van het OM (§ 105 StPO). Deze of de *Staatsanwalt* zal in de regel bij de doorzoeking van ruimtes aanwezig zijn. Lukt dat niet, dan zullen waarnemers (*Durchsuchungszeugen*) moeten worden besteld (§ 105 II StPO). Voor het doorzien van documenten (*Papiere*) gelden aanvullende eisen (§ 110 StPO).

> Het begrip 'Papiere' wordt ruim uitgelegd. Het omvat ook andere gegevensdragers, zoals computers.[442] Het doel van § 110 is het OM in staat te stellen om documenten op hun inhoud te beoordelen en, bij gebleken relevantie, de inbeslagneming daarvan door de rechter te laten uitvaardigen. De bevoegdheid komt toe aan het OM/BuStra. Ook de Steufa is bevoegd (§ 404 S 2 AO). Totdat de papieren zijn doorzien, moeten ze worden verzegeld.[443] Het doorzien zelf is nog geen inbeslagneming. Er staat geen afzonderlijk rechtsmiddel tegen open. Ze maakt echter deel uit van een doorzoeking, waar wel bescherming tegen kan worden gezocht.

Voor een doorzoeking bij een verdachte[444] gelden lichtere eisen dan bij een doorzoeking bij een derde. Bij de verdachte is een doorzoeking van een woning of andere ruimtes of van zijn persoon en door hem meegevoerde zaken mogelijk met het oog op zijn aanhouding (*Ergreifung*) of het vinden van bewijsmiddelen (*Auffindung von Beweismitteln*) (§ 102 StPO). Bij derden zijn doorzoekingen alleen toelaat-

439 Meyer-Goßner (2005), § 95 StPO, rn. 5.
440 Daarover *supra* paragraaf 4.3.1.3.
441 Beulke (2002), p. 126-127.
442 Meyer-Goßner (2005), § 110, rn. 1.
443 Meyer-Goßner (2005), § 110, rn. 5.
444 Artikel 102 StPO formuleert het als volgt: 'Bei dem, welcher als Täter oder Teilnehmer einer Straftat oder der Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig ist (…).'

baar ter aanhouding (*Ergreifung*) van de *Beschuldigte*, het volgen van sporen (*Verfolgung von Spuren*) of ter inbeslagname van voorwerpen (*Gegenstände*) (§ 103 StPO). Bovendien koppelen § 102 en 103 StPO de toelaatbaarheid van de doorzoeking aan verschillende verdenkingseisen. Bij een doorzoeking op grond van § 102 StPO (verdachten) moet kunnen worden vermoed dat de doorzoeking tot de hierboven omschreven doeleinden leiden kan.[445] Bij § 103 StPO (derden) gelden echter zwaardere eisen. Daar moet uit feiten blijken dat de gezochte persoon, het spoor of het voorwerp zich in de te doorzoeken ruimtes bevinden.[446]

> Voor beide artikelen geldt dat een doorzoeking nooit is toegestaan wanneer deze tot doel heeft strafbare feiten te achterhalen (*Ausforschungsdurchsuchung*).[447] Een doorzoeking mag niet plaatsvinden met het eigenlijke doel de handel en wandel van nog onbekende derden te onderzoeken.[448] *Ermittlungen ins Blaue hinein* zijn evenmin toegestaan. Zo kan de Steufa bijvoorbeeld een doorzoeking niet gebruiken voor een *Rasterfahndung*.[449] Het gaat hier om een absolute ondergrens bij doorzoekingen. Bij de beoordeling van de vraag of een doorzoeking niet feitelijk neerkomt op zo'n onderzoek in het luchtledige gebruikt men meerdere criteria. Het gaat in het bijzonder om het aantal gevallen, om de concrete link met de strafzaak en de verdachte en om de ernst van de gevallen (*Erheblichkeitsschwelle*).[450] De verdachte hoeft echter nog geen beschuldigde te zijn; de verdenking hoeft zich nog niet zo ver te hebben geconcretiseerd dat de beschuldigdestatus moet worden aangenomen. Integendeel, de doorzoeking mag gericht zijn op de vaststelling daarvan.[451] In het fiscale strafrecht zal de verdachte met het uitvoeren van de doorzoeking overigens wel beschuldigde worden (vgl. § 397 AO).[452]

Intussen is in het bancaire domein van belang dat banken zelf geen verdachte in een strafprocedure kunnen zijn. Het Duitse strafrecht kent, anders dan het *Ordnungswidrigkeitenrecht*, geen strafbaarheid van rechtspersonen. Dat brengt echter niet mee dat een doorzoeking bij banken alleen maar mogelijk is op grond van § 103 StPO.[453] Er is een fel bediscussieerde praktijk ontstaan waarin op de voet van § 102 StPO toch doorzoekingen bij banken worden verricht. Bankmedewerkers kunnen namelijk wél strafbare feiten plegen, bijvoorbeeld behulpzaam zijn bij strafbare belastingontduiking (*Beihilfe zur Steuerhinterziehung*).

---

445 Meyer-Goßner (2005), § 102 StPO, rn. 2.
446 Hierover Huhmann (2002), p. 168-169; Beulke (2002), p. 130.
447 Meyer-Goßner (2005), § 102 StPO, rn. 2.
448 BVerfGE 20, 162, 192. Iets anders is dat er nog niet *per se* een bekende verdachte hoeft te zijn om een doorzoeking te kunnen uitvoeren. Dat is dan mogelijk op grond van § 103 StPO.
449 Vgl. BFH 25 juli 2000, VII B 28/99 =BFHE 192, 44 = BStBl II 2000, 643.
450 BFH 25 juli 2000, VII B 28/99 =BFHE 192, 44 = BStBl II 2000, 643.
451 Meyer-Goßner (2005), § 102, rn. 3.
452 *Supra* paragraaf 4.3.3.2.
453 Vgl. Meyer-Goßner (2005), § 103, rn. 1; Klein (2003), § 399, rn. 61.

> Dat was bijvoorbeeld de situatie in de zogenaamde Dresdner Bank strafzaak. Daarin ging het over het betalingsverkeer van en naar Luxemburg van twee met naam en toenaam bekende cliënten dat, met medewerking van meerdere bankmedewerkers, verliep over bankinterne rekeningen in plaats van over de rekeningen van de cliënten zelf. Deze feiten leverden een vermoeden op van fiscale fraude, ook jegens de bankmedewerkers. Er waren bovendien concrete aanwijzingen dat het hier niet om een incident ging, maar dat deze gang van zaken binnen de bank op grotere schaal toepassing vond. Het *Bundesverfassungsgericht* achtte in dit geval een (zeer) ruim geformuleerd doorzoekingsbevel mogelijk (*in casu* werden zelfs 40.000 stukken in beslag genomen), omdat 'die bis zum Erlaß der Durchsuchungsbeschlüsse ermittelten Tatsachen den Verdacht begründen, im Betrieb der [Dresdner Bank, ML] sei systematisch Beihilfe zur Steuerhinterziehung geleistet worden (…).'[454] In dit soort gevallen staat de Duitse rechter ook doorzoekingen toe van andere lokalen, dan die waartoe die medewerkers toegang hebben. Bovendien kan zo'n doorzoeking betrekking hebben op andere dan verdachte cliënten.

De ontstane praktijk heeft geleid tot het verwijt dat een verdenking jegens een medewerker en individuele bankcliënten wordt uitgebreid tot een *Systemverdacht*; *Ermittlungen ins Blaue hinein* zouden toch mogen worden doorgevoerd. De overheid zou gelegitimeerd op zoek mogen naar de *gezielte Zufallsfunde*.[455] Het *Bundesverfassungsgericht* deelt die opvatting als gezegd niet: het is 'gerade eines der Ziele des Ermittlungsverfahrens (…), Namen und Anschriften solcher Bankkunden zu ermitteln, denen (…) das System der Beschwerdeführerin [klaagster – de bank, ML] zum anonymen Geldtransfer dienstbar gemacht worden sein sollte und die sich dessen bedient haben könnten.'[456]

Ook ten aanzien van het verdere gebruik van met een doorzoeking verkregen materiaal bevat de strafvordering enige voorschriften. Strenge eisen worden niet gesteld. § 108 StPO eist dat voorwerpen die in het kader van een doorzoeking worden aangetroffen en op een ander strafbaar feit duiden, ook in beslag moeten worden genomen (*Zufallsfunde*). Dat hangt samen met het legaliteitsbeginsel en geldt daarom ook voor de fiscus als deze op niet met fiscale feiten verwante commune delicten stuit.[457] De problematiek van de toevallige vondst speelt juist in het bankdomein, want als er sprake is van een *Systemverdacht* en dientengevolge talloze bankdocumenten in beslag mogen worden genomen, zullen allerhande nieuwe verdenkingen kunnen rijzen. Het *Bundesverfassungsgericht* acht dit toelaatbaar.[458] De beperking die het hof aanbrengt is dat dat niet van meet af aan het doel van de doorzoeking mag zijn geweest. Om deze reden bepleit Huhmann een zeer strikte

454 BVerfG 23 maart 1994, BvR 396/94, NJW 1994, p. 2079 (*Dresdner Bank I*).
455 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 399 AO, rn. 24-25; Huhmann (2002), p. 173 e.v.; Klein (2003), § 399, rn. 60.
456 BVerfG 13 december 1994, 2BvR 894/94, wistra 1994, p. 139 = NJW 1995, 2839 (*Dresdner Bank II*).
457 Klein (2003), § 399, rn. 50 e.v.; Meyer-Goßner (2005), rn. 6.
458 BVerfG 1 maart 2002, 2BvR 972/00.

toepassing van § 108 StPO.[459] In alle gevallen waarin er geen sprake is van een zgn. '*echte Zufallsfunde*'[460] mogen documenten die in beslag zijn genomen, zijn inziens alleen worden gebruikt tegen de persoon tegen wie de onderzoeksmaatregel was gericht.[461]

Ad 3c. Naast de doorzoeking en inbeslagneming is er verder nog de *Rasterfahndung* (98a StPO). Hieronder wordt de geautomatiseerde vergelijking van persoonsgegevens verstaan tussen bepaalde, vermoedelijk op de dader van toepassing zijnde kenmerken en gegevens, die door andere (publiek- en privaatrechtelijke) instanties voor andere doeleinden dan de strafrechtspleging werden verzameld.[462] Daarmee kan een personenkring worden vastgesteld, die aan het verdachtenprofiel voldoet.[463] *Negative Rasterfahdnung* wil personen van die groep uitsluiten; *positive Fahndung* beoogt het tegendeel. Een handmatige vergelijking van bestanden valt onder de §§ 161 en 163 StPO en niet onder § 98a StPO.[464]

De *Rasterfahdung* wordt zo ingrijpend geacht dat ze alleen mag worden ingezet als andere middelen te weinig resultaat beloven (§ 98a I 2 StPO) en bovendien alleen voor bepaalde type strafbare feiten: er moet een Anfangsverdacht van een in § 98a I StPO genoemd strafbaar feit van aanzienlijke betekenis voorliggen dat tevens tot een daar genoemde delictscategorie behoort (*generalisierender Katalog*).[465] De maatregel moet door de onderzoeksrechter worden bevolen na een daartoe strekkende vordering van het OM (§ 98b I StPO). Ook het gebruik nadien is beperkt. In § 98b III StPO is bepaald dat de persoonsgegevens die werden verkregen door de vergelijking alleen als bewijs mogen worden gebruikt in andere strafzaken, als het gaat om feiten die vallen onder één van de in § 98a I StPO genoemde categorieën (vgl. § 100b VI StPO).

Ad 3d. Ook de *Überwachung der Fernmeldeverkehr* (100a StPO) is aan strikte voorwaarden gebonden. Ze dient, voor zover hier van belang, de opheldering van feiten (*Erforschung des Sachverhalts*) en omvat het bewaken (*überwachen*) en optekenen (*aufzeichnen*) van vrijwel iedere denkbare soort van gegevensoverdracht (*Nachrichtenübermittlung*): telefoon, fax, email, SMS, et cetera. Zelfs signalen die niet-telefonerende mobiele telefoons uitzenden, vallen onder § 100a StPO.[466] De maatregel is alleen mogelijk als andere middelen uitzichtloos lijken (subsidiariteit). Verder geldt

---

459 Huhmann (2002), p. 162-167; hierover ook Klein (2003), § 399 AO, rn. 60 e.v.

460 Daarvan is volgens hem sprake wanneer uit de stukken zelf al een verdenking rijst van een strafbaar feit. Nader onderzoek is dan niet meer nodig; Huhmann (2002), p. 166; vgl. ook Kohlmann (1995).

461 Vgl. in dit op zicht ook de jurisprudentie van het *Bundesfinanzhof* over § 194 III AO; *supra* noot 378.

462 § 98c StPO bevat een – uitgeklede – procedure voor de geautomatiseerde vergelijking van bestanden die in strafrechtelijke procedures werden verkregen.

463 Meyer-Goßner (2005), § 98a StPO, rn. 2; Beulke (2002), p. 133.

464 Meyer-Goßner (2005), § 98a StPO, rn. 8.

465 Meyer-Goßner (2005), § 98a StPO, rn. 5.

466 Beulke (2002), p. 128. Voor post en telegrammen geldt § 99 StPO.

de beperking dat bepaalde feitelijke omstandigheden aanleiding moeten geven tot de verdenking dat iemand als dader of als deelnemer een van de in § 100a StPO limitatief genoemde strafbare feiten (*Katalogtaten*) heeft begaan, danwel dat getracht heeft of een dergelijk feit heeft voorbereid. De maatregel is hoe dan ook tegen deze personen toelaatbaar, maar ook tegen derden.[467] Onder de lijstfeiten waarvoor de maatregel toelaatbaar is, vallen als zodanig noch fiscale,[468] noch financiële delicten in de zin van de *Wertpapierhandelsgesetz*, zodat de link met dit onderzoek op het eerste gezicht gering is. Een aanknopingspunt wordt echter wel geboden door het georganiseerde verband waarin de misdrijven worden begaan (vgl. § 129 StGB).[469] Ook mogen (fiscale of financiële) *Nicht-Katalogtaten* die in samenloop met de lijstfeiten werden begaan (*Tateinheit*), worden meegenomen.[470]

> De hier bedoelde maatregel moet niet worden verward met de hiervoor besproken optekening van verkeersgegevens waartoe de BAFin banken kan bevelen en die op grond van de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID is verplicht.[471] Die maatregel dient ertoe die gegevens ten behoeve van een later strafvorderlijk gebruik beschikbaar te houden.

Het gebruik van aldus verkregen persoonsgegevens is opnieuw doelgebonden. Het materiaal moet worden vernietigd, zodra het niet meer nodig is (§ 100b VI StPO). Men mag het ter zake van niet-lijstfeiten gebruiken als startinformatie in andere strafprocedures tegen de verdachte of derden, maar niet als bewijsmiddel.[472] Alleen middellijk gebruik (*mittelbare Verwertung*) is dus toegestaan (*Spurenansatz*; § 100b V StPO).[473] Deze beperking geldt niet voor lijstfeiten. De vraag of dergelijke informatie ook buiten strafrechtelijke procedures mag worden gebruikt, was lange tijd omstreden.[474] Enerzijds kan er immers worden betoogd dat § 100b V StPO een strafrechtelijke regeling is die niets zegt over andere rechtsgebieden. Anderzijds speelt hier het achterliggende grondrecht – geheim van de telecommunicatie (*Fernmeldegeheimnis* - Art. 10 GG) – een belangrijke rol. Het *Bundesfinanzhof* sloot het gebruik van dergelijk materiaal als bewijs in fiscale procedures uit.[475] Naar zijn mening ligt een inbreuk op Art. 10 GG niet alleen besloten in het geval telecommunicatie wordt afgeluisterd, maar ook in het gebruik van de aldus verkregen

467 Meyer-Goßner (2005), § 100a, rn. 10.
468 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 399 AO, rn. 78.
469 Zie over de mogelijkheid van *Geldwäsche* als aanknopingspunt; Meyer-Goßner (2005), § 100a, rn. 4.
470 Meyer-Goßner (2005), § 100a StPO, rn. 17.
471 *Supra* paragraaf 4.3.2.1 onder A.
472 Meyer-Goßner (2005), § 100a StPO, rns. 19-20.
473 BGH 27, 355 (358); Meyer-Goßner (2005), § 100a StPO, rn. 15a.
474 Hierover Franzen/Gast/Joecks (1996), § 393 AO, rn. 50.; Hellmann (1995), p. 114-115, voetnoot 15; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 393 AO, rns. 115 e.v. en 123b.
475 BFH 26 februari 2001, VII B 265/00 = BFHE 194, 40 = BStBl II 2001, 464; vgl. BVerfGE 100, 313 (358 e.v.) en Böse (2002), p. 159-160.

resultaten voor andere doeleinden.[476] Deze vormen een nieuwe inbreuk op Art. 10 GG en behoeven, gelet op het *Zitiergebot* (Art. 19 GG), een expliciete, nieuwe rechtvaardiging.

Ad 3e. Een iets minder ingrijpende bevoegdheid dan de voorgaande is de inlichtingenbevoegdheid over telecommunicatieverbindingen (*Auskunft über Telekommunikationsverbindungen*; §§ 100g en 100h StPO). In deze tijdelijke regeling, die geldt tot uiterlijk 1 januari 2008, wordt de mogelijkheid geboden om bij een op feiten gebaseerde verdenking dat iemand een strafbaar feit heeft begaan,[477] verkeersgegevens (*Telekommunikationsverbindungsdaten*) in de zin van § 100g III StPO op te vragen om zo te ontdekken wie met wie waar, wanneer en hoe lang heeft gecommuniceerd. Het gaat hier dus niet om de inhoud van de gesprekken.[478] Een rechterlijk bevel is vereist. De maatregel kan alleen betrekking hebben op de beschuldigde of andere in § 100a StPO genoemde personen. Ze is alleen toegestaan als andere methoden het onderzoek zouden schaden of zouden vertragen (§ 100g II StPO) en alleen voor strafbare feiten van aanzienlijke betekenis, waaronder in het bijzonder die van § 100a StPO. De lijst is daartoe echter niet beperkt. Dat biedt dus openingen voor de fiscale (en financiële) criminaliteit. De maatregel mag ook betrekking hebben op toekomstige verbindingen.[479] In § 100h III StPO zijn met § 100b VI vergelijkbare doelbeperkingen geïntroduceerd, echter met dien verstande dat § 100g StPO voor meer feiten mag worden toegepast dan § 100a StPO.

> De hier bedoelde maatregel ligt wél in het verlengde van de hiervoor besproken optekening van verkeersgegevens waartoe de BAFin banken kan bevelen en die op grond van de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID is verplicht (vgl. § 16b WpHG).[480] Die maatregel dient ertoe die gegevens ten behoeve van een later strafvorderlijk gebruik beschikbaar te houden.
>
> Nadat de communicatieverbindingen gesloten zijn en de verkeersgegevens zijn opgeslagen op datadragers van één der deelnemers aan het gesprek, worden deze gegevens overigens niet meer beschermd door Art. 10 GG, maar door het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* en in voorkomend geval ook Art. 13 GG. Met het feit dat de gegevens oorspronkelijk onder Art. 10 GG vielen, moet wel rekening worden gehouden.[481]

Ad 3f. Tenslotte maak ik nog kort melding van het onlangs herziene § 100c t/m 100f StPO dat dat gaat over het afluisteren van gesprekken in een woning (*Lausch-*

476 Het probleem speelt ook op het politiële vlak: mogen repressief verkregen data voor preventieve doelen worden gebruikt? Hierover Meyer-Goßner (2005), § 100a StPO, rn. 15a; Walden (1996), p. 333-338.

477 Het begaan heeft hier betrekking op zowel de dader (*Täter*) als de deelnemer (*Teilnehmer*). De maatregel omvat ook de strafbare poging en voorbereiding van een strafbaar feit van aanzienlijke betekenis (vgl. § 100a StPO).

478 Meyer-Goßner (2005), § 100g, rn. 3.

479 Meyer-Goßner (2005), § 100g, rn. 10.

480 *Supra* paragraaf 4.3.2.1 onder A.

481 BVerfG 2 maart 2006, 2 BvR 2099/04.

operation of *akustische Wohnraumüberwachung*).[482] De oude hierop betrekking hebbende regeling was deels in strijd met de grondwet verklaard, omdat ze de kern *privater Lebensgestaltung* schond.[483] De nieuwe regeling stelt zeer zware eisen. Ze strekt er onder meer toe a) het *Richtervorbehalt* te versterken (vgl. § 100d StPO), b) de plichten tot kennisgeving en mogelijkheden tot rechtsbescherming achteraf te verbeteren en c) het aantal feiten waarvoor de maatregel mogelijk is, aanzienlijk te beperken. Opnieuw geldt dat de fiscale en financiële criminaliteit als zodanig niet onder de regeling valt. Ik laat haar verder rusten

B) Onzelfstandige bevoegdheden

De onzelfstandige bevoegdheden komen toe aan de bevoegde *Finanzbehörde* wanneer het OM het onderzoek leidt en ook aan de Steufa, wanneer de BuStra of de *Staatsanwaltschaft* de zaak leidt (§ 402 I AO, respectievelijk § 404 I AO). Daarbij is een aanknoping bij de politiële strafrechtelijke onderzoeksbevoegdheden het uitgangspunt. Dat betekent dat de autoriteiten allereerst de beschikking hebben over de algemene onderzoeksbevoegdheid die ligt besloten in § 163 StPO (*Generalklausel*). Dit artikel is vergelijkbaar met § 161 StPO en legitimeert lichte grondrechtsinbreuken. Het artikel biedt tevens een basis voor het bevragen van andere overheidsdiensten. Echter, die verplichting is ditmaal niet afdwingbaar. Er wordt namelijk gesproken van 'ersuchen'.[484] Dwang mag niet worden uitgeoefend.[485] De politie is ook bevoegd tot het horen van de verdachte (§ 163a I-IV StPO) en getuigen en deskundigen (§ 16a V StPO). Ook deze maatregelen kunnen door haar niet worden afgedwongen. Daarvoor heeft men de hulp van het OM nodig.[486]

Naast de politiële bevoegdheden in de *Strafprozeßordnung* kent de *Abgabenordnung* nog aanvullende bevoegdheden toe. Hoewel voor de meeste hierboven genoemde onderzoeksbevoegdheden een rechterlijke machtiging (*Anordnung*) nodig is, kent een aantal bevoegdheden in spoedeisende gevallen en onder beperkende voorwaarden die bevoegdheden ook aan de *Staatsanwaltschaft* en/of diens *Hilfsbeamte* toe (vgl. § 98 I, 110d I en 105 StPO).[487] Met § 404 en § 402 AO is bedoeld de Steufa, respectievelijk de *Finanzbehörde* de status van *Hilfsbeamte*, respectievelijk een soortgelijke positie te geven. Op grond daarvan mag ook door hen in spoedeisende gevallen in beslag worden genomen, worden doorzocht,[488] et cetera (zie § 404 j° 399 II

482 Zie daartoe het *Gesetzentwurf* van de federale regering, Bundesrat Drucksache 722/04. Deze werd later nog eens ingrijpend herzien; zie Bundesrat Drucksache 15/4533 van 15 december 2004. De daaruit voortvloeiende wet trad in werking op 1 juli 2005.

483 BVerfG 3 maart 2004, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084, 99, waarover onder meer Meyer-Goßner (2005), Vorbemerkung zu § 100c.

484 Meyer-Goßner (2005), § 163, rn. 1a.

485 Meyer-Goßner (2005), § 163, rn. 32.

486 Vgl voor de verdachte §163a III StPO *a contrario*. Wat betreft de getuige en de deskundige is er sprake van een niet-afdwingbare (burger)plicht; Meyer-Goßner (2005), § 163 StPO, rn. 37.

487 Bij de *Überwachung* van het *Fernmeldeverkehr* heeft de *Hilfsbeamte* bijvoorbeeld geen spoedbevoegdheden.

488 § 105 StPO brengt beperkingen aan bij doorzoekingen bij derden.

AO en § 402 j° 399 II AO). Vaak moet in die gevallen achteraf een rechterlijke bekrachtiging worden verkregen.

> De Steufa heeft als gezien bovendien nog een inzagebevoegdheid (*Durchsicht*) die bij inbeslagnemingen zeer nuttig kan zijn (§ 404 AO). Dit artikel bepaalt dat de inhoudelijke beoordeling van de vraag of papieren in beslag moeten worden genomen, ook toekomt aan de Steufa.

4.3.3.4 Het Ordnungswidrigkeitenverfahren

Over de bevoegdheden in het fiscale *Ordnungswidrigkeitenverfahren* kan ik kort zijn. De zelfstandige en onzelfstandige bevoegdheden van de BuStra, Steufa en eventuele andere *Finanzämter* zoals die zojuist zijn beschreven, gelden ook in deze procedures. Dat vloeit voort uit § 410 AO en geldt inclusief de aanvullende speciale fiscaal-strafrechtelijke onderzoeksbevoegdheden. Niet alle strafvorderlijke bevoegdheden mogen in het *Ordnungswidrigkeitenverfahren* worden toegepast. Zo zijn de hierboven genoemde methoden die een inbreuk maken op Art. 10 GG (*Fernmeldegeheimnis*) niet toepasbaar (vgl. § 46 III OWiG). Dat is een uitwerking van het evenredigheidsbeginsel op abstract niveau. Men vindt de met Bußgelder te bestraffen feiten daarvoor niet zwaar genoeg. Voor het overige verwijs ik naar de opmerkingen in paragraaf 4.3.2.2.

4.3.3.5 Rechtsbescherming

A) Rechtsbescherming in het fiscale traject
De rechtsbescherming *in fiscalibus* kent een aparte, van de *Verwaltungsverfahrensgesetz* en *Verwaltungsgerichtsordnung* afwijkende regeling. Deze is neergelegd in de *Abgabenordnung* en in de *Finanzgerichtsordnung*/FGO. Ook deze regels concentreren zich op het begrip *Verwaltungsakt*, dat in § 118 AO nader is gedefinieerd.

> § 118 AO luidt: 'Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.'

In wezen gelden *in fiscalibus* dezelfde opmerkingen als in het financiële toezicht. De koppeling aan het VA-begrip is niet zozeer nodig vanwege de rechtsbescherming van de betrokkenen die al door Art. 19 IV GG is gegarandeerd, maar eerder voor de slagkracht van de fiscus zelf. Het gevolg daarvan is dat de inspraak- en participa-

tierechten (vgl. § 91 AO) en rechtsbescherming in de vorm van *Einspruch*[489] en daarna een *Anfechtungsklage* niet alleen voorhanden zijn tegen beslissingen, waarin de belastingschuld wordt vastgesteld, maar soms ook tegen afzonderlijke inlichtingen- (§ 93 AO) en inzagevorderingen (§ 97 AO). Dat is het geval, wanneer deze tegen de belastingplichtige of een derde kunnen worden afgedwongen (§ 328 AO).[490] De uitoefening van dwang is dus opnieuw niet mogelijk zonder een VA.

> Nogmaals, voor de fiscale rechtsbescherming is het voorliggen van een VA niet doorslaggevend. Worden er inbreuken op subjectieve rechten gemaakt, dan moet er immers een rechtsmiddel openstaan (Art. 19 IV GG).[491] In Duitsland bestaat echter de praktijk dat wanneer het bij een inlichtingen- of inzageverzoek om een VA gaat en men het instellen van een rechtsmiddel ertegen achterwege laat, er nadien geen beroep op de onrechtmatigheid ervan meer kan worden gedaan.[492] Dat is van belang voor het verdere gebruik van die gegevens.
>
> De zogenaamde *Unterlassungsklage* biedt de betrokkene een mogelijkheid om zich te weer te stellen tegen voorgenomen handelingen van de fiscus, die geen VA zijn (§ 40 FGO).[493] Zo'n *Klage* staat bijvoorbeeld open, als de betrokkene een schending van bijvoorbeeld § 30a AO dat het gebruik van bancaire gegevens aan beperkingen onderwerpt, moet vrezen.[494] Dit rechtsmiddel kan alleen door de cliënt worden uitgeoefend, omdat het bankgeheim zijn belangen beschermt en niet die van de bank.[495] De laatste kan zich wel verzetten tegen de afzonderlijke (afdwingbare) onderzoekshandelingen. Ook het fiscale ambtsgeheim verleent subjectieve rechten die door een *Unterlassungsklage* kunnen worden beschermd.[496]

Ook *in fiscalibus* geldt dat het aanwenden van een rechtsmiddel (*Einspruch* en daarna de *Anfechtungsklage*) in beginsel geen opschortende werking heeft (§ 361 AO). De belanghebbende kan er echter om verzoeken, in het bijzonder wanneer er ernstige twijfel bestaat over de rechtmatigheid van de maatregel (§ 361 II AO/§ 69 FGO). Anders dan de tekst van de bepaling doet vermoeden, is het in dat geval praktijk dat de uitvoering van de VA wordt opgeschort.[497]

> De vraag is uiteraard wat er gebeuren moet wanneer die opschorting niet plaatsheeft. De inbreuk op betrokkene's grondrecht wordt daarmee vaak onomkeerbaar. In die gevallen kan mogelijk nog een zogenaamde *Fortsetzungsfeststellungsklage* (§ 100 FGO) worden ingesteld, waarin de onrechtmatigheid nadien nog kan

489 Anders dan in het reguliere bestuursrecht (*Widerspruch*) is de *Einspruch in fiscalibus* geregeld in de *Abgabenordnung* zelf (§ 347 e.v. AO) in plaats van in de FGO.
490 Jansen (2001), p. 151.
491 Klein (2003), § 118, rn. 1.
492 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30a, rn. 32 en 33 en § 90, rn. 90, onder verwijzing naar rechtspraak; Klein (2003), § 30a, rn. 31.
493 Jansen (2001), p. 151.
494 BFH 25 juli 2000, VII B 28/99 = BFHE 192, 44 = BStBl II 2000.
495 Klein (2003), § 30a, rn. 31.
496 Klein (2003), § 30, rn. 223.
497 Klein (2003), § 361, rn. 4 en 12; Hellmann (1995), p. 228-229.

worden vastgesteld.[498] Het is ook mogelijk dat vooraf een *einstweilige Anordnung* wordt gevorderd (§ 114 FGO). Gaat het niet om een VA, dan kan de onrechtmatigheid worden aangekaart bij het primaire besluit.[499]

Bij het voorgaande moet opnieuw goed voor ogen worden gehouden welke partij rechtsbescherming toekomt. Bij inzage- en inlichtingenvorderingen jegens de bank is dat de bank en niet diens cliënt (vgl. § 122 AO). De belangen van de laatste zijn (nog) niet onmiddellijk in het geding. Toch zal hij graag weten dat er een onderzoek tegen hem loopt. In dit verband is de vraag interessant of de bank de cliënt op de hoogte mag brengen van fiscale onderzoeken. Dat is, anders dan in het financiële toezicht, niet verboden. Dat kan zelfs het geval zijn, wanneer de fiscus de bank uitdrukkelijk om stilzwijgen heeft gevraagd. Onduidelijk is of op de bank ook een plicht rust om de klant op de hoogte te brengen. Deze plicht zou kunnen voortvloeien uit de tussen hen bestaande contractuele verhoudingen. Schending van zo'n plicht zou de bank zelfs schadeplichtig kunnen maken. Anderzijds, brengt de bank een cliënt op de hoogte, dan is er een kans dat hij zelf een strafbaar feit pleegt. Denkbaar is een vervolging wegens bijvoorbeeld *Begünstigung* (257 StGB) of *Strafvereitelung* (§ 258 StGB).[500]

B) Rechtsbescherming in gevallen van sfeercumulatie

De rechtsbeschermingsproblematiek in het Duitse fiscale, maar ook het financiële strafrecht kenmerkt zich door een hoge mate van dubbele competenties. Daarin verschilt Duitsland niet van Nederland. Een verschil lijkt wel dat als gevolg van Art. 19 IV GG rechtsbescherming moet openstaan als er op grondrechten inbreuken worden of dreigen te worden gemaakt.[501] Daarmee doet zich een probleem voor, omdat *vooraf* niet altijd duidelijk is welke weg de betrokkene moet bewandelen. Niet altijd is duidelijk in welke hoedanigheid een betrokkene door de fiscus wordt benaderd. Toch is de fiscale rechtsbeschermingsprocedure uitgesloten in fiscale strafzaken (vgl. § 347 AO; § 33 III FGO).[502] Dit probleem is vooral relevant voor de belastingplichtige, die tevens verdachte is. Immers, hoe weet deze bij wie hij wezen moet – bij de belastingrechter of de strafrechter?

Aan het begin van dit millenium kwam hierover opheldering. Hierboven bleek dat de belastingplichtige/verdachte, ondanks de *doppelfunktionale Tätigkeit* van de Steufa, altijd *als verdachte* moet worden benaderd.[503] In die gevallen staat dus de zodadelijk te bespreken strafrechtelijke rechtsbescherming open en niet de fiscale. Dat is alleen anders wanneer diens acties geen enkele strafrechtelijke relevantie hebben en dat ook naar buiten toe kenbaar is. Ten aanzien van derden geldt een

498 Kopp/Schenke (2003), § 113 VwGO, rn. 95 e.v.
499 Klein (2003), § 93, rn. 16, onder verwijzing naar BFH 05 april 1984, BStBl II 1984, 790.
500 Streck (1996), p. 171-172; Müller-Brühl (1990), p. 131-132.
501 Bescherming wordt in Nederland mogelijk geboden via het civiele kort geding. De rol van het kort geding is in gevallen van sfeercumulatie echter niet helemaal duidelijk; daarover hoofdstuk 3.2.2.4 *in fine* en 3.3.1.4.
502 Uitvoerig hierover Hellmann (1995).
503 Vgl. het citaat in *supra* paragraaf 4.2.2.3, onder B, noot 141.

dergelijke beperking mijns inziens niet. De vraag welke weg moet worden bewandeld hangt er dan van af 'in welcher Funktion und in welchem Verfahren die Finanzbehörden – nach außen objektiv und eindeutig erkennbar – tätig geworden sind und tätig werden wollen.'[504] Net als bij de beslissing tot opening van een onderzoek zal moeten worden aangenomen dat de beslissing tussen de keuze voor de ene, danwel de andere procedure een aangelegenheid is die de betrokkene als zodanig niet kan aanvechten.

C) Rechtsbescherming in het strafrechtelijke traject

De rechtsbescherming in het (fiscale) straf- en *Ordnungswidrigkeitenrecht* is geregeld in de *Strafprozeßordnung* en in de *Ordnungswidrigkeitengesetz* (vgl. § 46 OWiG). Het is gebaseerd op het uitgangspunt dat deze plaatsheeft op het onderzoek ter zitting of eventueel het facultatieve *Zwischenverfahren*. Lang niet alle onderzoeks- en processuele handelingen genieten in het vooronderzoek bescherming. De beslissingen tot opening van het opsporingsonderzoek zijn bijvoorbeeld niet aanvechtbaar.[505] Het zijn geen zogenaamde *Justizverwaltungsakte*, waartegen op grond van § 23 *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz* (EGGVG) bescherming zou openstaan. Voor concrete onderzoekshandelingen geldt dat deze in beginsel *Realakte* zijn, waartegen geen afzonderlijke bescherming openstaat.

Dat laat onverlet dat niet in alle gevallen het latere onderzoek ter zitting kan worden afgewacht. Richtinggevend is hier opnieuw Art. 19 IV GG geweest. Vooral bij de dwangmiddelen, die een inbreuk maken op subjectieve rechten, staat, op verzoek, een volle rechtmatigheidstoets op het menu, waarbij de toetsende rechter volledige inzage in het dossier heeft.[506] Voor de vraag of en bij wie bescherming openstaat, is allereerst bepalend wie de gewraakte maatregel bevolen heeft en waartegen men in het geweer komt. Heeft een rechter het bevel uitgevaardigd of het OM (of de politie)? Komt men in het geweer tegen het bevel zelf of tegen de uitvoering ervan (*Anordnung* of *Durchführung*)?

In grote lijnen werkt het wettelijk systeem als volgt: tegen *bevelen* (*Anordnungen*) die door rechters zijn uitgevaardigd (wat de hoofdregel is bij dwangmiddelen), kan een *Beschwerde* worden ingesteld (§ 304 StPO).[507] Dit rechterlijke bevel is namelijk een besluit (*Beschluß*) in de zin van § 304 StPO. De wijze van *toepassing* van het dwangmiddel, die doorgaans in handen ligt van het OM, kan dan via § 98 II StPO worden aangevochten. Dat artikel wordt in andere dan de daar geregelde situaties, die ziet op de inbeslagneming, analoog toegepast. Voor bijvoorbeeld de bewaking van het telecommunicatieverkeer geldt § 98 II StPO *analoog*, zodat ook hier de wijze van uitvoering kan worden aangevochten. Zo ontstaat een omvattende rechtsbescherming bij dwangmiddelen.

---

504 BFH 29 oktober 1986, I B 28/86 = BStBl II 1987, 440 = BFHE 147, 492 (493); vgl. ook BFH 4 november 1987, II R 102/85, BFHE 151, 324; BFH 19 augustus 1998, XI R 37/97, BFHE 186, 506.

505 Beulke (2002), p. 168; Schulz (2001), p. 634 e.v.; Müller-Brühl (1990), p. 119.

506 Löwe/Rosenberg, § 105, rn. 111 e.v.

507 Andere rechtsmiddelen zijn de *Revision* en *Berufung*.

> In spoedgevallen worden de bevelen echter niet altijd uitgevaardigd door de *Ermittlungsrichter*, maar door de *Staatsanwaltschaft* (BuStra) of zelfs door de politie (Steufa). Soms voorziet de *Strafprozeßordnung* voor dat soort gevallen in een rechtsmiddel. Dat is opnieuw zo bij de inbeslagneming (§ 98 II StPO). Bij andere dwangmiddelen wordt, wanneer niet expliciet in een rechtsmiddel is voorzien, opnieuw § 98 II StPO analoog toegepast. Daarmee is bereikt dat ieder niet door een rechter uitgevaardigd dwangmiddel alsnog aan rechterlijke controle is onderworpen.[508] Niet alleen de uitvaardiging van de maatregel kan dan via § 98 II StPO worden aangevochten, maar ook de uitvoering ervan.

Het voorgaande werkt prima in die gevallen waarin de grondrechtsinbreuk nog plaats moet hebben of voortduurt. Problematisch is echter dat de betrokkene niet altijd kan worden gehoord (vgl. § 33 IV StPO) en dat de rechter niet altijd tijdig kan worden benaderd.[509] Daardoor is in (zeer) veel gevallen de grondrechtsinbreuk onomkeerbaar, voordat ze kan worden aangevochten. Staat dan nog rechtsbescherming open? Tot 1997 nam men aan dat een rechtsmiddel in die gevallen *prozessual überholt* was en dat men, conform de hoofdregel, maar bescherming moest zoeken in de procedure ten gronde. Het zou wezensvreemd zijn aan het strafproces om in dergelijke situaties alleen de onrechtmatigheid van de maatregel vast te stellen. Daarin ligt niet zijn eigenlijke doel.[510]

> Alleen tegen de uitvaardiging (*Anordnung*) van dwangmiddelen door het OM (of de politie) in spoedeisende gevallen, paste men toch § 98 II StPO analoog toe, omdat deze autoriteiten geen rechterlijke autoriteit zijn.[511] In sommige gevallen kon men dan ook nog de uitvoering ervan aanvechten via de procedure van § 23 EGGVG.[512]
>
> Het bestuursprocesrecht bood in dit soort situaties overigens meer mogelijkheden dan het strafrecht. Daar kende (en kent) men de *Fortsetzungsfeststellungsklage* (§ 113 I VwGO; § 110 FGO). Deze kwam hierboven kort ter sprake.[513]

In 1997 ging het *Bundesverfassungsgericht* om.[514] Het *Bundesgerichtshof* is later gevolgd.[515] Sindsdien kan Art. 19 IV GG ook toepassing vinden, als inbreuken op subjectieve rechten al onomkeerbaar zijn geworden. Dat geldt in het bijzonder bij de zware dwangmiddelen die diep in de grondrechten van betrokkene ingrijpen (*tiefgreifende Grundrechtseingriffe*).[516] Daarvan lijkt *qualitate qua* sprake bij de dwangmid-

508 Beulke (2002), p. 164.
509 Beulke (2002), p. 165; Löwe/Rosenberg, § 105, rn. 79.
510 Löwe/Rosenberg, § 105, rn. 82.
511 Beulke (2002), p. 165; Löwe/Rosenberg, § 105, rn. 83, onder vermelding van BGHSt 28, 57.
512 Beulke (2002), p. 165; Löwe/Rosenberg, § 105, rn. 84, onder vermelding van BGHSt 28, 206 en 37, 79.
513 Hoofdstuk 4.3.3.5, onder A.
514 BVerfGE 96, 27, waarover ook paragraaf 4.3.1.4; vgl. ook BVerfGE 96, 44.
515 Vgl. BGHSt 44, 171; 44, 265; 45, 184.
516 Meyer-Goßner (2005), Vor § 296, rn. 18a.

delen die onder een grondwettelijk *Richtervorbehalt* staan.[517] Waar in dergelijke gevallen voorheen tegen de aard en wijze van uitvoering de (hier niet verder relevante) weg van § 23 EGGVG moest worden bewandeld, resp. waar tegen rechterlijke bevelen geen rechtsmiddel meer openstond, geldt sindsdien dat de rechtsmiddelen van § 98 II StPO (al dan niet analoog), resp. § 304 StPO ook openstaan als de beweerde schending onomkeerbaar is geworden. Bijgevolg hoeft de verdachte niet meer te wachten op de aanvang van de procedure ter zitting, terwijl de derde die niet altijd partij is in het onderzoek ter zitting, ook zelfstandige en volwaardige rechtsbescherming heeft. Het doel van het rechtsmiddel ligt dan enkel in de vaststelling *of* de autoriteiten onrechtmatig hebben gehandeld. Over mogelijke andere sancties, zoals bewijsuitsluiting, is nog niets gezegd.[518] Mijns inziens is dit een andere benadering dan die in Nederland wordt gevolgd, waar het strafproces zich meer en meer concentreert op *testing the evidence in a fair trial* in plaats van op *policing the police*.[519] In Duitsland doet men, zo is mijn indruk, beide.

De vraag die overigens kan worden gesteld is of de nieuwe rechtspraak voor de verdachte ook meebrengt dat de rechtsmiddelen die beschikbaar zijn in het vooronderzoek ook *moeten* worden gebruikt en of, als ze niet worden gebruikt, op de onrechtmatigheid van de gegevensvergaring later, in de procedure ter zitting nog een beroep kan worden gedaan. Zojuist zagen we dat in de fiscale rechtsbescherming de eerste vraag bevestigend lijkt te worden beantwoord en de tweede ontkennend. In het strafrecht lijkt dit, zo leid ik met enige voorzichtigheid uit de Duitse literatuur af, anders. De rechtsmiddelen waarin bescherming wordt gezocht, zijn – anders dan bijvoorbeeld de *Verwaltungsakt* – niet aan termijnen gebonden.[520] Ze krijgen in geval ze wel worden aangewend, ook geen formele rechtskracht, zodat de inhoud ervan ter zitting soms nog ter discussie kan staan.[521] Dat ligt mijns inziens ook voor de hand. Het eindoordeel over het feitenrelaas behoort uiteindelijk toe aan de zittingsrechter.

Deze problematiek is ook internationaal van belang. Het komt allereerst voor dat samenwerkende staten verwijzen naar de aanwezigheid van rechtsmiddelen in de andere staat en om die reden niet zelf in de beoordeling van een zaak treden.[522] Zou Duitsland dit ook doen, dan zou dat dus weinig consistent zijn met de innerstatelijke situatie, zo blijkt nu. Ten tweede zouden, gezien de situatie in Duitsland, andere landen sinds 1997 de betrokken burgers voor hun rechtsbescherming tegen onderzoekshandelingen die Duitsland heeft verricht en waarbij *tiefgreifende* grondrechtsinbreuken zijn gemaakt, kunnen verwijzen naar de Duitse rechter, nu in Duitsland daadwerkelijk een rechtsmiddel is opengesteld en deze

517 Löwe/Rosenberg, § 105, rn. 86. Ten aanzien van de doorzoeking wordt het *Richtervorbehalt* overigens afgeleid uit Art. 13 GG, ten aanzien van de overige hierboven besproken dwangmiddelen ziet men er een concretisering van Art. 19 IV GG in (*präventive Rechtsschutz*); Löwe/Rosenberg, § 98, rn. 75.

518 Löwe/Rosenberg, Vor § 304, rn. 70 en 73.

519 Hoofdstuk 3.3.4.2.

520 Löwe/Rosenberg, Vor § 304, rn. 27; Meyer-Goßner (2005), Vor § 296, rn. 6.

521 Vgl. Löwe/Rosenberg, Vor § 304, rn. 60.

522 Vgl. hoofdstuk 3.5.4.2, onder D.

bovendien niet aan termijnen is gebonden. Of deze weg moet worden gevolgd, betwijfel ik sterk. Ik kom erop terug in hoofdstuk 6.

Het feit dat er bij dwangmiddelen dus op vrij uitvoerige wijze is voorzien in rechtsbescherming, suggereert een dito informatiepositie van de betrokkene (verdachte of derde). Zonder dat deze van het onderzoek op de hoogte raakt, kan deze de rechtsmiddelen immers niet gebruiken. Een dergelijke openheid verdraagt zich echter niet altijd met het belang van het onderzoek. Hier kan een onderscheid worden gemaakt tussen de heimelijke en open opsporingsmethoden, maar ook tussen de positie van de betrokken verdachte en de derde. Het is goed voor ogen te houden dat het opsporingsonderzoek zelf vaak geheim is, in die zin dat er op de interne openbaarheid richting verdachte en zijn raadsman de nodige uitzonderingen worden aanvaard.[523] Schending van dit geheim kan zelfs strafbaar zijn. Pas na de afsluiting van het voorbereidend onderzoek komen deze beperkingen te vervallen. Dat laat onverlet dat maatregelen tegen een derde deze tot actie bewegen. In die gevallen kan de overheid er belang bij hebben de derde, in dit geval de bank, jegens de verdachte, zijn cliënt, tot geheimhouding te dwingen. Bij mijn weten kent het Duitse recht echter geen mogelijkheden die een derde verbieden de verdachte van het onderzoek op de hoogte te brengen. Het is echter mogelijk dat de derde zich hierdoor zelf schuldig maakt aan een strafbaar feit (§ 257 en 258 StGB).[524]

In de situatie waarin de opsporingsmethoden heimelijk zijn, hebben noch derden, noch verdachten er weet van. In die gevallen staat of valt de rechtsbescherming met de aanwezigheid van andere waarborgen. Eén daarvan is de preventieve rechterlijke toets (vgl. § 162 StPO), maar ook verbaliserings-, kennisgevings- en bewaarplichten dragen hiertoe bij.[525] Doorgaans komen dergelijke beperkingen te vervallen, zodra het belang van het onderzoek kennisgeving toestaat. Dan worden de relevante stukken ook aan het dossier toegevoegd (vgl. § 101 StPO). Vooral bij heimelijke methoden gelden bovendien doelbeperkingen (vgl. § 100b VI StPO), die alles te maken hebben met het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*. Ik besprak deze hierboven.

4.4 GEHEIMHOUDING, DOELBINDING EN INFORMATIE-UITWISSELING

Het specialiteitsperspectief en het ambtsgeheim zijn in dit onderzoek centrale begrippen. Uit het voorgaande blijkt dat Duitse autoriteiten van wetgever en rechter, althans op de hier onderzochte terreinen, een vrij hoge mate van sturing ondervinden. Dat is in de relatie tot banken van bijzonder belang, ook al kan in Duitsland

523 Vgl. de uitzonderingen op de hoorplicht bij *richterliche Entscheidungen* (§ 33 IV StPO) en de beperkingen op de inzage in het dossier (§ 147 II StPO). De verdachte zelf heeft overigens geen recht op inzage in het dossier; Meyer-Goßner (2005), § 147, rn. 3; Satzger (2004), p. 62 e.v.

524 *Supra* noot 500.

525 Vgl. § 98b j° 163d StPO en vooral § 101 StPO.

van een echt bankgeheim niet worden gesproken. Het Duitse recht is sterk doordrongen van de gedachte dat derden zo min mogelijk in procedures moeten worden betrokken. Rechten en plichten van justitiabelen kunnen daarom aanzienlijk verschillen, naargelang de hoedanigheid die men jegens de overheid inneemt. Hierboven was er daarom uitvoerig aandacht voor de sfeercumulatieproblematiek. Daarbij beperkte ik me tot de situatie waarin meerdere taken binnen één dienst zijn verenigd. Een cumulatie van sferen kan zich ook voordoen, wanneer meerdere diensten samenwerken. Daarop ga ik nu in. Ook hier geldt dat wat toelaatbaar is in de ene verhouding tussen een bank en een overheidsdienst, dat nog niet hoeft te zijn in de relatie tussen diezelfde bank en een andere overheidsdienst. Is samenwerking tussen die overheidsdiensten dan mogelijk? Achtereenvolgens bespreek ik daartoe in het onderstaande de geheimhoudingsplichten van de onderzochte autoriteiten en de aanvullende doelbindingsvoorschriften, in het bijzonder die ter uitwerking van het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*. Ook komt de zogenaamde interne *Amtshilfe* aan de orde (paragraaf 4.4.4). Dat is de onderlinge bijstandsplicht van de Duitse overheidsinstanties die is gebaseerd op Art. 35 GG.

4.4.1 De BAFin

4.4.1.1 Het ambtsgeheim

A) Omvang en achtergronden

Op grond van § 11 FinDAG jº § 8 WpHG is de BAFin tot geheimhouding verplicht van al wat ze ter uitvoering van die wet allemaal te weten komt. Het materiële bereik van de geheimhoudingsplicht wordt daarbij gedefinieerd door § 8 WpHG.[526] Het doel van deze bepaling is het bewerkstelligen van vertrouwen in het financiële toezicht en in het voorkomen dat bij de BAFin berustende gegevens voor private doeleinden worden gebruikt.[527] Met het oog daarop constitueert § 8 WpHG een *Offenbarungs-* en *Verwertungsverbot*, als voor die openbaring of dat gebruik geen deugdelijke grondslag aanwezig is.

> In § 8 I WpHG is bepaald: '(1) Die bei der Bundesanstalt Beschäftigten und die nach § 4 Abs. 3 des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes beauftragten Personen dürfen die ihnen bei ihrer Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse eines nach diesem Gesetz Verpflichteten oder eines Dritten liegt, insbesondere Geschäfts und Betriebsgeheimnisse sowie personenbezogene Daten, nicht unbefugt offenbaren oder verwerten, auch wenn sie nicht mehr im Dienst sind oder ihre Tätigkeit beendet ist. Dies gilt auch für andere Personen, die durch dienstliche Berichterstattung Kenntnis von den in Satz 1 bezeichneten Tatsachen erhalten. Ein unbefugtes Offenbaren oder Verwerten im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere nicht vor, wenn Tatsachen weitergegeben werden an

526 Deze kent tegenhangers in § 9 KWG en andere financiële wetten.
527 Park (2004), p. 39.

> 1. Strafverfolgungsbehörden oder für Straf- und Bußgeldsachen zuständige Gerichte,
> 2. kraft Gesetzes oder im öffentlichen Auftrag mit der Überwachung von Börsen oder anderen Märkten, an denen Finanzinstrumente gehandelt werden, des Handels mit Finanzinstrumenten oder Devisen, von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten, Investmentgesellschaften, Finanzunternehmen oder Versicherungsunternehmen betraute Stellen sowie von diesen beauftragte Personen,
> soweit diese Stellen die Informationen zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen. Für die bei diesen Stellen beschäftigten Personen gilt die Verschwiegenheitspflicht nach Satz 1 entsprechend. An eine Stelle eines anderen Staates dürfen die Tatsachen nur weitergegeben werden, wenn diese Stelle und die von ihr beauftragten Personen einer dem Satz 1 entsprechenden Verschwiegenheitspflicht unterliegen.'
>
> Deze geheimhoudingsbepaling is niet de enige die voor de BAFin van belang is. Er zou ook kunnen worden gedacht aan de algemene bestuursrechtelijke geheimhoudingsplicht (§ 30 VwVfG) en aan het ambtsgeheim van de *Beamte* (vgl. §61 BBG). Ik laat deze buiten beschouwing. § 11 FinDAG j° § 8 WpHG is in de praktijk met afstand het belangrijkst.

Tot het object van de geheimhoudingsplicht behoren feiten en omstandigheden die de BAFin(medewerkers) bij de uitvoering van haar taken bekend werden en waarvan de geheimhouding in het belang van een ondertoezichtgestelde of een derde ligt. Enerzijds wordt daaruit afgeleid dat de gegevens herleidbaar moeten zijn tot een concrete (rechts)persoon, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan bedrijfsgeheimen en persoonsgegevens. Ook het bankgeheim valt hieronder.[528] Anderzijds blijkt uit deze eis dat al bekende feiten niet onder het ambtsgeheim vallen.[529] In dat geval heeft men geen belang meer bij geheimhouding.

De dragers van het financiële ambtsgeheim zijn de BAFin[530] en haar medewerkers, alsmede voormalig medewerkers. De geheime data moeten hun bij de uitvoering van hun taken bekend zijn geworden. Daarnaast geldt de geheimhoudingsplicht ook voor anderen die voor de BAFin werkzaamheden hebben verricht, bijvoorbeeld externe deskundigen, maar ook andere overheidsdiensten (vgl. § 4 III FinDAG).

Schending van de geheimhoudingsplicht levert in de regel een strafbaar feit[531] op en kan leiden tot civiele schadeclaims. Van een schending is geen sprake als aan een andere medewerker van de BAFin in het kader van diens werkzaamheden gegevens

528 Boos/Fischer/Schulte-Mattler (2000), § 9 KWG, rn. 10.
529 Boos/Fischer/Schulte-Mattler (2000), § 9 KWG, rn. 7; Park (2004), p. 41.
530 Hoewel dat niet expliciet uit het artikel kan worden afgeleid, wordt aangenomen dat de geheimhoudingsplicht ook voor de BAFin zelf geldt; vgl. Assmann/Schneider (2003), § 8 WpHG, rn. 4; Schäfer (1999), § 8 WpHG, rn. 7.
531 Vgl. § 203 (*Verletzung von Privatgeheimnissen*), § 204 StGB (*Verwertung fremder Geheimnisse*) en/of § 353b StGB (*Verletzung des Dienstgeheimnisses*).

worden verstrekt.[532] Ook de openbaring met toestemming van de betrokkene is volgens het Duitse recht bevoegd gedaan.[533]

B) Uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht

§ 8 WpHG omschrijft zijn reikwijdte negatief, doordat het aangeeft wanneer het ambtsgeheim is geschonden. Daardoor en doordat in § 8 WpHG een niet-limitatieve opsomming van de uitzonderingsgronden wordt gegeven, wordt niet helemaal duidelijk wat de reikwijdte van het artikel is. Ik doe een poging. De geheimhoudingsplicht hangt nauw samen met de verplichtingen tot samenwerking die de BAFin zijn opgelegd in de §§ 6 en 7 WpHG. § 6 ziet op de binnenlandse samenwerking,[534] § 7 op die met het buitenland. Voor die gevallen zijn in § 8 I WpHG uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht aanvaard, op voorwaarde dat de verstrekte gegevens door de ontvanger vertrouwelijk worden behandeld.

§ 8 I WpHG staat expliciet de verstrekking van gegevens aan justitie toe, wanneer dat de taak van de ontvanger dient. Er wordt geen onderscheid gemaakt naar type strafbaar feit. In sommige gevallen is de BAFin al op grond van § 4 V WpHG tot verstrekking verplicht.[535] Voor de andere gevallen voorziet § 8 I WpHG dus in een facultatieve verstrekkingsgrondslag. Ook de informatieverstrekking ten behoeve van fiscale delicten is niet uitdrukkelijk uitgesloten.[536] Opmerkelijk is dan ook het tweede lid van § 8 WpHG. Daarin is de verhouding tot de hierboven besproken fiscale medewerkingsplichten geregeld. Het artikel ontslaat de BAFin van een aantal, al dan niet spontane, fiscale informatie- en medewerkingsplichten.[537] Zo wordt bewerkstelligd dat de beslissing over een eventuele verstrekking *exclusief* bij de BAFin komt te liggen. De gedachte is dat zo de medewerkingsbereidheid van de inlichtingenplichtigen wordt verbeterd, net als de internationale samenwerking.[538] In het bijzonder zou met het artikel ook worden bereikt dat het bankgeheim van § 30a AO overeind blijft.[539]

> § 8 II WpHG luidt: '(2) Die Vorschriften der §§ 93, 97 und 105 Abs. 1, § 111 Abs. 5 in Verbindung mit § 105 Abs. 1 sowie § 116 Abs. 1 der Abgabenordnung gelten nicht für die in Absatz 1 Satz 1 oder 2 genannten Personen, soweit sie zur Durchführung dieses Gesetzes tätig werden. Sie finden Anwendung, soweit die Finanzbehörden die Kenntnisse für die Durchführung eines Verfahrens wegen einer Steuerstraftat sowie eines damit zusammenhängenden Besteuerungsverfahrens benötigen, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht, und nicht Tatsachen betroffen sind, die den in Absatz 1 Satz 1 oder 2

532 Schäfer (1999), § 8 WpHG, rn. 11.
533 Schäfer (1999), § 8 WpHG, rn. 10-11.
534 *Supra* paragraaf 4.2.1.3.
535 *Supra* paragraaf 4.2.1.4, onder B.
536 Dat is anders, als het gaat om informatie die afkomstig is uit het buitenland.
537 Carl/Klos (1995b), lijken wel van die opvatting uit te gaan.
538 Park (2004), p. 43; Assmann/Schneider (2003), § 8 WpHG, rn. 29; Carl/Klos (1995b), p. 16.
539 Carl/Klos (1995b), p. 16.

> bezeichneten Personen durch eine Stelle eines anderen Staates im Sinne des Absatzes 1 Satz 3 Nr. 2 oder durch von dieser Stelle beauftragte Personen mitgeteilt worden sind.'
>
> Uit de redactie maak ik overigens op dat de beperkingen alleen gelden voor de in het eerste lid in de zinnen 1 en 2 genoemde personen en instanties. Voor het OM, dat op grond van het eerste lid informatie kan hebben ontvangen, gelden ze niet.[540]

De tweede zin van het tweede lid bevat echter een uitzondering. Verstrekking aan de fiscus lijkt namelijk wel verplicht, als dat nodig mocht blijken voor de vervolging van een *Steuerstraftat* (de *Steuerordnungswidrigkeit* wordt niet genoemd)[541] of een samenhangend *Besteuerungsverfahren* én als daarmee een zwaarwegend openbaar belang is gemoeid.[542] In dat geval moet aan fiscale inlichtingenvorderingen dus wel gehoor worden gegeven. De gegevens mogen echter ook in dat geval niet afkomstig zijn van een buitenlandse autoriteit. Hieraan ligt de wens ten grondslag tot bescherming van het (buitenlandse) ambtsgeheim.[543] Mijns inziens dwingen de Europese regels hiertoe echter niet, zeker niet nadat het gesloten systeem van geheimhouding werd losgelaten.[544]

> Naar mijn mening is § 8 II WpHG ondeugdelijk, omdat het inconsequent is met het systeem van de *Abgabenordnung*. Er staat namelijk dat § 93 AO zou mogen worden gebruikt in een *Steuerstrafverfahren* en dat op die voet informatievorderingen aan de BAFin zouden kunnen worden gedaan. Dat is nu juist niet het geval.[545] Hiervoor bleek al dat de beide procedures door het *Bundesfinanzhof* strikt worden gescheiden. Dat gebeurt hier niet. Het komt mij voor dat met de bepaling is bedoeld dat voor puur fiscale doeleinden informatieverstrekking niet mogelijk is, maar voor fiscaalstrafrechtelijke doeleinden wel.

4.4.1.2 De bescherming van persoonsgegevens

Naast § 8 WpHG moet worden gewezen op de regelingen over het gebruik, de opslag en de verstrekking van persoonsgegevens[546] in de *Wertpapierhandelsgesetz*, maar ook in de *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG). § 4 X WpHG bevat het relevante voorschrift dat de BAFin de aan haar meegedeelde persoonsgegevens alleen mag opslaan (*Speichern*), veranderen (*Verändern*) en gebruiken (*Nutzen*) voor de vervulling

---

540 Anders: Carl/Klos (1995b), p. 17.
541 Park (2004), p. 44.
542 Carl/Klos (1995b), p. 17.
543 Assmann/Schneider (2003), § 8 WpHG, rn. 29 e.v.
544 *Supra* hoofdstuk 2.2.3.2.
545 *Supra* paragraaf 4.2.2.3.
546 De *Bundesdatenschutzgesetz* geeft van *personenbezogene Daten* in § 3 I BDSG de volgende definitie: 'Personenbezogene Daten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (Betroffener).'

van haar toezichtstaken en voor de internationale samenwerking.[547] Die gegevens zijn dus onderworpen aan strikte doelbinding, die in overeenstemming lijkt met de Europese eisen ter zake.

> § 4 X WpHG ziet niet op het *verstrekken* van persoonsgegevens. Dat wordt geregeld in § 8 WpHG. Opmerkelijk is dat het toepassingsbereik van beide artikelen niet gelijk is. § 4 X ziet alleen op persoonsgegevens, terwijl § 8 meer in het algemeen betrekking heeft op geheime gegevens. Dat laatste lijkt me correcter. Geheime en gevoelige gegevens die niet zien op natuurlijke personen, maar op bedrijven worden zo ook beschermd.[548] § 4 X WpHG lijkt overigens zeer op § 14 I BDSG, dat het volgende bepaalt: 'Das Speichern, Verändern oder Nutzen personenbezogener Daten ist zulässig, wenn es zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der verantwortlichen Stelle liegenden Aufgaben erforderlich ist und es für die Zwecke erfolgt, für die die Daten erhoben worden sind. Ist keine Erhebung vorausgegangen, dürfen die Daten nur für die Zwecke geändert oder genutzt werden, für die sie gespeichert worden sind.' Het kan in zoverre als een *specialis* daarvan worden beschouwd.

De BAFin kan ook als verantwoordelijke autoriteit in een *Ordnungswidrigkeiten*-procedure optreden. In die situatie gelden voor de verwerking van persoonsgegevens andere regels, die zijn neergelegd in §§ 49a-49d OWiG. Vanwege de inhoudelijke gelijkenis met de §§ 474-495 StPO,[549] bespreek ik deze regels hier verder niet. Wel constateer ik opnieuw dat er binnen de BAFin een scheiding wordt aangebracht tussen de bestuursrechtelijke handhaving enerzijds en de strafrechtelijke anderzijds. De relevante strafrechtelijke regels komen nu aan de orde bij de bespreking van de voor de fiscus geldende regels.

4.4.2 De *Finanzbehörde*

4.4.2.1 Het ambtsgeheim (das Steuergeheimnis)

A) Omvang en achtergronden

Ook de *Finanzbehörde* zijn aan meerdere geheimhoudingsplichten onderworpen. Er kan onder meer worden gedacht aan de relevante bepalingen in de *Bundesdatenschutzgesetz* en de *Datenschutzgesetze* van de deelstaten, aan de geheimhoudingsplicht in de *Bundesbeamtengesetz* en aan de algemene bestuursrechtelijke geheimhoudingsbepaling van § 30 VwVfG. De meest relevante is echter § 30 AO. Omdat deze

547 Hier en daar zijn ook elders in de WpHG relevante bepalingen te vinden, zoals in § 6 II en III WpHG. Ook het hierboven in paragraaf 4.3.2.1, onder A, besproken § 24c KWG kent ter zake enige voorzieningen.

548 Daaronder vallen niet gegevens over rechtspersonen; Assmann/Schneider (2003), § 17 WpHG, rn. 2.

549 Hierover Bundesrat Drucksache 330/02 van 19 april 2002, leidend tot de wet van 26 juli 2002 (BGBl. I, p. 2864 en p. 3516).

bepaling ten opzichte van vrijwel iedere andere geheimhoudingsplicht als *lex specialis* wordt beschouwd, volsta ik met een bespreking daarvan.

> De eerste twee leden van § 30 AO luiden als volgt: '(1) Amtsträger haben das Steuergeheimnis zu wahren. (2) Ein Amtsträger verletzt das Steuergeheimnis, wenn er
> 1. Verhältnisse eines anderen, die ihm a) in einem Verwaltungsverfahren, einem Rechnungsprüfungsverfahren oder einem gerichtlichen Verfahren in Steuersachen, b) in einem Strafverfahren wegen einer Steuerstraftat oder einem Bußgeldverfahren wegen einer Steuerordnungswidrigkeit, c) aus anderem Anlass durch Mitteilung einer Finanzbehörde oder durch die gesetzlich vorgeschriebene Vorlage eines Steuerbescheids oder einer Bescheinigung über die bei der Besteuerung getroffenen Feststellungen bekannt geworden sind, oder
> 2. ein fremdes Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, das ihm in einem der in Nummer 1 genannten Verfahren bekannt geworden ist, unbefugt offenbart oder verwertet oder
> 3. nach Nummer 1 oder Nummer 2 geschützte Daten im automatisierten Verfahren unbefugt abruft, wenn sie für eines der in Nummer 1 genannten Verfahren in einer Datei gespeichert sind.'

Het object van geheimhouding wordt in het tweede lid negatief omschreven. Het geeft aan wanneer het geheim geschonden is. Dat is het geval wanneer de betrekkingen (*Verhältnisse*) van een ander (§ 30 II Nr. 1) en vreemde bedrijfsgeheimen (§ 30 II Nr. 2), die een ambtsdrager bekend zijn geworden, door deze onbevoegd worden geopenbaard (*offenbart*) of worden gebruikt (*verwertet*). Ook door het onbevoegd opvragen van dergelijke gegevens in geautomatiseerd verband schendt men het ambtsgeheim (§ 30 II Nr. 3). De geheimhoudingsplicht bewaakt dus niet alleen de *verstrekking* aan derden; ook het *gebruik* van de informatie is aan banden gelegd.

Uiteraard moeten de gegevens verband houden met de taak van de fiscus, willen ze geheim kunnen zijn. Ze zijn alleen geheim, wanneer ze werden verkregen in een fiscale of fiscaal-strafrechtelijke procedure (§ 30 II Nr. 1a en b AO), danwel anderszins op een in § 30 II Nr. 1c AO aangeduide wijze – bijvoorbeeld door een mededeling van de *Finanzbehörde* – bekend zijn geworden.

> Het begrip *Verhältnis* moet ruim worden opgevat. Het omvat alles wat over een (rechts)persoon bekend kan worden. Daarbij gaat het uiteraard om fiscale data (bijvoorbeeld de omvang van zijn belastingschuld), maar ook om beroeps- en bedrijfsmatige data en om persoonlijke en familiaire aangelegenheden. Niet geheim zijn data die niet tot een indivudu zijn terug te voeren. Onder de andere moet ieder ander dan de ambtsdrager worden verstaan. Het gaat in het bijzonder niet alleen om de belastingplichtige, maar ook om derden. Ook informanten vallen hier in beginsel onder en worden dus door § 30 AO beschermd.[550] Echter,

550 Over het voorgaande uitvoerig Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30 AO, rn. 32 e.v.; Ruegenberg (2001), p. 22 e.v.

> het geheim kan niet tegen de betrokkene zelf worden ingeroepen, althans niet voor zover de gegevens van hem afkomstig zijn.[551]
>
> Ook de term *Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse* moet ruim worden opgevat. Onder bedrijfsgeheimen worden alle feiten verstaan die verband houden met de uitoefening van een zaak of bedrijf en die alleen binnen een beperkte kring van personen bekend en toegankelijk zijn. Het kan daarbij gaan om patenten en licenties, productiemethoden en bouwtekeningen, et cetera (*Betriebsgeheimnisse*), maar ook om balansen, bedrijfsstatistieken, reclamestrategiëen en klantenlijsten (*Geschäftsgeheimnisse*).[552] Het bankgeheim als zodanig valt niet onder het fiscaal ambtsgeheim, maar ik zie geen reden om aan te nemen dat bancaire informatie niet tevens een *Geschäftsgeheimnis* op kan leveren.[553]

De dragers van het ambtsgeheim worden genoemd in § 7 AO. Iedere ambtsdrager en daarmee gelijk gestelde persoon (§ 30 III AO) die fiscale informatie ontvangt, is tot geheimhouding verplicht. De kring van geheimhouders is daarmee ruim omschreven. Ook het OM is op grond van § 30 AO tot geheimhouding verplicht als het fiscale informatie ontvangt. Schending van het ambtsgeheim is strafbaar (§ 355 StGB).[554]

§ 30 AO beschermt de belangen van zowel de Belastingdienst, als die van de betrokkene (belastingplichtige of derde). Het belang van de betrokkene ligt in de bescherming van zijn eigen belangen. Dat kunnen grondrechten zijn, maar ook commerciële belangen. Hij moet aanvaarden dat op zijn subjectieve rechtspositie inbreuk wordt gemaakt door de statelijke informatiebehoefte, maar weet tegelijkertijd dat het doel waarvoor die informatie mag worden verzameld en gebruikt beperkt is.

> Intussen gaat het *Bundesverfassungsgericht* niet zover dat het in § 30 AO zelf een grondwettelijk gewaarborgd instituut ziet.[555] Hoogstens beschermt het andere grondrechten, bijvoorbeeld Art. 14 GG (*Eigentumsgarantie*), Art. 12 GG (*Freiheit der Berufswahl*) en Art. 2 I j° 1 I GG (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*). Wel erkende het dat het artikel aan de grondwettelijke eisen op het gebied van doelbinding voldoet.[556] In het bijzonder achtte het § 30 AO voldoende nauwkeurig en specifiek (*bereichsspezifisch*). § 30 AO brengt dus niet alleen verplichtingen voor de fiscus mee. Hij kan er ook sturing aan ontlenen bij zijn handelen. Dat zijn in wezen keerzijden van dezelfde medaille (vgl. hierboven paragraaf 4.2.2.3).

Op zijn beurt heeft de Belastingdienst belang bij de vertrouwelijke behandeling van de gegevens, omdat hij daarmee de bereidheid bij de betrokkene om die informatie

551 BVerfG 6 maart 2002, 2 BvR 1619/00; Ruegenberg (2001), p. 22.
552 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30 AO, rn. 90 e.v.; Ruegenberg (2001), p. 37 e.v.
553 Ruegenberg (2001), p. 37.
554 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 30 AO, rn. 7; Klein (2003), § 30 AO, rn. 4.
555 *Supra* paragraaf 4.3.1.1, onder B.
556 BVerfGE 65, 1 (*Volkszählungsurteil*); BVerfG 23 maart 1994, BvR 396/94, NJW 1994, p. 2079 (*Dresdner Bank I*); BVerfG 13 december 1994, 2BvR 894/94, wistra 1994, p. 139 = NJW 1995, 2839 (*Dresdner Bank II)*

te verschaffen vergroot. Dat geldt uiteraard *a fortiori* wanneer van die betrokkene wordt verwacht dat hij informatie over gepleegde strafbare feiten overlegt (§ 40 AO).[557] § 30 AO dient op die manier de *gleichmäßige Besteuerung*. Het artikel beschermt tevens het *nemo-tenetur*beginsel.[558] In § 30 IV Nr. 4 AO is namelijk bepaald dat informatie met het oog op een strafprocedure voor een *commuun* strafbaar feit slechts mag worden verstrekt, wanneer deze hetzij in een *Steuerstraf-* of *Steuerordnungswidrigkeitenverfahren* werd verkregen (en er dus geen medewerkingsplicht bestond: § 393 AO), hetzij vrijwillig of met afstand van een *Auskunftsverweigerungsrecht* werd verstrekt. Verder dan deze bescherming gaat § 30 AO echter niet, in het bijzonder niet als het gaat om de vervolging van *Steuerstraftaten* of *Steuerordnungswidrigkeiten*.[559] Daarvoor bieden §§ 393 I en 371 AO (deels) soelaas.[560]

B) Uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht
Het *Steuergeheimnis* mag alleen bevoegd worden doorbroken. Dat is het geval, wanneer een van de in § 30 IV AO genoemde limitatieve[561] gronden inroepbaar is.

> § 30 IV AO luidt: '(4) Die Offenbarung der nach Absatz 2 erlangten Kenntnisse ist zulässig, soweit
> 1. sie der Durchführung eines Verfahrens im Sinne des Absatzes 2 Nr. 1 Buchstaben a und b dient,
> 2. sie durch Gesetz ausdrücklich zugelassen ist,
> 3. der Betroffene zustimmt,
> 4. sie der Durchführung eines Strafverfahrens wegen einer Tat dient, die keine Steuerstraftat ist, und die Kenntnisse a) in einem Verfahren wegen einer Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit erlangt worden sind; dies gilt jedoch nicht für solche Tatsachen, die der Steuerpflichtige in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens oder des Bußgeldverfahrens offenbart hat oder die bereits vor Einleitung des Strafverfahrens oder des Bußgeldverfahrens im Besteuerungsverfahren bekannt geworden sind, oder b) ohne Bestehen einer steuerlichen Verpflichtung oder unter Verzicht auf ein Auskunftsverweigerungsrecht erlangt worden sind,
> 5. für sie ein zwingendes öffentliches Interesse besteht; (…). (5) Vorsätzlich falsche Angaben des Betroffenen dürfen den Strafverfolgungsbehörden gegenüber offenbart werden.'

Gebruik en openbaring zijn op grond daarvan in ieder geval toegestaan, wanneer dat de in § 30 II Nr. 1a en b AO omschreven procedures dient (in het bijzonder ook het *Besteuerungsverfahren* en het *Steuerstraf-* en *Ordnungswidrigkeitenverfahren*). Dat ligt voor de hand.[562] Een andere uitzondering ligt in de aanwezigheid van een

557 *Supra* paragraaf 4.3.3.1, onder C.
558 Vgl. Ruegenberg (2001), p. 162.
559 Ruegenberg (2001), p. 18-19.
560 *Supra* paragraaf 4.3.3.1, onder C, en 4.3.3.2.
561 Klein (2003), § 30 AO, rn. 25.
562 Ruegenberg (2001), p. 51.

wettelijk voorschrift (Nr. 2). Een voor dit onderzoek belangrijk voorbeeld hiervan is § 8 II KWG dat ná inleiding van een fiscaal-strafrechtelijke procedure de verstrekking van gegevens aan de BAFin toelaat.[563] Het doel daarvan is deze in staat te stellen de betrouwbaarheid van bestuurders en beleidsbepalende personen te kunnen toetsen en mogelijk maatregelen te kunnen nemen. Opvallend is dat deze meldplicht ook bestaat, wanneer de betrokkene vrijwillig tot inkeer is gekomen (§ 371 AO).

> § 8 II KWG luidt: '(2) Werden gegen Inhaber oder Geschäftsleiter von Instituten sowie gegen Inhaber bedeutender Beteiligungen von Instituten oder deren gesetzliche oder satzungsmäßige Vertreter oder persönlich haftende Gesellschafter oder gegen Personen, die die Geschäfte einer Finanzholding-Gesellschaft oder einer gemischten Finanzholding-Gesellschaft tatsächlich führen, Steuerstrafverfahren eingeleitet oder unterbleibt dies auf Grund einer Selbstanzeige nach § 371 der Abgabenordnung, so steht § 30 der Abgabenordnung Mitteilungen an die Bundesanstalt über das Verfahren und über den zugrunde liegenden Sachverhalt nicht entgegen; das Gleiche gilt, wenn sich das Verfahren gegen Personen richtet, die das Vergehen als Bedienstete eines Instituts oder eines Inhabers einer bedeutenden Beteiligung an einem Institut begangen haben.'

In relatie tot de gegevensverstrekking jegens de strafrechtelijke autoriteiten is er veel discussie. Velen hebben zich afgevraagd of het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel (§ 152 StPO) een voorschrift is als in § 30 IV Nr. 2 AO. Hetzelfde geldt voor § 386 AO. Die vragen worden vrijwel unaniem ontkennend beantwoord. Het legaliteitsbeginsel wijkt in zoverre voor het *Steuergeheimnis*. Ook wanneer de fiscus als opsporingsinstantie werkzaam is, leidt een strafrechtelijke *Zufallsfunde* in de zin van § 108 StPO niet automatisch tot doorbreking van het *Steuergeheimnis*.[564]

Het voorgaande laat onverlet dat gegevens over commune feiten soms wel via § 30 IV Nr. 4 AO kunnen worden verstrekt.[565] Dat is mogelijk als de gegevens in het *Steuerstrafverfahren* of *Steuerordnungswidrigkeitenverfahren* werden verkregen. Het *nemo-tenetur*beginsel staat daaraan niet meer in de weg. Voorwaarde is wel dat de betrokkene op de hoogte is van het feit dat tegen hem een strafrechtelijke procedure is ingeleid (vgl. § 397 AO). Zou dat niet zijn vereist, dan was er wellicht reden geweest de betrokkene wat langer onkundig te houden van het *Strafverfahren* en zo zijn zwijgrecht uit te hollen.[566] In feite staat het artikellid de *Verwertung* van strafrechtelijke *Zufallsfunden* toe (vgl. § 108 StPO): loopt de fiscus in zijn strafrechtelijke hoedanigheid tegen strafbare feiten aan met de opsporing waarvan hij niet is belast, dan mag hij deze verstrekken aan de daarmee wel belaste instanties.

---

563 Via Nr. 141 I c van de *Anweisungen für das Straf- und Bußgeldverfahren (Steuer)* is de bevoegdheid omgezet in een plicht.

564 Ruegenberg (2001), p. 67-68, onder verwijzing naar overige literatuur.

565 § 30 IV Nr. 4 AO spreekt alleen over een *Strafverfahren*, niet over een *Ordungswidrigkeitenverfahren*. In het laatste geval zou verstrekking dus niet zijn toegestaan.

566 Besson (1997), p. 46.

Voor de verstrekking van gegevens over commune delicten zijn dus twee wegen mogelijk. Het is allereerst denkbaar dat men gaande het opsporingsonderzoek naar fiscale feiten stuit op nauw verbonden commune delicten. De zelfstandige positie van de fiscus verandert dan van rechtswege in een onzelfstandige; de positie van het OM als *Herrin des Ermittlungsverfahrens* herleeft in volle omvang (zie paragraaf 4.2.2.2, onder B). Het ligt voor de hand daar bij de informatie-uitwisseling bij aan te knopen. Om die reden mogen ook gegevens over feiten die in eendaadse samenloop (§ 55 StGB) met het fiscale delict werden begaan, op grond van § 30 IV Nr. 1 AO worden verstrekt. Zo'n verstrekking dient immers *ook* de vervolging van fiscale delicten. Scheiding van de feiten is ondoenlijk. De meeste auteurs gaan zelfs uit van het ruimere processuele feitsbegrip van § 264 StPO.[567] Daarmee wordt de kans op een dubbele vervolging verkleind, doordat hetzelfde feit niet eerst wordt onderzocht door de fiscus en daarna nog eens door het OM. Deze ruimere opvatting spoort ook met het feitsbegrip, dat wordt gehanteerd in § 386 AO zelf.[568]

De tweede situatie ziet op het voorliggen van meerdere feiten als bedoeld in § 264 StPO. Dan heeft de verstrekking van de informatie voor het commune deel plaats via § 30 IV Nrs. 4 of 5 AO.[569] In die gevallen verwordt de bevoegdheid van de fiscus tot het verstrekken van de gegevens mogelijk alsnog tot een plicht. Sommige auteurs gaan er namelijk van uit dat de fiscus op grond van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel verplicht is tot verstrekking, ongeacht de vraag of de feiten in samenloop met een fiscaal delict werden begaan.[570] De fiscus is immers ook opsporingsorgaan en de verdachte/belastingplichtige kan in dit opzicht niet gunstiger worden behandeld dan de verdachte/niet-belastingplichtige. Anderen menen echter dat een plicht tot informatieverstrekking op basis van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel (§ 152 StPO) alleen bestaat in geval van eendaadse samenloop (§ 55 StGB).[571] Tot zover reiken immers ook de opsporingstaken van de fiscus.

De laatste uitzondering die ik hier bespreek is § 30 IV Nr. 5 AO. Dit onderdeel vervult als het ware een ventielfunctie, maar is ook wel aangeduid als de achilleshiel van het ambtsgeheim: in extreme omstandigheden mag informatie ook in andere gevallen worden verstrekt. Dit is een zeer omstreden bepaling, vooral vanwege de

567 Ruegenberg (2001), p. 55. e.v.; Besson (1997), p. 34- 35; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 386 AO, rn. 50.

568 *Supra* paragraaf 4.2.2.2, onder B.

569 Voor § 30 IV Nr. 4 geldt daarbij bovendien dat de informatie in een strafrechtelijke procedure moet zijn verkregen. Ook moet de betrokkene daarvan op de hoogte zijn. Ratio hiervan is uiteraard te voorkomen dat diens strafrechtelijk zwijgrecht door de fiscale medewerkingsplicht wordt uitgehold.

570 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 386 AO, rn. 53; Hellmann (1995), p. 186-187.

571 Ruegenberg (2001), p. 176-177, die hiermee het risico van een dubbele vervolging wil voorkomen. Hij is echter niet helemaal consequent, omdat hij aanknoopt bij § 55 StGB in plaats van bij § 264 StPO.

vaagheid van de voorschriften, de zeer ruime reikwijdte ervan en de vermeende strijd met het *nemo-tenetur*beginsel.[572]

> Het artikellid, dat hierboven niet helemaal werd geciteerd, eist een zwaarwegend publiek belang (*zwingendes öffentliches Interesse*) dat tot doorbreking van het ambtsgeheim kan leiden. Het doet enigszins denken aan het hierboven aangehaalde § 8 II WpHG. Als voorbeelden – de lijst is niet-limitatief – worden genoemd:
> *1.* De vervolging van bepaalde misdrijven (*Verbrechen* - § 12 StGB) tegen lijf en leden en tegen de staat.
> *2.* De vervolging van zware economische strafbare feiten (*gravierende Wirtschaftsstraftaten*), waaronder ook de wetten op het gebied van het bank- en beurswezen vallen.[573] Hiervan is sprake, wanneer de feiten door hetzij de wijze waarop ze werden begaan, hetzij door de omvang van de schade die ze veroorzaakten, geschikt zijn om de economische orde te verstoren, danwel het vertrouwen van het publiek in de eerlijkheid van het economische verkeer of het ordentelijk functioneren van de autoriteiten te schaden.
> *3.* Het herstel van het vertrouwen van het publiek in het (fiscale) openbaar bestuur.

Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat de fiscus meer mogelijkheden heeft om aan de BAFin informatie te verstrekken, dan omgekeerd. Na inleiding van een fiscale strafzaak mogen gegevens worden verstrekt. Mogelijk, maar praktisch minder relevant, zou ook § 30 IV Nr. 5 AO als verstrekkingsgrondslag kunnen dienen. Dat artikellid ziet echter op de verstrekking van gegevens in het kader van strafbare feiten. Op zijn beurt heeft de fiscus maar zeer beperkt toegang tot de gegevens van de BAFin. In Nederland kwamen we hetzelfde probleem tegen.[574]

C) Rechtsbescherming
De kwestie van de rechtsbescherming tegen doorbrekingen van het ambtsgeheim laat ik verder rusten. Ik verwijs naar paragraaf 4.3.3.5, onder A. Anders dan in Nederland[575] kan de beslissing tot het verstrekken van de gegevens als zodanig worden aangevochten. Hierin wordt namelijk een inbreuk gezien op een subjectief recht, gewaarborgd door § 30a AO. Daarnaast gelden nog de inzage- en correctieregelingen van de *Datenschutzgesetze*. Omdat de regels inzake de fiscale geheimhouding hierover zwijgen, kunnen deze aanvullend worden toegepast.

4.4.2.2 De bescherming van persoonsgegevens

Wat bij de bespreking van het fiscale (en financiële) ambtsgeheim opvalt, is dat deze wel bepalen wanneer een verstrekking al dan niet is toegestaan, maar voor het

572 Vgl. Franzen/Gast/Joecks (1996), § 393 AO, rns. 10 en 69- 77; Klein (2003), § 30 AO, rn. 182 e.v., i.h.b.z. 201.
573 Vgl. § 74c GVG, waarover Klein (2003), § 30 AO, rn. 185.
574 Hoofdstuk 3.4.1 en 3.4.4.2.
575 Hoofdstuk 3.4.2. onder c.

overige zwijgen. Daarmee rijst een aantal vragen. Gaat het om een recht of om een plicht tot verstrekking? Is ook een automatische of spontane verstrekking van gegevens mogelijk? En hoe zit het met de bescherming van gevoelige gegevens? De *Datenschutzgesetze* en de bijzondere regeling in §§ 474-495 StPO geven op deze vragen een concreter antwoord.[576] Hoewel ook *in fiscalibus* geldt dat het fiscale ambtsgeheim wordt gezien als een *lex specialis* ten opzichte van de algemene regels inzake de bescherming van persoonsgegevens, kan een korte blik op deze regels uitkomst bieden.[577]

Ik beperk me hier tot de omgang met persoonsgegevens waaraan de fiscus in het kader van zijn strafrechtelijke taken of als bevoegde autoriteit in het kader van het *Ordnungswidrigkeitenverfahren* is gebonden. Deze regels gelden ook voor het Openbaar Ministerie en de BAFin, voor zover de laatste actief is in een *Ordnungswidrigkeitenverfahren*. In de §§ 474-492 StPO is niet alleen de verstrekking van persoonsgebonden gegevens aan andere, binnen de strafrechtspleging werkzame autoriteiten geregeld, maar ook die aan autoriteiten die daarbuiten werkzaam zijn. Zo'n verstrekking is mogelijk op verzoek, maar ook spontaan en in sommige gevallen (binnen de strafrechtspleging) automatisch. De §§ 483-492 StPO gaan over de opslag en het gebruik van de gegevens.

> Persoonsgegevens mogen door *Strafvervolgungsbehörden*, waaronder ook de *Kriminalpolizei* en de Steufa, worden opgeslagen, veranderd en gebruikt, voor zover dat voor strafrechtelijke doeleinden (*Zwecke des Strafverfahrens*) nodig is (§ 483 StPO). Daarbij gaat het om strafrechtelijke doeleinden in ruime zin: de gegevens mogen ook worden gebruikt voor de internationale rechtshulp in strafzaken (§ 483 II StPO).[578] Met dit doel kunnen de gegevens ook aan de bevoegde autoriteiten worden verstrekt (§ 486 StPO). Daarbij gelden wel de beperkingen van § 477 II StPO. In dat artikellid is bepaald dat gegevens die zijn verkregen met gebruikmaking van de §§ 98a, 100a en 100c I Nrs. 2 en 3 StPO alleen voor strafrechtelijke doeleinden en de *Abwehr von erheblichen Gefahren* mogen worden gebruikt.[579] De gegevens moeten worden gewist op het moment dat blijkt dat ze niet hadden mogen worden opgeslagen of niet meer nodig zijn voor het doel waarvoor ze werden verwerkt (§ 489 I StPO).
>
> De verstrekking van persoonsgegevens op verzoek aan autoriteiten binnen de strafrechtspleging is geregeld in § 474 I StPO. § 474 II StPO staat onder striktere voorwaarden de verstrekking van inlichtingen uit justitiële akten aan buiten de strafrechtspleging actieve overheidsdiensten toe. Het gaat daarbij om een inlichtingenverstrekking op verzoek, hoewel soms ook inzage in de stukken kan wor-

576 Deze regelingen zijn *lex speciales* ten opzichte van de *Bundesdatenschutzgesetz* en de *Datenschutzgesetze* van de deelstaten; Meyer-Goßner (2005), Vor § 474, rn. 3.

577 Klein (2003), § 30, rn. 10.

578 Onder meer beperkende voorwaarden mogen ook gegevens voor toekomstige strafprocedures worden opgeslagen, veranderd en gebruikt (§ 484 StPO). Dit artikel heeft voor de fiscale procedures een tegenhanger in de *Abgabenordnung*: § 88a AO.

579 Andere regelingen die het gebruik in strafprocedures beperken (vgl. § 100b V StPO) blijven onverminderd van kracht; Meyer-Goßner (2005), § 477 StPO, rn. 3.

den verleend.[580] De verstrekking is onder meer mogelijk ter vaststelling, realisering of afwering van juridische claims (*Rechtsansprüche*) die nauw met een strafbaar feit zijn verbonden of wanneer aan deze diensten op grond van een specifiek voorschrift ook ambtshalve informatie mag worden verstrekt (vgl. § 40a WpHG of § 395 AO), danwel – indien zo'n verstrekking heeft plaatsgehad – aanvullende informatie nodig is. De autoriteit die deze beslissing moet nemen is in het vooronderzoek in principe de *Staatsanwaltschaft* (§ 478 StPO).

Het OM of de BuStra kan ook spontaan informatie verstrekken. Dat is mogelijk op grond van § 479 StPO.[581] De verstrekkingsdoelen zijn goeddeels beperkt tot concrete straf- en Ordnungswidrigkeitenprocedures. Voor bestuursrechtelijke procedures is nauwelijks plaats ingeruimd. § 477 II StPO is van overeenkomstige toepassing (§ 479 III StPO). Dat betekent dat doelbeperkingen ook bij de spontane verstrekking van kracht blijven.

4.4.3 De *Staatsanwaltschaft*

De *Bundes-* of *Staatsanwalt* is als *Beamte* van hetzij de bond, hetzij de deelstaat onderworpen aan de geheimhoudingsbepalingen die in de respectieve ambtenarenwet zijn vastgelegd. Van belang zijn dus de *Bundesbeamtengesetz* (BBG), de *Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts* (BRRG) en de *Beamtengesetz* van Hessen(HBG). De BRRG is een raamwet die de vrijheid van de deelstaten op dit punt indamt. In de artikelen 61 tot en met 63 BBG, 39 BRRG en 75 tot en met 77 HBG zijn de relevante geheimhoudingsbepalingen opgenomen. De bepalingen zijn vrijwel identiek. Bovendien gelden uiteraard de zojuist besproken bijzondere regelingen over persoongegevens in de StPO.

Het object van het ambtsgeheim zijn de feiten die de ambtenaar bij de uitoefening van zijn taak bekend werden, tenzij het gaat om mededelingen die in het verkeer tussen de diensten werden gedaan of om feiten die openbaar zijn of naar hun aard geen geheimhouding behoeven. Meer dan bij de fiscus en de BAFin het geval is, gaat het dus om de aard van de gegevens zelf in plaats van de achter de gegevens schuilende (rechts)personen. De ambtenaar mag zonder toestemming van zijn meerdere noch in procedures voor de rechter, noch buiten rechte verklaringen afleggen of uitspraken doen. Echter, de meerdere zal toestemming alleen weigeren als zo'n verklaring aan het welzijn van de bond of deelstaten schade kan aanbrengen of de publieke taakuitoefening kan schaden of bemoeilijken. Ook blijft het toegestaan aangifte te doen van strafbare feiten.[582]

§ 75 HBG luidt: '(1) Der Beamte hat, auch nach Beendigung des Beamtenverhältnisses, über die ihm bei seiner amtlichen Tätigkeit bekanntgewordenen Angelegenheiten Verschwiegenheit zu bewahren. Dies gilt nicht für Mitteilungen im dienstlichen Verkehr oder über Tatsachen, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen. (2) Der Beamte darf ohne

580 § 474 III StPO; vgl. echter ook § 40a WpHG j° § 480 StPO.
581 Vgl. ook § 49a OWiG.
582 Vgl. § 61 IV BBG en § 75 IV HBG.

> Genehmigung über Angelegenheiten nach Abs. 1 Satz 1 weder vor Gericht noch außergerichtlich aussagen oder Erklärungen abgeben. Die Genehmigung erteilt der Dienstvorgesetzte oder, wenn das Beamtenverhältnis beendet ist, der letzte Dienstvorgesetzte. Hat sich der Vorgang, der den Gegenstand der Äußerung bildet, bei einem anderen Dienstherrn ereignet, so darf die Genehmigung nur mit dessen Zustimmung erteilt werden. (3) Der Beamte hat, auch nach Beendigung des Beamtenverhältnisses, auf Verlangen des Dienstvorgesetzten oder des letzten Dienstvorgesetzten amtliche Schriftstücke, Zeichnungen, bildliche Darstellungen sowie Aufzeichnungen jeder Art über dienstliche Vorgänge, auch soweit es sich um Wiedergaben handelt, herauszugeben. Die gleiche Verpflichtung trifft seine Hinterbliebenen und seine Erben. (4) Unberührt bleibt die gesetzlich begründete Pflicht des Beamten, Straftaten anzuzeigen und bei Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung für deren Erhaltung einzutreten.'

Sommige wettelijke voorschriften dwingen tot de verstrekking van gegevens. Vanwege zijn zeer algemene karakter zal het *Dienstgeheimnis* in die gevallen vrijwel altijd wijken. In § 40a WpHG is bijvoorbeeld het OM de verplichting opgelegd om de BAFin op de hoogte te stellen van de beslissing tot vervolging van bepaalde typen economische delicten en de afloop van die procedures, maar ook van feiten die in andere procedures bekend worden en voor de taak van de BAFin van belang kunnen zijn. Daarmee wordt bereikt dat de BAFin van haar zijde noodzakelijke maatregelen kan treffen.[583]

Een bijzonder voorschrift voor het OM is te vinden in § 393 II AO over het doelgebonden gebruik van fiscale informatie. Het artikel bevat een speciale opdracht aan de *Staatsanwaltschaft* en rechterlijke macht om *fiscale* informatie niet te gebruiken voor andere dan fiscaal-strafrechtelijke doeleinden. Voor de vervolging van *commune delicten* mag die informatie dus niet worden gebruikt, als die onder dwang werd verstrekt. Hoewel de bedoeling van § 30 AO is dat afgedwongen inlichtingen over commune strafbare feiten niet bij het OM terechtkomen, is nooit helemaal te voorkomen dat zulks toch geschiedt in het kader van een *Steuerstrafverfahren*. Weliswaar zijn OM en rechter in een dergelijk geval tot geheimhouding verplicht, dat wil echter niet zeggen dat ze de informatie niet voor een niet-fiscaal doel zullen gebruiken.[584] Dat laatste beoogt § 393 II AO te voorkomen. § 393 II AO beschermt daarmee, samen met § 30 AO en § 393 I AO, het *nemo-tenetur*beginsel.

> § 393 II AO luidt: 'Soweit der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen diese Kenntnisse gegen ihn nicht für die Verfolgung einer Tat verwendet werden, die keine Steuerstraftat ist. Dies gilt

583 Over de samenwerking tussen de rechtsvoorgangers van de BAFin en het OM; zie ook Wabnitz/Janovsky (2000), p. 1382 e.v.

584 Klein/Orlopp (1998), § 393 AO, rn. 7a.

> nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse (§ 30 Abs. 4 Nr. 5) besteht.'

De reikwijdte van § 393 II AO is kleiner dan ze lijkt. Het is allereerst de vraag wat § 393 II AO, dat spreekt over '*verwendet*', precies verbiedt. Gaat het om ieder gebruik of alleen gebruik als bewijs? In het eerste geval zou de informatie evenmin mogen worden gebruikt als aanzet voor verder onderzoek (*Spurenansatz*). De heersende leer gaat echter enkel uit van een bewijsuitsluitingsgrond, een *Beweisverwertungsverbot*.[585]

> Een aantal auteurs heeft hier moeite mee.[586] Zo benadrukt Joecks dat de parallel die hier vaak wordt getrokken met het leerstuk van het strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs (*fruits of the poisonous tree*) niet opgaat.[587] Het is goed voor ogen te houden dat hier een grondrechtsschending niet aan de orde was bij het *vergaren* van de informatie, noch bij de *verstrekking* ervan aan het OM, maar pas bij het *gebruik* ervan door het OM. Het gaat daarmee om een zelfstandige bewijsuitsluitingsgrond (*selbstandiges Beweisverwertungsverbot*), die niet afhankelijk is van een voorafgaande onrechtmatigheid.[588] Het *gebruik* levert de grondrechtsschending – een inbreuk op het *nemo-tenetur*beginsel – op. In de lijn van Joecks gaat Ruegenberg nog verder. Hij is van mening dat *verwenden* ook betekent: het ontvangen van de informatie. Omdat deze interpretatie feitelijk niet mogelijk is, wordt ze omgezet in een *Verfolgungsverbot*. Ter zake van het niet-fiscale feit mag volgens hen überhaupt geen vervolging worden gestart.[589]

Ten tweede wordt het begrip *Steuerstraftat* in § 393 II AO ruim uitgelegd: commune strafbare feiten die deel uitmaken van dezelfde historische gebeurtenis in de zin van § 264 StPO[590] vormen eveneens een *Steuerstraftat* in de zin van § 393 II AO, zodat het *Verwertungsverbot* van § 393 II AO niet geldt.[591] In een andere, beperktere opvatting, waarbij men strikt vasthoudt aan het begrip *Steuerstraftat* van § 369 AO zou de betekenis van § 393 II AO evenredig groter zijn geweest. Dan zou het artikellid ook bescherming hebben geboden voor feiten die in *Tateinheit* met een *Steuerstraftat* werden begaan en om die reden op de voet van § 30 IV Nr. 2 mochten worden verstrekt.[592]

Een derde geconstateerd probleem betreft het feit dat het *Bundesgerichtshof* § 393 II AO beperkt uitlegt in die gevallen waarin de belastingplichtige tot inkeer komt

585 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 393 AO, rn. 158 e.v.
586 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 393 AO, rn. 175; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 393 AO, rn. 68; Klein (2003), § 393 AO, rn. 25; Blesinger (1991a), p. 244.
587 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 393 AO, rn. 66-68.
588 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 393 AO, rn. 159.
589 Ruegenberg (2001), p. 216-244, vertolkt deze mening.
590 Daarover *supra* noot 57.
591 Vgl. Oberste Landesgericht Bayern, 6 augustus 1996, wistra 1996, p. 353, kritisch besproken door Maier (1997).
592 Hierover Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 393 AO, rn. 160-170; Ruegenberg (2001), p. 215-216; Maier (1997); Blesinger (1991a), p. 245.

en alsnog opgaaf doet van verzwegen inkomsten, maar daarbij tevens commune delicten onthult (§ 371 AO). In die gevallen geldt het gebruiksverbod namelijk niet. Ook dit heeft tot kritiek geleid, omdat daarmee de vrijwillige aangifte nogal onaantrekkelijk wordt en soms *de facto* wordt uitgehold.[593] Daar kan tegenover worden gesteld dat er in die gevallen geen sprake was van dwang als bedoeld in § 393 II AO. Het *Bundesgerichtshof* onderstreept het laatste.

> Het wijst op de ratio van § 393 II AO: 'Diese einschränkende Auslegung des § 393 Abs. 2 AO folgt aus der ratio legis der gesetzlichen Vorschrift, die es dem Steuerpflichtigen ermöglichen soll, auch bemakelte Einkünfte anzugeben, ohne deswegen eine Strafverfolgung befürchten zu müssen. Denn der Staat will Kenntnis von allen – legalen wie illegalen – Einkünften erlangen, um sie einer Besteuerung unterwerfen zu können. Der Steuerstraftäter, der im Rahmen einer Selbstanzeige [de inkeerbepaling van §371 AO, ML] ein mit der Steuerhinterziehung gleichzeitig begangenes Allgemeindelikt aufdeckt, offenbart jedoch keine weitere Steuerquelle für den Staat. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Täter – wie hier der Angeklagte – einen angeblichen Steuererstattungsanspruch geltend macht, der auf einen völlig frei erfundenen Sachverhalt gestützt wird, und dazu gefälschte Urkunden vorlegt.'[594]

Een vierde, zeer omstreden punt is de laatste zin van § 393 II AO, dat de uitzondering van § 30 IV Nr. 5 AO ook hier van toepassing verklaart. Dat zou betekenen dat onder de daar genoemde, hierboven besproken voorwaarden onder dwang verstrekte informatie over commune delicten toch mag worden gebruikt voor strafvervolgingen. Volgens een indrukwekkende hoeveelheid auteurs is dit *verfassungswidrig*, in strijd met de constitutie. Het artikel staat namelijk een inbreuk op het *nemo-tenetur*beginsel toe.[595] De rechtspraak lijkt daar overigens anders over te denken. Het *Bundesgerichtshof* heeft deze *Verfassungswidrigkeit* tot dusverre niet willen aannemen en heeft gemeend dat § 393 II AO in overeenstemming is met de eisen van het *Bundesverfassungsgericht* uit het *Gemeinschuldnerbeschluß*.[596,597]

> Een andere kamer van het *Bundesgerichtshof* heeft geopperd een conflict verder te vermijden, doordat de belastingplichtige zich in zijn aangifte in meer algemene bewoordingen uitlaat over zijn fiscale aangelegenheden. Daarnaast zou op het niveau van de straftoemeting met het conflict rekening kunnen worden gehouden: 'Um einen Ausgleich im gegebenen Spannungsfeld – zwischen den in § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO genannten Rechtsgütern einerseits, dem Schutz vor erzwungener Selbstbelastung und dem Steuergeheimnis andererseits, jeweils vor dem Hintergrund der gebotenen Sicherung eines vollständigen Steueraufkommens –

593 Eidam (2006), p. 12; Wulf (2006), p. 91 e.v.
594 BGH, 5 mei 2004, 5 StR 548/03, BGHSt 49, 136 = wistra 2004, 309, waarover Wulf (2006) en Eidam (2006).
595 Wulf (2006); Ruegenberg (2001), p. 219 e.v.; Franzen/Gast/Joecks (1996), § 393 AO, rn. 72 e.v., onder verwijzing naar andere bronnen.
596 *Supra* noot 269.
597 BGH RiSt (R) 1/00 10 augustus 2001, NJW 2002, 834, waarover Wulf (2006), p. 92.

zu finden, wird es naheliegen, an die Konkretisierung der gebotenen steuerlichen Erklärungen möglicherweise niedrigere Anforderungen zu stellen als sonst nach § 90 AO geboten. (…) Jedenfalls ist das gefundene Ergebnis – eine steuerliche Erklärungspflicht im Hinblick auf erhaltene Schmiergelder – verfassungsrechtlich und konventionsrechtlich (Art. 6 Abs. 1 MRK) nur dann hinnehmbar, wenn bei der Rechtsfolgenentscheidung der enge zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen der Bestechlichkeit und der Steuerhinterziehung berücksichtigt wird und dem durch eine straffe Zusammenziehung der zu verhängenden Einzelstrafen Rechnung getragen wird (…).'[598]

4.4.4 Samenwerking: *Amtshilfe*, *Rechtshilfe* en andere vormen van samenwerking

4.4.4.1 Begrip en omvang van de plicht tot Amts- en Rechtshilfe

In het voorgaande beschreef ik de mogelijkheden tot samenwerking tussen de betrokken overheidsdiensten. Ik constateerde dat de samenwerking tussen justitie en het bestuur in zowel het financiële toezicht als de fiscale rechtshandhaving vrij soepel loopt. De samenwerking tussen het 'financiële' en het 'fiscale' verloopt echter, net als in Nederland, veel moeizamer. Doorbrekingen van het ambtsgeheim zijn er alleen richting de BAFin, niet andersom. In deze paragraaf onderzoek ik of de *innerstatelijke* regels over de wederzijdse bijstand (*Amtshilfe*) en rechtshulp (*Rechtshilfe*) hier verandering in brengen. Niet alleen biedt een en ander interessant vergelijkingsmateriaal voor de *interstatelijke* samenwerking, de discussie is ook op directere wijze relevant voor de internationale samenwerking. Immers, de samenwerking op nationaal niveau doet direct de vraag rijzen naar de omvang van de internationale plichten tot samenwerking en naar de mogelijkheden tot doelafwending.

Het precieze onderscheid tussen *Amtshilfe* en *Rechtshilfe* is voorwerp van debat. Er bestaan grofweg twee opvattingen. De eerste meent dat het statuut van de verzoekende autoriteit maatgevend is – is dit een bestuursorgaan, dan gaat het om *Amtshilfe*; is het een rechter, dan gaat het om *Rechtshilfe*. De tweede opvatting ziet in het verlangde type handeling het doorslaggevende cirterium. Wordt om typisch rechterlijke handelingen gevraagd, dan gaat het om *Rechtshilfe*. Zo nee, dan verleent ook een rechterlijke autoriteit *Amtshilfe*.[599] Ik behandel beide in het onderstaande gezamenlijk. Gemakshalve spreek ik enkel nog van *Amtshilfe* of bijstand.

De plicht tot bijstand is grondwettelijk gewaarborgd. Art. 35, eerste lid, GG bepaalt dat 'Alle Behörde des Bundes und der Länder leisten sich gegenseitig Rechts- und Amtshilfe.' Deze plicht tot *Bundestreue* is op tal van plaatsen nader uitgewerkt.[600] Art.

598 BGH 5 mei 2004, StR 139/03, wistra 2004, 391.
599 Hierover Wettner (2005); Schlink (1982).
600 Ik kan wijzen op §§ 4-8 VwVfG en de *Verwaltungsverfahrensgesetze* van de landen, op de §§ 156-168 GVG, op de §§ 111-117 AO en op § 161 en 163 StPO.

35 GG richt zich tot alle staatsorganen, bestuursorganen en gerechten van de bond én de landen.[601] Deze ruime samenwerkingsplicht moet worden bezien tegen de achtergrond van de *Amtshilfeplicht*. Deze beoogt een 'Mindestmaß an Einheit der Staatsgewalt' te waarborgen.[602] Tegen de achtergrond van het principe der machtenscheiding, de Duitse federale staatsinrichting en aangebrachte organisatorische en functionele scheidingen in het staatsapparaat, fungeert de bijstandsplicht als het ware als (een) ondergrens ter borging van de statelijke eenheid. Ze berust op de gedachte dat het voor de betrokken autoriteiten uiteindelijk gaat om één achterliggend belang, namelijk de 'Förderung des Gesamtwohls der staatlichen Gemeinschaft.' Dat belang is echter niet allesoverheersend. Het moet worden afgewogen tegen andere belangen, waaronder dat van het individu op bescherming van zijn privésfeer.[603]

De *Amtshilfe* heeft bijgevolg een sterk altruïstisch karakter. De aangezochte autoriteit verricht in eigen naam, maar op verzoek en ten behoeve van de verzoekende autoriteit handelingen, omdat de laatste deze op juridische of feitelijke gronden niet of slechts met zeer grote moeite zelf kan verrichten.[604] In zoverre is de *Amtshilfe* 'Ausdruck eines einfachen, zweckmäßigen, wirtschaftlichen und zügigen Verfahrens'.[605] Conceptueel vertoont de innerstatelijke bijstandsplicht aldus ook grote overeenkomsten met afspraken over samenwerking op internationaal niveau.

Intussen moet wel worden bedacht dat de *Amtshilfe*, net als in de internationale samenwerking, een 'neutraal' instituut is: het dwingt weliswaar tot samenwerking, maar brengt geen wijzigingen aan in de bestaande (verdeling van) taken (tussen) en bevoegdheden van verzoekende én aangezochte partijen.[606] Het rechtvaardigt als zodanig ook niet tot grondrechtsinbreuken. Zou dit anders zijn, dan zouden *de facto* de autoriteiten, in plaats van de wetgever, de omvang van hun taken en bevoegdheden bepalen.[607] Dat is niet toegestaan. De bijstandsplicht doorkruist de machtenscheiding en organisatorische en functionele bevoegdhedenverdeling binnen de overheid dan ook niet. Ze is bijgevolg alleen toelaatbaar, wanneer de gevraagde handeling de taakopdracht van de verzoekende autoriteit dient (vgl. § 7 VwVfG) én kan worden uitgevoerd door de aangezochte autoriteit op basis van het voor haar geldende recht (§ 5 II Nr. 1 VwVfG *a contrario*).

> Met het voorgaande hangt ook samen dat *Amtshilfe* slechts op verzoek kan plaatsvinden: het uit eigen beweging opnemen van zaken ten behoeve van andere autoriteiten wordt gezien als een inbreuk op de wettelijke taakverdeling (*gesetzliche Zuständigkeitsverteilung*) tussen de betrokken autoriteiten, waarvoor een

601 Stelkens/Bonk/Sachs (1998), § 4 VwVfG, rn. 2.
602 Stelkens/Bonk/Sachs (1998), § 4 VwVfG, rn. 5; Knack (1998), Vor § 4 VwVfG, rn. 1.1; uitvoerig Wessel (1983).
603 Vgl. Walden (1996), p. 207-208. In zijn *Volkszählungsurteil* spreekt het *Bundesverfassungsgericht* van een 'amtshilfefeste Schutz gegen Zweckentfremdung' (BVerfGE 65, 1).
604 Vgl. § 5 I VwVfG en § 112 I AO
605 Stelkens/Bonk/Sachs (1998), § 4 VwVfG, rn. 6; vgl. ook Knack (1998), § 5 VwVfG, rn. 2.2.
606 Vgl. Wessel (1983), p. 118; Knack (1998), Vor § 4, rn. 2.6.
607 Schlink (1982), p. 146-147; Knack (1998), § 5 VwVfG, rn. 3.1; Stelkens/Bonk/Sachs (1998), § 7 VwVfG, rn. 2; Kopp (2000), § 5 VwVfG, rn. 8.

> aparte wettelijke regeling nodig is.[608] Uit het voorgaande kan tevens worden afgeleid dat het verlenen van hulp niet als *Amtshilfe* wordt beschouwd, wanneer daarmee de eigen taak van de aangezochte autoriteit is gediend.[609] Dat is nadrukkelijk ook in wettelijke bepalingen neergelegd.[610] Het aangaan van samenwerkingsverbanden ter realisering van een bepaald pakket aan gelijksoortige doeleinden kan evenmin onder de *Amtshilfe*bepalingen worden gebracht. Ook hier speelt een rol dat tevens de eigen taakopdracht wordt gediend, zodat daarmee het altruïsme aan de hulpverlening komt te vervallen.[611]

In de lijn van het voorgaande ligt dat de verzoeker niet mag vragen om handelingen die wezensvreemd zijn aan zijn taak. Het vragen om handelingen, die expliciet van zijn taak zijn uitgezonderd of daarmee onverenigbaar zijn, is niet toegestaan.

> Het standaardvoorbeeld in de Duitse literatuur daarvoor is de Inlichtingendienst (*Verfassungsschutz*) die om 'executieve' handelingen (*Exekutivbefugnisse*) vraagt. Dergelijke bevoegdheden zijn hem nu juist ontzegd.[612]

Omgekeerd mag de aangezochte partij de procedure niet overnemen van de verzoeker. De *Amtshilfe* heeft niet alleen een *neutraal*, maar ook een ondersteunend karakter (*ergänzende Hilfe*). Daarvan is geen sprake meer, wanneer niet '(subsidiäre) Unterstutzungshandlungen zu einem 'fremden' Haupt- oder Grundverfahren' worden verricht, maar de procedure in zijn geheel of althans een aanzienlijk deel daarvan wordt overgenomen.[613]

Uit het voorgaande vloeit ook voort dat het niet is toegestaan dat de aangezochte autoriteit in het kader van de wederzijdse bijstand de bevoegdheden van de verzoeker toepast. De *aangezochte* autoriteit is weliswaar in beginsel gehouden aan een verzoek om bijstand gehoor te geven,[614] maar alleen als ze zelf over de bevoegdheid beschikt om de verlangde handeling te verrichten. Het verrichten van (onderzoeks)handelingen is enkel mogelijk, als dit (*in abstracto*) ook 'zur Durchführung eigener Aufgaben erförderlich wäre.'[615] Alleen de koppeling tussen bevoegdheid en taakomschrijving *in concreto* is losgelaten: het is niet vereist dat die gegevens ook specifiek voor de aangezochte partij nodig zijn. Dat is logisch. Naar haar aard brengt de *Amtshilfe* juist mee dat ten behoeve van een andere taak dan die van de aangezochte autoriteit gegevens moeten worden opgevraagd of moeten worden verstrekt.

---

608 Stelkens/Bonk/Sachs (1998), § 4 VwVfG, rn. 8. Onder omstandigheden kunnen eventueel § 677 e.v. BGB (*Geschäftsführung*) uitkomst bieden; Kopp (2000), § 4, rn. 13.

609 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs (1998), § 4 VwVfG, rn. 35.

610 Vgl. § 4 II VwVfG en § 111 II AO; Kopp (2000), § 4 VwVfG, rn. 16;

611 Stelkens/Bonk/Sachs (1998), § 4 VwVfG, rns. 30 en 35 e.v.; Knack (1998), § 4 VwVfG, rn. 3.2.2.

612 Knack (1998), § 5 VwVfG, rn. 3.1 en § 7 VwVfG, rn.s 2.1 en 2.2; Schneider (1978), p. 1602.

613 Stelkens/Bonk/Sachs (1998), § 4 VwVfG, rn.s 27-28.

614 Stelkens/Bonk/Sachs (1998), § 5 VwVfG, rn. 5.

615 Stelkens/Bonk/Sachs (1998), § 5 VwVfG, rn. 15; Kopp (2000), § 5 VwVfG, rn. 17; Wessel (1983), p. 123.

Kortom, de plicht tot bijstand is bepaald niet ongebrensd. De wettelijke *Kompetenzordnung* mag niet worden doorbroken. Bijzondere ambtelijke geheimhoudingsplichten gaan voor op de bijstandsplicht.[616] Dergelijke geheimhoudingsplichten, zoals § 30 AO of § 8 WpHG, zetten deze taakverdeling als het ware kracht bij.[617] Een doorbreking daarvan vergt een specifieke beslissing van de wetgever. Het voorgaande betekent ook dat de zojuist geconstateerde beperkingen die in de samenwerking tussen fiscus, BAFin en OM bestaan door de bijstandsregels niet worden opgelost. Ook de concrete vormgeving van een onderzoeksbevoegdheid is van belang in het kader van de bijstandsverlening. De bijstandsregels brengen hierop geen wijzigingen aan. Of, en zo ja ten behoeve van wie een bevoegdheid in het kader van de *Amtshilfe* mag worden ingezet, is ook afhankelijk van de vraag of het om een in algemene termen omschreven bevoegdheid gaat of juist om een aan specifieke voorwaarden gekoppelde.[618] Zo bleek hierboven uit de *Abgabenordnung* dat de inlichtingenbevoegdheden alleen voor fiscale doeleinden mogen worden gebruikt (vgl. § 93 AO). In de *Strafprozeßordnung* kwamen we voorschriften tegen die beperkingen leggen op het vergaren en gebruik van informatie die met gebruikmaking van zware bevoegdheden – bijvoorbeeld de *Überwachung des Fernmeldeverkehrs* (§§ 100a, 110b V en 477 StPO) – werd verkregen. Ook dergelijke bepalingen kunnen in het kader van de *Amtshilfe* alleen worden doorbroken, wanneer een wet daartoe expliciet machtigt. Het omgekeerde geldt overigens ook: waar doelbeperkingen ontbreken, mag bijstand om die reden niet worden geweigerd.

4.4.4.2 Andere vormen van samenwerking

Een laatste, beperkt woord over de samenwerking op nationaal vlak past over de mogelijke andere manieren tot samenwerking tussen de betrokken autoriteiten. Het voorgaande laat immers onverlet dat er nog andere mogelijkheden tot samenwerking zouden kunnen zijn. In het bijzonder die gevallen waarin de samenwerking ook de eigen taak dient, en er dus geen sprake is van bijstand (*Amtshilfe*), zouden interessant zijn. We zagen immers dat in Nederland in het Financieel Expertise Centrum autoriteiten van geheel verschillend statuur met elkaar samenwerken vanuit een gemeenschappelijk belang.[619] Naar Duits recht is dit geen *Amtshilfe*, zodat de beperkingen van die regeling mogelijk niet zouden gelden. Toch bestaat een vergelijkbaar initiatief in Duitsland momenteel niet. Dat brengt mee dat de samenwerking tussen bestuur en justitie binnen de fiscale, respectievelijk financiële kolom doorgaans goed werkt, maar dat deze tussen de fiscale en financiële kolom hapert, met uitzondering van § 8 II KWG.

---

616 Vgl. artikel 5, tweede lid, in fine, VwVfG.

617 Stelkens/Bonk/Sachs (1998), § 5 VwVfG, rn. 30; Kopp (2000), § 5 VwVfG, rn. 24; Knack (1998), § 5 VwVfG, rn. 5.2.3.1.

618 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs (1998), § 5 VwVfG, rn. 22; Knack (1998), § 5 VwVfG, rn. 3.3.3; Kopp (2000), § 5 VwVfG, rn. 18 e.v.

619 Hoofdstuk 3.4.4.2.

4.5 INTERNATIONALE SAMENWERKING

4.5.1 Inleiding

In het voorgaande zijn de BAFin, *Staatsanwaltschaft* en *Finanzbehörde* beschreven aan de hand van hun taakstellingen, de daaraan gekoppelde bevoegdheden in relatie tot banken, alsmede de onderlinge mogelijkheden tot samenwerking. In een systeem van indirecte handhaving, zoals in de EU, en de daaraan inherente noodzaak van samenwerking is zo'n beschrijving noodzakelijk. In deze paragraaf worden de consequenties hiervan aangegeven voor de internationale samenwerking. In hoeverre bieden de huidige afspraken ruimte om de Duitse autoriteiten te ondersteunen bij de vervulling van hun taken? En omgekeerd, onder welke voorwaarden zijn de Duitsers zelf bereid om samen te werken? Is men bereid tot een erkenning van interstatelijke verschillen of neigt men juist naar een beperking tot het gemeenschappelijke?

Het perspectief van het specialiteitsbeginsel, ambtsgeheim en bankgeheim, of meer in het algemeen: de positie van banken in het interstatelijk verkeer, zijn opnieuw maatgevend. Bijzondere aandacht is er bij dit alles ook voor de rechtsbescherming van de betrokken banken. Uit het voorgaande komt naar voren dat diens positie in de innerstatelijke context goed gewaarborgd is door tal van mechanismen (ambtsgeheim, preventieve rechterlijke toetsing, rechtsbescherming achteraf, verdenkingsvoorwaarden, vergarings- en gebruiksverboden, et cetera), waarbij ook de onderlinge verhoudingen tussen de procedures niet uit het oog worden verloren. Krijgen deze mechanismen ook in de interstatelijke context voldoende uitwerking of brengt het interstatelijke verkeer beperkingen met zich?

In het onderstaande maak ik daartoe onderscheid tussen de positie van de betrokken autoriteiten als aangezochte, danwel verzoekende autoriteit. In het bijzonder ga ik daarbij in op de vragen:

1. of er naar Duits recht beperkingen worden gesteld aan het simultaan voeren van procedures en dus aan het gelijktijdig stellen, danwel behandelen van bijstands- en rechtshulpverzoeken, met het oog op het voorkomen van een omzeiling van rechtswaarborgen;
2. voor welke doeleinden bijstand, c.q rechtshulp mogen worden verleend, c.q. mogen worden gevraagd, in het bijzonder in relatie tot de punitieve (strafrechtelijke en bestuursrechtelijke) handhaving;
3. of, *naast* deze toelaatbare doeleinden gelijktijdig, *ook* andere doeleinden mogen worden gediend die zelf buiten de reikwijdte van de samenwerkingsplicht vallen;
4. welke onderzoeksbevoegdheden daarbij mogen worden gebruikt in relatie tot banken;
5. of de gegevens nadien voor andere doeleinden mogen worden gebruikt en de mogelijke voorwaarden die daarbij worden gesteld.

4.5.2 De BAFin

4.5.2.1 De BAFin als aangezochte partij

A) Rechtsbronnen en omvang van de plicht tot samenwerking; geheimhouding en doelbinding
Voor de BAFin zijn de centrale regelingen voor de internationale samenwerking te vinden in de *Wertpapierhandelsgesetz* en in de *Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (IRG), afhankelijk van de materie. Hier beperk ik me tot de *Wertpapierhandelsgesetz*. De samenwerking bij *Ordnungswidrigkeiten* komt aan de orde in paragraaf 4.5.4.

Samenwerking met het buitenland is een wezenlijk deel van de taakvervulling van de BAFin.[620] Artikel 7 WpHG bevat – in navolging van § 4 II FinDAG – de opdracht aan de BAFin tot internationale samenwerking. De leden 1 t/m 5 zien daarbij op de samenwerking in EU- en EER-verband, terwijl de leden 5 en 7 zien op de samenwerking met derde landen. Het artikel kent regels over de BAFin als aangezochte partij en als verzoekende partij. Het bevat ook regels over de gegevensverstrekking op verzoek en de deelname van buitenlandse ambtenaren aan het onderzoek (lid 2), over de spontane verstrekking van gegevens (lid 5) en over de vergaring van gegevens ten behoeve van de samenwerking (leden 1 en 2). De regels inzake de grensoverschrijdende verificaties in het kader van de MiFID zijn neergelegd in § 36c WpHG.

> § 7 I WpHG luidt: '(1) Der Bundesanstalt obliegt die Zusammenarbeit mit den für die Überwachung von Finanzinstrumenten und von Märkten, an denen Finanzinstrumente gehandelt werden, zuständigen Stellen der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum. Die Bundesanstalt macht im Rahmen ihrer Zusammenarbeit zum Zweck der Überwachung der Einhaltung der Verbote und Gebote dieses Gesetzes und entsprechender Verbote oder Gebote dieser Staaten von allen ihr nach dem Gesetz zustehenden Befugnissen Gebrauch, soweit dies geeignet und erforderlich ist, den Ersuchen der in Satz 1 genannten Stellen nachzukommen. (…)'

De eerste vraag die moet worden beantwoord is hoe ver de bijstandsplicht van de BAFin reikt, in het bijzonder ook in relatie tot de wederzijdse rechtshulp. Een algemene regel die het doen van bijstandsverzoeken na inleiding van een strafrechtelijk onderzoek ontoelaatbaar maakt, bestaat er niet. Dat zou niet sporen met de innerstatelijke context waarin parallel onderzoek zeer goed mogelijk is. Ook na de inleiding van het strafrechtelijk onderzoek is daarom een bijstandsverzoek mogelijk, hoewel in die gevallen goed voor ogen moet worden gehouden welk doel het verzoek precies dient.

620 Vgl. ook *supra* paragraaf 4.2.1.3.

DUITSLAND

> De vraag is in hoeverre het enigszins cryptische § 7 VI WpHG, waarin wordt bepaald dat de bepalingen over de wederzijdse rechtshulp onaangetast blijven, dwingt tot een andere uitkomst. Zoals ik hierboven al constateerde,[621] is de reikwijdte van dergelijke bepalingen zacht gezegd onduidelijk. Er is door sommigen uit afgeleid dat de bijstandsweg niet mag worden gevolgd, wanneer de strafrechtelijke weg al openstaat.[622] Anderen betogen dat de financiële bijstand in insiderzaken als een vorm van rechtshulp moet worden gezien.[623] De eerste benadering kan ik vanuit Duits oogpunt volgen, omdat ze spoort met het hieronder nog te bespreken § 1 IRG dat de samenwerking in strafrechtelijke aangelegenheden exclusief reserveert voor de rechtshulp.[624] Ze laat echter onverlet dat parallel aan een strafrechtelijk onderzoek de toezichthouders nog zelf onderzoek kunnen verrichten.

De mogelijkheid van parallel onderzoek laat echter onverlet dat er op grond van de regeling van § 7 WpHG primair wordt samengewerkt met het oog op toezichtsdoeleinden (*Überwachung von Finanzinstrumenten und von Märkten*). Een strafrechtelijke doelzetting kan uit het artikel niet worden afgeleid. Anderzijds moet er ter dege mee rekening worden gehouden dat buitenlandse toezichthouders, net als de BAFin, taken vervullen ter voorbereiding van of parallel aan de opsporing of dat deze zelf punitieve sancties kunnen opleggen.[625] De Europese regels verbieden dit niet, integendeel.[626] De vraag is echter of het Duitse recht hier nog aanvullende beperkingen stelt.

Die beperkingen zijn er, voor zover het gaat om de punitieve sanctionering door toezichthouders zelf. Naar Duits recht moet daarvoor de rechtshulpweg worden gevolgd, voor zover althans die sancties leiden tot een rechtsgang naar de strafrechter.[627] Dezelfde praktijk komen we hieronder ook nog tegen in de fiscale bijstand.[628] Voor punitieve sancties als de Nederlandse bestuurlijke boete is die weg niet mogelijk. Dat roept uiteraard allerhande vragen op over de bescherming van het *nemo-tenetur*beginsel, waarvoor de communautaire instrumenten bijzonder weinig aandacht hebben. In de praktijk is de BAFin echter nog niet, althans niet tot maart 2006, via de rechtshulp benaderd.[629] Men geeft vanuit het buitenland de voorkeur aan de informelere bijstandsweg. De beoogde scheiding tussen bijstand en rechtshulp blijkt in dat opzicht niet meer dan een papieren scheiding.

De redactie van § 7 WpHG is echter zodanig dat een verzoek om financiële bijstand wel *mede* een (quasi-)strafrechtelijk doel kan hebben. Dat is af te leiden uit § 7 II. Daarin zijn doelbinding en geheimhouding het uitgangspunt. Wanneer de

621 *Supra* hoofdstuk 2.3.3.2.
622 Vgl. Assmann/Schneider (2003), § 7.
623 Vgl. Nietsch (2003), p. 336-344.
624 *Infra* paragraaf 4.5.4.1.
625 Vgl. Royla (2000), p. 113-114.
626 Hoofdstuk 2.2.3.1.
627 *Infra* paragraaf 4.5.4.1, onder A.
628 *Infra* paragraaf 4.5.3.1, onder A.
629 Zo werd mij van de zijde van de BAFin meegedeeld.

ontvanger de informatie voor andere doeleinden nodig heeft, is dat toegestaan, mits met toestemming van de BAFin die de zaak opnieuw zal toetsen aan § 7 WpHG.[630] Ook hier geldt een gesloten systeem.[631] Doelafwending of verstrekking ten behoeve van fiscale doeleinden is dus niet toegestaan. Conform de Europese regels geldt het voorgaande echter *onverminderd* mogelijke strafrechtelijke plichten op het gebied van het gedragstoezicht. Die strafrechtelijke plichten kunnen opsporings- of vervolgingstaken van de verzoekende autoriteit zijn, maar ook strafrechtelijke informatie- of aangifteplichten. Zonder dat deze van de BAFin aanvullende toestemming hoeven te vragen, mogen de autoriteiten, ook die van niet-EU landen, de gegevens voor strafrechtelijke doeleinden gebruiken. Of die informatie bij het uitgaan van het verzoek al relevant lijkt voor de strafrechtelijke doeleinden of dat pas later wordt, is niet relevant. Gelet op het primaire doel, zullen de Duitse autoriteiten alleen beoordelen of het verzoek toezichtsdoeleinden dient. Dat spoort met de omgekeerde en hierboven besproken situatie waarin Duitsland zelf verzoekende partij is (vgl. § 8 II WpHG).[632]

> § 7 II WpHG luidt: '(2) Auf Ersuchen der in Absatz 1 Satz 1 genannten zuständigen Stellen führt die Bundesanstalt Untersuchungen durch und übermittelt unverzüglich alle Informationen, soweit dies für die Überwachung von organisierten Märkten oder anderen Märkten für Finanzinstrumente, von Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten, Investmentgesellschaften, Finanzunternehmen oder Versicherungsunternehmen oder damit zusammenhängender Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren erforderlich ist. Bei der Übermittlung von Informationen hat die Bundesanstalt den Empfänger darauf hinzuweisen, dass er unbeschadet seiner Verpflichtungen im Rahmen von Strafverfahren die übermittelten Informationen einschließlich personenbezogener Daten nur zur Erfüllung von Überwachungsaufgaben nach Satz 1 und für damit zusammenhängende Verwaltungs- und Gerichtsverfahren verwenden darf. Die Bundesanstalt kann Bediensteten ausländischer Stellen nach Absatz 1 Satz 1 auf Ersuchen die Teilnahme an den von der Bundesanstalt durchgeführten Untersuchungen gestatten.'

In afwijking van de hoofdregel die verplicht tot samenwerking, kunnen soms weigeringsgronden worden ingeroepen. Deze zijn verwoord in het derde lid van § 7 WpHG. De verplichting tot samenwerking vervalt, wanneer de doorgave van informatie de soevereiniteit of openbare orde en veiligheid van de Bondsrepubliek in gevaar brengt. Ze vervalt ook wanneer voor hetzelfde feit tegen dezelfde persoon al een rechtelijke procedure is ingeleid of een onherroepelijk oordeel voorligt.[633] Daarin ligt het *ne-bis-in-idem*beginsel ten grondslag. Uit de redactie van het artikel is echter niet op te maken dat het moet gaan om een op punitieve sanctieoplegging gerichte procedure. De weigeringsgrond krijgt daarmee een ruime toepassingssfeer.

---

630 Schäfer (1999), § 36c WpHG, die de relevante parlementaire stukken aanhaalt.
631 Over de vraag of het Europese recht die eis nog stelt, hoofdstuk 2.2.3.2.
632 *Supra* paragraaf 4.4.1.1.
633 Hierover ook Nietsch (2003), p. 326-331.

> § 7 III WpHG luidt: '(3) Die Bundesanstalt kann eine Untersuchung, die Übermittlung von Informationen oder die Teilnahme von Bediensteten zuständiger ausländischer Stellen im Sinne von Absatz 1 Satz 1 verweigern, wenn 1. hierdurch die Souveränität, die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt werden könnte oder 2. auf Grund desselben Sachverhalts gegen die betreffenden Personen bereits ein gerichtliches Verfahren eingeleitet worden oder eine unanfechtbare Entscheidung ergangen ist (…).'

B) Procedure en instrumentarium

Procedurele kwesties zijn bij de BAFin niet direct aan de orde. Omdat ze een *Bundesoberbehörde* is en enig in haar soort, zijn er geen voorschriften nodig over een verdeling van de verantwoordelijkheden in het kader van de internationale samenwerking.[634] De BAFin is zowel verantwoordelijk voor de beslissing over inwilliging van het verzoek als voor de uitvoering ervan. In de fiscale bijstand en de rechtshulp is dit, zo zullen we nog zien, anders.

Het verlenen van bijstand kan, naast het dulden van grensoverschrijdende verificaties, betrekking hebben op het verstrekken van al bestaande gegevens, maar ook op het vergaren van gegevens. Mogelijk zijn daarbij buitenlandse ambtenaren aanwezig. De bevoegdheden die de BAFin kan inzetten in het kader van de bijstandsverlening zijn dezelfde als die waarover ze in de nationale context beschikt. Dat is met zoveel woorden bepaald in het eerste lid van § 7 WpHG (*locus regit actum*) en in lijn met de Europese eisen ter zake.[635] Ook de betrokkene toekomende rechtswaarborgen zijn van toepassing. Dat betekent dat het hierboven besproken *Auskunftsverweigerungsrecht* van toepassing is.[636]

> Of en in hoeverre dit recht ook feitelijk kan worden geëffectueerd, mag mijns inziens worden betwijfeld. Precies het feit dat het verzoek primair moet zien op *Überwachungszwecke*, verhult mogelijk dat het verzoek ook (quasi-)strafrechtelijke doeleinden dienen kan. De Duitse autoriteiten hoeven daarvan niet op de hoogte te zijn. Dat hoeft in het Duitse systeem ook niet. Het gebruik voor strafrechtelijke doelen is zonder meer mogelijk. Het moet dus allereerst worden afgewacht of de Duitse autoriteiten de betrokkene op dit recht zullen wijzen, zoals § 4 WpHG verlangt. Ten tweede weet mogelijk ook de betrokkene niet, waarvoor hij precies wordt benaderd.

Op één punt is er echter onduidelijkheid. In de Europese richtlijnen is voorgeschreven dat de daarin voorgeschreven bevoegdheden ook inzetbaar moeten zijn ten behoeve van de internationale samenwerking. Ook in § 7 I WpHG is bepaald dat de BAFin alle tot haar beschikking staande bevoegdheden moet inzetten, ook als die niet in de *Wertpapierhandelsgesetz* zijn genormeerd.[637] Daaronder valt dus de be-

634 Als gezien is de BAFin ten opzichte van het buitenland het centrale aanspreekpunt, ook wat betreft het beurstoezicht. Dat laatste is echter niet voorwerp van dit onderzoek.

635 Vgl. Royla (2000), p. 118.

636 *Supra* paragraaf 4.3.2.1, onder B.

637 Vgl. Bundesrat Drs. 341/04, p. 61 van 30 april 2004.

voegdheid op grond van bijvoorbeeld § 24c KWG, maar er zouden ook de bevoegdheden op grond van de *Ordnungswidrigkeitengesetz* onder kunnen vallen. Bovendien zou gelden dat waar de BAFin zelf niet over de gevraagde bevoegdheden beschikt (bijvoorbeeld omdat het OM bevoegd is), het OM moet worden ingeschakeld als de materie onder de reikwijdte van de Europese richtlijnen valt.[638] Kijken we naar Nederland, dan blijkt dat de AFM feiten afdoet via bestuurlijke boetes (en dus de bijstand gebruikt), waarvoor in Duitsland het OM, en niet de BAFin, bevoegd is.[639] Mag de AFM in die gevallen via de bijstand om inbeslagneming verzoeken?

Die mogelijkheid lijkt inderdaad voort te vloeien uit het systeem van de Europese richtlijnen.[640] Ze zou echter in strijd kunnen komen met § 7 VI WpHG dat bepaalt dat de samenwerking in strafzaken onaangetast blijft. Daar komt bij dat waar de BAFin op grond van de *Ordnungswidrigkeitengesetz* wél zelf bevoegd is, de toepassing van die bevoegdheden in het kader van de bijstand in strijd komt met een ander innerstatelijk Duits uitgangspunt, namelijk dat al het *Ordnungswidrigkeiten*verkeer via de rechtshulp verloopt en dat dus de bevoegdheden die in het kader van die procedure inzetbaar zijn, evenmin mogen worden gebruikt voor bijstandsdoeleinden (vgl. § 1 IRG). Ook dit uitgangspunt zal moeten wijken, wil men uitvoering geven aan de samenwerkingsplichten van de Richtlijn marktmisbruik en de MiFID. Het interne onderscheid tussen bijstand en rechtshulp wordt zo door de Europese regels uitgehold.

C) Rechtsbescherming

De kwestie van de rechtsbescherming blijft hier buiten beschouwing. § 7 WpHG bevat erover geen specifieke voorschriften. Ik verwijs naar de bespreking van de relevante fiscale regels *infra* in paragraaf 4.5.3.1, onder D, die *mutatis mutandis* op de BAFin kunnen worden toegepast.

4.5.2.2 De BAFin als verzoekende partij

Ook wanneer het de BAFin is, die informatie uit het buitenland wil ontvangen, moet worden bekeken welke opties ze daartoe heeft. Afhankelijk van het onderwerp komt aan de BAFin een keuzemogelijkheid toe: ze kan hetzij gebruik maken van de wederzijdse rechtshulp, hetzij van de administratieve bijstand. Haar taken in het kader van het *Ordnungswidrigkeitenverfahren* (§ 40 WpHG) vallen onder het eerste, haar taken ter voorbereiding van de opsporing (§ 4 V WpHG) onder het tweede.[641] Dergelijk onderzoek kan samenvallen met andere taken van niet-punitieve aard.[642] Zijn er regels die deze keuzevrijheid normeren? Hoe houdt men de

638 Vgl. art. 12 j° 16 Richtlijn marktmisbruik; Luchtman (2006).
639 Over de implementatie van de Richtlijn marktmisbruik, *supra* paragraaf 4.2.1.2.
640 Luchtman (2006).
641 De samenwerking op het terrein van de *Ordnungswidrigkeiten* komt aan de orde in paragraaf 4.5.4.2, onder A.
642 *Supra* paragraaf 4.2.1.5.

situatie controleerbaar? Het antwoord op deze vragen blijft in de financiële bijstand een beetje in het ongewisse. In de fiscale bijstand is er veel meer aandacht voor. Ik kom er daar uitgebreider op terug.

Doel en omvang van de samenwerking met de BAFin als verzoekende partij liggen in algemene zin besloten in § 7 I j° 7 IV (EU- en EER-staten) en VII (derde landen) WpHG. Daarin is de BAFin de verplichting opgelegd met buitenlandse toezichthoudende autoriteiten samen te werken voor de vervulling van haar taken op grond van de *Wertpapierhandelsgesetz*. Daaronder vallen al haar toezichtstaken, inclusief die ter voorbereiding van de opsporing, maar als gezien niet haar taken op grond van de *Ordnungswidrigkeitengesetz*. De laatste verloopt via de rechtshulp, althans behoort via de rechtshulp te verlopen, ook al komt daarvan in de praktijk niet altijd evenveel terecht. Dat is een direct gevolg van de innerstatelijke organisatie van het financiële toezicht, waartoe als gezien de Europese regels ook alle ruimte bieden. De ontvangen informatie mag bijgevolg in beginsel alleen voor de aldus omschreven doeleinden worden gebruikt. Voor andere doeleinden moet toestemming worden gevraagd.[643] De verstrekking van gegevens aan de fiscus is zelfs te enen male uitgesloten (§ 8 II WpHG).

Het voorgaande staat er echter niet aan in de weg dat bijstandsverzoeken *mede* strafrechtelijke doeleinden of *Ordnungswidrigkeitenverfahren* kunnen dienen. Opnieuw is, in overeenstemming met het Europese recht, bepaald, dat de plicht die de BAFin heeft tot een strikt vertrouwelijk en doelgebonden gebruik, niet ziet op haar verplichtingen in strafrechtelijke aangelegenheden (*strafrechtliche Angelegenheiten*).[644] Anders dan wanneer de BAFin aangezochte partij is, is deze uitzondering voor de strafrechtelijke gevallen nu echter beperkt tot de strafbare feiten van de *Wertpapierhandelsgesetz* zelf ('wetseigen delicten'). Hier heeft de Duitse wetgever de BAFin zelf beperkingen opgelegd. Met inachtneming van deze beperking, kunnen buitenlandse gegevens in het kader van onderzoeken naar de insiderregels worden doorgeleid naar de Duitse justitie. Het betekent ook dat bijstandsverzoeken die uitgaan in het kader van de regulere toezichtstaken, door de BAFin mogen worden gebruikt in een parallel lopend *Ordnungswidrigkeitenverfahren*.

> § 7 IV WpHG luidt: '(4) Die Bundesanstalt ersucht die in Absatz 1 genannten zuständigen Stellen um die Durchführung von Untersuchungen und die Übermittlung von Informationen, die für die Erfüllung ihrer Aufgaben nach den Vorschriften dieses Gesetzes geeignet und erforderlich sind. Sie kann die ausländischen Stellen ersuchen, Bediensteten der Bundesanstalt die Teilnahme an Untersuchungen der ausländischen Stelle zu gestatten. Werden der Bundesanstalt von einer Stelle eines anderen Staates Informationen mitgeteilt, so darf sie diese unbeschadet ihrer Verpflichtungen in strafrechtlichen Angelegenheiten, die Verstöße gegen Verbote nach den Vorschriften dieses Gesetzes zum Gegenstand haben, nur zur Erfüllung von Überwachungsaufgaben nach Absatz 2 Satz 1 und für damit zusammenhängende Verwaltungs- und Gerichtsverfahren offenbaren

643 Zie § 7 IV (EU- en EER-landen) en VII (derde landen).

644 Deze uitzondering geldt niet wanneer de gegevens werden ontvangen van een derde (niet-EU of EER-staat), zoals Zwitserland; vgl § 7 VII WpHG.

oder verwerten. Die Bundesanstalt darf diese Informationen unter Beachtung der Zweckbestimmung den Börsenaufsichtsbehörden und den Handelsüberwachungsstellen der Börsen mitteilen. Eine anderweitige Verwendung der Informationen ist nur mit Zustimmung der übermittelnden Stelle zulässig. Wird einem Ersuchen der Bundesanstalt nicht innerhalb angemessener Frist Folge geleistet oder wird es ohne hinreichende Gründe abgelehnt, kann die Bundesanstalt den Ausschuss der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden hiervon in Kenntnis setzen.'

Ik laat de positie van de BAFin hier voor wat ze is. Voor opmerkingen over de rechtsbescherming bij uitgaande verzoeken en een latere bescherming in de procedure ten gronde, verwijs ik naar de nu te bespreken positie van de fiscus in het interstatelijke verkeer.

4.5.3 De *Finanzbehörde*

4.5.3.1 De Belastingdienst als aangezochte partij

De hierboven beschreven innerstatelijke situatie laat zien dat ook de Duitse fiscale autoriteiten een groot aantal taken vervullen en deze bovendien gelijktijdig mogen vervullen. Dat roept de vraag op of dit ook in transnationaal verband mogelijk is. Hoe gaat men om met verzoeken van (quasi-)strafrechtelijke aard? Stelt het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp hier grenzen of staat het niet aan een samenwerking op het raakvlak van bestuursrecht en strafrecht in de weg?

A) Rechtsbronnen en omvang van de plicht tot samenwerking
Het antwoord op de voorgaande vragen moet op verschillende plaatsen in de Duitse wet worden gezocht. De nationale rechtsbronnen voor de samenwerking op fiscaal vlak zijn:

1. § 117 AO;
2. de omzettingswetten van bilaterale fiscale verdragen met inlichtingenclausules;[645] voorbeelden zijn de omzettingswetten van de verdragen met Zwitserland[646] en Nederland;[647]
3. de *EG-Amtshilfegesetz* (EG-AHIG), die uitvoering geeft aan Richtlijn 77/799;
4. § 45e EStG en de daarop gebaseerde *Zinsinformationsverordnung*/ZIV van 26 januari 2004, die uitvoering geven aan de Spaarrenterichtlijn;

645 Fiscale verdragen – volkenrechtelijke overeenkomsten – kunnen door toestemmingswetten (*Transformationsgesetze*) worden omgezet in nationaal recht met de rang van een wet (vgl. Art. 59 II GG). Vanaf dat moment roepen ze ook voor fiscus, burger en bedrijf rechten en verplichtingen in het leven; in het bijzonder werpt § 30 AO dan geen belemmeringen meer op tegen verstrekking van inlichtingen; Klein (2003), § 117, rn. 20; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 84.
646 BGBl II 1993, 1886.
647 BGBl I 1980, 1999.

5. het *Merkblatt zur Zwischenstaatlichen Amtshilfe durch Auskunftsauskunft in Steuersachen* (voortaan: Merkblatt) van 25 januari 2006, waarin beleidsregels zijn neergelegd.

In het eerste aangehaalde artikel is de centrale, innerstatelijke Duitse bijstandsregeling gegeven. Anders dan in veel andere staten, kent dit artikel ook een regeling van de verdragsloze bijstand. De zogenaamde *Kulanzauskunft* stelt de Duitse autoriteiten in staat om ook zonder verdrag inlichtingen te verstrekken. De *EG-Amtshilfegesetz* is geen *lex specialis* ten opzichte van de andere innerstatelijke bijstandsregelingen, maar stelt wel een ondergrens: alleen verdergaande ambtshulp is onverminderd toegestaan (§ 1 III EG-AHIG).[648]

> § 117 I-III AO luidt: '(1) Die Finanzbehörden können zwischenstaatliche Rechts- und Amtshilfe nach Maßgabe des deutschen Rechts in Anspruch nehmen. (2) Die Finanzbehörden können zwischenstaatliche Rechts- und Amtshilfe auf Grund innerstaatlich anwendbarer völkerrechtlicher Vereinbarungen, innerstaatlich anwendbarer Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaften sowie des EG-Amtshilfe-Gesetzes leisten. (3) Die Finanzbehörden können nach pflichtgemäßem Ermessen zwischenstaatliche Rechtsund Amtshilfe auf Ersuchen auch in anderen Fällen leisten, wenn 1. die Gegenseitigkeit verbürgt ist, 2. der ersuchende Staat gewährleistet, dass die übermittelten Auskünfte und Unterlagen nur für Zwecke seines Besteuerungs- oder Steuerstrafverfahrens (einschließlich Ordnungswidrigkeitenverfahren) verwendet werden, und dass die übermittelten Auskünfte und Unterlagen nur solchen Personen, Behörden oder Gerichten zugänglich gemacht werden, die mit der Bearbeitung der Steuersache oder Verfolgung der Steuerstraftat befasst sind, 3. der ersuchende Staat zusichert, dass er bereit ist, bei den Steuern vom Einkommen, Ertrag und Vermögen eine mögliche Doppelbesteuerung im Verständigungswege durch eine sachgerechte Abgrenzung der Besteuerungsgrundlagen zu vermeiden und 4. die Erledigung des Ersuchens die Souveränität, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen des Bundes oder seiner Gebietskörperschaften nicht beeinträchtigt und keine Gefahr besteht, dass dem inländischen Beteiligten ein mit dem Zweck der Rechtsund Amtshilfe nicht zu vereinbarender Schaden entsteht, falls ein Handels-, Industrie-, Gewerbe- oder Berufsgeheimnis oder ein Geschäftsverfahren, das auf Grund des Ersuchens offenbart werden soll, preisgegeben wird. (…)'

In het kader van de ambtshulpverlening zijn, mede afhankelijk van de internationale of communautaire rechtsgrondslag,[649] meerdere handelingen mogelijk, waaronder in het bijzonder de verstrekking van inlichtingen op verzoek, spontaan of automatisch (vgl. § 2 EG-AHIG). Een spontane verstrekking is mogelijk wanneer er voldoende feitelijke aanknopingspunten zijn dat een van de in § 2 II EG-AHIG

648 Klein (2003), § 117, rn. 90.
649 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 145.

genoemde limitatief opgesomde gevallen zich voordoet.[650] Het *EG-Amtshilfegesetz* staat daarnaast ook toe dat buitenlandse ambtenaren onder verantwoordelijkheid van de Duitse fiscus aanwezig zijn bij de uitvoering van een onderzoek (§ 1b EG-AHIG). De buitenlandse ambtenaren mogen geen onderzoekshandelingen verrichten. Wel moet hun in gelijke mate als Duitse ambtenaren en ten behoeve van het concrete onderzoek toegang tot ruimtes en inzage in stukken worden verleend. Daarmee worden ook gelijktijdige of multilaterale controles vergemakkelijkt.[651] Deze staan aan Duitse zijde onder coördinatie van het *Bundeszentralamt für Steuern* (vgl. Nr. 1.5.3 Merkblatt). De gegevensverstrekking in het kader van de Spaarrenterichtlijn heeft plaats op grond van § 45e EStG j° § 8 en 9 ZIV. Wanneer de Duitse bevoegde autoriteit, het *Bundeszentralamt*, die gegevens aan buitenlandse collega's verstrekt, kunnen de weigeringsgronden van § 3 EG-AHIG niet worden ingeroepen.[652]

> Overigens vind ik het tegen de achtergrond van de bovenstaande bespreking van het fiscale bankgeheim in de innerstatelijke context opmerkelijk dat gegevens over *Zinseinkünfte* vrij makkelijk aan het buitenland worden verstrekt. In de innerstatelijke context geldt immers dat banken juist niet verplicht zijn van iedere rentebetaling melding te doen.[653] De verklaring hiervoor moet mijns inziens worden gezocht in het feit dat men met § 30a AO en bijhorende regelingen in de *Einkommensteuergesetz* vooral kapitaalvlucht *naar* het buitenland heeft willen voorkomen. Het verstrekken van gegevens over rentebetalingen *aan* de buitenlandse fiscus is daarmee verenigbaar. Van kapitaalvlucht uit Duitsland is dan geen sprake. Dat verklaart ook waarom de regeling zonder veel omhaal door het parlement werd geloodst, terwijl in de innerstatelijke context een verwijzing naar het bankgeheim telkens weer garant staat voor vuurwerk.[654]

Voor welke doelen kan van Duitse zijde bijstand worden verleend? Is dat ook mogelijk voor (quasi-)strafrechtelijke doeleinden? De Europese regels sluiten op zichzelf niet uit dat bijstand wordt verleend voor de oplegging van punitieve bestuurlijke sancties, zoals de *Ordnungswidrigkeit*, of dat bijstand wordt verleend in de (voorfase van de) opsporing.[655] Nog veel verder gaat zelfs het verdrag met Zwitserland, waarin de bijstand wordt gebruikt in gevallen van fiscaal bedrog (*Steuerbetrug*) en zo functioneert als een volwaardig alternatief voor de rechtshulp.[656]

---

650 Klein (2003), § 117, rn. 107; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 260 e.v.

651 Carl/Klos (1995), p. 158 e.v.; Hendricks (2004), p. 383 e.v.

652 Art. 45e EStG werd ingevoerd door de *Steueränderungsgesetz*/StÄndG 2003; zie ook Bundestag Drs. 15/1928 van 5 november 2003. Later is de regeling via de *EG-Amtshilfe-Anpassungsgesetz* nog veranderd in verband met Richtlijn 2004/56/EG; Bundesrat Drs. 619/04 van 13 augustus 2004.

653 *Supra* paragraaf 4.3.3.1, onder B.

654 Bundestag Drs. 15/1928 van 5 november 2003 en Drs. 15/1945 van 6 november.

655 Hoofdstuk 2.3.3.2.

656 Hoofdstuk 2.3.3.1. Daarop kom ik uitvoerig terug in hoofdstuk 5.5.3.1, onder A.

DUITSLAND

Duitsland zelf probeerde oorspronkelijk de *Ordnungswidrigkeiten* ook onder te brengen bij de wederzijdse bijstand.[657]

Ook in § 117 AO wordt gesproken van *Rechts-* én *Amtshilfe*. Daarmee wordt gesuggereerd dat ook de wederzijdse (straf)rechtshulp onder het artikel valt. Toch is dat niet het geval; het gaat enkel om samenwerking voor *Besteuerungszwecke*.[658] Ook § 1 EG-AHIG staat ter uitvoering van Richtlijn 77/799 samenwerking toe bij de vaststelling (*Festsetzung*) en inning (*Erhebung*) van (onder meer) de directe belastingen.[659] Deze wet dus is evenmin geschikt als rechtsgrondslag voor strafrechtelijke samenwerking.[660] Hetzelfde geldt naar de heersende mening voor de inlichtingenclausules in de bilaterale verdragen (met uitzondering van dat met Zwitserland).[661] Ook de *Ordnungswidrigkeiten* vallen naar heersend inzicht niet onder de bijstandsplicht, maar onder de rechtshulp. Hier heeft Duitsland zichzelf dus beperkingen opgelegd.

Wel moeten deze beperkingen op hun beurt eveneens worden gerelativeerd. Vaststelling van de belastingschuld, controle en opsporing blijken immers onmogelijk daadwerkelijk te scheiden. Net als in de nationale situatie rijst in aanvulling op het voorgaande de vraag a) in hoeverre bestuursrechtelijke onderzoeken en strafrechtelijke onderzoeken in een transnationale context parallel kunnen lopen en b) of het denkbaar is dat een bijstandsverzoek *mede* opsporingsdoeleinden dient. Omdat beide vragen bevestigend worden beantwoord, moet de ferme conclusie van zojuist wat worden afgezwakt. Dat is met zoveel woorden bepaald in Nr. 1.2 Merkblatt, maar het kon ook al worden afgeleid uit vroege jurisprudentie van het *Bundesfinanzhof*.[662]

> In Nr. 1.2. Merkblatt is het volgende te lezen: 'Auch nach Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens können noch Auskünfte auf dem Amtshilfeweg zum Zweck der Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen unter Beachtung des § 393 AO eingeholt und erteilt werden (z.B. Auskünfte aus den Steuerakten). Soweit die Finanzbehörde *ausschließlich* im Strafverfahren (Steuerhinterziehung) oder als zuständige Verwaltungsbehörde im Bußgeldverfahren (Steuerordnungswidrigkeit) tätig wird, sind Auskünfte nach den Regeln über die zwischenstaatliche Rechtshilfe in Strafsachen einzuholen bzw. Ermittlungen aufgrund eines ausländischen Rechtshilfeersuchens nur nach den straf- und bußgeldrechtlichen Vorschriften

657 Hoofdstuk 2.4.3.2 Deze verklaring heeft Duitsland overigens nooit ingetrokken, terwijl het betreffende verdrag, ETS 100, voor Duitsland in werking is.

658 Carl/Klos (1995), p. 67; Dannecker (1990), p. 129; Klein (2003), § 117, rn. 13; Hendricks (2004), p. 22 e.v.; Schäfer (2005), p. 50 e.v.

659 'Steuern vom Einkommen, Ertrag und Vermögen.' Bij *Steuern* gaat het om belastingen in de zin van § 3 AO; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 229.

660 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rns. 12a en 231/231a.

661 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 50b.

662 BFH 29 oktober 1986, *supra* noot 121.

> (insbesondere zur Vermeidung von Verwertungsverboten) vorzunehmen [mijn cursivering, ML].'[663]

Parallel onderzoek is dus mogelijk. Uit de toepasselijkheid van de principes van § 393 AO moet niet alleen worden afgeleid dat in het kader van een *Besteuerungsverfahren* de bijstandsweg en in het kader van een *Steuerstrafverfahren* de strafrechtelijke weg moet worden bewandeld, maar ook dat beide procedures gelijk aan elkaar zijn en parallel kunnen lopen.[664] In het verlengde hiervan ligt dat bijstandsverzoeken niet uitsluitend opsporingsdoelen, inclusief de opsporing van *Ordnungswidrigkeiten*, kunnen dienen.[665] Echter, *a contrario* kan daaruit worden afgeleid dat het *mede* dienen van die doelen wel mag, op voorwaarde uiteraard dat de gegevens op basis van het ambtsgeheim en specialiteitsbeginsel ook daadwerkelijk voor (fiscaal-)strafrechtelijke doelen mogen worden gebruikt. Deze aanpak lijkt mij een realistische benadering. Er wordt mee erkend dat gegevens die ter uitvoering van een verzoek én met inachtneming van de normen die gelden in het *Besteuerungsverfahren* rechtmatig werden verkregen, ook relevant kunnen zijn voor het *Steuerstrafverfahren*. In hoevere ze daarvoor ook daadwerkelijk mogen worden gebruikt, wordt dan bepaald door het internationaal fiscaal ambtsgeheim. Hieronder zal blijken dat de Duitse nationale regelingen op dit punt een fiscaalstrafrechtelijk gebruik in de regel toelaten (zie *infra*, onder C).

> Het is niet helemaal duidelijk of de verwijzing naar § 393 AO ook betekent dat de afdwingbaarheid van de fiscale medewerkingsplicht komt te vervallen. Evenmin is duidelijk hoe § 393 II, dat een bewijsverbod introduceert, in een transnationale context moet worden gewaarborgd. Daarover bevat het Merkblatt geen opmerkingen. Het ligt mijns inziens in de rede ook deze regels toe te passen. Maar dan rijzen snel problemen. Een en ander veronderstelt ten eerste dat de Duitse autoriteiten op de hoogte zijn van de buitenlandse fiscaal-strafrechtelijke procedure. Of dat in de praktijk gebeurt, moet nog maar worden afgewacht. Ten tweede hoeft het onderscheid tussen bestuurs- en strafrechtelijke handhaving in het buitenland niet gelijk te lopen aan het Duitse. Wanneer er sprake is van een *Besteuerungsverfahren* en wanneer niet, zal niet altijd duidelijk zijn. Dat roept vragen op over het exacte moment van toepassing van de waarborgen van § 393 AO. Ook voor de buitenlands belastingplichtige die zich in Duitsland bevindt, zal dit niet altijd duidelijk zijn.

De bijstandsplicht (of -bevoegdheid: § 117 III AO) geldt niet onbeperkt. § 3 EG-AHIG bijvoorbeeld bevat imperatieve en facultatieve weigeringsgronden die

---

663 Hierover Dannecker (1990), p. 129-130 en 137-138; Carl/Klos (1995), p. 68-69; Streck (1996), p. 211; Wabnitz/Janovsky (2000), p. 741; Hendricks (2004), p. 22 e.v.; Wettner (2005), p. 163 e.v.

664 Vgl. paragraaf 4.2.2.3, onder A.

665 Schomburg & Lagodny (2002), p. 220, lijken overigens de omgekeerde mening aan te hangen: zij stellen dat wanneer een verzoek *ook* opsporingsdoeleinden dient, de rechtshulpweg *moet* worden gevolgd. In die zin ook Wettner (2005), p. 167-168.

corresponderen met die van de Bijstandsrichtlijn.[666] Ook weigeringsgronden die zijn opgenomen in fiscale inlichtingenclausules in bilaterale verdragen kunnen na omzetting een imperatieve of facultatieve weigeringsgrond opleveren.[667] Welke weigeringsgronden kunnen worden ingeroepen, hangt dus af van de regeling waar men zich op baseert.

> Ik volsta hier met een korte introductie van de weigeringsgronden van de *EG-Amtshilfegesetz*. Op grond van die wet *mag* bijstand niet worden verleend (imperatieve weigeringsgronden), wanneer de Duitse fiscus daardoor in strijd zou handelen met zijn eigen recht, wat onder meer inhoudt dat hij bij het vergaren van inlichtingen de relevante Duitse normen in het oog moet houden (§ 3 I Nr. 1 EG-AHIG). Een andere weigeringsgrond levert de Duitse *ordre public* op. Deze komt onder meer in het geding, wanneer een adequate geheimhouding van gegevens in de ontvangststaat niet kan worden gewaarborgd (Nr. 3). Ook moet bijstand worden geweigerd wanneer de ontvangende staat de bescherming van persoonsgegevens niet voldoende kan waarborgen (Nr. 3a) of wanneer door schending van een commercieel - of bedrijfsgeheim (het bankgeheim valt *niet* onder deze weigeringsgrond)[668] een onevenredige schade ontstaat (Nr. 4). Het tweede lid bevat facultatieve weigeringsgronden. Op grond daarvan *hoeft* bijstand niet te worden verleend wanneer de verzoekende autoriteit zijn eigen mogelijkheden niet eerst heeft uitgeput of wanneer dat de eigen taakuitoefening zou schaden. Ook het wederkerigheidsbeginsel is vorm gegeven als een optionele grond. In Nederland is dit als gezien anders.

Verstrekt men in weerwil van een dwingende weigeringsgrond toch informatie aan het buitenland, dan schendt men het fiscale ambtsgeheim met alle gevolgen vandien. Zo begaat men onder meer een strafbaar feit (§ 355 StGB).[669]

B) Procedure en instrumentarium

De centrale bevoegde autoriteit in de wederzijdse bijstand is het *Bundesministerium der Finanzen* (vgl. § 1a EG-AHIG). Alle bijstandsverzoeken lopen in beginsel via hem. Deze bevoegdheid is in het overgrote deel der gevallen overgedragen aan het *Bundeszentralamt für Steuern*.[670] Aldus is een zekere mate van controle mogelijk gemaakt (vgl. Nr. 1.6.2 Merkblatt). Het is namelijk het BZSt dat beslist of aan een verzoek gehoor moet worden gegeven (*Bewilligung*). Via de lokale fiscus kan het BZSt worden geadresseerd voor het inroepen van rechtsbescherming (Merkblatt Nrs. 6.1 en 6.2). Het *Bewilligungsverfahren* is niet nader genormeerd in de *Abgabenordnung* of enige andere wet.[671]

---

666 Ook § 117 III AO bevat weigeringsgronden voor de *Kulanzauskünfte*.
667 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 89 e.v.
668 Carl/Klos (1995), p. 83; Brock (1998), p. 179 e.v.
669 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 286.
670 *Supra* paragraaf 4.2.2.1; vgl. § 5 I Nr. 5 FVGV j° de *Erlass* van 29 november 2004 - IV B 6 - S 1304-2/04 -, BStBl I, p. 1144.
671 Schomburg & Lagodny (2002), p. 213.

De feitelijke uitvoering van het verzoek vindt plaats door de zogenaamde *Vornahmebehörde*. Dat zijn de bevoegde onderdelen van de fiscus in den lande.[672] Deze kunnen al voorhanden zijnde gegevens via het BZSt verstrekken. Ze kunnen ook eerst nog verdere onderzoekshandelingen uitvoeren en pas daarna de gegevens overdragen via het BZSt. Bij de verstrekking van al voorhanden zijnde gegevens kan het fiscale ambtsgeheim uiteraard niet worden ingeroepen.[673] § 30 IV Nr. 2 AO staat informatieverstrekking aan de buitenlandse fiscus toe.[674] Ook opsporingsinformatie mag worden verstrekt,[675] op voorwaarde dat er geen innerstatelijke gebruiks- en verstrekkingsbeperkingen gelden, zoals § 477 StPO.[676] Die informatie wordt vervolgens beschermd door het transnationale ambtsgeheim.

Ook bij het vergaren van nog niet voorhanden zijnde gegevens wordt het verzoek met inachtneming van het innerstatelijke recht uitgevoerd.[677] De inzet van de hierboven besproken fiscale bevoegdheden is mogelijk.[678] Echter, bij de uitvoering van bijstandsverzoeken mag geen gebruik worden gemaakt van fiscale opsporingsbevoegdheden.[679] Hetzelfde zagen we in Nederland.[680]

> De toepassing van het eigen recht bij de uitvoering ligt in de lijn van de inner- en interstatelijke uitgangspunten van de (fiscale) bijstand op grond waarvan de aangezochte autoriteit volledig verantwoordelijk is voor de handelingen die ze in het kader van de hulpverlening verricht. Enerzijds komen de Duitse fiscus bij de uitvoering van die verzoeken geen nieuwe bevoegdheden toe, maar worden de nationale onderzoeksbevoegdheden, die ik hierboven besprak, ook beschikbaar gesteld ten behoeve van de internationale samenwerking. Anderzijds is hij ook niet gehouden tot meer dan het eigen recht aan mogelijkheden biedt (vgl. § 114 j° 117 IV AO).[681] Zo is ook het (beperkte) bankgeheim van § 30a AO van toepassing,[682] wat inhoudt dat voor de toepassing van § 194 III (*Verwertung von Zufallsfunden*) beperkingen gelden.[683]

---

672 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 164 e.v.

673 Hendricks (2004), p. 349.

674 Het gaat hier niet om de verstrekkingsgrond van § 30 IV Nr. 1 AO, omdat niet de Duitse fiscale procedures in het geding zijn. De omzettingswetten van de fiscale verdragen hebben kracht van wet; vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 137. Ook § 117 AO en het *EG-Amtshilfegesetz* moeten worden aangemerkt als wettelijk toelaatbare uitzonderingen.

675 Klein (2003), § 117 AO, rn. 105; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 289a; BFH 17 mei 1995, I B 118/94 = BFHE 177, 242 = BStBl II 1995, 497; BFH 4 september 2000, I B 17/00 = BFHE 192, 260 = BStBl II 2000, 648.

676 *Supra* paragraaf 4.4.2.2; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rns. 10 en 289a.

677 Vgl. § 117 IV AO; 3 I Nr. 1 EG-AHIG.

678 Klein (2003), § 117 AO, rn. 60; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 94 e.v.

679 Carl/Klos (1995), p. 144.

680 Hoofdstuk 3.5.3.1, onder B.

681 Klein (2003), § 114, rn. 1; Hendricks (2004), p. 328 e.v.

682 Carl/Klos (1995), p. 145 en 193; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 286a; Brock (1998), p. 181.

683 Vgl. Hendricks (2004), p. 351. Nogmaals, de vraag is hoe dit *Verwertungsverbot* in een transnationale context vorm krijgt, aaangezien de gegevens gebruikt zullen worden door buitenland-

DUITSLAND

> Bij de uitvoering van de verzoeken moet een vertaalslag worden gemaakt, omdat het nu eenmaal gaat om buitenlandse belangen. Daarvoor werden de onderzoeksbevoegdheden primair niet gecreëerd. De autoriteit zal daarom aan het verzoek uitvoering geven *alsof* het ging om een innerstatelijk verzoek om ambtshulp (vgl. art. 8 Richtlijn 77/799)[684,685] In Nr. 3.2.1 van het Merkblatt staat echter dat de fiscus moet handelen *alsof* de *Duitse* belastingheffing in het geding was. Ik vraag me af of de koppeling aan de Duitse belastingwet wel zo gelukkig is. Het gaat nu immers juist *niet* om de Duitse heffing. Mijns inziens onjuist is dan ook de praktijk op grond waarvan een *Außenprüfung* niet *uitsluitend* ter vervulling van een bijstandsverzoek mag worden verricht.[686] De persoon bij wie de *Prüfung* moet worden uitgevoerd, moet naar Duits recht belastingplichtige zijn (Nr. 3.2.3 Merkblatt). De gedachte hierachter is dat *Außenprüfungen* bij derden niet zijn toegestaan.[687] Kennelijk zijn buitenlandse belangen per definitie *derdenbelangen*. Mijns inziens is deze eis in strijd met art. 8 Richtlijn 77/799.

De positie van de (buitenlands) belastingplichtige wordt eveneens bepaald door het nationale recht.[688] Dat houdt in dat hij tot medewerking verplicht is, ook als hij daardoor een verdenking van commune strafbare feiten op zich laadt. Hij is echter niet verplicht antwoorden te geven als hij zichzelf daardoor belasten zou met een *Steuerstraftat* of -*Ordnungswidrigkeit*.[689]

> Nogmaals, het is de vraag hoe deze interne Duitse regeling in een transnationale context moet worden gehandhaafd. Zullen de Duitse autoriteiten én de (buitenlands) belastingplichtige de mogelijke punitieve implicaties van het onderzoek wel tijdig onder ogen zien? Wat gebeurt er wanneer een naar Duits recht fiscaal delict in het buitenland een commuun delict is? Is de betrokkene dan tot medewerking verplicht (vgl. § 40 AO) of juist niet (§ 393 I AO)? Hoe moet § 393 II AO in een internationale context moet worden gehandhaafd? Moet Duitsland ter zake een specialiteitsvoorbehoud maken en zo ja, mag dat wel? Op deze vragen is geen eenduidig antwoord.

De toepassing van het nationale recht betekent overigens niet dat de Duitse autoriteiten aan alle voorwaarden voor toepassing van die bevoegdheden zullen toetsen. Bij de uitvoering van de verzoeken wordt gewerkt op basis van onderling vertrouwen. Het nut en de noodzaak van de handeling worden, net als overigens bij de verstrekking van gegevens, door de Duitse autoriteiten niet, althans zéér terughou-

---

se autoriteiten, die aan § 30a III AO niet gebonden zijn. In hoofdstuk 6 kom ik op dit probleem terug.

684 Hoofdstuk 2.3.3.4.

685 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 91

686 Idem, Henkdricks (2004), p. 332-333.

687 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 152; Carl/Klos (1995), p. 144; zie ook paragraaf 4.3.3.1, onder A.

688 Merkblatt Nr. 3.2.2.

689 Merkblatt Nr. 3.3.1.1; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 154; Carl/Klos (1995), p. 193; Hendricks (2004), p. 335-336.

dend, getoetst.[690] Diezelfde benadering zagen we in Nederland: interstatelijk vertrouwen is het uitgangspunt. De inhoudelijke kant van de zaak wordt aan de verzoekende autoriteit gelaten, die in overeenstemming met de uitgangspunten van § 114 AO (j° 117 IV AO) verantwoordelijk is voor de *(Gesamt)maßnahme* (het *Besteuerungsverfahren*) . Door de Duitse autoriteiten wordt ook geen toets aan het recht van de verzoekende staat voorgenomen.[691]

C) Geheimhouding en doelbinding

De geheimhouding en doelbinding van gegevens door de ontvangende staat is in Duitse ogen primair een aangelegenheid die in de internationale en communautaire voorschriften wordt geregeld en secundair in het recht van de ontvangststaat.[692] De rol van het Duitse recht is hier relatief gering, hoewel de verstrekking van inlichtingen *a priori* kan worden geweigerd, wanneer de geheimhouding in het ontvangstland niet afdoende gewaarborgd blijkt (§ 3 EG-AHIG). Anders dan Nederland brengt Duitsland zelf geen beperkingen aan op het verdere gebruik van de gegevens of de verstrekking aan derden door de buitenlandse autoriteiten, maar verlaat men zich volledig op de inter- en supranationale afspraken ter zake. Van de ruimte die art. 7 van Richtlijn 77/799 biedt, is geen gebruik gemaakt.[693]

Het voorgaande brengt mee dat binnen deze grenzen door Duitsland verstrekte gegevens ook voor fiscaal-strafrechtelijke doeleinden mogen worden gebruikt. *De facto* wordt hierdoor bereikt dat de fiscale bijstand weliswaar niet *uitsluitend*, maar toch ten minste *mede* fiscaal-strafrechtelijke doeleinden kan dienen. Toestemming door het BZSt (*Prinzip der langen Hand*) wordt in die gevallen niet geëist. Overleg met justitie heeft niet plaats, zoals in Nederland wel gebeurt. Ook het feit dat de gegevens mogelijk niet via de rechtshulp hadden kunnen worden verkregen, lijkt van geen bijzondere relevantie. Evenmin ziet men hierin een schending van het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*. Het ambtsgeheim zelf biedt al voldoende waarborgen.[694]

Dit alles doet sterk denken aan de benadering die ook in de innerstatelijke context wordt gevolgd. Immers, zelfs op het moment dat op voorhand duidelijk is dat een bijstandsverzoek meerdere doeleinden dienen kan, zal men zich, conform de uitgangspunten van § 393 AO en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het *Bundesfinanzhof*,[695] alleen concentreren op de vraag of aan alle voorwaarden voor toepassing van de verlangde bijstandshandeling is voldaan en eventuele andere doeleinden, waarvoor de informatie mogelijk kan worden gebruikt, buiten beschouwing laten. Dat laatste ziet men als een zaak voor het transnationale ambtsgeheim

690 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 149; Klein (2003), § 117 AO, rn. 89; Hendricks (2004), p. 325-326.
691 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rns. 149 en 210.
692 Vgl. Nr. 1.3.2 Merkblatt.
693 Hoofdstuk 2.3.3.3.
694 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 31d; vgl ook nr. 237. Zie ook Carl/Klos (1995), p. 78-79.
695 *Supra* paragraaf 4.2.2.3.

en dus voor de verzoekende partij. Opnieuw werp ik de vraag op: wat als deze die verantwoordelijkheid niet onderkent? Hierop bestaat momenteel geen antwoord.

> De coulante houding van Duitsland is overigens te meer opmerkelijk, omdat Duitsland als verzoekende partij wél beperkingen in acht neemt die verdergaan dan § 30 AO eist. Het gebruik voor Duitse strafrechtelijke doeleinden van via de bijstand verkregen gegevens is bij de directe belastingen grond van § 4 EG-AHIG niet, althans niet zonder buitenlandse toestemming, mogelijk; zie *infra* paragraaf 4.5.3.2. Er zit hier een discrepantie tussen de positie van Duitsland als aangezochte en als verstrekkende partij.

D) Rechtsbescherming

Tegen de achtergrond van het voorgaande is de vraag relevant in hoeverre de betrokken burger in de procedure wordt betrokken. Heeft hij inzage- en participatierechten en kan bij bezwaar/beroep maken/instellen tegen de beslissing tot het verlenen van bijstand? In de innerstatelijke context komen de betrokkene inderdaad inzagerechten toe in het kader van de procedure waarin de belasting zelf wordt vastgesteld, maar die procedure is hier niet aan de orde. Deze wordt juist in het buitenland gevoerd en kan in Duitsland hoe dan ook niet worden betwist.[696] Het is een zaak van de verzoekende autoriteiten. Hier is enkel de bijstandsverlening als zodanig aan de orde. We zagen ook al dat de beslissing tot het verlenen van innerstatelijke bijstand geen *Verwaltungsakt* is, maar dat als gevolg van Art. 19 IV GG toch bescherming kan (en moet) openstaan.[697]

Net als in de nationale context moet in transnationale gevallen tussen meerdere typen handelingen worden onderscheiden. In het kader van de bijstandsverlening kunnen voorhanden zijnde gegevens worden verstrekt en gegevens worden vergaard. De verstrekking van de gegevens aan het buitenland zelf is opnieuw geen VA, net zo min als de beslissing tot inwilliging van het verzoek.[698] Dat betekent dat de inspraak- en participatierechten (vgl. § 91 AO) in die gevallen niet, althans niet rechtstreeks, van toepassing zijn. Het gaat hier om feitelijk handelen, *Realakte*, waartegen alleen een *Unterlassungsklage* kan worden ingesteld en mogelijk ook een *einstweilige Anordnung* in verband met Art. 19 IV GG.[699] Hiervoor wendt men zich via de lokale onderdelen tot de BZSt (Merkblatt Nr. 6.1). Dit is anders wanneer onderzoekshandelingen worden gesteld die ook in de innerstatelijke context VA's zijn. In dat geval geldt de innerstatelijke procedure en moeten in dat verband ook de inspraak en participatierechten (vgl. § 91 AO) worden gegarandeerd.[700] Dan wendt men zich tot de uitvoerende fiscale autoriteiten (Merkblatt Nr. 6.2).

---

696 Vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 209.
697 *Supra* paragraaf 4.3.3.5, onder A.
698 Hendricks (2004), p. 340; Klein (2003), § 117, rn. 68 en 69; Schomburg & Lagodny (2002), p. 216.
699 Hendricks (2004), p. 342 e.v.; Carl/Klos (1995), p. 117-118; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117, rn. 159.
700 Vgl. Klein (2003), § 117, rn. 117; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117, rn. 209.

> Een voorbeeld van een succesvolle *einstweilige Anordnung* levert BFH 15 februari 2006, I B 87/05, waarin werd bepaald dat wanneer de Duitse fiscus op grond van § 2 II EG-AHiG overweegt gegevens te verstrekken aan het buitenland, maar door de betrokkene aannemelijk is gemaakt dat de voorwaarden voor spontane verstrekking niet zijn vervuld, er vanwege het gevaar voor een onherstelbare inbreuk op het subjectieve recht op bescherming van het *Steuergeheimnis* tegelijk een *Anordnungsgrund* aannemelijk is gemaakt, die de verstrekking van de gegevens kan opschorten.

Op één punt heeft de wetgever de betrokkenen echter toch ter wille willen zijn. Ook al levert de verstrekking van gegevens geen VA op, toch moet de betrokkene (*inländische Beteiligte*) vooraf worden gehoord.[701] § 91 AO, dat geldt in VA- procedures, wordt dan overeenkomstig toegepast. Dat betekent niet dat de betrokkene ook *Einspruch* en *Beschwerde* kan instellen. De *Beteiligte* kan overigens de (buitenlands) belastingplichtige zijn, maar ook een derde. Bepalend is of men door de bijstandsprocedure wordt geraakt. Uitzonderingen hierop zijn mogelijk in het belang van het onderzoek. Schending van dit voorschrift maakt de Duitse fiscus mogelijk schadeplichtig, maar levert geen *Verwertungsverbot* op, omdat dit zich tot de buitenlandse fiscus zou moeten richten.[702]

> Bij de *Anhörungspflicht* van § 117 IV j° § 91 AO wordt door sommigen een onderscheid gemaakt naar type informatieverstrekking. Het is te betwijfelen of de *Anhörung* ook moet gelden bij automatische verstrekking.[703] Het zou betekenen dat bij de verstrekking van gegevens in het kader van de uitvoering van de Spaarrenterichtlijn niet telkens voorafgaand hoeft te worden gehoord.

4.5.3.2 De Belastingdienst als verzoekende partij

Hoe luidt het Duitse recht wanneer de fiscus zelf verzoekende partij is? Conform de hoofdregel, die ook in de innerstatelijke context geldt, zal hij in die gevallen bijstand inroepen als dat nodig is voor de vervulling van zijn taken (Merkblatt Nr. 2.1.1). Dat zouden in theorie ook de strafrechtelijke taken van de fiscus kunnen zijn, zoals die in het kader van de *Ordnungswidrigkeitenverfahren*, die als opsporingsdienst of die als leider van het opsporingsonderzoek. Dat is echter niet het geval,[704] hoewel het belastingverdrag met Zwitserland hierop een belangrijke uitzondering bevat.[705] Het zou niet sporen met het hiervoor vermelde uitgangspunt van een scheiding van procedures, dat ook geldt in transnationale gevallen. In lijn hiermee

---

701 'Inländisch' betekent dat de betrokkene een woon- of vestigingsplaats in Duitsland moet hebben; Hendricks (2004), p. 345. Soms wordt ook de *ausländische Beteiligte* rechtsbescherming geboden; Merkblatt Nr. 6.2.

702 Klein (2003), § 117, rn. 64.

703 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117, rn. 157.

704 Vgl. BFH 29 oktober 1986, *supra* noot 121; Merkblatt Nr. 1.2; Hendricks (2004), p. 22. e.v.; Dannecker (1990); Schomburg/Lagodny (2002), p. 213.

705 *Infra* hoofdstuk 5.5.3.1, onder A.

geldt in de praktijk dat verzoeken om de toepassing van opsporingsbevoegdheden via de bijstand niet mogelijk zijn.

Op het eerste gezicht is de fiscale bijstand dus beperkt tot de fiscale doeleinden. Een bijstandsverzoek mag worden gedaan in een Duits *Besteuerungsverfahren* ter uitvoering van één van de in § 3 AO genoemde belastingen. Duitse *Finanzbehörde* kunnen dan 'nach Maßgabe des deutschen Rechts', waaronder ook de in het Duitse recht geïmplementeerde verdragen vallen,[706] ambtshulp aan het buitenland vragen (§ 117 I AO). Daarvoor is een doorbreking van het fiscaal ambtsgeheim toegestaan (§ 30 IV Nr. 1 AO).[707] Uiteraard moet geheimhouding in de andere staat dan afdoende zijn gewaarborgd.[708] De verzoeken om bijstand lopen via het *Bundeszentralamt* (Nr. 2.2.3 Merkblatt).

> De precieze omvang van de aanspraak op buitenlandse informatie wordt niet bepaald naar Duits recht. Wel moet aan de hand van het Duitse recht worden beoordeeld *of* het verzoek aan het buitenland mocht worden gedaan. Zo geldt er allereerst een subsidiariteitsvereiste op grond waarvan men waar mogelijk eerst de belastingplichtige zelf moet benaderen teneinde te voorkomen dat anderen onnodig op de hoogte worden gesteld van zijn fiscale beslommeringen.[709] Anderzijds speelt een belangrijke rol dat de Duitse autoriteiten, wanneer ze een onderzoek hebben opgenomen, zijn gebonden aan de *Untersuchungsgrundsatz* (§ 88 AO; Merkblatt Nr. 2.1.1), wat impliceert dat hun onderzoek niet ophoudt bij de landsgrenzen, ook al ontbreekt het hen aan de middelen om in het buitenland zelfstandig onderzoek te verrichten. Dat kan de beoordelingsruimte die de fiscus heeft bij de beoordeling van de vraag of een bijstandsverzoek moet worden uitgedaan aanzienlijk beperken.

Het voorgaande voorkomt echter niet noodzakelijk helemaal dat een bijstandsverzoek toch strafrechtelijke doeleinden dient. De fiscus vervult nu eenmaal ook fiscaal-strafrechtelijke taken. In de nationale context sluiten deze nauw op elkaar aan. Het is dan ook niet verboden dat opsporings- en heffingsonderzoek parallel lopen (Nr. 1.2 Merkblatt). Ook na de inleiding van een opsporingsonderzoek mag nog een bijstandsverzoek worden gedaan.[710] Bovendien geldt dat één van de belangrijkste taken van de Steufa ligt in de *Aufdeckung unbekannter Steuerfälle* (vgl. § 208 I Nr. 3 AO), waarvan we hiervoor zagen dat deze onder de bijstand valt en niet onder de strafrechtshulp.[711] Opnieuw is daarom in het bijzonder de vraag relevant of een bijstandsverzoek, hoewel dan toch niet uitsluitend, wellicht *mede*

706 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 66.

707 Merkblatt Nr. 1.3.1; Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 29. De verstrekkingsgrond is hier een andere dan bij de informatieverstrekking naar aanleiding van een buitenlandse verzoek. Dat laatste gebeurt op de voet van § 30 IV Nr. 2 AO (zie boven).

708 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 70.

709 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 24; Carl/Klos (1995), p. 88-89. Dat geldt overigens niet voor de Steufa; voor haar zijn er minder beperkingen - § 208 I AO; Nr. 2.1.2 Merkblatt.

710 BFH 29 oktober 1986 = BStBl II 1987, 440 = BFHE 1987, 492.

711 *Supra* paragraaf 4.2.2.2, onder D; vgl. ook Carl/Klos (1995), p. 253.

opsporingsdoeleinden dienen kan en of via de bijstand vergaarde gegevens, direct of nadien, voor de (fiscale) opsporing mogen worden gebruikt.

Het antwoord is ten eerste opnieuw afhankelijk van de reikwijdte van het fiscale ambtsgeheim. De absolute ondergrens is het in § 30 II AO besloten liggende specialiteitsbeginsel. Voor andere dan fiscale doelen (in ruime zin), bijvoorbeeld commuun-strafrechtelijke doeleinden, kan de fiscus geen bijstand vragen, want dan schendt hij zijn ambtsgeheim. Maar soms gaan de uitvoeringswetten van de belastingverdragen en de *EG-Amtshilfegesetz* nog verder. Het beste voorbeeld hiervan levert § 4 EG-AhiG dat het gebruik van gegevens voor de directe belastingen beperkt tot de 'Festsetzung' en de 'Überprüfung'.[712] Voor het gebruik voor strafrechtelijke doeleinden moet toestemming worden verkregen van de verstrekkende autoriteit.

> § 4 EG-AhiG luidt voor zover hier relevant: '(1) Auskünfte, die den Finanzbehörden von der zuständigen Finanzbehörde eines Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaften zugehen, dürfen *nur* für Zwecke der Steuerfestsetzung, der Überprüfung der Steuerfestsetzung durch die Aufsichtsbehörden, der zutreffenden Erhebung der indirekten Steuern oder der Rechnungsprüfung sowie zur Wahrnehmung gesetzlicher Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse verwendet werden und nur solchen Personen offenbart werden, die mit diesen Aufgaben unmittelbar befaßt sind. *Dies gilt auch, wenn durch Gesetz* [vgl. § 30 AO, ML] *eine weitergehende Verwendung oder Offenbarung zugelassen ist, es sei denn, die zuständige Finanzbehörde des anderen Mitgliedstaats stimmt zu.* Die Auskünfte dürfen auch in einem gerichtlichen Verfahren oder in einem *Straf- oder Bußgeldverfahren* für Zwecke dieser Verfahren unmittelbar an diesen Verfahren beteiligten Personen offenbart werden, wenn diese Verfahren im Zusammenhang mit der Steuerfestsetzung, der Überprüfung der Steuerfestsetzung oder der Erhebung der *indirekten Steuern* stehen. [mijn cursivering, ML] (2) Soweit erforderlich, dürfen Auskünfte in öffentlichen Gerichtsverhandlungen oder bei der öffentlichen Verkündung von Gerichtsentscheidungen bekannt gegeben werden, es sei denn, die zuständige Finanzbehörde des anderen Mitgliedstaates macht bei der erstmaligen Übermittlung der Auskünfte Einwände geltend. Spätere Einwände dieser Behörde sind zu berücksichtigen, wenn sie dem Gericht vor Beginn seiner Sitzung zugegangen sind. (…)'

Het voorgaande brengt mee dat een verzoek dus *mede* strafrechtelijke doeleinden dienen kan, maar alleen als de toestemming van de verstrekkende autoriteit is verkregen (sfeercumulatie).[713] Hetzelfde geldt wanneer de ontvangen gegevens niet direct, maar pas nadien relevant blijken voor het *Steuerstrafverfahren* (sfeerovergang). Die beperking geldt in de innerstatelijke context niet. Als aangezochte partij brengt Duitsland haar ook niet aan. Vooral voor de Steufa is dit een belangrijke beperking als deze optreedt in het kader van de *Aufdeckung* van onbekende gevallen. Levert dergelijk onderzoek dus later een verdachte op, dan mag de ontvangen informatie

712 Dat is anders voor de indirecte belastingen.
713 Zie voor de eisen die Nederland ter zake stelt hoofdstuk 3.5.3.1, onder A.

daarvoor niet noodzakelijk worden gebruikt, ook al heeft de Steufa in die hoedanigheid onmiskenbaar taken ter voorbereiding van de opsporing.[714]

Daarenboven gelden overigens nog de uitgangspunten en principes van § 393 AO (Merkblatt Nr. 1.2). Ik leid daaruit af dat in onderzoeken van de Steufa die onderzoeksmaatregelen tegen een belastingplichtige vergen, die tevens verdachte is, geen bijstandsverzoeken kunnen worden ingediend.[715] In dat geval is een rechtshulpverzoek nodig, ook al doet de Steufa ingevolge § 208 I Nr. 2 AO onderzoek naar diens fiscale aangelegenheden. Derden in hetzelfde onderzoek zouden echter wel via de bijstandsweg mogen worden benaderd. Het gevaar dat het *nemo-tenetur*-beginsel wordt omzeild, is dan niet aanwezig.

> Het is uiteraard ook mogelijk dat andere fiscale onderdelen het onderzoek voeren. In die gevallen geldt de zojuist aangehaalde rechtspraak over de Steufa niet. Dan lijkt vooral de vraag relevant of de belastingplichtige, die tevens verdachte is, van de inleiding van de Duitse strafprocedure op de hoogte moet worden gesteld (vgl. § 397 AO) en of de afdwingbaarheid van de op hem rustende medewerkingsplicht moet komen te vervallen (§ 393 I AO), zoals in het innerstatelijke recht is vereist.[716] Inderdaad wordt bij uitgaande verzoeken aangegeven of tegen een betrokkene in Duitsland een *Steuerstrafverfahren* loopt, of de verzochte inlichtingen het *Besteuerungsverfahren* dienen en of de betrokkene naar Duits recht een verschoningsrecht toekomt (§ 101 e.v. AO).[717] Het komt mij voor dat wanneer men hiervan afziet, in ieder geval de onder dwang verkregen mondelinge inlichtingen niet jegens de verdachte mogen worden gebruikt. Dat vloeit voort uit het hiervoor besproken *Gemeinschuldnerbeschluß* (*supra* paragraaf 4.3.1.3).

De vraag of de betrokkenen (de Duitse belastingplichtige, c.q. verdachte) voor het uitgaan van een verzoek moeten worden gehoord is omstreden.[718] Doorgaans wordt hij ontkennend beantwoord; de betrokkene is immers op dat moment (nog) niet direct geraakt in zijn belangen. Toch worden ook dan al persoonsgegevens aan het buitenland verstrekt. In de praktijk worden de betrokkenen doorgaans op de hoogte gebracht van de enkele *mogelijkheid* van uitgaande bijstandsverzoeken in hun zaak. Van gecoördineerde *Außenprüfungen* moet de betrokkene overigens wel op de hoogte worden gebracht (vgl. Merkblatt, Nr. 2.1.3).

Beslissingen tot het doen van bijstandsverzoeken zijn geen VA.[719] Rechtsbescherming in Duitsland staat open in de *Hauptsacheentscheidung*. Desalniettemin is in uitzonderinsgevallen denkbaar dat toch bescherming moet openstaan. Dat is in het bijzonder zo wanneer op onevenredige wijze in de rechtssfeer van betrokkene dreigt te gaan worden ingegrepen (vgl. Art. 19 IV GG).[720] In die gevallen verlangt het

714 *Supra* paragraaf 4.2.2.2, onder D en 4.2.3.3.
715 Vgl. de jurisprudentie die hierboven werd besproken in paragraaf 4.2.2.3, onder B.
716 Bijlagen 2 en 3 bij het Merkblatt; zie ook Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 71a.
717 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 117 AO, rn. 71a.
718 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § AO, rn. 74; Carl/Klos (1995), p. 123 e.v.
719 Hübschmann/Hepp/Spitaler, § AO, rn. 81.
720 Carl/Klos (1995), p. 117-118; p. 122.

Merkblatt een meer specifieke opgave dan de enkele mogelijkheid dat een verzoek kan worden uitgedaan (Nr. 2.1.3). Dat lijkt alleen al op zijn plaats om de uitbrenging van een *Unterlassungsklage* of eventueel een *einstweilige Anordnung* tegen het voorgenomen verzoek niet op voorhand illusoir te maken.

4.5.3.3 Politiële samenwerking: de positie van de Steufa

Net als ten aanzien van de Nederlandse FIOD passen enige opmerkingen over de positie van de Steufa in transnationale situaties. Dit dienstonderdeel van de fiscus vervult immers ook opsporingstaken.[721] Bijgevolg maakt ze mogelijk ook gebruik van de politiële inlichtingenkanalen, uiteraard met inachtneming van de beperkingen die de internationale en nationale regels ter zake stellen.[722] In die gevallen gelden niet de normen over de bijstand, maar die over de wederzijdse rechtshulp, waarop ik hieronder inga. Dat betekent dat de Steufa als politie gebonden is aan de Duitse rechtshulpwet, de *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*/IRG, en deels ook de *Bundeskriminalamtgesetz*/BKAG. Politieel rechtshulpverkeer loopt, tenzij de toepasselijke internationale regeling anders bepaalt, in principe via het BKA.[723] Daarnaast gelden ook de normen van de *Abgabenordnung*. De uitkomsten komen zo in hoge mate overeen met die van Nederland.[724] Juist bij de Steufa moet ervoor worden gewaakt dat niet alleen de waarborgen van de wederzijdse rechtshulp, maar ook die van de bijstand (in het bijzonder het fiscale ambtsgeheim) worden omzeild. Daarbij verdient opnieuw opmerking dat de *Aufdeckung unbekannter Steuerfälle* (§ 208 I Nr. 3 AO) geen politiële, maar een fiscale taak is. Daarvoor kan geen politiële (of – met inschakeling van het OM – justitiële rechtshulp) worden verleend. We bevinden ons dan namelijk niet in de repressieve, maar preventieve fase.[725] Opmerking verdient eveneens dat de Steufa geen algemene opsporingsbevoegdheid heeft, maar alleen een voor fiscale delicten.

Maar ook in haar *kriminalpolizeilicher Tätigkeit* zal voor de Steufa, net als in de innerstatelijke context, het fiscale ambtsgeheim bij de verstrekking van fiscale gegevens via de politiële kanalen beperkingen aanbrengen. Als dergelijk materiaal onder dwang werd verkregen, is een verstrekking van gegevens over commune delicten niet mogelijk.[726] Verstrekking van gegevens over fiscale delicten is dat mogelijk wel, maar dan rijst de vraag hoe § 393 II AO vorm moet krijgen. Dat punt is momenteel onopgehelderd.

---

721 Dit geldt overigens niet voor de BAFin, die geen opsporings- of andere politietaken vervult.

722 Vgl. Nrs. 122-127 RiVASt = *Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten*, opgenomen in Schomburg e.a. (2006); Schomburg e.a. (2006), § 59, rns, 2, 10, 13 en 32; Wabnitz/Janovsky (2000), p. 1227.

723 § 3 en 14-15 BKAG; Nr. 122-127 RiVASt, waarover Hackner e.a. (2003), p. 30-32.

724 Hoofdstuk 3.5.3.3.

725 Vgl. Scheller (1997), p. 49-51; Schomburg & Lagodny (2002), p. 223; Schomburg e.a. (2006), § 59, rn. 2.

726 *Supra* paragraaf 4.4.2.1, onder A.

> Ik meen dat verstrekking van gegevens helemaal achterwege moet blijven, omdat via de *politiële* kanalen per definitie niet kan worden bereikt dat een buitenlands *Openbaar Ministerie* beperkingen worden opgelegd. Anderzijds zou men zich echter ook op het standpunt kunnen stellen dat dat een punt van later zorg is en dat het in feite wordt beschermd door de bijvoorbeeld in art. 39 SUO neergelegde praktijk dat eerder verstrekte politiële informatie later bij bewijsgebruik via de rechtshulpkanalen wordt bekrachtigd.
>
> Bij de verstrekking van fiscale gegevens laten zich nog meer vragen stellen. De eerste is hoe de situatie moet worden beoordeeld waarin commune en fiscale feiten eenzelfde feit in de zin van § 264 StPO vormen. Het lijkt mij dat in dergelijke gevallen ook over commune feiten informatie mag worden verstrekt.[727] Dat spoort met de innerstatelijke situatie. De tweede vraag is of het fiscale ambtsgeheim wel toepasselijk is, als de Steufa (of een ander fiscaal dienstonderdeel) in strafrechtelijke hoedanigheid optreedt en daarbij gegevens over commune delicten vergaart. Dat is momenteel in Duitsland een punt van discussie. Hoewel dat niet in overeenstemming lijkt met de tekst van de wet, in het bijzonder niet met § 30 II Nr. 1b AO, zijn er auteurs die stellen dat het verstrekken van informatie over losstaande niet-fiscale strafbare feiten die werd verkregen in fiscaal strafrechtelijk onderzoek niet onder het fiscaal ambtsgeheim valt.[728] De gedachte achter die uitzondering is dat de verdachte/belastingplichtige niet beter af mag zijn dan de verdachte/niet-belastingplichtige.[729]

Omgekeerd rijst de vraag of de Steufa in haar hoedanigheid van opsporingsdienst zelf om fiscale gegevens mag vragen. Ook dat punt is momenteel niet duidelijk. Verzoeken om de toepassing van dwangmiddelen zijn hoe dan ook niet mogelijk; die zijn voorbehouden aan de justitiële autoriteiten.[730] De toelaatbaarheid van de verstrekking van in het buitenland al voorhanden zijnde fiscale gegevens zal zich naar het recht van de verstrekkende staat richten. Voor Nederland brengt dit met zich dat in verband met art. 67 AWR de rechtshulpweg moet worden gevolgd.[731]

4.5.4 De *Staatsanwaltschaft*

4.5.4.1 De Staatsanwaltschaft als verstrekkende partij

A) Rechtsbronnen en omvang van de (justitiële) samenwerking; geheimhouding en doelbinding
De politiële samenwerking heeft in Duitsland voor het onderhavige terrein dus een relatief geringe betekenis. Dat is anders voor de justitiële rechtshulp op grond waarvan de *Staatsanwaltschaft*, net als de *Ermittlungsrichter*, met het buitenland samenwerkt. Hetzelfde geldt voor de BAFin en de fiscus, voor zover deze actief zijn onder

727 Vgl. Schomburg e.a. (2006), § 59, rn. 32.
728 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 386 AO, rn. 51; Hellmann (1995), p. 187.
729 Franzen/Gast/Joecks (1996), § 386 AO, rn. 51.
730 Vgl. Lisken/Denniger (2001), p. 1181.
731 Hoofdstuk 3.5.3.3.

hun strafrechtelijke hoedanigheid in ruime zin, dus inclusief die van verantwoordelijke autoriteit in het kader van het *Ordnungswidrigkeitenverfahren*.

De meest relevante nationale wet bij de internationale strafrechtelijke samenwerking is als gezegd de *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (IRG). Deze wet wordt nader uitgewerkt in de *Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten* (RiVASt). De IRG is van toepassing op het binnenkomende én uitgaande rechtshulpverkeer. Hij geeft uitvoering aan de zowel de internationale verplichtingen (Titels 2 t/m 7; §§ 2-77), als aan verplichtingen op grond van Unierecht (Titel 8; §§ 78-83k[732]). De laatste titel heeft daarbij voorrang op de andere (§ 1 IV en § 78 IRG).[733]

> Te zijner tijd zal hierin het Europese bewijsverkrijgingsbevel worden geïmplementeerd, net als dit al gebeurde met de EU-rechtshulpovereenkomst[734] en het bijhorende Protocol.[735] Het Kaderbesluit inzake het Europese bevriezingsbevel is overigens door Duitsland nog niet geïmplementeerd.[736] De Titels 2 t/m 7 betreffen de meer klassieke, interstatelijke vormen van samenwerking en hebben betrekking op de uitlevering en de doorlevering (§§ 2-42, resp. §§ 43-47),[737] op de overname van executie (§§ 48-58) en op de *sonstige Rechtshilfe* (§§ 59-67a). Ze bevatten ten slotte voorschriften over Duitsland als verzoekende staat (§§ 68-72). *Sonstige Rechtshilfe* is alles wat naar intern recht toelaatbaar is wat geen speciale regeling heeft gevonden.

Om de omvang van het begrip 'rechtshulp' en bijgevolg de plicht of bevoegdheid daartoe, c.q. de aanspraak erop te kunnen duiden, moet vooral worden gekeken in §§ 1 en 59 IRG. Uit deze artikelen kan worden afgeleid dat het begip rechtshulp ziet op *strafrechtliche Angelegenheiten* en dat het voor deze materie bovendien de centrale regeling is. Rechtshulp en bijstand zijn in zoverre naar Duits recht elkaar uitsluitende terreinen, ook al bepalen inter- en supranationale regels soms anders. Men verleent óf bijstand op grond van de hierboven besproken regels óf rechtshulp

732 De §§ 78 tot en met 83i waren overigens ingetrokken als gevolg van de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht in de Darkanzanli-zaak, Bundesverfassungsgericht 18 juli 2005, 2 BvR 2236/04, waarin de omzettingswet van het Europese aanhoudingsbevel in strijd met de grondwet werd en bijgevolg nietig werd verklaard; hierover uitvoerig Schomburg e.a. (2006), Vor § 78, rn. 1 e.v. Reparatiewetgeving leidde vervolgens tot de *Europäisches Haftbefehlsgesetz*/EuHbG van 20 juli 2006, die op 2 augustus 2006 in werking trad; vgl. Bundestag Drs. 16/544 en Bundesrat Drs. 70/06.

733 Schomburg e.a. (2006), § 78, rn. 1 e.v.

734 Zie de wetten van 22 juli 2005, BGBl II 2005, 650 en BGBl. I 2005, 2189; Bundesrat Drs. 725/04 en 723/04.

735 Zie de wet van 22 juli 2005, BGBl. II 661; Bundesrat Drs. 726/04 en 1542/30. Verdere omzetting in nationaal recht was niet nodig; Drs. 1542/30, p. 1. Deze had al plaats met § 24c KWG; Bundestag Drs. 15/4230, p. 11; zie ook *supra* paragraaf 4.3.2.1, onder A.

736 Schomburg e.a. (2006), Vor § 78, rn. 5 en deel III B 2.

737 In die afdelingen zijn ook enige voorschriften opgenomen over de overgave en inbeslagneming van stukken en doorzoeking in het kader van een uitleveringsprocedure: §§ 38-39.

op grond van het IRG. Alleen omzettingswetten van volkenrechtelijke verdragen gaan op het IRG voor (§ 1 III IRG).

Onder de strafrechtelijke aangelegenheden worden ook de *Ordnungswidrigkeiten* verstaan. Maatgevend is of er beroep tegen de bestuurlijke sanctie openstaat op een ook in strafzaken bevoegde rechter (§ 1 II IRG).[738] Het brengt mee dat Duitsland voor 'Ordnungswidrigkeit-achtige' sancties via de rechtshulpweg *moet* worden benaderd. Daarna wordt beslist wie het verzoek uitvoert. Dat kan bijvoorbeeld de BAFin zijn, afhankelijk van de kwalificatie van het feit naar Duits recht. Voor andere typen punitieve sancties, zoals de Nederlandse bestuurlijke boete, is niet voldaan aan de ingangseisen van §1 IRG. Dan kan een bijstandsverzoek worden ingediend, maar zullen de bevoegdheden op grond van de *Ordnungswidrigkeitengesetz* niet toepasbaar zijn.[739] Op hun beurt mag de afhandeling van buitenlandse Ordnungswidrigkeit-achtigen, gelet op § 1 IRG, niet via de bijstand lopen, ook al verbieden de inter- en supranationale bijstandsregelingen dat niet. Als gezegd, het gaat het hier om een Duitse interne beperking.

> § 1 IRG luidt: '(1) Der Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten richtet sich nach diesem Gesetz. (2) Strafrechtliche Angelegenheiten im Sinne dieses Gesetzes sind auch Verfahren wegen einer Tat, die nach deutschem Recht als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße oder die nach ausländischem Recht mit einer vergleichbaren Sanktion bedroht ist, sofern über deren Festsetzung ein auch für Strafsachen zuständiges Gericht entscheiden kann. (3) Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen gehen, soweit sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, den Vorschriften dieses Gesetzes vor. (4) Die Unterstützung für ein Verfahren in einer strafrechtlichen Angelegenheit mit einem Mitgliedstaat der Europäischen Union richtet sich nach diesem Gesetz. Absatz 3 wirdt mit der Maßgabe angewandt, dass der Achte Teil dieses Gesetzes den dort genannten völkerrechtlichen Vereinbarungen, welche jedoch ebenso wie die Regelungen über die vertragslose Rechtshilfe dieses Gesetzes hilfsweise anwendbar bleiben, vorgeht.'

§ 59 IRG is geschreven voor Duitsland als aangezochte staat. Het begrip *strafrechtliche Angelegenheiten* dat in het artikel wordt gebruikt, moet ruim worden opgevat. Bepalend is de onderliggende materie van het buitenlandse onderzoek.[740] Deze moet strafrechtelijk van aard zijn. Verder zijn noch de autoriteiten die betrokken zijn (*Behördenunabhängigkeit*) maatgevend, noch het stadium waarin de procedure verkeert (*Verfahrensunabhängigkeit*).[741] Het verzoek mag zelfs uitgaan van een niet-justitiële autoriteit.[742] Ook de ernst van het onderliggende feit is als zodanig door-

738 Hoofdstuk 2.4.3.2.

739 Dat is mijns inziens niet altijd in lijn met de Europese eisen; zie *supra* paragraaf 4.5.2.1, onder A.

740 Schomburg e.a. (2006), § 1, rn. 2 en § 59, rn. 9; Schäfer (2005), p. 48 e.v.

741 Wabnitz/Janovsky (2000), p. 1227. Kennelijk anders: Nagel (1989), p. 140 en 143.

742 De vraag is uiteraard of zo'n buitenlandse, niet-justitiële autoriteit op haar beurt bevoegd is tot het doen van rechtshulpverzoeken. Dat is (zeer) vaak niet het geval.

gaans niet van belang voor de beslissing tot het verlenen van rechtshulp.[743] Echter, de IRG is hoe dan ook niet van toepassing op civiele en bestuursrechtelijke procedures.[744]

> § 59 IRG luidt: '(1) Auf Ersuchen einer zuständigen Stelle eines ausländischen Staates kann sonstige Rechtshilfe in einer strafrechtlichen Angelegenheit geleistet werden. (2) Rechtshilfe im Sinne des Absatzes 1 ist jede Unterstützung, die für ein ausländisches Verfahren in einer strafrechtlichen Angelegenheit gewährt wird, unabhängig davon, ob das ausländische Verfahren von einem Gericht oder von einer Behörde betrieben wird und ob die Rechtshilfehandlung von einem Gericht oder von einer Behörde vorzunehmen ist. (3) Die Rechtshilfe darf nur geleistet werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen deutsche Gerichte oder Behörden einander in entsprechenden Fällen Rechtshilfe leisten könnten.'

Toch is de op het eerste gezicht heldere scheiding tussen rechtshulp en bijstand naar intern Duits recht – opnieuw – minder helder dan ze lijkt. In weerwil van het zojuist verwoorde uitgangspunt is de BAFin bijvoorbeeld tot nog toe nog niet via de rechtshulp benaderd. Al het transnationale inlichtingenverkeer verloopt alleen al om praktische redenen via de bijstand. In zoverre hapert ook het uitgangspunt van de wetgever, dat voor de *Ordnungswidrigkeit*-achtigen de rechtshulpweg moet worden gevolgd. Maar ook overigens lijkt de scheiding tussen strafrecht en bestuursrecht met andere landen niet gelijk te lopen, waardoor het onduidelijk kan zijn tot wie men zich wenden moet. Wanneer neemt de opsporingsfase bijvoorbeeld een aanvang? Men lijkt er in Duitsland van uit te gaan dat strafzaken ook in het buitenland beperkt zijn tot de repressieve strafrechtelijk fase.[745] Dat is echter in Nederland niet altijd het geval.[746] Is men zich daarvan bewust? Ten derde kan juist in het fiscale en financiële domein een verzoek meerdere doeleinden dienen. Mag in dergelijke situaties het rechtshulpverzoek, naast het strafrechtelijke doel, *ook* andere doeleinden dienen? Of gelden er dan beperkingen?

Opnieuw zijn dus de voorschriften over het verdere gebruik en de verdere verstrekking van de gegevens van belang. Geheimhouding en doelbinding zijn in de internationale rechtshulp van oudsher niet echt een punt van aandacht geweest, hoewel daarin voor wat betreft de bescherming van persoonsgegevens verandering komt. Het interne Duitse rechtshulprecht kent nauwelijks voorschriften omtrent het

743 Er zijn uitzonderingen. De spontane verstrekking van gegevens op grond van § 61a IRG is bijvoorbeeld beperkt tot de meer ernstige gevallen. § 66 IRG eist voor de Herausgabe van voorwerpen dubbele strafbaarheid.

744 Schomburg/Lagodny (1998), § 1 IRG, rn. 4.

745 Vgl. het volgende citaat: 'Das Gesetz [het IRG, ML] ist deshalb auf alle ausländischen Ersuchen anzuwenden, die wegen einer *bereits begangenen* oder *vermutlich begangenen* Tat in einem Verfahren gestellt werden, welches die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion gegen den Tater zum Ziel hat oder haben kann [mijn cursivering, ML],' Schomburg e.a. (2006), § 59, rn. 9.

746 Hoofdstuk 3.2.3.2.

gebruik door het buitenland van verstrekte informatie. Sommigen gaan ervan uit dat de beperking van de rechtshulp tot *strafrechtliche Angelegenheiten* impliceert dat het gebruik van de verstrekte gegevens als bewijs voor andere doeleinden niet, althans niet zonder toestemming, mogelijk is.[747] Dat biedt enige speelruimte bij het gebruik van het materiaal als basis voor verder onderzoek.[748]

Bij de bescherming van persoonsgegevens gelden mogelijk nog zwaardere beperkingen. In de Duitse innerstatelijke context is het gebruik van opgeslagen gegevens voor andere dan strafrechtelijke doeleinden immers zeker niet onverkort toegestaan.[749]

> § 487 StPO, dat overigens alleen op al opgeslagen gegevens ziet, luidt: '(1) Die nach den §§ 483 bis 485 gespeicherten Daten dürfen den zuständigen Stellen übermittelt werden, soweit dies für (…) der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen erforderlich ist. § 477 Abs. 2 und § 485 Satz 3 gelten entsprechend. (2) (…) (3) Die Verantwortung für die Zulässigkeit der Übermittlung trägt die übermittelnde Stelle. Erfolgt die Übermittlung auf Ersuchen des Empfängers, trägt dieser die Verantwortung. In diesem Falle prüft die übermittelnde Stelle nur, ob das Übermittlungsersuchen im Rahmen der Aufgaben des Empfängers liegt, es sei denn, dass besonderer Anlass zu einer weitergehenden Prüfung der Zulässigkeit der Übermittlung besteht. (…) (5) Besondere gesetzliche Bestimmungen, die die Übermittlung von Daten aus einem Strafverfahren anordnen oder erlauben, bleiben unberührt. (6) Die Daten dürfen nur zu dem Zweck verwendet werden, für den sie übermittelt worden sind. Eine Verwendung für andere Zwecke ist zulässig, soweit die Daten auch dafür hätten übermittelt werden dürfen.
>
> Onduidelijk is of met het laatste artikellid wordt bedoeld dat die gegevens ook *via de rechtshulp* hadden moeten kunnen zijn verkregen of dat ze in het algemeen, dus bijvoorbeeld ook *via de bijstand*, van Duitsland hadden kunnen worden verkregen. De eerste optie zou gemengde doeleinden niet toestaan, de tweede mogelijk wel.

Men lijkt in Duitsland dus te opteren voor een scheiding tussen bijstand en rechtshulp. Toch wordt niet echt duidelijk hoe strikt deze scheiding wordt gehandhaafd. Dat is belangrijk, omdat vraag naar de reikwijdte van de rechtshulpregeling ook de mate van toegang bepaalt tot het strafrechtelijke bevoegdhedenarsenaal. Tot wat voor rechtshulphandelingen machtigt het IRG?[750] Na een aanvankelijke beperking tot de rechtshulp op verzoek, wordt inmiddels ook spontaan rechtshulp verleend (§§ 61a en 83j IRG). Uit § 59 II IRG wordt verder duidelijk dat de samenwerkingsmodaliteiten zeer ruim zijn; het gaat om *jede Unterstützung* van buitenlandse procedures. De toepassing van dwangmiddelen is niet uitgesloten, ook niet als de rechtshulp niet op een verdrag is gebaseerd.[751] Voor de ruime omschrijving is

747 Schomburg e.a. (2006), § 59, rn. 19; Schäfer (2005), p. 164–170; Vogler (1985), p. 195 e.v.
748 Schomburg e.a. (2006), § 72, rn. 6.
749 *Supra* paragraaf 4.4.2.2.
750 Hierover ook Schomburg e.a. (2006), § 45 e.v.; Hackner e.a. (2003), p. 124 e.v.
751 Hackner e.a. (2003), p. 6.

bewust gekozen om ook de inzet van nieuwe methoden en technieken mogelijk te maken.[752]

> Rechtshulp is aldus mogelijk in de vorm van onder meer het geven van inlichtingen (vgl. art. 13 ERV 1959), de toezending van processuele oorkonden en rechterlijke beslissingen, het verhoor van verdachten, getuigen en deskundigen, de overhandiging (*Herausgabe*) van voorwerpen, schriftelijke stukken en akten voor bewijsdoeleinden, al dan niet in combinatie met een inbeslagneming en doorzoeking (§§ 66 en 67 IRG), de toelating van buitenlandse ambtenaren bij de uitvoering van verzoeken,[753] de tijdelijke overdracht van zich in gevangenschap of voorarrest bevindende personen met het oog op het afleggen van een getuigenverklaring of het verrichten van andere bewijsrechtelijke handelingen (§ 62-63 IRG), et cetera. Sinds kort kent de rechtshulpwet ook een regeling voor de gemeenschappelijke onderzoekteams, dit uiteraard mede ter uitvoering van art. 13 EU-rechtshulpovereenkomst (§ 83k IRG).

Ook uit de vrijwel complete afwezigheid van weigeringsgronden kan worden afgeleid hoe ruim de Duitse rechtshulpregeling is. Een wederkerigheidseis wordt niet gesteld.[754] Een fiscale exceptie is er niet.[755] Ook is er in het IRG geen aparte weigeringsgrond bij gevaar voor dubbele vervolging of bestraffing.[756] In § 73 is alleen een *ordre-public*voorbehoud verwoord dat weigering mogelijk maakt, wanneer *wesentliche Grundsätze* van de Duitse rechtsorde geschonden dreigen te worden. Onder die *Grundsätze* valt wel het specialiteitsbeginsel, net als het respect voor de naleving van mensenrechten.[757]

In sommige gevallen stelt Duitsland wel verdere voorwaarden aan het verlenen van rechtshulp. Bij de *Herausgabe von Gegenständen* wordt de voorwaarde van dubbele strafbaarheid gesteld (§ 66 II Nr. 1 IRG). Deze rechtshulphandeling kreeg een speciale regeling vanwege haar relatief ingrijpende karakter.[758] Voor andere strafvorderlijke dwangmiddelen of rechtshulphandelingen gelden deze voorwaarden echter niet.

> Het begrip *Gegenstände* moet ruim worden opgevat; het omvat niet alleen fysieke voorwerpen, maar ook vorderingen, zoals banktegoeden. Ook kopiëen zijn *Gegenstände* en niet eenvoudige inlichtingenverzoeken.[759]

752 Hackner e.a. (2003), p. 134.
753 Nrs. 138 en 139 RiVASt.
754 Hackner e.a. (2003), p. 16.
755 Hackner e.a. (2003), p. 120; Schomburg/Lagodny (1998), § 59 IRG, rn. 17.
756 Schomburg e.a. (2006), § 73, rn. 94 e.v. Dat laat onverlet dat de plicht tot samenwerking in die gevallen soms al op verdrags- of Unieniveau is komen te vervallen; vgl. de artikelen 54 e.v. SUO.
757 Hackner e.a. (2003), p. 19-20.
758 Schomburg/Lagodny (1998), § 66 IRG, rn. 21.
759 Schomburg/Lagodny (1998), § 66 IRG, rn. 8.

§ 66 IRG bevat nog meer voorwaarden. Bij verzoeken om de *Herausgabe van Gegenstände* moet ook een buitenlands inbeslagnemingsbevel van een bevoegde autoriteit worden overlegd of een verklaring van zo'n autoriteit, waarin wordt aangegeven dat aan alle voorwaarden voor inbeslagneming is voldaan. Hiermee wordt beoogd *Befugnis-shopping* (*silver-platter*situaties) te voorkomen.[760] Het is zelfs zo dat de betrokkene alleen in dit specifieke geval afzonderlijke rechtsbescherming tegen de beslissing tot het verlenen van rechtshulp is verleend (§ 61 I IRG).[761] Dat laatste punt behoeft eerst verdere uitleg over de in Duitsland bestaande rechtshulp-procedures.

> In aanvulling op § 66 IRG kent § 67 IRG nog enige bijzondere voorzieningen. § 67 biedt de mogelijkheid van inbeslagneming en doorzoeking om vooruitlopend op een buitenlands rechtshulpverzoek alvast voorwerpen veilig te stellen (§ 67 I). Ook mogen voorwerpen in beslag worden genomen, als een verzoek daarop (nog) niet was gericht (§ 67 II). Later kan dan een rechtshulpverzoek worden ingediend. Bevoegd is het *Amtsgericht* (§ 67 III). Deze toetst niet alleen de *Vornahmeermächtigung*, maar ook de *Leistungsermächtigung*.[762] In spoegevallen komt de bevoegdheid toe aan het OM en zijn Hilfsbeamten (§ 67 IV). De bepalingen gelden in aanvulling op de voorschriften uit de *Strafprozeßordnung*; met § 67 wordt niet een bijzondere inbeslagnemings-, cq doorzoekingsbevoegdheid in het leven geroepen.[763]

B) Procedure en instrumentarium

De procedures die worden gehanteerd bij het afhandelen van rechtshulpverzoeken zijn gecompliceerder dan die ter uitvoering van de fiscale of financiële bijstand. Dat heeft voor een deel te maken met het feit dat autoriteiten van zeer verschillend statuur de Duitsers via de strafrechtshulp kunnen benaderen. Niet in de laatste plaats is dit te danken aan de *Ordnungswidrigkeiten*, waardoor ook moet worden samengewerkt met buitenlandse bestuursorganen. In het Duitse recht wordt een strikt onderscheid gemaakt tussen het interstatelijke *Bewilligungsverfahren* enerzijds en het innerstatelijke *Vornahmeverfahren* anderzijds. Het eerste ziet op de vraag *of* rechtshulp zal worden verleend; het tweede op de vraag *hoe* dat zal gebeuren. Een positief besluit in een *Bewilligungsverfahren* door de *Bewilligungsbehörde* leidt tot een *Leistungsermächtigung*.[764] Pas als zo'n machtiging er is, komt men toe aan het *Vornahmeverfahren* (vgl. § 60 IRG).[765]

> Uit het voorgaande volgt ook dat in de regel eerst een beslissing over de rechtshulp zal moeten worden verleend, voordat aan het verzoek uitvoering wordt gegeven. Daarop bestaan uitzonderingen in Nr. 22 RiVASt: '(2) Das Rechtshilfe-

760 Schomburg e.a. (2006), § 66, rn. 32; Gleß & Spencer (2006).
761 Schomburg e.a. (2006), § 61, rn. 17.
762 Schomburg e.a. (2006), § 67 IRG, rn. 14.
763 Schomburg e.a. (2006), § 67 IRG, rn. 2.
764 Schomburg e.a. (2006), Vor § 59, rn. 6 e.v.; Scheller (1997); Vogler (1994), p. 323 e.v.
765 Vgl. § 60 IRG en Nrs. 21 en 22 RiVASt.

> geschäft soll grundsätzlich nicht vor der Bewilligung der Rechtshilfe vorgenommen werden. Ausnahmsweise darf die Vornahmebehörde das Rechtshilfegeschäft bei Gefahr im Verzug vor der Bewilligung ausführen, wenn gegen die Gewährung der Rechtshilfe keine Bedenken bestehen. Ist das Rechtshilfegeschäft vor der Bewilligung vorgenommen worden, so übersendet die Vornahmebehörde das Ersuchen und die Erledigungsstücke der Bewilligungsbehörde.'

Het interstatelijke *Bewilligungsverfahren* kan worden ingeleid langs een viertal wegen, namelijk de diplomatieke, de ministeriële, de consulaire en de onmiddellijke weg, waarin de autoriteiten rechtstreeks met elkaar contact op kunnen nemen (Nr. 5 RiVASt). Welke weg *in concreto* moet worden gevolgd, hangt af van het toepasselijke verdrag. Zo staat artikel 53 SUO de onmiddellijke weg toe, net als het ERV en het aanvullende rechtshulpverdrag tussen Duitsland en Zwitserland.[766] Gaat het om verdragsloze rechtshulp, dan is de diplomatieke weg aangewezen. De verantwoordelijke autoriteit moet vervolgens worden bepaald met hulp van § 74 IRG, waarin in navolging van Art. 32 GG de verantwoordelijkheid voor het interstatelijke verkeer in eerste instantie bij de bond is gelegd. Primair zijn dus de ministeries van Justitie en Buitenlandse zaken bevoegd; zij zijn *Bewilligungsbehörde*. In die gevallen waarin voor het verlenen van de rechtshulp een niet onder justitie vallend orgaan bevoegd is, treedt de bondsminister die voor dit orgaan verantwoordelijk is voor de minister van Justitie in de plaats, bijvoorbeeld de *Bundesminister der Finanzen*, als het gaat om de BAFin of de *Finanzbehörde*. In de praktijk zijn deze bevoegdheden overigens vrijwel allemaal gedelegeerd aan lagere niveaus, zodat nu de beslissing tot het verlenen van rechtshulp en de feitelijk uitvoering ervan vaak in handen liggen van dezelfde autoriteit.[767] De bevoegdheid is evenwel niet gedelegeerd aan de BAFin en de *Finanzbehörde*. Deze kunnen dus niet zelfstandig over rechtshulpverzoeken beslissen, maar ze eventueel wel uitvoeren.

> De rechtsbasis voor de delegatie is de *Zuständigkeitsvereinbarung* van 28 april 2004, die is gebaseerd op § 74 II IRG.[768] Op grond van de *Zuständigkeitsvereinbarung* heeft de bond zijn bevoegdheden voor binnenkomende verzoeken op het terrein van de kleine rechtshulp grotendeels aan de deelstaten overgedragen. In aanvulling hierop heeft ook de deelstaat Hessen een verordening doen uitgaan.[769] Daarin wordt aangegeven welke Hessische autoriteit precies bevoegd is. *Grosso modo* ligt de verantwoordelijkheid voor inkomende verzoeken om een tijdelijke *Überstellung* in de zin van de artikelen 62 en 63 IRG en die om de *Herausgabe von Gegenständen* (§ 66 IRG) nu bij de *Staatsanwaltschaft* van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main. Voor andere verzoeken kan ook een *Staatsanwaltschaft* bij een Landgericht bevoegd zijn.

766 Een uitzondering geldt voor verzoeken tot overgave van stukken, doorzoeking en inbeslagneming.

767 Hackner e.a. (2003), p. 21; Schomburg & Lagodny (2002), p. 223.

768 Bundesanzeiger 2004, p. 11 494, ook gepubliceerd in Schomburg e.a. (2006), Anhang 10.

769 *Verordnung zur Bestimmung von Zuständigkeiten nach § 74 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen* van 14 september 2004, GVBl. I p. 285.

DUITSLAND

> *Finanzbehörde* worden in de regelingen niet genoemd, ook al hebben deze soms een zelfstandige strafrechtelijke onderzoeksbevoegdheid (§ 386 AO). Dat impliceert dat in de fiscale rechtshulp de beslissing *of* aan een verzoek gehoor moet worden gegeven, volledig bij justitie ligt en niet bij de fiscus of bij de voor de fiscus verantwoordelijke instantie. Ook *Verwaltungsbehörden* in het kader van de *Ordnungswidrigkeitenverfahren* – zoals de BAFin, maar ook de *Finanzbehörde* – worden niet genoemd als autoriteit.[770] Een aantal voor dit onderzoek relevante verdragen kent weliswaar vaak de mogelijkheid dat een bestuursrechtelijke autoriteit direct contact opneemt met justitie in het buitenland, maar het omgekeerde (een buitenlandse bestuursrechtelijke autoriteit wordt direct gecontacteerd) bestaat (nog) niet. Voor zover deze betrokken raken in de wederzijdse rechtshulp, zijn ze dus altijd 'slechts' *Vornahmebehörde* en als zodanig gebonden aan de (justitiële) beslissing tot inwilliging van het verzoek.[771]

Nadat de *Bewilligungsbehörde* in positieve zin heeft besloten dat aan het verzoek uitvoering wordt gegeven, wordt het ter afhandeling in handen gesteld van de *Vornahmebehörde*. Wie *Vornahmebehörde* is, hangt af van de vraag wie in de interne rechtsorde de gevraagde handeling zou uitvoeren.[772] Daarbij speelt het nationale ambtsgeheim een voorname rol. Bij bijzondere geheimhoudingsplichten, zoals § 30 AO, maar ook § 8 WpHG, ligt in het ambtsgeheim immers ook een aanwijzing aan het bestuursorgaan besloten hoe het moet handelen. Zolang in de verdragen niet afwijkende afspraken zijn gemaakt, blijven die geheimhoudingsplichten en het daarin verwoorde specialiteitsbeginsel overeind. Binnen deze grenzen is het echter heel goed mogelijk dat een rechtshulpverzoek wordt uitgevoerd door de BAFin of een *Finanzbehörde*, als zij in de nationale context de meest gerede autoriteit zouden zijn geweest.

Uit § 59 III IRG blijkt dat het verzoek moet worden uitgevoerd *alsof* het ging om het verlenen van rechtshulp aan een Duitse autoriteit.[773] We kwamen een soortgelijke bepaling ook tegen in §117 AO (fiscale bijstand). De *Vornahmebehörde* zal het verzoek uitvoeren overeenkomstig zijn interne recht. Dat volgt in het bijzonder ook uit § 77 IRG. Bij de toepassing van dwangmiddelen zal bijvoorbeeld de *Ermittlungsrichter* moeten worden ingeschakeld (vgl. § 162 StPO). De artikelen 59 III en 77 IRG vormen samen de grondslag voor het mogen uitoefenen van de StPO-opsporingsbevoegdheden voor de buitenlandse strafvordering.[774] Daarmee wordt duidelijk dat de *locus*regel geldt, maar ook dat buitenlandse belangen niet mogen worden gediscrimineerd ten opzichte van Duitse.

---

770 De BAFin is uiteraard een federale autoriteit, wier bevoegdheden niet aan de deelstaten kunnen worden overgedragen; vgl. Assmann/Schneider (2003), § 8 WpHG, rn. 23-24, die ervan uitgaan dat de *Bundesminister der Finanzen* cfm § 74 I 3 IRG nog bevoegd is (vgl. ook Nr. 5, onder d, van de *Zuständigkeitsvereinbarung*).

771 Vgl. Scheller (1997), p. 63: Schomburg & Lagodny (2002), p. 228; Schomburg e.a. (2006), § 59, rn. 14.

772 Schomburg e.a. (2006), Vor § 59 IRG, rn. 14.

773 Scheller (1997), p. 60 e.v.

774 Scheller (1997), p. 65-68.

Een paar voorbeelden: enerzijds mag rechtshulp niet worden verleend als daarmee het *Steuergeheimnis* wordt geschonden. Anderzijds discrimineert het *Steuergeheimnis* ook niet: waar informatieverstrekking aan de Duitse justitie is toegestaan, is ze dat ook aan de buitenlandse justitie.[775] Hetzelfde geldt voor de bevoegdheden die aan nadere doelbeperkingen zijn onderworpen. De hierboven besproken *Tatsbestandkatalog* van § 100a StPO geldt ook in transnationale gevallen.[776] Dat betekent dat *Überwachungsmaßnahmen* voor de fiscale en financiële criminaliteit moeilijk realiseerbaar zijn.[777] Hoewel het wederkerigheidsbeginsel als zodanig geen weigeringsgrond is, wordt dus soms materieel hetzelfde effect bereikt via toepassing van de *locus*regel. Overigens kunnen internationale verdragen zelf regels ter zake bevatten, zoals bij de maatregelen gericht op het telecommunicatieverkeer in de art. 15-20 EU-rechtshulpovereenkomst inderdaad het geval is.

De inzet van bestuursrechtelijke bevoegdheden ter uitvoering van een rechtshulpverzoek is niet toegestaan.[778] Ook dat is consistent met de benadering in de fiscale en financiële bijstand. Ware dit anders, dan had men in § 77 IRG niet kunnen volstaan met de opsomming van de relevante strafprocesrechtelijke wetten (*Strafprozeßordnung*) en andere wetten met processuele voorschriften (de *Abgabenordnung*).

Opnieuw moet hierbij echter worden opgemerkt dat al voorhanden zijnde gegevens, waaronder ook controle-informatie, wel kunnen worden verstrekt. Het justitiële ambtsgeheim stelt op dit vlak nauwelijks beperkingen. Op grond van § 483 II en § 487 I StPO mogen (persoons)gegevens voor buitenlandse strafrechtelijke doeleinden worden opgeslagen en verstrekt (zie paragraaf 4.4.2.2). Een beperking kan wel voortvloeien uit § 393 II AO, dat onder dwang verstrekte gegevens beschermt. Onduidelijk is echter of en hoe dit voorschrift transnationaal vorm krijgt.[779]

Hoewel de eigen opsporingsbevoegdheden dus worden toegepast, wordt niet aan alle toetscriteria voor toepassing van de bevoegdheid getoetst. De *locus*regel wordt in formele zin toegepast.[780] Een toetsing van een verdenking (*Schuldverdacht*) vindt niet plaats.[781] Dat hangt, net als *in fiscalibus*, ten eerste samen met de vertrouwensregel: men gaat ervan uit dat deze toets al is verricht door een buitenlandse autoriteit, die daarvoor doorgaans ook in een betere positie verkeert.[782] Het achterwege blijven

775 Schomburg e.a. (2006), § 59 IRG, rn. 31- 36; Schäfer (2005), p. 200-201; Ruegenberg (2001), p. 356; Dannecker (1990), p. 127.
776 Hackner e.a. (2003), p. 142-144.
777 *Supra* paragraaf 4.3.3.3, onder A.
778 Scheller (1997), p. 103.
779 Vgl. Schäfer (2005), p. 201-203.
780 Scheller (1997), p. 64-65; Nagel (1988), p. 150 e.v.
781 Vgl.Wabnitz/Janovsky (2000), p. 1254; Hackner e.a. (2003), p. 177; Schomburg e.a. (2006), Einleitung, rn. 105 en 109; Dannecker (1990), p. 130. Een uitzondering in het uitleveringsrecht is verwoord in § 10 II IRG.
782 Op de interstatelijke vertrouwensregel en zijn achtergronden kom ik in hoofdstuk 6 nog terug.

van deze toets heeft bovendien te maken met het feit dat in Duitsland de *Anfangsverdacht* de toelaatbaarheid van het justitieoptreden in zijn geheel bepaalt en niet alleen de toelaatbaarheid van bepaalde onderzoekshandelingen.[783] In die gevallen bergt zo'n toets het risico in zich dat de Duitse autoriteiten zich op de stoel van de buitenlandse justitie plaatsen.

> Tegelijkertijd geldt echter het uitgangspunt dat zowel in het *Bewilligungs-*, als in het *Vornahmeverfahren* het evenredigheidsbeginsel onverminderd van toepassing is.[784] De verdenkingsvoorwaarde is daarvan een belangrijke uitwerking. Ze geldt niet alleen op het niveau van de taakuitoefening, maar ook op het operationele niveau, bij isoleerbare onderzoekshandelingen.[785] De vertrouwensregel veronderstelt op zijn minst dat de verzoekende autoriteit die toets of een daarop lijkende toets heeft verricht. Maar is dat altijd zo? Ook de meerwaarde van bijvoorbeeld een *Ermittlungsrichter* wordt gezocht in diens onafhankelijke en bijpassende mogelijkheid om een volle evenredigheidstoets te verrichten, gebaseerd op een volledige inzage in de feiten. Hoe hoger de autoriteit, hoe meer er mogelijk is. De vraag kan worden gesteld in hoeverre deze rechter die functie in een transnationale context kan waarmaken, als ook hij zich gebonden acht aan de vertrouwensregel en de daaruit impliciet blijkende interstatelijke verantwoordelijkheidsverdeling. Die vraag klemt in het bijzonder, wanneer de procedures waarin het buitenlandse verzoek tot stand komt, afwijken van de Duitse. Niet ieder land kent bijvoorbeeld voorafgaande rechterlijke toetsing bij dwangmiddelen. Ik kom daarop nog uitvoerig terug in hoofdstuk 6.

C) Rechtsbescherming

In het verlengde van de voorgaande opmerkingen over de vertrouwensregel passen ook enige opmerkingen over de (procedurele) rechtsbescherming in Duitsland. Deze concentreert zich in het Duitse recht op de handelingen die Duitsland zelf heeft verricht. Dat spoort met het ook in de innerstatelijke context gehanteerde uitgangspunt dat de aangezochte partij enkel verantwoordelijk is voor de handelingen die deze zelf verricht.[786] In het Duitse bestuursrecht is dit uitgangspunt wel aangehaald als het *Trennungsprinzip*.[787] Ook hierbij speelt het vertrouwensbeginsel een grote rol. Tegen de procedure in zijn geheel moet men zich bijgevolg richten in de staat waar deze wordt gevoerd. Alleen in uitzonderlijke gevallen, zal er – mede gelet op de Soering-jurisprudentie van het EHRM – onderzoek worden gedaan naar de (eerlijkheid van) de procedure in de forumstaat en om die reden rechtshulp worden geweigerd.[788]

783 Vgl. Schomburg & Lagodny (2002), p. 253.
784 BVerfG 14 augustus 2001, 2 BvR 1142/00.
785 *Supra* paragraaf 4.3.3.3.
786 Vgl. Vogler (1994), p. 329 e.v.
787 Vgl. Royla (2000), p. 156 e.v. i.h.b.z., p. 166 e.v.
788 Daarover uitvoerig Hofmann (1994); Schomburg e.a. (2006), § 73, rn. 6a e.v.

> Het *Bundesverfassungsgericht* overwoog: 'Für das Strafverfahren, das zu den schwersten in allen Rechtsordnungen überhaupt vorgesehenen Eingriffen in die persönliche Freiheit führen kann, gilt das zwingende Gebot, dass der Beschuldigte im Rahmen der von der Verfahrensordnung augestellten, angemessenen Regeln die Möglichkeiten haben und auch tatsächlich ausüben können muss, auf das Verfahren einzuwirken, sich persönlich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu äußern, entlastende Umstände vorzutragen, deren umfassende und erschöpfende Nachprüfung und gegebenenfalls auch Berücksichtigung zu erreichen.'[789] De kern van deze eisen behoort tot de onvervreembare kern van de Duitse openbare orde. Om die reden mag (moet) men in voorkomend geval rechtshulp weigeren.[790]

In Duitsland gaat het dus in hoofdzaak om de acties van de Duitse autoriteiten zelf. Deze staan onder volledige grondwettelijke controle (vgl. Art. 1 III GG). Voor deze kwestie is het onderscheid tussen het *Bewilligungsverfahren*, leidend tot de *Leistungsermächtigung*, en het *Vornahmeverfahren*, waarin het verzoek feitelijk wordt uitgevoerd, van groot belang. Het eerste is sterk ondergenormeerd.[791] Anders dan in de fiscale bijstand, bestaat in de rechtshulp bijvoorbeeld geen hoorplicht. Evenmin is een *einstweilige Anordnungen* mogelijk. De uitvoerende macht opereert hier in een vacuüm, waarin enerzijds vanwege de strafrechtelijke en internationale dimensie het algemene bestuursrecht niet van toepassing is (§ 2 II Nr. 2 VwVfG), maar waarin anderzijds evenmin van strafvordering en dus van toepassing van de *Strafprozeßordnung* en de IRG sprake kan zijn. Alleen het hierboven genoemde § 61 IRG ruimt aan de betrokkene de mogelijkheid in het kader van de *Herausgabe von Gegenstände* tegen de *Leistungsermächtigung* als zodanig in het geweer te komen.

Het voorgaande is tegen de achtergrond van Art. 19 IV GG mogelijk problematisch.[792] Het suggereert immers het bestaan van een 'rechtsloze' ruimte waarin het bestuur in volledige vrijheid keuzes kan maken. Een betrokkene hoeft niet in kennis te worden gesteld van de ontvangst van het verzoek, van de voortgang van de procedure of van de afronding ervan. Ook de inzage in het dossier (net als overigens de uitzonderingen daarop) is ongenormeerd. Er is daarom bij herhaling gepleit voor toepassing van de *Verwaltungsverfahrensgesetz*/VwVfG op dit onderdeel van de wederzijdse rechtshulp.[793] Voorstanders van de huidige benadering wijzen er echter op dat het *Bewilligungsverfahren* ook helemaal niet bedoeld is om de betrokkene rechtsbescherming te bieden, maar ertoe dient om de internationaal-politieke implicaties van de rechtshulpverlening te beoordelen. Als er dus al aspecten van het

789 BVerfGE 63, 332 (337).
790 Schomburg e.a. (2006), § 73, rn. 67.
791 Schomburg e.a. (2006), Einleitung, rn. 114.
792 Schomburg e.a. (2006), Einleitung, rn. 130 e.v. en Vor § 59, rn. 16, onder vermelding van BVerfGE 96, 100; vgl. ook BVerfG 18 juli 2005, 2 BvR 2236/04, NJW 2005, 2289, overweging 102 e.v. (*Darkanzanli*).
793 Schomburg e.a. (2006), Einleitung, rn. 115 e.v.; Schomburg & Lagodny (2002), p. 224.

Bewilligungsverfahren door de rechter worden getoetst, dan kan dit slechts zeer terughoudend plaatsvinden.[794]

Het *Bundesverfassungsgericht* koos ter oplossing van dit probleem voor een zogenaamde *Integrationslösung*.[795] Deze komt erop neer dat de betrokkene die zich geconfronteerd ziet met uitvoeringsmaatregelen, conform de innerstatelijke situaties rechtsmiddelen kan aanwenden tegen de toepassing van dwangmiddelen en daarbij ook (aspecten van) de *Leistungsermächtigung* mag aanvechten.[796] Welke procedures dat zijn besprak ik hierboven.[797] Ze zijn gebaseerd op de, al dan niet analoge toepassing van § 98 en § 304 StPO. In dat geval worden de procedures van de *Strafprozeßordnung* overeenkomstig toegepast (vgl. § 77 IRG).[798] Dat betekent dat de hoorplicht van § 33 StPO in beginsel van toepassing is. Niet altijd wordt hierdoor uitkomst geboden. De verstrekking van al voorhanden zijnde gegevens is bijvoorbeeld een onderdeel waartegen geen rechtsmiddelen openstaan.

> § 61 IRG biedt als gezien wel de mogelijkheid tot rechtsbescherming tegen de *Leistungsermächtigung* voor de betrokkene. De overgave van stukken kan wel bij het Oberlandesgericht worden aangevochten. Het OLG beslist dan niet over de verdere uitvoering van het verzoek, maar alleen over de machtiging zelf.
>
> Ook wanneer een rechter als uitvoerende instantie de voorwaarden voor het verlenen van rechtshulp *niet* aanwezig acht, *moet* het OLG op grond van § 61 IRG worden ingeroepen. In zoverre gaat het hier om een uitzondering op § 60 IRG, dat bepaalt dat de *Leistungsermächtigung* bindend is voor de *Vornahmebehörde*. Deze uitzondering heeft te maken met het feit dat de rechterlijke macht niet kan worden gebonden door beslissingen van de uitvoerende macht (§ 74 IRG). In zoverre verschaft de regeling geen subjectieve rechten aan de betrokkene, maar rugdekking aan de uitvoerende macht jegens het buitenland.[799]

Het voorgaande heeft ook gevolgen voor de vraag wie belanghebbenden in de procedure zijn. De hierboven besproken rechtsmiddelen staan open voor degenen tegen wie de dwangmiddelen zich richten en die er door in hun eigen rechten zijn geraakt. Dat is niet noodzakelijk de verdachte in het opsporingsonderzoek, het kan ook een derde zijn.[800] Als de maatregelen zich richten tot banken, zijn het dus doorgaans de banken en in veel mindere mate de cliënten, onder wie mogelijk de buitenlandse verdachte, op wie de gegevens betrekking hebben, die dergelijke rechtsmiddelen kunnen instellen. Dat is anders voor § 61 IRG op grond waarvan

---

794 Vgl. BVerfG 18 juli 2005, 2 BvR 2236/04, NJW 2005, 2289, overweging 108 (*Darkanzanli*).

795 BVerfG 30 september 1987, 2 BvR 510/85 en 16 juli 1987, 2 BvR 682/87, gevolgd door het Bundesverwaltungsgericht, NJW 1991, 649.

796 Schomburg e.a. (2006), Vor § 59, rn. 24 e.v.; Schäfer (2005), p. 194 e.v.; Hackner e.a. (2003), p. 178-179; Schomburg & Lagodny (2002), p. 228-229.

797 *Supra* paragraaf 4.3.3.5, onder C.

798 Schomburg e.a. (2006), Vor § 59, rn. 33 e.v.; Schomburg & Lagodny (2002), p. 224-225; Dannecker (1990), p. 139.

799 Schomburg e.a. (2006), Vor § 59, rn. 17.

800 Löwe/Rosenberg, § 304 StPO, rn. 41 e.v.

Betroffenen bij het OLG tegen de *Leistungsermächtigung* kunnen opkomen. Onder deze personen kan ook de buitenlandse verdachte worden geschaard, voor zover hij althans aannemelijk maakt dat hij door de overgave van de documenten in zijn rechten wordt geschaad.[801] Dit rechtsmiddel richt zich juist primair wel tot de beslissing tot het verlenen van rechtshulp zelf.

> In paragraaf 4.3.3.5, onder C kwam overigens aan de orde dat het *Bundesverfassungsgericht* tot einde jaren negentig van mening was dat de aanwending van rechtsmiddelen soms *prozessual überholt* kon zijn. In die gevallen moest de betrokkene wachten tot de zitting om zijn beklag te kunnen doen. Hoewel inmiddels de opstelling van het hof is gewijzigd, is in het rechtshulprecht al langere tijd verdedigd dat ook als een dwangmiddel al is doorgevoerd, het aanwenden van een rechtsmiddel mogelijk is. De belanghebbende heeft er immers niet alleen belang bij de maatregel als zodanig aan te vechten, maar juist vooral te voorkomen dat de gegevens het buitenland bereiken.[802]

4.5.4.2 De Staatsanwaltschaft als verzoekende partij

A) Omvang van de aanspraak op rechtshulp; procedure

Hoe is de positie van de Duitse autoriteiten onder de wederzijdse rechtshulp, in het bijzonder de *Staatsanwaltschaft*, als ze verzoekende partij zijn? Het antwoord op die vraag is uit de wet een stuk minder duidelijk af te leiden. De vraag is allereerst *wie* rechtshulpverzoeken mogen doen. Richtinggevend is opnieuw § 74 IRG, dat de bevoegdheid voor uitgaande rechtshulpverzoeken bij de bond legt.[803] Door middel van de *Zuständigkeitsvereinbarung* en de uitvoeringsregels op deelstaatniveau kunnen de bevoegdheden feitelijk worden uitgeoefend door de autoriteiten die ook met het opsporingsonderzoek zijn belast.[804] In Hessen gaat het dan alleen om de *(Ober) staatsanwaltschaften* en rechterlijke colleges aldaar.

Omdat de *Ordnungswidrigkeiten* in Duitsland via de rechtshulp verlopen, zullen de BAFin en *Finanzbehörde* ook van deze weg gebruik maken. Een probleem daarbij is dat deze autoriteiten niet altijd zijn aangewezen als bevoegde autoriteit voor het doen van rechtshulpverzoeken. Ook in hun hoedanigheid van plaatsvervanger van het OM in het fiscale opsporingsonderzoek[805] zijn de *Finanzbehörde* niet noodzakelijk als bevoegde autoriteit aangewezen.[806] Deze kunnen dan op middellijke wijze rechtshulpverzoeken doen uitgaan (Nr. 127 RiVASt). Daartoe kunnen ze hetzij de zaak afgeven aan het OM (§ 386 IV AO) (zodat dit bevoegd wordt en het verzoek kan doen), hetzij door middel van een *innerstatelijk* rechtshulpverzoek van het OM verlangen dat de laatste een rechtshulpverzoek aan het buitenland richt.[807]

---

801 Schomburg e.a. (2006), § 61, rn. 14.
802 Schomburg e.a. (2006), Vor § 59, rn. 35.
803 Schomburg e.a. (2006), Vor § 68 IRG, rn. 10a; Vogler/Wilkitzki, Vor § 68 IRG, rn. 3.
804 Wabnitz/Janovsky (2000), p. 1246.
805 *Supra* 4.2.2.2, onder B, paragraaf .
806 Nagel (1988), p. 140 en 143; *supra* hoofdstuk 2.4.3.2.
807 Wabnitz/Janovsky (2000), p. 1247.

DUITSLAND

Deze weg wordt ook gevolgd, wanneer een *Verwaltungsbehörde* – de BAFin of *Finanzbehörde* – in het kader van een *Ordnungswidrigkeitenverfahren* een rechtshulpverzoek aan het buitenland wil doen en in (de implementatiewet van) het toepasselijk verdrag en/of het innerstatelijke recht niet is voorzien in de mogelijkheid dat zo'n *Behörde* rechtstreeks aan het buitenland een verzoek doet. In dat geval zal het OM voor de *Verwaltungsbehörde* het buitenland om rechtshulp vragen. Nr. 300 RiStBV[808] luidt: 'Die Staatsanwaltschaft kann im Bußgeldverfahren der Verwaltungsbehörde im Wege der Amtshilfe bei ausländischen Behörden Rechtshilfe erbitten, soweit dies in zwischenstaatlichen Verträgen vereinbart ist oder aufgrund besonderer Umstände (z.B. eines Notenwechsels zwischen der Bundesregierung und einer ausländischen Regierung) damit gerechnet werden kann, dass der ausländische Staat die Rechtshilfe auch ohne vertragliche Regelung gewähren wird.' [809]

Overigens mag de *Verwaltungsbehörde* in sommige gevallen wel direct een verzoek aan het buitenland richten. Ze wordt dan in het verdrag aangewezen als bevoegde autoriteit. Een goed voorbeeld hiervan levert het Duitse rechtshulpverdrag met vooral Nederland (artikel 9 III). In de bijlagen bij de RiVASt, Anhang II, Länderteile – Niederlande, Nr. III.3, is te lezen: 'Verwaltungsbehörden, die Zuwiderhandlungen gegen Ordnungsvorschriften zu verfolgen haben, können Rechtshilfeersuchen unmittelbar den zuständigen niederländischen Strafverfolgungsbehörden übermitteln. Bei Zustellungsersuchen, denen eine Handlung zugrunde liegt, die nach dem Recht beider Staaten als Zuwiderhandlung gegen Ordnungsvorschriften durch Behörden geahndet wird, gegen deren Entscheidung ein auch in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann, ist grundsätzlich immer der Postweg nach Artikel 52 des Schengener Durchführungsübereinkommens (vgl. hierzu Anlage III zu Anhang II) zu beschreiten.' Die mogelijkheden zijn in het verkeer met Zwitserland in het fiscale en financiële domein afwezig (vgl. Länderteil Schweiz, Nr. 9). Wel kent men in in de samenwerking met Zwitserland sinds kort een mogelijkheid voor de fiscus om in gevallen van fiscaal bedrog via de *bijstandskanalen* de Zwitserse fiscus te benaderen, waardoor de fiscus niet meer afhankelijk is van het OM.[810]

Kortom, in een aantal situaties moeten bestuursorganen het OM inschakelen om rechtshulpverzoeken te doen. Die constructie is niet zonder risico's, omdat ze voor de buitenlandse autoriteiten verhult van wie het verzoek afkomstig is. Het verzoek lijkt afkomstig van justitie, maar is dat niet. Dat is weinig transparant en zet de aangezochte autoriteit mogelijk op het verkeerde been. Niet voor niets moet iedere lidstaat bij het ERV 1959 aangeven wie het als 'justitiële autoriteit' beschouwt en wie vanuit die hoedanigheid om rechtshulp mag vragen.

Bovendien lijkt zo'n dubbele Rechts-/Amtshilfeconstructie in strijd met het wezen van de bijstandsplicht. Het is nu immers niet de verzoekende partij die

808 RiStBV = *Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren*.
809 Hierover ook Göhler (1998), Vor § 59, rn. 21-24b; Vogler/Wilkitzki, Vor § 68 IRG, rn. 3, onder b.
810 Hoofdstuk 5.5.3.1.

> verantwoordelijk is voor de procedure, maar een derde. De verdeling van de verantwoordelijkheden wordt zo diffuus. Niet voor niets geldt ook in de innerstatelijke context de eis dat het doen van een bijstands- of rechtshulpverzoek de eigen taakuitoefening van de verzoeker moet dienen.

Naar de heersende mening is de vraag onder welke voorwaarden verzoeken om rechtshulp aan het buitenland kunnen worden gericht geen vraag van internationale rechtshulp, maar een van innerstatelijk recht.[811] Ze wordt naar de *allgemeine Verfahrensgrundsätze* van die staat beantwoord.[812] Hierboven zagen we al dat de internationale regels ter zake weinig beperkingen stellen, maar de samenwerkende staten wel veel ruimte laten om dat alsnog te doen. Wanneer Duitsland verzoekende partij is, dient het zich te houden aan de relevante bepalingen uit de IRG, de RiVASt, maar vooral ook het andere innerstatelijke recht, waaronder in het bijzonder de *Strafprozeßordnung*.

Als minimumvoorwaarden gelden dat het verzoek moet zijn gedaan in een *strafrechtliche Angelegenheit*, waaronder ook *Ordnungswidrigkeiten* worden geschaard (§ 1 IRG) en dat het rechtshulpverzoek de taak van de verzoekende Duitse autoriteit dient. Een ander algemeen beginsel van Duits recht brengt mee dat een verzoekende autoriteit door een rechtshulpverzoek niet mag proberen haar eigen taak uit te breiden of te veranderen. Een nationaal ambtsgeheim moet dan ook allereerst de verstrekking van inlichtingen ter onderbouwing van het verzoek aan het buitenland toelaten. Bovendien kan niet om handelingen worden gevraagd die onverenigbaar zijn met de taak van de verzoeker. Het is grotendeels ook om deze reden dat een Duitse politiële autoriteit niet om de inzet van de dwangmiddelen mag vragen (vgl. Nrs. 123 en 124 RiVASt). Zou hij dat doen, dan plaatst hij zichzelf op de stoel van het OM en dat is niet toegestaan.[813] De interne Duitse regels gaan echter nog verder. Ze eisen bijvoorbeeld bij een verzoek tot doorzoeking een daartoe strekkend besluit van de rechter ex § 105 StPO.[814] Bij een tapverzoek moet het gaan om een van de *Katalogtaten* van § 100a StPO.[815] Op deze manier wordt de aanvraag getoetst door de autoriteit die in een interne situatie de uitvoering van de gevraagde maatregel had moeten bevelen.[816] Zo worden *silver-platter*situaties vermeden (vgl. § 66 II Nr. 2 IRG).

> Om welke handelingen mag, met inachtneming van het bovenstaande, concreet worden verzocht? Het kan gaan om een verzoek tot inbeslagneming en doorzoeking (vgl. Nr. 114 RiVASt), om het horen van verdachten, getuigen of deskundigen (Nr. 117 RiVASt), om het verstrekken van inlichtingen of het overhandi-

811 Vogler/Wilkitzki, Vor § 68 IRG, rn. 2; Scheller (1997), p. 92; Schomburg e.a. (2006), Vor § 68, rn. 1.
812 Schomburg e.a. (2006), Vor § 68 IRG, rn. 1-3.
813 Schomburg e.a. (2006), Vor § 68 IRG, rn. 10.
814 Wabnitz/Janovsky (2000), p. 1229; Schomburg e.a. (2006), Vor § 68 IRG, rn. 2.
815 Daarover Scheller (1997), p. 108; Hackner e.a. (2003), p. 143-144; Schomburg e.a. (2006), Vor § 68, rn. 37.
816 Vgl. Vogler/Wilkitzki (suppl. 1991), Vor § 68 IRG, rn. 2.

gen van stukken (Nr. 118 RiVASt), om de tijdelijke overbrenging van en naar Duitsland van zich in gevangenschap bevindende personen[817] met het oog op het verrichten van bewijsrechtelijke handelingen, zoals een onderzoek ter plaatse (vgl. §§ 69 en 70 IRG en de Nrs. 119 en 120 RiVASt), et cetera. Ook verzoeken om toepassing van nieuwere, heimelijke opsporingsmethoden zijn mogelijk.[818] Verder kan worden verzocht om deelname aan onderzoekshandelingen in de aangezochte staat (Nrs. 140-142a RiVASt). Deze voorschriften zijn ook van belang voor de deelname aan gemeenschappelijke onderzoeksteams.[819]

B) Geheimhouding en doelbinding

De inherente beperking tot strafrechtelijke aangelegenheden doet vragen rijzen omtrent het gebruik van de ontvangen gegevens voor andere doeleinden. Die vraag is vooral van belang voor de BAFin en de *Finanzbehörde* die ook – zelfs hoofdzakelijk – niet-punitieve taken hebben en als bevoegde autoriteit in een *Ordnungswidrigkeitenverfahren* van de rechtshulp gebruik moeten maken. Hij kan ook spelen voor het OM dat in nauwe samenwerking met de BAFin of *Finanzbehörde* gegevens aan deze wil doorleiden. Is dat toegestaan?

Voor het antwoord is § 72 IRG maatgevend, naast uiteraard de voorschriften die hierover op supranationaal niveau bestaan en die zich doorgaans richten op de bescherming van persoonsgegevens.[820] Dit artikel bepaalt dat voorwaarden die door de aangezochte staat aan de rechthsulp zijn verbonden, door de Duitse autoriteiten in acht moeten worden genomen. Als de verstrekkende staat een specialiteitsvoorbehoud maakt, moet dit interstatelijke voorbehoud op grond van § 72 IRG ook in de innerstatelijke context worden gerespecteerd. Dat levert vooral *in fiscalibus* nogal eens de nodige beperkingen op. Het gebruik van de gegevens voor fiscale doeleinden is niet altijd toegestaan, zoals ook het Zwitserse landenrapport nog zal uitwijzen.[821]

Daarnaast kunnen ook nog Duitse interne beperkingen gelden. Het beste voorbeeld hiervan is uiteraard het ambtsgeheim van de betrokken autoriteit. Ook andere voorschriften kunnen het gebruik van de gegevens voor andere dan strafrechtelijke doeleinden beperken. De vraag in hoeverre gebruiksbeperkingen, zoals het hierboven besproken § 100b V StPO ook gelden ten behoeve van uit het buitenland verkregen gegevens, is echter omstreden.[822] Doorgaans wordt aangenomen dat voor buitenlands materiaal dezelfde beperkingen gelden als voor binnenlands materiaal, tenzij dat gebruik in strijd zou komen met de Duitse openbare orde. Naast gemaakte specialiteitsvoorbehouden zijn voor de vraag waarvoor de via de rechtshulp verkregen gegevens mogen worden gebruikt, dus ook de interne ge-

817 Het moet gaan om anderen dan de verdachte; voor de laatste is er de uitlevering.
818 Schomburg e.a. (2006), Vor § 68, rn. 34.
819 Schomburg e.a. (2006), Vor § 68, rn. 36.
820 Hoofdstuk 2.4.3.3.
821 Hoofdstuk 5.5.4.1, onder D.
822 Daarover Schomburg e.a. (2006), Vor § 68, rn. 11; Hackner e.a. (2003), p. 153-154; Böse (2002), p. 159 e.v.; Scheller (1997), p. 94 e.v.; Nelles (1997) 109, p. 749; Nagel (1988), p. 298 e.v.

bruiksbeperkingen relevant. Een ander voorbeeld van een dergelijke beperking is, naast § 110b V StPO, het hierboven besproken § 477 V StPO dat het gebruik van strafvorderlijke gegevens voor bestuursrechtelijke doeleinden beperkt. In het financiële en fiscale domein geldt die beperking overigens niet (§ 40a WpHG; § 395 AO). Strengere buitenlandse normen blijven buiten beschouwing.[823]

C) Rechtsbescherming

Ten aanzien van de kwestie van de rechtsbescherming moet worden onderscheiden tussen de bescherming die mogelijk wordt verleend *voordat* een verzoek wordt gedaan en de bescherming die achteraf, nadat de gegevens uit het buitenland zijn ontvangen, kan worden verleend. Vooral dat laatste noopt nog tot een enkele aanvullende opmerking. Bescherming tegen het uitgaan van het verzoek is nagenoeg afwezig.[824] De verdachte heeft evenmin een recht om verzoeken te doen uitgaan.[825]

Ten aanzien van de controle op de buitenlandse bewijsgaring op het onderzoek ter zitting gelden in hoge mate dezelfde opmerkingen als voor Nederland. Hier speelt opnieuw de vertrouwensregel een grote rol. Hoewel hierover niet helemaal duidelijkheid bestaat,[826] lijkt ook hier de vertrouwensregel mee te brengen dat de Duitse rechters zeer terughoudend zijn met het toetsen van in het buitenland vergaard materiaal, als dit nadien in het strafproces wordt gebruikt. Het uitgangspunt is dat de rechtmatigheid van de buitenlandse gegevensgaring niet wordt getoetst. Dat ligt, hoewel het hiermee zeker niet op één lijn mag worden gesteld, in het verlengde van de opvatting dat het buitenlandse materiaal in Duitsland ook als bewijs mag worden gebruikt, wanneer de buitenlandse regels zijn nageleefd, maar deze minder ver gaan dan de Duitse[827] en dat schendingen van buitenlands recht pas tot uitsluiting leiden, wanneer vergelijkbare schendingen naar Duits recht ook tot bewijsuitsluiting zouden leiden.[828] In het verlengde hiervan ligt ook dat met het rechtsmiddel van de revisie (*Revision*) niet de onrechtmatigheid van de bewijsgaring naar buitenlands recht kan worden beoordeeld.[829] Het verkregen materiaal kan in het Duitse strafproces dus als bewijs worden gebruikt, tenzij dat gebruik in strijd is

823 Scheller (1997), p. 95.
824 Scheller (1997), p. 230 e.v.; Vogel (1999), p. 355-356.
825 Schomburg & Lagodny (2002), p. 237.
826 Vergelijk de verschillende opvattingen in: Gleß (2003), p. 133 e.v.; Böse (2002), p. 152-153; Vogler (1994), p. 329 e.v.; Vogler/Wilkitzki, Vor § 68 IRG, rn. 14 en 17; Nagel (1988), p. 304 e.v. De beste papieren hebben m.i. de meest recente bijdragen van Böse en Vogler. De laatste verwijst naar BGHSt 37, 30.
827 Het feit dat buitenlands materiaal niet aan de Duitse eisen voldoet, speelt eventueel wel een rol bij de waardering van dat materiaal; Gleß (2003), p. 134.
828 Vogel (1999), p. 355-356; Böse (2002), p. 149. In wezen is dit een uitwerking van het hierboven verwoorde *Trennungsprinzip*, *supra* noot 787: de rechtmatigheid van het overheidshandelen wordt beoordeeld naar het recht van de handelende actor. De rechtmatigheid van het verzoek naar dat van de verzoekende staat, de vergaring naar dat van de aangezochte en het gebruik van de gegevens naar dat van de forumstaat.
829 Böse (2002), onder verwijzing naar BGH 7 juni 2000, 3 StR 559/99, wistra 2000, 390.

met de Duitse *ordre public* of er naar Duits recht gebruiksbeperkingen[830] gelden. Omdat dit punt in alledrie de landen terugkomt, bespreek ik het op uitgebreider wijze in hoofdstuk 6.

> De kwestie van het doen van onderzoek naar mogelijke schendingen door buitenlandse ambtenaren moet niet worden verward met de vraag aan de hand van welk recht mogelijke onrechtmatigheden worden *beoordeeld* en welk recht maatgevend is voor de eventueel toe te passen *sancties*. De discussie in Duitsland spitst zich hoofdzakelijk toe op de laatste twee vragen. Die zijn hier juist niet aan de orde. Het gaat mij om de eerste vraag. Ook de vraag naar de *bewijskracht* van buitenlands materiaal is hier niet aan de orde. De heersende leer lijkt overigens dat de (on)rechtmatigheid wordt vastgesteld aan de hand van het recht van de verzoekende staat, terwijl de voorschriften omtrent het verdere gebruik (dus ook de sanctionering) worden bepaald door het recht van de forumstaat.[831]

4.6 CONCLUSIES NAAR AANLEIDING VAN HET DUITSE RECHT

Laat ik, voordat ik toekom aan de bespreking van het derde landenrapport over Zwitserland, de belangrijkste bevindingen over Duitsland nog eens samenvatten. In het voorgaande is bewust gekozen voor een *standalone* bespreking van de *innerstatelijke* organisatie van de Duitse rechtshandhaving op financieel en fiscaal vlak. Die benadering vloeit voort uit de indirecte rechtshandhaving waarvoor in de EU is gekozen, waarin Europese belangen worden waargenomen door nationale autoriteiten die daarvoor in transnationale situaties moeten samenwerken. We zagen bovendien in hoofdstuk 2 dat het Europese recht de lidstaten een grote vrijheid laat bij die organisatie. In hoofdstuk 2.5 gaf ik aan welke gevolgen dat moest hebben voor de opbouw van de landenrapporten. Een beschrijving van de aard en organisatie van de Duitse rechtshandhaving op fiscaal en financieel vlak was nodig om te kunnen aangeven hoe soortgelijke Europese belangen worden gehandhaafd. Pas daarna kon worden bekeken hoe dit alles past in het huidige kader voor transnationale samenwerking, dat uitgaat van een onderscheid tussen bijstand en rechtshulp, en hoe dit onderscheid in het Duitse recht uitwerking heeft gekregen. Ook hier wordt de EU-lidstaten veel vrijheid gelaten. Toch is in een systeem van indirecte handhaving transnationale samenwerking van levensbelang.

In deze paragraaf worden mijn belangrijkste bevindingen over het Duitse recht nog eens kort gepresenteerd. Ik zal tevens trachten deze weer te plaatsen in de context van de centrale onderzoeksvragen, verwoord in hoofdstuk 1.3.1, die worden uitgewerkt aan de hand van het specialiteitsbeginsel, ambtsgeheim en bank-

---

830 Die gebruiksbeperkingen kunnen voorvloeien uit de onrechtmatigheid van de vergaring van het materiaal, maar ze kunnen ook zelfstandig functioneren. In het laatste geval is niet de vergaring onrechtmatig, maar het gebruik van de vergaarde gegevens voor een bepaald doel. Voorbeelden hiervan zijn § 100b V StPO en ook § 393 II AO.

831 Hierover verder Scheller (1997), p. 94-101; zie ook Baaijens-van Geloven (2004), p. 411-412.

geheim. Het is daarbij nuttig om, zonder nu al tot een omvangrijke rechtsvergelijking te willen komen, alvast enige in het oog springende verschillen met het Nederlandse en enige eigenheden van het Duitse recht nog eens naar voren te halen.

Taken en organisatie van de rechtshandhaving

Net als in Nederland berust de fiscale en financiële rechtshandhaving op een complex samenspel van bestuur (BAFin en fiscus) en justitie. Daarbij moet ten eerste worden gewezen op de rol van het bestuur binnen de punitieve handhaving in ruime zin, waarin het bestuur vrij vaak optreedt als plaatsvervanger van justitie. Ook komt het voor dat het bestuur optreedt als diens secondant, doordat het de zaken voorbereidt voor justitie. Dat kan onder gezag van de laatste plaatshebben, maar dat hoeft niet. Een derde factor waarop moet worden gewezen is de mate van samenwerking en coördinatie, waarvoor het Duitse recht tal van mechanismen, zoals wederzijdse meldplichten (vgl. § 40a WpHG), kent en die leiden tot onderlinge informatiestromen. Ten slotte wil ik nog wijzen op de complicerende factor van de sfeercumulatie. Ook deze is voor dit onderzoek van belang. Immers een autoriteit met meerdere taken en daaraan gekoppeld meerdere hoedanigheden, kan mogelijk gebruik maken van bijstand én rechtshulp. Ook nauw samenwerkende autoriteiten zouden uit het buitenland ontvangen gegevens aan elkaar kunnen doorspelen.

Hoe pakt dit alles concreet uit? Als het bestuur optreedt als plaatsvervanger van justitie kan het dat op twee wijzen doen. Soms neemt het de rol van het OM in het strafrechtelijk onderzoek over, zoals in het fiscale recht gebeurt. We zagen al dat in die gevallen zelfstandige samenwerking met de buitenlandse justitie niet plaatsheeft, omdat men niet is aangewezen als bevoegde autoriteit. Het is ook mogelijk dat het bestuur optreedt buiten de kaders van het strafrecht. Daarbij moet worden gewezen op de *Ordnungswidrigkeit*. Deze rechtsfiguur was oorspronkelijk bedoeld om strafbare feiten te decriminaliseren. Anders dan de Nederlandse bestuurlijke boete knoopt ze aan bij de strafrechtelijke handhaving. Dat betekent niet alleen dat internationaal van de rechtshulp gebruik kan (en naar Duits recht: *moet*) worden gemaakt, maar ook dat deze organen in de innerstatelijke context te maken krijgen met verschillende handhavingsregimes, namelijk een bestuursrechtelijk en een (quasi-)strafrechtelijk. Anders dan in Nederland, waar bestuur en justitie in punitieve aangelegenheden nogal eens tegelijk bevoegd zijn (*cumulatieve competenties*), gelden in Duitsland *alternatieve* competenties met een duidelijke voorrang van het strafrecht.

Het bestuur treedt ook op als aangever van justitie. Hier moet vooral worden gewezen op de vrij strikte scheiding tussen preventie en repressie, die er mijns inziens een voorname oorzaak van is dat in Duitsland bestuursorganen (BAFin en Steufa) functies vervullen die in Nederland, in ieder geval deels, door opsporingsinstanties worden waargenomen. Dat heeft internationaal gevolgen, omdat deze organen gebruik zullen maken van de bijstand en niet van de rechtshulp. Soms is het bestuur als aangever ingebed in de strafrechtelijke handhaving. De Steufa is de fiscale opsporingsdienst die onder gezag staat van hetzij de BuStra, hetzij het OM. In die hoedanigheid zal ze mogelijk gebruik maken van de politiële rechtshulp, hoewel,

net als in Nederland, de ruimte zeer beperkt is. Men wil voorkomen dat de regels van de wederzijdse rechtshulp worden omzeild.

De Duitse autoriteiten, bestuursorgaan of OM, worden sterk aangestuurd bij de uitvoering van deze taken; hun is relatief weinig vrijheid gelaten. Hun taakstellingen zijn in de wet neergelegd en niet of nauwelijks voor verdere invulling overgelaten aan de uitvoerende macht zelf. Ook het fiscale en financiële ambtsgeheim liggen wettelijk vast, hoewel er discussie is over sommige uitzonderingsbepalingen erop (vgl. § 30 V AO en § 8 II WpHG). Ter vergelijking: in Nederland leidde vooral het ontheffingenbeleid van art. 67, lid 2, AWR tot de kritiek dat de fiscus zelf de reikwijdte van zijn bevoegdheden kon bepalen. Ook sturingsbeginselen, zoals de ambtelijke onderzoeksplicht en het legaliteitsbeginsel in het strafrecht, de controlerende functie van de *Ermittlungsrichter* in het strafrechtelijk onderzoek (in ruime zin), interne controlemechanismen en een uitgebreid systeem van preventieve rechtsbescherming plaatsen het bestuur onder een relatief hoge mate van controle.

De vrij strikte mate van aansturing kan echter niet voorkomen dat ook in Duitsland de sfeercumulatieproblematiek een voortdurend punt van zorg is, ook transnationaal. De genoemde sturingsmechanismen functioneren namelijk in de context van hun eigen procedure en niet 'transprocedureel'. Anders dan in Nederland, waar momenteel een ontwikkeling waarneembaar is waarin toezicht en opsporing formeel van elkaar worden gescheiden, heeft men geen principieel bezwaar tegen een vereniging van toezicht en opsporing binnen een dienst. Een cumulatie van sferen is toegestaan, maar naar mijn smaak tegelijk goed gecontroleerd, hoewel hierover in Duitsland veel discussie bestaat. Het is namelijk niet helemaal duidelijk hoeveel ruimte de rechter het bestuur zal geven om naar believen tussen functies te blijven wisselen. Een *Prinzip der Stetigkeit des Verfahrens* wordt wel aangenomen, maar is nog niet, of althans maar zeer voorzichtig, daadwerkelijk afgedwongen. Men lijkt hier te vertrouwen op het bestuur zelf, dat tot een hoge mate van transparantie wordt gedwongen. Ten aanzien van de bescherming van het *nemo-tenetur*beginsel kiest men in dat soort situaties, althans *in fiscalibus*, voor een *horizontaal schot* in de informatiestromen: zodra een strafrechtelijke procedure is ingeleid, komt de afdwingbaarheid van de medewerkingsplichten voor het geheel van de procedures te vervallen (§ 393 AO). In Nederland hanteert men een *verticaal schot*: de medewerkingsplicht voor het fiscale deel blijft volledig afdwingbaar, maar de gegevens mogen niet worden gebruikt in de parallel lopende punitieve procedure.

De relatief hoge mate van controle en het uitgewerkte systeem van rechtsbescherming doen mijns inziens recht aan de vele verschillende posities die justitiabelen in het gegevensverkeer kunnen innemen, zeker wanneer er intensief tussen de verschillende overheden wordt samengewerkt. Ze waarborgen enerzijds de noden van de praktijk die vragen om een bundeling van de expertise van het bestuur en het OM, maar stellen anderzijds de justitiabelen en de rechter in staat het bestuur en justitie aan de gemaakte keuzes te houden, althans hen tot verantwoording te dwingen. Meer nog dan in Nederland levert het bankgeheim hiervan uitstekende voorbeelden. Het illustreert hoezeer de posities van de betrokkenen ten opzichte van de overheid kunnen verschillen en hoe daarmee bij de *vergaring* van de gegevens en nadien, bij het *gebruik* en de *verstrekking*, wordt omgegaan.

Het bankgeheim
Aan de hand van in de constitutie, wetgeving en rechtspraak zorgvuldig uitgewerkte criteria worden in het financiële, fiscale en strafrechtelijke domein verschillende afwegingen gemaakt met betrekking tot de toegang tot bancaire gegevens. In het constitutionele evenredigheidsbeginsel (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) komt tot uitdrukking dat voor deze drie doeleinden zeker niet in gelijke mate inbreuken op constitutioneel gewaarborgde rechten zijn toegestaan. Uit het evenredigheidsbeginsel vloeit bovendien voort dat Duitse autoriteiten (enkele uitzonderingen, zoals de *Außenprüfung*, daargelaten) altijd een redelijke aanleiding moeten hebben om tot onderzoek bij de betrokkene zelf over te kunnen gaan. Men werkt met een uitgebreid systeem van *Verdachtsschwellen*, waarbij er meer mogelijk is, naarmate de verdenking zwaarder wordt. Bovendien valt op dat het subsidiariteitsbeginsel sterk is uitgewerkt. Ten aanzien van derden gelden vrijwel altijd zwaardere beperkingen dan ten aanzien van procespartijen. Het onderstreept dat de hoedanigheid waarin de overheid een rechtsubject benadert, niet vrijblijvend kan zijn. Het bankgeheim, dat hiervan het ultieme voorbeeld is, speelt alleen *in fiscalibus* een (meer en meer beperkte) rol. Het is als zodanig niet grondwettelijk gewaarborgd. Het *Bundesverfassungsgericht* lijkt er zelfs in het geheel niet van gecharmeerd, beducht als het is voor de gevolgen voor de fiscale rechtvaardigheid en gelijkheid. Het bankgeheim kent echter een nauwe samenhang met het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, omdat gegevens over cliënten vaak persoonsgegevens zijn.

Ook het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, de *Rechtsweggarantie* en andere grondrechten als het *Richtervorbehalt* hebben hun uitwerking op de rechtshandhaving niet gemist. Het strafrecht kenmerkt zich bij de toepassing van dwangmiddelen door proactieve en reactieve rechterlijke bescherming, maar ook het bestuursrecht is goed voorzien. Voor afdwingbare dwangmiddelen is telkens een *Verwaltungsakt* nodig. De vraag is zeker in een Europese rechtsruimte gerechtvaardigd hoe een en ander vorm krijgt in gevallen van transnationale samenwerking.

Gevolgen voor de transnationale samenwerking
De houding van Duitsland in het interstatelijke verkeer kan mijns inziens worden betiteld als *coulant*. De samenwerking in bijstand en rechtshulp kenmerkt zich door ruim verwoorde plichten tot samenwerking en relatief eng gevatte weigeringsgronden. *Innerstatelijk* recht wordt doorgaans zonder verdere transformatie toegepast in *interstatelijke* situaties. De *locus*regel wordt zo in materiële zin toegepast.[832] Het gevaar dat de samenwerking tot de grootste gemene deler beperkt blijft, lijkt vanuit Duits perspectief niet zeer groot.

Toch brengt juist het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp ook een aantal beperkingen aan. De Duitse benadering kan in zoverre ook, net als overigens de Nederlandse, worden getypeerd als *eendimensionaal*. Het systeem, zoals dat door Duitsland is ingevuld en waartoe het land ook uitdrukkelijk de ruimte krijgt, is niet altijd even goed bedacht op de omstandigheid dat Duitsland in de innerstatelijke context andere keuzes maakt dan Nederland. Op internationaal vlak kan dit in de

832 De procedure van § 61 en 66 IRG is hierop een uitzondering.

samenwerking tussen beide landen problematisch zijn, omdat men elkaar niet erkent als 'bevoegde autoriteit', maar materieel wel met hetzelfde bezig is. De oorzaken voor de verschillen liggen ten eerste in het feit dat onderliggende normen verschillend kunnen (en mogen) worden gewaardeerd, waardoor het ene land kiest voor bestuurs- en het andere voor strafrechtelijke handhaving. Eerder concludeerde ik al dat het Europese recht de lidstaten die keuzes laat. Inderdaad maakt Duitsland andere keuzes dan bijvoorbeeld Nederland.[833] Ook nationale verschillen in afbakening tussen toezicht en opsporing zorgen voor problemen.

In dit verband vraag ik me ook af of het dogmatische Duitse onderscheid dat tussen bijstand en rechtshulp wordt aangebracht, waarbij naar Duits recht de gehele punitieve handhaving wordt gereserveerd voor de rechtshulp, wel praktisch hanteerbaar is. Het is veelzeggend dat een instantie als de BAFin nog nooit via de rechtshulp werd benaderd. Het is bovendien een feit dat de scheiding vrij eenvoudig kan worden omzeild, doordat de BAFin zelf bevoegd is én bijstands-, én rechtshulpverzoeken in te dienen. Ze heeft meerdere hoedanigheden in het interstatelijke gegevensverkeer. Het kan niet worden uitgesloten dat buitenlandse autoriteiten eveneens over die mogelijkheid beschikken.

Daarbij komt dat men vooral de doorleiding van via de bijstand verkregen gegevens naar het strafrecht aan weinig beperkingen onderwerpt. Men ziet hier, anders in dan Nederland, afdoende waarborgen aanwezig in het ambtsgeheim. Het gevolg is een verdere versmelting van sferen, omdat bijstandsdoeleinden vaak *ook* opsporingsdoeleinden (inclusief *Ordnungswidrigkeiten*) kunnen en mogen dienen (nog even afgezien van het feit dat wat tot de opsporing behoort en wat niet, per land kan verschillen). De vraag is in hoeverre het huidige systeem hierop controle mogelijk maakt. Als de doorleiding van gegevens zonder meer mogelijk is, zoals in Duitsland, zal men hierop dan nog controle uitoefenen? Immers, problematisch zijn juist de veelvuldige mogelijkheden tot petten- en procedurewissels en dus (het gebrek aan) aandacht voor het verdere gebruik van de gegevens. En welke staat acht zich tot die controle geroepen? Hoe wordt het *nemo-tenetur*beginsel gewaarborgd in transnationale gevallen? Ik vond op deze vragen, net als in Nederland, geen of onvolledige antwoorden in het Duitse recht. Vooral transprocedurele waarborgen in de vorm van gebruiksverboden, zoals § 393 AO en § 100b V StPO, komen eenvoudig in het nauw in het interstatelijke verkeer, omdat de ontvangende staat er niet noodzakelijk van op de hoogte raakt, laat staan ze zal respecteren.

Ten aanzien van de toepassing van de onderzoeksbevoegdheden in transnationale gevallen zien we in Duitsland hetzelfde fenomeen als in Nederland. Duitse autoriteiten passen bij de uitvoering van verzoeken hun eigen recht toe, zodat formeel alle hierboven besproken waarborgen ook dan van toepassing zijn, maar laten de inhoudelijke toets aan de verzoekende staat; ze beperken zich tot een globale evenredigheidstoets op basis van de gegevens in het verzoek. Het is de vraag in hoeverre bijvoorbeeld het *Richtervorbehalt* en de *Rechtsweggarantie* functioneren in een interstatelijke context. Immers, door de vertrouwensregel heeft men geen volledige inzage in het dossier, terwijl dat nu juist voor de meerwaarde van het *Richtervorbehalt*

833 Vgl. hoofdstuk 3.2.1.3 met *supra* paragraaf 4.2.1.4.

zorgt. De vertrouwensregel veronderstelt op zijn minst een eensgezindheid over de aard en wijze van toetsing, evenals een bepaalde verdeling van verantwoordelijkheden tussen staten, waarvan ik me afvraag of die daadwerkelijk bestaat. Toetst de aangezochte partij feitelijk wel hetzelfde (en op hetzelfde moment) als de verzoekende partij (zou doen)? Juist op het raakvlak van bijstand en rechtshulp kan dit problematisch zijn. Er is in toenemende mate sprake van samenwerking tussen autoriteiten van een verschillend statuur die innerstatelijk in verschillende controle- en gezagsstructuren zijn ingebed.

Mijns inziens pakt het bestaande onderscheid tussen bijstand en rechtshulp dus niet altijd even goed uit. Een aantal geconstateerde problemen speelt niet alleen in Nederland of Duitsland, maar komt in beide landen terug. Vaak komen ze niet direct aan de oppervlakte, wanneer men de samenwerking enkel van het perspectief van één staat benadert. Om die reden volgt in hoofdstuk 6 nog een uitvoeriger vergelijking van de systemen. Voordat het zo ver is, bestudeer ik eerst nog een ander federaal systeem, namelijk het Zwitserse.

5 Zwitserland

5.1 INLEIDING

Zwiserland is het derde en laatste land dat in dit onderzoek aan de orde komt. Daarvoor zijn, ondanks het feit dat het land geen lid is van de EU, meerdere redenen, waarvan ik de Zwitserse constitutionele structuur, het bankgeheim en het Zwitserse punitieve bestuursrecht in mijn inleiding als de voornaamste noemde. Het feit dat het land geen lid is van de EU, wijzigt ook enige parameters. Uiteraard heeft het weinig zin in dit hoofdstuk te toetsen in hoeverre Zwitserland voldoet aan de eisen van de Europese richtlijnen als de MiFID en de Richtlijn 77/799. Zwitserland kenmerkt zich door een lange, diepgewortelde traditie van neutraliteit, die er ook toe leidde dat het land niet is aangesloten bij bijvoorbeeld de Europese Economische Ruimte/EER, hoewel het wel lid is van de Europese Vrijhandelsassociatie/EVA (sinds 1960). Pas op 10 september 2002 werd Zwitserland lid van de Verenigde Naties. Van de Raad van Europa (1963) en de OESO (1960) is het overigens wel al langere tijd lid.

Net als de Duitse bondsrepubliek kent het Zwitserse eedgenootschap (*Confoederatio Helvetica*/CH) een staatsstructuur waarin de *jurisdiction to prescribe* en die *to enforce* in hoofdzaak niet op het federale[1] niveau zijn neergelegd, maar bij de kantons en de hier verder niet relevante gemeenten. Zwitserland kent 26 van dergelijke kantons, zodat net als in Duitsland keuzes moeten worden gemaakt. Ik heb gekozen voor een beschrijving van de wisselwerking tussen het federale en kantonnale niveau aan de hand van (het recht van) het kanton Zürich, dat, samen met de kantons Genève en Basel, voor het bankwezen het belangrijkste is. Bijgevolg zijn de strafrechtelijke autoriteiten die in het onderstaande aan de orde komen de *Staatsanwaltschaft* van Zürich en de federale *Bundesanwaltschaft*. De fiscale autoriteiten zijn het *Steueramt* van Zürich en de federale autoriteiten, georganiseerd onder de *Eidgenössische Steuerverwaltung*/EStV. Het gedragstoezicht op financiële instellingen en het toezicht op individuele beleggers ligt, net als in Duitsland, in handen van een federale autoriteit, de *Eidgenössische Bankenkommission*/EBK.

De Zwitserse federale Grondwet (*Bundesverfassung*/BV) is in 1999 herzien. In deze grondwet is de regel neergelegd dat de kantons soeverein zijn, voor zover deze soevereiniteit niet door de federale grondwet is beperkt (Art. 3, 42 en 43 BV). Ieder kanton heeft ook zijn eigen *Verfassung*, die het federale recht moet respecteren (Art. 51 Abs. 2). Op zijn beurt respecteert de bond de zelfstandigheid van de kantons (Art. 47). Bond en kantons werken zo veel mogelijk samen en zijn onderling tot bijstand en rechtshulp verplicht (Art. 44).

De grondwet kent aan de bond op verschillende *Kompetenzbereiche* wetgevende bevoegdheden toe. Het kan daarbij, net als in Duitsland, gaan om concurre-

1 Net als in het voorgaande hoofdstuk gebruik ik de termen federatie/federaal en bondsstaat als synoniemen.

rende en exclusieve bevoegdheden. Zo is de bond de eerstverantwoordelijke voor de betrekkingen met het buitenland (Art. 54), het bank- en beurswezen (Art. 98), het strafrecht en sinds kort ook voor het strafprocesrecht (Art. 123). Op andere terreinen, zoals het fiscale recht (directe belastingen),[2] is er sprake van een gedeelde bevoegdheid (Art. 126 e.v.). Zo mag de bond op het vlak van de directe belastingen belasting heffen (Art. 128) en mag hij de kantonnale belastingen deels harmoniseren (Art. 129). Als er eenmaal federaal recht is uitgevaardigd, gaat dit voor op het kantonnale (Art. 49). Inmiddels heeft de bond inderdaad wetgeving uitgevaardigd op het vlak van de directe belastingen, het financiële toezicht en het strafrecht. Federale wetgeving is in voorbereiding op het vlak van het strafprocesrecht.

De kantons hebben in beginsel *Umsetzungsautonomie* (vgl. Art. 46, 123 Abs. 2, Art. 128 Abs. 4 BV). Deze omvat zowel de concretisering van het bondsrecht door kantonnale regels, als de daadwerkelijke uitvoering ervan. Uiteraard zijn ze ook bevoegd in de kantonnale aangelegenheden, hoewel hun vrijheid hier soms beperkt is (vgl. Art. 129). Het primaat van de *jurisdiction to enforce* ligt aldus overduidelijk bij de kantons. Uitzonderingen zijn opnieuw mogelijk, zoals onder meer gebeurde in het financiële toezicht.

Dit hoofdstuk is op dezelfde wijze opgebouwd als de voorgaande twee. Voor de motivering van die keuze verwijs ik naar de algemene inleiding in hoofdstuk 1, hoofdstuk 2.5 en de inleidingen bij de voorgaande twee hoofdstukken. Het betekent concreet dat achtereenvolgens aan de orde komen:

1. De taken en organisaties van de betrokken autoriteiten, waarbij het specialiteitsperspectief en het ambtsgeheim maatgevend zijn (paragraaf 5.2).
2. De bevoegdheden die deze autoriteiten hebben jegens banken, waarbij in het oog moet worden gehouden dat banken jegens de (verschillende onderdelen van de) overheid meerdere hoedanigheden kunnen innemen. Hier komt het Zwitserse bankgeheim aan de orde (paragraaf 5.3).
3. De mogelijkheden tot samenwerking tussen de autoriteiten op innerstatelijk niveau, waarbij de Zwitserse federale structuur interessante oplossingen voor ook op EU-niveau levende problemen biedt (paragraaf 5.4).
4. De mogelijkheden tot samenwerking op interstatelijk niveau, waarbij per autoriteit wordt onderscheiden tussen hun positie als aangezochte en als verzoekende autoriteit. Hier komen ook de positie van Zwitserland ten opzichte van de EU en de *Bilaterale II* aan de orde (paragraaf 5.5).

2 De indirecte belasting (*Mehrwertsteuer*) is een federale aangelegenheid: Art. 130 BV.

ZWITSERLAND

5.2 TAKEN EN ORGANISATIES VAN DE BETROKKEN AUTORITEITEN

5.2.1 De financiële toezichthouder (*die Eidgenössische Bankenkommission*)

5.2.1.1 Taken en organisatie

Een goed functionerende financiële sector is in ieder land van eminent belang, maar dat geldt in het bijzonder voor Zwitserland en zijn bankensector.[3] Deze droeg in 2001 bijvoorbeeld voor 14% aan het bruto binnenlands product bij. Die bijdrage is twee maal zo hoog als die van de bankensector in de VS, Frankrijk of Duitsland. Eind 2001 werd het totale in Zwitserland door banken beheerde vermogen geschat op 4.743 miljard Zwitserse franken. Ongeveer de helft (56%) van dat vermogen was afkomstig van particulieren uit het buitenland.[4]

De Zwitserse bankensector is – net als de Duitse en Nederlandse – een *Universalbankensystem*.[5] De cross-sectorale ontwikkelingen lopen hier vrijwel gelijk met die in de rest van Europa. Er is een duidelijke tendens tot internationalisering waarneembaar, mede gezien het aantal overnames en fusies van en door Zwitserse banken. De activiteiten van banken zijn daarbij niet beperkt tot het klassieke bankieren, maar omvatten ook andere, sectoroverschrijdende bezigheden, zoals het verrichten van verzekerings- en beleggingsdiensten. De typering als *Universalbankensystem* betekent echter niet dat alle banken *Universalbanken* zijn. Specialisatie, bijvoorbeeld vermogensbeheer, komt zeker voor. De banken vormen dus een zeer heterogeen gezelschap, maar worden allemaal gevat onder de term 'bankensector' en zijn allemaal drager van het bankgeheim.[6]

Met het toezicht op de financiële markten is nu nog de *Eidgenössische Bankenkommission* belast (Art. 34 *Bundesgesetz über den Börsen- und Effektenhandel*/BEHG).[7] Haar organisatie is geregeld in de *Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen* (*Bankengesetz*/BankG). Daaruit is op te maken dat het om een kleine commissie gaat: ze telt ten minste zeven, maar ten hoogste elf leden en alleen de voorzitter is er voltijds werkzaam (Art. 23 BankG). Het secretariaat van de commissie is aanzienlijk groter en telt momenteel circa 150 man. Toch is dat nog niet voldoende voor een goed functionerend toezicht op de markten. Zo hield men in 2000 toezicht op circa vierhonderd banken.[8] Vandaar dat nauwe samenwerking met andere publieke en

---

3 Onderstaande staten zijn gebaseerd op Nobel (2004), p. 45-62; zie ook EFD/EDA, Finanzplatz Schweiz, Bern 2003.

4 Op basis van bepaalde schattingen wordt beweerd dat de helft van dat vermogen niet aan belasting is onderworpen, hetgeen een belangrijke indicator is voor de grote buitenlandse druk op het Zwitserse bankgeheim; Nobel (2004), p. 56.

5 Nobel (2004), p. 45-62.

6 De term 'bank' wordt nauwelijks uitgewerkt in de *Bankengesetz*. Uit Art. 1 Abs. 2 BankG kan in ieder geval worden afgeleid dat het moet gaan om 'natürliche und juristische Personen, (…)' die 'Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen.' Voldoet men aan die criteria, dan is in beginsel een vergunning van de EBK vereist.

7 Voor de toekomst, zie ook het hieronder nog te bespreken Art. 1-8 voorstel-FINMAG.

8 Weber/Biaggini (2002), p. 51.

private instanties nodig is. Ook de in Zwitserland nog relatief belangrijke zelfregulering (vooral in het beurswezen) verklaart de geringe omvang van de EBK. Ik kom daarop zodadelijk nog terug.

Het secretariaat van de EBK is niet zozeer langs sectorale lijnen georganiseerd, maar hoofdzakelijk naar activiteit: er is onder meer een afdeling voor de verlening van bank- én effectenvergunningen, een voor het lopende toezicht daarop, een afdeling voor grote banken, een voor effectenbeurzen, die ook is belast met onderzoeken naar marktmanipulatie en insider trading, en een juridische afdeling, die adviseert in juridische vraagstukken, waaronder het vraagstuk van de internationale (administratieve) samenwerking.

De EBK is een onafhankelijke autoriteit. Hoewel ze wel deel uitmaakt van de federale administratie (*Bundesverwaltung*) en organisatorisch onder het federale ministerie van Financiën valt (*Eidgenössisches Finanzdepartement*) valt, is ze niet aan diens aanwijzingen gebonden. Bij de vormgeving als onafhankelijke autoriteit zijn de samenwerking met het buitenland en de bescherming van het bankgeheim een voorname overweging geweest.[9] De EBK opereert bondswijd. Ook dat was een bewuste keuze.

> De verantwoordelijkheid voor het functioneren van de financiële sector ligt bij de bond (Art. 98 BV). Dat verklaart ook waarom een federale autoriteit met het toezicht is belast. Met de federale bevoegdheid is ook de verplichting daartoe gegeven.[10] De achterliggende doeleinden ervan zijn vergelijkbaar met die in Nederland en Duitsland. Financieel toezicht beoogt te voorkomen dat handelaren in effecten (of andere financiële spelers) hun verplichtingen jegens beleggers niet meer kunnen nakomen (*Vertrauensindividualschutz*) én dat het beleggend publiek als geheel het vertrouwen in de (integriteit van de) sector behoudt (*Vertrauenskollektivschutz*). Nauw hiermee verwant is de *Funktionsschutz*, dat is gericht op het creëren van de voorwaarden voor een goed functionerende markt.[11]

De rechtsbasis voor het kunnen uitoefenen van het financiële toezicht ligt in verschillende federale wetten. De bepalingen van de beurs- en effectenwet/BEHG zijn het belangrijkst voor dit onderzoek. Door de voortgaande internationalisering, versmelting en ontwikkeling van financiële producten en technologische ontwikkelingen werden de kantonnale regelingen met betrekking tot de effectenbeurzen, gevestigd in Zürich, Basel en Genève, in de loop der jaren te beperkt.[12] Dat leidde ertoe dat in 1995 de beurs- en effectenwet/BEHG tot stand kwam en het toezicht aan de EBK werd overgedragen. Deze was al eerder belast met het meer institutionele bankentoezicht op grond van de *Bankengesetz*.

---

9 Weber/Biaggini (2002), p. 52.
10 Ehrenzeller e.a. (2002), p. 1070 e.v.
11 Vgl. Art. 1 BEHG; Zobl (1998), p. 24; Zobl (2000), Einleitung Nrs. 30 -33; Nobel (2004), p. 16-17.
12 Zobl (2000), Einleitung, Nrs. 1-6.

ZWITSERLAND

De bepalingen van de beurs- en effectenwet hebben betrekking op het toezicht op de effectenbeurzen (Art. 3-8 BEHG), op de effectenhandelaren (*Effektenhändler*; Art. 10-19), op het melden van zeggenschap in Zwitserse instellingen (Art. 20-21) en op openbare biedingen op instellingen (Art. 22-33 BEHG). De wet is meer dan het *Bankengesetz*, die ziet op het (prudentiële) toezicht op banken, gericht op markten en transacties in plaats van op instituties. Hij is vormgegeven als een raamwet.[13] Veel onderwerpen worden nader uitgewerkt in lagere regelgeving die grotendeels door de EBK is uitgevaardigd. Toch is ook de *Bankengesetz* relevant. Tussen beide wetten zit een zekere overlap. Zo heeft een bank die tevens effectendiensten aanbiedt, zowel op grond van de *Bankengesetz* als de beurs- en effectenwet een vergunning nodig.[14] Het aanbieden van financiële diensten zonder een dergelijke vergunning is niet toegestaan en zelfs strafbaar.[15]

Andere wetten op het gebied van het financiële toezicht zijn onder meer: 1 de *Anlagefondsgesetz* (AFG), waarin het instituutstoezicht op beleggingsinstellingen is geregeld; 2 de *Versicherungsaufsichtsgesetz* (VAG), dat het toezicht op verzekeringsondernemingen regelt, en 3 de *Geldwäschereigesetz* (GWG), waarin het gaat om de bestrijding van witwassen. Als gezegd, ligt hier de nadruk op de beurs- en effectenwet.

5.2.1.2 De voorgenomen hervorming van het toezicht

Net als in Duitsland en Nederland is het in Zwitserland momenteel bepaald niet rustig op regelstellend gebied. Er worden eveneens tendensen tot internationalisering en versmelting van de sectoren en financiële producten gesignaleerd en daaruit is geconcludeerd dat bepaalde veranderingen moeten worden doorgevoerd. Onlangs is een wetsvoorstel ingediend voor een nieuwe *Finanzmarktaufsichtsgesetz*/FINMAG.[16] Het voorstel behelst een overstap van een instituuts- naar een meer functioneel georiënteerd toezichtmodel.[17] De EBK zal samengaan met twee andere autoriteiten, namelijk het *Bundesamt für Privatversicherungen*/BPV en de *Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei*, in de *Eidgenössische Finanzmarktaufsicht*/FINMA. Deze zal een zogenaamde *öffentlich-rechtliche Anstalt* zijn, wat meebrengt dat ze in hoge mate functioneel, institutioneel en financieel onafhankelijk is.[18] De nieuwe wet moet het mogelijk maken dat op termijn ook andere taken aan de FINMA worden opgedragen (*Baukastensystem*).[19] Flexibiliteit is dus het devies.

Richtinggevend voor die hervormingen waren de conclusies van een tweetal commissies van deskundigen, namelijk de *Expertengruppe Finanzmarktaufsicht* (Gruppe Zufferey) van december 1998, die 42 aanbevelingen tot hervormingen

13 Zobl (1998), p. 25.
14 Zobl (2000), Einleitung Nrs. 97 en 128.
15 Vgl. Art. 46 BankG en Art. 40 BEHG.
16 Voorstel van 1 februari 2006, BBl 2006, p. 2917 en bijhorende toelichting (*Botschaft*), 06.017, BBl 2006, p. 2829 e.v.
17 Rapport Gruppe Zufferey (2001), p. 66.
18 Botschaft, p. 2836 e.v.
19 Rapport Commissie Zimmerli (2003), p. 19; Nobel (2004), p. 547.

deed, en de daarop voortbouwende conclusies van de *Expertenkommission Zimmerli* (Commissie Zimmerli) uit november 2001. Aan de laatste was het verzoek gedaan om de aanbevelingen van de Gruppe Zifferey en de naar aanleiding daarvan gehouden consultatierondes te concretiseren en een concept wetsvoorstel uit te tekenen. Centraal stond daarbij a) de invoering van één geïntegreerde toezichthouder en daarmee gepaard gaande coördinatie- en harmonisatiewerkzaamheden; b) de verruiming van de reikwijdte van het prudentiële toezicht[20] en c) de vraag of het sanctiearsenaal van de EBK diende te worden uitgebreid. In juli 2003 kwam deze commissie met een eerste bericht, gevolgd door latere berichten in augustus 2004 (over sancties) en februari 2005 (over het prudentiële toezicht).

Naast de reorganisatie van de toezichtstructuur zelf, kent het wetsvoorstel nog andere voor dit onderzoek relevante bepalingen, op het vlak van de inlichtingen- en onderzoeksbevoegdheden (Art. 25 en 29), de internationale samenwerking (Art. 42 e.v.), het sanctiearsenaal van de FINMA (Art. 32 e.v.) en de strafbepalingen (Art. 44 e.v.).

De voorgenomen hervorming is niet alomvattend. De voorschriften over het verbod op de handel met voorwetenschap vallen echter buiten de harmoniseringoperatie; deze worden momenteel afzonderlijk herzien.[21] De harmonisatie leidt er, zoals het zich nu laat aanzien, evenmin toe dat de FINMA de beschikking zal krijgen over punitieve sancties, zoals de EBK bij herhaling bepleitte.[22] Die zijn en blijven voorbehouden aan het EFD of de justitiële autoriteiten (zie onder). Voor het overige blijven de materiële toezichtwetten bestaan. De FINMAG moet worden gezien als een organisatorische *Dachgesetz*, vergelijkbaar met de Duitse FinDAG.[23] Ook het nu te bespreken gelaagde toezichtmodel, dat sterk leunt op zelfregulering, de medewerking van accountants (*Revisionsstellen*) en andere autoriteiten blijft gehandhaafd.[24]

De EBK heeft er bij herhaling voor geijverd haar bevoegdhedenarsenaal uit te breiden.[25] De wetgever is echter terughoudend, net als de voornoemde commissies van experts.[26] In het voorstel-FINMAG zullen de sanctiebevoegdheden uit de beurs- en effectenwet weliswaar verder worden afgestemd op die uit de andere wetten, maar toch zal ook op grond van dit wetsvoorstel de EBK, die dan opgaat

20 Zo diende te worden onderzocht of deze moest worden uitgebreid tot vermogensbeheerders (*Vermögensverwalter*).

21 Daarover Huerlimann (2005).

22 Vgl. het Bericht der Eidgenössischen Bankenkommission über die Sanktionsbefugnisse in der Aufsicht über Banken, Effektenhändler und Fondsleitungen („Institutsaufsicht') und in der Überwachung der Märkte hinsichtlich Insiderdelikten, Kursmanipulationen und anderen Marktverhaltensregeln („Marktaufsicht') im Hinblick auf die Neugestaltung der Finanzmarktaufsicht in der Schweiz (voortaan: EBK-Sanktionenbericht) van april 2003.

23 Hoofdstuk 4.2.1.1.

24 Botschaft, p. 2834; Rapport Gruppe Zufferey (2001), p. 42 e.v.

25 Vgl. het EBK Sanktionenbericht van 2003.

26 Daarover het rapport 'Sanktionen der Finanzmarktaufsicht' van de commissie Zimmerli van augustus 2004, i.h.b.z. p. 19-20.

in de FINMA, wel repressieve, maar geen punitieve sanctiebevoegdheden verkrijgen. Men acht dat onverenigbaar met de andere taken van de toezichthouder en wil voorkomen dat binnen deze organisatie al te grote machtsconcentraties ontstaan. De toekenning van punitieve sanctiebevoegdheden zou ertoe leiden dat de FINMA niet alleen over uitvoerende taken beschikt, maar ook nog in hoge mate de normen mag vaststellen – de beurswet is immers een raamwet – en daaraan sancties mag verbinden.

5.2.1.3 Samenwerking met andere autoriteiten

Het Zwitserse toezichtmodel is een gelaagd model. In het beurs- en effectendomein geldt een vergaande mate van zelfregulering. Heeft een effectenbeurs eenmaal een vergunning van de EBK (Art. 3 BEHG), dan is de beurs, de *Swiss Exchange/SWX*, in eerste instantie verantwoordelijk voor een ordentelijke gang van zaken op de markt (vgl. Art. 4 BEHG). Hij moet daartoe eigen controlediensten in het leven roepen en heeft ook regelstellende bevoegdheden.[27] De banken kennen eveneens dergelijke systemen van zelfregulering. Onder leiding van de *Schweizerische Bankiervereinigung*/SBVg kwam bijvoorbeeld een *Vereinbarung über die Sorgfaltspflichten* tot stand, die wordt gecontroleerd door de hieronder nog te bespreken *Revisionstellen* en die onder indirect toezicht van de EBK staat.[28]

Ook voor de bestrijding van de insiderhandel zijn de beurzen de eerstaangewezen instantie. Het is hun taak de ogen open te houden voor verboden handel met voorwetenschap en marktmanipulatie. Overtredingen moeten worden gemeld aan de EBK (Art. 6 BEHG).

> Art. 6 BEHG luidt: '1 Die Börse überwacht die Kursbildung, den Abschluss und die Abwicklung der getätigten Transaktionen in der Weise, dass die Ausnützung der Kenntnis einer vertraulichen Tatsache, Kursmanipulationen und andere Gesetzesverletzungen aufgedeckt werden können. 2. Bei Verdacht auf Gesetzesverletzungen oder sonstige Missstände benachrichtigt die Börse die Aufsichtsbehörde. Diese ordnet die notwendigen Untersuchungen an.'

Op het moment dat de EBK op de hoogte raakt van misstanden, moet ze handelen. Er geldt een legaliteitsprincipe.[29] Dat brengt allereerst mee dat ambtshalve onderzoek naar de feiten wordt verricht, dat is gericht op het achterhalen van de materiële waarheid (*Untersuchungsgrundsatz*). Als de EBK daadwerkelijk misstanden constateert, heeft ze voorts te zorgen voor de opheffing daarvan en, indien mogelijk, voor de ongedaanmaking van de gevolgen.[30] Daartoe moet ze de nodige maatregelen treffen. In de keuze daarin is ze in vergaande mate vrij.[31] De EBK beschikt op grond van de

27 Over de voor- en nadelen van dit systeem uitvoerig de Commissie Zufferey, p. 42.
28 Nobel (2004), p. 461.
29 BGE 115 Ib 58; Kleiner (2003), Art. 23ter BankG, nr. 1.
30 Art. 35 Abs. 3 BEHG.
31 Er is sprake van een door de taak gebonden vrijheid (*pflichtgemässes Ermessen*); Nobel (2004), p. 494.

huidige beurs- en effectenwet onder meer over de mogelijkheid tot het uitoefenen van bestuursdwang (*Verwaltungszwang*),[32] het zelf verrichten van de verlangde handeling, wanneer haar besluiten niet worden opgevolgd (*Ersatzvornahme*),[33] het geven van aanwijzingen, het opleggen van een (al dan niet permanent) beroepsverbod,[34] het openbaar maken van opgelegde sancties bij weigerachtigheid[35] en/of zelfs het intrekken van een verleende vergunning (*Entziehung*).[36] Ook kan een *Untersuchungsbeauftragter* worden aangesteld bij een instelling.[37] De FINMAG zal de FINMA daarnaast de bevoegdheid verlenen behaalde winsten in te trekken.[38] Vooral de laatste sanctie lijkt een geschikt middel om de handel met voorwetenschap te bestrijden; de andere sancties richten zich vooral op de financiële instellingen en niet zozeer op de beleggers met voorwetenschap.

> Art. 35 BEHG luidt: '1. Die Aufsichtsbehörde trifft die zum Vollzug des Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften. (…) 3 Erhält die Aufsichtsbehörde Kenntnis von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen, so sorgt sie für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes und für die Beseitigung der Missstände. Sie trifft die dazu notwendigen Verfügungen. (…) 6 Erhält die Aufsichtsbehörde Kenntnis von strafbaren Handlungen, so benachrichtigt sie unverzüglich die zuständigen Strafverfolgungsbehörden. Diese Behörden sind zu gegenseitiger Rechtshilfe verpflichtet.'

Ook bij het lopende toezicht op effectenhandelaren blijft de EBK in eerste instantie op de achtergrond. Het voorstel-FINMAG brengt hierin geen verandering. Een belangrijke rol vervullen hier de zogenaamde *Revisionsstellen*, die het directe toezicht uitoefenen. Deze hebben tot taak te beoordelen of de effectenhandelaar zijn wettelijke plichten, evenals de vergunningsvoorwaarden en interne voorschriften naleeft. *Revisionsstellen* moeten daarom onafhankelijk zijn en door de EBK worden erkend (Art. 18 BEHG).[39] Ze toetsen in ieder geval eenmaal per jaar de gang van zaken bij de handelaren. Tevens houdt men onaangekondigd controles (Art. 17 BEHG). Opnieuw geldt dat bij misstanden de EBK moet worden ingeschakeld, opdat die maatregelen kan treffen. Daaraan voorafgaand wordt een onder toezicht gestelde echter eerst de mogelijkheid geboden zelf orde op zaken te stellen (Art. 19 BEHG). Dat laatste geldt niet als er sprake is van strafbare feiten of andere zware misstanden (vgl. Art. 19 Abs. 5 BEHG).

---

32 Vgl. Art. 5 *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVG).
33 Art. 35 Abs. 5 BEHG; 31 voorstel-FINMAG.
34 Art. 35 Abs. 3 BEHG; Art. 33 voorstel-FINMAG.
35 Art. 35 Abs. 5 BEHG; Art. 34 voorstel-FINMAG.
36 Art. 36 BEHG; Art. 37 voorstel-FINMAG.
37 Art. 36a BEHG j° 23^{quater} BankG; Art. 36 voorstel-FINMAG.
38 Art. 35 voorstel-FINMAG.
39 Het voorstel-FINMAG zal ook een geharmoniseerde regeling voor de *Prüfgesellschaften* kennen.

Ten slotte wordt er samengewerkt met andere overheden, zoals de *Schweizerische Nationalbank*/SNB, die belast is met het systeemtoezicht.[40] Ook de samenwerking met de strafrechtelijke autoriteiten wordt tot de taakopdracht van de EBK/FINMA gerekend.[41] Dat kan worden afgeleid uit Art. 35 Abs. 6 BEHG en uit Art. 38 voorstel-FINMAG. De EBK is gebonden aan een strafrechtelijke aangifteplicht, waarop ik nu inga.

5.2.1.4 Punitieve handhaving; het Zwitserse (effecten)strafrecht

Naar het huidige recht, maar waarschijnlijk ook onder het regime van het voorstel-FINMAG, komen de EBK geen zelfstandige punitieve sanctiebevoegdheden toe; ze is in het bijzonder niet bevoegd tot het (zelf) opleggen van geldelijke sancties, dit overigens tot teleurstelling van de EBK zelf.[42] Dat betekent niet dat de EBK voor het beurs- en effectenstrafrecht niet van belang zou zijn. Integendeel, ze vervult daarin een centrale rol.[43] In de onderstaande paragrafen volgt een schets van het Zwitserse beurs- en effectenstrafrecht en daarna een beschrijving van de rol van de EBK daarin. Ik houd daarin de nieuwe nummering van het voorstel-FINMAG aan.

Het Zwitserse beurs- en effectenstrafrecht is op een drietal verschillende plaatsen geregeld. In de eerste plaats zijn er de strafbepalingen in het federale *Strafgesetzbuch* (StGB). In de artikelen 161 en 161bis StGB vindt men daar de in omvang beperkte strafbaarstellingen van handelen met voorwetenschap (*Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen*) en *Kursmanipulation*.[44] Beide bepalingen zullen in de toekomst mogelijk worden herzien, dit mede in het kader van de recente herziening van de veertig aanbevelingen van de *Financial Action Task Force*/FATF.[45]

Daarnaast is een flink aantal relevante strafbepalingen neergelegd in het zogenaamde *Nebenstrafrecht*. Daaronder verstaat men de strafbare feiten die niet in het Wetboek van Strafrecht (*Kernstrafrecht*), maar, in dit geval, in de beurs- en effectenwet zijn geregeld. Het kan daarbij gaan om bepalingen van zogenaamd *Verwaltungsstrafrecht* (bijv. Art. 41-42a BEHG)[46] of om overig *Nebenstrafrecht* (bijv. Art. 43 BEHG).

De rubricering van feiten onder het *Kernstrafrecht*, het *Verwaltungsstrafrecht* of het (overig) *Nebenstrafrecht* is van belang voor de bevoegdheden van de betrokken autoriteiten. Zo zijn met de opsporing en vervolging van de commune delicten de

---

40 Botschaft, p. 2847; Nobel (2004), p. 521.

41 Botschaft, p. 2847.

42 Daarbij vat ik de intrekking van een vergunning (Art. 36 BEHG) voor het gemak op als een reparatoire, op primair op herstel gerichte sanctie.

43 Nobel (2004), p. 1092.

44 Natuurlijk kunnen ook andere bepalingen van de strafwet worden overtreden, zoals Art. 152 StGB (*falsche Unternehmensangaben*) en Art. 146 StGB (*Betrug*).

45 Huerlimann (2005). Daartoe werd in september 2005 een zogenaamd consultatiedocument, te weten het *Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse zum Erläuternden Begleitbericht zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Arbeitsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei (GAFI/FATF)*, uitgevaardigd.

46 Het voorstel-FINMAG zelf kent ook nog strafbepalingen.

kantonnale justitiële autoriteiten belast en niet de EBK (of straks de FINMA). De procedures richten zich daarbij (nu nog) naar de normen van de kantonnale *Strafprozessordnung* van Zürich (ZH-StPO). Datzelfde geldt voor het overige *Nebenstrafrecht* (*in casu* Art. 43 BEHG). Ook voor deze feiten zijn de kantonnale justitiële autoriteiten en niet de EBK bevoegd.[47]

De procedures van het *Verwaltungsstrafrecht* lopen langs andere lijnen. Daarvoor zijn in beginsel bestuursorganen bevoegd. *In casu* is dat bestuursorgaan echter niet de EBK, maar het EFD, waaronder de EBK is geressorteerd. Wanneer het EFD een vrijheidsstraf noodzakelijk acht, overhandigt het de zaak aan het federale OM. Die overhandiging geldt dan als aanklacht.

> Vgl. Art. 50 voorstel-FINMAG, waarin het volgende is bepaald: '1 Für die Widerhandlungen gegen die Strafbestimmungen dieses Gesetzes oder der Finanzmarktgesetze ist das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht anwendbar, soweit dieses Gesetz oder die Finanzmarktgesetze nichts anderes bestimmen. Verfolgende und urteilende Behörde ist das Eidgenössische Finanzdepartement. 2 Ist die gerichtliche Beurteilung verlangt worden oder hält das Eidgenössische Finanzdepartement die Voraussetzungen einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Massnahme für gegeben, so untersteht die strafbare Handlung der Bundesgerichtsbarkeit. In diesem Fall überweist das Eidgenössische Finanzdepartement die Akten der Bundesanwaltschaft zuhanden des Bundesstrafgerichts. Die Überweisung gilt als Anklage. Die Artikel 73–83 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht gelten sinngemäss. (…).'

Juist omdat de indeling in type wetsovertreding consequenties heeft voor de vraag wie bevoegd is en welke bevoegdheden daarbij voorhanden zijn, is een uitwerking van het begrip *Verwaltungsstrafrecht* nodig. In het onderstaande volgen ter verduidelijking dan ook enige opmerkingen over de achtergronden en de positie van het *Verwaltungsstrafrecht*, vooral in relatie tot het commune strafrecht. Bij de bespreking van de fiscus, waar het *Verwaltungsstrafrecht* een nog veel prominentere rol speelt, kom ik daar nog eens op terug. Daar beschrijf ik ook op hoofdlijnen het verloop van de strafprocedures. Hier is dat nog niet aan de orde, aangezien de EBK geen zelfstandige strafvorderlijke taken heeft.

A) Het federale Verwaltungsstrafrecht

Over de oorzaken van het onderscheid tussen het commune (*Kernstrafrecht*) en bijzondere strafrecht (*Nebenstrafrecht*), waartoe het *Verwaltungsstrafrecht* behoort, wordt verschillend gedacht. Het is wel eens gebaseerd op het verschil tussen rechts- en wetsdelicten, waarbij het echte strafrecht zou zijn gereserveerd voor de bescherming van zwaarwegende rechtsgoederen en ethische waarden als de bescherming van lijf en leden, maar ook het vermogen en de eigendom, terwijl het *Nebenstrafrecht*, in het bijzonder ook het *Verwaltungsstrafrecht*, onrecht van een geringere aard zou bescher-

47 Art. 50 voorstel-FINMAG j° 43 Abs. 6 BEHG.

men.[48] De parallel met het Duitse *Ordnungswidrigkeitenrecht*, dat van origine ook op dit onderscheid is gebaseerd, dringt zich daarbij op.[49]

Veel auteurs hebben deze zienswijze echter verworpen.[50] De bescherming van *Verwaltungsunrecht* is naar heersend inzicht niet waardeneutraal. Daarmee zijn immers publieke belangen gediend. Hoogstens is er sprake van een gradueel verschil met *kriminelles Unrecht*.

Ook uit de wetsystematiek blijkt niet van een scheiding tussen *Kernstrafrecht* en *Nebenstrafrecht/ Verwaltungsstrafrecht* op basis van het onrechtsgehalte van het onderliggende feit. Enerzijds zijn via schakelbepalingen in Art. 333 StGB en Art. 2 van de *Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht* (VStR) de bepalingen van het algemeen deel van het wetboek van strafrecht *direct* en *rechtstreeks* van toepassing op (federale) strafbepalingen buiten het Wetboek van Strafrecht. Anderzijds komen verschillen in de waardering van de ernst van het feit vooral tot uiting in de classificering ervan als *Verbrechen*, *Vergehen* of *Übertretung*.[51] Via het *Verwaltungsstrafrecht* kunnen ook ernstigere feiten (*Vergehen*) worden bestraft en niet alleen de *Übertretungen*. Het gehele *Verwaltungsstrafrecht* wordt bijgevolg beschouwd als 'echt' strafrecht.[52]

Het algemeen deel van het Zwitserse Wetboek van Strafrecht is onlangs herzien. De gewijzigde wet treedt op 1 januari 2007 in werking. Deze maakt een onderscheid in *Übertretungen* (Art. 103 StGB; dat zijn feiten die te bestraffen zijn met een geldboete), *Vergehen* (Art. 10 Abs. 2 StGB: feiten die kunnen worden bestraft met een vrijheidsstraf van maximaal drie jaar), *Verbrechen* (Art. 10 Abs. 3 StGB: feiten met een hoger strafmaximum dan drie jaar).

In het Zwitserse recht kunnen ernstige feiten, waarop gevangenisstraf is gesteld, via het *Verwaltungsstrafrecht* worden afgedaan. Conform de Zwitserse strafrechtelijke dogmatiek is er dan sprake van misdrijven (*Vergehen*).[53] Een bekend voorbeeld hiervan is het fiscale *Abgabebetrug* (Art. 14 VStR), waarop ik hieronder nog inga. Soortgelijke indelingen kunnen echter ook voor het beursstrafrecht worden gemaakt. Ook feiten uit het voorstel-FINMAG leveren misdrijven op. Een voorbeeld hiervan is het opzettelijk mededelen van valse inlichtingen (Art. 45 voorstel-FINMAG).

---

48 Vgl. Stratenwerth (2005), p. 53 e.v.; Trechsel/Noll (2004), p. 37 en 40; Michael (1992), p. 3-4; Herzog (1995), p. 291.

49 Hoofdstuk 4.2.1.4.

50 Stratenwerth (2005), p. 53 e.v.; Trechsel/Noll (2004), p. 37; Herzog (1995), p. 291; Mattes (1982), Hlbd. 2, p. 251 e.v.; Pfund (1971), p. 149-162.

51 Mattes (1982), Hlbd. 2, p. 251-259; Stratenwerth (2005), p. 55. De laatste wijst er op dat niet alleen het *Unrechtsgehalt* bepalend is voor de kwalificatie van een feit als *Verbrechen/ Vergehen* of *Übertretung*.

52 Herzog (1995), p. 291.

53 De term misdrijven is in de Zwitserse context niet helemaal gelukkig, omdat hij suggereert dat, net als in Nederland, er een tweedeling bestaat tussen overtredingen en misdrijven. In Zwitserland bestaat er echter een driedeling. Als ik hieronder spreek over 'misdrijven', zal ik er tussen haken achter zetten, wat er in de Zwitserse context mee is bedoeld.

Bij het bepalen wat onder het *Verwaltungsstrafrecht* moet worden verstaan, lijkt het dan ook meer zinvol aan te knopen bij het achterliggende doel van dit rechtsgebied. Dat doel moet worden gezocht in de handhaving van de bestuurswetten door middel van het strafrecht. Pfund omschreef in 1971 het *Verwaltungsstrafrecht* als 'das Strafrecht, das die Normen in Verwaltungsgesetzen, die dem Bürger Pflichten auferlegen, zu einem vollständigen Verbot oder Gebot machen.'[54] De specifieke deskundigheid van het bestuur is daarbij een belangrijke verklaring voor zijn nauwe betrokkenheid bij de opsporing, vervolging én bestraffing van strafbare feiten.[55] Dat hebben we hiervoor, bij de bespreking van Duitsland en Nederland ook al gezien. De situatie wijkt echter, zeker op federaal niveau, af van de situatie in die landen in die zin dat normschendingen die tot het *Verwaltungsstrafrecht* behoren ook met gevangenisstraf kunnen zijn bedreigd.[56] Misdrijven (*Vergehen*) zijn van dit rechtsgebied immers niet afgezonderd. Hoewel het bestuur in die gevallen zelf geen vrijheidsstraffen kan opleggen, is het wel in staat daarop gerichte procedures te entameren, daarin onderzoek te doen en te zorgen voor een zekere mate van coördinatie tussen de kantons.[57] In spoedeisende gevallen is het bestuur zelfs bevoegd om een persoon in voorlopige hechtenis te nemen. Dat gaat veel verder dan de bevoegdheden die het bestuur in Duitsland en Nederland krijgt toebedeeld. Daar staat tegenover dat ook de positie van de verdachte en de verdediging relatief goed is beschermd.[58]

> Het *Verwaltungsstrafverfahren* dringt zich daarmee op als een aantrekkelijk alternatief voor het commune strafprocesrecht, zoals het *Bundesgericht* betoogt: 'Mit der Schaffung eines Verwaltungsstrafrechts sollte der Verwaltung ein vollwertiges Untersuchungsinstrument in die Hand gegeben werden, weil ihre Untersuchung, falls die Strafsache zur gerichtlichen Beurteilung gelangt, die gleiche Funktion habe wie die Voruntersuchung im gewöhnlichen Strafverfahren; die Machtfülle der Verwaltung, welche im Verwaltungsstrafverfahren zugleich Untersuchungsbehörde, Anklagebehörde und Richter sei (…), bedinge auf der anderen Seite besonders für das Untersuchungsstadium rechtsstaatliche Kautelen, wie den Ausbau der Parteirechte, umfassenden richterlichen Rechtsschutz, Entschädigung für erlittene Nachteile (…); in bezug auf den Ausbau der Parteirechte sollte unter anderem die Mitwirkung eines Verteidigers bereits im Untersuchungsverfahren gefördert werden (…), wie dies schon Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK verlangt (…), auf welche das Verwaltungsstrafrecht ausgerichtet ist (…).'[59]

---

54 Pfund (1971), p. 135; vgl. ook Mattes (1982), p. 241; Michael (1992), p. 4-5; Nater (2001), p. 11; Herzog (1995), p. 291; Stratenwerth (2005), p. 56.

55 Hauri (1998), p. 61.

56 Dat geldt overigens niet voor de normen in de *Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel*.

57 Vgl. Art. 258 en 259 BStP.

58 Vergelijk de artikelen 32-36 VStR. Op grond van artikel 32 VStR heeft de beschuldigde bijvoorbeeld in ieder stadium van de procedure recht op rechtsbijstand, dus ook in de onderzoeksfase.

59 BGE 115 IV 156 (157-158).

ZWITSERLAND

Toch is hiermee *het Verwaltungsstrafrecht* nog steeds niet afdoende omschreven. Debet daaraan zijn vooral de zeer grote verschillen op procedureel vlak. Tussen de regels voor de federale autoriteiten en die voor de kantonnale bestaan grote verschillen. Federale bestuursorganen hebben te maken met de *Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht*/VStR, die voor alle federale bestuursorganen geldt (Art. 1 VStR). Voor kantonnale bestuursorganen geldt deze wet echter niet.[60] Dat is vooral van belang voor de situatie *in fiscalibus*, waar de handhaving van veel *Verwaltungs(straf)-recht* berust bij de kantonnale fiscus. We zullen nog zien dat zaken daar op een heel andere manier worden aangepakt dan op basis van de federale *Verwaltungsstrafrechtgesetz* gebeurt. Hieronder bespreek ik alleen de laatste wet, omdat alleen deze voor het financiële toezicht van belang is.

Op sommige terreinen, bijvoorbeeld het fiscale, is de kantons nog ruimte gelaten voor eigen, kantonnaal strafrecht (Art. 335 StGB). De bond heeft van zijn bevoegdheid op strafrechtelijk vlak geen uitputtend gebruik gemaakt. Op sommige strafrechtelijke deelterreinen bestaat er overlap met andere terreinen van het recht.[61] Deze liggen niet noodzakelijk ook in federale handen. Een voorbeeld daarvan is het fiscale recht (*infra* paragraaf 5.2.2.1, onder A). De handhaving van dergelijk kantonnaal fiscaal recht mag met kantonnale strafbepalingen worden ondersteund, hoewel de hieronder nog te bespreken *Steuerharmonisierungsgesetz* de kantons grenzen heeft gesteld. Er is discussie over de vraag of in dat geval het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht toepasselijk is. Het *Bundesgericht* beantwoordt die vraag ontkennend.[62] Dat laat onverlet dat veel kantons zelf het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht op hun *(Verwaltungs)strafrecht* van toepassing hebben verklaard. In Zürich is bijvoorbeeld de toepasselijkheid van het algemeen deel expliciet neergelegd in Art. 2 van de *Gesetz über das kantonale Strafrecht* (ZH-STvG).[63]

Een laatste opmerking past nog over de figuur van de *Ordnungswidrigkeit*, die niet moet worden verward met zijn Duitse naamgenoot. Over het karakter van deze rechtsfiguur bestaat zeer veel onduidelijkheid, omdat hij in het Zwitserse sanctierecht een middenpositie inneemt. Het bestaan ervan wordt dan ook zeker niet door iedereen toegejuicht. De kern van het probleem schuilt in de moeilijke afbakening met andere bestuursrechtelijke sancties. De *Ordnungswidrigkeit* kan bijvoorbeeld niet worden gerubriceerd als overtreding in strafrechtelijke zin (*Übertretung*).[64] Tegelijkertijd is er discussie over de vraag of ze toch als echte straf

60 Vgl. *Expertenkommission Steuerstrafrecht und internationale Amtshilfe* (2004) (voortaan: commissie Marty); Blumenstein/Locher (2002), p. 470-471. Een logische verklaring is daarvoor niet voorhanden; de situatie heeft zich zo ontwikkeld, aldus Hauri (1998), p. 3.

61 Trechsel/Noll (2004), p. 41.

62 Trechsel (1997), Art. 335 StGB, nr. 14; Stratenwerth (2005), p. 56-57; Michael (1992), p. 162-163. Sommigen lijken echter een andere mening toegedaan. Art. 335 StGB omvat in hun ogen een competentieafbakening tussen bond en kantons. Dat wil niet zeggen dat algemene strafrechtelijke bepalingen dan niet van toepassing zijn op het kantonnale strafrecht; vgl. Mattes (1982), Hlbd. 2, p. 259.

63 Daarover de Expertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 113.

64 Vgl. Mattes (1982), p. 250-251; Ogg (2002), p. 42-47.

moeten worden beschouwd en of artikel 6 EVRM op dit soort sancties van toepassing is. Velen beschouwen deze *Ordnungsbussen* slechts als een dwangmiddel voor het bestuur en niet als straf.[65] Ik laat deze kwestie hier verder rusten en volsta met het noemen van Art. 3 VStR, waarin is bepaald hoe een *Ordnungswidrigkeit* moet worden herkend: van een *Ordnungswidrigkeit* is sprake als deze hetzij als zodanig wordt aangeduid in de wet, hetzij wanneer een feit met een *Ordnungsbusse* (dus niet: *Busse*) wordt bestraft. De kwalificatie als *Ordnungswidrigkeit* heeft onder meer tot gevolg dat strafvorderlijke dwangmaatregelen, als de doorzoeking, niet mogelijk zijn (vgl. Art. 45 Abs. 2. VStR).

B) De procedure op basis van de Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht

De procedure in het federale *Verwaltungsstrafrecht* bestaat uit meerdere stadia. In de eerste plaats is er de onderzoeksfase (*Untersuchung*), waarin het bevoegde bestuursorgaan – *in casu* het EFD – onderzoek doet naar de feiten. De rol van de EBK is bij dit alles beperkt, maar toch essentieel: op haar rust een actieve aangifteplicht.[66] Op het moment dat een effectenbeurs wetsovertredingen constateert, moet deze dat melden aan de EBK (Art. 6 Abs. 2 BEHG). Op haar beurt is de EBK dan gehouden tot verder onderzoek, voor zover het gaat om vermoedens van overtredingen van de financiële wetten, en tot aangifte als de verdenking zich verdicht.[67] Ze vervult ten behoeve van justitie een *Filterfunktion*.[68] Ze heeft daarbij de beschikking over haar eigen controlebevoegdheden en niet over de bevoegdheden van de federale *Verwaltungsstrafrechtgesetz*.[69]

Vgl. Art. 38 voorstel-FINMAG, dat luidt: '1 Die FINMA und die Strafverfolgungsbehörden des Bundes und der Kantone leisten einander Rechts- und Amtshilfe nach Massgabe der einschlägigen Gesetze. 2 Sie koordinieren ihre Untersuchungen soweit möglich und erforderlich. 3 Erhält die FINMA Kenntnis von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehe sowie Widerhandlungen gegen dieses Gesetz und die Finanzmarktgesetze, so benachrichtigt sie die zuständigen Strafverfolgungsbehörden.

Art. 40 luidt: 'Die FINMA kann die Bekanntgabe von nicht öffentlich zugänglichen Informationen und die Herausgabe von Akten gegenüber Strafverfolgungsbehörden und anderen inländischen Behörden verweigern, soweit: a. die Informationen und die Akten ausschliesslich der internen Meinungsbildung dienen; b. deren Bekannt- oder Herausgabe ein laufendes Verfahren gefährden oder die Erfüllung ihrer Aufsichtstätigkeit beeinträchtigen würde.

Relevant is ook Art. 41: 'Über Meinungsverschiedenheiten in der Zusammenarbeit zwischen der FINMA einerseits und Strafverfolgungsbehörden und anderen inländischen Behörden anderseits entscheidet das Bundesverwaltungsgericht auf Ersuchen einer der betroffenen Behörden.'

---

65 Hierover Raselli (1991); Behnisch (1991), p. 17-18; Hauri (1998), p. 10-11.

66 Art. 19 VStR; Art. 38 voorstel-FINMAG; vgl. ook Art. 35 Abs. 6 BEHG, dat zal komen te vervallen.

67 Botschaft FINMAG, p. 2885.

68 Nobel (2004), p. 498; Althaus (1997), p. 137-138; Glaser Tomasone (1997), p. 148-149.

69 Hauri (1998), p. 65; Nater (2001), p. 202-203.

ZWITSERLAND

Ook het EFD is gebonden aan het legaliteitsbeginsel.[70] Het dient bijgevolg de zaak, waarvan door de EBK aangifte werd gedaan, verder te onderzoeken (vgl. Art. 37 VStR), als er een gegronde verdenking aanwezig is (*hinreichender Tatverdacht*).[71] Het EFD beschikt daarbij, anders dan de EBK, over dwangmiddelen, zoals de doorzoeking en in spoedeisende zaken zelfs voorlopige hechtenis. Dat is geregeld in de federale *Verwaltungsstrafrechtgesetz*. Na de afronding van dit onderzoek moet het EFD een beslissing nemen. Die kan inhouden dat (strafrechtelijke) sancties worden opgelegd.

> Na de aangifte en het daarop gevolgde onderzoek kan het het EFD tot een aantal beslissingen komen. Mogelijk is dat men afziet van verdere acties (*Einstellung*), maar men kan ook een zogenaamde strafbeschikking (*Strafbescheid*), strekkende tot betaling van een geldboete, doen uitgaan (Art. 62 VStR). Wanneer een vrijheidsstraf wordt geëist, is de tussenkomst van de *Bundesanwaltschaft* en de strafrechter, het *Bundesstrafgericht*, nodig.[72] De strafrechter is alleen tot een beoordeling (*Beurteilung*) van de zaak bevoegd en niet tot het doen van onderzoek daarin. Het is namelijk de taak van het federale bestuursorgaan om dat onderzoek te verrichten. Dat kan bijzonder onhandig zijn, wanneer er in dezelfde zaak ook al een federaal of kantonnaal justitieel onderzoek loopt. Art. 51 FINMAG bevat daarvoor voorzieningen.[73]
>
> Voor een strafbeschikking waarbij geen vrijheidsstraf in het geding is, geldt een iets andere procedure. De belanghebbende (*Betroffene*) moet in dat geval eerst bij het bestuursorgaan in beroep (*Erhebung der Einsprache*; Art. 67 VStR). Het voorwerp van geschil in die procedure is overigens beperkt. Preliminaire vragen van bestuursrechtelijke aard moeten in de bestuursrechtelijke procedures worden aangekaart (Art. 63 VStR). In het strafrechtelijke traject is daarvoor geen plaats. Bestaat over die vragen nog geen duidelijkheid, dan moet de strafrechtelijke procedure zelfs worden opgeschort (Art. 63 Abs. 3 VStR). De procedures worden zo strikt gescheiden.
>
> Pas als het beroep zonder het door hem gewenste resultaat is, kan een belanghebbende om een rechterlijk oordeel vragen (*richterliche Beurteilung*).[74] Het bestuursorgaan doet dan door middel van een overdracht (*Überweisung*) de stukken aan de rechter toekomen. Deze overdracht geldt meteen als de aanklacht (*Anklage*). Aanvullend onderzoek vindt in de regel niet meer plaats.[75] De omvang van die rechterlijke procedure is bovendien beperkt. In het bijzonder is er geen plaats voor vragen die betrekking hebben op onderliggende (vaak fiscale) presta-

70 Pfund (1971), p. 205 e.v.; Hauri (1998), p. 138-139.

71 BGE 106 IV 413; 119 IV 326.

72 Vgl. Art. 51 Abs. 2 voorstel-FINMAG; vgl. ook Art. 21, 22 en 73 VStR, die echter verwijzen naar de kantonnale autoriteiten. Over de afwijkende regeling in het voorstel-FINMAG, Botschaft, p. 2891.

73 Zie ook Art. 20 Abs. 3 VStR; BGE 121 IV 326, waarover Hauri (1998), p. 67-68; Nater (2001), p. 208-209; Michael (1992), p. 144.

74 Art. 50 voorstel-FINMAG; vgl. ook Art. 73 VStR, dat in beroep op de kantonnale strafrechter voorziet.

75 Tijdens het onderzoek ter zitting kan de rechter uiteraard wel zelfstandig onderzoek doen; vgl. Art. 77 VStR.

tieplichten of juist plichten tot ongedaanmaking, danwel terugbetaling. Is daarover nog geen definitief besluit genomen, dan mag het bestuur het dossier zelfs niet in handen van de rechter stellen (Art. 73 Abs. 1 VStR). Men wil zo voorkomen dat dezelfde begrippen en termen door de straf- en bestuursrechter verschillend worden uitgelegd.[76] Er kan echter niet worden afgeleid dat het bestuur beide onderzoeken niet gelijktijdig zou mogen voeren.

Het voorgaande heeft meerdere gevolgen voor dit onderzoek. Het betekent ten eerste dat de sfeercumulatieproblematiek, zoals we die in Nederland en Duitsland tegenkwamen, in het Zwitserse financiële toezicht een veel geringere rol vervult. In welke hoedanigheid de EBK ook een onder toezicht gestelde benadert, ze beschikt daarbij telkens over hetzelfde bevoegdhedenarsenaal. De sfeercumulatieproblematiek is daarmee gereduceerd tot een *nemo-tenetur*probleem. We zullen nog zien dat *in fiscalibus* dezelfde constatering geldt. De beperking van rol van de EBK tot de voorfase van het strafrechtelijk onderzoek heeft verder in een transnationale context tot gevolg dat de EBK in beginsel geen rechtshulpverzoeken indienen kan, maar alleen bijstandsverzoeken. Naar Zwitsers recht is bij onderzoeken door de EBK van een 'strafzaak' geen sprake. Enige twijfel is echter mogelijk, omdat het *Bundesgericht* een ruime opvatting van het begrip rechtshulp hanteert. Ik kom daarop nog terug.

5.2.2 De Belastingdienst (*die Finanzbehörde*)

5.2.2.1 Taken en organisatie

A) Federale en kantonnale belastingen

De Zwitserse federale staatsstructuur heeft vergaande consequenties gehad voor de taken en organisatie van de Belastingdienst. De grondwettelijke concurrerende bevoegdheden van de bond, kantons en gemeenten hebben gezorgd voor een ware caleidoscoop van kantonnale en federale autoriteiten die zijn belast met onderling zeer verschillende taken. In het onderstaande bespreek ik deze autoriteiten, waarbij ik een onderscheid maak tussen de federale en kantonnale autoriteiten. Daarbij houd ik vast aan de verschillende stadia in het fiscale proces, namelijk a) de vaststelling van de belastingschuld (*Veranlagung*); b) de controle daarop; c) het onderzoek naar aanleiding van vermoede wetsovertredingen, en d) de (punitieve) afdoening daarvan.

Tot de voor dit onderzoek relevante wetgeving behoort vooreerst de federale *Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer* (DBG). In deze wet zijn de inkomsten- (*Einkommenssteuer*) en winstbelasting (*Gewinnsteuer*) aan de orde. In het vervolg van dit hoofdstuk duid ik deze belastingen aan als 'federale belastingen', wetende dat meer belastingsoorten onder deze kwalificatie vallen.[77] Inkomsten van natuurlijke personen en de winst van rechtspersonen worden echter belast door én de federale overheid én de kantons. Naast de federale belastingen bestaan kantonnale

76 BGE 114 Ib 94 (99); Michael (1992), p. 143 en 153.

77 Ik beperk me hier tot deze twee soorten belasting. Andere belastingen, zoals de omzetbelasting (*Mehrwertsteuer*) en de vermogensbelasting (*Vermögenssteuer*) komen niet aan de orde.

> belastingen. De kantonnale inkomsten- en winstbelasting duid ik in het vervolg aan als 'kantonnale belastingen'. Deze zijn geregeld in de *Steuergesetz* van Zürich (ZH-StG). De federale *Steuerharmonierungsgesetz* heeft daarbij de speelruimte voor de kantons beperkt, ook op het vlak van het fiscale straf- en strafprocesrecht. Toch omvat deze wet niet alle aspecten van fiscale heffing. Zo zijn de belastingtarieven niet geharmoniseerd.[78] Op onderdelen bestaan er dus nog aanzienlijke interkantonnale verschillen.[79]

Uiteraard ligt de uitvoering en handhaving van de directe kantonnale belastingen (ZH-StG) in handen van de kantons. Maar ook de federale belastingen (DBG) worden in hoofdzaak door de kantons uitgevoerd en gehandhaafd. De bond houdt daarop slechts tweedelijnstoezicht, dus toezicht op de kantonnale autoriteiten zelf.[80]

Soms zijn er echter ook federale fiscale autoriteiten op operationeel vlak actief. Deze zijn dan zelf belast met de uitvoering en handhaving van fiscale regels. Dat is onder meer het geval bij een ander type federale belasting, namelijk de *Verrechnungssteuer*/VStG. Deze belasting is voor dit onderzoek van groot belang. Ze richt zich in het bijzonder op de rente-inkomsten van bankrekeninghouders en is een voorheffing op de inkomstenbelasting (*Quellensteuer ohne Abgeltungswirkung*).[81] Ze wordt door de banken ingehouden en afgedragen aan de staat. De *Verrechnungssteuer* is bij uitstek geschikt voor de instandhouding van het bankgeheim. Staatsinkomsten zijn via het heffen van belasting op rente verzekerd, zonder dat de fiscus zich tot banken hoeft te wenden. Dit systeem waarborgt in vergaande mate de anonimiteit van de bankcliënt.

> De *Verrechnungssteuer* is expliciet bedoeld als middel om staatsinkomsten te verzekeren. Aldus wordt ook de fiscale gelijkheid bevorderd.[82] Belastingplichtigen zijn dan ook uitdrukkelijk niet ontslagen van hun plicht van de genoten renteinkomsten alsnog opgave te doen. De belasting wordt geheven bij de bron en heeft betrekking op onder meer dividenden, rente over spaargelden en uitbetaalde lijfrenten (Art. 4 VStG). Belastingplichtige is de schuldenaar, bijvoorbeeld een bank die rente over spaargelden op een in Zwitserland aangehouden rekening uitbetaalt. Het tarief is 35%. Aldus ingehouden belastingen mogen later worden verrekend of worden teruggestort, hetzij door de bond zelf, hetzij door de kantons ten laste van de bond (Art. 1 Abs. 2 VStG). Belastingplichtigen die van

78 In Zürich was bijvoorbeeld het toptarief van de kantonnale inkomstenbelasting in 2005 13% (wanneer het inkomen meer dan 224.300 Zwitserse franken bedraagt): Art. 35 ZH-StG. Het hoogste tarief voor de kantonnale vermogensbelasting is 3‰ (bij een vermogen van meer dan 2.786.000 Zwitserse franken): Art. 47 ZH-StG. In andere kantons zijn de tarieven vaak lager.

79 Beumers geeft in het door de Nederlandse Belastingdienst uitgegeven boekwerk *Tax auditing in Switserland* (2000) een vollediger beschrijving van het Zwitserse fiscale systeem.

80 Voor de verdeling van de belastingopbrengsten bestaan gecompliceerde regels, die momenteel worden herzien, zie het voorstel voor een *Bundesgesetz über die Schaffung und die Änderung von Erlassen zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA)*, BBl. 2005, 6305 e.v.

81 Burgy & Jaussi (2002), p. 455.

82 Burgy & Jaussi (2002), p. 447; Gyrr (1996).

> hun inkomsten geen opgave doen, hebben hierop uiteraard geen aanspraak. Buitenlanders kunnen hierop alleen aanspraak maken, wanneer er met hun land van herkomst een verdrag tot voorkoming van dubbele belasting is afgesloten.[83]

B) Kantonnale autoriteiten (das Steueramt)
In Zürich is het *kantonales Steueramt* belast met de uitvoering van de kantonnale wetgeving (Art. 106 ZH-StG). Het is ook de instantie die belast is met de uitvoering van de federale belastingen. Dat volgt uit Art. 104 DBG. Het staat daarbij onder toezicht van het federale ministerie van Financiën, het *Eidgenössische Finanzdepartement* (Art. 102 DBG). Het EFD moet immers bondsweid zorgen voor de eenvormige uitleg en toepassing van die wet.

> In een besluit van de kantonnale regering wordt aan de inrichting van de fiscus vorm gegeven.[84] Daarin is in § 1 bepaald dat 'Das kantonale Steueramt vollzieht die kantonalen und eidgenössischen Steuergesetze.' De uitvoering van federale en kantonnale regels wordt daarmee in één dienst gevat, wat de uitvoerbaarheid ervan uiteraard verhoogt. Het *Steueramt* is in 2004 gereorganiseerd. Het bestaat sindsdien uit divisies (*Divisionen*), waar het primaire heffingsproces plaatsheeft, uit staven (*Stäbe*) en uit afdelingen (*Dienstabteilungen*). Relevant zijn vooral de divisie *Bücherrevision* die controles ter plaatse uitvoert, en de afdelingen *Recht*, *Bundessteuer* en *Spezialdienste*. De laatste is belast met het onderzoek naar mogelijke strafbare feiten en de afdoening daarvan en doet waar nodig – afhankelijk van het type delict – ook aangifte bij justitie.

Het primaire fiscale heffingsproces is georganiseerd volgens het principe van de *gemischte Veranlagung* (Art. 123 DBG; Art. 132 ZH-StG); de heffing van belastingen wordt gezien als een gedeelde verantwoordelijkheid van fiscus en burger.[85] Daarmee houdt men het midden tussen enerzijds volledige *Selbstveranlagung* door de belastingplichtige en anderzijds een volledig ambtelijke afhandeling (*amtliche Veranlagung*).

> De procedure begint met een uit de wet voortvloeiende plicht tot belastingaangifte (*Steuererklärung*), die kan worden onderworpen aan een formele toets (*Begutachtungsverfahren*). Daarna volgt de ambtelijke vaststelling van de belastingschuld (*Einschätzungsverfahren*), waarin indien nodig nader onderzoek wordt gedaan (*Untersuchungsverfahren*). Een en ander leidt ten slotte tot een beslissing van de fiscus omtrent de belastingschuld (*Veranlagungsverfügung* of *Taxation*).[86]

Het onderzoek naar de feiten in het *Steuerverfahren* geschiedt ambtshalve. Daarbij richt men zich op de materiële waarheid; partijen kunnen hierover geen afspraken

---

83 In zoverre gaat de *Verrechnungssteuer* ook internationale belastingvlucht tegen; Burgy & Jaussi (2002), p. 448-449; zie ook Hess (2002), p. 134.

84 Zie de *Verordnung über die Organisation des kantonalen Steueramtes*, nr. 631.51, van 28 april 2004.

85 Richner e.a. (1999), Art. 132 ZH-StG, aant. 3; Zweifel (1992), p. 418 en 426 e.v.; Blumenstein/Locher (2002), p. 408 e.v.; Schär (1998).

86 Blumenstein/Locher (2002), p. 409-410.

maken (*Untersuchungsgrundsatz* – Art. 130 DBG; 138 ZH-StG).[87] De ambtshalve onderzoeksplicht wordt aangevuld door een op de belastingplichtige rustende medewerkingsplicht (Art. 126 DBG; Art. 135 ZH-StG).[88] In de praktijk draagt de fiscus het bewijsrisico voor de feiten die een belastingschuld in het leven roepen of verhogen, terwijl van de belastingplichtige mag worden verwacht dat hij de feiten aandraagt die kunnen leiden tot een vermindering of kwijtschelding van de belastingschuld, als het ambtshalve onderzoek van de fiscus die feiten niet boven water bracht.[89] Niet-nakoming van die medewerkingsplicht kan aanleiding geven tot sancties, zoals een ambtshalve schatting van de belastingschuld, maar ook de oplegging van boetes (*Ordnungsbussen*).[90]

C) Federale autoriteiten (die Eidgenössische Steuerverwaltung)

Op federaal niveau is er een federale Belastingdienst, die onderdeel is van het *Eidgenössische Finanzdepartement*. Dat is de *Eidgenössische Steuerverwaltung*/EStV.[91] Welke taken deze dienst vervult, kan worden afgeleid uit de verschillende fiscale wetten. Uit Art. 102 DBG volgt als gezegd dat de EStV toezicht moet houden op de uitvoering van de federale belastingwet door de kantons (tweedelijnstoezicht). Met het oog daarop mag ze in individuele zaken aanwijzingen aan kantonnale autoriteiten geven (Art. 103 DBG).

Ze vervult echter ook operationele taken. Dat is, als gezien, allereerst zo op het vlak van de uitvoering van de *Verrechnungssteuer* (Art. 40 VStG). De EStV is tevens de autoriteit die op grond van het federale bestuursstrafrecht is belast met de vervolging en beoordeling van strafbare overtredingen van deze wet (Art. 67 VStG). De gehele uitvoering en handhaving van dit type belasting ligt dus in haar handen.

Daarnaast ondersteunt de EStV de kantons soms bij de handhaving van de directe federale belastingen (DBG). In zoverre is sprake van een tweede nuancering van de hoofdregel dat de *jurisdiction to enforce* bij de kantons ligt. Deze ondersteuning heeft plaats door de *Abteilung Besondere Steueruntersuchungen*/BSU van de EStV. Deze dienst, voorheen BESKO genaamd, komt het meest in de buurt van de Nederlandse Belastingdienst/FIOD-ECD en de Duitse Steufa.[92] Op het moment dat een gegronde verdenking (*begründete Verdacht*) bestaat dat er zware vergrijpen tegen de federale belastingwet zijn gepleegd, kan de federale minister van Financiën in individuele dossiers de EStV (BSU) machtigen om in samenwerking met de kantons onderzoeken uit te voeren (Art. 190 e.v. DBG). Bijzonder daarbij is dat dergelijke BSU-onderzoeken zich richten naar de regels van het federale *Verwaltungsstrafrecht* (Art.

87 Richner e.a. (1999), Art. 132 ZHStG, aant. 5.
88 Richner e.a. (1999), Art. 132 ZHStG, aant. 5-8; zie ook Zweifel (1989), p. 10 e.v.
89 Blumenstei/Locher (2002), p. 415; Schär (1998), p. 434-435; Zweifel (1989), p. 14-15; Behnisch/Cadosch, (2004), Art. 130 DBG.
90 Blumenstein/Locher (2002), p. 417.
91 Voor de opbouw van de EStV, zie de *Organisationsverordnung für das Eidgenössische Finanzdepartement (OV-EFD)* van 11 december 2000, AS 2001, 267.
92 Over de BESKO uitvoerig Gyrr (1996).

192 DBG) en niet naar die van het kantonnale fiscale bestuurs(proces)recht of straf(proces)recht.[93] Ik kom daarop hieronder nog terug.

> Ter vervulling van deze taken is de EStV georganiseerd in meerdere afdelingen, waarvan de *Hauptabteilung Direkte Bundessteuer, Verrechnungssteuer und Stempelabgaben* de belangrijkste is voor dit onderzoek. De verschillende taken zijn binnen deze afdeling over meerdere subafdelingen verdeeld. De sub-*Abteilung Erhebung Verrechnungssteuer und Stempel*, in het bijzonder de *Sektion Inspektorat Finanzgesellschaften*, is voor dit onderzoek van bijzonder belang, nu ze ter uitvoering van de *Verrechnungssteuer* belastingcontroles bij banken uitvoert. Daarmee wordt het bankgeheim zoveel mogelijk gerespecteerd. Andere afdelingen hebben namelijk tot die informatie geen toegang.[94] De *Abteilung Recht* is verantwoordelijk voor de taken op het gebied van het *Verwaltungsstrafrecht*, zoals bedoeld in Art. 67 VStG. Aan haar komen de bevoegdheden toe die in het financiële toezicht bij het EFD berusten. Ze is verantwoordelijk voor het onderzoek, de vervolging én beoordeling van tot het *Verwaltungsstrafrecht* behorende normschendingen. Ook de BSU valt onder deze afdeling.

5.2.2.2 Punitieve handhaving

A) Het Zwitserse fiscale straf(proces)recht

Het zojuist opgeroepen beeld van de caleidoscoop wordt versterkt, wanneer men de punitieve handhaving in het geheel betrekt. Het Zwitserse fiscale strafrecht, dat grotendeels is neergelegd in het *Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer* en in de kantonnale wetten, die op dit vlak aan een aanzienlijke mate van harmonisatie zijn onderworpen (StHG), is gebaseerd op drie gradaties van 'fiscaal onrecht':[95]

1. Er zijn ten eerste de zogenaamde *Steuerwiderhandlungen*, waarvan de *Verletzung von Verfahrenspflichten* de belangrijkste is. Onder de laatste moet de schending van een door de belastingwet opgelegde plicht worden verstaan.[96] De sanctie bestaat uit de betaling van een boete (*Busse*). Over het karakter van deze boete bestond enige tijd onenigheid.[97] Inmiddels is duidelijk dat het gaat om een echte strafsanctie (en niet om *strafähnliche Sanktionen*)[98] en dat de bepalingen van het algemeen deel[99] van het

93 Vgl. Behnisch/Cadosch (2004), Art. 190 DBG.
94 Hochreutener (1988), p. 596; *infra* paragraaf 5.3.3.1, onder B.
95 Vgl. Michael (1992), p. 13 e.v.; Behnisch (1991), p. 20.
96 Vgl. Art. 174 DBG; Art. 234 ZH-StG; Art. 55 StHG.
97 Vgl. *supra* noot 64 en 65.
98 Ogg (2002), p. 44.
99 Art. 333 StGB (voor de federale directe belastingen); Art. 2 ZH-StVG (voor de kantonnale); zie ook commissie Marty (2004), p. 9; Behnisch (1991), p. 18-19; Expertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 113; Richner e.a. (1999), Vorbemerkungen zu §§ 234-264 ZHStG, aant. 5; Herzog (1995), p. 301-303; Richner (1992), p. 591.

Wetboek van Strafrecht van toepassing zijn. Het lijkt bovendien buiten twijfel dat artikel 6 EVRM van toepassing is.[100]

2. Een trap zwaarder dan de vorige categorie is de belastingontduiking (*Steuerhinterziehung*).[101] Het gaat daarbij om de enkele ontduiking van belasting. De sancties zijn bepaald niet mild: ze kunnen oplopen tot driemaal de verschuldigde belasting. In standaardgevallen gaat men uit van een boete van 100% (!) van de verschuldigde belasting. Dit feit is een overtreding. In de opvatting van het *Bundesgericht* is de boete die kan worden opgelegd een 'echte Strafe' die moet voldoen aan strafrechtelijke principes (*strafrechtliche Grundsätze*).[102] Het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht is van toepassing, net als artikel 6 EVRM.[103]

> Art. 175 DBG, *in casu* de meest relevante bepaling, luidt: '*Vollendete Steuerhinterziehung*. 1 Wer als Steuerpflichtiger vorsätzlich oder fahrlässig bewirkt, dass eine Veranlagung zu Unrecht unterbleibt oder dass eine rechtskräftige Veranlagung unvollständig ist, wer als zum Steuerabzug an der Quelle Verpflichteter vorsätzlich oder fahrlässig einen Steuerabzug nicht oder nicht vollständig vornimmt, wer vorsätzlich oder fahrlässig eine unrechtmässige Rückerstattung oder einen ungerechtfertigten Erlass erwirkt, wird mit Busse bestraft. 2 Die Busse beträgt in der Regel das Einfache der hinterzogenen Steuer. Sie kann bei leichtem Verschulden bis auf einen Drittel ermässigt, bei schwerem Verschulden bis auf das Dreifache erhöht werden. 3 Zeigt der Steuerpflichtige die Steuerhinterziehung an, bevor sie der Steuerbehörde bekannt ist, so wird die Busse auf einen Fünftel der hinterzogenen Steuer ermässigt.'

3. De zwaarste categorie onder de fiscale delicten is het fiscale bedrog (*Steuerbetrug*).[104] Bij deze delictsvorm is het element van de belastingontduiking naar de achtergrond verschoven. *Steuerbetrug* is een zogenaamd *Urkundendelikt*: doorslaggevend is niet de belastingontduiking zelf, maar het feit dat men door het gebruik van valse, vervalste of inhoudelijk onware documenten (*Urkunden*) de fiscus probeert te misleiden om zo de belasting te kunnen ontduiken.[105] Het is niet van belang of de fiscus daadwerkelijk misleid is, danwel het daadwerkelijk tot een *Steuerhinterziehung*

---

100 Daarover Raselli (1991); Expertengruppe Steuerharmonisierung (1994), p. 19-20; Schild Trappe (1997); Wyssmann (1996); Behnisch (1991), p. 16-18; Behnisch/Cadosch (2004), Art. 174 DBG.

101 Art. 175 DBG (voltooide Steuerhinterziehung); Art. 176 (onvoltooide variant); Art. 235 ZH-StG; Art. 56 StHG.

102 BGE 119 Ib 311 (314); vgl. ook BGE 114 Ib 27 (30 e.v.); Donatsch (1991), p. 293 e.v.; Behnisch (1991), p. 16 e.v.

103 Zürich heeft het algemeen deel immers van toepassing verklaard op zijn eigen kantonnale fiscale strafrecht. Vgl. BGE 119 Ib 311; Expertengruppe Steuerharmonisierung (1994), p. 19-20 en 39-40; Donatsch (1991), p. 293 e.v.; Michael (1992), p. 162-164.

104 Art. 186 DBG; Art. 261 ZH-StG; Art. 59 StHG.

105 Omdat het element van de misleiding niet doorslaggevend is, maar het gebruik van de vervalste documenten, spreekt men van een *Urkundendelikt* in plaats van een *Betrugsdelikt*; Donatsch (1991), p. 291.

is gekomen. Ook het enkele vervaardigen van deze documenten is geen fiscaal strafbaar feit.[106] Het delict sluit aldus nauw aan bij het commune *Urkundenfälschung* (Art. 251 StGB). De zwaarte ervan vertaalt zich ook in de daarop gestelde sancties. Voor *Steuerbetrug* is niet alleen een geldboete mogelijk, maar ook een gevangenisstraf. Het is naar Zwitsers recht een misdrijf (*Vergehen*; Art. 333 Abs. 2 StGB). De kantons zijn verplicht de bepalingen van het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing te verklaren (Art. 59 Abs. 3 StHG).[107]

> Art. 186 DBG luidt: '*Steuerbetrug*. 1 Wer zum Zwecke einer Steuerhinterziehung im Sinne der Artikel 175-177 gefälschte, verfälschte oder inhaltlich unwahre Urkunden wie Geschäftsbücher, Bilanzen, Erfolgsrechnungen oder Lohnausweise und andere Bescheinigungen Dritter zur Täuschung gebraucht, wird mit Gefängnis oder mit Busse bis zu 30 000 Franken bestraft. 2 Die Bestrafung wegen Steuerhinterziehung bleibt vorbehalten.'

De *Verrechnungssteuer* volgt een gelijksoortig stramien.[108] Voor overtredingen daartegen geldt echter dat de EStV met de vervolging en beoordeling ervan belast is, conform de hierboven beschreven procedures in het *Verwaltungsstrafrechtgesetz* (Art. 67 VStG). Kantonnale autoriteiten die kennis nemen van deze delicten, moeten dat melden (Art. 67 Abs. 2 VStG).

> In de *Verrechnungssteuergesetz* wordt een onderscheid gemaakt tussen de *Steuerhinterziehung* (Art. 61 VStG), de *Steuergefährdung* (Art. 62 VStG), de *Verletzung der Überwälzungsvorschrift* (Art. 63 VStG) en ten slotte de *Ordnungswidrigkeiten* (Art. 64 VStG). Samen vormen zij de *Steuerwiderhandlungen*. In het *Verwaltungsstrafrechtgesetz* zijn bovendien nog andere strafbepalingen opgenomen die voor dit type belasting van belang zijn. Artikel 14 VStR bevat de delictsomschrijving van het *Abgabebetrug*. Dit is een ander type delict dan het zojuist beschreven *Steuerbetrug*. Het is gebaseerd op het zogenaamde *Arglistmodell*; de misleiding (*Arglist*) en niet het gebruik van de vervalste documenten is strafbaar, zoals bij *Steuerbetrug* (*Urkundenmodell*).[109] Net als het *Steuerbetrug* wordt dit feit niet geclassificeerd als een *Steuerwiderhandlung*, maar als een *Vergehen* (misdrijf).

Uit het bovenstaande is op te maken dat, afhankelijk van het type belasting (inkomsten-/winstbelasting of *Verrechnungssteuer*) en het type overtreding (*Steuerbetrug* of ander type delict), verschillende Zwitserse autoriteiten bevoegd zijn voor de

---

106 De ratio van de bepaling is dat op documenten die in het rechtsverkeer worden gebruikt, *in casu* in het verkeer met de fiscus, moet kunnen worden vertrouwd; vgl. Richner e.a. (1999), Art. 261 ZHStG, aant. 4.

107 Voor het kanton Zürich is Art. 59 Abs. 3 StHG overbodig, omdat Zürich zelf al het algemene deel van het wetboek van strafrecht op het gehele kantonnale fiscale strafrecht toepast; zie Art. 2 ZH-StVG en ook de Expertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 113.

108 Voor een onderlinge vergelijking van de bepalingen in het DBG/StHG en het VStR/VStG, zie de commissie Marty (2004), i.h.b.z. p. 21 e.v.

109 Over de verschillen tussen deze twee modellen leze men Michael (1992), p. 166 e.v., die echter de situatie onder het oude recht beschrijft.

fiscaal-strafrechtelijke handhaving. Deze zijn bovendien gebonden aan verschillende regels en procedures. De handhaving van de *Verrechnungssteuer* ligt geheel in handen van de EStV; de kantonnale justitie is verantwoordelijk voor de opsporing en vervolging van *Steuerbetrug* tegen de kantonnale (ZH-StG) én federale directe belastingen (DBG , terwijl de kantonnale fiscus de andere fiscaal-strafrechtelijke feiten aanpakt. De EStV volgt daarbij de regels van het federale *Verwaltungsstrafrecht*,[110] de kantonnale justitie die van het (nu nog) kantonnale strafproces en het *Steueramt* Zürich de regels, zoals neergelegd in het ZH-StG en DBG.[111] De kantonnale fiscus wordt soms ondersteund door de BSU. Op al deze verschillende procedures ga ik in nu verder in.

B) Procedures door de kantonnale fiscale autoriteiten

Het onderzoek door de fiscale autoriteiten is een op bestuursrechtelijke leest geschoeid onderzoek naar de gang van zaken (*Untersuchung*), dat hetzij leidt tot een beslissing tot niet verdere vervolging (*Einstellung*), hetzij de uitvaardiging van een strafbeschikking (*Strafbescheid*).[112] Deze procedure is formeel gescheiden van eventuele fiscale naheffingen.[113] Men kan ertegen in beroep bij de bestuursrechter (*Verwaltungsgericht*).[114] In dat geval gelden de regels van fiscaal bestuursprocesrecht; de kantonnale strafvordering is niet van toepassing. Dit kantonnale fiscale strafrecht wijkt in dat opzicht af van het federale *Verwaltungsstrafrecht*, dat duidelijk aansluit bij het strafprocesrecht.[115]

> De autoriteit die in Zürich is belast met het onderzoek naar en de beoordeling van belastingontduikingen is de *Abteilung Spezialdienste* van het kantonnale *Steueramt*. Dat geldt zowel voor de kantonnale als de federale belastingen.[116] Opvallend is dat de *Abteilung Spezialdienste* ook bevoegd is in de naheffingsprocedure. Waar in Zürich deze procedures formeel zijn gescheiden, worden ze zo organisatorisch weer binnen dezelfde dienst verenigd. Daarop is kritiek geuit. Niet alleen doorbreekt men zo immers de personele onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de aanklager, bovendien is deze situatie nauwelijks inzichtelijk te noemen voor de belastingbetaler/verdachte.[117] Ik kom hierop nog terug. Aan de positie van de laatste is voor het overige trouwens relatief veel aandacht in de wet: de opening van het onderzoek moet in Zürich bijvoorbeeld aan hem

110 *Supra* paragraaf 5.2.1.4, onder A.
111 Vgl. Art. 243 en 248 ZH-StG; Art. 182 Abs. 4 DBG.
112 Vgl. Art. 250 ZH-StG, Art. 182 Abs. 1 DBG.
113 Vgl. het Bericht der *Kommission für Wirtschaft und Abgaben* (WAK) van het Zwitserse parlement (*Ständerat*) van 13 januari 2006, BBl, p. 4021 (4025).
114 Vgl. Art. 252 ev. ZH-StG; Art. 182 Abs. 2 DBG.
115 Vgl. ook *supra* paragraaf 5.2.1.4, onder A.
116 Ten aanzien van de *Verletzung von Verfahrenspflichten* zijn de reguliere heffingseenheden (*Einschätzungsdienste*) bevoegd; vgl. Richner e.a. (1999), Art. 243 ZHStG, aant. 9.
117 Richner e.a. (1999), Vorbemerkungen zu §§ 234-264 ZHStG, aant. 14 en 20; Behnisch/Cadosch (2004), Art. 182 DBG; Behnisch 1991, p. 277 e.v.

worden bekend gemaakt.[118] Tevens mag hij zich op ieder moment van de procedure, dus ook in de onderzoeksfase, laten bijstaan door een raadsman (*Verteidiger*; Art. 245 ZH-StG).[119]

De vrijheid van de fiscus in de hier aan de orde zijnde procedures is relatief beperkt. Net als in de reguliere heffingsprocedure gelden het *Offizialmaxime* en de *Untersuchungsgrundsatz*.[120] Hij heeft in voorkomend geval dus niet alleen het recht, maar ook de plicht de procedure in te leiden en de omvang ervan te bepalen.[121] Deze axiomata worden aangevuld met strafrechtelijke sturingsprincipes als het *Anklageprinzip* en het legaliteitsbeginsel,[122] hoewel er een discussie is ontstaan over de vraag of niet een opportuniteitsbeginsel zou moeten worden ingevoerd.[123] Ook andere strafvorderlijke beginselen zijn van toepassing. Zo vervalt in deze procedures de medewerkingsplicht voor de verdachte en geldt bovendien het onschuldspresumptie.

C) Procedures door de federale fiscale autoriteiten

Directe belastingen
De rol van de federale autoriteit, de EStV, is bij de (punitieve) handhaving van de *Gesetz über die direkte Bundessteuer* als gezegd gericht op tweedelijnstoezicht. In gevallen van zware fiscale fraude vervult de *Abteilung Besondere Steueruntersuchungen*/ BSU echter wel onderzoekstaken (Art. 190-195 DBG).

> Art. 190 DBG bepaalt: '1. Besteht der begründete Verdacht, dass schwere Steuerwiderhandlungen begangen wurden oder dass zu solchen Beihilfe geleistet oder angestiftet wurde, so kann der Vorsteher des Eidgenössischen Finanzdepartements die Eidgenössische Steuerverwaltung ermächtigen, in Zusammenarbeit mit den kantonalen Steuerverwaltungen eine Untersuchung durchzuführen. 2. Schwere Steuerwiderhandlungen sind insbesondere die fortgesetzte Hinterziehung grosser Steuerbeträge (…) und die Steuervergehen (…).'

De BSU heeft tot taak het onderzoek zo ver door te voeren dat hetzij tot een sepot kan worden besloten, hetzij een vervolging kan worden gestart. Ze is alleen bevoegd tot het doen van onderzoek. Afhankelijk van het type delict kan er vervolgens door de EStV worden besloten dat moet worden afgezien van verdere vervolging of juist dat er wel moet worden vervolgd (Art. 193 DBG). In het laatste geval

118 Dat geldt in ieder geval voor de belastingontduikingsprocedure; zie 244 ZH-StG en Art. 183 DBG.
119 Ook heeft hij in Zürich recht op een tolk, als hij de Duitse taal niet spreekt (Art. 246 ZH-StG). Van essentiële verrichtingen in het onderzoek moet verslag worden gedaan (*Protokollierung*; Art. 247 ZH-StG).
120 Over dit alles: Behnisch (1991), p. 378; Expertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 87-88; Michael (1992), p. 26 e.v.; Raselli (1991), p. 446; Richner e.a. (1999), Vorbemerkungen zu §§ 243-259 ZHStG, aant. 54.
121 Richner e.a. (1999), Art. 248 ZHStG, aant. 1.
122 Richner e.a. (1999), § 244 ZHStG, aant. 14; Behnisch 1991, p. 260-261.
123 Commissie Marty (2004), p. 31.

kan, afhankelijk van het type delict, de EStV hetzij vorderen dat een belastingontduikingsprocedure wordt gestart door de fiscus, hetzij aangifte doen bij de kantonnale justitie (Art. 194 DBG).

Het bijzondere van de BSU is dat ze wél de beschikking heeft over strafrechtelijke onderzoeksbevoegdheden, voor zover deze zijn neergelegd in het federale *Verwaltungsstrafrecht* (Art. 191 en 192 DBG). Die bevoegdheden gelden ook tegenover derden en bovendien bondswijd. Dat betekent dat deze dienst het bankgeheim kan doorbreken. Sommigen zien hierin zelfs het bestaansrecht van de BSU,[124] hoewel dit ook moet worden gezocht in het feit dat de BSU in meerdere kantons tegelijk onderzoek kan doen.[125] Ook komen haar de fiscale controlebevoegdheden toe (Art. 192 Abs. 2 DBG). Een en ander maakt dat de slagkracht van deze dienst vele malen groter is dan die van de kantonnale fiscus, die is gebonden aan het fiscale bestuursprocesrecht, waarin het bankgeheim overeind blijft (zie onder).

> De BSU mag actief worden op het moment dat er een *begründete Verdacht* aanwezig is (Art. 190 DBG). De vraag is uiteraard wat daaronder moet worden verstaan. In een van de wenige uitspraken hierover stelt het *Bundesgericht* als ondergrens dat de verdenking in ieder geval niet 'völlig unglaubhaft und ohne jeden Zweifel unbegründet erscheinen' mag.[126] Wat betekent dat? Het is verdedigd dat de meerwaarde van de BSU, naast diens bevoegdheden ten aanzien van banken en diens ruime relatieve competentie, ligt in de fase tussen de *begründete Verdacht*, waaraan dan niet al te zware eisen kunnen worden gesteld, en de strafrechtelijke verdenking, die ook wel is aangeduid als de *einfache Tatverdacht* of *Anfangsverdacht*.[127] Die opvatting is echter ook weersproken, juist omdat aan de *Anfangsverdacht* al niet al te zware eisen kunnen worden gesteld.[128] Gyrr meent dat van een strafrechtelijke *Anfangsverdacht* sprake is als '*bestimmte Tatsachen* vorliegen, die es in der Kopplung mit kriminalistischen Erfahrungen, kriminologischen oder anderen *allgemeinen Erkenntnissen* warscheinlich machen, dass ein gesetzlicher *Straftatbestand* verwirklicht worden ist [cursivering ML].'[129]

De hiervoor beschreven tekortkomingen van het fiscale strafrecht bij de directe belastingen (geen toegang tot banken en beperkte relatieve competentie) kunnen dus na inschakeling van de BSU worden gecompenseerd, maar alleen voor de ernstige gevallen en via een vrij zware procedure (toestemming van de minister). Om die reden zou men verwachten dat de kantons van haar diensten gretig gebruik maken. Dat bleek in het verleden niet het geval. Integendeel, onderzoeken door de (voorganger van de) BSU kwamen niet van de grond, juist omdat daarvoor onder

124 Heuberger (1997), p. 24.
125 Commissie Marty (2004), p. 15-16.
126 BGE 106 IV 413 (419), waarover Gyrr (1996), p. 353.
127 Michael (1992), p. 93.
128 Gyrr (1996), p. 350 e.v.
129 Gyrr (1996), p. 344 e.v., i.h.b.z. p. 347.

het oude recht een verzoek van een kanton nodig was.[130] Dat heeft men nu gewijzigd. Thans beslist enkel het *Eidgenössische Finanzdepartement* over de inzet van de dienst. Daarmee heeft men op federaal niveau een stok achter de deur in het geval de kantons het met hun taken niet zo nauw nemen, te meer nu de EStV de kantonnale fiscus kan dwingen procedures te starten (Art. 194 DBG).[131] De BSU moet natuurlijk wel worden gevoed met informatie. Ook om die reden zijn de informatiegaringsbevoegdheden van de EstV, die ze als tweedelijnstoezichthouder heeft, van belang (Art. 103 DBG).

> Er gaan momenteel overigens stemmen op om de bevoegdheden van deze dienst te beperken tot alleen de zware gevallen van *Steuerbetrug*. De bevoegdheid in zware gevallen van *Steuerhinterziehung* zou dan vervallen, zodat het bankgeheim in die situaties in ere zou worden hersteld.[132]

Verrechnungssteuer
Naast haar taken op het gebied van de directe belastingen is de EStV ook belast met de afdoening van de *Verrechnungssteuer*. Die procedure, die plaatsvindt op de voet van de *Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht*, is hierboven al beschreven. Ze geldt voor alle strafbare feiten in de *Verrechnungssteuergesetz* en de *Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht* zelf.[133] De verantwoordelijkheid voor het gehele fiscale proces, van heffing tot bestraffing, ligt daarmee volledig in handen van een en dezelfde overheidsdienst.

D) Excursie: procedures door de kantonnale justitiële autoriteiten
Niet alle fiscale strafbare feiten op het vlak van de directe belastingen (DBG/ZHStG) worden door de fiscus afgehandeld. De verantwoordelijkheid voor de bedrogsprocedures berust bij de kantonnale justitie (Art. 188 DBG; Art. 263 ZHStG).[134] Deze opereert op basis van het strafprocesrecht en kan daarom ook het bankgeheim doorbreken. De kantonnale fiscus, *in casu* de *Abteilung Spezialdienste* in Zürich, vervult in die gevallen de rol van aangever; op hem rust een aangifteplicht (vgl. Art. 188 DBG) en een onderzoeksplicht, indien er slechts nog vage vermoedens bestaan van fiscaal bedrog (*Vorerhebung*).[135] Hij gebruikt daarvoor zijn eigen, fiscale onderzoeksmiddelen. Omdat in de regel alleen de fiscus op de hoogte raakt

130 Onder het oude recht, vóór de inwerkingtreding van de DBG, was men wel op zo'n verzoek van de kantons aangewezen; daarover Michael (1992), p. 91 e.v.
131 Heuberger (1997), p. 34.
132 Commissie Marty (2004), p. 15-16.
133 Alleen ten aanzien van de *Ordnungswidrigkeit*en zijn soms ook kantons bevoegd (Art. 67 Abs. 3 VStG).
134 Dat geldt niet voor de *Verrechnungssteuer*; zie de vorige paragraaf. Bevoegd daarvoor is de EStV.
135 Michael (1992), p. 234-237, die de situatie onder het oude recht beschrijft. Een en ander is thans ook nog van belang.

van fiscaal bedrog is diens rol dus weliswaar beperkt, maar daarom niet minder essentieel. Iets soortgelijks zagen we hierboven ook al bij de toezichthouder.[136]

De procedure bij *Steuerbetrug* verschilt aldus wezenlijk van die van de *Steuerhinterziehung*. Het laatste delict levert wel een overtreding in strafrechtelijke zin op, maar dat betekent niet dat de afdoening ervan via de strafvorderlijke mechanismen verloopt. Daarvoor vindt men het feit te licht (en het bankgeheim te zwaar). Dat is anders bij fiscaal bedrog. De aldus aangebrachte caesuur tussen de handhaving van belastingontgaan en –ontduiking lijkt merkwaardig, als men bedenkt dat ze competentieconflicten in de hand werkt, terwijl men zich eveneens kan afvragen waarom juist in de moeilijkste typen fiscale onderzoeken van de deskundigheid van de fiscus wordt afgezien en het in wezen gaat om hetzelfde feitencomplex.

> Het *Bundesgericht* verklaart dit als volgt: 'Die Bestrafung wegen der vollendeten Steuerhinterziehung setzt voraus, dass die Höhe der zu Unrecht nicht erhobenen Steuer in einem Nachtaxationsverfahren festgestellt wird. Das erfordert Kenntnisse im Steuerrecht. Aus diesem Grund, und weil die Steuerhinterziehung nicht kriminalisiert werden soll, wird sie durch die Steuer- und Steuerjustizbehörden untersucht und beurteilt. Andererseits soll der Gebrauch von Falsifikaten bei einer Steuerhinterziehung stärker geahndet werden. Deshalb wurde der Steuerbetrug als selbständiges Delikt ausgestaltet und in die Klasse der Vergehen erhoben, das von den ordentlichen Strafverfolgungsbehörden geahndet wird.'[137] Er zijn geen aanwijzingen dat deze opvatting zich in Zwitserland aan het wijzigen is, integendeel. Ik kom daarop nog terug in paragraaf 5.3.3.1, onder A. Waar men het fiscale bedrog dus beschouwde (en beschouwt) als een echt *Beweismitteldelikt*, met zeer nauwe banden met het commune strafrecht, heeft men de *Steuerhinterziehung* daarentegen juist uit het strafrecht willen houden. Een koppeling met de naheffingsprocedures (*Nachsteuerverfahren*) vond men veel meer voor de hand liggend.

E) Een eerste serie conclusies

Overzien we het voorgaande en trekken we de gevolgen hiervan door naar het internationale vlak en in het bijzonder naar het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp, dan kan worden geconstateerd dat het buitenland in het (overigens niet altijd voor de hand liggende) geval dát er fiscale bijstand aan Zwitserland wordt verleend, voor ogen moet houden dat er grote verschillen bestaan tussen de verschillende fiscale eenheden op federaal en kantonnaal niveau.

Uit het voorgaande blijkt dat de kantonnale fiscus zeer zeker taken vervult die liggen in de repressieve sfeer. Enerzijds is de kantonnale fiscus verantwoordelijk voor de afdoening van belastingontduikingen, anderzijds vervult hij bij het zwaarder geachte fiscaal bedrog een aangeversrol. Wat betekent dit transnationaal? Is men in Zwitserland van mening, dat, nu het naar Zwitsers recht ook bij de fiscale overtredingen om 'echte' strafbare feiten gaat, waarop het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht toepasselijk is, de rechtshulpweg moet openstaan in gevallen van belastingontduiking? Of stelt men zich op het standpunt dat het statuut van de fiscus

136 *Supra* noot 70.
137 BGE 121 I 257 (264).

daaraan in de weg staat? Verder, hoe worden diens taken ter voorbereiding van de fiscale bedrogprocedures ingeschaald? Worden deze, net als in Duitsland, geschaard onder de bijstand? Of meent men dat dit rechtshulp is? Dit alles komt hieronder nog uitgebreid aan de orde.

De rol van de federale fiscus krijgt vorm via enerzijds de BSU, die zeer duidelijk activiteiten van repressieve aard verricht, en anderzijds de afdeling van de EStV die verantwoordelijk is voor de *Verrechnungssteuer*. De handhaving van dit laatste type belasting ligt geheel in zijn handen. De kantonnale of federale justitie komt hieraan in beginsel niet te pas.[138] Wat betekent dit in transnationale gevallen? Kan de EStV bijstandsverzoeken indienen, of rechtshulpverzoeken of wellicht allebei? Ook dat komt hieronder nog aan de orde.

Voor zowel de kantonnale als federale fiscus geldt dat men naast de taken van meer repressieve aard, ook nog zorg moet dragen voor dé kerntaak van de fiscus, namelijk de heffing van belastingen. Die taak kan cumuleren met, voorafgaan aan, danwel volgen op de zojuist omschreven taken van meer repressieve aard. In de nu volgende paragraaf ga ik daarom in op het probleem van de sfeercumulatie in *innerstatelijk* verband. Niet alleen moet er rekening mee worden gehouden dat een door Zwitserse autoriteiten gedaan verzoek mogelijk meerdere doeleinden dienen kan, ook is een bestudering van deze problematiek nuttig als vergelijkingsmateriaal voor situaties van grensoverschrijdende sfeercumulatie.

5.2.2.3 Sfeerovergang en sfeercumulatie

De problematiek van sfeerovergang en sfeercumulatie speelt ook in Zwitserland een rol. Juist een dergelijke cumulatie van procedures kan problemen doen rijzen die in iedere procedure afzonderlijk niet zouden zijn gerezen. We zagen hiervoor al in Nederland[139] en Duitsland[140] dat daarmee risicovolle situaties ontstaan, vanuit het oogpunt van hiërarchische en rechterlijke controle, vanuit het perspectief van het *nemo-tenetur*beginsel en duidelijkheid voor de belastingplichtige én – daar gaat hier voornamelijk om – vanuit het perspectief van het specialiteitsbeginsel. In het laatste geval gaat het om de vraag of de fiscus de bevoegdheden die zijn gekoppeld aan de ene taak, überhaupt (al dan niet mede) gebruiken mag voor de andere.

In het onderstaande hoop ik aan te tonen waarom dit probleem in Zwitserland in veel mindere mate speelt dan in Duitsland en Nederland. Niet zozeer lijkt er sprake van een te grote machtsconcentratie bij de fiscus, maar eerder van het tegendeel. In een aantal gevallen staat de fiscus juist met lege handen. Tegelijkertijd rijzen in Zwitserland andere problemen. Die hebben te maken met de scheiding die bij de directe belastingen (DBG/ZH-StG) is aangebracht tussen enerzijds de opsporing, vervolging en berechting van fiscaal bedrog en anderzijds de rest van de fiscale handhaving. Dan gaat het om de coördinatie van onderzoeken en problemen met betrekking tot het *ne-bis-in-idem*beginsel. In het onderstaande ga ik op beide aspec-

138 Uitzonderingen daargelaten, vgl. *supra* noot 73.
139 Hoofdstuk 3.2.2.4.
140 Hoofdstuk 4.2.2.3 en 4.3.3.2.

ZWITSERLAND

ten nader in. Daarbij bespreek ik allereerst de verhouding tussen de niet-punitieve handhaving (naheffing) en de punitieve en vervolgens de caesuur in de handhaving ter bestrijding van belastingontgaan en –ontduiking.

A) Cumulatie van naheffing en bestraffing

Directe kantonnale en federale belastingen

Voor de naheffings- en de belastingontduikingsprocedure bij de inkomsten- en vennootschapsbelastingen is de kantonnale fiscus bevoegd. Tot begin jaren negentig waren beide zelfs verenigd in één procedure, wat de fiscus voor nogal wat problemen plaatste, toen men in Zwitserland doordrongen raakte van het feit dat artikel 6 EVRM mogelijk van toepassing was op deze procedure. Het was onder dit oude regime, gebaseerd op de voorganger van de vigerende federale belastingwet (DBG), het *Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer direkten Bundessteuer*, dat in het Zwitserse kanton Wallis ene J.B., een gepensioneerde skileraar, bleef volharden in zijn weigering aan de fiscus te verklaren hoe hij aan het inkomen was gekomen dat hij had geïnvesteerd in de ondernemingen van ene P. Hij wenste alleen te verklaren dát hij dat inkomen had verdiend. Die weigering kwam hem te staan op vier *Ordnungsbussen*, die werden opgelegd in de periode februari 1989 tot en met juni 1996.[141] Uiteindelijk leidde een en ander tot het oordeel van het EHRM in de zaak *J.B. t. Zwitserland*.[142] Deze zaak is interessant, omdat hij de zwakke plekken van het Zwitserse fiscale handhavingssysteem haarfijn blootlegt. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat de fiscus haast volledig is aangewezen op de informatie die de belastingplichtige zelf aanbrengt. Het benaderen van banken is, zo zullen we nog zien, niet toegestaan. Dwangmiddelen zijn evenmin voorhanden. Een van de weinige dingen die men kan doen als een belastingplichtige weigert mee te werken, is het opleggen van boetes bij niet-medewerking (*Verletzung von Verfahrenspflichten*). In de naheffingsprocedure kan bovendien de bewijslast worden omgedraaid.[143]

Precies dit probleem speelde in de onderhavige zaak. Het gemengde karakter van de procedure (naheffing en belastingontduiking) in combinatie met de medewerkingsplicht leverde problemen op met het *nemo-tenetur*beginsel. Artikel 6 EVRM, en daarmee het *nemo-tenetur*beginsel, is namelijk op dit type gemengde procedures van toepassing. Dat werd door het EHRM bepaald, maar ook het *Bundesgericht* kwam al in zijn oordeel van 7 juli 1995 tot deze conclusie.[144]

---

141 Schild Trappe (1997) gaat in op de vraag of zo'n herhaalde boeteoplegging niet in strijd is met het *ne-bis-in-idem*beginsel. Zij beantwoordt de vraag negatief.

142 EHRM 3 mei 2001, appl.nr. 31827/96 (*J.B./Zwitserland*). Over de zaak ook Behnisch (2004), die overigens de advocaat van J.B. was; Donatsch (2001); Trechsel (2005).

143 Daarover *Bundesgericht* 04 november 2002, 2A.265/2002 /kil; Commissie Marty (2004), p. 12; Simonek (2004), p. 24-25; Hasler (2003); Wyssmann (1996), p. 803 e.v.; Richner e.a. (1999), Vor §§ 243-259 ZHStG, aant. 5.

144 BGE 121 II 273 (284). De verklaring van de regering in de procedure voor het EHRM dat het ging om een procedure *sui generis*, waarop art. 6 EVRM niet zonder meer van toepassing is, is m.i. dan ook wat kwestieus (§ 46); het *Bundesgericht* had zich erover al ondubbelzinnig uitgelaten.

> Vervolgens lopen de oordelen van beide rechters echter uiteen. Het *Bundesgericht* gaat uit van een nogal restrictieve opvatting van het beginsel.[145] Het stelt dat van een schending ervan geen sprake is om meerdere redenen. Allereerst had de fiscus *in casu* al bewezen dat er niet-belast inkomen was geweest; op J.B. rustte alleen de plicht daarover nadere inlichtingen te verschaffen. De fiscus had dus, conform de rolverdeling die aan het systeem van *gemischte Veranlagung* eigen is,[146] aan zijn stel- en bewijsplicht voldaan. Bovendien, aldus nog steeds het federale hof, moet het huidige systeem van verplichte medewerking worden beschouwd als het meest milde systeem vergeleken met andere opties, zoals een omkering van de bewijslast. De wetgever heeft *bewust* afgezien van verdergaande bevoegdheden, omdat men dat niet passend achtte. Zou J.B. *in casu* een zwijgrecht toekomen, dan zou dit systeem onhoudbaar worden. Ten derde komen volgens het hof wel vaker medewerkingsplichten voor waaraan een persoon zich met een beroep op het beginsel niet kan onttrekken, bijvoorbeeld bij de rijtijdenregelgeving (tachografen). Ook alcohol- en bloedproeven zijn hiervan een voorbeeld. Dit laatste is opvallend. In feite zijn het namelijk ook de voorbeelden die het EHRM in de zaak Saunders geeft ter illustratie van wat materiaal is dat onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat. De uitkomst van beide gerechten is echter verschillend.[147] Het *Bundesgericht* wijst ten slotte nog op een verschil met de Funke-zaak, waarin in de Franse autoriteiten door middel van dwang de verdachte probeerden te bewegen tot het leveren van bewijsmateriaal waarvan men niet zeker was of het bestond. Daarvan was in de onderhavige procedure geen sprake volgens nog steeds het Zwitserse hof.[148]

Het Europese Hof toont zich niet gevoelig voor de noden van de Zwitserse handhaving met haar geringe bevoegdhedenarsenaal. Dat blijkt meteen al uit de eerste paragrafen van zijn overwegingen ten gronde: aan de orde voor het hof is alleen de concrete zaak. *In casu* ging het om een gemengde procedure, met mogelijk een bestraffing wegens belastingontduiking, en om die reden was artikel 6 EVRM op de gehele procedure van toepassing. De uitkomst van de procedure bevestigde waar menigeen al bang voor was en waar men overigens met de invoering van de *Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer* en de *Steuerharmonisierungsgesetz* al op had geanticipeerd: de destijds geldende koppeling van naheffing en bestrijding van belastingontduiking met gelijktijdige instandhouding van de medewerkingsplicht is niet verenigbaar met artikel 6 EVRM.[149] Ze is dan ook inmiddels afgeschaft.

Hoewel inmiddels door een (formele) ontkoppeling van naheffings- en ontduikingsprocedure in ieder geval de onderzoeksmiddelen in de naheffingsprocedure

---

145 Zulks overigens in afwijking van een aantal Zwitserse schrijvers, waaronder Wyssmann (1996), p. 799 e.v; Schild Trappe; Auer (1997), p. 8-9; Eichenberger (1999), p. 17 e.v.

146 Daarover paragraaf 5.2.2.1, onder B.

147 Overigens, ten tijde van het wijzen van het vonnis door het *Bundesgericht*, was het Saunders-arrest van het EHRM nog niet gewezen. Wel had het *Bundesgericht* kennis kunnen nemen van de uitspraak van de EComRM van 10 mei 1994.

148 Hierover Trechsel (2005), p. 264.

149 Vgl. onder meer Richner e.a. (1999), Vor §§ 234-264 ZHStG, aant. 6; Expertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 36 e.v.; Auer (1997).

lijken te zijn veiliggesteld, plaatst de schijnbare tegenstelling tussen de J.B.-uitspraak en eerdere uitspraken van het Europese hof, in het bijzonder de Saunders-zaak,[150] de Zwitserse wetgever, rechtspraak en doctrine toch voor problemen. De fiscus staat vooral in de ontduikingsprocedure vrijwel met lege handen. Dit probleem beheerst momenteel het debat in Zwitserland over een hervorming van het fiscale strafrecht. Ter oplossing is een aantal opties overwogen:[151]

1. De naheffings- en ontduikingsprocedure blijven gescheiden. In beide is voortaan het *nemo-tenetur*beginsel toepasselijk. Voor beide procedures geldt het fiscale bevoegdhedenarsenaal.
2. De procedures zijn gescheiden in die zin dat onder dwang verkregen informatie niet voor het bewijs in punitieve procedures mag worden gebruikt. In de naheffingsfase blijft de medewerkingplicht overeind. Voor beide procedures geldt het fiscale bevoegdheden-arsenaal.
3. In de belastingontduikingsprocedure dient men zelfstandig de beschikking te hebben over strafrechtelijke bevoegdheden. Deze optie kwamen we, overigens afhankelijk van het onderliggende feit, tegen in Nederland[152] en Duitsland (BuStra).[153]
4. In de belastingontduikingsprocedure moet de fiscus worden aangemerkt als een bijzondere politiedienst, zodat hij uit dien hoofde de beschikking heeft over opsporingsbevoegdheden, maar dat onder verantwoordelijkheid van een andere (hiërarchisch bovengeschikte) dienst of wellicht zelfs het Openbaar Ministerie. Ook deze optie bestaat in Nederland (FIOD)[154] en Duitsland (Steufa).[155]
5. De verantwoordelijkheid voor de belastingontduikingsprocedure dient volledig in handen te komen van een ander dan de fiscus. De fiscus speelt geen rol meer (behoudens het doen van aangifte), zoals thans gebeurt in gevallen van fiscaal bedrog.

Het is duidelijk dat de keuze tussen deze opties van belang is voor de vraag die in deze paragraaf aan de orde is: hoe wordt enerzijds misbruik van bevoegdheid voorkomen, maar anderzijds de slagkracht van de fiscale overheid in voldoende mate gewaarborgd?[156] Sommige kantons, zoals het kanton Bern, hebben ervoor gekozen dat de belastingplichtige, die tevens verdachte in een ontduikingsprocedure is, de keuze wordt gelaten of deze met een fiscale procedure, overigens met medewerkingsplicht, of met een strafvorderlijke, en dus met dwangmiddelen, wil worden geconfronteerd. Dat komt in wezen neer op een keuze voor optie 3. Deze opvatting is echter op kritiek gestuit die allereerst samenhangt met de twijfel over de

150 EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699.
151 Heuberger (1997), Commissie Marty (2004), p. 18.
152 Hoofdstuk 3.2.2.3, onder B.
153 Hoofdstuk 4.2.2.2, onder B.
154 Hoofdstuk 3.2.2.3, onder C.
155 Hoofdstuk 4.2.2.2, onder D.
156 Commissie Marty (2004), p. 25.

vraag in hoeverre de *Steuerharmonisierungsgesetz* toestaat dat in geval van fiscale overtredingen door een kanton voor de inzet van het strafrechtelijke arsenaal wordt gekozen.[157] Staat die (federale) wet daaraan niet in de weg? Bovendien wordt ernstig betwijfeld of de Bernse oplossing de betrokkene niet voor een onmogelijk dilemma plaatst en uit dien hoofde zelf in strijd is met het EVRM.[158]

> Art. 225 van de Bernse *Steuergesetz* luidt voor zover hier relevant: '1 Verfahren wegen Steuerhinterziehung, Verletzung von Verfahrenspflichten und Übertretungen im Inventarverfahren werden in der Regel gemeinsam mit einem Veranlagungs-, Nachsteuer- oder Rechtsmittelverfahren nach Massgabe dieses Gesetzes durchgeführt. Die steuerpflichtige Person sowie die Beteiligten im Sinne von Artikel 219 können bis zum Ablauf der Rekursfrist eine gerichtliche Beurteilung nach Massgabe des Gesetzes über das Strafverfahren verlangen.'

De *Expertenkommission für ein Bundesgesetz über Steuerstrafrecht und internationale Amtshilfe in Steuersachen* (voortaan: Commissie Marty)[159] heeft zich met dit probleem eveneens bezig gehouden. Diens bevindingen zijn overgenomen door de *Kommission für Wirtschaft und Abgaben*/WAK van het Zwitserse parlement (*Ständerat*)[160] en daarna ook door de regering.[161] Wetgeving is momenteel in voorbereiding. De commissie van experts kiest voor behoud van het huidige model, dat is gebaseerd op het onderscheid tussen de directe belastingen over inkomen en winst enerzijds en andere soorten belastingen, waaronder de *Verrechnungssteuer*, anderzijds.[162] Ze ziet geen reden het instrumentarium van de kantonnale fiscus op te tuigen met strafvorderlijke dwangmiddelen of de verantwoordelijkheid voor de ontduikingsprocedure in handen van justitie te leggen. Wel moeten er aanvullende voorzieningen in de DBG en, via de StHG, in de kantonnale wetten komen ter bescherming van het *nemo-tenetur*beginsel. Opvallend is dat men hiertoe niet alleen een zwijgrecht creëert, maar de gehele medewerkingsplicht, dus ook die voor van de wil onafhankelijk materiaal (het Saunders-criterium), in de ontduikingsprocedure wil laten vervallen. De betrokkene moet op zijn zwijgrecht worden gewezen. Bovendien wordt een bewijsuitsluitingsgrond voor elders onder dwang verkregen gegevens voorgesteld.[163] In wezen kiest men dus voor optie 2.

> De opties 4 en 5 zijn dus *de lege lata* én *de lege ferenda* voor de fiscale overtredingen onhaalbaar. Hoogstens kan men, zoals in Zürich is gedaan, ervoor kiezen de fiscus *jegens derden* de strafvorderlijke bevoegdheid tot het horen van getuigen toe te kennen (een beperkte optie 3; Art. 249 ZH-StG), maar deze weg is niet door

157 Dat vloeit voor de DBG voort uit Art. 182 Abs. 3, terwijl het voor de *Steuerharmonisierungsgesetz* wordt afgeleid uit het systeem van die wet; vgl. Heuberger (1997), p. 28 e.v.
158 Trechsel (2005), p. 270-273.
159 Bericht van de Commissie Marty van oktober 2004.
160 Bericht van 13 januari 2006, BBl, p. 4021.
161 Stellingname van de regering (*Bundesrat*) van 12 april 2006, BBl. 4039.
162 Commissie Marty (2004), p. 17-22.
163 Commissie Marty (2004), p. 27-28.

> alle kantons gevolgd. Banken zijn bovendien ook in Zürich van deze getuigplicht uitgezonderd; het bankgeheim blijft intact. Vermeldenswaard daarbij is dat de Commissie Marty deze afwijzing van een keuze voor de strafrechtelijke procedure onder meer afwijst met het argument dat men dan ook internationaal het bankgeheim zou moeten laten vallen.[164] Dat zou, na de moeizame onderhandelingen over het bankgeheim in het kader van de hieronder te bespreken *Bilaterale II*, weinig geloofwaardig zijn. Men heeft zichzelf dus, zo lijkt het, in de voet geschoten. De internationale agenda bepaalt de nationale handhavingsagenda. Daarnaast is men (nog steeds) de mening is toegedaan dat de aard van de onderliggende procedure de toepassing van dergelijke zware dwangmiddelen, die ook het bankgeheim doorbreken, niet rechtvaardigt.[165]

Model 2 volgt men momenteel ook in Zürich: daar bestaat een principiële scheiding van de procedures waarbij in de naheffingsfase de medewerkingsplichten volledig overeind *en afdwingbaar* blijven, terwijl in de ontduikingsprocedure de gehele medewerkingsplicht vervalt. Onder dwang verkregen materiaal mag echter wél voor het bewijs worden gebruikt.[166] Aldus verkeert de eerlijke belastingbetaler in de naheffing in ieder geval niet in een slechter positie dan de oneerlijke.[167] De procedures *kunnen* gelijktijdig worden gevoerd, maar verplicht is dat niet.[168] Een intrinsieke rangorde is niet aanwezig,[169] hoewel sommigen betogen dat de ontduikingsprocedure het eerst zou moeten worden doorgevoerd om conflicten met het *nemo-tenetur*beginsel te voorkomen.[170] In Zürich voert men doorgaans eerst de naheffingsprocedure en daarna de ontduikingsprocedure, waarbij de vergaarde gegevens in de laatste als bewijs mogen mogen worden gebruikt.[171]

> Bij de federale belastingen is men verplicht om gelijktijdig met de opening van een ontduikingsprocedure tevens een naheffingsprocedure te starten (Art. 152 Abs. 2 DBG).[172] In Zürich berust de verantwoordelijkheid voor al deze procedures bij een en dezelfde dienst, de *Abteilung Spezialdienste* van het *Steueramt*. Dat vind ik bezwaarlijk. De papieren scheiding tussen beide procedures wordt in de praktijk niet gevolgd. Momenteel mag deze afdeling ná inleiding van de belastingontduikingsprocedure ten opzichte van de verdachte/belastingplichtige dus het naheffingsonderzoek, inclusief een afdwingbare medewerkingsplicht, voort-

164 Commissie Marty (2004), p. 18-19; Trechsel (2005), p. 274-276.
165 Commissie Marty (2004), p. 12, 20-21, 26.
166 Trechsel (2005), p. 268.
167 Expertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 27; Richner e.a. (1999), Vor §§ 243-259 ZHStG, aant. 5.
168 In afwijking van de oude situatie is het mogelijk dat belastingontduikingsprocedures worden gevoerd voor de fiscale naheffing; Richner e.a. (1999), Vorbemerkungen zu §§ 243-259 ZHStG, aant. 6 e.v. en Richner e.a. (1999), Art. 244 ZHStG, aant. 3 en 8.
169 Expertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 79.
170 Daarover Richner e.a. (1999), §§ 243-259 ZHStG, aant. 6 en 10; Expertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 39; Hasler (2003).
171 Commissie Marty (2004), p. 13.
172 Dit geldt overigens niet voor de kantonnale belastingen in Zürich; vgl. Epertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 54-55.

> zetten.[173] Wel moet de belastingplichtige van de opening van de ontduikingsprocedure op de hoogte worden gebracht (Art. 244 ZH-StG).[174] Of hij daar veel aan heeft, valt te betwijfelen, wanneer voorafgaand daaraan of parallel daarmee de naheffingsprocedure wordt gevoerd. Hiervoor zagen we dat in Duitsland er om die reden voor is gekozen om de afdwingbaarheid van de medewerkingsplicht ook *in fiscalibus* te laten vervallen.[175]

Het voorgaande overziende, meen ik dat de kantonnale fiscus er bekaaid vanaf komt,[176] hoewel die mening in Zwitserland zelf niet door iedereen wordt gedeeld. Anders dan in Duitsland en Nederland beschikt de fiscus immers niet over toegang tot bancaire gegevens of over strafvorderlijke dwangmiddelen. Hij kan geen gegevens bij banken (als derde) opvragen ter staving van zijn vermoedens. Evenmin kan hij bij banken voorwerpen in beslag nemen. Het enige dat hij kan doen, en dat alleen in de naheffingsprocedure, is het omkeren van de bewijslast of het opleggen van een *Ordnungsbusse*. Dat brengt me tot de conclusie dat de sfeercumulatieproblematiek in Zwitserland op een heel andere wijze speelt dan in Duitsland en Nederland. De aansturing van en controle op de fiscus is, anders dan in die twee landen, in Zwitserland geen probleem. Voor de naheffings- en ontduikingsprocedure gelden dezelfde, bestuursrechtelijke sturingsmechanismen. De problematiek is in hoofdzaak beperkt tot de zorg voor het *nemo-tenetur*beginsel. Daarop richten de inspanningen zich momenteel. Ik kom daarop terug in paragraaf 5.3.3.1, onder A.

De Verrechnungssteuer
De gang van zaken bij de *Verrechnungssteuer* is een andere. Als gezien ligt daar de verantwoordelijkheid voor het gehele fiscale proces bij de *Eidgenössische Steuerverwaltung*. De bevoegdheden die deze heeft bij de vervulling van haar fiscale taken (heffing, controle en naheffing) en haar punitieve taken op grond van het federale bestuursstrafrecht (opsporing, vervolging en beoordeling) verschillen aanzienlijk. Dat geeft in potentie aanleiding tot interessante conflicten. Echter, binnen de EStV zijn verschillende diensten verantwoordelijk voor beide terreinen. Als gezien is de (sub-) *Abteilung Erhebung Verrechnungssteuer* verantwoordelijk voor het fiscale proces, terwijl de (sub-)*Abteilung Recht* de taken op het gebied van het *Verwaltungsstrafrecht* uitvoert. Ik laat de *Verrechnungssteuer* hier verder rusten.

B) Cumulatie van belastingontduiking en fiscaal bedrog bij de directe belastingen[177]
De problematiek van de sfeercumulatie doet zich ook niet direct voor wanneer er gelijktijdig procedures wegens belastingontduiking en fiscaal bedrog worden gevoerd. De verantwoordelijkheid voor beide procedures ligt immers bij twee verschillende organen, de fiscus en het Openbaar Ministerie. Wel rijst een ander probleem dat dan een oplossing behoeft. Het is goed mogelijk dat eenzelfde feiten-

173 Hasler (2003), p. 523, lijkt een andere mening te verkondigen.
174 Richner e.a. (1999), § 244, rn. 9 en 29 e.v.
175 Hoofdstuk 4.3.3.2; vgl. Wyssmann (1996), p. 682.
176 Idem, Trechsel (2005), p. 274.
177 De *Verrechnungsteuer* laat ik buiten beschouwing.

complex door meerdere autoriteiten moet worden beoordeeld. In dat geval rijzen ten eerste mogelijk problemen met het *ne-bis-in-idem*beginsel. Het is immers voorstelbaar dat een verdachte zich in een fiscale bedrogprocedure beroept op het feit dat hij over dezelfde belastingsoort in het hetzelfde belastingtijdvak al is veroordeeld voor belastingontduiking of een poging daartoe. Ook het omgekeerde is denkbaar. Om deze redenen moet de vraag worden beantwoord of fiscaal bedrog en belastingontduiking a) tot elkaar in een bijzondere verhouding staan (*unechte Idealkonkurrenz* of *lex specialis*)[178] en b) wanneer zo'n verhouding niet bestaat,[179] of er bij opeenvolgende vervolgingen wellicht sprake is van een *idem* (zelfde feit). Wordt één van beide vragen (of beide) bevestigend beantwoord, dan heeft dat mogelijk consequenties voor de bevoegdheid van de verschillende betrokken autoriteiten.

Een tweede reden waarom een splitsing van de procedures mogelijk problematisch is, hangt samen met het streven dat bij een meervoud van strafbare feiten (en/of potentiële daders) die feiten in één procedure worden doorgevoerd (*Prinzip der Einheit des Verfahrens* of *Vereinigungsprinzip*).[180] Daarmee zijn niet alleen proceseconomische belangen gediend, maar ook een eenvormige toepassing van het materiële strafrecht én de straftoemeting.[181] Er moet dus eveneens worden bekeken of het *Vereinigungsprinzip* ook in dit soort situaties geldt.

De vragen met betrekking tot het *ne-bis-in-idem*beginsel en de *specialis*verhouding worden inmiddels allebei ontkennend beantwoord. In eerste instantie nam het *Bundesgericht* in een zaak waarin (onder het oude recht) eerst wegens ontduiking en daarna wegens fiscaal bedrog werd vervolgd, nog een *specialis*verhouding aan: fiscaal bedrog moest worden aangemerkt als een gekwalificeerde vorm van fiscale ontduiking. Dat leidde echter niet tot de onbevoegdheid van de fiscus; het verhinderde niet dat de fiscus vervolgde voor ontduiking.

> Het hof overwoog: 'Es fragt sich deshalb, ob eine Bestrafung wegen Steuerbetruges für ein Verhalten, das bereits unter dem Gesichtspunkt der Hinterziehung beurteilt worden ist, eine mit dem Grundsatz ne bis in idem unvereinbare Doppelverfolgung darstellt. Die Frage ist, soweit es um den aus dem eidgenössischen materiellen Recht hergeleiteten Grundsatz ne bis in idem geht, zu verneinen, weil das Bundesgesetz ausdrücklich zwei verschiedene Verfahren für Steuerhinterziehung und Steuerbetrug vorsieht. Durch diese gesetzliche Regelung wird die Tragweite des bundesrechtlichen Prinzips im streitigen Bereich konkretisiert,

178 In Zwitserland hanteert men de begrippenparen *unechte* en *echte Konkurrenz* enerzijds en *Ideal-* en *Realkonkurrenz* anderzijds. Beide zijn niet gelijk; ze kunnen worden gecombineerd. Bij *unechte Idealkonkurrenz* (hier gemakshalve aangeduid als *lex specialis*) wijkt de ene strafbepaling voor de andere; hierover Stratenwerth (2005), p. 478 e.v.; Trechsel/Noll (2004), p. 285 e.v.; Donatsch (1991), p. 292.

179 Bestaat ze wel, dan is een tweede vervolging wegens overtreding van de generalis hoe dan ook ontoelaatbaar; vgl. Donatsch (1991), p. 317-318.

180 Het Zwitserse wetboek van strafrecht bevat met het oog daarop een aantal regels die aanwijzen welke rechter in die gevallen bevoegd is. Hierover o.m. Schmid (2004), p. 132 e.v. en uitvoerig Schweri/Bänziger (2004).

181 Schweri/Bänziger (2004), p. 6.

> und eine allfällige Doppelbestrafung hat daher als vom Bundesgesetzgeber gewollt zu gelten.'[182]
>
> Deze uitkomst komt op mij nogal eigenaardig over. De vraag naar het bestaan van een *specialis-generalis*verhouding dient er immers toe te beoordelen of bij het samenvallen van strafbepalingen deze gelijktijdig kunnen worden toegepast of niet.[183] Is er een *specialis*, dan moet deze worden toegepast. Het nut van zo'n regeling kan ernstig worden betwijfeld, als zulks niet geldt wanneer er door meerdere autoriteiten meerdere procedures kunnen worden gevoerd.[184]

Later is het hof van deze benadering afgestapt. In een zaak waarin eerst was bestraft voor fiscaal bedrog en daarna voor ontduiking kwam het met zoveel woorden terug op de zojuist genoemde uitspraak en wees het een *specialis*verhouding van de hand. Beide bepalingen acht het thans gelijkwaardig (*Idealkonkurrenz*).[185] Dat is in overeenstemming met de heersende opvatting in de literatuur: de strafbepalingen verschillen qua doel en strekking te zeer van elkaar om de een als *specialis* van de ander aan te merken. Dat impliceert in ieder geval dat een simultane, gelijktijdige vervolging mogelijk is.

> Het *Steuerbetrug* lijkt in het te beschermen rechtsgoed als gezegd op het commune *Urkundenfälschung* (Art. 251 StGB); het is een *Urkundendelikt*. Het kan niet als een gekwalificeerde vorm van *Steuerhinterziehung* worden gezien, ook al gaat het om het gebruik van valse documenten 'zum Zwecke der Steuerhinterziehung' (Art. 186 DBG). Ten opzichte van de commune delicten gaan beide fiscale strafbepalingen doorgaans voor. De afgrenzing tussen *Steuerbetrug* en Art. 251 StGB schuilt vooral in het oogmerk. Bij *Steuerbetrug* dienen de vervalste documenten 'Zwecke der Steuerhinterziehung', bij Art. 251 StGB niet. Als hoofdregel geldt dat wanneer de vervalsing van documenten alleen was gericht op het gebruik van de documenten jegens de fiscus, er sprake is van *Steuerbetrug*. *Steuerbetrug* is verder een *lex specialis* ten opzichte van Art. 146 StGB (*Betrug*). Ook de *Steuerhinterziehung* toont overeenkomsten met het commune *Betrug*. Ook deze gaat dan voor.[186]

Ook consecutieve vervolgingen wegens *Steuerbetrug* en *Steuerhinterziehung* (of andersom) blijken mogelijk. Dat heeft niet zozeer te maken met het feit dat het *ne-bis-in-idem*beginsel alleen zou zien op een verbod van dubbele bestraffing en niet op een dubbele vervolging, maar met de omstandigheid dat het *Bundesgericht* meent dat van een *idem*situatie in zo'n geval geen sprake is.[187] Wel dient de tweede instantie

182 BGE 116 IV 262 (268).
183 Donatsch (1991), p. 304.
184 Richner e.a. (1999), Art. 261 ZHStG, aant. 8.
185 BGE 122 I 257.
186 Over dit alles: Trechsel/Noll (2004), p. 42-43; Richner e.a. (1999), § 261 ZHStG, aant.3 e.v.; Expertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 29-30; Michael (1992), p. 246 e.v.; Donatsch (1991), p. 300.
187 BGE 122 I 257 (266); vgl. ook BGE 119 Ib 311 (319).

rekening te houden met de bestraffing in de eerste zaak.[188] De ratio van deze rechtspraak kan worden gezocht in een strikte opvatting van het rechtszekerheidsbeginsel.[189] De gedachte is dat de burger in redelijkheid niet kan verwachten verschoond te blijven van een tweede vervolging, wanneer hij weet dat in eerste instantie de beoordelende autoriteit jurisdictie ontbeert voor het feit dat in tweede instantie aan de orde is.[190] Niet voor niets kan in Art. 189 Abs. 2 DBG en Art. 261 ZH-StG[191] worden gelezen dat een bestraffing wegens bedrog niet in de weg staat aan een vervolging wegens ontduiking.[192] Juist op deze bepalingen en op de eraan ten grondslag liggende principiële scheiding van de twee procedures wordt deze rechtspraak in aanzienlijke mate gebaseerd.[193] Ook merkt het *Bundesgericht* op dat noch de constitutie, noch artikel 4 van het 7e Protocol EVRM dwingt tot een vereniging van procedures.[194] Tegelijkertijd is hiermee een antwoord gegeven op het tweede aan het begin van deze paragraaf gesignaleerde mogelijke probleem. We hebben te maken met een uitzondering op het *Vereinigungsprinzip*.[195]

> In de woorden van het *Bundesgericht*: 'die Zusammenlegung bundesrechtlicher Verfahren wegen Steurhinterziehung mit solchen wegen Steuerbetruges [wäre] bereits wegen der gegenseitig fehlenden sachlichen Zuständigkeit (…) der gesetlich dafür vorgesehenen Behörden ausgeschlossen (…).'[196]

Wat hiervan te denken? Verschillende auteurs hebben zich afgevraagd of deze rechtspraak wegens een mogelijk conflict met artikel 4 van het 7e Protocol EVRM in Straatsburg wel stand zal houden.[197] Een negatief antwoord heeft in potentie diepgaande consequenties. Het zou bijvoorbeeld kunnen leiden tot het geheel opgaan van de belastingontduiking in het fiscale bedrog.[198] Dat laatste staat de kantonnale wetgever thans niet vrij; dat zou in strijd zijn met de federale keuze voor gescheiden procedures. Een niet onbelangrijke andere constatering is dat de huidige rechtspraak de Zwitserse autoriteiten bepaald niet dwingt tot samenwerking. In het *ne-bis-in-idem*beginsel kan men een indirecte opdracht aan de autoriteiten lezen om bij de opheldering van zaken zorgvuldig te zijn en zo proceseconomisch mogelijk

188 BGE 122 I 257 (266); vgl. STR 2004, p. 710-711; Richner e.a. (1999), Art. 261 ZHStG, aant. 10, die een strafmatiging niet uit het *ne-bis-in-idem*beginsel afleidt, maar uit het strafrechtelijke *Schuldprinzip*.

189 Ackermann & Ebensberger (1999), p. 834, noemen nog andere verklaringen. Zo is ook aangevoerd dat beslissingen van bestuurorganen geen (rechterlijk) *Urteil* zijn.

190 Vgl. BGE 119 Ib 311 (319); Donatsch (1991), p. 311 e.v.; Expertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 34-35; Ackermann & Ebensberger (1999), p. 833 e.v.

191 Zulks in navolging van Art. 59 Abs. 2 StHG.

192 Letterlijk: 'Die Bestrafung wegen Steuerhinterziehung bleibt vorbehalten.'

193 Vgl. BGE 122 I 257 (263 e.v.).

194 BGE 119 Ib 311 (319). Kritisch: Ackermann & Ebensberger (1999), p. 835.

195 Het *Vereinigungsprinzip* is overigens toch al geen hard beginsel van federaal straf(proces)recht; daarover Schmid (2004), p. 132 e.v.

196 BGE 120 IV 30 (31), onder verwijzing naar BGE 119 Ib 311.

197 Donatsch (1991), p. 320-321; Ackermann & Ebensberger (1999), p. 835-836.

198 Donatsch (1991), p. 320-321.

bezig te zijn. Datgene wat aan kán worden gebracht, móet ook worden aangebracht.[199] Door de beperkte opvatting van het feitsbegrip omvat deze opdracht echter niet een stimulans tot onderlinge samenwerking tussen de autoriteiten. Voor niet-ontvankelijkheid wegens een eerdere veroordeling in een andere procedure voor hetzelfde feit hoeft men immers niet snel te vrezen.[200] Bovendien, de afwezigheid van een *specialis*verhouding maakt het voor de kantonnale fiscus, wiens positie niet sterk is te noemen, aantrekkelijk eerst aangifte te doen en het justitieel onderzoek af te wachten alvorens een eigen onderzoek naar ontduiking te starten. Via een verzoek om bijstand (*Amtshilfe*) kan de informatie dan worden verkregen van justitie (zie paragraaf 5.4.2).

C) Een tweede serie conclusies

In het voorgaande is de organisatie van de handhaving van het Zwitserse fiscale recht omschreven. Daarbij was er zowel aandacht voor ieder handhavingsstadium (heffing, controle, preventie en repressief toezicht, bestraffing) afzonderlijk, als voor de onderlinge verhouding tussen die stadia. Binnen deze stadia worden de autoriteiten relatief strikt aangestuurd. Zo bleek het legaliteitsbeginsel een belangrijk sturingsprincipe voor de gehele punitieve handhaving, ook al wordt diens onverkorte toepasselijkheid op vooral de geringe feiten betwist.[201] De verschillende procedures staan onderling echter volledig los van elkaar. (Na)heffing en bestraffing hebben plaats in gescheiden procedures. Van een wettelijke rangorde daartussen is niet gebleken. Dat is door de wetgever expliciet zo gewild.

De sturingsbeginselen waarover ik sprak, hebben geen invloed op deze crossprocedurele factor in de rechtshandhaving. Toch bleek dat niet direct bezwaarlijk, ook al is in Zürich dezelfde eenheid van de kantonnale fiscus bevoegd voor én de naheffing én de vervolging van fiscale overtredingen. Deze eenheid beschikt namelijk voor beide doeleinden over grofweg dezelfde bevoegdheden.[202] Het gevaar van misbruik van bevoegdheden doet zich dan niet voor, hoewel er wel moet worden gewaakt voor een omzeiling van het *nemo-tenetur*beginsel. Er lijkt eerder sprake van het tegendeel: de fiscus zelf staat met lege handen. Hem resteert bij een weigerachtige belastingplichtige alleen een schatting van de belastingschuld of het opleggen van een (geringe) *Ordnungsbusse*. Via de *Verrechnungssteuer* wordt dan weliswaar verzekerd dat er belastingheffing plaatsvindt van rente-inkomsten en dat er dus inkomsten binnenkomen, maar men is niet in staat de onderliggende verhoudingen feitelijk vast te stellen. In de ontduikingsprocedure staat men dus vrijwel met lege

199 Donatsch (1991), p. 312-313; vgl. ook het Nederlandse *una-via*beginsel dat OM en bestuursorganen tot samenwerking en afstemming dwingt.

200 Interessant is in dit verband dat het *Bundesgericht* evenmin een *idem* aanneemt, wanneer eerst bestraft is wegens een kantonnaal vergrijp en later, in een tweede procedure voor een federaal vergrijp (BGE 119 Ib 311); zie wel Art. 188 Abs. 3 DBG.

201 Binnen de fiscale handhaving geldt dit beginsel overigens niet. De vrijheid van de fiscus is wel doelgebonden. Hij moet zich bij de wetstoepassing laten leiden door het fiscale gelijkheidsbeginsel; daarover Gyrr (1996), p. 39 e.v.

202 De strafvorderlijke getuigplicht geldt in Zürich wel, maar niet jegens banken.

handen. De rechtshandhaving is duidelijk achtergesteld op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Door een beperkte opvatting van het *ne-bis-in-idem*beginsel wordt op innerstatelijk niveau bovendien de samenwerking bepaald niet bevorderd. De afdoening van fiscale overtredingen en die van fiscale misdrijven zijn door de wetgever gepercipieerd als twee te onderscheiden taken, waarmee verschillende rechtsgoederen zijn gemoeid. In dat opzicht is samenwerking niet vereist, althans niet voor zover deze uitstijgt boven de grondwettelijke plicht tot bijstand (Art. 44 BV). Dit lijkt mij voor de rechtshandhaving riskant, omdat samenwerking (als die toch plaatsvindt) dan niet voortvloeit uit een gemeenschappelijk belang van de betrokken autoriteiten, maar primair het eigenbelang dient. De fiscus benadert justitie bijvoorbeeld omdat hij weet dat deze eenvoudiger toegang krijgt tot bepaalde (bancaire) informatie dan hijzelf. Tegelijkertijd onderzoekt men wel hetzelfde feitencomplex. Met andere woorden, een mogelijke omzeiling van rechtswaarborgen, die kan worden veroorzaakt door een samenloop van procedures, speelt zich mijns inziens in Zwitserland niet zozeer af in de informatiegaringsfase, maar eerder in de fase van informatieuitwisseling. Voor de burger resteert mogelijk het slechtste van beide opties: én hij wordt meerdere malen lastig gevallen, omdat coördinatie niet plaatsheeft, én voorhanden zijnde informatie kan worden uitgewisseld, waardoor het voor hem ondoorzichtig en dus oncontroleerbaar wordt met het oog waarop informatie precies wordt ingewonnen. In paragraaf 5.4.2.2 zal ik bekijken of deze vrees terecht is en bezien in welke mate informatie tussen beide diensten vrij kan stromen.

Het voorgaande geldt in veel mindere mate voor de *Verrechnungssteuer*. De situatie daar is een geheel andere doordat het EStV met uitsluiting bevoegd en verantwoordelijk is voor de gehele fiscale handhaving. Ook het OM komt hieraan in beginsel niet te pas. Binnen deze dienst is een organisatorische scheiding gemaakt tussen de afdeling die verantwoordelijk is voor de controle – deze afdeling heeft overigens toegang tot bancaire informatie – en de afdeling verantwoordelijk voor het *Verwaltungsstrafrecht*.

5.2.3 Het Openbaar Ministerie (*die Staatsanwaltschaft*)[203]

5.2.3.1 Vooraf: naar een federaal Wetboek van Strafvordering

In het onderstaande bespreek ik de organisatie van de kantonnale justitie en de federale justitie, evenals hun onderlinge samenhang, en daarna de taak en positie van het OM in het strafproces (paragraaf 5.2.3.3). Ook de proactieve opsporing (paragraaf 5.2.3.4) en de verhouding tot de dwangmiddelenrechter (paragraaf 5.2.3.5) komen aan de orde. Het doel van dit alles is opnieuw in kaart te brengen hoe de taken van de betrokken autoriteiten luiden, hoe ze worden aangestuurd en wat voor mogelijke gevolgen dit heeft voor de samenwerking.

---

203 Net als in het hoofdstuk over Duitsland gebruik ik de termen *Staatsanwaltschaft* en openbaar ministerie als synoniemen.

GRENSOVERSCHRIJDENDE SFEERCUMULATIE

Met de herziening van de federale grondwet eind jaren negentig kreeg de bond ook de *wetgevende* bevoegdheid op het vlak van het strafprocesrecht. De nieuwe federale bevoegdheden op strafvorderlijk vlak, die momenteel in hoofdzaak nog het voorwerp zijn van kantonnale regels, waren het startschot voor nog weer een omvangrijke wetgevingsoperatie.[204] Deze richt zich op de totstandkoming van een *Schweizerische Strafprozessordnung*/CH-StPO. Daartoe werd al in 2001 een voorontwerp gepubliceerd,[205] waarover de afgelopen jaren is gediscussieerd.[206] Onlangs is een wetsvoorstel met bijbehorende toelichting (*Botschaft*) ingediend.[207] Op het *uitvoerende* vlak blijft de hoofdregel dat de kantons bevoegd zijn (Art. 123 Abs. 2 BV). Hun wordt bij de organisatie nog enige vrijheid gelaten, hoewel die vrijheid wel sterk zal worden beperkt. Het federale streven is een minimumniveau van eenheid te bewerkstelligen, dat een middenweg houdt tussen enerzijds volledige vrijheid voor de kantons en anderzijds een *lückenlose* regeling op federaal niveau.[208]

De uitvoerende bevoegdheid van de kantons inzake de strafrechtspleging is te vinden in de artikelen 338 en 339 e.v. StGB. Art. 338 luidt: 'Die kantonalen Behörden verfolgen und beurteilen nach den Verfahrensbestimmungen der kantonalen Gesetze die unter dieses Gesetz fallenden strafbaren Handlungen, soweit sie nicht der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen.'[209] Art. 339 StGB luidt: 'Die Kantone bestimmen die Behörden, denen die Verfolgung und Beurteilung der in diesem Gesetze vorgesehenen, der kantonalen Gerichtsbarkeit unterstellten strafbaren Handlungen obliegt.' Om deze taken te kunnen vervullen beschikken de kantons in de regel allemaal over een eigen wet op de rechterlijke organisatie en een eigen strafvordering (Art. 346 StGB).

Als gezien, is niet het gehele strafrecht voorwerp van federale regelgeving. Op onderdelen is de kantons nog ruimte gelaten. Dat verklaart bijvoorbeeld de aanwezigheid van kantonnaal fiscaal strafrecht, dat overigens deels geharmoniseerd is (*Steuerharmonisierungsgesetz*).[210]

Soms komen ook de bond operationele bevoegdheden toe. Dat kan worden afgeleid uit de Art. 336 en 337 StGB.[211] De herziene grondwet bevat ook de opdracht tot instelling van een federaal strafhof dat in eerste aanleg zaken moet berechten in federale aangelegenheden (Art. 191a BV). Dit alles is sinds kort geregeld in de *Bundesgesetz über das Bundesstrafgericht* (*Strafgerichtsgesetz*/SGG) van 4 oktober 2002 en in de al langer bestaande *Bundesgesetz über die Bundesstraf-*

204 Hierover onder meer Koller (2006).
205 Het *Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung* en bijbehorend *Begleitbericht*.
206 *Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung* van februari 2003.
207 Voorstel voor een *Schweizerische Strafprozessordnung* (*Strafprozessordnung*, StPO), BBl 2006, 1389, met *Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts* van 21 december 2005, BBl 2006, 1085.
208 Botschaft bij voorstel-CH-StPO, p. 1102.
209 Vgl. ook Art. 22 voorstel-CH-StPO.
210 *Supra* noot 51.
211 Deze artikelen worden op termijn weer vervangen door de Art. 23 en 34 voorstel-CH-StPO.

rechtspflege/BStP.[212] De laatste zal met de invoering van het voorstel-CH-StPO worden ingetrokken. Met de komst van het *Bundesstrafgericht* verschoof de positie van het *Bundesgericht* naar de achtergrond. Dit is nu beroepsinstantie.

In het onderstaande zal ik in hoofdzaak naar het voorstel-CH-StPO verwijzen. Af en toe wordt er ook verwezen naar de huidige strafvordering van Zürich (ZH-StPO) en naar de *Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege*/BStP.

5.2.3.2 Taken en organisaties van de betrokken autoriteiten

A) Kantonnale autoriteiten (die Staatsanwaltschaft)
De organisatie van het Openbaar Ministerie is in Zürich geregeld in de *Gerichtsverfassungsgesetz* (ZH-GVG). Tot 1 januari 2005 was voor het onderzoek naar en de vervolging van strafbare feiten in Zürich in beginsel het hoofd van het districtsbestuur, de *Statthalter*, bevoegd. Deze was namelijk tevens *Bezirksanwalt*. Hij werd voor vier jaar gekozen en hem kwamen onderzoekende en in de meeste zaken ook aanklagende taken toe. Soms werd echter de rol van de *Anklagebehörde* vervuld door leden van het OM. Deze werden niet gekozen, maar door de kantonnale regering aangesteld. Ze waren tevens bevoegd de *Bezirksanwalt* aanwijzingen te geven en onderzoeken over te nemen (Art. 27 ZH-StPO (oud)). Van dit model, dat uitging van een (gedeeltelijke) scheiding tussen onderzoekende en aanklagende instantie, is men in Zürich afgestapt. Op 1 januari 2005 zijn wetswijzigingen van kracht geworden met relevantie voor de organisatie van het OM.[213]

Belangrijk is het nieuwe Art. 72 ZH-GVG, dat thans als volgt luidt: 'Strafverfolgungsbehörden sind 1. die Organe des Kantons, der Bezirke und der Gemeinden, soweit sie im Bereich der gerichtlichen Polizei tätig sind; 2. die Staatsanwaltschaften; 3. die Oberstaatsanwaltschaft.'[214] Uit het artikel kan worden afgeleid welke organen voor de strafvordering van belang zijn. Voor dit onderzoek met afstand het belangrijkst is de *Staatsanwaltschaft*, die belast is met de opsporing en vervolging van de zwaardere strafbare feiten. Dat volgt uit Art. 73 ZH-GVG: 'Die Untersuchung von Verbrechen und Vergehen wird geführt von 1: den Staatsanwaltschaften (…)'

Sindsdien ligt in Zürich de verantwoordelijkheid voor de in dit onderzoek belangrijke feiten in handen van de *Staatsanwaltschaft*. Onderzoekende en aanklagende functies zijn in handen van kantonnale *Staatsanwälte* onder leiding van een *Oberstaatsanwalt*.[215] De *Staatsanwaltschaft* is zowel langs territoriale als functionele lijnen

212 Vgl. ook Art. 23 e.v. voorstel-CH-StPO.
213 Daarover Donatsch e.a. (2005).
214 Vgl. ook Art. 12 en 13 voorstel-CH-StPO.
215 Dit gëintegreerde model wordt overigens niet in de andere kantons gevolgd. Er zijn kantons die nog steeds uitgaan van een scheiding van beide functies. De onderzoekstaken liggen daarbij in handen van een onderzoeksambtenaar (*Untersuchungsrichter*), de vervolgende taken in handen van de *Staatsanwalt*. Ook de hierna nog te bespreken federale justitie gaat van dit

georganiseerd. Sinds 1992 kent Zürich *besondere Staatsanwaltschaften* (voorheen: *besondere Bezirksanwaltschaften*). Dat zijn aparte eenheden voor onder meer de *Rechtshilfe* en voor de *Wirtschaftsdelikte*. Deze functionele eenheden kunnen binnen het gehele kanton opereren en zijn voor dit onderzoek het meest relevant. Hun bestaan is thans in de *Gerichtsverfassungsgesetz* geformaliseerd (Art. 80 ZH-GVG).[216]

In de *Gerichtsverfassungsgesetz* is over de inhoudelijke taken van het OM verder niet veel te vinden. Zijn taken zijn vrij formeel omschreven. Inhoudelijke aanwijzingen over een juiste taakvervulling liggen besloten in het Wetboek van Strafvordering van Zürich en in het toekomstige voorstel-CH-StPO. Ik kom daarop nog terug in paragraaf 5.2.3.3. Allereerst ga ik in op de organisatie van de federale justitie.

B) Federale autoriteiten (die Bundesanwaltschaft)

Als de opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten aan federale autoriteiten is overdragen, spreekt men van *Bundesgerichtsbarkeit*. Relevant voor dit onderzoek zijn vooral Art. 336 en 337 StGB.[217] In Art. 336 StGB is bepaald welke feiten aan de federale strafrechtspleging zijn onderworpen. Een aantal van de daar genoemde feiten is in potentie ook voor dit onderzoek van belang, bijvoorbeeld de strafbare feiten van de elfde titel van het Wetboek van Strafrecht, voor zover bewijsstukken (*Urkunden*) van de bond in het geding zijn (*Urkundenfälschung*).

Eind 1999 is de bevoegdheid van de bond in het kader van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit nog eens verruimd. Naast zelfstandige bevoegdheden op het gebied van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit, corruptie en witwassen (*originäre Zuständigkeit*), kreeg de bond een subsidiaire bevoegdheid op het gebied van de klassieke economische criminaliteit. Deze is beperkt tot de misdrijven (*Verbrechen*), genoemd in de titels 2[218] en 11[219] van het Wetboek van Strafrecht. Dit werd vastgelegd in Art. 337 Abs. 2 StGB: als dergelijke feiten worden begaan door een criminele organisatie en zulks voor een wezenlijk deel in het buitenland of op het grondgebied van meerdere kantons, zonder dat duidelijk is in welk kanton het zwaartepunt van die feiten ligt, komen ze onder de federale rechtspleging, als geen kantonnale autoriteit met de zaak is belast of een kantonnale autoriteit de *Bundesanwalt* om overname van de vervolging verzoekt (Art. 337 StGB).[220] Hiermee is de (subsidiaire) bevoegdheid van de federale strafrechtspleging voor een groot deel van

laatste model uit; Hauser/Schweri (2002), p. 251. Het voorstel-CH-StPO gaat daarentegen weer wel van dit geïntegreerde model uit (zie onder).

216 Een en ander is nader uitgewerkt in de *Verordnung über die Organisation der Oberstaatsanwaltschaft und der Staatsanwaltschaften* van 27 oktober 2004.

217 Vgl. Art. 29 en 30 voorstel-CH-StPO. Ook onder het nieuwe strafprocesrecht geldt als hoofdregel de bevoegdheid van de kantons (Art. 28 voorstel-CH-StPO).

218 Genaamd: 'Strafbare Handlungen gegen das Vermögen.'

219 Genaamd: 'Urkundenfälschung.'

220 Dit artikel stuitte, toen het werd ingevoerd, op zware kritiek van de kantons, omdat deze nieuwe onderzoeks- en vervolgingsbevoegdheid van de bond kan worden gedelegeerd aan de kantons; Del Ponte e.a. (1998), p. 363. Aan deze kritiek werd deels tegemoet gekomen met de oprichting van het Bundesstrafgericht, waardoor de capaciteit van de bond toenam.

het effectenstrafrecht gegeven, ook al komt het nog nauwelijks voor dat de *Bundesanwalt* daadwerkelijk dit soort zaken onderzoekt. 'Onder deze titels valt bijvoorbeeld het commune Betrug (Art. 146 StGB). Ook de insider- en marktmanipulatiebepalingen (Art. 161 en 161bis StGB) staan in de titels 2 en 11, maar omdat deze geen Verbrechen, maar een Vergehen zijn (Art. 10 StGB), is de Bundesgerichtsbarkeit voor het effectenstrafrecht vooralsnog slechts zijdelings relevant.'

> Dat laatste geldt, om andere redenen, ook *in fiscalibus*. Artikel 337 StGB verwijst immers, net als Art. 336 StGB, uitsluitend naar titels in het Wetboek van Strafvordering en niet naar strafbepalingen in de bijzondere wetten. *In fiscalibus* komt daar nog het probleem bij dat het vaak om een kantonnale aangelegenheid gaat en niet om een federale strafzaak (*Bundesstrafsache*).[221]

De regels voor de federale autoriteiten zijn nu nog neergelegd in de *Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege*. Deze bevat in de artikelen 14 en verder regels over de taak en positie van de federaal openbaar aanklager, de *Bundesanwalt*. Dit orgaan, dat hiërarchisch is ondergeschikt aan de federale regering (de *Bundesrat*), leidt de onderzoeken door de gerechtelijke politie (*gerichtliche Polizei*) en is verantwoordelijk voor de vervolging ten overstaan van de federale strafrechter, het *Bundesstrafgericht*. De federale aanklager kan ook voor de kantonnale rechters optreden in federale *Verwaltungsstrafsachen* (Art. 15 BStP). De *Bundesanwalt* staat tot de kantonnale justitie niet in een hiërarchische relatie. In het bijzonder kan hij haar geen aanwijzingen geven.

C) Onderlinge afstemming en coördinatie

Een zeer omstreden onderwerp in relatie tot de federale strafvordering is haar verhouding tot de kantonnale strafvordering. Veel strafbare feiten die voor dit onderzoek van belang zijn, vallen immers in potentie onder de gelijktijdige bevoegdheid van de bond én de kantons. Bovendien, ook wanneer competenties niet identiek zijn, is vaak op zijn minst een inhoudelijke overlap van strafbepalingen denkbaar en daarmee van federale en kantonnale competenties of van verschillende kantons onderling. Wat te denken bijvoorbeeld van een overlap tussen enerzijds het *Steuerbetrug* en anderzijds het commune *Betrug* en de *Urkundenfälschung*?[222] De eerste behoort altijd tot de kantonnale competentie, de tweede en derde kunnen onder federale competentie vallen.[223] Hierdoor wordt de vraag relevant of dergelijke procedures, die gelijktijdig of na elkaar door verschillende autoriteiten kunnen worden gevoerd, op elkaar kunnen worden afgestemd.

Om aan dit soort problemen tegemoet te komen, is een aantal voorzieningen getroffen. Ten eerste kunnen kantonnale en federale procedures worden verenigd (*Vereinigung*).[224] Het gaat dan om zogenaamde *gemischte Verfahren* waarin zowel de

221 Art. 335 StGB. Daaraan doet niet af dat de *Steuerharmonisierungsgesetz* de kantons dwong tot onderlinge aanpassing van hun strafbepalingen; Expertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 21.

222 *Supra* noot 186.

223 Art. 337 StGB; Art. 24 voorstel-CH-StPO.

224 Art. 18 Abs. 2 en 18bis Abs.2 BStP; vgl. Art. 26 Abs. 2 voorstel-CH-StPO.

kantonnale als de federale competentie is gegeven.[225] In dat geval wordt op initiatief van de *Bundesanwalt* hetzij een kanton, hetzij de bond belast met de verdere afdoening van de zaak. Aldus wordt toepassing gegeven aan het in paragraaf 5.2.2.3, onder B, aangehaalde *Vereinigungsprinzip*.[226] Mogelijk is in de tweede plaats een delegatie (*Delegation*).[227] In dat soort zaken rust de bevoegdheid tot onderzoek en berechting in eerste instantie bij de bond, die deze echter kan overdragen aan de kantons. Gaat het daarbij om onderzoeken naar feiten als bedoeld in Art. 337 StGB (24 voorstel-CH-StPO), dan is delegatie alleen mogelijk in eenvoudige zaken.[228] Ten derde beschikt de *Bundesanwalt* over de bevoegdheid om in zaken waarin een feit kanton- of bondsgrensoverschrijdende dimensies heeft, een verantwoordelijk kanton aan te wijzen voor het onderzoek en de berechting.[229] Dan is er geen federale bevoegdheid in het geding, maar treedt de *Bundesanwalt* coördinerend op.

Ook passen nog enige opmerkingen over de verhouding met het *Verwaltungsstrafrecht*. Het is immers goed mogelijk dat er ook in die gevallen samenloop is met de procedures die worden gevoerd door federale justitiële autoriteiten. Hierboven bleek in paragraaf 5.2.1.4, onder B, dat bestuursstrafrechtelijke procedures in ieder geval kunnen worden gecombineerd met kantonnale strafrechtelijke procedures (Art. 20 Abs. 3 VStR; vgl. Art. 51 voorstel-FINMAG). Dat artikel mag analoog worden toegepast op federale procedures.[230] In die gevallen kunnen de procedures dus ook worden verenigd.

5.2.3.3 De Staatsanwaltschaft en haar positie in het strafproces

Over de materiële inhoud van de taken die het Openbaar Ministerie in het strafproces vervult, moeten de kantonnale en federale regels inzake de strafvordering worden geraadpleegd. In deze paragraaf bespreek ik deze samen.

Het Zwitserse strafprocesrecht kent doorgaans meerdere fasen. In het voorstel-CH-StPO zal het bestaan uit een voorbereidend onderzoek (*Vorverfahren*; vgl. Art. 298 voorstel-CH-StPO), dat wordt gevormd door het *Vorabklärungsverfahren* (Art. 309), het informele opsporingsonderzoek (*Ermittlung*; Art. 305 e.v.) en het meer formele onderzoeksstadium (*Untersuchung*; Art. 307 e.v.). Daarna volgt het onderzoek ter zitting (*Hauptverfahren*).

Na de afronding van het vooronderzoek beslist het OM wat er moet gebeuren.[231] Tegens diens beslissing staat geen rechtsmiddel open (Art. 325 Abs. 2). Mogelijk is hetzij het uitbrengen van een dagvaarding (*Erhebung der Anklage*), hetzij het afzien van verdere vervolging (*Einstellung*). Volgt inderdaad een *Ankla-*

225 Schweri/Bänziger (2004), p. 131.
226 Schmid (2004), p. 142.
227 Art. 18 Abs. 1 en 18bis BStP; vgl. Art. 25 voorstel-CH-StPO.
228 Kiss (2003), p. 145.
229 Vgl. Art. 254 BStP; Art. 26 Abs. 1, voorstel-CH-StPO.
230 Schweri/Bänziger (2004), p. 10-11.
231 De beslissing van het OM om te vervolgen wordt, zoals het zich nu laat aanzien, in het voorstel-CH-StPO niet meer in een apart *Zwischenverfahren* getoetst; Botschaft, p. 1115.

> *ge*, dan moet eerst nog wel door de zaaksrechter over de toelaatbaarheid daarvan worden beslist, voordat het *Hauptverfahren* een aanvang kan nemen (vgl. Art. 330). Daarbij mag ook de vraag of een afdoende verdenking voorligt, summier worden getoetst.[232]

Het strafproces wordt in Zwitserland, conform de continentale traditie, gezien als een zaak van algemeen belang, waarvoor de staat heeft zorg te dragen.[233] Dat heeft ook gevolgen voor de invulling van de taak die het OM daarin als leider van het vooronderzoek en vervolgende instantie vervult, evenals voor zijn rechtspositie. Rechtspositioneel hebben *Staatsanwälte*, in ieder geval in Zürich, een tweeslachtige positie. Enerzijds zijn ze bestuursorgaan en onderworpen aan regels van bestuursrecht, anderzijds hebben ze ook functies in het kader van de rechtspleging (*Organ der Rechtspflege*). Dat laatste impliceert dat er waarborgen voor hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid moeten zijn.[234] Met de invoering van de *Gesetz über die Teilrevision der Strafprozessgesetzgebung*, die op 1 januari 2005 in werking trad, zijn om die reden de mogelijkheden van de kantonnale regering om het OM aanwijzingen te geven (*Weisungsrecht*) in concrete strafzaken sterk verminderd. Ook het voorstel-CH-StPO hanteert deze benadering.[235]

> Voor de taken van het OM in het vooronderzoek zijn de volgende artikelen uit het ontwerp van belang:
> Art. 9: *'Anklagegrundsatz*. 1 Eine Straftat kann nur gerichtlich beurteilt werden, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts zuständigen Gericht Anklage erhoben hat. 2 Das Strafbefehls- und das Übertretungsstrafverfahren bleiben vorbehalten.'
> Art. 16: *'Staatsanwaltschaft*. 1 Die Staatsanwaltschaft ist für die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs verantwortlich. 2 Sie leitet das Vorverfahren, verfolgt Straftaten im Rahmen der Untersuchung und erhebt gegebenenfalls Anklage.
> Art. 59: *'Verfahrensleitende Behörde*. Das Verfahren leitet: a. bis zur Einstellung oder Anklageerhebung: die Staatsanwaltschaft; (…).'
> Art. 325: *'Grundsätze*. 1 Die Staatsanwaltschaft erhebt beim zuständigen Gericht Anklage, wenn sie auf Grund der Untersuchung die Verdachtsgründe als hinreichend erachtet und keinen Strafbefehl erlassen kann. 2 Die Anklageerhebung ist nicht anfechtbar.'

De taakuitoefening door *Staatsanwälte* wordt door een aantal axiomata beheerst. Uit het *Offizialprinzip* vloeien volgens de heersende leer het recht en de plicht van de

---

232 Botschaft, p. 1278 ; Begleitbericht voorontwerp, p. 218.
233 Vgl. Art. 18 voorstel-CH-StPO.
234 Hauser/Schweri (2002), p. 252-253; Marty & Driendl (1979), p. 348-349.
235 Botschaft, p. 1129; Begleitbericht voorontwerp, p. 42. Art. 4 voorstel-CH-StPO luidt: 'Art. 4 Unabhängigkeit 1 Die Strafbehörden sind in der Rechtsanwendung unabhängig und allein Recht und Gerechtigkeit verpflichtet. 2 Gesetzliche Weisungsbefugnisse nach Artikel 14 gegenüber den Strafverfolgungsbehörden bleiben vorbehalten.'

staat voort om ambtshalve de bestrijding van strafbare feiten ter hand te nemen.[236] Het onderzoek richt zich daarbij op de materiële waarheid (*Untersuchungsgrundsatz*).[237] Daarnaast geldt het legaliteitsbeginsel: strafvorderlijke autoriteiten zijn verplicht tot strafvervolging als een verdenking van een (vervolgbaar) strafbaar feit zich in voldoende mate heeft verhard.[238] Aan het legaliteitsbeginsel wordt de laatste tijd echter niet heel strak de hand meer gehouden. Zowel in het Zürcher strafprocesrecht, als op federaal niveau zijn ontwikkelingen gaande die het beginsel relativeren en die ruimte bieden aan het opportuniteitsbeginsel.[239] In het voorstel-CH-StPO blijft het wel dienst doen als uitgangspunt.

Deze axiomata zijn niet de meest ingrijpende vernieuwingen van het beoogde nieuwe strafprocesrecht. Integendeel, ze bestaan al sinds lange tijd in de meeste, zo niet alle kantons. Vernieuwend is wel de regeling van de verhouding tussen het OM en de onderzoeksrechter en daarmee de strijd over de zeggenschap in het vooronderzoek. Aan het voorstel-CH-StPO is op dit punt een jarenlange strijd vooraf gegaan. Wat is het geval? De verhouding tussen opsporingsdiensten (politie), Openbaar Ministerie en (onderzoeks)rechter is thans in Zwitserland per kanton op zeer verschillende wijzen geregeld. Omdat men vreesde voor een uitholling van de harmonisatiedoeleinden van de nieuwe strafproceswet als dit probleem niet bij de horens zou worden gevat, besloot men tot invoering van één model voor heel Zwitserland.[240] Dat model werd het zogenaamde *Staatsanwaltschaft-Modell II* met een sterke positie voor het OM, dat het vooronderzoek leidt en tevens *Anklagebehörde* is. Het gevaar van vooringenomenheid (tunnelvisie) tracht men onder meer te ondervangen door controle door een *Zwangsmassnahmengericht*, door een relatief sterke positie van de verdachte in het vooronderzoek en door een sterke rechtsbescherming in het vooronderzoek.[241] Dat doet sterk denken aan het Duitse model.[242]

> In het *Begleitbericht* bij het voorstel-CH-StPO en de *Botschaft* bij het erop volgende wetsvoorstel worden op heldere wijze vier basismodellen uiteengezet en vervolgens een keuze gemaakt voor het laatste model:
> 1. Het *Untersuchungsrichter-Modell I* kenmerkt zich door een onafhankelijke onderzoeksrechter die verantwoordelijk is voor én het opsporingsonderzoek (*Ermittlung*) én de onderzoeksfase (*Untersuchung*). Het is daarmee een zogenaamd *eingliederiges Modell*. De politie is aan deze rechter ondergeschikt. De *Staatsanwalt* treedt in deze fase enkel op als partij. Ze is wel de instantie die de aanklacht uitbrengt (*Anklagebehörde*).

236 Botschaft, p. 46.
237 Art. 6 voorstel-CH-StPO; Art. 30 ZH-StPO.
238 Art. 7 voorstel-CH-StPO. Kritisch over de koppeling tussen *Offizialmaxim* en legaliteitsprincipe; Marty & Driendl (1979), p. 386.
239 Vgl. Art. 8 voorstel-CH-StPO; hierover Schmid (2004), p. 29 e.v; Marty & Driendl (1979), p. 388 e.v.
240 Botschaft, p. 1103 e.v.; Begleitbericht Vorentwurf StPO, p. 15 e.v.
241 Vgl. Botschaft, p. 1106 e.v.; over deze modellen ook Hauser/Schweri (1999), p. 327-328 en Marty & Driendl (1979), i.h.b.z. p. 354 e.v. (wat betreft het oude recht). Donatsch (2004) is overigens niet overtuigd van deze waarborgen voor de verdachte.
242 Hoofdstuk 4.2.3.4.

2. Het *Untersuchungsrichter-Modell II* verschilt van het eerste model doordat het OM zelf ook in het vooronderzoek actief is. Het OM heeft daarbij in vergaande mate de leiding in het onderzoek. Ook de onderzoeksrechter is aan diens aanwijzingen gebonden. Hij is in zoverre niet meer onafhankelijk. Het OM is tevens *Anklagebehörde*.[243]
3. Het *Staatsanwaltschaft-Modell I* lijkt op het Franse model. Het wordt gekenmerkt door een tweeledige opbouw van het vooronderzoek (*zweigliedriges Verfahren*), waarin twee instanties – het OM en een onderzoeksrechter – bevoegd zijn. Vóór de inschakeling van de rechter voert de politie onder leiding van het OM het opsporingsonderzoek; ná inschakeling is de onderzoeksrechter verantwoordelijk. Deze is onafhankelijk. Hij doet de stukken na afloop van zijn onderzoek toekomen aan het OM, dat vervolgens de vervolging starten kan. Het huidige federale strafproces gaat van dit systeem uit.[244]
4. Het *Staatsanwaltschaft-Modell II*: in dit type ontbreekt een onderzoeksrechter in het geheel. Het OM, bijgestaan door de politie, is verantwoordelijk voor het gehele vooronderzoek en het uitbrengen van de aanklacht. Dit model bestaat sinds 1 januari 2005 in het kanton Zürich en ook het voorstel-CH-StPO kiest voor deze optie. Wel is voor de inzet van zware dwangmiddelen een rechterlijke machtiging nodig van het zogenaamde *Zwangsmassnahmengericht* (Art. 22 voorstel-CH-StPO). Doorslaggevend achtte men bij de totstandkoming van het wetsontwerp de grotere efficiency, nu *Ermittlung*, *Untersuchung* en *Anklageerhebung* in een hand blijven.[245]

5.2.3.4 De Staatsanwaltschaft en de proactieve opsporing

Om zijn taken te kunnen vervullen, moet het OM met zaken worden gevoed. Daartoe staat een aantal mogelijkheden open:
a. het OM gaat zelf op onderzoek uit, wat tot op zekere hoogte ook van hem mag worden verwacht, gezien het *Offizialmaxim*;
b. de politie doet onderzoek en draagt de zaak over, nadat ze haar onderzoek heeft afgerond (Art. 298 voorstel-CH-StPO);
c. derden, in het bijzonder andere overheidsorganen, doen aangifte van strafbare feiten.

In het fiscale en financiële strafrecht, waar concrete slachtoffers vaak ontbreken, zal de laatste situatie het meest voorkomen. Bij dit type criminaliteit is vaak ook niet direct een strafwaardig feit te herkennen. Dat maakt dat soms eigen initiatief en aanvullend speurwerk nodig zijn, mogelijk ook voordat een redelijke verdenking

243 Tot 1 januari 2005 werd dit model in Zürich gebruikt, in ieder geval voor de lichte en middelzware criminaliteit.
244 De *Bundesanwalt* is belast met de leiding over het opsporingsonderzoek (Art. 104 BStP), de *Ermittlungsrichter* met de *Untersuchung*. Uit Art. 113 BStP blijkt de taak van de *Ermittlungsrichter*: 'Der Untersuchungsrichter stellt den Sachverhalt soweit fest, dass der Bundesanwalt entscheiden kann, ob Anklage zu erheben oder die Untersuchung einzustellen ist.' De *Bundesanwalt* moet een *Untersuchung* vorderen: Art. 108 BStP.
245 Begleitbericht Vorentwurf StPO, p. 19 e.v.

gerezen is. Daarmee komt ook het vraagstuk naar de normering van de proactieve fase aan de orde. We zagen hierboven dat de fiscus en de EBK vaak in deze fase al actief zijn. Zij hebben een onderzoeks- en aangifteplicht, maar zijn geen opsporingsorgaan; ze staan niet onder gezag van het OM. Thans is de beurt aan het OM. Hoe ver reikt zijn armslag in deze fase? Het OM is, net als de politie, gebonden aan een onderzoeks- en vervolgingsplicht. Vanaf het voorhanden zijn van een verdenking, moeten zij in actie komen. Betekent dit ook dat het hen is verboden vóór dat moment op te treden in het kader van de strafrechtelijke rechtshandhaving? Kunnen OM en politie ter vervulling van hun taken zich ook baseren op andere regels dan die van het Wetboek van Strafvordering? En zo ja, wie houdt daar dan controle op?

In wezen gaat het hier opnieuw om de verhouding tussen het preventieve *Polizeirecht*, dat *Gefahrenabwehr* tot één van zijn hoofdtaken rekent, en het repressieve *Strafrecht*.[246] De schemerzone tussen beide gebieden zorgt wederom voor hoofdbrekens. In Zürich heeft men bijvoorbeeld om die reden de invulling van de term *kriminalpolizeiliche Aufgaben* in het kader van een herziening van de politiewet bewust in het vage gelaten.[247] In tegenstelling tot de politie vervult het OM echter geen taken op preventief vlak. Zijn (strafrechtelijke) taken zijn exclusief in de strafvordering omschreven. De hier besproken *Strafprozessordnungen* hanteren alle een min of meer klassiek verdenkingsbegrip: er moet op zijn minst een enigermate geobjectiveerd vermoeden zijn dat een (vervolgbaar) strafbaar feit is gepleegd. Aanwijzingen alleen zijn niet voldoende, net zo min als het enkele beramen van strafbare feiten.[248] De verdenking is tegelijk een zogenaamde *positive Prozessvoraussetzung*.[249] Zonder een verdenking mag men niet optreden. *De lege lata* heeft het OM in het proactieve onderzoek dus niets te zoeken.

> Aan dit uitgangspunt wordt overigens wel geknabbeld. Dat komt door het bestaan van het niet in de wet geregelde *Vorabklärungsverfahren*, dat ertoe dient te kunnen beoordelen of een strafbaar feit is gepleegd.[250] Qua doel verschilt zo'n onderzoek niet veel van het opsporingsonderzoek (*Ermittlungsverfahren*). Het verschil is hoofdzakelijk gradueel: de verdenking is nog niet voldoende hard. Het onderzoek moet juist uitwijzen of een strafrechtelijk onderzoek inderdaad kan worden geopend. Vooral in complexe fraudezaken wordt dit type onderzoeken steeds vaker gevoerd. Grondrechtsinbreuken zijn in deze fase overigens nog niet toegestaan. Het onderzoek beperkt zich tot het stellen van informele vragen.[251]

---

246 Donatsch e.a. (2005), p. 14 e.v.; vgl. ook hoofdstuk en 3.2.3.2 en 4.2.3.3.

247 Vgl. Art. 8 voorstel voor een *Polizeiorganisationsgesetz* van 22 januari 2003, gepubliceerd in het Amtsblatt van het Kanton Zürich, nr. 6 van 07 februari 2003, en de artikelsgewijze toelichting bij Art. 7. Het voorstel is inmiddels wet geworden: de *Polizeiorganisationsgesetz* van 29 november 2004.

248 Zwitserland kent overigens wel de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen (Art. 260bis StGB), maar de daar genoemde artikelen zijn voor dit onderzoek niet relevant. Relevant is wel de aparte strafbaarstelling van het lidmaatschap van een criminele organisatie in Art. 260ter StGB. Hierdoor is niet altijd meer vereist dat strafbare feiten al zijn begaan.

249 Vgl. Art. 298 Abs. 2 voorstel-CH-StPO; Hauser/Schweri (1999), p. 157-158.

250 Schmid (2004), p. 303. Het voorstel-CH-StPO bevat wel een bepaling erover: Art. 309.

251 Vgl. Hauser/Schweri (1999), p. 323-324.

Hoe zit het dan met de aansturing van de politie in deze fase? Er kan worden aangenomen dat er tussen de politie en justitie in het strafrechtelijke vooronderzoek een zekere taakverdeling bestaat, in die zin dat de politie zelfstandig de zaak zal opnemen en deze pas nadien zal overdragen aan het OM.[252] Dat blijkt ook uit Art. 72a ZH-GVG, waarin wordt bepaald dat de politie (pas) na opening van de onderzoeksfase aan de aanwijzingen van het OM is gebonden.[253] *A contrario* zou daaruit kunnen worden afgeleid dat dit in de daaraan voorafgaande fase niet het geval is.[254] Die politiële vrijheid in de voorfase is sinds lange tijd een punt van discussie in Zwitserland.[255] Een zelfstandige rol van de politie zou een flink aantal jaren geleden wellicht nog goed verdedigbaar zijn geweest, omdat het politiële onderzoek zich toen vaak beperkte tot het nemen van de hoogst noodzakelijke maatregelen en vervolgens het onderzoek werd overgedragen aan het OM. Echter, tegenwoordig is de feitelijke invloed van de politie op het vooronderzoek zeer gegroeid; in het vooronderzoek worden vaak al essentiële keuzes gemaakt, die het verloop van de strafzaak in vergaande mate kunnen beïnvloeden. Zou het OM, nu het hier gaat om de politie in haar hoedanigheid van *Kriminalpolizei*, dan niet toch meer zeggenschap moeten hebben? Dwingt dat niet tot een versterking van de greep van het OM op de proactieve fase?

Het probleem is zowel in Zürich, als in het voorstel-CH-StPO onderkend. Men heeft ervoor gekozen niet de aanvang van het opsporingsonderzoek te vervroegen, zoals in Nederland gebeurde,[256] maar de greep van het OM op het vooronderzoek te versterken. Met de invoering van het voorstel-CH-StPO zal voor veel kantons een accentverschuiving volgen in het vooronderzoek van het informele *Ermittlungs-* naar het meer formele *Untersuchungsverfahren*. Ook Zürich kent dit systeem sinds 1 januari 2005. Het opsporingsonderzoek dient daarbij ter voorbereiding van de onderzoeksfase (*Untersuchung*) en heeft geen zelfstandige positie meer.[257] Dat betekent onder meer dat de politie de zaak moet voorleggen aan het OM, wanneer zware strafbare feiten worden geconstateerd.[258] Ook wanneer dwangmiddelen zijn ingezet, moet de onderzoeksfase worden ingeleid.[259] Verder gelden er verbaliserings-

252 Vgl. Marty & Driendl (1979), p. 358-359.

253 Vanaf dat moment heeft het OM in ieder geval de leiding over het strafrechtelijk onderzoek; zie ook Art. 25 ZH-StPO. Hauser/Schweri (1999), p. 85, gaan er overigens zonder meer vanuit dat de politie in haar hoedanigheid van *Kriminalpolizei* gebonden is aan de regels van strafvordering.

254 Vgl. Donatsch e.a. (2005), p. 14 e.v. Op federaal niveau is overigens in Art. 104 BStP wel expliciet bepaald dat de *Bundesanwalt* ook het politiële onderzoek leidt en aanwijzingen kan geven.

255 Vgl. reeds Marty & Driendl (1979), p. 358-367; zie ook Hauser/Schweri (1999), p. 334 e.v.

256 Hoofdstuk 3.2.3.2.

257 Vgl. Donatsch e.a. (2005), p. 14 e.v.; Schmid (2004), p. 303. In het BStP zijn daarentegen het *Ermittlungs-* en *(Vor)untersuchungsverfahren* wel duidelijk gescheiden. De *Bundesanwalt* is belast met de leiding over het eerste (Art. 104 BStP), de federale *Ermittlungsrichter* (Art. 13 BStP) met die over de laatste (Art. 108 BStP; vgl. ook Art. 111 BStP).

258 Vgl. Art. 306 voorstel-CH-StPO.

259 Vgl. Art. 22 ZH-StPO, waarover Donatsch e.a. (2005), p. 7 e.v.; 306 Abs. 4b en 308 voorstel-CH-StPO.

plichten[260] en zal de politie bij de vervulling van haar strafrechtelijk taakdeel expliciet aan de voorschriften van het voorstel-CH-StPO gebonden zijn.[261] Strafrechtelijke handhaving buiten de regels van strafvordering om zal niet meer mogelijk zijn. Het kan immers niet zo zijn dat 'die Staatsanwaltschaft und Gerichte in der bel étage mit gepflegten Umgangsformen, die Polizei aber in der Kellerwohnung, in welche raue Sitten üblich sind, residieren.'[262]

> Dit blijkt ook uit Art. 15 voorstel-CH-StPO, waarin de politie en diens relatie tot het OM aan de orde is: '1 Die Tätigkeit der Polizei von Bund, Kantonen und Gemeinden im Rahmen der Strafverfolgung richtet sich nach diesem Gesetz. 2 Die Polizei ermittelt Straftaten aus eigenem Antrieb, auf Anzeige von Privaten und Behörden sowie im Auftrag der Staatsanwaltschaft. Dabei untersteht sie der Aufsicht und den Weisungen der Staatsanwaltschaft. 3 Ist ein Straffall bei einem Gericht hängig, so kann dieses der Polizei Weisungen und Aufträge erteilen.'

Het OM is op zijn beurt gehouden tot toetsing van het politiële onderzoek (of een langs andere weg binnengekomen aangifte) alvorens het formeel een *Untersuchungsverfahren* opent.[263] Deze opening moet op grond van de strafvordering van Zürich in beginsel ook aan de verdachte worden bekend gemaakt, zodat deze weet dat er tegen hem een onderzoek loopt.[264] Het gaat daarbij om een mededeling met een declaratoir karakter.

> In het geval de zaak toch niet voldoende 'hard' blijkt, kan het OM een aantal dingen doen: tenzij een zaak op voorhand kansloos is, geeft het ofwel de zaak terug aan de politie, zodat deze aanvullend onderzoek kan doen,[265] ofwel het OM doet zelf aanvullend onderzoek. Artikel 309 voorstel-CH-StPO biedt voor dat laatste een wettelijke basis.[266] In afwijking van de situatie onder het geldende recht wordt daarmee het *Vorabklärungsverfahren* wettelijk geregeld. In dit onderzoeksstadium zijn geen dwangmiddelen mogelijk.[267] Ook is men niet tot medewerking verplicht. Het blijft beperkt tot 'informatorische Befragungen.'

5.2.3.5 De verhouding tot het Zwangsmassnahmengericht

Ten slotte nog een enkele opmerking over de rechter in de rol van het vooronderzoek. Deze is in het *Staatsanwaltschaft Modell II* beperkter dan die van de rechter-

---

260 Art. 306 voorstel-CH-StPO.
261 Botschaft, p. 1136 en 1261-1262; Begleitbericht voorontwerp, p. 41.
262 Citaat van Gustav Radbrüch, aangehaald in het Begleitbericht bij het Voorstel-CH-StPO, p. 199.
263 Art. 339 Abs. 1 voorstel-CH-StPO.
264 Vgl. Art. 23 ZH-StPO. In 308 voorstel-CH-StPO ontbreekt een dergelijke bepaling, Botschaft, p. 1264.
265 Hierin dient men terughoudend te zijn, aldus het Begleitbericht bij het voorontwerp CH-StPO, p. 202.
266 Zie voor de situatie in Zürich ook Art. 20, alinea's 2 en 3, ZH-StPO.
267 Donatsch e.a. (2005), p. 16.

commissaris in Nederland, maar ook dan die van de *Ermittlungsrichter* in Duitsland. Het zogenaamde *Zwangsmassnahmengericht*, waarvan de exacte vormgeving en organisatorische inbedding in handen van de kantons ligt, vervult in het vooronderzoek geen onderzoekstaken. Kantons die zo'n instituut niet kennen, zullen het moeten creëren. In zoverre is dit een inbreuk op hun institutionele autonomie.[268] Deze rechter machtigt in bepaalde gevallen vooraf tot de inzet van dwangmiddelen, danwel bekrachtigt deze nadien. Hij biedt aldus tegenwicht aan de dominante positie van de *Staatsanwaltschaft*. Veel hangt echter af van de concrete invulling van deze toets. Hieronder zal nog blijken dat het aantal gevallen waarin vooraf moet worden gemachtigd, vergeleken met Duitsland nogal beperkt is. Het hoeft ook niet noodzakelijk om een controle vooraf te gaan. Zelfs bij vrij ingrijpende handelingen, zoals de bewaking van het telecommunicatieverkeer (Art. 271), neemt men genoegen met een bekrachtiging (*Genehmigung*) achteraf.[269] Ook moet nog worden afgewacht hoe ver de rechterlijke toets precies reiken zal. Gaat het om een volle rechtmatigheidstoets? Op basis van volledige inzage in het dossier? We zagen de discussies hierover ook al in Nederland en Duitsland.[270]

> Daarnaast speelt de rechter als *Beschwerdeinstanz* ook een rol als controle-instantie achteraf. Dat is overigens een andere rechter dan het *Zwangsmassnahmengericht*. Het gaat daarbij om een piepsysteem. De betrokkene zal een rechtsmiddel (*Beschwerde*) moeten aanwenden. Net als Duitsland, kent Zwitserland een vrij extensief vormgegeven rechtsbescherming tegen onderzoekshandelingen *after the fact*. Ook dit wordt gezien als een belangrijke waarborg tegen de dominante positie van het OM in het vooronderzoek.[271] Hierop kom ik nog terug in paragraaf 5.3.4.2.

5.3 TOEGANG TOT BANCAIRE INFORMATIE

5.3.1 Algemeen

In het voorgaande zijn de betrokken autoriteiten en hun taakstellingen in de nationale context beschreven. In deze paragraaf wordt besproken welke (onderzoeks)bevoegdheden zij bij de vervulling van die taken hebben. Zoals zal blijken, zijn deze bevoegdheden – zeker in relatie tot bancaire informatie – nogal verschillend. Ik begin deze paragraaf met een bespreking van een aantal belangrijke leerstukken, te weten het bankgeheim, de bescherming van de (informationele) persoonlijkheid en nog enige procedurele rechten (*Verfahrensrechte*) die in Zwitserland een grondwettelijke status hebben. Daarna volgt een bespreking van de bevoegdheden per autoriteit. Zo kan inzicht worden verkregen in de verschillende posities die

268 Botschaft, p. 1110.
269 Voor een overzicht zie Botschaft, p. 1137-1138.
270 Hoofdstuk 3.2.3.3, respectievelijk 4.2.3.4.
271 Botschaft, p. 1105 e.v.

een bank(medewerker) ten opzichte van de betrokken autoriteiten kan innemen (als belastingplichtige, onder toezicht gestelde, inlichtingenplichtige en/of verdachte), wat niet alleen van belang is voor zijn eigen rechtspositie, maar ook voor de onderlinge samenwerking tussen fiscus, toezichthouder en justitie (paragraaf 5.4) en voor de armslag van de Zwitserse autoriteiten in de internationale samenwerking (paragraaf 5.5).

5.3.1.1 Het bank- en beursgeheim (das Bankgeheimnis & Börsengeheimnis)

A) Begripsbepaling

Het Zwitserse bankgeheim heeft in het buitenland haast mythische proporties. Dat is niet helemaal terecht, zoals in het vervolg nog zal blijken. Toch is zijn reikwijdte vele malen groter dan zijn tegenhangers in Duitsland in Nederland. In Nederland ontbreekt een bankgeheim geheel, in Duitsland is een afgezwakte variant alleen in de fiscale procedure aan te treffen (§ 30a AO). In deze paragraaf ga ik in op de grondslagen van het Zwitserse bankgeheim. Daarbij zal worden vastgesteld dat in Zwitserland als uitgangspunt geldt dat bancaire informatie geheim is, ook ten opzichte van de overheid. Hieronder worden de omvang, rechtsgrondslagen en de gedachten achter dat geheim besproken. In de daarop volgende paragrafen ga ik in op de vraag in hoeverre dit uitgangspunt in het financiële toezicht, het fiscale recht en het strafrecht overeind blijft.

De bekendheid van het Zwitserse bankgeheim heeft de niet kinderachtige sancties die zijn gesteld op de overtreding ervan als belangrijke oorzaak. Het is zelfs in een speciale bepaling strafbaar gesteld (Art. 47 BankG).[272] Overtreding van het bankgeheim is een misdrijf. Net als Art. 321 StGB, dat in meer algemene zin het beroepsgeheim beschermt, ligt aan Art. 47 BankG de wens ten grondslag de persoonlijke levenssfeer van de cliënten, ditmaal in financiële aangelegenheden, te beschermen.

> Waarom is er gekozen voor zelfstandige strafbaarstelling en niet voor plaatsing onder Art. 321 StGB? Sommige auteurs wijzen erop dat in bancaire aangelegenheden de persoonlijke betrekking tussen bank en cliënt ontbreekt; bankmedewerkers zijn in de regel niet op hoogte van het wel en wee van individuele cliënten, anders dan bijvoorbeeld de advocaat.[273] Ook de grote economische belangen die met het bankgeheim zijn gemoeid, zijn een argument geweest voor zelfstandige strafbaarstelling.[274]
>
> Art. 47 BankG luidt als volgt: '1. Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank, als Untersuchungs- oder Sanierungsbeauftragter der Bankenkommission, als Organ oder Angestellter einer anerkannten Revisionsstelle anvertraut worden

272 Naast strafrechtelijke handhaving van schendingen van het bankgeheim staan er ook nog andere opties open; daarover Aubert e.a. (1978), p. 35.

273 Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, Aant. 1; anders: Mueller (1998), p. 88-90 en Steinmann (1981), p. 52 en 54.

274 Mueller (1998), p. 64.

ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat, wer zu einer solchen Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verleiten sucht, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu 50 000 Franken bestraft. 2. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Busse bis zu 30 000 Franken. 3. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung strafbar. 4. Vorbehalten bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde.'

Wat opvalt bij lezing van Art. 47 BankG, is dat het artikel geen inhoudelijke omschrijving van het bankgeheim bevat. Die moet ergens anders worden gezocht. In de literatuur is het bankgeheim omschreven als 'die Geheimhaltung, die Banken über vermögensrechtliche und private Belange ihrer Kunden und Dritter, in die sie durch ihre berufliche Tätigkeit Einblick erlangt haben, wahren müssen.'[275] Zijn reikwijdte is dus zeer ruim. Eronder vallen alle gegevens die de bank in het kader van zijn bancaire werkzaamheden van en over zijn klanten te weten komt. Voorwerp van het geheim zijn niet alleen financiële, maar ook persoonlijke aangelegenheden van de cliënt, mits er een causale relatie is met de werkzaamheden van de bank als bank.[276] Zelfs het bestaan van zo'n relatie valt eronder, net als gegevens over derden, bijvoorbeeld contractpartners.[277]

Evenals in Duitsland[278] kent het bankgeheim daarnaast een subjectief element, doordat de inroepbaarheid ervan is gekoppeld aan de wil van de cliënt. Als deze de bank van zijn geheimhoudingsplicht ontslaat, kan de bank het geheim niet meer inroepen. Dat impliceert dat het bankgeheim eerst en vooral de belangen van de cliënt dient en niet die van de bank zelf. Om die reden wordt ook wel de term *Bankkundengeheimnis* in plaats van *Bankgeheimnis* verdedigd. Inderdaad, de cliënt is *Geheimnisherr*; de bank *Geheimnisträger*. De *Geheimnisträger* zijn limitatief in Art. 47 BankG genoemd. Andere personen dan daar genoemd kunnen een bankgeheim dus niet schenden.[279]

Het is niet helemaal duidelijk wat precies onder de bancaire activiteiten moet worden verstaan, die onder het geheim vallen. Dit is van belang gezien de opkomst van de *Universalbank*; de bank die zich ook toelegt op andere financiële diensten, zoals advieswerkzaamheden en effectendiensten. Als minimumvoorwaarde geldt in ieder geval dat het moet gaan om een bank in de zin van de *Bankengesetz*, die is onderworpen aan het toezicht van de EBK.[280] Andere financiële instellingen, zoals

275 Aubert e.a. (1978), p. 29; vgl. ook Mueller (1998), p. 61: 'die erforderliche Diskretion hinsichtlich jeglicher wirtschaftlicher und persönlicher Angelegenheiten von Kunden und von Dritten durch die im Bankengesetz umschriebenen Einzelpersonen, als Bankiers, Gesellschafter, Organe und Angestellter einer Bank, sowie von gewissen Personen in direkter Beziehung mit diesen (…).'

276 Vgl. Nater (2001), p. 174-175.

277 Margiotta (2002), p. 80-81; Mueller (1998), p. 61 e.v.; Nater (2001), p. 175-176.

278 Hoofdstuk 4.3.1.1.

279 Aubert e.a. (1978), p. 84.

280 Vgl. Art. 1, 3 en 23 BankG.

verzekeraars, zijn niet onderworpen aan het bankgeheim, maar mogen zich evenmin 'bank' noemen (Art. 1 Abs. 4 BankG).[281] Deze kwestie is voor dit onderzoek tamelijk academisch van aard, omdat ook effectenhandelaren zijn onderworpen aan een geheimhoudingsplicht. Deze is neergelegd in Art. 43 BEHG. Voor zover een bank effectendiensten verricht, geldt dit geheim.[282] Art. 43 BEHG en Art. 47 BankG lijken zo op elkaar dat in de literatuur bij een bespreking van eerstgenoemd artikel meestal wordt volstaan met een verwijzing naar Art. 47 BankG. Art. 43 BEHG en 47 BankG worden ook in het onderstaande als synoniemen gebruikt.

> Art. 43 BEHG luidt in het voorstel-FINMAG: '1 Mit Gefängnis oder mit Busse bis zu 1 000 000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich: a. ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Börse oder eines Effektenhändlers, als Organ oder Angestellter einer Prüfgesellschaft anvertraut worden ist oder das er in seiner dienstlichen Stellung wahrgenommen hat; b. zu einer solchen Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verleiten sucht. 2 Wer fahrlässig handelt, wird mit Busse bis zu 250 000 Franken bestraft. 3 Im Fall einer Wiederholung innert fünf Jahren nach der rechtskräftigen Verurteilung beträgt die Busse mindestens 25 000 Franken. 4 Strafbar ist auch, wer das Berufsgeheimnis nach Beendigung des dienstlichen Verhältnisses verletzt. 5 Vorbehalten bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde. 6 Verfolgung und Beurteilung der Handlungen nach dieser Bestimmung obliegen den Kantonen. Die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches kommen zur Anwendung.'[283]

Net zomin als Art. 47 BankG en Art. 43 BEHG de omvang van het bankgeheim bepalen, omschrijven ze de uitzonderingen op het geheim. Het bankgeheim is namelijk niet absoluut. Het vindt zijn begrenzing in de wil van de bankcliënt, in wettelijke uitzonderingen (vgl. Art. 14 StGB; Art. 47 Abs. 4 BankG; Art. 43 Abs. 5 BEHG), maar ook daar waar de geheimhoudingsplichtige zelf gerechtvaardigde belangen bij openbaarmaking heeft.[284] In de laatste twee gevallen vervalt de strafbaarheid door de aanwezigheid van een rechtvaardigings- (Art. 17 StGB), resp. schulduitsluitingsgrond (Art. 18 StGB). De laatste zojuist genoemde uitzonderingsmogelijkheid is in het bijzonder van belang wanneer de bank (of zijn medewerkers)

---

281 Mueller (1998), p. 62.

282 Hierover uitvoerig Nater (2001), p. 171 e.v.; Nobel (2004), p. 1110 e.v.; Roth (2000), Art. 40-44 BEHG, aant. 132.

283 Naast deze artikelen kunnen nog meer artikelen van belang zijn. Relevant is bijvoorbeeld ook Art. 273 StGB dat het onbevoegd openbaren van geheimen aan een buitenlandse mogendheid strafbaar stelt. Dit wordt gezien als een inbreuk op de soevereiniteit; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 109 e.v. Verder kunnen de regels op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens een rol spelen. Het bankgeheim geldt ten opzichte van deze regels als *lex specialis*; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 112 e.v.

284 Nater (2001), p. 176-177; Margiotta (2002), p. 106-108; Mueller (1998), p. 84-85; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 92.

zelf verdachte is in een strafprocedure.[285] In zo'n situatie kan – na een afweging van belangen – de bank behoefte hebben aan openbaarmaking van bepaalde gegevens. Aangenomen wordt dat dit onder omstandigheden is toegestaan.[286] Daarop kom ik nog terug. Bij de wettelijke uitzonderingen moet in het bijzonder worden gedacht aan de inlichtingen- en getuigplichten jegens sommige overheidsorganen. Ook daarop kom ik nog terug.

B) Achtergronden en rechtsgrondslagen

Het bankgeheim bestaat in Zwitserland al honderden jaren en is zeer diep verankerd in Zwitserse tradities van neutraliteit en persoonlijke vrijheid, ook in economisch opzicht (*Recht auf wirtschaftliche Freiheit*).[287] Het werd wettelijk verankerd in de *Bankengesetz* in 1934. In het midden van de grote crisis die toen heerste, werd het bankgeheim gezien als een middel om economische spionage tegen te gaan. In eerste instantie beschermde het ook de vermogens van personen die uit handen van de nazi's wilden blijven.[288] Later bleek het bankgeheim echter eveneens een prima mogelijkheid voor personen van twijfelachtige allooi die hun vermogen uit handen van de buitenlandse justitie wilden houden. Dat waren allereerst vooraanstaande nazi's zelf, die hun (geroofde) bezittingen probeerden weg te sluizen. Spraakmakend waren ook de zaken tegen de (erven van de) oud-dictators Marcos (Filippijnen) en Mobutu (Congo). Bovendien bleek het bankgeheim voor buitenlandse belastingplichtigen een mooi middel om hun vermogens uit handen van de buitenlandse fiscus te houden. Kortom, Zwitserland kwam door deze ontwikkelingen onder toenemende internationale druk te staan; de eens zo geprezen neutraliteit, waarvan het bankgeheim ook een uitdrukking is,[289] wordt tegenwoordig in het buitenland, als het om het bankgeheim gaat, meer en meer uitgelegd als onverschilligheid en het nastreven van eigenbelang. Ik kom daarop hieronder nog terug.

Wat er van deze kritiek ook zij, in Zwitserland is van oudsher het fundamentele, aan het bankgeheim ten grondslag liggende uitgangspunt geweest dat de staat zich niet, althans zo min mogelijk, in particuliere aangelegenheden te mengen heeft. Dat betekent echter niet dat het bankgeheim ook een zelfstandig gewaarborgd grondwettelijk recht is,[290] hoewel tot voor kort meerdere voorstellen van die strekking aanhangig waren.

> In het onwaarschijnlijke geval dat het bankgeheim in de *Bundesverfassung* wordt opgenomen, zou Art. 13 Abs. BV volgens de voorstellen als volgt komen te luiden: 'Das Bankkundengeheimnis ist gewährleistet'. De voorstellen moeten ten

285 Zwitserland kent sinds kort ook de strafbaarheid van rechtspersonen (Art. 102 StGB).
286 Vgl. BGE 108 IV 133.
287 Vgl. Aubert e.a. (1978), p. 29-30; Mueller (1998), p. 36 e.v.; Margiotta (2002), p. 85: 'Das Bankgeheimnis schützt die persönliche Freiheit des Kunden selbst über die Reichweite der der Bank anvertrauten Informationen bezüglich seiner finanziellen und persönlichen Verhältnisse zu bestimmen.'
288 Steger-Bruhn (2003), p. 192 e.v.; Mueller (1998), p. 102; Vogler (2000).
289 Steger-Bruhn (2003), p. 195.
290 BGE 115 Ib 83; BGE 125 II 83.

> dele worden begrepen tegen de achtergrond van de *Bilaterale II*-overeenkomsten met de EU. Ze zijn door de *Ständerat*, waarin vertegenwoordigingen van de kantons zitting hebben, en de *Nationalrat*, de volksvertegenwoordiging, van het Zwitserse parlement afgewezen op 3 december 2003, respectievelijk 9 mei 2006.

Het bankgeheim is wel onderdeel van het algemene persoonlijkheidsrecht. Als zodanig dient het eveneens als bescherming tegen de staat.[291]

> Consequent wordt het bankgeheim dan ook in verband gebracht met de artikelen 27 en 28 van het Zivilgesetzbuch, die luiden: '*Artikel 27*: 1. Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten.
> 2. Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.
> *Artikel 28*: 1. Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen.
> 2. Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.'

Door de koppeling aan het algemene persoonlijkheidsrecht is het bankgeheim vorm gegeven als een recht van de cliënt. Dat vloeit ook voort uit de tweede rechtsgrondslag die aan het bankgeheim ten grondslag ligt. Dat is de privaatrechtelijke rechtsbetrekking tussen bank en cliënt. Voor zover discretie niet expliciet is overeengekomen, wordt ze afgeleid uit het gewoonterecht.[292] Aan de keerzijde van het recht van de cliënt staat een plicht van de bank.[293] Zelfstandige zakelijke belangen van de bank worden door het geheim dus niet beschermd.[294] Hiervoor zagen we echter al dat een bank zich soms met een beroep op een strafuitsluitingsgrond aan het bankgeheim kan onttrekken, als er andere zwaarwegende belangen bij openbaarmaking zijn. Omgekeerd kan het bankgeheim niet in eigen aangelegenheden (fiscaal, financieel of strafrechtelijk) worden ingeroepen. Dat spreekt voor zich, maar zorgt soms voor moeilijkheden wanneer met een verzoek om informatie tegelijk de belangen van de cliënt en de bank worden geraakt. Opnieuw is dan een afweging vereist.[295] Ook hierop kom ik nog terug.

De vraag of er, naast de twee genoemde gronden, nog andere belangen met het bankgeheim zijn gediend, wordt niet eenduidig beantwoord. Zo zijn ook de vrijheid van communicatie en het functioneren van de financiële sector wel als bestaansredenen genoemd.[296] Verder is gewezen op de internationale concurrentie-

---

291 Mueller (1998), p. 50; Aubert e.a. (1978), p. 78.
292 Aubert e.a. (1978), p. 30 e.v.; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, Aant. 2; Glaser Tomasone (1997), p. 80-81.
293 Margiotta (2002), p. 83; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, Aant. 2; Nater (2001), p. 191-192.
294 Margiotta (2002), p. 90.
295 Vgl. BGE 92 I 393; BGE 102 Ia 516; zie ook Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, Aant. 46-48; Aubert e.a. (1978), p. 152 e.v.; Zweifel (1989), p. 102-104.
296 Margiotta (2002), p. 86-90.

voordelen die het bankgeheim met zich brengt.[297] Dat laatste punt is zeer omstreden. Aan het begin van deze paragraaf kwam al ter sprake dat de concurrentievoordelen en de koppeling van het bankgeheim aan de Zwitserse neutraliteit door het buitenland niet worden geapprecieerd. Op zijn beurt leidt de buitenlandse druk tot irritatie bij de Zwitsers, die zich miskend voelen, allereerst omdat het volgens hen hier primair gaat om een kwestie van mededinging en niet om een ethische zaak.[298] Ook wordt de buitenlandse bemoeienis gezien als een inbreuk op de Zwitserse neutraliteit[299] en wordt erop gewezen dat het bankgeheim ook in de Zwitserse rechtsorde zelf geldt. Het feit dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse belangen wijst er volgens hen op dat van oneigenlijke concurrentie evenmin sprake kan zijn. Bovendien, aldus nog steeds een groot aantal Zwitsers, is er sprake van misverstanden omtrent de omvang van het bankgeheim. Zo geldt het bankgeheim niet op het vlak van het strafprocesrecht, is er een identificatieplicht voor bankrekeninghouders en eventuele economisch gerechtigden en hebben banken een meldplicht wanneer ze vermoeden dat gelden zijn verkregen door misdrijven. Overtreding van deze voorschriften is strafbaar.[300] Op deze manier heeft men enerzijds de grondslagen van het bankgeheim in stand willen laten, maar anderzijds de scherpe kanten ervan af proberen te vijlen.

5.3.1.2 De bescherming van de persoonlijkheid (der Persönlichkeitsschutz)

Afgezien van het bankgeheim is voor dit onderzoek ook de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van belang. Dit begrip laat zich vrij lastig vertalen naar het Zwitserse recht. Veeleer werkt men met de bescherming van de persoonlijkheid als overkoepelende term (*Persönlichkeitsschutz* of *Grundrecht der persönliche Freiheit*). Dat recht beschermt de essentialia van het menselijke bestaan en fungeert als vangnetgrondrecht.[301] In die hoedanigheid treedt het terug ten opzichte van meer specifieke rechten die bijvoorbeeld het individu het recht op vrije communicatie of een eerlijk proces garanderen. Dat laatste recht, dat beoogt dat het individu als rechtssubject serieus wordt genomen, wordt momenteel beschermd door Art. 29 e.v. BV.

Het grondwettelijke persoonlijkheidsrecht, dat gezien zijn naamgeving en zijn beperking tot de essentialia van het menselijke bestaan een beperkter reikwijdte lijkt

297 De vaak gehoorde tegenwerping dat Zwitserland hiermee oneerlijk concurreert en een belastingparadijs in het leven roept, wordt in Zwitserland wel verworpen met het argument dat het ook andere staten vrijstaat een bankgeheim in het leven te roepen en dat men in Zwitserland niet gebonden is aan de hoge belastingtarieven elders; vgl. *supra* hoofdstuk 2.3.2; Mueller (1998), p. 36 en 106; Koslowski (1998). Sommigen wijzen in dit verband ook op de Zwitserse neutraliteit: Weber (1982), p. 205.

298 Vgl. Mueller (1998), p. 36 en 106; Koslowski (1998).

299 Vgl. Weber (1982), p. 205.

300 Vgl. Art. 305bis, 305ter StGB, maar in het bijzonder de wet ter bestrijding van het witwassen (*Geldwäschereigesetz*/GWG). Art. 9 Abs. 1 GWG bevat een bancaire meldplicht. Overtreding is strafbaar gesteld in Art. 37 GWG.

301 Müller (1999), p. 7.

te hebben dan het Duitse *allgemeine Persönlichkeitsrecht*,[302] was tot de grondwetsherziening in 2000 deels ongeschreven constitutioneel recht. Het werd afgeleid uit het hierboven ook al aangehaalde Art. 28 ZGB. Sinds 2000 heeft het een basis in vooral de Art. 10 (*Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit*) en 13 BV (*Schutz der Privatsphäre*).[303] Ook heeft het, net als zijn Duitse tegenhanger, wortels in de *Schutz der Menschenwürde* (Art. 7 BV).[304]

> Op de vormgeving van het recht is kritiek geuit. De artikelen 10 en 13 geven beide invulling aan het algemene persoonlijkheidsrecht, maar door de expliciete verwijzing naar 'persönliche Freiheit' in Art. 10 Abs. 2 BV lijkt het alsof het persoonlijkheidsrecht niet meer in omvattende zin, als *verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz*, wordt gebruikt. Die betekenis had het tot de grondwetsherziening wel. De term *persönliche Freiheit* of *Persönlichkeitsschutz* wordt in Art. 10 Abs. 2 BV in engere zin gebruikt en is geplaatst naast de *Schutz der Privatsphäre* in Art. 13.[305] Bovendien is opgemerkt dat ook Art. 13 BV nogal open is geformuleerd.[306] Doordat beide artikelen aanknoping zoeken bij art. 8 EVRM is niet meer duidelijk welk artikel nu eigenlijk het 'opvanggrondrecht' is. De grenzen tussen de drie grondrechten vervagen op die manier. Mogelijk gaat men daardoor in de richting van een recht op algemene handelingsvrijheid.[307] Zo'n recht is thans in de Zwitserse rechtsorde onbekend.

Daarnaast speelt ook art. 8 EVRM een rol, voor zover dit recht in reikwijdte verder gaat dan de Zwitserse grondrechten.[308] Het EVRM heeft in de Zwitserse rechtsorde rechtstreekse werking.

> In relatie tot het internationale recht kent Zwitserland een monistisch systeem (5 Abs. 4 BV).[309] Verdragen hoeven in beginsel niet te worden omgezet om werking in de interne rechtsorde te kunnen hebben. Ze hebben in de Zwitserse rechtsorde de status van bondswet (Art. 191 BV). Dat betekent niet dat iedere verdragsbepaling zonder meer de overheid of burger bindt. Bepalend daarvoor is of een bepaling *self-executing* is. Dat is het geval als deze 'inhaltlich hinreichend bestimmt und klar' is om 'im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden; die Norm muss mithin justiziabel sein, die Rechte und Pflichten des Einzelnen

302 Hoofdstuk 4.3.1.2.
303 Ehrenzeller e.a. (2002), p. 190. Voor die tijd bestond er geen specifiek recht op een *Schutz der Privatsphäre*. Dit recht werd afgeleid uit art. 8 EVRM en het (toen nog deels) ongeschreven *Grundrecht der persönlichen Freiheit*.
304 Müller (1999), p. 2.
305 Vgl. Müller (1999), p. 10-11. Deze pleit om die reden voor een overkoepelende term: 'verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz', waarin beide artikelen wel zijn verenigd.
306 Ehrenzeller e.a. (2002), p. 191.
307 Vgl. Müller (1999), p. 43-44; Ehrenzeller e.a. (2002), p. 197, die verwijzen naar de ontwikkelingen in Duitsland op dit vlak.
308 Müller (1999), p. 11.
309 Voor Duitsland, zie hoofdstuk 4.3.1.2.

> zum Inhalt haben, und Adressaten der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein.'[310]

In het tweede lid van Art. 10 BV wordt bepaald dat ieder mens recht heeft op persoonlijke vrijheid. De achterliggende gedachte ervan is dat de menselijke autonomie een gegeven is en niet pas door het recht wordt gecreëerd; de mens is vrij, autonoom en 'selbstbestimmend'.[311] Artikel 10, tweede lid, omvat echter niet ieder aspect van het mensenleven, maar alleen de meest elementaire. Een recht op algemene handelingsvrijheid wordt door het artikel niet geconstitueerd.[312] De grote vraag is daarbij uiteraard wat elementair is en wat niet. Uit de aard der zaak gaat het daarbij om vragen die sterk casuïstisch van aard zijn. Bij de uitleg ervan zoekt men aansluiting bij de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot art. 8 EVRM.

> Art. 10 BV functioneert als algemeen grondrecht. Het luidt als volgt: '1 Jeder Mensch hat das Recht auf Leben. Die Todesstrafe ist verboten. 2 Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit. 3 Folter und jede andere Art. grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung sind verboten.'

Artikel 13 verduidelijkt Art. 10 BV in een aantal opzichten. In het artikel worden voor dit onderzoek relevante deelrechten omschreven als het recht op de bescherming van het privé- en familieleven, de onschendbaarheid van de woning, de bescherming van het post- en telecommunicatiegeheim en ook het recht op de 'informationele zelfbestemming' (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*). Ook bij de uitleg van deze bepaling zoekt men in Zwitserland aansluiting bij art. 8 EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het EHRM. De redactie van Art. 13 BV is met de grondwetsherziening in 2000 zelfs op dit artikel aangepast. In relatie tot Art. 10 BV geldt dat Art. 13 naar de heersende leer als een *lex specialis* worden aangemerkt, als in dat laatste artikel een specifieke waarborg aan de orde is (bijvoorbeeld de *Datenschutz*).

> Het artikel luidt als volgt: '*Art. 13 Schutz der Privatsphäre*: 1 Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief- Post- und Fernmeldeverkehrs.
> 2 Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.'

Anders dan Art. 10 BV omvat het personele toepassingsbereik van Art. 13 BV ook rechtspersonen. Dat heeft te maken met de aard der grondrechten, maar in het bijzonder ook met de jurisprudentie van het EHRM op dit vlak.[313] Ten aanzien van het materiële toepassingsbereik kan opnieuw worden geconstateerd dat het artikel

---

310 BGE 124 III 90; Rhinow (2000), p. 364-368; Popp (2001), p. 26-29.
311 Ehrenzeller e.a. (2002), p. 151.
312 Ehrenzeller e.a. (2002), p. 160; Müller (1999), p. 8-9 en p. 42 e.v.
313 EHRM 16 april 2002, appl. nr. 37971/97 (*Sté Colas Est e.a./Frankrijk*).

weinig handvatten voor afbakening biedt. Niet alleen omvat het vele facetten van het dagelijkse leven, maar ook bedient het zich van ruime begrippen. Ten aanzien van de term 'Privat- und Familienlebens' is bijvoorbeeld uitgemaakt dat ook een strafrechtelijke doorzoeking hierop een inbreuk kan maken.[314] Hetzelfde geldt voor de controle van telecommunicatie[315] en de inbeslagneming van zaken.[316]

Als het gaat om de bescherming van persoonsgegevens, bevat het tweede lid van Art. 13 BV een wat merkwaardige formulering: alleen tegen misbruik zou men zijn beschermd. Dat is echter te beperkt, nu het *Bundesgericht* zelf al het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* erkende.[317] Men heeft zich daarbij in sterke mate op het Duitse recht gebaseerd. Naast de rechten die zijn verwoord in Art. 13 Abs. 1 BV en die vooral van belang zijn voor de feitelijke vergaring van inlichtingen, gelden ten aanzien van verkregen persoonsgegevens dus nog aanvullende waarborgen. De gedachte is dat het in beginsel aan het individu moet zijn om te bepalen voor welke doeleinden op hem betrekking hebbende gegevens worden gebruikt.[318] Het recht omvat iedere omgang[319] met op personen betrokken gegevens en is dus ruimer dan alleen de verwerking van gegevens in bijvoorbeeld geautomatiseerde bestanden. Voor de uitoefening van het recht is niet relevant of de gegevens al dan niet worden verwerkt in een specifieke procedure.[320] De regels en waarborgen worden uitgewerkt en geconcretiseerd in de verschillende *Datenschutzgesetze* van de bond en kantons. Deze geven uitvoering aan principes als de 'Grundsatz der rechtmässigen Beschaffung' (Art. 4 Abs. 1 DSG), de 'Grundsatz der Zweckbindung' (Art. 4 Abs. 3 DSG), de 'Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung', et cetera.[321]

5.3.1.3 Het nemo-teneturbeginsel

Art. 32 BV kent speciaal voor strafprocedures (*Strafverfahren*) nog een aantal aanvullende waarborgen. De term 'Strafverfahren' wordt daarbij in ruime zin opgevat; hij omvat bijvoorbeeld ook het fiscale strafrecht.[322] Het artikel omvat onder meer de onschuldpresumptie, maar ook de zogenaamde verdedigingsrechten. Men vat er ook het *nemo-tenetur*beginsel onder, dat vóór de grondwetsherziening van 1999 werd afgeleid uit Art. 4 (oud) BV. Toch wordt over de exacte achtergronden van het *nemo-tenetur*beginsel naar huidig recht ook in Zwitserland flink gesteggeld.[323] Zo is wel het verband tussen de onschuldspresumptie van Art. 32 Abs. 1 BV en dit beginsel gelegd.[324] Zoals bekend, is dat echter niet helemaal de weg die het EVRM

314 BGE 126 I 50. Ook de jurisprudentie van het EHRM is van toepassing.
315 BGE 125 I 46.
316 BGE 125 II 417.
317 BGE 113 Ia 1; BGE 120 II 118.
318 Ehrenzeller e.a. (2002), p. 204; Müller (1999), p. 45.
319 'Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren en Weitergeben'; Müller (1999), p. 45.
320 Ehrenzeller e.a. (2002), p. 204-205.
321 Ehrenzeller e.a. (2002), p. 206-207.
322 Ehrenzeller e.a. (2002), p. 451.
323 Hierover ook Trechsel (2005); Schlauri (2003).
324 Müller (1999), p. 561-562.

volgt. Dit leidt immers het beginsel in hoofdzaak af uit art. 6, eerste lid en ziet, hoewel het een link met art. 6, tweede lid, wel erkent, erin vooral een waarborg tegen onbetrouwbaar bewijsmateriaal en daarmee tegen *miscarriages of justice*. Ook het *Bundesgericht* houdt zich vooralsnog op de vlakte. Het erkende dat het beginsel in de Zwitserse rechtsorde moet worden beschouwd als een algemeen strafvorderlijk beginsel, maar liet daarbij uitdrukkelijk in het midden of dit uit Art. 32 lid 1 of lid 2 moet worden afgeleid.[325] Wel is duidelijk dat het hof aanknoopt bij art. 6 EVRM en 32 BV en niet zozeer, zoals het Duitse *Bundesverfassungsgericht*, bij het algemene persoonlijkheidsrecht.[326]

> 'Art. 32 *Strafverfahren*: 1 Jede Person gilt bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. 2 Jede angeklagte Person hat Anspruch darauf, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden. Sie muss die Möglichkeit haben, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen. 3 Jede verurteilte Person hat das Recht, das Urteil von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen. Ausgenommen sind die Fälle, in denen das Bundesgericht als einzige Instanz urteilt.'

De omvang van het recht is daarmee, net als in Nederland en in mindere mate Duitsland, niet helemaal duidelijk. Hoewel het beginsel binnen het strafrecht erkenning heeft, zijn vooral de voor dit onderzoek relevante vragen nog niet opgehelderd. Ter verduidelijking kan er worden onderscheiden tussen enerzijds de reikwijdte van het beginsel binnen de procedures met een punitieve inslag, en anderzijds de 'reflexwerking' van het beginsel op eraan voorafgaande of parallel gevoerde, niet-punitieve procedures.[327] Op het moment dat een strafrechtelijke procedure is gestart, lijkt het beginsel in Zwitserland een ruime werking te kennen. Het omvat zowel het van de wil afhankelijke, als het daarvan onafhankelijke materiaal.[328] Dat geldt zelfs in de fiscale ontduikingsprocedure waar de positie van de fiscus toch al bepaald niet sterk kan worden genoemd.[329] Ook het fiscale of financiële karakter van de onderliggende zaak doet daaraan geen afbreuk; er is in die zin geen verschillende behandeling van het commune en het bijzondere strafrecht, zoals we die wel in het Nederlandse recht tegenkwamen.[330] De discussie spitst zich vooral toe op de vraag of en wanneer er een cautie moet worden gegeven.[331]

---

325 BGE 130 I 126; BGE 22 december 2004, nr. 6S.58/2004, SJZ 101 (2005), p. 119-121, waarover Wohlers en Godenzi (2005) en Vest & Eicker (2005).

326 Hoofdstuk 4.3.1.3.

327 Daarbij breng ik in herinnering dat in Zwitserland de term punitief gelijk is aan de term strafrechtelijk. Ook de fiscale ontduiking is een strafrechtelijke procedure; *supra* paragraaf 5.2.2.2, onder A.

328 Vgl. Trechsel (2005), p. 260-261; Wohlers & Godenzi (2005), p. 1056-1058; Vest & Eicker (2005), p. 884 e.v.; Commissie Marty (2004); Schmid (2004), p. 91-92; Schlauri (2003), p. 111 e.v.

329 *Supra* paragraaf 5.2.2.3, onder A.

330 Hoofdstuk 3.3.1.3.

331 Vgl. BGE 130 I 126, waarover onder meer Vest & Eicker (2005).

> Deze in Zwitserland gekozen benadering lijkt ruimer dan de uitleg die het EHRM geeft aan het beginsel.[332] In hoofdstuk 3.3.1.3 sprak ik echter al, in navolging van onder meer Wattel, het vermoeden uit dat het arrest *J.B. t. Zwitserland* in Nederland mogelijk te beperkt is begrepen en dat het EHRM ná de *criminal charge* iedere *actieve* medewerkingsplicht in strijd met het beginsel acht. De onduidelijkheid die het EHRM in Nederland veroorzaakte met de zaak *J.B. t. Zwitserland* heeft in Zwitserland echter niet geleid tot een meer marginale interpretatie van het beginsel zoals het Hof deed in de Saunders-zaak. Immers, toen beperkte het Hof de reikwijdte van het beginsel tot het gebruik van onder dwang verstrekte mondelinge inlichtingen. Inderdaad kan de vraag worden gesteld of deze beperking nog op haar plaats is als de strafprocedure al is ingeleid. We zagen al dat ook in Duitsland een onderscheid tussen mondelinge en andere medewerkingsplichten wel vóór de inleiding van het strafproces bestaat, maar niet erna.[333] Toch is dit alles nog niet helemaal duidelijk. Daarvoor is er over de precieze achtergronden van het beginsel te veel onzekerheid.

Onduidelijk is ten tweede hoe ver het beginsel reikt in gevallen van sfeercumulatie en sfeerovergang.[334] De koppeling van het recht aan de verdedigingsrechten van Art. 31 BV doet vermoeden dat het beginsel buiten de context van punitieve, strafrechtelijke procedures geen zelfstandige betekenis heeft. Dat kan worden gezien als een uitwerking van het specialiteitsbeginsel: enerzijds hoeven rechten die in de concrete procedure niet aan de orde zijn, niet in acht te worden genomen (hoewel dat natuurlijk wel mag), anderzijds mogen de waarborgen van de andere procedure niet worden omzeild door het volgen van de procedure waarin het beginsel niet geldt. Dat laatste is een vorm van *détournement de procédure*. Het voeren van parallel onderzoek in gescheiden procedures lijkt dus niet in tegenspraak met het beginsel. Wel rijst de vraag in hoeverre het onder dwang verkregen materiaal dan mag worden gebruikt in een punitieve procedure en voor welk materiaal dit precies geldt. Dat punt is nog niet opgehelderd. Hierboven bleek al dat men ertoe neigt alle onder dwang verkregen gegevens uit te sluiten van gebruik in de punitieve procedure.[335] Of het dan alleen gaat om het gebruik als bewijs of om ieder gebruik is nog niet uitgemaakt.[336] Verder kan de vraag worden gesteld of er in dergelijke situaties een cautie moet worden gegeven en zo ja, waarop deze dan precies moet zien.[337] Fiscale wetgeving hierover is in voorbereiding.

---

332 Vanuit Zwitsers perspectief zou overigens de vraag gerechtvaardigd zijn of men in Nederland niet een te enge uitleg aan 's Hofs jurisprudentie geeft; vgl. Wohlers & Godenzi (2005), p. 1056-1058.

333 Hoofdstuk 4.3.1.3.

334 Vgl. BGE 22 december 2004, nr. 6S.58/2004, SJZ 101 (2005), p. 119-121.

335 *Supra* paragraaf 5.2.2.3, onder A.

336 Trechsel (2005), p 267-268, bepleit het laatste; Wohlers & Godenzi (2005), p. 1058, vermoed ik het eerste.

337 Over de *Belehrungspflichte* die in het Duitse recht gelden, zie hoofdstuk 4.3.3.2.

ZWITSERLAND

5.3.1.4 Het recht op toegang tot de rechter

In de Art. 29, 29a en 30 BV is een aantal rechten geregeld die betrekking hebben op de toegang tot de rechter. Deze artikelen beogen te verhinderen dat een (natuurlijke of rechts)persoon in procedures tot een enkel object wordt gedegradeerd in plaats van dat deze erin participeert.[338] Met het oog daarop garanderen de drie artikelen een aantal waarborgen die de positie van de burger als volwaardige procespartij in tal van aangelegenheden zekerstellen. Dat dient niet alleen zijn eigen belang, maar ook dat van de waarheidsvinding. De genoemde artikelen waarborgen dit door enerzijds procedurele rechten vast te leggen (vgl. Art. 29 en 30 BV) en anderzijds toegang tot een onafhankelijke rechterlijke instantie te waarborgen, wanneer een handeling van het bestuur in de rechtspositie van burgers ingrijpt (Art. 29a BV).[339] In de fase van het vooronderzoek is dit laatste artikel het meest belangrijk. De inwerkingtreding van dit artikel is voorzien voor 1 januari 2007. Samen met de invoering ervan zal ook de gehele federale rechtspleging worden herzien.[340]

Net als Art. 19 IV van de Duitse grondwet en in aansluiting op artikel 6 van het EVRM biedt de Zwitserse *Bundesverfassung* zo een recht op toegang tot de rechter (*Rechtsweggarantie*) in geval van juridische conflicten. De reikwijdte van Art. 29a BV is, vergeleken met Art. 19 IV GG, beperkter. Het artikel zegt ten eerste niet veel over de inhoudelijke eisen waaraan die procedures moeten voldoen (zie daarvoor Art. 29 en 30 BV), maar waarborgt bovendien alleen *dat* er een rechtsgang bij een onafhankelijke rechter voorhanden moet zijn, wanneer er sprake is van *Rechtsstreitigkeiten*. Anders dan Art. 19 IV GG, dat aanknoopt bij de subjectieve rechten van de betrokkene, hanteert Art. 29a BV een procedureel criterium voor zijn reikwijdte.[341] De vraag wanneer er sprake is van zo'n rechtsstrijd, wordt namelijk in hoge mate overgelaten aan de formele wetgever. Deze heeft daarmee een grote stem in de precieze omvang en reikwijdte van het grondrecht, wat een belangrijk punt van kritiek op het artikel is.[342] Overigens moet hierbij wel worden bedacht dat het EHRM Art. 6 autonoom pleegt uit te leggen. Als er dus verdragsrechtelijke vrijheden in het geding zijn, moet er zijn voldaan aan artikel 13 van het EVRM (*effective remedy*). Helemaal ongebonden is de vrijheid van de wetgever dus niet.

> Artikel 29a BV luidt: '*Rechtsweggarantie*: Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.'

---

338 Müller (1999), p. 510-511; Ehrenzeller e.a. (2002), p. 398.
339 Kälin (1999), p. 57.
340 Daarover Koller (2006).
341 Kälin (1999), p. 56; Müller (1999), p. 495-496. Zeer kritisch over de formele benadering: Waldmann (2003), die van mening is dat moet worden aangeknoopt bij de onderliggende materiële rechten.
342 Vgl. Ehrenzeller e.a. (2002), p. 425-426; Waldmann (2003).

Waarin ligt precies de toegevoegde waarde van Art. 29a BV? Het artikel is ten eerste in zijn reikwijdte ruimer dan de art. 6 en 13 EVRM, doordat het ook toepasselijk is in fiscale aangelegenheden.[343] Het biedt dus bescherming, ongeacht de aard van het onderliggende rechtsgebied. Wel heeft de wetgever als gezegd een aanzienlijke ruimte. Het is bijvoorbeeld niet verboden dat het starten van een procedure afhankelijk wordt gemaakt van het voorliggen van een besluit. In de praktijk zal dit meebrengen dat in het bestuursrecht het beschikkingsbegrip (*Verfügung*), net als nu, van grote, zo niet doorslaggevende betekenis zal zijn voor de procedurele rechtsbescherming.[344] Uit de koppeling aan het beschikkingsbegrip is ook al af te leiden dat rechtsbescherming in de toekomst waarschijnlijk evenmin zal openstaan tegen zogenaamde *Realakte*, d.w.z. handelingen die niet (direct) in de rechten of plichten van burgers ingrijpen.[345] In het strafrecht en het civiele recht bieden de bestaande wettelijke bepalingen vaak al in afdoende mate toegang tot een rechter.[346]

In de tweede plaats heeft Art. 29a BV geleid tot een ingrijpende reorganisatie van de federale rechtspleging. Op het moment *dat* een rechtsgang openstaat, moet deze namelijk aan de eisen van Art. 29a BV voldoen en dus ook de toegang tot een onafhankelijke rechter met volledige rechtsmacht waarborgen. Het artikel wordt niet gezien als een 'Recht auf Streit vor Gericht', maar als een recht 'die Streitigkeit und den ihr zugrunde liegende Sachverhalt vollumfänglich von einem unabhängigen Gericht prüfen zu lassen,' opdat geen handeling van het bestuur die in de rechten van burgers ingrijpt aan rechterlijke controle wordt onttrokken.[347] Dat betekent ook dat vragen van juridische en feitelijke aard vol door de rechter kunnen worden getoetst.[348] Ook voor de kantons is dit een ingrijpende verandering ten opzichte van de bestaande situatie, waarin beroep op een onafhankelijke rechter niet altijd openstaat.[349]

Wanneer een recht op toegang tot de rechter vaststaat, is vervolgens de vraag welke procedurele rechten daaraan zijn gekoppeld. Daarop zien de Art. 29 en 30 BV, waarbij moet worden opgemerkt dat de reikwijdte van Art. 29 zich niet alleen beperkt tot rechterlijke procedures. De artikelen bevatten een catalogus aan deelrechten, waaraan Zwitserse rechterlijke autoriteiten en bestuursorganen zullen moeten voldoen. Van bijzonder belang is het tweede lid van Art. 29 BV, waarin het *Recht auf rechtliches Gehör* is vastgelegd. Dit recht draagt ervoor zorg dat natuurlijke en rechtspersonen aan het rechtsvormingsproces kunnen meewerken. Het is erop gericht dat de betrokkene zijn visie op (de wezenlijke onderdelen van) de procedure

343 Daarover Beusch (2005); Koller (2006), p. 64-65.

344 Vgl. Waldmann (2003), p. 750. We zagen al dat dit anders is in Duitsland (hoofdstuk 4.3.1.4) en deels ook in Nederland, omdat daar de burgerlijke rechter aanvullende, maar niet volledige bescherming biedt (hoofdstuk 3.3.1.4).

345 Kälin (1999), p. 57, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis; zie hierover ook Ehrenzeller e.a. (2002), p. 417 en Waldmann (2003), p. 750.

346 Ehrenzeller e.a. (2002), p. 418.

347 Citaten uit Ehrenzeller e.a. (2002), p. 417, resp. 415; zie ook Kälin (1999), p. 57.

348 Een toets van de doelmatigheid (*Angemessenheit*) van het bestuurshandelen valt echter niet onder het grondrecht; vgl. Waldmann (2003), p. 751.

349 Daarover uitgebreid Kälin (1999).

kan geven.[350] Art. 29 Abs. 2 BV is daarmee een recht van formele aard, doordat het los staat van het voorwerp van geschil.

> Art. 29 BV luidt: '*Allgemeine Verfahrensgarantien* 1 Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. 2 Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör. 3 Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.'

Art. 29 Abs. 2 BV omvat op zijn beurt meerdere rechten: het ziet onder meer op het recht op inzage in de stukken (*Akteneinsicht*) en dat op deelname aan het onderzoek. De achterliggende gedachte is dat wil een partij daadwerkelijk invloed kunnen uitoefenen, ze een bijdrage aan de vaststelling van de feiten moet kunnen leveren. Ook moet haar lezing van het verhaal door het betrokken bestuursorgaan of de rechter op zijn minst serieus worden genomen. Dit is wel de essentie van het grondrecht op rechterlijk gehoor genoemd.[351] Mede met het oog hierop wordt uit het artikel ook een motiveringsplicht voor rechter en bestuur afgeleid.[352] Om de zojuist genoemde doelstellingen te kunnen bereiken omvat het inzagerecht niet alleen een recht op feitelijke inzage, maar ook het recht om onjuistheden in de akten te laten corrigeren en irrelevante zaken daaruit te laten verwijderen. Het inzagerecht omvat verder ook de plicht voor de autoriteiten om akten op te stellen.[353] Deze uit het strafproces komende plicht geldt nu via Art. 29 Abs. 2 BV voor alle soorten procedures en dus ook voor het financiële toezicht en het fiscale recht.

Art. 29 Abs. 2 BV is echter niet absoluut. Wanneer er tegengestelde belangen aanwezig zijn, waartoe de rechten van derden kunnen worden gerekend, maar ook opsporings- en onderzoeksbelangen, moet een afweging worden gemaakt.[354] Een van de vragen die daarbij bijvoorbeeld kan rijzen is of het bankgeheim een uitzondering op dit recht kan toestaan. Opnieuw speelt de formele wetgever hier een belangrijke rol bij de concrete vormgeving van deze beperkingen.

5.3.2 Toegang tot bancaire informatie in het financiële toezicht

In het voorgaande kwamen de grondrechten aan de orde die voor dit onderzoek van bijzonder belang zijn. Thans is de beurt aan de vraag hoe deze grondrechten zich verhouden tot de concrete belangen die in het financiële toezicht, het belastingrecht en het strafrecht aan de orde zijn. Voor welke van deze gebieden acht de wetgever een beperking van het grondrecht noodzakelijk en voor welke niet? Dat

350 Müller (1999), p. 520.
351 Müller (1999), p. 523.
352 Ehrenzeller e.a. (2002), p. 404.
353 BGE 115 Ia 97 (99).
354 BGE 122 I 153 (160); vgl. ook Art. 27 e.v. van de federale *Verwaltungsverfahrensgesetz*/VwVG.

wordt hieronder beschreven. Daarbij is er opnieuw speciale aandacht voor de positie die banken hier innemen. Banken hebben enerzijds als belastingplichtige, onder toezicht gestelde of verdachte eigen rechten en plichten jegens de overheid, maar kunnen los daarvan als derde een zeer nuttige informatiebron voor de overheid zijn in de aangelegenheden van hun cliënten. Omdat de Zwitserse autoriteiten een veelheid aan taken vervullen, ga ik opnieuw in op de vraag of de uitoefening van deze bevoegdheden aan speciale gebruiksbeperkingen is onderworpen. Dat blijkt, het zal niet verbazen, juist in bancaire aangelegenheden veelvuldig het geval.

5.3.2.1 Toezichtsbevoegdheden

De EBK is een vrij kleine overheidsorganisatie. Dat heeft als gezien zijn wortels in de Zwitserse traditie van zelfregulering door de markt en in het bestaan van private accountantsdiensten die publieke taken vervullen (*Revisionsstellen*). Beide structuurkenmerken van het Zwitserse toezicht zijn zo diep verankerd dat ze ook in de voorstellen voor een nieuwe toezichtstructuur gehandhaafd blijven. Een belangrijk gevolg van dit model is dat de EBK in eerste instantie tijdens het lopende toezicht op de achtergrond blijft. Ze houdt hoogstens de activiteiten van de eerstelijnstoezichthouders (beurs en accountants) in de gaten. De EBK is wel exclusief bevoegd voor de toepassing van *hoheitliche Massnahmen*.[355]

Het voorgaande betekent dat onder toezicht gestelde instellingen in eerste instantie te maken hebben met de controlebureaus van de beurzen en de accountants.[356] Daarbij rusten op hen actieve meldplichten, die zijn gebaseerd op Art. 15 BEHG.[357] Effectenhandelaren worden zo verplicht in beginsel alle in Zwitserland of in het buitenland afgesloten transacties met betrekking tot in Zwitserland tot de beurshandel toegelaten effecten te melden, waarbij het niet van belang is of die transacties daadwerkelijk op de beurs tot stand kwamen of voor wiens rekening ze werden verricht.[358] De melding vindt plaats bij de beurshouder, in de meeste gevallen de *Swiss Exchange*/SWX. Het doel van dit alles is de beurs in staat te stellen zijn toezichthoudende taken uit te oefenen en in voorkomend geval de EBK te waarschuwen.[359] Dat is uiteraard vooral van belang voor een effectieve bestrijding van de insiderhandel en marktmanipulatie.

---

355 Overigens zijn er ontwikkelingen gaande die wijzen op een grotere betrokkenheid van de EBK in het eerstelijnstoezicht, vooral als het gaat om complexe concernstructuren; daarover Nobel (2004), p. 484-490.

356 Vgl. Art. 24 voorstel-FINMAG.

357 Zie straks ook Art. 29 Abs. 2 voorstel-FINMAG.

358 Zie Art. 3 van de *Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel* van 25 juni 1997 (Börsenverordnung-EBK; BEHV-EBK) (SR 954.193), die nader is uitgewerkt in het *Rundschreiben der Eidg. Bankenkommission: Meldepflicht von Börsentransaktionen* van 19 augustus 2004 (EBK-RS 04/3).

359 *Supra* paragraaf 5.2.1.3.

ZWITSERLAND

A) De bank als onder toezicht gestelde

De omvang van de EBK-bevoegdheden zelf lijkt nogal beperkt. Alleen het vragen van inlichtingen, het overhandigen van documenten en een daarmee corresponderende medewerkingsplicht voor de genoemde personen is geregeld.[360] Het ontbreekt de EBK echter aan bijvoorbeeld een betredingsbevoegdheid. Verkeersgegevens over gevoerde telecommunicatie kunnen evenmin worden opgevraagd. De EBK heeft dan ook bij herhaling gepleit voor een uitbreiding van haar bevoegdheden. Tot dusverre is daaraan geen gehoor gegeven.

Een schending van de medewerkingsplicht kan wel aanleiding zijn tot sancties, waaronder een strafvervolging wegens schending van Art. 292 StGB, of, straks, van Art. 45 en 48 voorstel-FINMAG. Hiervoor is echter de EBK zelf niet bevoegd, maar het EFD. Dat zal onder de FINMAG niet wijzigen (Art. 50 voorstel-FINMAG). Dit alles veronderstelt een aanzienlijke mate van onderlinge afstemming en coördinatie tussen beide autoriteiten, wil het effectenrecht althans effectief kunnen worden gehandhaafd. De eigen middelen van de EBK zijn dus vrij beperkt. Toch beschikt ze wel over enige mogelijkheden. Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het uitoefenen van onmiddellijke dwang (*unmittelbare Zwang*; Art. 41, onder b, VwVG), wat *in casu* zou inhouden dat de EBK ter plaatse zelf de informatie probeert te vergaren. Deze optie is echter in de beurs- en effectenwet niet expliciet genoemd.[361] In de meer extreme gevallen zou ook gedacht kunnen worden aan het opleggen van beroepsverboden of zelfs de intrekking van een vergunning. Al deze opties zijn echter relatief omslachtig, worden weinig toegepast en lijken daarmee niet erg geschikt als stok achter de deur.

Art. 35 Abs. 2 BEHG is in zijn huidige redactie qua personele reikwijdte wel ruim geformuleerd. Iedereen die onderworpen is aan het toezicht van de EBK moet inlichtingen verschaffen. In aanvulling hierop worden nog bepaalde groepen andere instellingen genoemd, waaronder ook de *Revisionsstellen*. Omdat de EBK in algemene bewoordingen de 'Überwachung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften' tot taak heeft (vgl. Art. 35 Abs. 1 BEHG), is de reikwijdte van de onderzoeksbevoegdheden evenredig ruim. Zo kunnen ook personen en bedrijven worden benaderd die zich mogelijk aan het toezicht proberen te onttrekken.[362] Bovendien lijkt, hoewel dit een omstreden punt is, eruit te kunnen worden afgeleid dat de EBK onder omstandigheden ook natuurlijke personen (particulieren) kan benaderen. Dat zal vooral in gevallen van insidertrading nuttig kunnen zijn. Het spoort ook met het functioneel georiënteerde toezicht van de beurs- en effectenwet, dat zich niet richt

360 Vgl. Art. 35 Abs. 2 BEHG en, mogelijk, straks Art. 29 voorstel-FINMAG en in aanvulling daarop het te wijzigen Art. 35 BEHG.

361 Over de problemen die dat met zich brengt: Althaus (1997), p. 185-194. Zij komt tot de conclusie dat onmiddellijke dwang dan toch kan worden toegepast onder verwijzing naar BGE 103 Ib 122 (125). Een andere sanctie, de zogenaamde *Ersatzvornahme* (Art. 41, onder a, VwVG), lijkt uit de aard der zaak niet mogelijk.

362 BGE 121 II 147 (148-149), welke uitspraak betrekking had op de tegenhanger van Art. 35 Abs. 2 BEHG in de bankwet; zie ook Althaus (1997), p. 196-197; Nobel (2004), p. 490.

op instituties, maar op markten.[363] Het is dan ook opmerkelijk dat Art. 29 voorstel-FINMAG en het te wijzigen Art. 35 BEHG in hun redactie enger zijn dan het huidige Art. 35, zodat het benaderen van particulieren onder de FINMAG dan niet meer mogelijk is.[364]

B) De bank als derde

Een inlichtingenvordering kan alleen worden gedaan als dit voor de taak van de EBK nuttig is ('die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe verlangt'). Hierin komt het evenredigheidsbeginsel tot uitdrukking. De EBK heeft daarbij een grote beoordelingsmarge. Bij twijfel is haar eigen oordeel doorslaggevend. Wel moet altijd het hoofddoel van de beurs- en effectenwet voor ogen worden gehouden.[365] Bijgevolg staat niets er aan in de weg dat ook over individuele cliënten van banken inlichtingen kunnen worden gevraagd als dat voor de taak nodig mocht zijn. Het bankgeheim kan hier niet worden tegengeworpen.[366]

> Een inlichtingenverzoek aan een bank staat er echter in beginsel niet aan in de weg dat de bank vervolgens zelf zijn cliënt op de hoogte stelt van het verzoek. Onduidelijk is of de EBK dit om onderzoekstechnische redenen kan verhinderen. Er is wel betoogd dat dit mogelijk zou zijn en dat de bank die zo'n beperking in de wind slaat, Art. 292 StGB (*Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen*) overtreedt.[367]

C) De bank als (potentieel) verdachte

Wat bij lezing van het huidige Art. 35 Abs. 2 BEHG, maar ook bij het voorstel-FINMAG opvalt, is dat er op geen enkele wijze wordt verwezen naar een zwijgrecht op het moment dat een inlichtingenvordering zou leiden tot zelfincriminatie van een bank (vgl. Art. 100^{quater} StGB) of diens medewerkers. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat de EBK zelf geen punitieve sanctiebevoegdheden heeft, maar dat lijkt iets te kort door de bocht. De EBK is immers wel degelijk bij de punitieve handhaving betrokken. Bovendien bestaan er talrijke meldplichten en zal onder de nieuwe FINMAG ook het mededelen van valse inlichtingen met aanzienlijke sancties kunnen worden bestraft.[368] Hoe krijgt het *nemo-tenetur*beginsel tegen deze achtergrond vorm? Hier zwijgen de wet en het voorstel-FINMAG in alle toonaarden. In een voorontwerp van het wetsvoorstel-FINMAG werd dienaangaande gesteld dat de medewerkingplicht van instellingen beperkt is, nu men

363 Althaus (1997), p. 204-205, is echter een andere mening toegedaan, omdat ze van mening is dat de EBK jegens particulieren geen taak te vervullen heeft.

364 Anders echter: de hieronder nog aan de orde komende Botschaft Änderung Art. 38 BEHG, BBl. 2004, p. 6753.

365 BGE 121 II 147 (148-149), welke uitspraak betrekking had op de tegenhanger van Art. 35 Abs. 2 BEHG in de bankwet.

366 BGE 125 II 65 (72-73); Du Pasquier (2006); Jacquemoud (2005), p. 222; Nobel (2004), p. 490; anders: Glaser Tomasone (1997), p. 150-151, voor zover het gaat om de EBK die een insidermelding (Art. 6 BEHG) onderzoekt.

367 Vgl. Althaus (1997), p. 206 –207; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 29; Glaser Tomasone (1997), p. 104-105.

368 Vgl. Art. 45 voorstel-FINMAG.

niet kan worden verplicht zichzelf te belasten.[369] Dat zou neerkomen op een omzeiling van strafvorderlijke waarborgen.[370] Een dergelijke passage ontbreekt echter in het wetsvoorstel. Onduidelijk is dus of een bank(medewerker) een zwijgrecht toekomt, voor welke procedures dat recht geldt, wat de omvang ervan is, et cetera. Een soortgelijk probleem speelt ook *in fiscalibus*, waar deze discussie meer in detail wordt opgenomen. Ik ga er daar verder op in.

5.3.2.2 Rechtsbescherming

De vraag in hoeverre er tegen onderzoekshandelingen van de EBK kan worden opgekomen, is thans geregeld in de federale *Verwaltungsverfahrensgesetz*/VwVG. Daarin zijn algemene voorschriften te vinden over het handelen van het (federale) bestuur. De toepasselijkheid van de wet is gekoppeld aan een beschikkingsbegrip (*Verfügung*; Art. 1 VwVG). Is daarvan sprake, dan staat in beginsel een aantal rechten open die een effectieve en actieve deelname aan het besluitvormingsproces waarborgen. Daarbij gaat het onder meer om het recht op inzage in de stukken (Art. 26 VwVG) en op deelname aan de besluitvorming (Art. 13 VwVG). Partijen moeten verder worden gehoord, voordat het besluit wordt genomen (Art. 29 en 30 VwVG). Is er geen sprake van een beschikking, dan eist Art. 29a BV echter, anders dan Art. 19 IV van de Duitse grondwet,[371] niet dat langs andere weg rechtsbescherming openstaat, wanneer er op subjectieve rechten inbreuk wordt gemaakt. De vraag of er sprake is van een beschikking heeft daardoor meer belang dan in Duitsland. Deze vraag kan bovendien van belang zijn voor het functioneren van het bestuur zelf. Dat is het geval als alleen na het uitvaardigen van zo'n *Verfügung* vorderingen feitelijk kunnen worden afgedwongen.[372]

> Art. 5 VwVG luidt: '1 Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben: a. Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten; b. Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten; c. Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren. 2 Als Verfügungen gelten auch Vollstreckungsverfügungen (Art. 41 Abs. 1 Buchst. a und b), Zwischenverfügungen (Art. 45), Einspracheentscheide (Art. 30 Abs. 2 Buchst. b, 46 Buchst. b, und 74 Buchst. b), Beschwerdeentscheide (Art. 61 und 70), Entscheide im Rahmen einer Revision (Art. 68) und die Erläuterung (Art. 69). 3 Erklärungen von Behörden über Ablehnung oder Erhebung von Ansprüchen, die auf dem Klageweg zu verfolgen sind, gelten nicht als Verfügungen.'

369 Bericht Gruppe Zufferey (2003), p. 39-40 en 44.
370 Vgl. Glaser Tomasone (1997), p. 149.
371 Vgl. hoofdstuk 4.3.1.4 en 4.3.2.3.
372 Vgl. Art. 48 voorstel-FINMAG.

De vraag is dus hoe de inlichtingen- en inzagevorderingen ex Art. 35 Abs. 2 BEHG moeten worden gekwalificeerd. Zijn ze een beschikking of enkel een *Realakt*, die geen nieuwe rechten en plichten creëert? Dezelfde vraag kan worden gesteld voor de beslissing van de EBK om een onderzoek te openen. In dit laatste geval wordt hij vrijwel unaniem ontkennend beantwoord.[373] Die beslissing grijpt namelijk niet direct in in de rechtspositie van de betrokkene. Wel zal onder het voorstel-FINMAG in geval van overtredingen van de toezichtwetgeving de opening van een procedure aan de betrokkene moeten worden betekend, opdat deze daarin zijn partijrechten kan uitoefenen (Art. 30 voorstel-FINMAG).

Concrete onderzoekshandelingen kunnen mogelijk wel een beschikking zijn. Hierover is discussie mogelijk. Een aantal auteurs beantwoordt deze vraag ontkennend en stelt zich op het standpunt dat hier sprake is van feitelijk handelen (*Realakte*), waaraan geen nieuwe rechtsgevolgen zijn verbonden. Anderen nemen een tegengesteld standpunt in en menen dat wanneer inlichtingen niet vrijwillig worden verkregen, op de voet van Art. 35 Abs. 1 BEHG een inlichtingenbeschikking moet volgen, waartegen rechtsbescherming openstaat.[374] Het *Bundesgericht* heeft de laatste interpretatie tot de zijne gemaakt.[375] De vraag of een beschikking voorligt, is daarmee ook van belang voor de effectiviteit van het overheidsoptreden zelf.

Voor de rechtsbescherming is eveneens van belang wie er een beroep op kan doen. Maatgevend daarvoor is Art. 6 VwVG, dat bepaalt wie partij kunnen zijn. In ieder geval kan de instelling tot wie de vordering zich richt, als partij worden aangemerkt. Dat is onomstreden.[376] Een bank is dus gerechtigd om voor zijn eigen belangen op te komen. Een van de belangen die hij aldus kan proberen te beschermen is het bankgeheim, dat voor de uitoefening van zijn werkzaamheden zeer belangrijk is.[377] Hij kan echter niet uitsluitend *namens* zijn cliënten opkomen. In dat geval is hij zelf niet rechtstreeks geraakt.[378] Mede hierom is de vraag relevant of cliënten zelf ook 'partij' kunnen zijn in geval van een inlichtingenvordering. Dit punt is in het interne Zwitserse recht, anders dan in de internationale samenwerking, nog niet eenduidig behandeld in jurisprudentie en literatuur. Het zojuist aangehaalde artikel lijkt zo'n beroep door een bankcliënt niet *a priori* uit te sluiten. Dat een bankcliënt partij kan zijn, betekent overigens nog niet dat hem de inlichtingenbeschikking ook moet worden toegezonden. Zo ver gaat men niet.[379] Juist

373 Vgl. Botschaft FINMAG, p. 2881.

374 Vgl. Glaser Tomasone (1997), p. 99 e.v.; Althaus (1997), p. 175, voetnoot 910: de *Auskunftsverfügung* kan worden gebaseerd op de *Generalklausel* van Art. 35, Abs. 1 BEHG.

375 BGE 125 II 79 (81) en *Bundesgericht* 29 oktober 1998, EBK Bulletin 37, p. 21, waarin het ging om inlichtingenvordering in het kader van de internationale administratieve bijstand.

376 Vgl. BGE 125 II 79 (81-82).

377 Bovendien levert een schending van het bankgeheim niet alleen civiele claims op, maar ook een schending van Art. 47 BankG.

378 Glaser Tomasone (1997), p. 106-107.

379 Vgl. Glaser Tomasone (1997), p. 100-100; vgl. ook BGE 120 Ib 183, waar het ging over internationale rechtshulp in strafzaken. In die zaak werd bepaald dat de beroepstermijnen voor de cliënt beginnen te lopen op het moment dat de cliënt feitelijk, bijvoorbeeld na mededeling door de bank, op de hoogte raakt van het inlichtingenverzoek. Niet van belang is of een en ander formeel aan hem kenbaar is gemaakt.

daarom is de vraag van belang of uit het bankgeheim voortvloeit dat de bank zelf zijn cliënten op de hoogte moet stellen.

> Nu er inderdaad sprake lijkt van een besluit, betekent dit dat de partijrechten van de bank (en wellicht ook diens cliënt) bij inlichtingenvorderingen in acht moeten worden genomen. Afgezien van het tijdsverlies dat hiermee gepaard gaat, behoeft het geen betoog dat dit juist in de onderzoeksfase schadelijk kan zijn. Op de uitoefening van de partijrechten zijn dan ook uitzonderingen mogelijk. Het recht op inzage kan bijvoorbeeld worden beperkt op grond van een van de in Art. 27 VwVG omschreven omstandigheden. Ook hoeft een partij niet altijd voor het nemen van het besluit te worden gehoord. Dat is onder meer het geval in geval van *Gefahr im Verzuge*, dus wanneer het onderzoek door de uitoefening van de deelnamerechten of door de omstandigheid dat betrokkene op de hoogte raakt van het onderzoek schade zou ondervinden (Art. 30 Abs. 2, onder e, VwVG). Dit punt lijkt van belang, wanneer het onderzoek zich richt tegen bankcliënten. Zo al zou kunnen worden aangenomen dat deze partij zijn in een procedure, dan impliceert dat niet zonder meer een recht om te worden gehoord. Als gezien, kan de EBK ook de bank verbieden zelf de cliënt op de hoogte te brengen (vgl. Art. 292 StGB).

Ten slotte, nu inderdaad sprake is van een appellabel besluit, betekent dit ook dat ertegen in beroep kan worden gekomen. De federale rechtspleging zal per 1 januari 2007 ingrijpend veranderen. De oude *Bundesrechtspflegegesetz/OG* is vervangen door een *Bundesgesetz über das Bundesgericht* (BGG) en wordt vergezeld door een *Bundesgesetz über das Strafgericht* (SGG) en een *Bundesgesetz über das Verwaltungsgericht* (VGG). Het doel van deze operatie was het ontlasten van het *Bundesgericht* en het opvullen van leemten in de rechtsbescherming. Met dit tweede doel wordt ook Art. 29a BV meer recht gedaan. Met het oog hierop zijn twee nieuwe rechterlijke instanties in het leven geroepen, namelijk het *Bundesstrafgericht* en het *Bundesverwaltungsgericht*. Men kan zich dus eerst wenden tot het *Bundesverwaltungsgericht* en daarna eventueel nog tot het *Bundesgericht*.[380]

5.3.3 Toegang tot bancaire informatie in het belastingrecht

Hierboven bleek al dat in zijn algemeenheid niet van 'de' fiscale autoriteiten kan worden gesproken. Daarom maak ik hieronder een onderscheid tussen de bevoegdheden in de heffings- en controlefase en die in fiscale ontduikingsprocedures (strafvervolging). Bovendien is een onderscheid tussen kantonnale en federale autoriteiten nodig. In beginsel blijven de federale autoriteiten bij de handhaving van de belastingwet op de achtergrond, maar dit is anders voor de *Verrechnungssteuer*, die daarom een aparte bespreking behoeft. Om het nog gecompliceerder te maken geldt in de zwaardere fraudezaken (DBG) een apart regime. Die onderzoeken worden door de *Abteilung Besundere Steueruntersuchungen*/BSU van de EStV gevoerd. Ook

380 Botschaft FINMAG, p. 2892.

deze wordt daarom apart besproken. Ten slotte, omdat fiscale bedrogprocedures in handen liggen van de kantonnale justitie, bespreek ik deze in de volgende paragraaf over de strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden.

5.3.3.1 De heffings- en controlefase (Veranlagungsverfahren)

A) Directe belastingen

In de toepasselijke federale en kantonnale wetten zijn aangifte- en administratieplichten te vinden. De laatste bewerkstelligen dat rechtspersonen en natuurlijke personen die als zelfstandige werkzaam zijn, een ordentelijke boekhouding voeren en deze bewaren voor een periode van tien jaar (vgl. Art. 126 Abs. 3 DBG; Art. 135 ZH-StG).[381] Daarnaast geldt het uitgangspunt dat de belastingplichtige aan de fiscus zijn belastingaangifte doet toekomen. Deze moet naar waarheid, volledig en ondersteund met relevante documenten zijn ingevuld. Als hij daartoe niet uitdrukkelijk wordt uitgenodigd, moet hij de fiscus om toezending van z'n formulier verzoeken.[382]

De bank als belastingplichtige

Naast deze algemene plichten is iedereen ten behoeve van de eigen belastingheffing tot medewerking verplicht. Op de belastingplichtige rust de plicht om al datgene te doen wat een volledige en correcte belastingheffing mogelijk maakt.[383] Met het oog daarop moeten op verzoek[384] mondeling of schriftelijk inlichtingen worden verstrekt en inzage worden gegeven in documenten (Art. 126 DBG; Art. 135 ZH-StG). Eventueel kan de fiscus daartoe ter plaatse een kijkje nemen.[385] Overtreding van deze voorschriften levert een beboetbaar feit op.[386] Anders dan de EBK kan de fiscus deze zelf opleggen, hoewel dat in praktijk bij banken eigenlijk niet gebeurt. De hoogte van de boetes maakt op hen weinig indruk. Wel is een ambtshalve schatting van de belastingschuld mogelijk (Art. 130 Abs. 2 DBG; Art. 139 Abs. 2 ZH-StG). Dreiging daarmee is een middel waarvoor men doorgaans wel gevoelig is.

Hoewel de medewerkingsplichten aldus heel ruim gevat zijn (men spreekt wel van *voraussetzungslose Auskunftspflichte*),[387] zijn ze niet onbeperkt. Als minimumvoor-

381 Deze plicht bestaat niet voor natuurlijke personen die niet zelfstandig werkzaam zijn. In dat geval rusten op de werkgever echter medewerkingsplichten: Art. 128 DBG (zie onder). De fiscus is daarmee in het algemeen goed gedocumenteerd.

382 Art. 124 en 125 DBG; Art. 133 en 134 ZH-StG.

383 Art. 126 Abs. 1 DBG. Dit artikellid heeft een opvangfunctie; het wordt geconcretiseerd in onder meer de Art. 124, 125 en 126 Abs. 2 DBG; Behnisch/Cadosch (2004), Art. 126 DBG.

384 Spontane meldplichten ten aanzien bestaan ook, maar die laat ik hier, wegens gebrek aan relevantie, buiten beschouwing; zie daarvoor Art. 129 DBG.

385 Vgl. Art. 123 Abs. 2 DBG; Art. 132 ZH-StG.

386 Paragraaf 5.2.2.2, onder A.

387 BGE 107 Ib 213; Zweifel (1989), p. 83.

waarde geldt dat ze alleen worden gedaan als ze fiscaal relevant zijn.[388] *Ermittlungen ins Blaue* zijn niet toegestaan. Het is echter niet nodig dat er twijfel bestaat over de juistheid van de aangifte; men mag ook zonder aanleiding controleren, mits dat fiscaal relevant is. Een andere beperking is dat de informatievorderingen de eigen belastingheffing moeten dienen; *uitsluitend* ten behoeve van de heffing van derden mag men geen inlichtingen vragen.[389]

De bank als derde

In de eigen fiscale aangelegenheden (*Gewinnsteuer*) kunnen banken het bankgeheim niet inroepen.[390] Dat geheim dient immers de cliënt en niet de bank.[391] Hierin schuilt een heel belangrijk verschil met de situatie waarin banken eventueel als derden over hun cliënten (*Einkommenssteuer*) inlichtingen moeten verstrekken. Banken zijn op grond van Art. 127 Abs. 1 DBG verplicht inzake de daar bedoelde zaken schriftelijk hun cliënten te berichten.[392] De belastingplichtige kan vervolgens om deze documenten worden gevraagd. Echter, anders dan andere derden, bijvoorbeeld werkgevers, blijkt uit Art. 127 Abs. 2 DBG al dat de fiscus zich niet tot de banken kan wenden als de belastingplichtige, ondanks een daartoe strekkend verzoek, die documenten niet geeft. Het wettelijke beroepsgeheim, waaronder het bankgeheim (Art. 47 BankG/43 BEHG) blijft in de relatie tot de fiscus dus overeind.

> Art. 127 DBG luidt: '1 Gegenüber dem Steuerpflichtigen sind zur Ausstellung schriftlicher Bescheinigungen verpflichtet: a. Arbeitgeber über ihre Leistungen an Arbeitnehmer; b. Gläubiger und Schuldner über Bestand, Höhe Verzinsung und Sicherstellung von Forderungen; c. Versicherer über den Rückkaufswert von Versicherungen und über die aus dem Versicherungsverhältnis ausbezahlten oder geschuldeten Leistungen; d. Treuhänder, Vermögensverwalter, Pfandgläubiger, Beauftragte und andere Personen, die Vermögen des Steuerpflichtigen in Besitz oder in Verwaltung haben oder hatten, über dieses Vermögen und seine Erträgnisse; e. Personen, die mit dem Steuerpflichtigen Geschäfte tätigen oder getätigt haben, über die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen. 2 Reicht der Steuerpflichtige trotz Mahnung die nötigen Bescheinigungen nicht ein, so kann sie die Veranlagungsbehörde vom Dritten einfordern. Das gesetzlich geschützte Berufsgeheimnis bleibt vorbehalten.'[393]

388 Behnisch/Cadosch (2004), Art. 126 DBG; Zweifel (1989), p. 84-85; Richner e.a. (1999), Art. 135 ZHStG, aant. 24-32.
389 Zweifel (1989), p. 85; Weber (1982), p. 159.
390 Locher (2003), p. 346.
391 Vgl. Aubert e.a. (1978), p. 152; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, Aant. 46 e.v.; Steinmann (1981), p. 56-57.
392 Daarover Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, Aant. 45a e.v.; Locher (2003), p. 346-347; Aubert e.a. (1978), p. 137-138.
393 In Art. 136 ZH-StG is een soortgelijke bepaling opgenomen.

Het ziet ernaar uit dat hierin geen verandering komt, zelfs niet nadat in de zaak *J.B. t. Zwitserland* de manco's van dit systeem pijnlijk bloot kwamen te liggen.[394] Men lijkt in Zwitserland niet van plan voor de directe belastingen het bankgeheim *in fiscalibus* te doorbreken, danwel de fiscus uit te rusten met dwangmiddelen jegens de belastingplichtige of de bank. Daarbij wordt gewezen op het feit dat de *Verrechnungssteuer* hoe dan ook een heffing op uitgekeerde spaargelden garandeert van 35%, welk bedrag doorgaans hoger is dan het toptarief van de inkomstenbelasting. De belastingplichtige heeft er dus belang bij al zijn rente-inkomsten op te geven. Ook het feit dat bij gebrek aan medewerking de belastingschuld kan worden geschat, waardoor de belastingplichtige zich wel twee keer bedenkt voordat hij medewerking weigert, wordt veelvuldig opgeworpen als alternatief voor het opheffen van het bankgeheim.

> Op deze opvatting is kritiek mogelijk. Deze komt erop neer dat het feit dat de belastingcenten goedschiks of kwaadschiks toch wel worden verkregen niet afdoet aan het feit dat de effectiviteit van de fiscale strafrechtspleging zwaar onder druk staat. Een goed functionerend fiscaal-repressief apparaat is er eigenlijk niet; de fiscus beschikt vooral in ontduikingsprocedures niet over de daarvoor benodigde middelen. In het bijzonder kan hij geen banken benaderen of dwangmiddelen inzetten. Daarbij komt nog dat ook gevallen van fiscaal bedrog nauwelijks worden vervolgd. In veel gevallen komt het niet eens tot aangifte bij de kantonnale justitie. De staatsinkomsten worden dus wel verzilverd, maar overtredingen van de wet niet of nauwelijks aangepakt.[395]

Er zit dus een aanmerkelijk verschil in de positie van de bank als derde en die als belastingplichtige. Dat maakt de vraag interessant of en in hoeverre van de bank als belastingplichtige gegevens over individuele cliënten kunnen worden gevraagd, als dat ook voor de belastingheffing van de bank relevant is. Het betreft hier een controversieel punt. Tot nu toe zijn er voor dit probleem meerdere opties opgeworpen:

1. banken mogen weigeren de inlichtingen te verschaffen, maar riskeren in dat geval een ambtshalve schatting van de belastingschuld;
2. banken verstrekken de gevraagde inlichtingen in weerwil van het bankgeheim (als ze daartoe verplicht zijn en een alternatief voor verstrekking niet aanwezig is) en beroepen zich op het bestaan van een rechtvaardigingsgrond;
3. banken verstrekken de informatie aan een onafhankelijke derde die de fiscale consequenties van de verkregen data taxeert, hoewel het eigenlijk tot de taak van de fiscus zelf behoort om dit onderzoek te verrichten; en/of
4. banken verlenen inzage in de boeken, maar met afdekking van de namen van de cliënten.[396]

---

394 *Supra* paragraaf 5.2.2.3, onder A.

395 *Supra* paragraaf 5.2.2.3, onder C.

396 Over deze problematiek uitvoerig Steinmann (1981); Aubert e.a. (1978), p. 152-157; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, Aant. 46-48; Zweifel (1989), p. 102-104; Richner e.a. (1999), Art. 135 ZHStG, aant. 33.

ZWITSERLAND

In de ogen van het *Bundesgericht* zijn, wanneer een bankgeheim inderdaad wordt ingeroepen, de gevolgen niet voor rekening van de staat, als de bank er niet in slaagt langs andere weg aan de informatiebehoeften van de fiscus te voldoen.[397] Dat kan in voorkomend geval leiden tot een ambtshalve schatting van de belastingschuld. Ook de fiscus zelf lijkt hiervan uit te gaan.[398] In de praktijk werkt men tegenwoordig vooral met de laatste optie. Bij het onderzoek bij banken, waarbij ook inzage in afzonderlijke rekeningen nodig is, worden de namen van de rekeninghouders dan afgedekt. Overigens, als er tegen de betreffende cliënt al een strafrechtelijk onderzoek loopt, kan het bankgeheim niet meer worden ingeroepen. In dat geval heeft de cliënt geen rechtens te respecteren belang bij geheimhouding meer.[399]

De bank als verdachte

Vooral als het gaat om de eigen belastingheffing van de bank, dus bij de *Gewinnsteuer* (alleen dan is hij immers tot medewerking verplicht), rijst ook de vraag of de bank(medewerker) een zwijgrecht toekomt, als hij zich door het verstrekken zou incrimineren. Sinds de invoering van de DBG luidt het antwoord op die vraag volmondig: nee, zo'n zwijgrecht komt hem niet toe. De reden hiervoor is dat de fiscale processen en de bestraffing van fiscale misdrijven (en overtredingen) in gescheiden procedures worden gevoerd, zodat een medewerkingsplicht *in fiscalibus* (*Nachsteuerverfahren*) niet aan de positie van de bank als verdachte afbreuk kan doen. In de naheffingsprocedure blijft men volledig tot medewerking verplicht, anders dan bijvoorbeeld in Duitsland.

Als er een probleem met *nemo tenetur* bestaat, doet zich dat dus doorgaans niet voor in de fase van de informatievergaring, maar mogelijk wel later bij het gebruik van de onder dwang verkregen gegevens in een strafrechtelijke procedure. Bij gebreke van jurisprudentie is in de literatuur over de toelaatbaarheid van zo'n gebruik een aantal meningen verkondigd:

1. De informatie mag gewoon worden gebruikt, want ze valt niet onder de werking van het *nemo-tenetur*beginsel.[400]
2. De informatie mag worden gebruikt, maar alleen als in het *Nachsteuerverfahren* ook een melding is gegeven, zodat de bank weet dat er ook een strafrechtelijk onderzoek loopt. Dat doet denken aan het Duitse model, zoals neergelegd in § 393 AO, echter met dit essentiële verschil dat in Zwitserland ook na de inleiding van het strafrechtelijk onderzoek in het fiscale traject de afdwingbaarheid van de

397 BGE 92 I 393 (400).

398 Vgl. het Kreisschreiben Nr. 10 van 12 december 1977 van de EStV, gepubliceerd in ASA 46, p. 300.

399 Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, Aant. 47-48.

400 Vgl. de benadering van het *Bundesgericht* in de zaak *J.B./Zwitserland*; zie ook het zogenaamde *Kreisschreiben nr. 21* van de EStV van 7 april 1995 (*Nachsteuer- und das Steuerstrafrecht nach dem Gesetz über die direkte Bundessteuer*), p. 32.

medewerkingsplicht blijft bestaan. Het gebruik van die informatie in het strafproces zou zijn gerechtvaardigd door de onafhankelijkheid van de strafrechter.[401]

3. De vraag of de informatie mag worden gebruikt, moet worden beoordeeld van geval tot geval.[402] In de beoordeling wordt de zwaarte van het strafbare feit betrokken, evenals de vraag of de inlichtingen ook langs legale weg hadden kunnen worden verkregen.
4. De informatie die onder dwang werd verkregen, mag niet worden gebruikt in de punitieve procedure. Er geldt een *Beweisverwertungsverbot*, waarbij overigens nog differentiatie mogelijk is naar het type strafbare feit (fiscaal of niet), het soort gebruik (gebruik als bewijs of als startinformatie – *Spurenansatz*) en het soort materiaal (van de wil afhankelijk of niet).[403]

De laatste optie is momenteel dominant. Ze is gekozen door de Commissie Marty en lijkt te zijn overgenomen door parlement en regering.[404] Dat zou meebrengen dat nieuwe wetsvoorstellen mogen worden verwacht die het gebruik van onder dwang verkregen materiaal in punitieve procedures niet toelaatbaar achten, overigens zonder dat, zoals in Duitsland, de afdwingbaarheid van de medewerkingsplicht in het fiscale traject komt te vervallen. Vreemd genoeg zijn de huidige voorstellen alleen beperkt tot het gebruik in procedures wegens belastingontduiking en zien ze niet op andere vormen van fiscale (of commune) criminaliteit. Onduidelijk is bovendien nog of dit voor ieder gebruik geldt en, dus ook voor gebruik als startinformatie, en of dergelijke gegevens ook niet mogen worden gebruikt voor commune delicten. De ervaringen in Duitsland leren dat hier nog vele nuanceringen mogelijk zijn.[405]

> Vgl. het volgende voorstel voor een nieuw Art. 57a Abs. 2 StHG: 'Beweismittel aus einem Nachsteuerverfahren dürfen in einem Strafverfahren wegen *Steuerhinterziehung* nur dan verwendet werden, wenn sie weder unter Androhung einer Veranlagung nach pflichtgemässem Ermessen (Art. 46 Abs. 3) mit Umkehr der Beweislast im Sinne von Artikel 48 Absatz 2 noch unter Androhung einer Busse wegen Verletzung von Verfahrenspflichten beschafft wurden [cursief ML].'[406]

B) De Verrechnungssteuer

De *Verrechnungssteuer* is een type belasting dat gestoeld is op het beginsel van de *Selbstveranlagung*. Inhoudingsplichtige banken moeten ten laste van hun cliënten uit eigen beweging melden, opgave doen en belasting afdragen, zonder dat een ambtelijke vaststelling nodig is (Art. 38 VStG).[407] De EStV houdt wel controles. Met het

401 Vgl. Donatsch (1991) en (2001); Expertenkommission Steuerharmonisierung (1994), p. 37-38; Richner e.a. (1999), 243-259 Art. ZHStG, aant. 10.
402 Vgl. Eichenberger (1999), p. 22-23.
403 Vgl. Auer (1997); Commissie Marty (2004); Trechsel (2005).
404 *Supra* paragraaf 5.2.2.2, onder A.
405 Hoofdstuk 4.3.3.1 onder C, 4.3.3.2 en 4.4.3.
406 BBl. 2006, p. 4035 (4046).
407 Hochreutener (1988), p. 594-595 en 604; Vallender e.a. (1999), p. 243.

oog daarop beschikt ze over inlichtingen- en inzagebevoegdheden (Art. 40 VStG). Ik zal deze om herhalingen van het voorgaande te voorkomen niet verder behandelen (Art. 39 en 40 VStG). Op één bijzonderheid wil ik wel wijzen. In Art. 40 Abs. 5 VStG wordt namelijk in enigszins raadselachtige bewoordingen het volgende gesteld:

> 'Die anlässlich einer Prüfung gemäss Absatz 1 oder 2 [het controleonderzoek, dat eventueel ter plaatse kan worden doorgevoerd, ML] bei einer Bank oder Sparkasse im Sinne des Bankengesetzes vom 8. November 19341, bei der Schweizerischen Nationalbank oder bei einer Pfandbriefzentrale gemachten Feststellungen dürfen ausschliesslich für die Durchführung der Verrechnungssteuer verwendet werden. Das Bankgeheimnis ist zu wahren.'[408]

Op het eerste gezicht is niet duidelijk of dit artikellid meebrengt dat gegevens over individuele cliënten aan de EStV mogen worden verstrekt. Het bankgeheim moet immers worden beschermd, zo valt te lezen. Sommige auteurs hebben hieruit afgeleid dat de EStV weliswaar ter plaatse onderzoek mag verrichten, maar daarbij niet de beschikking kan krijgen over individuele cliëntendossiers.[409] Op mij komt die interpretatie vreemd over. Ertegen pleit dat de bank hier geen derde, maar inhoudingsplichtige is (vgl. Art. 10 VStG)[410] en dat in de eigen zaak het bankgeheim niet kan worden ingeroepen. Maar bovendien zou een dergelijke interpretatie een effectieve controle op de uitvoering van de wet volledig frustreren. De EStV gaat er dan ook van uit dat ze wel toegang heeft tot *alle* gegevens die zich bij banken bevinden. Niet voor niets is er een speciale afdeling opgericht, die de controles bij banken uitvoert.[411] Op deze manier kan het bankgeheim worden beschermd. Ook andere afdelingen binnen de EStV dan de afdeling die controles op grond van de *Verrechnungssteuergesetz* uitvoert, hebben geen toegang tot de gegevens.[412]

C) Rechtsbescherming

Onduidelijk is of er sprake is van een appellabele beschikking op het moment dat een belastingplichtige geconfronteerd wordt met een inlichtingen-, inzagevordering of andere onderzoekshandeling. Is er geen sprake van zo'n beschikking, dan resteert de belastingplichtige enkel de keuze tussen meewerken of een schatting van zijn belastingschuld (of een boete); is er wel sprake van een beschikking, dan tast dat de toch al niet sterke positie van de fiscus mogelijk nog verder aan. De laatste stelt zich dan ook op het standpunt dat van een beschikking geen sprake is en dat de mede-

408 Soortgelijke bepalingen bestaan overigens ook voor de indirecte belastingen en de zogenaamde *Stempelabgaben*.

409 Over deze problematiek Steinmann (1981), p. 69; Locher (2003), p. 350-351; Hochreutener (1988), p. 611-612; Pfund (1978).

410 De positie van de bank als inhoudingsplichtige moet niet worden verward met de eigen belastingplicht van de bank in het kader van de vennootschapsbelasting.

411 *Supra* paragraaf 5.2.2.1, onder C.

412 Vgl. Hochreutener (1988), p. 611-612.

werkingsplicht rechtstreeks voortvloeit uit de wet.[413] Die mening wordt echter niet door iedereen gedeeld.[414]

> Alleen wat betreft de *Verrechnungssteuer* wordt expliciet bepaald in de Art. 39 Abs. 3 jº 42 en 43 VStG dat wanneer een inlichtingenplicht wordt bestreden, de EStV een beschikking moet nemen die kan worden aangevochten met bezwaar (*Einsprache*) en daarna beroep (*Beschwerde*) bij het *Bundesverwaltungsgericht* en daarna het *Bundesgericht*. Een verklaring voor deze rechtsgang zou kunnen zijn dat de informatieplicht voor die belasting veelal gepaard gaat met een (omstreden) doorbreking van het bankgeheim.

Ook wanneer er inderdaad geen sprake is van een appellabele beschikking, betekent dat niet dat de belastingplichtige in het geheel geen bescherming toekomt. Wel heeft deze dan pas plaats achteraf. Immers, anders dan in het financiële toezicht vaak voorkomt, vinden *in fiscalibus* onderzoeksvorderingen plaats tegen de achtergrond van een lopende procedure, waarvan de uitkomsten in hun geheel kunnen worden aangevochten in de *Einschätzungsverfügung*.[415] De fiscale wetten bevatten met het oog hierop aparte voorzieningen met betrekking tot bijvoorbeeld het recht op inzage (vgl. Art. 114 DBG; Art. 124 ZH-StG). Deze zijn dan niet gekoppeld aan de inzage- of inlichtingenvordering, maar aan de beslissing ten gronde.

> Men zou zich nog de vraag kunnen stellen of een inlichtingenvordering een appellabele tussenbeschikking oplevert. Ook daarvoor bestaan geen aanwijzingen. Het lijkt zelfs in strijd met de systematiek van de fiscale rechtsbescherming. Dat systeem gaat uit van de eenheid van de heffingsfase, culminerend in de vaststelling van de aanslag. Dit besluit, de *Einschätzungsverfügung*, kan vervolgens worden aangevochten.[416] Inmiddels is deze strenge leer, die beroep tegen tussenbeschikkingen uitsloot, in Zürich echter wat gerelativeerd.[417] Tegen tussenbeschikkingen is apart beroep mogelijk, als ze voor de betrokkene een nadeel veroorzaken dat later niet meer kan worden hersteld.[418] Dat is vooral van belang voor procedurele kwesties en als zodanig lijken ook inlichtingenvorderingen hiervan niet uitgesloten. In dat geval komen aan de partijen ook de partij- en deelnemersrechten toe, waaronder het recht op inzage van de stukken. Opnieuw moet echter worden

413 Vgl. Zweifel (1989), p. 53.
414 Vgl. Richner e.a. (1999), Art. 234 ZH-StG, rn. 9.
415 Zweifel (1989), p. 52-53. De medewerkingsplichten worden dan ook wel aangeduid als *Verfahrenspflichten*.
416 Vgl. Art. 132 DBG en Art. 140 ZH-StG, waarin alleen de *Veranlagungsverfügung*, resp. het *Einschätzungsentscheid* wordt genoemd.
417 Richner e.a. (1999), Art. 140 ZHStG, aant. 32 e.v.
418 Vgl. Art. 19 Abs. 2 van de Zürcher *Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen/ Verwaltungsrechtspflegegesetz (ZH-VRG)*, nr. 175.2. Deze wet is van toepassing op de fiscale procedures, voor zover de belastingwet niet eigen bepalingen bevat (Art. 4 ZH-VRG). Dat is bijvoorbeeld het geval voor de rechtsgang voor het Zürcher *Verwaltungsgericht*; zie de Art. 72 en 73 ZH-VRG.

opgemerkt dat gezien de grote discretionaire ruimte die de fiscus heeft, een succesvol beroep zeldzaam zal zijn.[419]

5.3.3.2 Repressief toezicht; onderzoeken door de BSU

A) Strafvorderlijke én fiscale bevoegdheden

Uit het bovenstaande wordt duidelijk dat de positie van de fiscus juist in bancaire aangelegenheden zwak is te noemen. Alleen in het kader van de *Verrechnungssteuer* kan bij banken onderzoek worden gedaan, maar de aldus verkregen informatie is strikt doelgebonden (Art. 40 Abs. 5 VStG). De Zwitserse belastingheffing is zeer sterk doordrongen van het uitgangspunt dat de fiscus zich in beginsel tot de belastingplichtige zelf wendt en dat pas als dat niet mogelijk blijkt, hij zich wenden mag tot derden.[420] In sommige situaties wordt dit uitgangspunt doorbroken. Dat is, afgezien van Art. 40 VStG, het geval bij onderzoeken naar zware vergrijpen tegen de federale belastingwet (Art. 190 DBG). Dan mag, met tussenkomst van de minister van Financiën, de BSU worden ingeschakeld. De BSU begeeft zich daarmee in het schemergebied tussen controle en opsporing, wat ook tot uiting komt in de vergaande bevoegdheden waarover ze beschikt (vgl. Art. 19-50 VStR). Het is goed hierbij voor ogen te houden dat de BSU enkel strafvorderlijke taken verricht.[421] Toch is bij haar onderzoeken ook een aantal fiscale controlebevoegdheden van overeenkomstige toepassing.

> Juist omdat het onderzoek door de BSU van strafrechtelijke aard is, is het opmerkelijk dat in dit onderzoek ook bepaalde controlebevoegdheden van overeenkomstige toepassing zijn. De vraag rijst of het bankgeheim dan nog steeds kan worden tegengeworpen (vgl. Art. 127 Abs. 2 DBG). Bovendien is niet helemaal duidelijk hoe deze medewerkingsplichten zich verhouden tot het zwijgrecht van de verdachte. De uitoefening van dwang is in Art. 39 Abs. 5 VStR namelijk verboden. Het lijkt mij dat het *nemo-tenetur*beginsel niet omzeild kan worden door een beroep op Art. 191 Abs. 2 DBG. Zo wordt een en ander ook door de EStV zelf begrepen.
>
> Zelfs het bankgeheim, dat zou kunnen worden tegengeworpen wanneer een bank als derde wordt benaderd, lijkt te kunnen worden doorbroken.[422] Ik vind dit opmerkelijk. Het staat mijns inziens haaks op de gedachte dat om die reden nu juist de bevoegdheden van de *Verwaltungsstrafrechtgesetz* van toepassing zijn. In feite wordt hiermee een nieuwe bevoegdheid gecreëerd: een inlichtingen- en inzagevordering jegens banken.[423] We zagen hierboven overigens al dat er

419 Richner e.a. (1999), Art. 147 ZHStG, aant. 25-27.

420 Vgl. Art. 127 DBG.

421 Behnisch/Cadosch (2004), Art. 190 DBG. Dat blijkt ook uit de positionering onder de Titel *Steuerstrafrecht* van het DBG.

422 Locher (2003), p. 349-350, onder verwijzing naar een niet-gepubliceerde uitspraak van het *Bundesgericht* van 06 oktober 1999. Zelfs de Zwitserse bankiersvereniging zou inmiddels deze mening zijn toegedaan. Ook deze bron is echter niet gepubliceerd.

423 Voor de goede orde, dat is een bevoegdheid van een ander geheel kaliber dan een doorzoekingsbevoegdheid.

stemmen opgaan om de armslag van de BSU te beperken tot alleen de (zware) gevallen van *Steuerbetrug*.[424] Daarmee zouden, meen ik, ook haar fiscale bevoegdheden komen te vervallen.

In de Art. 19-50 VStR is het opsporingsonderzoek op basis van het *Verwaltungsstrafrecht* geregeld. In deze artikelen worden overige bondsautoriteiten en kantonnale politie aangifte- en ondersteuningsplichten (*Amtshilfe*) opgelegd (Art. 19 en 30 VStR),[425] worden de rechten van de verdachte en zijn raadsman gedefinieerd en onderzoeksbevoegdheden omschreven. Zo kunnen in het bijzonder:

a. Personen worden gehoord als hetzij verdachte, hetzij getuige, hetzij inlichtingenpersoon (*Auskünftsperson*)[426] (Art. 39, 40 en 41 VStR), waarbij op basis van Art. 192 Abs. 3 DBG getuigen ook kunnen worden verplicht stukken te overhandigen als dat voor de zaak nodig is.
b. Deskundigen worden aangesteld (Art. 43 VStR).
c. Descentes worden gehouden (Art. 44 VStR).
d. Dwangmiddelen worden uitgeoefend (Art. 45-60 VStR).[427] Daarbij gaat het om de inbeslagneming (Art. 46 VStR), de daaraan gekoppelde bevoegdheid tot het vorderen van afgifte[428] van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen (*Herausgabe*; Art. 47 Abs. 1 VStR) en de doorzoeking van ruimtes (Art. 48 VStR) en/of papieren (Art. 50 VStR). Methoden waarbij inbreuk wordt gemaakt op het post- en telefoongeheim zijn echter niet toelaatbaar.[429]

De uitoefening van deze dwangmiddelen is aan speciale waarborgen gebonden. Welke zijn dat? Ten eerste geldt dat een maatregel alleen kan worden toegepast als hij geschikt is om het beoogde doel, de waarheidsvinding,[430] te bereiken. Dat is een uitwerking van het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel, dat altijd in ogenschouw moet worden genomen (vgl. Art. 45 VStR). Om deze reden zijn bijvoorbeeld dwangmiddelen niet toegestaan bij *Ordnungswidrigkeiten*.[431] Een andere voorwaarde voor de toepassing van de genoemde dwangmiddelen is het voorliggen van een concrete en afdoende verdenking van een strafbaar feit (*hinreichender Tatver-*

---

424 *Supra* noot 132.
425 Voorlopige hechtenis (*vorläufige Festnahme*; Art. 19. Abs. 3 VStR) is overigens niet toegestaan.
426 De figuur *Auskünftsperson* houdt het midden tussen de verdachte en de getuige. Hij moet onder meer als zodanig worden gehoord, wanneer (nog) niet duidelijk is of hij betrokken is bij het te onderzoeken strafbare feit, danwel als hij medeverdachte is in gescheiden procedures. Anders dan de getuige is hij niet tot spreken verplicht. Wel moet hij verschijnen. De verhorende ambtenaar moet aan het begin van het onderzoek vaststellen in welke hoedanigheid hij een persoon horen wil; vgl. Schmid (2004), p. 227-229; Hauri (1998), p. 103-104.
427 De term dwangmiddelen wordt daarbij formeel gebezigd: het gaat om de maatregelen die zijn genoemd in de Art. 45-60 VStR.
428 Weigering kan strafbaar zijn op grond van Art. 292 StGB; Hauri (1998), p. 116.
429 BGE 118 IV 70; Hauri (1998), p. 108.
430 Art. 46 VStR noemt nog andere doeleinden die ik niet verder bespreek.
431 Hauri (1998), p. 118. Zie over het onderscheid tussen *Ordnungswidrigkeiten* en overtredingen hierboven paragraaf 5.2.1.4, onder A.

dacht).[432] Ligt zo'n verdenking voor, dan mag een dwangmiddel in beginsel ook jegens derden worden ingezet. Het bankgeheim kan in het *Verwaltungsstrafverfahren* niet worden tegengeworpen.[433] *Fishing expeditions* zijn echter niet toegestaan.

> Wel rijst de vraag hoe banken, verdachte/bankcliënt en overige cliënten worden beschermd tegen al te ruim geformuleerde doorzoekingen van de overheid. Daarvoor is allereerst van belang dat wanneer in het *Verwaltungsstrafrecht* een bank *als derde* wordt benaderd, een doorzoeking niet is toegestaan, als deze is gebaseerd op informatie die werd verkregen in een fiscale controleprocedure waarin een bankgeheim geldt. Daaraan ligt de volgende gedachte ten grondslag: 'Der Wille des Gesetzgebers, im Rahmen der Veranlagung der direkten Bundessteuer die gesetzlich geschützten Berufsgeheimnisse, zu denen auch das Bankgeheimnis gehört (…), zu wahren (…), soll nicht leichthin durch Eröffnung eines Verwaltungsstrafverfahrens umgangen werden.'[434] Hetzelfde argument leidt er toe dat wanneer een onderzoek wordt gevoerd op basis van informatie die *niet* stamt uit een controleonderzoek, verkregen bewijsmateriaal alleen tegen de beschuldigde en niet tegen derden mag worden gebruikt.[435] Dat geldt echter niet wanneer de procedure tegen de bank zelf is gericht. In dat geval valt ook de bescherming van diens cliënten weg.[436]
>
> Wat betekent dit nu voor de BSU? Haar onderzoeken zullen per definitie zijn gebaseerd op controle-informatie uit procedures waarin het bankgeheim geldt, zodat onderzoeken bij banken (als derden) alsnog niet mogelijk zouden zijn. De bovenstaande rechtspraak lijkt dan ook in strijd met de Art. 190 e.v. DBG, die nu juist een doorbreking van het bankgeheim in de zwaardere fraudegevallen beogen. Het lijkt erop dat deze rechtspraak in zoverre is doorbroken door de genoemde artikelen. Maar los daarvan, lijken de uitspraken van het *Bundesgericht* me voor de BSU niet van direct belang. Ze moeten worden begrepen tegen de achtergrond van het *Verwaltungsstrafrecht* in het algemeen, dat strafvorderlijke bevoegdheden in handen legt van het bestuur. Dat bestuur vervult dan gelijktijdig meerdere taken, zodat er mogelijk gevaar rijst voor 'bevoegdhedenshopping'. In het onderhavige geval staat de BSU op meer afstand van het primaire heffingsproces. Dat kan een reden zijn om de impact van de genoemde rechtspraak te temperen, omdat de BSU alleen de strafrechtelijke relevantie van het feitencomplex beoordeelt en in die zin niet een 'verborgen agenda' kan hebben. Achterliggende fiscale doeleinden spelen voor haar geen rol. Het gevaar voor misbruik is navenant kleiner.

In aanvulling op de verdenkingseis geldt juist bij banken de aanvullende eis dat 'der zu durchsuchende Gegenstand zur Genüge umschrieben ist.'[437] Soms is het echter

---

432 BGE 102 Ia 529; 106 IV 413; Hauri (1998), p. 241.
433 BGE 104 IV 125; *Bundesgericht* 14 oktober 1999, VPB 67, nr. 85.
434 *Bundesgericht* 5 maart 1987, ASA 56 (1987), p. 488-491; zie ook BGE 104 IV 125.
435 BGE 104 IV 125.
436 Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 48, die verwijzen naar een niet-gepubliceerde uitspraak van het *Bundesgericht* van 29 september 1978.
437 BGE 104 IV 125.

niet duidelijk naar welk materiaal precies wordt gezocht. In dat geval kunnen mogelijk grote hoeveelheden documenten in beslag worden genomen. Relevant daarvoor is Art. 50 VStR, dat gaat over het doorzoeken van papieren.[438] In dat geval moet, om het *Privatgeheimnis* te beschermen, de grootste terughoudendheid worden betracht. In het bijzonder mogen papieren alleen worden onderzocht als aannemelijk is dat de gezochte stukken zich eronder bevinden. Als de bezitter van die papieren bezwaar maakt tegen de doorzoeking, moeten de papieren worden verzegeld en bewaard, totdat erover door een rechter uitspraak is gedaan.[439]

Bovendien is in Art. 48 Abs. 1 VStR als eis opgenomen dat, als het gaat om doorzoekingen in woningen en andere ruimtes, het waarschijnlijk moet zijn dat het gezochte materiaal zich op de aangegeven locatie bevindt. Dit kan lastig zijn in de situatie dat bekend is dat een verdachte een Zwitserse bankrekening aanhoudt, maar niet duidelijk is bij welke bank. Een centraal bankenregister bestaat in Zwitserland, het zal niet verbazen, namelijk niet. In dat geval worden wel eens zogenaamde *Rundschreiben* in omloop gebracht. Op die manier kunnen banken binnen een bepaald gebied worden aangeschreven met de vraag of de gezochte bewijsmiddelen in hun bezit zijn. Niet-naleving van zo'n verzoek kan op grond van Art. 292 StGB zelfs met straf zijn bedreigd. Deze praktijk is niet zonder meer ontoelaatbaar.[440]

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat voor de inzet van dwangmiddelen een redelijke verdenking van een strafbaar feit nodig is. Ten aanzien van de succeskans van zo'n maatregel worden evenwel weinig concrete eisen gesteld. In theorie is het dus mogelijk dat gezocht wordt naar grote aantallen documenten bij niet nader aangeduide banken. Voeg daaraan toe dat sommige strafbare feiten zeer ruim zijn omschreven[441] en dat banken als zodanig sinds kort ook strafbare feiten kunnen plegen en de kans wordt erg groot dat ook belastende documenten over voorheen nog onverdachte feiten en/of derde personen worden gevonden (*Zufallsfunde*). Hoewel er in de Zwitserse opvatting dan niet sprake lijkt van *Ausforschungsbeweis*, rijst toch de vraag of al dat materiaal, gelet ook op het bestaan van een bankgeheim, mag worden gebruikt door de justitie. In de literatuur en jurisprudentie is een meerderheid van mening dat *Zufallsfunden* uit doorzoekingen jegens de verdachte in ieder geval mogen worden gebruikt als basis voor verder onderzoek, maar ook als bewijs.[442] Als het gaat om bancaire informatie die betrekking heeft op derden is dit anders. Het bankgeheim staat dan aan een verder gebruik in de weg,[443] ook al heeft een derde in strafzaken geen aanspraak op een bankgeheim. Het is echter onduidelijk of dit alleen geldt voor het gebruik als bewijs of ook voor het gebruik als basis voor verder onderzoek.

---

438 Papieren in ruime zin, dus ook gegevensdragers; Hauri (1998), p. 123.
439 Zie hieronder, onder B.
440 Hierover Brun (1996), p. 19-39; Aepli (2004), p. 41-43.
441 Wat te denken bijvoorbeeld van een verdenking van het lidmaatschap van een criminele organisatie die stelselmatig misdrijven tegen de belastingwet pleegt (Art. 260ter StGB)?
442 Hierover Brun (1996), p. 67-78, met verwijzingen naar overige literatuur.
443 BGE 104 IV 133; Hauri (1998), p. 122.

B) Rechtsbescherming

De positie die de verdachte heeft in het *Verwaltungsstrafverfahren*, is, zoals ik hierboven al constateerde,[444] vrij uitvoerig geregeld. In de Art. 25-28 VStR wordt geregeld bij wie men in beroep kan en waartegen, terwijl in de Art. 32-36 een aantal verdedigingsrechten nader wordt omschreven. Wat bij de bespreking van de zojuist besproken dwangmiddelen wellicht al was opgevallen, is dat een voorafgaande rechterlijke machtiging in geval van bijvoorbeeld een doorzoeking ontbreekt, zelfs als woningen moeten worden doorzocht. Een voorafgaande toestemming moet alleen (schriftelijk) worden verleend door de directeur van de betrokken dienst (Art. 48 Abs. 3 VStR). Wel kan achteraf bij het *Bundesstrafgericht* over de maatregel worden geklaagd. Men hanteert dus een piepsysteem.

> Er moet hierbij worden onderscheiden tussen de toepassing van dwangmiddelen en andere handelingen. Tegen dwangmiddelen kan via een *Beschwerde* direct worden opgekomen bij het *Bundesstrafgericht* (Art. 26 VStR).[445] Dit toetst in dat geval of het bondsrecht is geschonden, of de feiten kloppen en of de maatregel niet ongepast (*unangemessen*) was. Het gaat in deze procedure alleen om het concrete dwangmiddel zelf. Vragen die zien op zijn schuld of onschuld, zijn voorbehouden aan de zittingsrechter.[446] De term dwangmiddelen lijkt overigens formeel te moeten worden opgevat; het gaat om de Art. 45 e.v. VStR. De afgifte van een zaak aan kantonnale justitiële autoriteiten voor vervolging en beoordeling is geen dwangmiddel. Ook (fiscale) controlebevoegdheden zijn geen dwangmiddel. Hetzelfde geldt voor de verzegeling en bewaring van in beslag genomen papieren (Art. 50 Abs. 3 VStR).[447]
>
> Een iets andere rechtsgang geldt tegen maatregelen, die geen dwangmiddel zijn (Art. 27 VStR). Het uitgangspunt daarbij is dat een omvattende rechterlijke controle op alle activiteiten van de betrokken autoriteiten in het vooronderzoek mogelijk moet zijn. De term *Untersuchungshandlungen* moet daarom ruim worden uitgelegd.[448] In dat geval moet allereerst beroep (*Beschwerde*) worden ingesteld bij het hoofd van de betrokken dienst, pas daarna kan men tegen dat oordeel in beroep bij het *Bundesstrafgericht*. Zo'n beroep heeft, net als een beroep tegen dwangmiddelen, in beginsel geen opschortende werking.[449]
>
> Tegen de doorzoeking van papieren (Art. 50 Abs. 3 VStR) is een aparte procedure opengesteld. De bezitter (*Inhaber*)[450] van deze papieren moet namelijk gelegenheid worden geboden zich vooraf over de doorzoeking uit te spreken. Als hij tegen de doorzoeking bezwaar (*Einsprache*) maakt, worden de papieren ver-

444 *Supra* paragraaf 5.2.1.4.
445 Hauri (1998), p. 115
446 BGE 104 IV 125; 106 IV 413; 119 IV 326 (328).
447 Hauri (1998), p. 77-78.
448 Om deze reden staat dit rechtsmiddel wel open tegen bijvoorbeeld de beslissing tot afgifte van een zaak aan kantonnale justitiële autoriteiten voor vervolging en beoordeling is geen dwangmiddel; Hauri (1998), p. 79-80.
449 Over dit alles Art. 28 VStR.
450 Het *Bundesgericht* heeft de *Einsprache* ook opengesteld voor anderen die door de doorzoeking in hun belang zijn getroffen; BGE 104 IV 125 (129).

> zegeld en in bewaring genomen, totdat het *Bundesstrafgericht* over de toelaatbaarheid van de doorzoeking een beslissing heeft genomen.[451] Tegen de inbeslagneming als zodanig staat dan geen apart rechtsmiddel meer open.[452] Tot de beslissing van de rechter kan het bestuur van de in beslag genomen stukken geen kennis nemen.[453]

5.3.3.3 Strafvervolging

A) Directe belastingen

Over de bevoegdheden van de fiscus in het *Steuerhinterziehungsverfahren* is vanuit de thematiek van dit onderzoek niet veel meer te vertellen dan ik hierboven al deed. In een ontduikingsprocedure heeft de bank in de inkomstenbelasting meestal de positie van een derde. Als gezien geldt in die gevallen een bankgeheim, dat voorlopig niet zal worden opgeheven. Integendeel, er gaan zelfs stemmen op om de bevoegdheden van de BSU terug te brengen tot alleen (de zware) gevallen van *Steuerbetrug*, zodat het bankgeheim bij belastingontduiking geheel in stand blijft.[454] Dat heeft geleid tot de kritiek dat de Zwitserse wetgever weliswaar wel de staatsinkomsten verzekert via de *Verrechnungssteuer* en sancties als de omkering van de bewijslast, maar tegelijk de fiscale rechtshandhaving, inclusief de implicaties daarvan voor de rechtsgelijkheid, waarop bijvoorbeeld het Duitse *Bundesverfassungsgericht* hamert,[455] ondergeschikt heeft gemaakt aan de bescherming van de privacy van de bankcliënt.[456]

> Banken zullen zelden of nooit zelf verdachte zijn in de inkomstenbelasting, omdat dan immers de particulieren belasting ontduiken en niet de bank. Alleen in uitzonderingsgevallen kan ook de bank zelf betrokken raken. Banken kunnen via de deelnemingsvormen strafbaar zijn, die, in afwijking van het commune strafrecht, ook voor de fiscale overtredingen gelden.[457] Uiteraard zijn ze ook verdachte als ze de eigen belasting ontduiken (*Gewinnsteuer*).

Is de bank(medewerker) toch verdachte, bijvoorbeeld omdat hij zijn eigen belasting heeft ontdoken, dan bestaan jegens hem vrijwel geen dwangmiddelen. In de meest recente voorstellen zal zijn medewerkingsplicht geheel komen te vervallen.[458] Onder dwang afgelegde gegevens mogen niet tegen hem worden gebruikt in een ontdui-

---

451 Tegen de verzegeling op zich kan in beginsel niet worden opgekomen via de weg van Art. 26 VStR.

452 BGE 119 IV 326.

453 Bij de beslissing over de vraag of papieren in beslag moeten worden genomen is het overigens onontkoombaar dat stukken globaal en vluchtig worden ingezien. Het alternatief – de inbeslagneming – zou in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel; *Bundesgericht*,13 maart 1980, STR 1982, p. 309-319; Hauri (1998), p. 125.

454 *Supra* paragraaf 5.2.2.2, onder C.

455 Hoofdstuk 4.3.3.1, onder B.

456 Vgl. *supra* paragraaf 5.2.2.3, onder C; Trechsel (2005).

457 Vgl. Art. 177 DBG; 56 Abs. 3 StHG.

458 BBl. 2006, p. 4035.

kingsprocedure. Bovendien moet hij bij de inleiding van de naheffingsprocedure op de mogelijkheid van inleiding van een ontduikingsprocedure worden gewezen (vgl. voorstel Art. 53, Abs. 4 StHG) en moet hem, bij daadwerkelijke inleiding daarvan, op zijn zwijgrecht worden gewezen (vgl. voorstel Art. 57a StHG). In de naheffingsprocedure blijven de medewerkingsplichten en de daaraan verbonden sancties (schatting) echter bestaan.

B) De Verrechnungssteuer
Bij fiscale ontduiking in het kader van de *Verrechnungssteuer* gelden andere normen, die zowel gelden voor de overtredingen als voor de misdrijven (*Vergehen*). Doorgaans is hier juist de bank de verdachte en niet diens cliënt. Deze procedure wordt gevoerd conform de hierboven besproken regels van het *Verwaltungsstrafrecht*, ook als het gaat om fiscale overtredingen.[459] Ook al zou de bank dus derde zijn, dwangmiddelen zijn jegens hem in deze procedure zeer wel mogelijk. Er geldt geen bankgeheim.[460] Ik volsta met een verwijzing naar de bovenstaande bespreking.

> Een opmerking wil ik nog wel maken over de zojuist aangehaalde rechtspraak van het *Bundesgericht* betreffende de toegang tot bancaire informatie, wanneer de bank als derde wordt benaderd en het onderzoek is gestoeld op controle-informatie uit een procedure waarin een bankgeheim geldt.[461] Deze rechtspraak kan in het kader van de *Verrechnungssteuergesetz* voor problemen zorgen. Of dat het geval is, hangt af van de interpretatie die men geeft aan Art. 40 Abs. 5 VStG. Er zijn auteurs die uit het artikellid afleiden dat de EStV geen toegang heeft tot bancaire informatie. Hierboven verwierp ik deze uitleg,[462] die in strijd lijkt met de bedoeling van de wetgever en niet spoort met de praktijk. Naar mijn mening is de genoemde rechtspraak voor de EStV dan ook geen obstakel, wanneer ze de bevoegdheden van het *Verwaltungsstrafrecht* toepast jegens banken.

5.3.4 Toegang tot bancaire informatie in het strafprocesrecht

Ten slotte volgt nog een bespreking van de strafprocessuele bevoegdheden die in relatie tot banken van bijzonder belang zijn. Zoals inmiddels genoegzaam bekend is, worden onderzoeken naar fiscale fraude (*Steuerbetrug*), insiderdealings en marktmanipulatie, evenals die naar aanverwante commune delicten, gevoerd door de kantonnale justitiële autoriteiten. In sommige gevallen, vooral bij de zwaardere economische criminaliteit met implicaties voor meerdere kantons, kan de *Bundesanwalt* het onderzoek en de vervolging overnemen.[463] Een en ander vergt dus in beginsel een bespreking van zowel de kantonnale als de federale strafproceswetten. Zo ver zal ik niet gaan. Ik neem opnieuw de artikelen in het voorstel voor een

459 Dat is anders voor de *Verletzung* van sommige *Verfahrenspflichten* die met *Ordnungsbussen* zijn bedreigd (Art. 64 VStG) en daarmee *Ordnungswidrigkeiten* zijn; Art. 45 Abs. 2 VStR.
460 Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, Aant. 50. Anders: Weber (1982), p. 177.
461 *Supra* noot 434.
462 *Supra* paragraaf 5.3.3.1, onder B.
463 *Supra* paragraaf 5.2.3.2, onder B.

federaal Wetboek van Strafvordering, het voorstel-CH-StPO, tot uitgangspunt. Deze hebben momenteel nog geen kracht van wet. Daarom zal ik, waar ik dat nuttig acht, ook verwijzen naar de bestaande regels in het Wetboek van Strafvordering van Zürich/ZH-StPO en de *Bundesstrafrechtspflegegesetz*/BStP.

5.3.4.1 Strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden

Tot de strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden behoren in het bijzonder:

1. Het afnemen van verhoren (*Einvernahmen*; Art. 140 e.v.) van de verdachte (*Beschuldigte*),[464] getuigen[465] en inlichtingenpersonen (*Auskunftspersonen*).[466] Deze zijn allemaal verplicht te verschijnen, ook al is men niet (altijd) gehouden medewerking te verlenen.[467] Dat laatste spreekt voor zich voor de verdachte, maar het geldt ook voor de getuige, die soms een verschoningsrecht toekomt (Art. 165 e.v.). Een verdachte moet bij diens eerste verhoor op zijn rechten worden gewezen (Art. 155).[468]

> Met het oog op de effectuering van deze rechten, is het uiteraard van belang te weten in welke hoedanigheid men gehoord wordt: is men verdachte, getuige of *Auskunftsperson*? Juist in bancaire aangelegenheden, waar bijvoorbeeld banken of hun medewerkers betrokken kunnen zijn in strafrechtelijke onderzoeken en dat als derde of als (mede)verdachte, is dit een belangrijke vraag. Het uitgangspunt is dat op de verhorende ambtenaar de plicht rust om aan de hand van de gegevens die hij op dat moment tot zijn beschikking heeft, een objectieve keuze te maken. Hij mag een persoon die feitelijk verdachte is, niet als getuige horen. Hetzelfde geldt voor iemand die feitelijk een *Auskunftsperson* is, bijvoorbeeld een medewerker van een van een strafbaar feit verdachte bank of een medeverdachte. Deze categorie personen omvat grof gezegd iedereen die op een of andere wijze een persoonlijk belang bij de vervolging heeft of hebben kan.[469] Ze kunnen klager zijn, maar ook bijvoorbeeld medeverdachte. Ze mogen niet als getuige worden gehoord. Doet men dat toch en wordt dit ontdekt, dan mogen die gegevens niet worden gebruikt (vgl. Art. 167 Abs. 3).[470] Hun komt een soortgelijke positie als de verdachte toe.[471]

Voor banken, die als getuige worden gehoord, geldt dat deze, anders dan *in fiscalibus*, geen beroep op het bankgeheim kunnen doen. Ze worden in het strafproces niet

---

464 Art. 154 e.v. voorstel-CH-StPO.
465 Art. 159 e.v. voorstel-CH-StPO.
466 Art. 175 e.v. voorstel-CH-StPO.
467 De verschijningsplicht kan jegens een ieder die is opgeroepen, worden afgedwongen door middel van een gedwongen medebrenging (*Vorführung*; Art. 205 e.v.). Dit is een dwangmiddel, waarvoor aanvullende waarborgen gelden (zie onder). De getuige kan worden verplicht tot het afleggen van een verklaring (Art. 160). Weigering is strafbaar (Art. 173).
468 Vgl. ook Art. 11 ZH-StPO en 40 BStP; Schmid (2004), p. 206.
469 *Supra* noot 426.
470 Vgl. Schmid (2004), p. 228.
471 Vgl. Art. 177 en 178 voorstel-CH-StPO.

aangemerkt als professioneel verschoningsgerechtigde. Dat heeft tot gevolg dat ook doorzoekingen en inbeslagneming bij banken mogelijk zijn.[472] Medewerkers van een ambtelijke dienst met een ambtsgeheim kunnen zich wel verschonen, als het gaat om geheimen waarvan ze in functie kennis hebben genomen en de dienst geen aangifteplicht heeft, danwel geen toestemming van de hiërarchisch meerdere werd verkregen (Art. 167). Aangezien zowel de fiscus (voor *Steuerbetrug*)[473] als de EBK[474] tot aangifte verplicht is, zullen zij zich in die gevallen niet kunnen verschonen.

> Art. 167 voorstel-CH-StPO luidt momenteel: '1 Beamtinnen und Beamte im Sinne von Artikel 110 Ziffer 3 StGB18 sowie Mitglieder von Behörden können das Zeugnis über Geheimnisse verweigern, die ihnen in ihrer amtlichen Eigenschaft anvertraut worden sind oder die sie bei der Ausübung ihres Amtes wahrgenommen haben. 2 Sie haben auszusagen, wenn sie: a. einer Anzeigepflicht unterliegen; oder b von ihrer vorgesetzten Behörde zur Aussage schriftlich ermächtigt worden sind. 3 Die vorgesetzte Behörde erteilt die Ermächtigung zur Aussage, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung das Geheimhaltungsinteresse überwiegt.'

2. Het aanstellen van deskundigen (Art. 179 e.v.).

3. De inbeslagneming van voorwerpen die kunnen dienen als bewijs (Art. 262 e.v.).[475] Deze kan in beginsel ook onder derden plaatsvinden. Aan de inbeslagneming is een bevoegdheid tot het vorderen van uitlevering gekoppeld (*Herausgabepflicht*), die in beginsel eerst moet worden toegepast, alvorens een doorzoeking of een ander dwangmiddel mogelijk is.[476] De vordering is niet afdwingbaar jegens de verdachte, maar wel jegens derden.[477] Derden die een verschoningsrecht kunnen inroepen, mogen echter weigeren aan een uitleveringsvordering gehoor te geven. Deze laatste beperking beschermt zowel personen die zich mogelijk incrimineren door het afleggen van een verklaring, als hen die een professioneel verschoningsrecht toekomt. Ook ambtelijke geheimhouders mogen, onder dezelfde voorwaarden als zojuist, weigeren aan een bevel gehoor te geven (Art. 264 Abs. 1).

4. De doorzoeking (Art. 240 e.v.), in het bijzonder van woningen of andere niet algemeen toegankelijke ruimtes (Art. 243-244)[478] en administraties (*Aufzeichnungen;*[479] Art. 245-247),[480] is een ander belangrijk dwangmiddel. Doorzoekingen

472 Art. 168 voorstel-CH-StPO noemt de professioneel verschoningsgerechtigden limitatief (vgl. Art. 77 BStP).
473 *Infra* paragraaf 5.4.1.2.
474 *Infra* paragraaf 5.4.1.1, onder A.
475 Vgl. Art. 96 ZH-StPO; 65 BStP.
476 Art. 264 Abs. 3 voorstel-CH-StPO; zie ook Art. 103 ZH-StPO; 65 BStP; 47 VStR
477 Art. 275 Abs. 1 voorstel-CH-StPO.
478 Vgl. Art. 88 ZH-StPO; 67 BStP.
479 Vgl. Art. 99 ZH-StPO; 69 BStP; 50 VStR. Het begrip *Aufzeichnungen* moet ruim worden opgevat; zie Art. 271 voorstel-CH-StPO: 'Schriftstücke, Ton-, Bild- und andere Aufzeichnungen, Datenträger sowie Anlagen zur Verarbeitung und Speicherung von Informationen

dienen ertoe om de verdachte, sporen, voorwerpen (*Gegenstände*) en vermogenswaarden te vinden om deze voor het strafproces veilig te stellen. Ook deze mogen bij derden plaatsvinden, zelfs bij personen met een professioneel verschoningsrecht. Dat betekent echter niet dat de documenten die bij een professionele verschoningsgerechtigde in het kader van een doorzoeking van administraties worden gevonden, zonder meer zijn ontsloten. Op het moment dat deze stellen dat een inbeslagneming inbreuk maakt op hun verschoningsrecht (vgl. Art. 263 Abs. 3), moet namelijk een verzegelingsprocedure worden ingeleid (Art. 246 en 247). Deze procedure geldt zelfs voor personen die zo'n recht niet hebben, waaronder banken. Ook zij kunnen een verzegelingsprocedure starten, wanneer er bij hen een doorzoeking van de administratie plaatsvindt en ze menen een gerechtvaardigd belang bij niet-ontsluiting te hebben. Dat belang kan bijvoorbeeld zijn gelegen in het ontbreken van iedere relevantie van het materiaal voor het lopende onderzoek.[481] Aldus wordt niet voorkomen *dat* de gegevens in handen raken van het OM, maar wel dat dit er kennis van nemen kan, voordat een rechter naar de zaak heeft gekeken.

> De in beslag te nemen voorwerpen mogen zolang door justitie niet worden ingezien of gebruikt. De justitie kan een verzoek om ontzegeling (*Entsiegelung*) indienen, waarover een rechter moet beslissen. Deze toetst de toelaatbaarheid van het dwangmiddel en bekijkt of het belang van de waarheidsvinding inderdaad moet wijken voor de ingeroepen andere belangen. Als hij besluit tot opheffing van de verzegeling, wordt de doorzoeking van de papieren alsnog door de bevoegde autoriteiten uitgevoerd.[482]

5. Ten slotte verdienen ook de heimelijke opsporingsmethoden, zoals het toezicht op telecommunicatie en bankrekeningen, een korte vermelding (Art. 268 e.v.). Hierboven zagen we al dat noch de fiscus, noch de EBK over deze bevoegdheden beschikt. Ook in het *Verwaltungsstrafrecht* én in het voorstel-CH-StPO zijn ze niet voorhanden voor de specifieke beurs-, effecten- en fiscale criminaliteit, tenzij deze in georganiseerd verband wordt begaan (Art. 268 Abs. 2). De bevoegdheden zijn momenteel bondswijd geregeld in de *Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs*/BÜPF[483] en de bijbehorende *Verordnung*/VÜPF.[484] Deze regels gelden ook in kantonnale strafzaken en zullen worden overgenomen in het voorstel-CH-StPO.[485]

---

dürfen durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass sich darin Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen.'

480 Vgl. Art. 99 e.v. ZH-StPO.

481 Vgl. Botschaft voorstel-CH-StPO, p. 1238-1239.

482 Schmid (2004), p. 271-272.

483 SR-Nummer 780.1, gepubliceerd in Amtliche Sammlung 2001, 3096.

484 *Verordnung* van 31 oktober 2001 *über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs* (VÜPF), SR-Nummer 780.11, AS 200, 3111.

485 Botschaft voorstel-CH-StPO, p. 1248.

ZWITSERLAND

> De dwangmiddelen met betrekking tot het telecommunicatieverkeer zijn uitvoerig geregeld. Dat heeft te maken met de potentiële diepgaande inbreuken op de persoonlijke levenssfeer, het feit dat betrokkenen niet weten dat ze worden geobserveerd (en daarmee verworden tot 'onderzoeksobjecten') en de aan de maatregelen inherente hoge mate van willekeur. Anders dan bij andere methoden is op voorhand immers vaak niet duidelijk welke informatie men over wie verkrijgen zal; vaak wordt deze *real time* verkregen.[486] De reikwijdte van de regelingen is zeer ruim. Dat komt, omdat al het post-, telegraaf-, telefoon-, fax-, e-mail- en internetverkeer eronder valt en vrijwel alle aanbieders van telecommunicatiediensten aan de wet onderworpen zijn (vgl. Art. 1 BÜPF).[487] De wet richt zich op de informatiestromen; het gaat om de (toekomstige) informatie die zich (nog) niet bij de ontvanger bevindt. Er mag niet alleen van de inhoud van gevoerde gesprekken worden kennis genomen, maar ook van verkeersgegevens. Er kunnen ook (mobiele) nummers worden opgevraagd, evenals inlichtingen over aansluitingen (Art. 5 BÜPF). Kortom, de wet biedt een basis voor een vrijwel alomvattende en diepgaande bewaking van het telecommunicatieverkeer. Het OM moet tot de maatregelen bevelen (Art. 268). De maatregel moet binnen zes dagen zijn bekrachtigd door het *Zwangsmassnahmengericht* (Art. 271).[488] Voor de uitvoering van de maatregelen zijn niet de justitiële autoriteiten zelf, maar de onafhankelijke *Dienst für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs* (Art. 2 BÜPF) verantwoordelijk.[489] Deze leidt de verkregen informatie vervolgens door.

Als het voorstel-CH-StPO daadwerkelijk wordt ingevoerd, komt er in het hoofdstuk over de 'geheime Überwachungsmassnahmen' nog een afdeling over de bewaking van bankrekeningen bij (Art. 283 en 284). Op grond hiervan zullen voor de opheldering van de zwaardere strafbare feiten (*Verbrechen* en *Vergehen* en dus niet *Übertretungen*) toekomstige transacties tussen een bank en een verdachte in de gaten kunnen worden gehouden. Hieronder vallen wél de handel met voorwetenschap en fiscaal bedrog. Tot deze maatregel kan alleen het *Zwangsmassnahmengericht*, op voordracht van het OM, bevelen, wat een nieuwe bevestiging is van het gewicht dat het bankgeheim in Zwitserland heeft. De maatregel kan gepaard gaan met het bevel tot geheimhouding jegens de verdachte/bankcliënt. Na afloop moet deze echter op de hoogte worden gebracht en staat er voor hem een rechtsmiddel open, ook al is de informatie dan al in het bezit van de overheid (Art. 284).

Het is zinnig, na deze bespreking van de afzonderlijke onderzoeksmethoden, kort stil te staan bij enige gezamenlijke elementen van die bevoegdheden. Dat deed ik

---

486 Schmid (2004), p. 285.

487 Het betaalverkeer via de postdiensten is van de reikwijdte van de wet uitgezonderd; Art. 1 Abs. 3 BÜPF.

488 De sanctie op schending van dit voorschrift is te vinden in Art. 276. Het materiaal moet worden vernietigd en mag niet worden gebruikt als bewijs of als *Spurenansatz*.

489 Zie ook Art. 11 (voor het *Postverkehr*) en 13 (voor het *Fernmeldeverkehr*). Een uitzondering hierop doet zich voor bij de zogenaamde *Direktschaltungen*, waar de informatie rechtstreeks wordt doorgeleid aan de autoriteit die het verzoek uitvaardigt. In dat geval is aanvullende toestemming nodig; Art. 3 Abs. 4 BÜPF.

ook in de hoofdstukken over Duitsland[490] en Nederland.[491] Het doel daarvan is straks in paragraaf 5.5 en hoofdstuk 6 te kunnen bekijken hoe deze bouwstenen functioneren in een transnationale context. De inbeslagneming, doorzoeking, het toezicht op de telecommunicatie, maar ook de voorgeleiding van weigerachtige verdachten en getuigen zijn dwangmiddelen (Art. 193). Voor de toepassing hiervan gelden verzwaarde eisen. Het evenredigheidsbeginsel speelt daarbij een belangrijke rol (vgl. Art. 36 BV). Een dwangmiddel zal op abstract (wetgevend) en concreet (uitvoerend) niveau niet alleen een geschikt middel moeten zijn (*geeignet*), maar ook noodzakelijk (*erforderlich*) en bovendien in een redelijke verhouding moeten staan tot de aard van de verdenking, de zwaarte van het (vermoedelijk overtreden) strafbare feit en de overige omstandigheden van het geval (*angemessen*).[492]

Vooral de Art. 193 en 194 van het voorstel-CH-StPO werken deze eisen op wetgevend niveau verder uit. Ter uitwerking van Art. 36 BV wordt bepaald dat dwangmiddelen alleen mogelijk zijn, als:

a. Er een wettelijke grondslag voor is.
b. Minder ingrijpende methoden niet tot het gewenste doel leiden (subsidiariteit).
c. Een dringende verdenking (*dringender Tatverdacht*) voorligt. Deze eis lijkt zwaarder dan de *Anfangsverdacht* die een voorwaarde is voor het starten van een strafprocedure (*Prozessvorausetzung*; paragraaf 5.2.3.4).
d. De zwaarte van het feit de toepassing van de maatregel rechtvaardigt. Op abstract, wetgevend, niveau valt daarbij op dat doorgaans ook bij overtredingen (*Übertretungen*) dwangmiddelen kunnen worden ingezet.[493] Dat is echter anders bij de heimelijke maatregelen die alleen voor de misdrijven (hier verstaan als *Verbrechen* en *Vergehen*) mogelijk zijn. De bewaking van de telecommmunicatie kent nog verdergaande beperkingen (Art. 268 Abs. 2).
e. Bovendien moeten ze ten opzichte van niet-betrokken derden bijzonder terughoudend worden ingezet. Ter waarborging van hun belangen speelt bijvoorbeeld de hiervoor genoemde verzegelingsprocedure bij doorzoekingen van administraties een rol (Art. 194).

Art. 193 voorstel-CH-StPO luidt: 'Zwangsmassnahmen sind Verfahrenshandlungen der Strafbehörden, die in Grundrechte der Betroffenen eingreifen und die dazu dienen: a. Beweise zu sichern; b. die Anwesenheit von Personen im Verfahren sicherzustellen; c. die Vollstreckung des Endentscheides zu gewährleisten.'

Art. 194 luidt: '1 Zwangsmassnahmen können nur ergriffen werden, wenn: a. sie gesetzlich vorgesehen sind; b. ein hinreichender Tatverdacht vorliegt; c. die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können; d. die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt. 2 Zwangsmassnahmen, die in die Grundrechte nicht beschuldigter Personen eingreifen, sind besonders zurückhaltend einzusetzen.'

490 Hoofdstuk 4.3.3.3.
491 Hoofdstuk 3.3.4.1.
492 Vgl. Aepli (2004), p. 63-86; Hauser/Schweri (1999), p. 277-279; Brun (1996), p. 95-106.
493 Het evenredigheidsbeginsel kan hier aanvullende eisen stellen; vgl. Schmid (2004), p. 246.

De eisen die aan de dwangmiddelen worden gesteld in de Art. 193 en 194, gaan vergezeld van voorschriften over het gebruik van de informatie. Op verschillende plaatsen treft men voorschriften aan die het verdere gebruik van gegevens normeren, die bij toeval werden gevonden. Zo bevat Art. 242 de bepaling dat toevallige vondsten die duiden op andere strafbare feiten, moeten worden veilig gesteld, welke bepaling uiteraard moet worden verstaan tegen de achtergrond van het legaliteitsbeginsel. *Fishing expeditions* en U-bochtconstructies zijn echter niet toegestaan.[494] De regels op het gebied van bewaking van het telecommunicatieverkeer kennen verdergaande regels over het gebruik van informatie voor andere doeleinden (Art. 277).[495]

> Het is de vraag of het verkregen materiaal ook voor andere dan strafprocessuele doeleinden mag worden gebruikt. Men kan hier betogen dat juist, omdat niet ieder strafvorderlijk gebruik is toegestaan, doelafwendingen die niet vallen onder Art. 277, een aparte rechtvaardiging behoeven, zeker als ze buiten de strafvorderlijke sfeer liggen. Ze leveren immers nieuwe grondrechtsinbreuken op. Zonder expliciete wettelijke grondslag zou de informatie dan ook niet voor fiscale doelen mogen worden gebruikt. Anderzijds zou men ook kunnen betwisten of deze conclusie wel kan worden getrokken. De regeling lijkt veeleer bedoeld te functioneren binnen het strafrecht en niet daarbuiten. Hier zou echter weer tegenin kunnen worden gebracht dat juist zwaarwegende grondrechtsinbreuken, in dit geval bestaande uit het fiscale gebruik van zeer gevoelige informatie, een expliciete rechtvaardiging behoeven en geen stilzwijgende.[496] Wat hier ook van zij, momenteel bestaat op deze vragen nog geen eenduidig antwoord.

5.3.4.2 Rechtsbescherming

Net als ik in de voorgaande paragrafen ten aanzien van de fiscale en financiële onderzoeksbevoegdheden heb gedaan, volgen nu enige opmerkingen over de procedurele positie van de bank, als derde of als verdachte, in het opsporingsonderzoek. Meer in het bijzonder gaat het om de vragen of deze altijd op de hoogte moet zijn, c.q. moet worden gebracht van tegen hem gestelde onderzoekshandelingen, of hij zich hiertegen juridisch weren kan en welke overige rechten hem daarbij zijn toebedeeld. Omdat over deze vragen in het strafprocesrecht meer te zeggen is dan bijvoorbeeld *in fiscalibus*, splits ik de onderwerpen uit over twee subparagrafen, namelijk een over de (uitoefening van) partij(rechten) in het strafrechtelijke onderzoek, en in het bijzonder over de positie van de verdachte, en een over de rechtsbescherming tegen concrete onderzoekshandelingen.

---

494 Botschaft voorstel-CH-StPO, p. 1237.

495 Vgl. Art. 9 BÜPF.

496 Vgl. in deze zin Brun (1996), p. 76, die zich overigens beperkt tot doelafwending binnen de strafrechtelijke handhaving. In afwijking van deze opvatting stelt overigens het Kassationsgericht Kanton Zürich 2 november 1998, ZR 99, Nr. 3, dat het gebruik van *Zufallsfunden* uit doorzoekingen geen nieuwe inbreuk op de onschendbaarheid van de woning oplevert (Art. 13 BV).

A) Partijen en partijrechten

Met de beoogde invoering van het nieuwe federale strafprocesrecht tracht men als gezegd ook de positie van de verdachte in het vooronderzoek te versterken, onder meer door het leggen van het accent op het stadium van de *Untersuchung* (in plaats van op het informele *Ermittlungsverfahren*) en door het uitwerken van allerhande inzage- en participatierechten in dat stadium.[497] Diezelfde ontwikkeling had ook al plaats in het Zürcher strafproces. De versterking van de positie van de verdachte/verdediging heeft onmiskenbaar te maken met de keuze voor het *Staatsanwaltschaft*-model en de bijbehorende geringe rol voor de (onderzoeks)rechter. Dwangmiddelen mogen door het OM zonder enige rechterlijke bemoeienis vooraf worden ingezet. Zelfs de politie kan in spoedeisende gevallen over dwangmiddelen beschikken. Bij deze sterke positie van het OM past een corresponderende positie van de verdachte en diens raadsman in het vooronderzoek.[498] De verdachte (*Beschuldigte*) wordt om deze reden in Art. 102 voorstel-CH-StPO als partij aangemerkt.[499] Afgezien van het feit dat zijn medewerkingsplicht komt te vervallen (Art. 111), komen de verdachte hiermee ook procedurele rechten toe (Art. 105).

> Art. 102 luidt: '1 Parteien sind: a. die beschuldigte Person; b. die Privatklägerschaft; c. im Haupt- oder Rechtsmittelverfahren: die Staatsanwaltschaft. 2 Bund und Kantone können weiteren Behörden, die öffentliche Interessen zu wahren haben, volle oder beschränkte Parteirechte einräumen.'
>
> Art. 105 luidt: '1 Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör, namentlich auf: a. Akteneinsicht; b. Teilnahme an Verfahrenshandlungen; c. Beizug eines Rechtsbeistandes; d. Äusserung zur Sache und zum Verfahren; e. Stellung von Beweisanträgen. 2 Die Strafbehörden machen rechtsunkundige Parteien auf ihre Rechte aufmerksam.'

Het belang van deze rechten behoeft echter enige nuancering. Dat heeft in de eerste plaats te maken met het feit dat een beschuldigde niet altijd hoeft te weten *dat* er tegen hem een onderzoek loopt. Hierboven zagen we dat Art. 183 DBG de plicht in het leven roept om de van belastingontduiking verdachte persoon van de opening van het onderzoek op de hoogte te stellen. Art. 23 ZH-StPO kent zo'n plicht ook, voor zover het althans gaat om de opening van het *Untersuchungsverfahren*.[500] Zo'n plicht bestaat evenwel niet op grond van het voorstel-CH-StPO. Als de *Staatsanwalt* besluit een onderzoek (*Untersuchung*) te openen, kan hij dat vormloos doen en hoeft hij betrokken partijen hiervan niet te berichten (Art. 308 Abs. 3). Een meldplicht (en cautie) jegens verdachte geldt pas bij diens eerste verhoor (vgl. Art. 155). Een en ander brengt mee dat de verdachte niet noodzakelijk op de hoogte hoeft te zijn van een tegen hem lopend onderzoek. Dat geldt te meer voor de opsporingsfase.

---

497 *Supra* paragraaf 5.2.3.4.

498 Begleitbericht bij het voorstel-CH-StPO, p. 19.

499 Daarover Schmid (2004), p. 145-146.

500 Art. 106 BStP pakt het iets anders aan. Dit artikel schrijft een kennisgevingsplicht voor op het moment dat het onderzoek (*Untersuchung*) wordt beëindigd.

Naast het feit dat een persoon niet altijd op de hoogte hoeft te zijn van een onderzoek, kan ook nog de vraag worden gesteld vanaf wanneer hij zijn rechten kan uitoefenen. Zo is inzage in de stukken doorgaans pas mogelijk 'nach der ersten Einvernahme der Beschuldigten und der Abnahme der wichtigsten Beweise' (Art. 99),[501] wat volgens sommigen te vroeg, volgens anderen te laat en volgens velen in ieder geval te onbepaald is.[502] Ook ten aanzien van het recht om aan onderzoekshandelingen te mogen deelnemen (Art. 144) kan de vraag worden gesteld vanaf welk moment dit recht precies geldt. In het opsporingsonderzoek gelden deze rechten bijvoorbeeld nog niet.[503] Het recht is bovendien zonder betekenis zolang de verdachte niet weet dat er een onderzoek loopt. Weet hij dat wel en is de *Untersuchung* geopend, dan is zijn positie aanmerkelijk steviger. Zijn principiële recht op deelname aan onderzoekshandelingen kan dan alleen nog worden beperkt via een van de gronden genoemd in de Art. 146 e.v. en via Art. 106.[504]

B) Rechtsmiddelen

De mogelijkheden om op te komen tegen concrete onderzoekshandelingen zijn zeer ruim gevat. Dat is thans al zo in de meeste kantonnale wetten, maar het zal ook zo zijn onder het nog in te voeren voorstel-CH-StPO. Op basis van de voorliggende voorstellen kan het rechtsmiddel van de *Beschwerde* worden ingesteld tegen een veelheid van te onderscheiden handelingen. De bevoegde autoriteit is de *Beschwerdeinstanz* (Art. 20).

> Art. 401 luidt: '1 Die Beschwerde ist zulässig gegen: a. die Verfügungen und die Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden; b. die Verfügungen und Beschlüsse sowie die Verfahrenshandlungen der erstinstanzlichen Gerichte; ausgenommen sind verfahrensleitende Entscheide; c. die Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts in den in diesem Gesetz vorgesehenen Fällen. 2 Mit der Beschwerde können gerügt werden: a. Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung; b. die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts.'
>
> De *Beschwerde* in het voorstel-CH-StPO is een mengvorm van twee andere thans veelvuldig voorkomende kantonnale rechtsmiddelen, namelijk de *Rekurs* en de *(Aufsichts)beschwerde*. Deze zijn per kanton vaak zeer verschillend geregeld. Eronder kunnen handelingen van de onderzoeksdiensten, aanklager, als rechter vallen. Het voorwerp van geschil kan een procedurekwestie zijn, maar ook een oordeel over de schuldvraag (voor zover niet een ander rechtsmiddel openstaat). In Zürich is het voorwerp van geschil zeer ruim geregeld. Uit Art. 402 ZH-StPO

501 Zie voor het *Recht auf Akteneinsicht* in Zürich Art. 17 ZH-StPO; zie ook Art. 116 en 102bis BStP.

502 Vgl. de *Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens* over het voorstel-CH-StPO van februari 2003, p. 31; Donatsch (2004).

503 Botschaft voorstel-CH-StPO, p. 1187.

504 Botschaft voorstel-CH-StPO, p. 1187. In de Art. 146 e.v. worden uitzonderingen op het *Teilnahmerecht* ten behoeve van zwaarder wegende belangen van getuigen gedefinieerd. Die bespreek ik verder niet.

> blijkt dat beroep mogelijk is tegen processuele handelingen, zonder dat daaraan een formeel besluit ten grondslag ligt, maar ook tegen zogenaamde *Verfügungen*, die zijn genomen door één persoon, en *Beschlüsse*, die worden genomen door een rechterlijk collegium. Ook de BStP stelt in ruime mate rechtsbescherming open (Art. 214 BStP).[505]

Waartegen is een *Beschwerde* allemaal denkbaar? Ze staat hoe dan ook open tegen de beslissing tot inzet en de wijze van toepassing van dwangmiddelen door het OM of de politie.[506] Dat volgt overigens ook al uit Art. 198 voorstel-CH-StPO. Verder is het vermeldenswaard dat niet alleen tegen *Verfügungen* bezwaar openstaat, maar ook tegen 'das Verfahren'. Met het artikel wordt dus beoogd tegen iedere proceshandeling (of juist het achterwege blijven daarvan) een rechtsmiddel open te stellen.[507] Hierbij kan worden gedacht aan het oproepen voor verhoor, het verlenen van inzage in het dossier, danwel de weigering daarvan, de beslissing tot de inzet van dwangmiddelen en de toepassing ervan, rechterlijke besluiten tot ontzegeling van administraties en de beslissing tot het verlenen van *Amtshilfe*.[508]

Het *Recht auf rechtliches Gehör* is in het strafproces dus in zeer omvangrijke mate gewaarborgd. Ook deze zeer vergaande vorm van rechtsbescherming moet worden gezien als een tegenwicht voor de grote concentratie van macht bij het OM in het vooronderzoek. Bezwaar (of enig ander rechtsmiddel) staat echter niet open tegen de beslissing om een vooronderzoek te openen.[509] Met het voorgaande is ook niet gezegd dat deze rechtsmiddelen opschortende werking toekomt. Dat is in beginsel niet het geval (Art. 395), hoewel de wet of de leiding van het onderzoek anders kan bepalen.

De vraag is uiteraard wie precies een rechtsmiddel kan instellen. Het antwoord hierop is te vinden in Art. 390: het moet gaan om een partij die een rechtens te beschermen belang heeft bij de verandering of opheffing van het aangevochten besluit (*Entscheid*). Daartoe zal vaak de verdachte behoren, maar de vraag is of een bank ook als derde zo'n rechtsmiddel toekomt. Dat is inderdaad het geval. In Art. 103 wordt bepaald dat ook derden die onmiddellijk worden geraakt door procedurehandelingen (*Verfahrenshandlungen*) procesdeelnemer (*Prozessbeteiligte*) kunnen zijn. Ter bescherming van hun belangen komen hun partijrechten toe, voor zover dat voor de bescherming van hun belangen nodig is. Aldus kunnen ook personen bij wie voorwerpen in beslag zijn genomen, daartegen opkomen en hebben ze, voor

---

505 Over dit alles Hauser/Schweri (1999), p. 429-432 en 457-458; Schmid (2004), p. 374-385.

506 In bijzondere gevallen, waarvan Art. 278 Abs. 3 (*Beschwerden nach der Mitteilung der Gründe und der Dauer einer Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs*) hier de meest belangrijke is, is de *Beschwerde* ook mogelijk tegen beslissingen van het *Zwangsmassnahmengericht*, Botschaft voorstel-CH-StPO, p. 1312.

507 Daarmee wijkt men af van de gang van zaken in veel kantons; zie Hauser/Schweri (1999), p. 431-432.

508 Schmid (2004), p. 376-377.

509 Dat is, in ieder geval in Zürich, anders voor de weigering om een onderzoek te openen; Schmid (2004), p. 375.

zover nodig, recht op inzage in de stukken.[510] Een bank bij wie onderzoekshandelingen worden gesteld, kan daartegen dus in beroep, maar alleen voor zover hij zelf getroffen is. Hij kan niet optreden als zaakwaarnemer voor zijn cliënten.[511]

5.4 GEHEIMHOUDING, DOELBINDING EN INFORMATIE-UITWISSELING

In het voorgaande zijn de afzonderlijke autoriteiten en hun bevoegdheden besproken. In het onderstaande komen hun onderlinge relaties aan de orde en wordt aandacht besteed aan de vraag in hoeverre men met elkaar informatie mag delen. Die vraag is transnationaal van belang, omdat men mogelijk uit het buitenland verkregen gegevens zal willen doorleiden. Met het oog daarop wordt bekeken welke regels het Zwitserse recht kent met betrekking tot de opslag en de verstrekking van gegevens. Dat gebeurt aan de hand van het ambtsgeheim van de verschillende deelnemers. Uiteraard is er daarbij bijzondere aandacht voor de positie van bancaire informatie in dit geheel. In het bovenstaande bleek immers herhaaldelijk dat juist in het fiscale bereik bancaire informatie maar in zeer beperkte mate toegankelijk is. De EBK en justitie zijn daarmee interessante alternatieve informatiebronnen voor de fiscus, zonder dat er ook inhoudelijke argumenten hoeven te zijn om samen te werken.[512] Dat kan voor deze diensten reden zijn om informatieverzoeken van de fiscus met grote terughoudendheid te benaderen. Anderzijds moet ook met het karakter van Zwitserland als bondsstaat rekening worden gehouden. Dat noopt, net als in Duitsland, juist weer tot wederzijdse bijstand. Het behoeft geen betoog dat hier een spanningsveld ligt. In het onderstaande wordt dan ook eveneens ingegaan op de nationale, interne regels inzake de *Amtshilfe* en *Rechtshilfe* (paragraaf 5.4.2). Bovendien kunnen deze regels aanknopingspunten bieden voor het internationale perspectief, dat in de volgende paragraaf aan de orde komt.

5.4.1 Het ambtsgeheim

5.4.1.1 De Eidgenössische Bankenkommission/EBK

A) Algemeen

Als de FINMAG het daadwerkelijk tot wet redt, zal er voor het eerst een specifiek wettelijk ambtsgeheim voor de EBK/FINMA zijn. Tot dat moment geldt voor de EBK het meer algemene Art. 320 StGB. Het nieuwe Art. 14 FINMAG zal medewerkers en organen van de FINMA verplichten tot geheimhouding van ambtelijke aangelegenheden, dat wil zeggen: alles wat niet publiekelijk toegankelijk is en waarbij de FINMA of derden een belang tot geheimhouding hebben.[513] De achtergronden van dit ambtsgeheim liggen dus net als in Nederland en Duitsland besloten

510 Botschaft voorstel-CH-StPO, p. 1163-1164; Schmid (2004), p. 174-175 en 366-367.
511 Schmid (2004), p. 382.
512 Vgl. *supra* paragraaf 5.2.2.3, onder C.
513 Botschaft FINMAG, p. 2867.

in de bescherming van zowel private als publieke belangen.[514] Het kan gaan om het functioneren van de FINMA zelf, maar ook om de bescherming van bijvoorbeeld het bankgeheim (Art. 47 BankG/Art. 43 BEHG). Schendingen van dat geheim zijn strafbaar op grond van Art. 320 StGB.[515]

> Art. 14 voorstel-FINMAG luidt: '1 Das Personal und die Organe sind zur Verschwiegenheit über amtliche Angelegenheiten verpflichtet. 2 Die Pflicht zur Verschwiegenheit bleibt auch nach Beendigung des Arbeits- oder Organverhältnisses bestehen. 3 Die Angestellten und die einzelnen Organe der FINMA dürfen sich ohne Ermächtigung der FINMA bei Einvernahmen und in Gerichtsverfahren als Partei, Zeuginnen und Zeugen oder Sachverständige nicht über Wahrnehmungen äussern, die sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben gemacht haben und die sich auf ihre amtlichen Aufgaben beziehen. 4 Dem Amtsgeheimnis unterstehen auch alle Personen, die von der FINMA beauftragt sind.'
> Art. 320 StGB luidt: '1 Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft. Die Verletzung des Amtsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses strafbar. 2 Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis mit schriftlicher Einwilligung seiner vorgesetzten Behörde geoffenbart hat.'
> Naast de bepaling in het voorstel-FINMAG kan ook nog worden gewezen op Art. 22 van de *Bundespersonalgesetz*/BPG, die verder is uitgewerkt in Art. 94 van de *Bundespersonalverordnung*/BPV. Ik laat deze verder rusten.

Ten aanzien van de vraag hoe men het ambtsgeheim werkelijk waardeert, kan worden gekeken naar de uitzonderingen die erop mogelijk zijn. Er zijn twee categorieën uitzonderingen, namelijk a) de toestemming van de hiërarchisch meerdere[516] en b) een wettelijke grondslag.[517] In het financiële toezicht doet zich wat betreft categorie a een bijzonderheid voor in die zin dat de EBK, als onafhankelijke autoriteit, zelf over de toestemming kan beslissen. Ze behoeft daarvoor geen toestemming van het EFD.[518] De tweede categorie, de wettelijke grondslag, is voor dit onderzoek het meest belangrijk. Daarbij moet in het bijzonder worden gewezen op Art. 38 voorstel-FINMAG, dat de EBK tot aangifte van strafbare feiten en tot onderlinge bijstand (*Rechtshilfe*) met justitie (*Strafverfolgungsbehörden*) zal verplichten, net als nu het geval is.[519] Deze aangifteplicht is niet beperkt tot beurs- en effectengerelateerde delicten. Ook voor commune strafbare feiten moet aangifte worden gedaan.

---

514 Trechsel (1997), Art. 320 StGB; Rapport Commissie Zimmerli, p. 34.
515 Vgl. Nater (2001), p. 183-184; Roth (2000), Art. 40-44 BEHG, aant. 106; Kleiner/Zobl (2003), Art. 23 BankG, aant. 13; Nobel (2004), p. 483; Trechsel (1997), Art. 320 StGB.
516 Vgl. Art. 14 Abs. 3 voorstel-FINMAG, maar ook Art. 94 Abs. 3 BPV.
517 Een derde categorie – de toestemming door degene op wie de gegevens betrekking hebben – laat ik hier buiten beschouwing.
518 Vgl. ook de Botschaft bij de FINMAG, p. 2867.
519 Art. 35 Abs. 6 BEHG; *supra* paragraaf 5.2.1.4.

ZWITSERLAND

Art. 38 voorstel-FINMAG luidt: '1 Die FINMA und die Strafverfolgungsbehörden des Bundes und der Kantone leisten einander Rechts- und Amtshilfe nach Massgabe der einschlägigen Gesetze. 2 Sie koordinieren ihre Untersuchungen soweit möglich und erforderlich. 3 Erhält die FINMA Kenntnis von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen sowie Widerhandlungen gegen dieses Gesetz und die Finanzmarktgesetze, so benachrichtigt sie die zuständigen Strafverfolgungsbehörden.'
Art. 35 Abs. 6 BEHG luidt thans: '6 Erhält die Aufsichtsbehörde Kenntnis von strafbaren Handlungen, so benachrichtigt sie unverzüglich die zuständigen Strafverfolgungsbehörden. Diese Behörden sind zu gegenseitiger Rechtshilfe verpflichtet.'

Tussen de twee artikelen bestaan enige verschillen. Waar het eerste, dat in zijn redactie lijkt op Art. 23ter Abs. 4 BankG, spreekt over een plicht tot het doen van aangifte bij financiële en 'gemeinrechtliche Verbrechen und Vergehen', spreekt het tweede meer in algemene zin over 'strafbare Handlungen' en omvat daarmee ook de overtredingen (*Übertretungen*). Onduidelijk is of men met de term 'gemeinrechtlich' overig *Nebenstrafrecht*[520] uit wil sluiten. Daarmee zou bijvoorbeeld ter zake van fiscaal bedrog geen aangifteplicht voor de EBK bestaan.[521]

Het *Bundesgericht* kreeg een paar maal de vraag voorgelegd of (medewerkers van) de EBK zich in stilzwijgen mag hullen, als haar ten behoeve van een justitieel onderzoek gevraagd wordt inzage in haar akten te verlenen of ze als getuige wordt opgeroepen. De EBK beriep zich daarbij op Art. 28 *Bundesbeamtengesetz*/BtG, de voorganger van Art. 22 BPG j° Art. 94 Abs. 3 BPV, op grond waarvan slechts na ambtelijke toestemming een getuigenverklaring mocht worden afgelegd.[522] Volgens de EBK mocht toestemming worden geweigerd, omdat de plicht tot bijstand moest wijken voor de belangen die met geheimhouding waren gediend. Met het oog op haar werkzaamheden in de preventieve sfeer moest de EBK een vertrouwenspositie toekomen. Dit argument werd echter niet door het *Bundesgericht* aanvaard, nu uit de aangifteplicht van Art. 35 BEHG al bleek hoe de wetgever de belangen bij geheimhouding en die bij de waarheidsvinding in strafzaken beoordeelde: de EBK was nu juist tot aangifte verplicht. Daarom moest ook inzage in de akten worden verleend of een getuigenverklaring worden afgelegd. In strafzaken is men dus gehouden medewerking te verlenen, of die nu plaatsvindt door het doen van aangifte, het overhandigen van stukken of het afleggen van verklaringen. De EBK komt geen professioneel verschoningsrecht toe.[523]

Het *Bundesgericht* stond enige uitzonderingen toe. Op het moment dat de EBK van private personen, die niet onder toezicht staan, inlichtingen verkrijgt en deze niet of nauwelijks anderszins kunnen worden verkregen, is het toegestaan deze

520 Daarover paragraaf 5.2.1.4, onder A.
521 Hierover ook Nobel (2004), p. 498-499; Kleiner (2003), Art. 23ter BankG, aant. 12; Althaus (1997), p. 117.
522 Vgl. ook Althaus (1997), p. 115 e.v.
523 Vgl. ook Art. 167 Voorstel-CH-StPO; *supra* paragraaf 5.3.4.1.

bronnen te beschermen.[524] Ook wanneer om interne documenten van de EBK wordt gevraagd is men terughoudender. In dat geval worden hogere eisen gesteld aan de noodzaak tot kennisneming van die documenten en ook aan de vertrouwelijke behandeling ervan. Dat heeft te maken met het feit dat binnen de EBK de gedachtevorming zo vrij mogelijk moet kunnen plaatsvinden. Het (voortijdig) opvragen van documenten kan dit proces verstoren.[525] Het voorstel-FINMAG consolideert deze nuanceringen. Het kent een uitzondering op de aangifteplicht. Op grond van Art. 40 zal de verstrekking van gegevens en documenten mogen worden geweigerd als deze uitsluitend de interne meningsvorming dienden, danwel de openbaring een lopend onderzoek of de taakvervulling van de EBK/FINMA zou schaden. Deze uitzondering mag er, hoewel de grenzen vaag zijn, niet toe leiden dat er in het geheel geen aangifte wordt gedaan of informatie meer wordt verstrekt.

B) Alsnog: toegang tot bancaire informatie voor de fiscus?
Naast de vraag in hoeverre informatie aan justitie kan worden verstrekt, is natuurlijk van belang of informatie ook aan de fiscus mag worden verstrekt. Op de achtergrond speelt daarbij nadrukkelijk de vraag in hoeverre het uitmaakt of daarbij informatie over individuele bankcliënten wordt verstrekt of niet. De kwestie is in Zwitserland begrijpelijkerwijs zeer omstreden en wordt door verschillende auteurs op verschillende wijzen opgelost. *Grosso modo* zijn op deze vraag de volgende antwoorden denkbaar, waarvan ik op dit moment alleen de eerste twee bespreek:

1. de EBK is in het geheel niet verplicht tot verstrekking van welke gegevens dan ook aan de fiscus;
2. de EBK is alleen gehouden die gegevens te verstrekken die niet onder het bankgeheim vallen;
3. de EBK is gehouden alle gegevens, dus ook gegevens die onder het bankgeheim vallen, te verstrekken, maar de fiscus is aan nadere doelbeperkingen gebonden (paragraaf 5.4.1.2);
4. de EBK is gehouden alle gegevens, dus ook gegevens die onder het bankgeheim vallen, te verstrekken, zonder dat de fiscus aan doelbeperkingen gebonden is (paragraaf 5.4.2.2).

Of de fiscus de EBK kan dwingen tot verstrekking van informatie is juist door diens beperkte toegang tot bancaire informatie een andere kwestie dan de verstrekking van gegevens door de EBK aan justitie. Daar komt bij dat de aangifte- en bijstandsplicht van 35 Abs. 6 BEHG, te vervangen door Art. 38 FINMAG, die voor de afwijzing van een verschoningsrecht in strafprocedures van essentieel belang was, alleen geldt jegens *Strafverfolgungsbehörde* en dus niet jegens de fiscus. Om deze reden is er verdedigd dat de EBK niet gehouden zou zijn aan de fiscus informatie te

524 BGE 123 IV 157 (166).
525 BGE 129 IV 141; BGE 125 II 473.

verstrekken.[526] Stilzwijgend gaan sommigen ervan uit dat ook aangifte- en bijstandsplichten in andere wetten de EBK niet tot verstrekking van informatie kunnen verplichten.[527] Daar is wat voor te zeggen, zeker als in de FINMAG een specifieke wettelijke geheimhoudingsplicht voor de FINMA zal worden opgenomen.

Toch is dit niet de heersende mening.[528] Aan de vraag of de EBK tevens gehouden is gegevens te verstrekken die onder het bankgeheim vallen, wordt veel meer aandacht besteed. Een groot deel van de auteurs beantwoordt deze vraag met een verwijzing naar het bank- en/of effectengeheim ontkennend, waarmee overigens stilzwijgend wordt aanvaard dat de EBK aan de fiscus wél inlichtingen kan verstrekken als het bankgeheim niet in het geding is.[529] Door hen wordt hetzij betoogd dat de EBK zelf aan het bankgeheim is gebonden, hetzij dat de verstrekking van bancaire informatie aan de fiscus zou neerkomen op een omzeiling van het bankgeheim *in fiscalibus*.

Beide argumenten lijken echter niet, althans niet zonder meer, door het *Bundesgericht* te worden aanvaard, hoewel jurisprudentie die direct op dit probleem betrekking heeft, nog ontbreekt. Ten aanzien van de eigen binding van de EBK aan het bankgeheim geldt dat Art. 47 BankG, net als Art. 43 BEHG, limitatief de dragers van het bankgeheim noemt.[530] (Medewerkers van) de EBK staat (staan) daar niet bij. Ten aanzien van het omzeilingsargument kan worden gewezen op de parallel met de jurisprudentie van het *Bundesgericht* met betrekking tot het inzagerecht van de fiscus in strafdossiers (Art. 112 DBG). Ook justitie is niet aan het bankgeheim gebonden, maar moet toch inzage verstrekken. Het *Bundesgericht* maakte uit dat informatie over bankcliënten uit strafdossiers door de fiscus mag worden opgevraagd, zelfs als deze cliënten niets met de strafzaak te maken hebben en nog niet met naam en toenaam bij de fiscus bekend zijn.[531] Ook als op deze wijze informatie over niet-betrokken derden wordt verkregen, mag deze voor fiscale doelen worden gebruikt.[532] Een voorwaarde is wel dat de informatievordering de uitvoering van de belastingwet dient.[533] Bovendien moet er voor zo'n inlichtingenverzoek voldoende aanleiding zijn; *allgemeine Suchaktionen* zijn niet toelaatbaar.[534] Anders dan voorheen, is echter niet meer vereist dat er een verdenking voorligt dat een strafbaar vergrijp tegen de belastingwet moet hebben plaatsgevonden.[535]

---

526 Het bankgeheim speelt geen rol meer bij de verstrekking aan justitie, omdat jegens de laatste ook geen bankgeheim geldt (tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt); BGE 123 IV 157 (166).

527 Nobel (2004), p. 520.

528 Als Art. 14 FINMAG daadwerkelijk wordt ingevoerd, zou deze overigens kunnen veranderen. Dan bestaat er een speciale geheimhoudingsplicht voor de FINMA, die niet noodzakelijk door de fiscale bijstandsplicht (zie onder) wordt doorbroken.

529 Kleiner/Zobl (2003), Art. 23 BankG, aant. 17; Althaus (1997), p. 118; Nater (2001), p. 197 (specifiek voor Art. 43 BEHG); Glaser Tomasone (1997), p. 84.

530 Vgl. Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 99.

531 Dat laatste is af te leiden uit BGE 124 II 58 (69).

532 Vgl. ook Raselli (1993), p. 52-55.

533 *Bundesgericht* 25 juli 2001, nr. 2A.96/2000, E.4.

534 BGE 124 II 58 (67); zie ook BGE 108 Ib 231.

535 *Bundesgericht* 25 juli 2001, nr. 2A.96/2000, E.4.

Voor een goed begrip van het probleem is het nuttig Art. 112 DBG, dat de basis vormt voor de inlichtingenverzoeken van de fiscus aan niet-fiscale overheden, hier aan te halen: '1 Die Behörden des Bundes, der Kantone, Bezirke, Kreise und Gemeinden erteilen den mit dem Vollzug dieses Gesetzes betrauten Behörden auf Ersuchen hin alle erforderlichen Auskünfte. Sie können diese Behörden von sich aus darauf aufmerksam machen, wenn sie vermuten, dass eine Veranlagung unvollständig ist. 2 Die gleiche Pflicht zur Amtshilfe haben Organe von Körperschaften und Anstalten, soweit sie Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen. 3 Von der Auskunfts- und Mitteilungspflicht ausgenommen sind die Organe der Schweizerischen Post und der öffentlichen Kreditinstitute für Tatsachen, die einer besonderen, gesetzlich auferlegten Geheimhaltung unterstehen.'

In de genoemde rechtspraak was voor het hof de vraag aan de orde of het bankgeheim onder de uitzonderingen in het derde lid viel.[536] Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Het wijst er daarbij op dat, anders dan bij Art. 127 DBG, dat is besproken in paragraaf 5.3.3.1, onder A, er in Art. 112 Abs. 3 DBG geen verwijzing naar het bankgeheim van Art. 47 BankG wordt gemaakt.[537] De rol van het bankgeheim is daarmee nagenoeg uitgespeeld. Bancaire informatie mag worden opgevraagd en dat niet alleen als dat voor de belastingheffing van de (voormalige) *verdachte* nodig is, maar ook indien het nuttig is voor niet in de strafprocedure betrokken *derden*. In een aantal kernoverwegingen zet het de lijnen als volgt uit: 'Art. 112 Abs. 1 DBG übernimmt weitgehend Art. 90 Abs. 1 BdBSt (…). Nach der Rechtsprechung zu Art. 90 Abs. 1 BdBSt konnte die Steuerverwaltung Einsicht in die Akten eines Strafverfahrens nehmen, sofern sie konkrete Anhaltspunkte für den Verdacht hatte, dass ein Steuerpflichtiger eine Steuerwiderhandlung begangen hatte (…) [deze eis is nu vervallen, ML; zie Bundesgericht 25 juli 2001, nr. 2A.96/2000, E.4b en c]. Das Einsichtsrecht beschränkte sich aber nicht auf die im Strafverfahren angeschuldigten Personen. Die Steuerbehörde durfte Tatsachen, die sie bei der Konsultation der Strafakten in Erfahrung brachte, auch gegenüber den in das Strafverfahren nicht involvierten Personen verwenden, und zwar selbst dann, wenn sie diesen gegenüber anfänglich keinen Verdacht hatte (…). Der Fiskus konnte sogar in die Akten eines Strafverfahrens Einsicht nehmen, wenn er einen konkreten Verdacht nur gegenüber einer am Strafverfahren nicht beteiligten Person hegte, vorausgesetzt die Strafakten standen mit dieser Person in einem Zusammenhang (…).'[538]

Deze jurisprudentie zou ook kunnen opgaan voor inlichtingenverzoeken aan de EBK. Niet iedereen deelt echter deze mening. Twee argumenten kunnen worden ingebracht. Het is als gezegd ten eerste de vraag of Art. 112 DBG te zijner tijd ook een doorbreking van Art. 14 FINMAG zal kunnen rechtvaardigen. Algemene bijstandsplichten doorbreken doorgaans geen bijzondere geheimhoudingsbepalin-

536 De meeste gevallen hadden betrekking op de voorganger van Art. 112 DBG, maar dat maakt *in casu* niet uit nu het *Bundesgericht* deze lijn uitdrukkelijk voortzet onder het nieuwe regime; vgl. BGE 124 II 58 (67-68).

537 In die zin Althaus (1997), p. 118; Behnisch/Cadosch (2004), Art. 112 DBG.

538 BGE 124 II 58 (65); zie ook BGE 108 Ib 231; 113 Ib 193.

gen.[539] Ten tweede kan gewezen worden op het argument van Althaus die in de relaties tussen justitie en de fiscus enerzijds en de EBK en de fiscus anderzijds een essentieel verschil ziet.[540] Vooral de vertrouwensrelatie van de laatste ten opzichte van zijn onder toezicht gestelden zou nopen tot een afwijkende benadering. De verstrekking van informatie aan de fiscus zou deze relatie schaden. Voor deze aanpak is wel wat te zeggen, nu het *Bundesgericht* in de hiervoor vermelde jurisprudentie over het oude Art. 28 BtG aanvaardde dat het eigen functioneren van een bestuursorgaan een reden kan zijn om een getuigenverklaring te weigeren.[541]

Kortom, hoewel rechtspraak waarin dat met zoveel woorden werd bepaald vooralsnog ontbreekt, verwacht ik dat de eerste twee van de aan het begin van deze paragraaf opgeworpen vragen ontkennend beantwoord zullen worden. Toch is dit niet wat er in de praktijk gebeurt. De EBK verschaft wel degelijk informatie aan de fiscus.[542] Het laatste woord is hierover dus nog niet gezegd. De vraag is dan ook wat de fiscus zelf met deze gegevens mag doen. Daarop kom ik in de volgende paragraaf terug.

5.4.1.2 De Finanzbehörde

Voor de fiscus vloeit het ambtsgeheim voort uit de Art. 110 DBG (directe federale belastingen), Art. 120 ZH-StG (directe kantonnale belastingen) en Art. 37 VStG (*Verrechnungssteuer*). Het fiscale ambtsgeheim moet worden beschouwd als een *lex specialis* van het algemene ambtsgeheim van Art. 22 BPG en databeschermingsregelingen.[543] Schending ervan is strafbaar op grond van Art. 320 StGB. Het dient vooral als tegenwicht voor de fiscale inlichtingenplichten.[544] Daarnaast heeft de fiscus een zelfstandig belang bij geheimhouding. Ook interne verhandelingen van de fiscus vallen onder het ambtsgeheim.

> De genoemde bepalingen lijken wat betreft het voorwerp van geheimhouding en de dragers van de geheimhoudingsplicht zeer op elkaar. Ik volsta hier dan ook met aanhaling van Art. 112 Abs. 1 DBG: 'Wer mit dem Vollzug dieses Gesetzes betraut ist oder dazu beigezogen wird, muss über Tatsachen, die ihm in Ausübung seines Amtes bekannt werden, und über die Verhandlungen in den Behörden Stillschweigen bewahren und Dritten den Einblick in amtliche Akten verweigern.'

Wat bij lezing van de artikelen opvalt, is dat er geen verwijzing is naar een inhoudelijk geheimhoudingscriterium, maar dat is gekozen voor een formele aanpak:

539 *Infra* paragraaf 5.4.2.
540 Althaus (1997), p. 119.
541 Vgl. BGE 86 IV 136.
542 Zo werd mij van de zijde van de EBK meegedeeld.
543 Vgl. BGE 128 (2002) II 311.
544 Richner e.a. (1999), Art. 120 ZHStG, aant. 1; Weber (1982), p. 139-140; Zweifel (1992), p. 419-420.

geheim is alles wat de fiscus bij de uitoefening van zijn taken bekend wordt.[545] Ook gegevens die door derden, particulieren of overheidsinstanties, werden verstrekt, zijn geheim. Bij dit alles gaat het bovendien niet alleen om informatie die in de heffingsfase bekend werd (*Veranlagungsverfahren*), maar ook om informatie uit bijvoorbeeld een fiscaal-strafrechtelijke procedure.[546] Opvallend is bij lezing van Art. 112 DBG, net als overigens bij de andere (fiscale) geheimhoudingsplichten, ook dat er geen enkele verwijzing is naar een doelgebonden gebruik van verkregen informatie. In het artikel is slechts te lezen *wie* tot geheimhouding is verplicht, maar niet *waarvoor* die personen de informatie mogen gebruiken.

> Daaruit mag niet worden afgeleid dat het specialiteitsbeginsel bij het gebruik van fiscale informatie geen rol speelt. Als het gaat om gegevens die betrekking hebben op personen vloeit dit al voort uit bijvoorbeeld Art. 4 Abs. 3 *Bundesdatenschutzgesetz*/BDSG, waarin staat dat 'Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist.'[547] Maar ook daarbuiten lijkt deze regel te gelden. Zo staat voor Weber niet alleen buiten kijf dat fiscale informatie alleen voor fiscale doeleinden mag worden vergaard, maar ook dat deze informatie in beginsel alleen maar mag worden gebruikt jegens de belastingplichtige zelf. Het gebruik van deze gegevens voor kruiselingse controles in procedures tegen derden (*Kreuzkontrollen*) mag alleen, als die gegevens ook in de procedure tegen de belastingplichtige relevant waren. Was dat niet het geval en ging het dus om een 'echte' *Zufallsfunde*, dan mag de informatie volgens haar niet tegen derden worden gebruikt. Het fiscale ambtsgeheim zou daaraan in de weg staan.[548] Het is niet duidelijk of de rechters deze beperking zullen aanvaarden. *Kreuzkontrollen* als zodanig werden door het *Bundesgericht* in ieder geval wel aanvaard.[549]

De vraag naar het doelgebonden gebruik wordt in het bijzonder relevant wanneer de fiscus via derden toegang heeft gekregen tot informatie, die onder het bankgeheim valt. Zo is voorstelbaar dat niet in de oorspronkelijke procedure betrokken bankcliënten buiten schot van de fiscus moeten blijven. Dat is in de literatuur en rechtspraak immers meermalen verdedigd. Hier gaat het over de derde en vierde vraag die ik aan het begin van paragraaf 5.4.1.1, onder B, stelde, namelijk of de EBK (of een andere overheidsdienst die niet aan het bankgeheim is gebonden) gehouden is alle gegevens, dus ook gegevens die onder het bankgeheim vallen, te verstrekken en of de fiscus vervolgens aan nadere doelbeperkingen is gebonden. Ook deze vragen worden niet eenduidig beantwoord.

---

545 Vgl. Richner e.a. (1999), Art. 120 ZHStG, aant. 7.
546 Weber (1982), p. 148; Zweifel (1992), p. 420.
547 Soortgelijke bepalingen staan in de kantonnale *Datenschutzgesetze*.
548 Weber (1982), p. 158-161; vgl. Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 47-47a; nog strikter: Aubert e.a. (1978), p. 158-160.
549 BGE 124 II 58.

ZWITSERLAND

> Met een verwijzing naar Art. 40 Abs. 5 VStG, dat bij de *Verrechnungssteuer* het gebruik van verkregen informatie aan een strikte doelbinding onderwerpt, kan zowel een bevestigend als een ontkennend antwoord worden gegeven. Het antwoord luidt bevestigend wanneer men betoogt dat dit artikel nu juist nodig was, *omdat* de fiscus normaliter geen toegang heeft tot bancaire informatie, zodat men aan een soortgelijke regeling in de DBG niet eens toekomt. Het antwoord kan ook ontkennend luiden. In dat geval stelt men dat informatie die eenmaal rechtmatig in het bezit van de fiscus is geraakt, in beginsel ook voor andere doeleinden mag worden gebruikt, zolang er geen bijzondere gebruiksverboden gelden. Een voorbeeld van zo'n bijzonder verbod is inderdaad Art. 40 Abs. 5 VStG, maar dit artikellid kan in deze lezing niet eindeloos worden opgerekt. Het geldt dus niet voor de directe belastingen. De laatste opvatting lijkt aan de winnende hand, getuige de hiervoor aangehaalde rechtspraak van het *Bundesgericht* in paragraaf 5.4.1.1, onder B.[550]

Als dragers van het ambtsgeheim moeten alle personen en instanties worden aangemerkt die met de uitvoering (*Vollzug*) van de belastingwet zijn belast.[551] De term 'uitvoering' moet daarbij als gezegd in ruime zin worden verstaan; het gaat niet alleen om de heffingsfase, maar ook om strafvervolgingen (voor zover deze in handen zijn van de kantonnale fiscus). De EStV, het kantonnale *Steueramt*, de bezwaar- en beroepschriftencommissies (*Steuerrekurskommission*), en de belastingrechter zijn alle geheimhoudingsplichtig, omdat ze fiscale taken verrichten. Andere personen en instanties moeten worden beschouwd als derden ('Dritten'). Onduidelijk is vooralsnog of ook het OM aan het fiscale ambtsgeheim is gebonden.[552]

Ten aanzien van de uitzonderingen op het ambtsgeheim gelden op het eerste gezicht geen speciale regels; deze lijken niet meer of minder stringent dan het algemene ambtsgeheim van Art. 22 BPG. In zoverre moet het belang van de status van het fiscale ambtsgeheim als *lex specialis* worden gerelativeerd.[553] De uitzonderingen kunnen opnieuw worden verdeeld in twee categorieën, namelijk de wettelijke en die waarin met toestemming van de ambtelijk meerdere wordt gehandeld (vgl. Art. 320 Abs. 2 StGB).[554] Bij de wettelijke uitzonderingsgronden gaat het met name om de verschillende *Amts*- en *Rechtshilfe*-bepalingen, bijvoorbeeld om Art.

550 In het bijzonder BGE 124 II 58.

551 Vgl. Art. 102 en 104 DBG; Zweifel (1992), p. 420.

552 Bevestigend: Zweifel (1992), p. 420. Tot een ontkennend antwoord zou echter de uitspraak, genoemd in noot 137 leiden, waarin wordt onderscheiden tussen enerzijds 'Steuer- und Steuerjustizbehörden' en anderzijds de 'ordentlichen Strafverfolgungsbehörden'.

553 Vgl. Zweifel (1992), p. 419.

554 Vgl. Art. 120 Abs. 2 ZH-StG: 'Eine Auskunft, einschliesslich der Öffnung von Akten, ist zulässig, wenn hiefür eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage im Recht des Bundes oder des Kantons gegeben ist. Fehlt eine solche Grundlage, ist eine Auskunft nur zulässig, soweit sie im öffentlichen Interesse geboten ist. Über entsprechende Begehren entscheidet die Finanzdirektion.' Art. 110 Abs. 2 noemt de ambtelijke toestemming niet. Toch wordt aangenomen dat ook voor de federale belastingen deze uitzonderingsgrond geldt.

356 StGB, waarop ik in paragraaf 5.4.2.3 nog terugkom,[555] en om de wettelijke aangifteplichten. Zo is voorstelbaar dat de fiscus die de kantonnale belastingwet uitvoert, gebonden is aan de algemene aangifteplicht van Art. 21 ZH-StPO.[556] Toch is dat niet het geval. In zoverre weegt het fiscale ambtsgeheim wel degelijk zwaarder dan het algemene Art. 22 BPG. Alleen bij *Steuerbetrug* geldt namelijk een aangifteplicht.[557]

Voor andere delicten bestaat er geen aangifteplicht. Dat betekent dat in die gevallen de fiscus in het strafproces een verschoningsrecht toekomt.[558] De fiscus kan danwel uit eigen beweging aangifte doen of anderszins informatie verstrekken. Datzelfde geldt als hij informatie aan de EBK wil verstrekken. In zo'n geval moet toestemming worden verkregen. In Zürich is de *Finanzdirektion* van de kantonnale regering daarvoor bevoegd.[559] Op federaal niveau wordt de toestemming, na tussenkomst van de EStV, gegeven door het *Eidgenössische Finanzdepartement*, ook als de wet wordt uitgevoerd door kantonnale autoriteiten (vgl. Art. 37 Abs. 2 VStG).[560]

> Voorafgaand aan de toestemming voor verstrekking is een belangenafweging nodig. In de wet is slechts bepaald dat alleen publieke belangen aan een doorbreking ten grondslag kunnen liggen. Welke publieke belangen dat precies zijn en hoe deze moeten worden gewaardeerd, is echter overgelaten aan de fiscus zelf, wat mij gezien de achtergrond van het ambtsgeheim verbaast. Duidelijk en bevorderend voor de medewerkingsbereidheid van belastingplichtigen (en derden) is het niet, als men enerzijds strikte geheimhouding belooft, maar anderzijds in het vage blijft over de uitzonderingen op deze regel. Zo bleek hierboven al dat het feit dat men door het verstrekken van informatie in een fiscale procedure mogelijk een verdenking van een fiscaal of ander strafbaar feit op zich laadt, geen reden is om de verstrekking daarvan aan de fiscus te weigeren. Evenmin lijkt het een reden om de verstrekking van deze informatie vervolgens aan justitie achter-

555 Andere voorbeelden zijn Art. 111 DBG (fiscale bijstand); Art. 188 Abs. 1 DBG (aangifteplicht bij federale misdrijven); Art. 39 Abs. 2 StHG (idem); Art. 36 VStG; 27 BStP (rechtshulp in geval van federale strafzaken); Art. 30 VStR (rechtshulp in *Verwaltungsstrafsachen*); Art. 3 IRSG (internationale rechtshulp).

556 De *Bundesstrafrechtspflegegesetz* kent een aangiftebevoegdheid (Art. 100 BStP), maar geen aangifteplicht. Het fiscale ambtsgeheim blijft dan in beginsel overeind; vgl. Agner e.a. (1995), Art. 110 DBG, aant. 4. Dat is weer anders voor Art. 19 VStR, dat wel een aangifteplicht schept voor het federale *Verwaltungsstrafrecht*.

557 Vgl. Weber (1982), p. 186-187. Voor de federale belastingen geldt Art. 188 DBG; voor de kantonnale Art. 76 van de Zürcher *Verordnung zum Steuergesetz* van 01 april 1998: 'Besteht nach den Feststellungen einer Steuerbehörde der begründete Verdacht, dass ein Steuervergehen begangen worden ist, sind die Akten der Strafuntersuchungsbehörde zu überweisen. (…)'

558 Vgl. Art. 167 voorstel-CH-StPO; paragraaf 5.3.4.1.

559 Vgl. ook Art. 28 van de *Verordnung zum Steuergesetz* van 1 april 1998 waarin wordt bepaald dat: 'Die Steuerbehörden melden strafbare Handlungen, die sie in Ausübung ihres Amtes feststellen, der Finanzdirektion. Vorbehalten bleiben die besonderen Zuständigkeiten bei der Ahndung von Steuerdelikten.'

560 Agner e.a. (1995), Art. 110 DBG, aant. 4.

wege te laten, danwel te weigeren. Ook is nog onduidelijk wat er met deze informatie in een strafproces kan worden gedaan.

Het geven van toestemming kan op twee manieren, namelijk door middel van een algemene machtiging (*generelle Ermächtigung*) of door toestemming in een individueel geval. Een voorbeeld van de eerste is de *Verfügung der FD über Auskünfte aus Steuerakten an Verwaltungs- und Gerichtsbehörden*, waarin de Zürcher *Finanzdirektion* onder meer uitmaakte dat het verstrekken van inlichtingen aan justitie bij *Steuerbetrug* altijd toelaatbaar is.

5.4.1.3 De Staatsanwaltschaft

Slechts een paar opmerkingen wijd ik ten slotte aan het ambtsgeheim van justitie. Het ambtsgeheim zal in het voorstel-CH-StPO worden geregeld in Art. 71. Het artikel bevat een geheimhoudingsplicht die geldt voor alle medewerkers van justitiële autoriteiten. Gegevens zijn geheim als redenen van publieke of private aard daartoe dwingen. Die gegevens moeten de medewerkers van het OM uiteraard wel bij de uitoefening van hun taak hebben verkregen. De gegevens mogen bovendien niet al op de terechtzitting aan de orde zijn gekomen of feiten van algemene bekendheid zijn. Ook overtreding van deze geheimhoudingsplicht zal strafbaar zijn onder Art. 320 StGB.

In Art. 71 voorstel-CH-StPO is het volgende bepaald: '1 Die Mitglieder von Strafbehörden, ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie die von Strafbehörden ernannten Sachverständigen bewahren Stillschweigen hinsichtlich Tatsachen, die ihnen in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit zur Kenntnis gelangt sind und an deren Geheimhaltung ein öffentliches oder privates Interesse besteht. 2 Die Verfahrensleitung kann die Privatklägerschaft und andere Verfahrensbeteiligte und deren Rechtsbeistände unter Hinweis auf Artikel 292 StGB10 verpflichten, über das Verfahren und die davon betroffenen Personen Stillschweigen zu bewahren, wenn der Zweck des Verfahrens oder ein privates Interesse es erfordert. Die Verpflichtung ist zu befristen.'

Welke publieke en private belangen precies geheimhouding rechtvaardigen, wordt niet helemaal duidelijk. De toelichting bij het wetsvoorstel is ter zake redelijk beknopt.[561] Het ligt voor de hand dat persoonsgegevens, maar ook gegevens die vallen onder het bankgeheim, zo'n vertrouwelijk karakter zullen hebben. Als een voorbeeld van publieke belangen die dwingen tot geheimhouding, kan het functioneren van het OM zelf dienen. Zo ligt het voor de hand dat strategische informatie over bepaalde strafzaken niet in de openbaarheid zal mogen komen. Voor zover het daarbij gaat om lopende onderzoeken wordt dit laatste overigens ook bereikt door Art. 67 voorstel-CH-StPO, waarin het geheim van het vooronderzoek is vastgelegd.[562] Dit artikel heeft echter alleen betrekking op concrete, lopende

561 Botschaft voorstel-CH-StPO, p. 1153-1154.
562 Vgl. ook Art. 34 ZH-StPO; Hauser/Schweri (1999), p. 339.

strafzaken en ziet niet op overige gegevens die zich bij het OM kunnen bevinden. In zoverre is zijn reikwijdte beperkt.

> Voor beide categorieën discretieplichten geldt dat ze geen afbreuk kunnen doen aan de rechten van de verdachte op inzage en kennisneming van de stukken, danwel zijn persoonsgegevens. De geheimhoudingsplicht geldt alleen jegens particuliere derden en jegens andere overheidsorganisaties. Beperkingen jegens de verdachte behoeven een andere grondslag (paragraaf 5.3.4.2, onder A).

Uit artikel 71 wordt niet duidelijk welke uitzonderingen op het ambtsgeheim mogelijk zijn. Er is echter geen reden om aan te nemen dat hier iets anders gelden zal, dan werd beschreven in het voorgaande. Allereerst is er de mogelijkheid dat toestemming wordt verleend door de hiërarchisch meerdere om geheime informatie te verstrekken (vgl. Art. 320 Abs. 2 StGB). Daarenboven zijn er wettelijke uitzonderingen te vinden in Art. 73, lid 4, van het ontwerp-StPO. In het vierde lid daarvan wordt bepaald dat zowel de bond als de kantons de justitiële autoriteiten tot het doen van mededelingen kunnen verplichten of hen het recht daartoe kunnen verlenen. Deze regeling is niet limitatief.[563] Net als thans het geval is, kan dus worden aangenomen dat het ambtsgeheim van justitie zal wijken voor bijvoorbeeld fiscale bijstandsverzoeken. Op grond van Art. 112 DBG bestaat ook een spontane meldplicht aan de fiscus. Aan de EBK kan eveneens informatie worden verstrekt. In Art. 38 voorstel-FINMAG staat namelijk dat de EBK/FINMA en justitie tot onderlinge bijstand zijn verplicht.[564] Daarmee is in ieder geval de verstrekking van informatie op verzoek van de EBK mogelijk.

5.4.2 Samenwerking op nationaal niveau: de *Amtshilfe* en *Rechtshilfe*

In de bovenstaande paragraaf kwamen de geheimhoudingsplichten van de betrokken autoriteiten aan de orde. Thans is de beurt aan de voorschriften die gaan over hun onderlinge samenwerking. Hierboven constateerde ik al meermaals dat vooral voor de fiscus, die over een slechte informatiepositie beschikt, het opvragen van gegevens die zich bij een andere overheidsdienst bevinden, een interessant alternatief kan zijn. Net als het Duitse recht kent ook het Zwitserse recht een onderlinge bijstands- en rechtshulpplicht die de autoriteiten tot onderlinge samenwerking verplicht (Art. 44 BV).

> Art. 44 BV luidt: '1 Bund und Kantone unterstützen einander in der Erfüllung ihrer Aufgaben und arbeiten zusammen. 2 Sie schulden einander Rücksicht und Beistand. Sie leisten einander Amts- und Rechtshilfe. 3 Streitigkeiten zwischen Kantonen oder zwischen Kantonen und dem Bund werden nach Möglichkeit durch Verhandlung und Vermittlung beigelegt.'

563 Botschaft voorstel-CH-StPO, p. 1155.
564 Thans: 35 Abs. 6 BEHG.

ZWITSERLAND

De achtergronden van deze samenwerkingsplicht zijn vrijwel identiek aan die in Duitsland.[565] Ik zal deze daarom hier niet verder bespreken, maar me concentreren op de vraag in hoeverre deze regels *de facto* samenwerking tussen de hier besproken autoriteiten toestaan. Mogelijk doet zich hier een conflict voor tussen het ambts- en bankgeheim en de plichten tot onderlinge samenwerking. Dat biedt enerzijds vergelijkingsmateriaal voor de interstatelijke context, maar geeft anderzijds ook aan voor welke doeleinden uit het buitenland ontvangen gegevens in Zwitserland kunnen worden gebruikt.

Binnen de Zwitserse confederatie wordt een aantal vormen van *Amtshilfe/ Rechtshilfe* onderscheiden. Het gaat om:

1. bijstand tussen de autoriteiten van hetzelfde kanton (*innerkantonnale Amts-/Rechtshilfe*);
2. bijstand tussen de autoriteiten van meerdere kantons (*interkantonnale Amts-/ Rechtshilfe*);
3. bijstand tussen federale en kantonnale autoriteiten.

Deze onderscheidingen hebben alles te maken met de rechtsbasis die aan de bijstandsplicht ten grondslag ligt. Deze is van groot belang, omdat zonder zo'n basis het ambtsgeheim inderdaad niet wijken zal voor de plicht tot bijstand.[566] De samenwerking zal in dat geval beperkt blijven tot autoriteiten met een soortgelijk statuut.

> Men kan zich zelfs afvragen of het de fiscale autoriteiten onderling zonder zo'n basis wel is toegestaan informatie aan de fiscus in het andere kanton te verstrekken.[567] Kantonnale autoriteiten van het kanton Zürich hebben immers weinig te vertellen over de autoriteiten in het kanton Genève; ze zijn niet aan dezelfde regels gebonden. Hetzelfde geldt voor kantonnale autoriteiten die een federale autoriteit aanspreken. In deze twee gevallen is een federale regeling vereist, die alle betrokken autoriteiten tot samenwerking verplicht en daarmee als basis dienen kan voor de verstrekking van informatie. Gaat het alleen om de samenwerking tussen kantonnale autoriteiten, dan kan men ook denken aan afspraken tussen de kantons onderling (*Konkordate*).
>
> Het bekendste voorbeeld van een *Konkordat* is het *Rechtshilfekonkordat* in strafzaken, dat hieronder nog aan de orde komt en straks zal worden geïntegreerd in het voorstel-CH-StPO. Voorbeelden van federale wetten zijn er genoeg; ik kan wijzen op Art. 356 StGB en Art. 17 BStP als het gaat om rechtshulp in strafzaken en op Art. 111 en 112 DBG (bijstand in federale fiscale zaken) en Art. 39 StHG (bijstand in kantonnale belastingaangelegenheden). Vooral het laatste artikel is voor de praktijk van de fiscale rechtshandhaving van belang. Vreemd

565 Hoofdstuk 4.4.4.1. Overige literatuur is te vinden bij: Trüb (1950); Weber (1982); Simon (1991); Glaser Tomasone (1997); Raselli (1993); Wermelinger (2004).

566 Vgl. Raselli (1993), p. 32-33; Simon (1991), p. 50-52.

567 Weber (1982), p. 154. Afwijzend: Raselli (1993), p. 34.

genoeg heeft een tegenhanger van het *Rechtshilfekonkordat* in fiscale aangelegenheden namelijk ontbroken, zodat Art. 39 StHG hier een leemte opvult.[568]

5.4.2.1 Amtshilfe in het financiële toezicht

Ten aanzien van de concrete samenwerkingsplichten tussen de autoriteiten van dit onderzoek valt op dat ten behoeve van het financiële toezicht algemene bijstandsplichten ontbreken.[569] Dat is onder meer verklaarbaar door het feit dat de EBK bondswijd opereert en beperkingen in haar relatieve competentie dus niet voor problemen kunnen zorgen. Anderzijds verklaart het niet waarom de EBK geen aanspraak op fiscale of justitiële informatie kan maken (absolute competentie). Vooral jegens de fiscus heeft de EBK geen wettelijke aanspraak op informatie. Het is dan weliswaar niet zo dat er geen informatie aan de EBK mag worden verstrekt, maar wel dat de EBK hierop geen afdwingbaar recht heeft. Als ze informatie ontvangt, dan is dat omdat de fiscus daar zelf toe heeft besloten.[570]

Iets anders ligt het ten aanzien van justitie. In de FINMAG en nu nog de beurs- en effectenwet wordt immers expliciet bepaald dat justitie en de FINMA/EBK tot onderlinge bijstand zijn verplicht. Wederzijdse geheimhoudingsplichten kunnen dan niet worden tegengeworpen. Sterker nog, de plicht tot onderlinge bijstand impliceert dat informatie moet worden verstrekt als de ander daarom verzoekt. In hoeverre ook spontaan geheime informatie aan de EBK mag worden verstrekt, kan worden betwist. Dat lijkt op zich niet verboden, maar in dat geval zal toestemming moeten worden verkregen van de hiërarchisch meerdere (vgl. Art. 320 Abs. 2 StGB). Het op deze wijze verstrekken van informatie kan bijvoorbeeld aangewezen zijn als dat de taak van de ander dient. In zoverre kan aansluiting worden gezocht bij de regels op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens (Art. 19 BDSG).

5.4.2.2 Amtshilfe in fiscalibus

De caleidoscoop van fiscale autoriteiten heeft geleid tot evenzovele verschillende bijstandsbepalingen. Er kan worden gewezen op Art. 36 VStG (*Verrechnungssteuer*), Art. 111 en 112 DBG (federale belastingen), Art. 39 StHG (minimumvoorschriften voor kantonnale belastingen) en Art. 121 ZH-StPO (kantonnale belastingen in Zürich). Bij een bespreking van deze artikelen is het zinvol een onderscheid te maken tussen enerzijds kantonnale en anderzijds federale regelingen, maar bovendien ook tussen bijstand tussen fiscale autoriteiten onderling en bijstand door andere dan fiscale autoriteiten. De ratio voor het laatste onderscheid is dat er binnen de

568 Weber (1982), p. 166-167; Raselli (1993), p. 35.

569 Samenwerkings- en bijstandsplichten zijn er overigens wel met en tussen andere autoriteiten en diensten met taken op het vlak van het financiële toezicht, zoals de *Nationalbank* en de beurzen; vgl. Art. 39 voorstel-FINMAG j° Art. 34bis BEHG.

570 We zagen hierboven immers dat de hiërarchisch meerdere ontheffing van de geheimhoudingsplicht kan verlenen; vgl. Art. 22 BPG j° Art. 94 Abs. 3 BPV en Art. 320 Abs. 2 StGB.

fiscale handhaving meer mogelijk is, omdat de betrokken autoriteiten allemaal met dezelfde of soortgelijke taken zijn belast en daarbij over dezelfde of soortgelijke bevoegdheden beschikken.[571] In die gevallen ligt het meer voor de hand dat er ten behoeve van een andere autoriteit (maar wel in eigen naam) onderzoekshandelingen worden gesteld dan wanneer bijstand wordt verleend door autoriteiten met geheel andere taken.

Als voorbeeld van een fiscale bijstandsplicht geldt Art. 111 DBG. Het artikel formuleert een algemene bijstandsplicht, die in het bijzonder bestaat uit het geven van inlichtingen en het op verlangen verstrekken van inzage in ambtelijke stukken. Degene die aldus informatie ontvangt, is tot geheimhouding daarvan verplicht. Zet men deze verplichting af tegen de bijstandsplicht, die voor andere autoriteiten jegens de fiscus bestaat (Art. 112 DBG),[572] dan valt op dat in het laatste geval een verwijzing naar een algemene bijstandsplicht ontbreekt, maar ook dat de verplichting tot bijstand ogenschijnlijk niet verder reikt dan het geven van inlichtingen op verzoek. In het bijzonder het stellen van onderzoekshandelingen of het verlenen van inzage in documenten valt er niet onder. Voor dergelijke handelingen lijkt een aparte wettelijke grondslag vereist, hoewel de praktijk anders uitwijst.[573] De bijstandsplicht van Art. 112 DBG is aangevuld met een bevoegdheid om zaken te melden die kunnen duiden op een onvolledige belastingheffing.[574]

Art. 111 DBG luidt: '*Amtshilfe unter Steuerbehörden*: 1 Die mit dem Vollzug dieses Gesetzes betrauten Behörden unterstützen sich gegenseitig in der Erfüllung ihrer Aufgabe; sie erteilen den Steuerbehörden des Bundes, der Kantone, Bezirke, Kreise und Gemeinden die benötigten Auskünfte kostenlos und gewähren ihnen auf Verlangen Einsicht in amtliche Akten. Die in Anwendung dieser Vorschrift gemeldeten oder festgestellten Tatsachen unterliegen der Geheimhaltung nach Artikel 110. 2 Muss bei einer Veranlagung der kantonale Anteil unter mehrere Kantone aufgeteilt werden, so gibt die zuständige Steuerbehörde den beteiligten kantonalen Verwaltungen für die direkte Bundessteuer davon Kenntnis.'[575]

571 Vgl. Raselli (1993), p. 33.

572 Art. 112 is hiervoor in paragraaf 5.4.1.1, onder B, aangehaald.

573 Vgl. ook Art. 39 Abs. 2 StHG, dat het raamwerk bevat voor Art. 121 ZH-StG en dat tevens de basis is voor de interkantonnale samenwerking. De kantonnale bijstandsplicht van Art. 121 ZH-StG (die dus alleen geldt voor andere kantonnale autoriteiten) is uitgewerkt in de *Weisung der Finanzdirektion über das Meldeverfahren der gegenüber Steuerbehörden zur Auskunft und Anzeige verpflichteten Verwaltungsbehörden, Strafuntersuchungsbehörden und Gerichte* van 29 november 2000, 631.55.

574 Vgl. ook Art. 121 ZH-StG. Een wettelijke geheimhoudingsplicht zou echter voorgaan; Richner e.a. (1999), Art. 121 ZHStG, aant. 5. Ook zou de spontane meldplicht vervallen wanneer de verstrekking niet verenigbaar zou zijn met het doel waarvoor de informatie werd verkregen; Richner e.a. (1999), Art. 121 ZHStG, aant. 9.

575 Art. 111 DBG is nader uitgewerkt in zogenaamde *Richtlinien für das kantonnale Meldewesen*, uitgevaardigd door de *Konferenz staatlicher Steuerbeamter* van 1 oktober 1992. De richtlijnen zijn gepubliceerd in ASA 62, 542 e.v. en ook in Agner e.a. (1995), Art. 111 DBG.

Een zeer omstreden onderwerp is in hoeverre de fiscus via de bijstandsweg alsnog bancaire informatie binnen kan halen. Zou het voor de fiscus niet aantrekkelijk zijn het eigen onderzoek even te 'parkeren' en te wachten op de voltooiing van een justitieel onderzoek en vervolgens direct toegang te vragen tot justitiële of EBK-stukken (paragraaf 5.2.2.3, onder C)? Ter beantwoording van deze vraag is allereerst relevant waaruit de plicht tot bijstand precies bestaat. De wettekst van Art. 112 DBG lijkt duidelijk: het gaat alleen om het desgevraagd verstrekken van inlichtingen.[576] Toch zijn er auteurs die menen dat ook deze andere autoriteiten, of het nu gaat om federale, kantonnale of plaatselijke autoriteiten, verplicht zijn tot inzage in de stukken.[577] Dit lijkt ook de mening van het *Bundesgericht*.[578] Dat brengt mee dat de fiscus ook onderzoeken bij andere overheidsdiensten kan verrichten. De gedachte daarachter is dat de fiscale autoriteiten zelf veel beter kunnen bepalen wat relevant is voor hun taak. Bovendien zouden in het andere geval andere dan fiscale autoriteiten over materiële fiscale vragen moeten beslissen. Een heel duidelijk bezwaar van deze ruimere bijstandsplicht is echter dat juist dan de kans op (al dan niet *gezielte*) *Zufallsfunden* veel groter wordt en daarmee ook de kans op misbruik.[579]

Overigens, ook als aangenomen zou worden dat het alleen gaat om de verstrekking van inlichtingen, blijft de vraag relevant of bancaire informatie over individuele cliënten moet worden verstrekt. Hierboven zagen we dat deze vraag door het *Bundesgericht* in beginsel bevestigend wordt beantwoord.[580] De daar aangehaalde jurisprudentie had echter betrekking op al afgesloten justitiële onderzoeken. Hier wil ik wijzen op een extra complicatie, die kan optreden wanneer de onderzoeken gelijktijdig lopen. Als een fiscale autoriteit inderdaad doelbewust zijn eigen onderzoek 'parkeert' en gokt op de resultaten van een justitieel onderzoek, leidt een strikte scheiding van beide procedures, gekoppeld aan de principiële toelaatbaarheid van bewijsmateriaal uit de andere procedure, tot problemen.[581] Immers, na een melding van de fiscus is justitie in beginsel gehouden een onderzoek te starten, ook al is het oogmerk van de fiscus onzuiver (legaliteitsbeginsel).[582] De fiscus kan daarna de informatie eenvoudig opvragen bij justitie of zelfs onderzoek doen in het strafdossier. Of een dergelijke handelwijze toelaatbaar is, moet worden afgewacht. Ik heb hierover grote twijfels. Zo zou een dergelijke handelwijze wellicht in strijd kunnen komen met een zekere mate van voortvarendheid die moet worden betracht (*Beschleunigungsgebot*). Belangrijker is echter de hierboven in paragraaf 5.3.3.2 besproken rechtspraak, waarin het *Bundesgericht* uitmaakte dat wanneer bij een bank als derde strafprocessuele dwangmiddelen

576 Vgl. Zweifel (1989), p. 40, voetnoot 144.
577 Vgl. Raselli (1993), p. 42-44.
578 In BGE 124 II 58 was bijvoorbeeld expliciet de inzage in het strafdossier ex Art. 112 DBG aan de orde. Vgl. met betrekking tot *Zürich* ook de *Weisung der Finanzdirektion über das Meldeverfahren der gegenüber Steuerbehörden zur Auskunft und Anzeige verpflichteten Verwaltungsbehörden, Strafuntersuchungsbehörden und Gerichte*, onder C I.
579 Raselli (1993), p. 41-44.
580 *Supra* paragraaf 5.4.1.1, onder B.
581 *Supra* paragraaf 5.2.2.3, onder C.
582 Vgl. BGE 119 IV 326.

worden toegepast, de aanleiding voor de inzet van de dwangmiddelen niet mag zijn gebaseerd op informatie uit procedures waarin een bankgeheim geldt en waarvan de ratio het voorkomen van misbruik is.[583] Die rechtspraak zou ook hier kunnen gelden.

5.4.2.3 Rechtshilfe in strafrechtelijke aangelegenheden

De kernbepalingen voor de rechtshulpplicht aan justitie (*Rechtshilfe*) zijn neergelegd in meerdere bepalingen, die elkaar kunnen overlappen:

1. Art. 356 e.v. StGB verplicht tot rechtshulp in strafzaken die zijn gebaseerd op het federale Wetboek van Strafrecht of andere federale strafwetten, zoals de DBG. Het artikel creëert een rechtshulpplicht voor alle kantonnale en federale autoriteiten jegens de justitie. Niet van belang is of deze autoriteiten zelf tot de justitie behoren. Als het voorstel-CH-StPO daadwerkelijk wet wordt, zullen deze artikelen worden vervangen door de Art. 41 e.v. voorstel-CH-StPO.[584]
2. Art. 27 e.v. en 252 e.v. BStP verplichten tot *Rechtshilfe* aan alle betrokken justitiële autoriteiten (in het bijzonder ook de *Bundesanwalt*)[585] in zaken waarin een federale competentie (*Bundesgerichtsbarkeit*) gegeven is. Art. 27 creëert een rechtshulpplicht voor iedere kantonnale en federale autoriteit, die niet tot justitie behoort, terwijl Art. 252 ziet op de interkantonnale samenwerking tussen autoriteiten die met *Bundesstrafsachen* belast zijn. Ook deze zullen op termijn worden geïntegreerd in regels van het voorstel-CH-StPO.
3. Art. 30 VStR gaat over de rechtshulp in het *Verwaltungsstrafrecht*, wat met name van belang is voor de EStV.
4. Voor de praktijk zeer belangrijk is het *Rechtshilfekonkordat*[586] dat ziet op de interkantonnale rechtshulp tussen kantonnale justitiële autoriteiten. Andere dan justitiële autoriteiten zijn er niet aan gebonden. Desgewenst kan het concordaat worden uitgebreid tot kantonnale strafzaken.[587] Ook deze regels zullen worden geïntegreerd in het voorstel-CH-StPO.[588]

Gegeven de hoeveelheid verschillende regelingen is het moeilijk in algemene bewoordingen te omschrijven waartoe men precies verplicht is. Als vuistregel geldt

583 *Bundesgericht* 5 maart 1987, ASA 56 (1987), p. 488-491; zie ook BGE 104 IV 125.
584 Botschaft voorstel-CH-StPO, p. 1144.
585 *Rechtshilfe* aan kantonnale justitiële autoriteiten is ook mogelijk, namelijk wanneer er sprake is van *Vereinigung* of van *Delegation*; daarover paragraaf 5.2.3.2, onder C.
586 Voluit: *Konkordat über die Rechtshilfe und die interkantonnale Zusammenarbeit in Strafsachen* van 5 november 1992, SR 351.72.
587 Voor kantonnale strafzaken gelden Art. 352 en het daarop gebaseerde *Konkordat* in beginsel niet. In dat geval moet men zich (met name in de interkantonnale verhoudingen) beroepen op het gewoonterecht of aanvullende afspraken maken; vgl. Hauser/Schweri (2002b), p. 398.
588 De innerkantonnale rechtshulp is in Zürich nauwelijks een probleem meer door Art. 112 ZH-GVG. Het OM kan opereren op het gehele Zürcher grondgebied; vgl. Hauser/Schweri (2002b), p. 402; Botschaft voorstel-CH-StPO, p. 1145.

opnieuw dat justitiële autoriteiten onderling tot meer gehouden zijn dan niet-justitiële. In het eerste geval kan niet alleen om de toezending van stukken of het geven van inlichtingen, danwel het afleggen van verklaringen worden gevraagd, maar ook om de inzet van dwangmiddelen (vgl. Art. 47 e.v. voorstel-CH-StPO).[589] In het tweede geval gaat het doorgaans alleen om een verplichting tot het verstrekken van inlichtingen of het verlenen van inzage in stukken (vgl. Art. 27 BStP). Aan de orde is dan het opvragen van al voorhanden zijnde informatie en gegevens. Nieuwe onderzoeken blijven uit. In het onderstaande bespreek ik deze twee situaties apart. De nadruk ligt daarbij op de *Rechtshilfe* tussen justitiële autoriteiten.

A) Rechtshilfe door de EBK en de fiscus

Met betrekking tot de rechtshulp die moet worden verleend door de EBK of de fiscus, geldt dat hun geheimhoudingsplichten niet daaraan in de weg staan. Hun speciale ambtsgeheimen staan niet aan verstrekking van dergelijke inlichtingen in de weg.[590] In het verleden was dit wel anders.[591] Toen was het mogelijk dat het Geneefse fiscale ambtsgeheim de verstrekking van gegevens aan de Zürcher justitie verhinderde.[592] Via Art. 39 StHG is dit probleem in het voordeel van de rechtshulpbepalingen opgelost. Art. 356 StGB/Art. 41 voorstel-CH-StPO zijn uitzonderingen, zoals in dat artikel bedoeld. Bijzondere doelbindingsbepalingen, zoals volgens sommigen ook Art. 40 Abs. 5 VStG,[593] kunnen echter aan rechtshulpverlening in de weg staan. Art. 40 Abs. 5 VStG zou daarmee ook 'transprocedurele' of diagonale werking hebben; het geldt dan immers niet alleen in fiscale procedures, maar ook in strafprocedures. Het bankgeheim (Art. 47 BankG/Art. 43 BEHG) kan hoe dan ook niet worden tegengeworpen. Ook dat bleek hierboven al meermaals.

> Overigens, hiervoor zagen we dat de fiscus alleen in gevallen van *Steuerbetrug* tot aangifte verplicht is. Wat betreft andere strafbare feiten is hij bevoegd tot aangifte, maar niet verplicht. Daarentegen zou hij nu wel gehouden zijn passief, dus desgevraagd, rechtshulp te verlenen. Deze plicht ziet ook op de niet-fiscale strafbare feiten. De vraag is wat de verhouding zal zijn tussen enerzijds Art. 167 en anderzijds de rechtshulpplicht van Art. 41 voorstel-CH-StPO. Art. 167 verplicht dragers van een ambtsgeheim namelijk alleen tot het afleggen van een getuigenverklaring als ze tot aangifte verplicht zijn, dus bij *Steuerbetrug*, of als ze daartoe door de ambtelijk meerdere worden gemachtigd. Daarbuiten mogen ze zich verschonen. Hoe verhoudt dit zich tot de plicht tot rechtshulp? De discussie die speelde in het financiële toezicht met betrekking tot de vraag of de EBK rechtshulp aan justitie mag weigeren (paragraaf 5.4.1.1, onder A), dreigt zich hier te herhalen.

589 Vgl. Art. 55 e.v. voorstel-CH-StPO.

590 Vgl. Art. 110 DBG en Art. 39 StHG j° Art. 120 ZH-StG, resp. Art. 14 j° Art. 38 voorstel-FINMAG. *De lege lata* geldt voor de EBK geen speciaal ambtsgeheim. In dat geval gaat Art. 356 StGB hoe dan ook voor.

591 Raselli (1993), p. 47-48.

592 BGE 87 IV 138.

593 Raselli (1993), p. 46-47; *supra* paragraaf 5.3.3.1, onder B.

ZWITSERLAND

B) Rechtshilfe tussen justitiële autoriteiten onderling
Over de situatie met betrekking tot de onderlinge rechtshulpplichten van justitiële organen is aanmerkelijk meer te vertellen. Dat heeft te maken met de aanwezigheid van het voornoemde *Rechtshilfekonkordat*. De titel ervan, *Konkordat über die Rechtshilfe und die interkantonnale Zusammenarbeit in Strafsachen*, geeft al aan dat er meer aan de orde komt dan alleen de rechtshulp in de klassieke zin. Het maakt een onderscheid in:

1. *Verfahrenshandlungen in einem anderen Kanton* (Art. 3-14).
2. *Handlungen auf Verlangen eines andern Kantons vorgenommene Verfahrenshandlungen* (Art. 15-23).

De laatste vormen de rechtshulp in klassieke zin; de eerste zijn eigenlijk geen rechtshulp in die betekenis. Kenmerkend voor die situatie is namelijk dat de autoriteit die het onderzoek voert, zelf en met toepassing van zijn eigen recht (en bevoegdheden!) in een ander kanton onderzoeken voert. De rol van het andere kanton is daarmee nagenoeg uitgespeeld; dit moet die handelingen slechts dulden. Wel moet een dergelijk onderzoek van te voren worden aangekondigd. Ook is dit kanton verplicht zijn politie ter beschikking te stellen als dit voor de uitvoering van het onderzoek nodig mocht zijn. Daarbij moet vooral worden gedacht aan het uitoefenen van feitelijke dwang, als het beoogde resultaat niet anderszins kan worden bereikt (vgl. Art. 6 *Konkordat*).[594] Ook het voorstel-CH-StPO volgt deze aanpak.[595] De keuze voor hetzij het zelf verrichten van het onderzoek, hetzij het doen uitgaan van een rechtshulpverzoek ligt volledig in handen van de autoriteit die het onderzoek voert. Deze mag zijn gebaseerd op louter pragmatische argumenten.[596]

Ad 2 – de Rechtshilfe in klassieke zin
De bond en kantons zijn onderling in beginsel tot rechtshulp zonder voorbehouden verplicht.[597] In beginsel kan om ieder type onderzoekshandeling worden gevraagd, of het nu gaat om het horen van getuigen, toezenden van stukken, doorzoeken of inbeslagnemen. Wel moeten de verzoeken in verband staan tot een specifieke strafzaak.[598] Het is niet relevant in welk stadium het onderzoek zich bevindt. Ook in de opsporingsfase kan al rechtshulp worden verleend. Evenmin is het van belang of het gaat om *Übertretungen*, *Verbrechen* of *Vergehen*.

Het *Bundesgericht* hanteert een zeer ruime definitie van het begrip rechtshulp: 'Der Bund und die Kantone sind grundsätzlich vorbehaltlos (…) zur umfassenden

594 Daarover Müller (1997), p. 12-13. De politie staat dan onder gezag van haar eigen kantonnale autoriteiten. Deze beslissen over haar inzet. Via deze omweg mag niet alsnog een materiële toets van de strafzaak plaatsvinden.
595 Vgl. Art. 50-51 (*Verfahrenshandlungen in einem anderen Kanton*) en 47-49 (*auf Verlangen eines andern Kantons vorgenommene Verfahrenshandlungen*).
596 Müller (1997), p. 9-10; Wohlers (2004), p. 67.
597 BGE 121 IV 311; 123 IV 157.
598 Trüb (1950), p. 59-60.

> (…) Rechtshilfe verpflichtet. Als Rechtshilfe im Sinne von Art. 352 Abs. 1 StGB wurde bei der parlamentarischen Beratung dieser Bestimmung die Unterstützung bei Prozesshandlungen überhaupt bezeichnet (…). Sie erstreckt sich auf alle Massnahmen, die eine Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit in einem hängigen Strafverfahren für die Zwecke der Strafverfolgung oder für die Urteilsvollstreckung zu ergreifen befugt ist (…) und die die ersuchende Behörde mangels Zuständigkeit nicht selber durchführen kann (…).'[599]

Bij de procedure ter uitvoering van dergelijke verzoeken volgt het aangezochte kanton zijn eigen wetten.[600] De zojuist aangehaalde bepalingen bevatten ter zake nauwelijks voorschriften. Het staat het kanton echter vrij de procedures van het verzoekende kanton over te nemen (*forum regit actum*). Ook kunnen handelingen worden verricht die het aangezochte kanton niet kent. Bij dit alles geldt echter als ondergrens dat de aangezochte autoriteit tot de handeling bevoegd moet zijn. Vooral bij grondrechtsinbreuken, bijvoorbeeld de toepassing van dwangmiddelen, is dit van belang. Een andere beperking op de *locus*regel is dat het begrip 'Rechtshilfe' niet mag worden gedenatureerd. In het bijzonder mogen de handhavingsbelangen van de andere kantons niet worden achtergesteld op die van het eigen kanton (non-discriminatie).

> Vergelijk het volgende citaat: 'Im Verfahren gemäss Art. 357 StGB prüft die Anklagekammer des Bundesgerichts nur, ob das anwendbare Recht bzw. die Anwendung desselben durch die ersuchte Behörde die anbegehrte Rechtshilfe derart beschränkt, dass sie dem Begriff der Rechtshilfe, wie er Art. 352 StGB zugrunde liegt, nicht mehr entspricht (BGE 121 IV 311 E. 3a). Dies ist etwa dann der Fall, wenn das anwendbare Recht für die Rechtshilfe, was Umfang und Form betrifft, erschwerende Vorschriften enthielte, indem nicht gleiches Recht gelten würde wie für innerkantonale Strafverfahren bzw. die Rechtshilfe zwischen Bundesbehörden. Es verstösst auch gegen Art. 352 StGB, wenn die ersuchte Behörde das für sie geltende Recht im Rechtshilfeverkehr mit kantonalen Behörden anders anwendet als in Strafverfahren, welche sie selber durchführt (BGE 87 IV 138 E. 4a), oder wenn sie diese Vorschriften willkürlich auslegt, um die nachgesuchte Handlung zu verweigern. Dasselbe gilt, wenn die Rechtshilfe schlechthin verweigert wird oder die ersuchten Handlungen ohne Grund oder ohne vernünftigen Grund abgelehnt wurden (BGE 119 IV 86 E. 2a), oder wenn die bekanntzugebenden Tatsachen zu Unrecht als Geheimnis und damit der amtlichen Schweigepflicht unterliegend bezeichnet werden (BGE 87 IV 138 E. 4b).'[601]

De toepassing van het eigen recht brengt niet mee dat ook aan alle formele en materiële voorwaarden voor toepassing van een bevoegdheid wordt getoetst. In de praktijk toetst men alleen de formele voorwaarden.[602] In het voorstel-CH-StPO is

599 BGE 123 IV 157 (162).
600 BGE 119 IV 86 (88); vgl. Art. 16 Konkordat.
601 BGE 123 IV 157 (162-163); vgl. ook BGE 119 IV 86.
602 Vgl. Trüb (1950), p. 12, 71-72 en 99; Hauser/Schweri (2002b), p. 407-408; Wohlers (2004), p. 66.

in Art. 47 Abs. 1 te lezen: 'Die ersuchte Behörde prüft die Zulässigkeit und die Angemessenheit der verlangten Verfahrenshandlungen nicht.' Dit is ook de lijn van het *Bundesgericht*.[603] De gedachte achter dit alles is dat het geen zaak is van de aangezochte autoriteit om een oordeel over schuld of onschuld te vellen. Dat geldt ook voor de doelmatigheid van een gevraagde handeling. Bovendien zou zo'n toets een omvangrijke kennis van het dossier vergen. In de praktijk beschikt de aangezochte partij daarover niet, noch behoort ze om redenen van efficiency en een snelle voortgang van de procedure daarover te beschikken. Ten slotte zou een inhoudelijke toets tot haast onaanvaardbare gevolgen leiden, wanneer gelijktijdig in meerdere kantons om onderzoekshandelingen wordt verzocht. De mogelijke consequentie dat dan meerdere inhoudelijk verschillende oordelen over de zaak worden gegeven, strookt volgens het *Bundesgericht* niet met het wezen van de interkantonnale rechtshulp.[604]

Als keerzijde bij het voorgaande hoort dat naar Zwitsers recht de verzoekende autoriteit verantwoordelijk is voor de handelingen van de aangezochte partij. Als er aldus schade ontstaat, wordt deze naar zijn eigen recht vergoed.[605] In overeenstemming hiermee bepaalt Art. 47 Abs. 2 voorstel-CH-StPO: 'Für die Behandlung von Beschwerden gegen Rechtshilfemassnahmen sind die Behörden des ersuchenden Kantons oder Bundes zuständig. Bei den Behörden des ersuchten Kantons oder Bundes kann nur die Ausführung der Rechtshilfemassnahme angefochten werden.'[606] Al met al kan worden geconcludeerd dat de eigen verantwoordelijkheid van de aangezochte autoriteit voor diens handelingen in de praktijk dus behoorlijk is teruggedraaid. In zoverre is de reikwijdte van de *locus*regel beperkt. Vrijwel exact dezelfde argumenten spelen in het interstatelijke gegevensverkeer en leiden tot een min of meer geïnstitutionaliseerde vertrouwensregel.

Deze situatie is in potentie risicovol, omdat het gevaar bestaat dat door uiteenlopende strafvorderlijke normenstelsels zaken ongetoetst blijven, die wel toetsing behoeven, danwel dat autoriteiten zich achter elkaars rug verschuilen, omdat verantwoordelijkheden niet op elkaar aan bleken te sluiten. Juist bij grondrechtsinbreuken is dit een onwenselijke situatie. Anderzijds, omdat het hier gaat om vertegenwoordigers van hetzij de rechterlijke macht, hetzij het Openbaar Ministerie (beide *Organe der Rechtspflege*), omdat ze allen gebonden zijn aan het federale Wetboek van Strafrecht en in de toekomst ook aan een federaal Wetboek van Strafvordering, omdat de aansprakelijkheid onderling geregeld is én omdat er supervisie is door het *Bundesgericht*, kunnen deze bezwaren voor lief worden genomen. Zoals hieronder nog zal blijken in de paragrafen over de internationale rechtshulp, volgt men daar een soortgelijke aanpak. De vraag is of men zich ook dan structureel onthouden mag, c.q. kan van een inhoudelijke beoordeling van de zaak. Daarop kom ik in hoofdstuk 6 uitvoerig terug.

---

603 BGE 119 IV 86 (88) 121 IV 311; vgl. ook Trüb (1950), p. 7 en 77-78.
604 BGE 119 IV 86 (88-89).
605 BGE 119 IV 86 (90); vgl. ook Art. 45 Abs. 3 voorstel-CH-StPO.
606 Vgl. Art. 19 *Konkordat*; zie ook *Strafkammer des Kantonsgerichts Freiburg* 30 januari 2003, FZR 2003, p. 90-92.

Ad 1 – Verfahrenshandlungen in einem anderen Kanton
In de huidige internationale context is de tweede samenwerkingsvariant die in het concordaat wordt geregeld nog ondenkbaar.[607] Niet alleen wordt immers de relatieve competentie van de justitiële autoriteiten van het leidende kanton (*Leitkanton*) er in zeer aanzienlijke mate door opgerekt (ze zijn in alle aangesloten kantons bevoegd), maar bovendien passen deze ook nog eens hun eigen recht toe (Art. 4 *Konkordat*).[608] De *locus*regel wordt dus uitdrukkelijk doorbroken.[609] Ook de bevoegdheidsgrondslagen voor bijvoorbeeld de toepassing van dwangmiddelen vindt men in het recht van het *Leitkanton*, zelfs al kent het kanton waar de handelingen plaatsvinden (*Handlungskanton*) die dwangmiddelen niet.[610] Ook dit deel van het *Konkordat* beperkt zich niet tot de uitdrukkelijk erin genoemde handelingen, maar geldt voor ieder type *Verfahrenshandlung*.[611] Deze methodiek van samenwerking heeft grote voordelen. Zo zijn een rechtshulpverzoek en -procedure niet meer nodig en zijn het dezelfde autoriteiten die het onderzoek doorvoeren, wat veel tijdwinst oplevert. Bovendien hoeft er maar één rechtssysteem te worden toegepast, wat de werkbaarheid ervan voor alle betrokken partijen, niet in het minst voor de verdachte, vergroot.[612]

Anderzijds kleven er ook nadelen aan. Zo lijkt het vooral voor niet-betrokken derden onmogelijk nog geheel te voorzien waarvoor ze door de autoriteiten uit andere kantons precies mogen worden benaderd. Vanuit het oogpunt van de toegankelijkheid en voorzienbaarheid van het recht is dit in mijn ogen een stap terug. Problemen ontstaan er in het bijzonder wanneer kantonnale strafvorderlijke voorschriften uit elkaar lopen. Müller noemt als voorbeeld de doorzoeking bij verschoningsgerechtigden. Sommige kantons verklaren deze momenteel toelaatbaar, mits een verzegelingsprocedure wordt gevolgd, andere verbieden dit in beginsel en kennen daarom ook geen verzegelingsprocedure. Weer andere kantons kennen momenteel geen mogelijkheid van verzegeling, maar voorzien bijvoorbeeld in de aanwezigheid van een zegsman (*Gewährsmann*).[613] De vraag is uiteraard hoe al deze verschillende systemen in evenwicht moeten worden gebracht in geval van interkantonnale samenwerking. Overigens zal dit bezwaar met de invoering van het voorstel-CH-StPO dat geldt voor het hele Zwitserse grondgebied, worden verholpen.

---

607 In de financiële bijstand, hoofdstuk 2.2.3.1 (grensoverschrijdende verificatie), en in de politiële rechtshulp komen ze overigens ook voor. Voorstellen voor dit model in het kader van de justitiële samenwerking zijn gedaan door Schünemann c.s (2004). Ik kom daarop nog terug in hoofdstuk 7.

608 In de *Gerichtverfassungsgesetz* van Zürich is in Art. 113 en 114 de kantonnale bevoegdheidsgrondslag hiervoor te vinden; daarover Hauser/Schweri (2002b), p. 392 e.v.

609 BGE 122 I 89.

610 Müller (1997), p. 16-17. Er is discussie mogelijk over de vraag wie toestemming geven moet tot het tappen van telecommunicatie. Daarvoor is een rechterlijke bekrachtiging vereist; paragraaf 5.3.4.1. De vraag is of deze machtiging ook door een rechter van *Leitkanton* kan worden gegeven; bevestigend Müller (1997) en ontkennend Neumann (1996).

611 Müller (1997), p. 10-11.

612 Müller (1997), p. 6-7.

613 Müller (1997), p. 16-18; vgl. ook Wohlers (2004), p. 67-69.

ZWITSERLAND

5.4.2.4 Rechtsbescherming tegen informatie-uitwisseling

Aan het slot van deze paragraaf passen nog enige opmerkingen over de positie van betrokkenen, in het bijzonder banken, in het informatie-verkeer tussen autoriteiten. Opnieuw is daarbij de hoofdvraag of banken door de autoriteiten op de hoogte moeten worden gebracht van een informatie-uitwisseling (en zo ja, op welk moment) en of en hoe ze deze kunnen aanvechten (en zo ja, op welk moment). Ten aanzien van banken komt daar nog het probleem bij dat ze niet alleen hun relatie tot de overheid hebben te bewaken, maar ook die met hun cliënt. Met andere woorden, opnieuw rijst de vraag of ze ook diens belangen te beschermen hebben.

Net als in de internationale rechtshulp en bijstand bestaat het verlenen van (strafrechtelijke) *rechtshulp*, bijvoorbeeld via het verstrekken van inlichtingen, het afleggen van een getuigenverklaring of het verlenen van inzage in stukken, doorgaans uit twee stappen: ten eerste is er de onderzoekshandeling zelf (indien de informatie nog niet beschikbaar was), ten tweede is er de feitelijke verstrekking van de verkregen gegevens.[614] Het eerste aspect kwam hierboven aan de orde. Ten aanzien van het tweede laat zich de vraag stellen of hiertegen kan worden opgekomen. Dat is een lastige kwestie. Immers, bewandelt men daarvoor de bestuurlijke weg en neemt men een beschikking (*Verfügung*) aan? Of gaat men uit van de strafrechtelijke weg en meent men dat de strafrechtelijke *Beschwerde* openstaat?[615] Weer een andere optie zou de speciale voorziening van Art. 361 StGB[616] zijn. Deze behelst een geschillenregeling in geval van conflicten over de innerstatelijke rechtshulp.

De kwestie is (opnieuw) omstreden. In een aantal uitspraken van het *Bundesgericht* kwam de situatie aan de orde waarin rechtshulp aan justitie werd *geweigerd*. Daarbij speelden tegelijkertijd meerdere vragen van zeer technische aard. Niet alleen was aan de orde of zo'n weigering een *Verfügung* oplevert, maar ook welke procedure in zo'n geval moet worden gevoerd en wie deze kan voeren. De koers van het *Bundesgericht* is nogal onduidelijk. De ene kamer van het *Bundesgericht*, de zogenaamde *zweite öffentliche Abteilung*, heeft van meet af aan zo'n weigering de status van beschikking in de zin van Art. 5 VwVG ontzegd.[617] Daarentegen is de koers van de andere kamer, de zogenaamde *Anklagekammer,*[618] momenteel ontwijkend, terwijl ze in het verleden juist wel het beschikkingskarakter erkende.[619] In meer recente uitspraken concentreert men zich op de vraag langs welke weg een weigering tot rechtshulp moet worden aangevochten. De *Anklagekammer* koos daarbij voor de weg

614 Bij bijstand tussen autoriteiten met een verschillend statuut zal de *Amts-* of *Rechtshilfe*, zoals hierboven bleek, in de regel alleen uit het verstrekken van reeds voorhanden zijnde gegevens bestaan.

615 Schmid (2004), p. 375-376, gaat er bijvoorbeeld vanuit dat in Zürich het rechtsmiddel *Rekurs* openstaat.

616 Vgl. Art. 46 voorstel-CH-StPO.

617 BGE 103 Ib 253.

618 Dat zou thans het *Bundesstrafgericht* zijn.

619 BGE 102 IV 217. Deze uitspraak week overigens weer af van een eerdere uitspraak van dezelfde kamer (BGE 86 IV 136). Inmiddels is de laatste uitspraak weer bevestigd in BGE 123 IV 157.

van Art. 361 StGB en liet tegelijk expliciet in het midden of er sprake was van een *Verfügung* en zo ja, of daartegen ook de bestuursrechtelijke weg openstaat en voor wie.[620] Ook in de literatuur is deze vraag nog omstreden.[621]

Het voorgaande ligt, om de zaken nog meer te compliceren, anders in het fiscale recht. De procedurele kwestie van Art. 361 StGB speelt hier niet, omdat het niet gaat om rechtshulp, maar om (fiscale) *bijstand*. Hier bepaalde het *Bundesgericht* dat een weigering tot het verlenen van inzage in de stukken wél een beschikking oplevert.[622] Wie moeten daarbij als partij worden beschouwd? Is dat bijvoorbeeld ook de bank bij wie de gegevens werden opgevraagd? En zijn dat ook de individuele cliënten over wie gegevens werden gevraagd? Ook het antwoord op deze vragen is bepaald niet zonneklaar. Het is namelijk mogelijk de verlening van bijstand als een interne aangelegenheid tussen bestuursorganen te beschouwen, waarbij de bank (cliënt) geen direct belang heeft, zodat deze niet gerechtigd is een procedure te starten.[623] Het *Bundesgericht* lijkt echter een andere koers te kiezen.[624] Dat heeft grote consequenties. Partijen kunnen dan bijvoorbeeld hun partijrechten, zoals het recht op inzage in de stukken (Art. 26 VwVG), uitoefenen. Ook geldt dan dat een beschikking aan hen moet worden betekend en dat zij rechtsmiddelen moeten kunnen instellen (Art. 30, resp. Art. 34 VwVG).

> De zojuist aangehaalde jurisprudentie had overigens betrekking op de situatie waarin onderlinge bijstand werd *geweigerd*. In de rechtspraak is nog niet de vraag de beoordeeld of het *verlenen* van bijstand een *Verfügung* oplevert. Juist dit punt is van belang voor de bank en diens cliënt over wie gegevens en inlichtingen worden verstrekt. Er lijkt geen reden om op deze vraag een ander antwoord te geven dan in het hierbovenstaande werd gezegd over de weigering van bijstand.[625]

5.5 INTERNATIONALE SAMENWERKING

Aan het slot van het hoofdstuk over Zwitserland ga ik in op de nationale regels over de internationale samenwerking. Tot nu toe is onderzocht welke taken de Zwitserse autoriteiten hebben die verantwoordelijk zijn voor de handhaving van het fiscale recht, het financiële toezicht en het strafrecht, evenals welke bevoegdheden hun daarbij toekomen. Ook ben ik ingegaan op de voorwaarden waaronder zij onderling mogen, respectievelijk moeten samenwerken. De vraag die in deze paragraaf

620 BGE 123 II 371; IV 157; hierover Althaus (2001), p. 105 e.v.
621 Althaus (1997), p. 112, wijst een Verfügungskarakter af; Glaser Tomasone (1997), p. 71-73, en Kleiner/Zobl (2003), Art. 23 BankG, aant. 17, daarentegen niet. Neutraal: Nobel (2004), p. 520.
622 BGE 124 II 58, welke zaak betrekking had op Art. 112 DBG; zie ook *Bundesgericht* 25 juli 2001, nr. 2A.96/2000 en Raselli (1993), p. 42.
623 Vgl. Althaus (1997), p. 111.
624 *Bundesgericht* 25 juli 2001, nr. 2A.96/2000.
625 Idem, Althaus (1997), p. 112.

centraal zal staan is hoe dit alles zich vertaalt naar het internationale niveau. Bij de bespreking van de Zwitserse interne regels differentieer ik naar gelang de positie van de Zwitserse autoriteiten als aangezochte, danwel verzoekende partij. Afhankelijk hiervan kunnen verschillende belangen in het geding zijn.

Treden de Zwitsers als *verzoekende partij* op, dan staat vooral de vraag centraal in hoeverre de huidige internationale afspraken de autoriteiten de mogelijkheid bieden om te kunnen samenwerken. In hoeverre passen hun taken in het internationaal bestel? Hoe krijgt de grensverdeling tussen bijstand en rechtshulp in dat verband vorm? Met het oog daarop werd in het voorgaande ingegaan op de taakstellingen van de betrokken autoriteiten en op de onderlinge mogelijkheden tot samenwerking. Uiteraard was er daarbij bijzondere aandacht voor de eigenaardige positie van de Zwitserse kantonnale fiscus, die enerzijds wel strafrechtelijke taken heeft, maar anderzijds daarbij gebruik maakt van een bestuursrechtelijk instrumentarium. Wat betekent dit nu voor de internationale samenwerking? Kan de fiscus in gevallen van *Steuerhinterziehung* bijvoorbeeld een rechtshulpverzoek doen uitgaan, nu verdedigbaar is dat er sprake is van een strafzaak? Is in zo'n geval (ook) een bijstandsverzoek mogelijk? Of kan de fiscus justitie verzoeken namens hem een rechtshulpverzoek te doen; rekent men dat ook tot de innerstatelijke bijstand? En wat te denken van de samenwerking tussen fiscus en justitie in gevallen van fiscaal bedrog of tussen de EBK en justitie bij de aanpak van de financiële criminaliteit – in hoeverre laat deze zich inpassen in de geldende regels over wederzijdse rechtshulp en bijstand? Kortom, veel vragen behoeven hier een antwoord.

Van een geheel andere aard zijn de belangen wanneer de Zwitsers *aangezochte partij* zijn. Het bankgeheim speelt, zo zal nog blijken, ook hier een enorme rol, soms direct, soms achter de schermen. Conform de regel *locus regit actum* wordt het belang van de internationale samenwerking dan zo veel mogelijk ingepast in de interne organisatiestructuur. In de praktijk wordt de *locus*regel echter niet onverkort toegepast. Dat kan ook niet, omdat nationale en transnationale handhaving niet volkomen gelijkwaardig zijn. Soms zijn er aanpassingen vereist die samenhangen met de transnationale context van het geval. Nu niet de eigen taak van de aangezochte Zwitserse autoriteit gediend wordt, maar die van een buitenlandse, is het bijvoorbeeld de vraag hoe de Zwitserse autoriteiten weten wat ze precies moeten doen. Veel hangt dan af van de formele en inhoudelijke eisen die men stelt aan de buitenlandse verzoeken en de wijze waarop deze worden getoetst. Wat rekent men hier tot de taak van de Zwitserse autoriteiten en waar houden hun verantwoordelijkheden, mede in het licht van het *Recht auf rechtliches Gehör*, op? In hoeverre is men bereid rekening te houden met het feit dat in buitenland de organisatie van de rechtshandhaving vaak op geheel andere wijze vorm heeft gekregen dan in Zwitserland? Welke rol speelt de grensafbakening tussen bijstand en rechtshulp daarbij?

Deze paragraaf probeert op het bovenstaande antwoorden te vinden. Daarbij is er veel aandacht voor de vraag hoe de rechtsfiguren bijstand en rechtshulp zich tot elkaar verhouden. In het bijzonder richt ik me op de volgende vragen:

1. Voor welke doeleinden mag, naar Zwitsers recht, bijstand of rechtshulp worden gevraagd, c.q. voor welke doeleinden mag bijstand of rechtshulp worden verleend?
2. Mag zo'n verzoek, naast deze doeleinden, gelijktijdig *mede* andere doeleinden dienen?
3. Is er naar Zwitserse opvattingen een intrinsieke rangorde tussen beide instrumenten: mag bijvoorbeeld een bijstandsverzoek nog wel worden gedaan, c.q. in behandeling worden genomen, als er reeds een opsporingsonderzoek loopt (zie de onderstaande paragrafen over de omvang van de samenwerkingsplicht)?
4. Welke bevoegdheden mogen ter uitvoering van een verzoek worden ingezet, c.q. om welke bevoegdheden mag men zelf verzoeken? Hoe ver reikt de toetsplicht die men ter zake heeft: worden bevoegdheden bijvoorbeeld zonder meer ingezet of pas na een materiële en formele toets van het verzoek en de onderliggende zaak? Heeft het bankgeheim hier een aparte status (zie de onderstaande paragrafen over het beschikbare instrumentarium en de te volgen procedure, alsmede die over rechtsbescherming)?
5. Voor welke doeleinden en onder welke voorwaarden mag verkregen informatie die oorspronkelijk voor een ander doel werd verkregen, nadien worden gebruikt (zie de onderstaande paragrafen over geheimhouding en doelbinding, alsmede die over rechtsbescherming)?

Ik begin echter met een korte uiteenzetting van de positie van Zwitserland jegens de Europese Unie.

5.5.1 Zwitserland en de Europese Unie

5.5.1.1 Een korte historie

De Zwitserse houding ten opzichte van de Europese Unie is ietwat tweeslachtig. Enerzijds speelt de klassieke Zwitserse wens tot neutraliteit een toetreding tot de EU niet in de kaart en werd zo'n toetreding in het verleden door de Zwitserse bevolking in een referendum afgewezen, anderzijds zou het een illusie zijn te menen dat Zwitserland zonder de EU zou kunnen. Het land is immers geheel 'omsingeld' door de EU. De EU is dan ook met afstand de belangrijkste handelspartner van het land.[626]

Vanaf de oprichting van de EG in 1957 kenmerkt de wederzijdse relatie zich als er een van wederzijdse aantrekking en afstoting. Al in 1962 werd een associatieverzoek van Zwitserland aan Franse zijde door president De Gaulle geblokkeerd. De Zwitsers zagen zich daardoor geconfronteerd met nadelige douanevoorschriften in het verkeer met hun belangrijkste handelspartner, Duitsland. Een antwoord hierop was de oprichting van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) door het Verenigd Koninkrijk, Denemarken, Noorwegen, Oostenrijk, Portugal Zweden en Zwitser-

626 Informatie over Zwitserland en zijn verhouding tot de EU is te vinden op onder meer de website van het *Integrationsbüro* van de ministeries van Buitenlandse en Economische Zaken (http://www.europa.admin.ch/d/).

land. Anders dan de andere EVA-staten, die inmiddels tot de EU zijn toegetreden, had voor Zwitserland een vrijhandelsakkoord met de EU de voorkeur boven een directe toetreding tot de EU. Aan deze wens leek in eerste instantie tegemoet te worden gekomen met het Vrijhandelsakkoord van 1972, waardoor enerzijds Zwitserland niet in een volkomen isolement zou raken, maar anderzijds belangrijke principes als neutraliteit, directe democratie en federalisme gewaarborgd konden blijven. Tegen de achtergrond van politieke crises binnen de EG begin jaren tachtig leek de Zwitserse koers de juiste. Talloze bilaterale akkoorden met de EG kwamen tot stand, welke vooral het goederenverkeer betroffen.

De situatie wijzigde toen in de jaren tachtig binnen de EG de koers richting een interne markt met een vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal werd ingezet.[627] Deze tendens kon het land potentieel in een groot isolement storten. Voor het eerst werd een toetreding tot de EU door de regering dan ook niet meer categorisch verworpen. Uit deze periode stamt ook de toets die de verenigbaarheid van nieuw Zwitsers recht met het *acquis communautaire* moet waarborgen. Het EER-initiatief in 1989 van Commissievoorzitter Delors leek voor Zwitserland een schot in de roos, nu op basis daarvan wel economisch kon worden samengewerkt, maar samenwerking op het gebied van bijvoorbeeld buitenlandse betrekkingen en geldzaken buiten de orde was. Tot de Zwitserse toetreding tot de EER is het echter nooit gekomen. Hoewel een politiek akkoord over de toetreding en de Zwitserse deelname aan het vrij verkeer in oktober 1991 wel werd gesloten, is dit vervolgens in het referendum van december 1992 door bevolking en kantons krap verworpen. Daarmee werd ook een ander plan, dat van de daadwerkelijke toetreding van Zwitserland tot de EU, waartoe de regering op 26 mei 1992 al een verzoek aan Brussel had gedaan, op de lange baan geschoven. De beperkte inspraakmogelijkheden van Zwitserland via de EER en ook de veranderde politieke situatie in Europa (val van de muur en de Sovjet Unie, hereniging van Duitsland, et cetera) hadden voor zo'n toetreding een concrete aanleiding kunnen zijn, maar na het debacle van het EER verdween dit plan in de ijskast.

Begrijpelijkerwijs werd het beleid vervolgens bijgesteld. Men richtte zich voortaan op realiseerbare onderhandelingen op sectoraal gebied, hoewel de uiteindelijke toetreding tot de EU niet meer uit het beeld verdween. Het werd een langetermijndoel, zeker nadat op 4 maart 2001 een volksinitiatief tot toetreding tot de EU (*Ja zu Europa!*) met grote meerderheid was verworpen in een referendum. De regering vatte deze uitslag op als een opdracht om voor toetreding eerst concretere doelstellingen te realiseren. Een en ander resulteerde in onderhandelingsrondes waarin de zogenaamde *Bilaterale Abkommen I* en *II* van 1999, respectievelijk 2004 tot stand kwamen. Het eerste pakket had betrekking op afspraken op het gebied van onder meer vrij verkeer van personen, land- en luchtverkeer en landbouw. Het tweede pakket, dat voor dit onderzoek van groot belang is, richtte zich op de Zwitserse associatie bij het Schengenacquis, op de bestrijding van bedrog in het kader van de bescherming van de financiële belangen van de verdragspartijen en ook op de belastingheffing op rente-inkomsten (zie onder). De laatste twee aspecten

627 Hoofdstuk 2.2.1.

werden ingebracht door de EU, terwijl de Zwitsers juist aandrongen op een versterkte justitiële samenwerking (SUO). Een toetreding tot de EU is volgens het vigerende Zwitserse beleid afhankelijk van een drietal voorwaarden: a) er moet voldoende ervaring zijn opgedaan met de implementatie van de *Bilaterale Abkommen*, b) er moet duidelijkheid zijn over de gevolgen van een toetreding voor het Zwitserse staatsbestel en c) toetreding moet kunnen rekenen op brede interne steun.

5.5.1.2 De Bilaterale Abkommen II

De *Bilaterale Abkommen II* wil ik hier iets verder uitwerken, omdat ze invloed hebben op de internationale samenwerking op vooral het fiscale en strafrechtelijke vlak. Vreemd genoeg bleef een onderlinge aanpassing van het financiële toezicht buiten de agenda. Aanvankelijk leek er weinig ruimte voor nieuwe onderhandelingen na de afsluiting van de eerste serie *Abkommen*. Daarin kwam verandering toen Zwitserland bereid bleek over de grensoverschrijdende belastingheffing van renteinkomsten en over de bestrijding van bedrog (bij vooral sigarettensmokkel) te willen praten. Er werd besloten over het pakket in zijn geheel te onderhandelen. Dit was voor Zwitserland interessant vanwege de *leftovers* van de eerste onderhandelingsronde en de deelname aan (onder meer) Schengen (in het bijzonder de bepalingen inzake de interne veiligheid en asielproblematiek). Een harde Zwitserse voorwaarde bleef hierbij de instandhouding van het bankgeheim.[628]

Een belangrijke hindernis werd genomen in het voorjaar van 2003, toen een politiek akkoord werd bereikt over de belastingheffing op rente-inkomsten. Zwitserland committeerde zich voor EU-staten een bronheffing van 35% te zullen gaan heffen, waarvan drievierde aan de EU-staten zou worden teruggeleid (*Zinsbesteuerungsabkommen*). Het bankgeheim bleef en blijft echter intact. Tot het einde bleven de onderhandelingen lastig in het justitiële bereik, voornamelijk vanwege de Zwitserse benadering van het fiscale strafrecht en de gevolgen daarvan voor de internationale bijstand en rechtshulp (*Schengen Assoziierungsabkommen*/SAA). Ook hier speelde het bankgeheim een belangrijke rol en ook dit probleem werd opgelost. Aanvankelijk weigerde de EU op dit punt een afwijking van het Schengen*acquis* toe te staan. Zwitserland wilde echter het bankgeheim behouden.[629] Op 19 mei 2004 werd een compromis bereikt: bij de implementatie van Schengen kreeg Zwitserland de garantie dat het bankgeheim op het gebied van de *directe belastingen* duurzaam gewaarborgd is en blijft, doordat, mocht in de toekomst de voorwaarde van dubbele strafbaarheid worden opgeheven, niet ter zake van *Steuerhinterziehung* een rechtshulpverplichting zal ontstaan. Op het gebied van de indirecte belastingen werd echter afgesproken dat het land wel dezelfde procedures zal gaan volgen als de EU-

628 Vgl. *Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen ('Bilaterale II')*, nr. 04.603, p. 11-12 (voortaan: Botschaft 'Bilaterale II').

629 Bron: Botschaft 'Bilaterale II', p. 15-16.

landen.[630] De parafering volgde op 25 juni 2004; de ondertekening in Luxemburg op 26 oktober 2004.[631]

> Zwitserland zal bij de totstandkoming van nieuw Schengenrecht worden betrokken, hoewel het daarin alleen een raadgevende stem zal hebben. Wenst het aan dat nieuwe recht niet gebonden te zijn, dan resteert alleen de opzegging van de gehele overeenkomst (Art. 7 Abs. 4 SAA). Daarop bestaat één belangrijke uitzondering, die ziet op de afschaffing van de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid als bedoeld in Art. 51 SUO. De Zwitsers mogen nieuwe afspraken die daarop betrekking hebben verwerpen, zonder dat de overeenkomst geldt als opgezegd (Art. 5 Abs. 7 SAA). *De facto* waarborgt men zo, zo zullen we nog zien, het Zwitserse bankgeheim.

Inmiddels zijn de implementatiewerkzaamheden begonnen. Bij acht van de negen onderdelen (waaronder het Schengen- en rente-inkomstendeel) gaat het om verdragen en moet toestemming (*Genehmigung*) van het parlement worden verkregen. Daartoe zal per onderdeel een aparte toestemmingswet worden gemaakt, maar het onderhandelingsresultaat is het parlement in een gezamenlijke toelichting (*Sammelbotschaft*) voorgelegd.[632] Voor zeven van de negen voorstellen (waaronder opnieuw het Schengen-[633] en rente-inkomstendeel)[634] zullen krachtens Art. 141 BV bovendien referenda worden georganiseerd. Inmiddels zijn de voorstellen alle door het parlement aangenomen. Ook de uitslag van de referenda die erover werden georganiseerd, waren positief.

5.5.2 De EBK

5.5.2.1 De EBK als verstrekkende partij

A) Rechtsbronnen en omvang van de samenwerking

Wanneer de EBK/FINMA als toezichthouder wordt benaderd met het verzoek om informatie over banken of hun cliënten, is ze in beginsel aan haar ambtsgeheim

---

630 Overeenkomst voor samenwerking tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten enerzijds, en de Zwitserse Bondsstaat anderzijds, ter bescherming van fraude en andere illegale activiteiten die hun financiële belangen schaden, ook gepubliceerd in het Nederlandse Tractatenblad 2004, 332.

631 De teksten zijn te vinden via <http://www.europa.admin.ch/d/index.htm> .

632 Botschaft 'Bilaterale II'.

633 *Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Assoziierung an Schengen und an Dublin* van 17 december 2004, SR 0.360.268.1, te raadplegen via http://www.europa.admin.ch/d/index.htm. Binnen de EG is een en ander bekend als het Besluit 2004/849/EG van 25 oktober 2004, gepubliceerd in PbEG 2004 L 368/26 .

634 *Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG über die Zinsbesteuerung* van 17 december 2004, te raadplegen via http: //www.europa.admin.ch/d/index.htm; binnen de EG is een en ander bekend als Besluit 2004/911/EG, geupbliceerd in PbEG 2004 L 385/28 en 30.

gebonden. Dat betekent dat, om informatie te kunnen verstrekken, een daartoe strekkende grondslag nodig is. Die grondslag kan worden gevonden in de Art. 42 en 43 voorstel-FINMAG, maar vooral in Art. 38 BEHG, dat bij inwerkingtreding van de FINMAG niet zal wijzigen.

Artikel 38 BEHG is met afstand de belangrijkste rechtsbasis voor samenwerking tussen de EBK en haar buitenlandse collega's. Het is onlangs, mede vanwege aanhoudende buitenlandse druk, ingrijpend herzien.[635] Verdragen zijn op dit terrein nauwelijks voorhanden, in ieder geval niet met de andere in dit onderzoek betrokken landen.[636] Momenteel heeft Zwitserland zich ook nog niet via het multilaterale *Memorandum of Understanding*/MoU van de IOSCO[637] tot samenwerking gecommitteerd, hoewel daarin als gevolg van de wijziging van Art. 38 binnenkort waarschijnlijk verandering zal komen. Tot dat moment blijft de vraag *of* bijstand wordt verleend in juridisch opzicht een eenzijdige kwestie; Art. 38 BEHG is geformuleerd als een 'kan-bepaling'. Het artikel verplicht Zwitserland niet tot bijstand, maar creëert alleen de bevoegdheid daartoe. Wel is het zo dat de samenwerking in internationaal verband wordt gerekend tot de taak van de EBK.[638] Van de EBK mag dan ook een constructieve houding jegens het buitenland worden verwacht. Het artikel is dan ook niet alleen een basis voor bijstand op verzoek, maar ook voor spontane bijstand.[639] In die gevallen gaat Art. 38 BEHG eveneens op het ambtsgeheim voor.[640]

> Art. 38 BEHG luidt: '1 Die Aufsichtsbehörde kann zur Durchsetzung dieses Gesetzes ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden um Auskünfte und Unterlagen ersuchen. 2 Sie darf ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen nur übermitteln, sofern: a. diese Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden; b. die ersuchenden Behörden an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind, wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben. 3 Betreffen die von der Aufsichtsbehörde zu übermittelnden Informationen einzelne Kundinnen oder Kunden von Effektenhändlern, so ist das Bundesgesetz vom 20. Dezember 19682 über das Verwaltungsverfahren unter Vorbehalt der Absätze 4 und 5 anwendbar. 4 Das Amtshilfeverfahren wird zügig durchgeführt. Die Aufsichtsbehörde berücksichtigt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, ist unzulässig. 5 Der Entscheid der Aufsichts-

635 Zie de *Botschaft zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel*, Bundesblatt 2004, p. 6747 e.v. (voortaan: Botschaft Änderung 38 BEHG) en het bijbehorende wetsvoorstel. Hierover ook Du Pasquier (2006).

636 De insiderconventie van de Raad van Europa is door Zwitserland niet ondertekend.

637 Botschaft Änderung 38 BEHG, 6760.

638 *Bundesgericht* 29 oktober 1998, EBK Bulletin 37, p. 21.

639 Voor een voorbeeld, zie *Bundesgericht* 8 mei 2006, 2A.170/2006/ leb.

640 Althaus (1997), p. 150; EBK-bulletin 42, p. 97; 45, p. 43.

behörde über die Übermittlung der Informationen an die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde kann von der Kundin oder dem Kunden innert zehn Tagen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden. Gesetzliche Bestimmungen über den Stillstand der Fristen sind auf diese Frist nicht anwendbar. 6 Die Aufsichtsbehörde kann im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz zustimmen, dass übermittelte Informationen zu einem anderen als dem in Absatz 2 Buchstabe a genannten Zweck an Strafbehörden weitergeleitet werden, sofern die Rechtshilfe in Strafsachen nicht ausgeschlossen ist. Das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren ist anwendbar.'

Wat betreft de omvang van de te verlenen bijstand bevat het tweede lid van Art. 38 BEHG belangrijke aanwijzingen. Allereerst wordt er gesproken over *Finanzmarktaufsichtsbehörden*, wat samenwerking met buitenlandse justitiële autoriteiten uitsluit. Daarentegen hoeven deze toezichthouders niet *per se* overheidsorganen te zijn. Ook op privaatrechtelijke leest geschoeide organisaties, zoals effectenbeurzen met toezichthoudende taken, komen in aanmerking.[641] In zoverre hanteert men in Art. 38 een formeel organiek criterium. Een tweede aanwijzing is dat bijstand 'ausschliesslich zur Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels' mogelijk is.[642] Voor andere dan toezichtdoeleinden mag geen informatie worden verstrekt, ook niet als de ontvangende instantie ruimere taken kent.[643] Het is natuurlijk de vraag wat men precies hieronder moet verstaan. Het *Bundesgericht* en de EBK zijn redelijk coulant. De vraag wordt beoordeeld tegen de achtergrond van de doeleinden van de beurs- en effectenwet en niet aan de hand van de concrete Zwitserse invulling daarvan in de BEHG (en straks ook de FINMAG).[644] In de rechtspraak werd uitgemaakt dat Art. 38 niet alleen ziet op instituutstoezicht, maar ook op markttoezicht.[645] Ook over gedragingen van individuele beleggers kan dus informatie worden verstrekt. Verder mag aan *Aufsichtsbehörden* voor punitieve doeleinden bijstand worden verleend, ook al heeft de EBK die mogelijkheid zelf niet.[646] Daar is veel voor te zeggen. Immers, nu men niet verwachten kan dat in het buitenland de organisatie van het financiële toezicht op een gelijke wijze wordt ingevuld als in Zwitserland, is in dit opzicht in aanvulling op het organieke een functioneel criterium nuttig: bepalend wordt zo ook het doel van de handeling – dient ze het financiële toezicht of niet?

641 Roth (2000), Art. 38 BEHG, aant. 59; Althaus (1997), p. 159.

642 Het nieuwe Art. 38 BEHG bezigt een iets andere formulering, waarmee hetzelfde wordt bedoeld: 'Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler.'

643 Onduidelijk is of dit ook betekent dat in zo'n geval *Chinese walls* moeten worden opgeworpen. Sceptisch daarover: Roth (2000), Art. 38 BEHG, aant. 53; zie ook Glutz von Blotzheim (2003), p. 99-100.

644 Vgl. Roth (2000), Art. 38 BEHG, aant. 50 e.v. Men zou het wellicht zo kunnen stellen dat de *Kompetenz* van de EBK bepalend is en niet diens daaruit afgeleide concrete *Zuständigkeiten*.

645 BGE 125 II 65 (72); Althaus (1999), p. 935; Roth (2000), Art. 38 BEHG, aant. 51 e.v. Anders: Glaser Tomasone (1997), p. 141 e.v.

646 Vgl. Althaus (1997), p. 137 en 156-158; Roth (2000), Art. 38 BEHG, aant. 54, die spreekt over administratieve sancties.

De voormelde wetswijziging heeft aan dit eerste doel echter onlangs nog toegevoegd dat het ook is toegestaan dat de gegevens 'zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden.' Direct contact met justitie is dus niet mogelijk, maar de gegevens mogen, *mits* in het kader van de handhaving van het beurs- en effectenrecht, door de buitenlandse toezichthouder zonder meer aan justitie worden verstrekt. Dat was voorheen niet mogelijk zonder het volgen van zware procedures. Deze directe doorleiding van de gegevens aan de buitenlandse justitie maakt het *de facto* mogelijk dat de bijstand *mede* voor financiële opsporingsdoeleinden mag worden gebruikt. Net zo min als het Duitse en het Nederlandse recht kent het Zwitserse recht een bepaling die het stellen van bijstandsverzoeken na opening van een opsporingsonderzoek aan het buitenland verbiedt. In potentie ontstaat hierdoor het gevaar dat de bijstand wordt gebruikt om eventuele strengere strafrechtelijke voorschriften te omzeilen. Althaus acht dit toelaatbaar, voor zover de buitenlandse bestuurlijke autoriteit een eigenbelang bij het doen van een bijstandsverzoek heeft.[647] In dat geval kan immers op voorhand helemaal niet worden gezegd dat een bijstandsverzoek eigenlijk voor een strafrechtelijk doel wordt gedaan. Ook het *Bundesgericht* lijkt een en ander te accepteren, doordat het, onder het oude regime, uitmaakte dat tegelijk met de beslissing tot het verlenen van bijstand een beslissing tot doorleiding van de informatie aan justitie mag worden genomen.[648] Dat oude, strengere regime geldt overigens nog steeds voor andere dan de beurs- en effectengerelateerde criminaliteit.

> Onder dat regime werden aan de doorleiding van gegevens aan justitie strenge eisen gesteld, ook als het ging om de strafrechtelijke handhaving van de regels over het beurs- en effectentoezicht. Sinds de voormelde wetswijziging zijn de eisen voor het laatste type criminaliteit als gezegd aanmerkelijk versoepeld. De strenge eisen gelden nog wel voor andere vormen van commune criminaliteit. Volgens de jurisprudentie van het *Bundesgericht* gelden in die zaken de eisen voor het *verlenen* van bijstand en die voor het *doorleiden* van de informatie aan justitie cumulatief. Voor directe doorleiding kan in het bijzonder aanleiding zijn als er al een strafzaak loopt en de verdenkingen zich al voldoende hebben verhard (*Zusatzverdacht*).[649] *De facto* mag de bijstand dan *mede* de commune strafrechtelijke handhaving dienen, maar wel onder strikte voorwaarden.[650] Die situatie doet denken aan de Nederlandse.[651] Welke eisen er precies aan de doorleiding worden gesteld, bespreek ik hieronder.

B) Procedure en instrumentarium

Art. 38 BEHG onderscheidt tussen enerzijds geheime ('nicht öffentlich zugänglich') en niet-geheime gegevens (lid 2) en anderzijds wel op cliënten ('kundenbezogen')

---

647 Althaus (1999), p. 944-945.

648 BGE 125 II 450 = EBK Bulletin 38, p. 39. Kritisch: Jacquemoud (2005), p. 222-223.

649 BGE 126 II 409 = EBK Bulletin 41, p. 125.

650 Vgl. Glutz von Blotzheim (2003), p. 95-96.

651 Hoofdstuk 3.5.2.1, onder A. De Nederlandse regeling is strenger dan de Zwitserse, vooral als het gaat om het gebruik voor de financiële strafrechtelijke rechtshandhaving.

en niet op cliënten ziende gegevens (lid 3). Niet-geheime informatie kan vormvrij worden verstrekt. Daarop ga ik hier niet verder in. Dat is anders voor geheime informatie, waaronder haast per definitie de *kundenbezogen* gegevens vallen.[652] Voor die situaties gelden speciale procedures die nu worden beschreven. De kwalificatie *kundenbezogen* of niet, is vooral van belang voor de rechtsbescherming van de cliënten van de instellingen (zie onder).

In het Zwitserse recht vindt idealiter het volgende stappenplan plaats bij binnenkomende verzoeken om bijstand of rechtshulp. Na een zogenaamde *Vorprüfung*, waarin door de instantie die het verzoek langs diplomatieke weg of anderszins uit het buitenland ontvangt, summier wordt getoetst of eraan gevolg kan worden gegeven, volgt waar nodig de fase waarin de informatie wordt vergaard (*Auskunftsverfahren*). Daarna volgt het eigenlijke *Übermittlungsverfahren*. Dat is de procedure waarin over de verstrekking van de informatie aan het buitenland wordt beslist. Nadien kan, als blijkt dat de informatie ook voor andere procedures nodig is, nog een *Weiterleitungsverfahren* worden gevoerd. Daarin wordt beslist of informatie mag worden doorgeleid. Zoals gezien, stond het *Bundesgericht* toe dat in de financiële bijstand deze stadia worden gecombineerd. Daardoor maakt het mogelijk dat bijstand *mede* strafrechtelijke doeleinden dient, maar stelt het, afhankelijk van het type strafbare feit, soms wel strenge eisen. Welke eisen dat zijn, bespreek ik hieronder nog.

De situatie is in de financiële bijstand in zoverre eenvoudig dat de EBK zelf voor alle stadia verantwoordelijk is. Een aparte *Vorprüfung* is niet vereist. Dat neemt niet weg dat ze alvorens uitvoering te geven aan een verzoek, eerst zal bekijken of eraan gevolg kan worden gegeven. Veel hangt daarbij af van de beoordelingsmarge die de EBK zichzelf toedicht. In de praktijk is deze marge beperkt. Zo treedt de EBK niet in de beoordeling van de vraag of een verzoek wel zinvol of nuttig is. Evenmin zal ze genegen zijn om de feiten in het verzoek op juistheid te controleren of, indien toepasselijk, de schuld van een verdachte te vast te stellen.[653] Dat zijn, conform de interstatelijke vertrouwensregel, bij uitstek taken van de verzoekende autoriteit. Zou de EBK hierop ingaan, dan zou dat niet alleen betekenen dat veel werk dubbel wordt verricht, maar ook dat ze de taken van de buitenlandse autoriteit overneemt. Daarop is ze niet ingericht. Dat de Zwitserse autoriteiten niet in de beoordeling van dit soort zaken willen treden, levert dan ook geen inbreuk op het *Recht auf rechtliches gehör*.[654] Dezelfde praktijk troffen we aan in Nederland en Duitsland.

Echter, de EBK toetst wel of een voldoende verdenking (*Anfangsverdacht*) voorligt om een onderzoekshandeling te kunnen verrichten. Dat heeft rechtstreeks te maken met de omstandigheid dat het verlenen van bijstand in alle gevallen moet voldoen aan de eisen van het evenredigheidsbeginsel (Art. 38 Abs. 4 BEHG). *Fishing*

652 Vgl. Roth (2000), Art. 38 BEHG, aant. 25.

653 Botschaft Änderung Art. 38 BEHG, p. 6766; vaste rechtspraak van het *Bundesgericht*; zie onder meer BGE 15 februari 2002, 2a.434/2001.

654 *Bundesgericht* 10 juli 2001, EBK Bulletin 42, p. 97; zie ook EBK Bulletin 45, p. 32.

expeditions moeten worden voorkomen.[655] Juist in het financiële toezicht, waarin de betrokken autoriteiten in algemene bewoordingen het toezicht op de markt is opgedragen, kunnen aan zo'n verdenking niet heel strenge eisen worden gesteld. De grenzen liggen minder hoog dan in het internationale strafrecht.[656] Om die reden acht het *Bundesgericht* een abstracte *Anfangsverdacht* voldoende. Zo is voor een insider-onderzoek bijvoorbeeld voldoende dat kort voor het bekend worden van koersrelevante informatie transacties werden verricht.[657] Evenmin is nodig dat personen al met naam en toenaam bekend zijn. Het gaat er namelijk vaak om vast te kunnen stellen *of* er een vergrijp werd gepleegd en zo ja, door wie.[658] In het vierde lid van Art. 38 BEHG is nog een andere uitwerking van het evenredigheidsbeginsel te vinden. Er wordt ook in bepaald dat over derden die duidelijk niet in de zaak betrokken zijn, geen gegevens mogen worden verstrekt. Gelet op het feit dat vaak überhaupt nog niet duidelijk is welke personen betrokken zijn bij verdachte transacties, kan aan dit artikellid echter geen ruime werkingssfeer worden toegekend. Zelfs wanneer een vermogensbeheerder namens zijn cliënt, maar buiten diens weten, transacties verricht, kan volgens het *Bundesgericht* op voorhand niet worden uitgesloten dat de identiteit van zo'n cliënt toch bekend wordt gemaakt.[659]

Als er vervolgens wordt besloten om bijstand te verlenen, moet worden bekeken wat er precies wordt gevraagd. Als de gevraagde inlichtingen nog moeten worden verkregen, kan de EBK haar toezichtsbevoegdheden voor die doeleinden gebruiken.[660] Deze worden doorgaans jegens haar onder toezicht gestelden ingezet, ook omdat onduidelijk is of de EBK hun cliënten direct mag benaderen.[661] Het bank- en/of beursgeheim kan door ondertoezichtgestelden niet worden ingeroepen. Hier geldt het principe *locus regit actum*. In de regel zal aan een formele inlichtingen- of inzagevordering een vormvrij verzoek vooraf gaan. Voldoet de bank daaraan, dan kan een officiële beschikking achterwege blijven. Geeft men aan zo'n informeel verzoek geen gehoor, dan volgt een officiële vordering in de vorm van een *Verfügung*. Dergelijke inlichtingenvorderingen zijn ook mogelijk, wanneer informatie wordt gevraagd over personen die in Zwitserland niet onder toezicht hadden kunnen zijn gesteld.[662] Dat spoort met de gedachte dat de buitenlandse belangen niet overeen hoeven te komen met die waarover de EBK waken moet.

Het kan voorkomen dat de EBK bijstand verleent in een onderzoek met punitieve doeleinden. Niet duidelijk is wat dan dient te geschieden. Er is wel betoogd dat de EBK in zo'n geval haar bevoegdheden niet uitoefenen kan, omdat dat zou neerkomen op een omzeiling van strafvorderlijke waarborgen.[663] Die conclusie

655 BGE 125 II 65 (73-74); BGE 15 februari 2002, nr. 2a.434/2001; EBK Bulletin 45 (2003), p. 29-32.
656 BGE 15 februari 2002, nr. 2a.434/2001; vgl. ook Glutz von Blotzheim (2003), p. 98.
657 BGE 15 februari 2002, nr. 2a.434/2001.
658 Vgl. Althaus (1999), p. 938; Glutz von Blotzheim (2003), p. 98.
659 EBK Bulletin 45, p. 39-41.
660 Art. 35 Abs. 2 BEHG; Art. 29 voorstel-FINMAG; vgl. paragraaf 5.3.2.1.
661 *Supra* paragraaf 5.3.2.1.
662 Althaus (1999), p. 943; dezelfde (1997), p. 197.
663 Glaser Tomasone (1997), p. 149 e.v.

wordt echter niet door iedereen onderschreven en zeker niet door de EBK zelf. Feit is wel dat de assistentie in een onderzoek met punitieve doeleinden vragen oproept over de positie van de betrokken bank, zeker als de verdenking zich tegen hem richt. Is deze dan nog steeds tot medewerking verplicht of komt hem dan een zwijgrecht toe en zo ja, vanaf welk moment? Die vraag werd nog niet in de jurisprudentie beantwoord. Voor de goede orde, van strafvorderlijke bevoegdheden kan de EBK geen gebruik maken. Daarover heeft ze immers niet de beschikking. De bevoegdheden van het *Verwaltungsstrafrecht* komen toe aan het EFD, niet aan de EBK.

Ingewikkelder wordt het wanneer de derde fase is aangebroken. Op dat moment moet men zich beraden over de vraag of inlichtingen aan het buitenland kunnen worden verstrekt of niet. Zoals gezien, kent Art. 38 Abs. 3 BEHG hier speciale procedures, als inlichtingen over cliënten worden gevraagd. Deze wordt namelijk expliciet de mogelijkheid toegekend om tegen de voorgenomen informatieverstrekking bij het *Bundesgericht* in beroep te gaan. Het bankgeheim, dat weliswaar geen directe rol meer speelt, vervult aldus indirect nog steeds een belangrijke rol.[664] Een en ander maakt de procedures zeer complex, hoewel ook deze door de voornoemde wetswijziging zijn vereenvoudigd. Daarop kom ik hieronder nog uitgebreid terug. Allereerst ga ik in op de voorschriften omtrent geheimhouding en doelbinding.

C) Geheimhouding en doelbinding

De voorschriften omtrent het beheer van de informatie door de buitenlandse autoriteiten bestaan uit drie elementen. Er zijn voorschriften omtrent de geheimhouding van gegevens (*Vertraulichkeitsprinzip*; lid 2 sub b), voorschriften omtrent het gebruik ervan (*Spezialitätsprinzip*; lid 2, sub a) en voorschriften die een uitzondering op beide toestaan (*Prinzip der langen Hand*; lid 6). Deze bepalingen gelden alleen voor niet-openbare informatie.[665] Zoals gezien, geldt als hoofdregel dat de ontvangende autoriteiten gebonden moeten zijn aan een ambtsgeheim en bovendien deze informatie alleen doelgebonden mogen gebruiken. Deze voorwaarden zijn een noodzakelijk tegenwicht voor het feit dat de EBK op haar beurt haar eigen geheimhoudingsplicht doorbreekt. Het gebruik van de informatie voor andere doeleinden is dus in beginsel niet toegestaan. Daarmee is ook voorkomen dat de informatie in eerste instantie wordt gebruikt voor fiscale doeleinden of voor commuun strafrechtelijke doeleinden.

De situatie kan zich voordoen dat de informatie later door andere autoriteiten en/of voor andere dan toezichtsdoeleinden nodig is. In die gevallen geldt een tweesporig regime. Immers, de doorleiding voor de strafrechtelijke handhaving van de beurs- en effectenregels is zonder meer toelaatbaar, op voorwaarde dat de verstrekte gegevens binnen deze kaders vertrouwelijk worden behandeld. De doorleiding voor andere strafrechtelijke doeleinden is echter niet zonder meer toelaatbaar. Dan is toestemming van de EBK nodig. De informatie mag weliswaar

664 Althaus (1997), p. 151.

665 Overigens eist ook Art. 6 BDSG bij de doorgave van persoonsgegevens een adequaat buitenlands beschermingsniveau.

ook voor niet-beurs- en effecten gerelateerde criminaliteit worden gebruikt (niet *in fiscalibus*!), maar alleen onder strenge voorwaarden. Er wordt getoetst of a) in dezelfde zaak wederzijdse rechtshulp had moeten worden geweigerd, b) voldaan is aan het vereiste van dubbele strafbaarheid en c) een zogenaamde *Zusatzverdacht* voorligt (vgl. Art. 38 Abs. 6 BEHG). Met dat laatste bedoelt men dat een enkel vermoeden van overtreding niet meer volstaat, maar dat zo'n verdenking moet zijn geconcretiseerd.[666] Bovendien moet men voor doorleiding toestemming verkrijgen van het *Bundesamt für Justiz*/BJ. Die toestemming mag geen formele zijn; de functie ervan is namelijk een waarborging van de regels over de strafrechtshulp.[667] Om deze reden moet het verzoek om doelafwending ook voldoende precies zijn om het onderliggende feitencomplex juridisch te kunnen kwalificeren.[668]

De wijziging van Art. 38 BEHG zal het internationale gegevensverkeer sterk verbeteren. Ze heeft tot gevolg dat Zwitsersland het *Memorandum of Understanding* van de IOSCO kan ondertekenen. Onder het oude regime zorgde vooral de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid, als gevolg van de beperkte delictsomschrijving van de handel met voorwetenschap in Art. 161 StGB, voor problemen.[669] De regeling over de doorleiding van gegevens aan justitiële autoriteiten hinkte op twee gedachten. Enerzijds wilde men dubbel werk voorkomen, doordat informatie waarover men al rechtmatig de beschikking had, toch opnieuw via een omslachtige rechtshulpprocedure moest worden opgevraagd, anderzijds diende men ook te waken voor een omzeiling van de waarborgen van de strafrechtshulp.[670,671] De veronderstelling was oorspronkelijk dat het merendeel van de punitieve handhaving door toezichthoudende autoriteiten zou plaatsvinden, zodat er slechts bij wijze van uitzondering behoefte zou zijn aan doorleiding van informatie aan de buitenlandse justitie.[672] Die veronderstelling bleek vals en leidde tot grote buitenlandse druk. Het nieuwe regime doet niet alleen meer recht aan de internationaal steeds dominanter wordende opvatting die de handhaving van de beurs- en effectenwetgeving opvat als een gedeelde verantwoordelijkheid van toezichthouder en justitie, maar sluit ook beter aan op de interne situatie. Immers, ook in Zwitserland zijn de EBK en EFD/justitie tot nauwe samenwerking verplicht en worden de meeste strafzaken voorbereid door de EBK die pas aangifte doet als een verdenking zich in afdoende mate heeft verhard.[673] De voorgenomen wetswijziging heeft echter niet tot gevolg dat ook buitenlandse justitiële organen die soortgelijke taken als de EBK vervullen, zich

666 BGE 126 II 409 = EBK Bulletin 41, p. 125; Glutz von Blotzheim (2003), p. 105 e.v.
667 BGE 126 II 86; Glutz von Blotzheim (2003), p. 108.
668 BGE 126 II 409 = EBK Bulletin 41, p. 125.
669 *Bundesgericht* 5 maart 2001, 1a.325/2000; BGE Ib 547 (559); EBK Bulletin 45 (2003), p. 50; Althaus (1997), p. 163. Art. 161 StGB wordt momenteel overigens herzien; *supra* noot 21 en 45.
670 BGE 126 II 409 = EBK Bulletin 41, p. 125.
671 Roth (2000), Art. 38 BEHG, aant. 68-70.
672 EBK Bulletin 45 (2003), p. 60; Botschaft Änderung Art. 38 BEHG, p. 6755.
673 Botschaft Änderung Art. 38 BEHG, p. 6756-6759.

direct tot de laatste kunnen wenden. Ook voor commune strafbare feiten blijven de oude voorwaarden gelden.

Wil de EBK informatie aan een buitenlandse autoriteit kunnen verstrekken, dan moet ze de Zwitserse doelbindingsvoorwaarden vooraf aan de buitenlandse autoriteit meedelen. Vóór de verstrekking van de gegevens moet de toestemming van de EBK worden binnengehaald. Als de EBK dat verlangt, moet door de buitenlandse autoriteit alles in het werk worden gesteld om doorleiding van de gegevens te voorkomen.[674] Het is echter niet vereist dat de laatste zich door middel van een volkenrechtelijk verbindende verklaring akkoord verklaart met de Zwitserse voorwaarden. Evenmin hoeft ze wettelijke bepalingen aan te wijzen die duiden op de vertrouwelijke en doelgebonden behandeling van de ontvangen informatie. Men neemt genoegen met een *best-efforts*verklaring.[675]

Ter zake van de verstrekking aan de (toen nog) Nederlandse STE maakte het *Bundesgericht* uit: 'Es käme einem unerklärlichen Wertungswiderspruch gleich, eine entsprechende Anzeigepflicht – mit der damit verbundenen Befreiung vom Amtsgeheimnis – zwar für die Bankenkommission landesintern vorzusehen [Art. 35 Abs. 6 BEHG, ML], die Gewährung der Amtshilfe jedoch davon abhängig machen zu wollen, dass die nachsuchende ausländische Aufsichtsbehörde ihrerseits gerade keiner solchen Pflicht unterliegt (…). Demnach kann offen bleiben, ob die STE zur Weitergabe von Informationen an die Strafverfolgungsbehörden gesetzlich verpflichtet ist, wie es sich nach Auffassung des Beschwerdeführers aus dem Briefwechsel zwischen ihr und der EBK ergibt (vgl. das Schreiben vom 9. Januar 2001), oder ob ihr ein entsprechendes Vorgehen freisteht, wie sie im Amtshilfegesuch vom 14. Mai 2001 ausdrücklich geltend macht. Die fragliche 'Pflicht' zur Weiterleitung vermag die Gewährung von Amtshilfe so oder anders nicht generell auszuschliessen.'[676]

Jegens de Amerikaanse *Securities and Exchange Commission*/SEC kwam de EBK ernstig in de problemen, toen het *Bundesgericht* de Amerikaanse toezeggingen tot driemaal toe niet toereikend achtte en de EBK bijgevolg de informatie niet kon verstrekken.[677] De SEC had verklaard dat ze voorafgaande toestemming van de EBK zou vragen, behalve in de 'unlikely instance where seeking prior consent is not possible, such as where it is prohibited or an immediate response is required.'[678] Deze toezegging achtte het *Bundesgericht* niet voldoende. Daarbij

674 *Bundesgericht* 15 februari 2002, nr. 2A.434/2001; zie ook BGE 126 II 126; vgl. ook Art. 11 sub b van het multilaterale IOSCO-Memorandum of Understanding, dat overigens niet door de EBK is ondertekend.

675 EBK Bulletin 45, p. 34.

676 *Bundesgericht* 15 februari 2002, nr. 2A.434/2001; zie ook BGE 126 II 409 (412).

677 Zie de volgende uitspraken van het *Bundesgericht*: 24 november 1999 (EBK Bulletin 40, p. 119), 1 mei 2000 (BGE 126 II 126) en 20 december 2001, nr. 2A.349/2001 (SZW 2002, p. 61-61 met noot Peter Nobel).

678 Citaat uit BGE 126 II 126 (140).

speelde de openheid van de Amerikaanse civiele *enforcement action procedures*[679] en *litigation releases*[680] een belangrijke rol. Hieraan deed niet af dat de Amerikanen hadden beloofd terughoudend te zijn met hun informatieverstrekking richting het publiek en tevens hadden gewezen op de mogelijkheid van een *protective order*.[681] Evenmin was relevant dat eerder via de strafrechtelijke kanalen voor dezelfde procedures wel rechtshulp was verleend.[682]

D) Rechtsbescherming

Voor de rechtsbescherming in het kader van de internationale bijstandsverlening is van groot belang of over individuele cliënten informatie wordt verstrekt of niet (vgl. Art. 38 Abs. 3 BEHG). Daarnaast moet worden bekeken of inlichtingen bij de EBK reeds voorhanden zijn of dat deze nog moeten worden verkregen. Dat laatste zal vaak het geval zijn. Zoals gezien, steunt de EBK voor een groot deel immers op de informatie van de *Revisionsstellen*. Veel informatie is bij haar zelf niet aanwezig. In deze paragraaf wordt bekeken of en zo ja, hoe de betrokken partijen tegen een op handen zijnde informatieverstrekking bezwaar kunnen maken en wat hun rechten daarbij zijn. Daarbij maak ik onderscheid tussen a) bezwaar tegen gestelde onderzoekshandelingen, b) bezwaar tegen de feitelijke verstrekking van de inlichtingen en c) bezwaar tegen de beslissing tot doorleiding ervan. In het bijzonder is er aandacht voor de vraag voor wie deze procedures precies openstaan – voor de bank, diens cliënt of voor allebei?

Ad a. Wanneer informatie ter uitvoering van een bijstandsverzoek nog moet worden verkregen, gelden hiervoor dezelfde regels als voor de interne situatie. Bepalend is allereerst of een inlichtingen- of inzagevordering een *Verfügung* in de zin van Art. 5 VwVG oplevert. Die vraag lijkt bevestigend te worden beantwoord,[683] hoewel onduidelijk is of dit ook nog na de wetswijziging van Art. 38 BEHG het geval is. De EBK meent bijvoorbeeld dat, net als in het internationale strafrecht, afzonderlijke rechtsbescherming niet meer openstaat. Zelf kan ik uit de wetsgeschiedenis echter niet afleiden dat hier een wijziging is beoogd. Ik zie dan ook geen reden om een onderscheid te maken tussen de situatie waarin voor het Zwitserse toezicht een vordering wordt gedaan en die waarin dat ten behoeve van een buitenlands toezichtsdoel geschiedt.[684] In beide situaties is enkel de toelaatbaarheid

679 Dit zijn procedures waarbij vermoedelijke overtreders van de Amerikaanse beursregelgeving langs civielrechtelijke weg aansprakelijk worden gesteld. Dat kan leiden tot de oplegging van 'punitive damages'. Zodra de klacht is uitgebracht, is de procedure openbaar.

680 De inleiding van enforcement procedures wordt door de SEC op internet en via de media bekend gemaakt. Daarbij worden de betrokkenen met naam en toenaam vermeld. Een en ander vindt niet plaats, voordat zich een verdenking in voldoende mate heeft verhard.

681 Een *protective order* kan een betrokkene bij de rechter aanvragen. Aldus kan gevoelige informatie buiten de openbaarheid worden gehouden. Het *Bundesgericht* wees er echter op dat het de taak van de betrokken autoriteit is om de informatie geheim te houden en niet die van het betrokken bedrijf.

682 Vgl. *Bundesgericht* 20 december 2001, nr. 2A.349/2001, SZW 2002, p. 61-64.

683 Vgl. BGE 125 II 79; zie ook paragraaf 5.3.2.2.

684 Vgl. Du Pasquier (2006); Jacquemoud (2005), p. 230.

van de maatregel op zich aan de orde. Overige vragen, zoals die naar het uiteindelijke gebruik ervan, lijken op een ander moment te moeten worden aangekaart. In de internationale bijstand lenen het *Übermittlungs-* en *Weiterleitungsverfahren* zich daarvoor.

Als er sprake is van een *Verfügung*, moet worden bepaald wie ertegen kan opkomen. Bepalend daarvoor is of men partij in de procedure is of niet. Opnieuw hoeft deze situatie niet anders te worden behandeld dan in het interne recht. Het mag worden aangenomen dat de bank wel partijstatus heeft, maar diens cliënt niet.[685] De rechtspositie van de laatste is (nog) niet aangetast; hij kan zijn belangen behartigen door de *Übermittlungsverfügung* aan te vechten. In de praktijk komt het overigens zelden voor dat een bank inderdaad bezwaar maakt tegen dergelijke vorderingen.[686]

Ad b. Beschikt de EBK vervolgens over de inlichtingen, dan zal moeten worden beoordeeld of deze kunnen worden verstrekt aan het buitenland. Hier start het *Übermittlungsverfahren* en worden de zaken gecompliceerder. De vraag is namelijk wie tegen zo'n verstrekking in het geweer kan komen. Allereerst moet daarvoor een onderscheid worden gemaakt tussen gegevens die betrekking hebben op individuele cliënten en andere soorten gegevens. Alleen voor de eerste categorie stelt het huidige Art. 38 Abs. 3 BEHG rechtsbescherming open.[687]

> Ik vind dat opmerkelijk. Potentieel zeer gevoelige informatie over financiële instellingen die niet te herleiden is tot cliënten, gaat zo de grens over zonder dat er hiertegen rechtsbescherming is.[688] Het is mij echter niet duidelijk waarom zulke informatie, waarvan het bekend worden bij het beleggend publiek, grote nadelige consequenties kan hebben voor de betrokken instelling en de gehele financiële markt, geen bescherming behoeft, terwijl dat bij gegevens over individuele cliënten wel het geval is.

Aangezien er alleen voor aan de cliënt gerelateerde gegevens rechtsbescherming openstaat en aangezien op deze beslissing ex Art. 38 Abs. 3 expliciet de *Verwaltungsverfahrensgesetz* van toepassing is, kan worden aangenomen dat beslissingen tot verstrekking van de gegevens appellabel zijn. De onduidelijkheid die hierover in de interne rechtsorde bestaat,[689] is in de internationale samenwerking expliciet weggenomen. Dat hangt samen met de bescherming van het bankgeheim dat in het

685 Althaus (1997), p. 207-208.
686 Du Pasquier (2006), p. 79.
687 Voor de goede orde, als geheime, maar niet op cliënten betrekking hebbende informatie wordt verstrekt, moet wel aan de eisen van Art. 38 Abs. 2 BEHG zijn voldaan.
688 Jacquemoud (2005), p. 227-228; Roth (2000), Art. 38 BEHG, aant. 24-26, duidt dit type gegevens overigens aan als *'prudentielle' Informationen*. Volgens hem is het onderscheid tussen geheime gegevens over cliënten enerzijds en prudentiële informatie anderzijds een typisch Zwitsers fenomeen.
689 *Supra* paragraaf 5.4.2.4.

buitenland naar alle waarschijnlijkheid minder streng wordt beschermd.[690] Partij in de procedure zijn buiten twijfel de bankcliënten zelf.[691] De vraag is echter of ook de bank partij kan zijn. Sinds de wijziging van Art. 38 BEHG is dit uitgesloten. Daarmee is aansluiting gezocht bij ontwikkelingen in de internationale rechtshulp in strafzaken, waarin de bank in de overdrachtsfase ook geen partijstatus meer heeft.

> Die uitsluiting ligt niet zonder meer voor de hand. De bank zou zich bijvoorbeeld op het standpunt kunnen stellen dat de waarborging van het bankgeheim een zaak is die hem rechtstreeks raakt, zodat hij partijstatus moet hebben. Voorheen kende het *Bundesgericht* banken inderdaad partijstatus toe.[692] Dat betekende dat een bank, die om informatie over cliënten werd gevraagd waarover de EBK nog niet beschikte, twee beroepsmogelijkheden had. Hij kon eerst opkomen tegen de inlichtingen- of inzagevordering (*Auskunftsverfügung*)[693] en daarna tegen de beslissing tot overdracht van de gegevens (*Übermittlungsverfügung*). De EBK mocht beide beslissingen integreren.[694] Zo kon aanzienlijke tijdswinst worden geboekt.

Ten aanzien van de individuele cliënt doen zich praktische problemen voor die betrekking hebben op de bekendmaking van het besluit. Zo'n bekendmaking is nodig, wil het besluit rechtskracht kunnen krijgen en kunnen worden uitgevoerd (vgl. Art. 34 en 39 VwVG).[695] Het laat zich bovendien raden dat juist die bekendmaking essentieel is voor het kunnen uitoefenen van procedurele rechten. Veel cliënten wonen echter in het buitenland. Deze hebben niet altijd een officieel contactadres, een *Zustellungsdomizil*, in Zwitserland, zodat onduidelijk is of en aan wie het besluit moet worden bekendgemaakt. In de praktijk worden dergelijke besluiten dan aan de bank gezonden, waarbij enigszins in het vage blijft wat de status van zo'n toezending is jegens de cliënt. In ieder geval mag van de banken worden verwacht dat ze, tenzij dat hun is verboden (Art. 292 StGB), hun cliënten op de hoogte stellen van het bijstandsverzoek.[696] Maar is het besluit daarmee ook jegens de cliënt verbindend? Hetzelfde probleem speelde zoals gezien in de internationale rechtshulp in strafzaken. Daar bepaalde het *Bundesgericht* dat de beroepstermijnen voor de cliënt gaan lopen vanaf het moment dat de cliënt feitelijk van de vordering op de hoogte raakt. Men zou kunnen betogen dat dit ook moet gelden in de

690 Du Pasquier (2006).
691 Economisch rechthebbenden zijn geen partij; BGE 122 II 130, onder verwijzing naar de rechtspraak inzake de wederzijdse rechtshulp in strafzaken; BGE 125 II 67.
692 BGE 125 II 79 (81 e.v.), opnieuw onder verwijzing naar de (oudere) rechtspraak inzake de wederzijdse rechtshulp in strafzaken; zie ook Althaus (1999), p. 932. In die zaak probeerde de bank overigens onder een kostenveroordeling uit te komen door zijn partijstatus aan te vechten. De erkenning van die status impliceert dat hij ook, als keerzijde van de medaille, partijrechten uitoefenen kan.
693 Deze wordt dan gekwalificeerd als *Zwischenverfügung*.
694 BGE 125 II 79; *Bundesgericht* 29 oktober 1998, EBK Bulletin 37, 21; EBK Bulletin 45, p. 36-37.
695 Hierover ook Althaus (1997), p. 211-215.
696 BGE 125 II 65 (70). Banken kunnen echter niet namens hun cliënten bezwaar aantekenen.

financiële bijstand. Inmiddels heeft men echter deze rechtspraak in het internationale strafrecht teruggedraaid. Art. 80m IRSG en 9 IRSV bepalen nu dat bekendmaking alleen nog verplicht is aan cliënten met een *Zustellungsdomizil* in Zwitserland. Onduidelijk is of dit ook geldt in het onderhavige rechtsgebied. Het ligt mijns inziens voor de hand. Toch liet het *Bundesgericht* de vraag expliciet in het midden.[697]

Ad c. In de derde plaats verdient de beslissing tot doorleiding van informatie nog aandacht. Hoewel aanvankelijk in de literatuur anders werd betoogd, levert ook deze beslissing een aanvechtbare *Verfügung* op, die bovendien de uitoefening van partijrechten rechtvaardigt (Art. 38 Abs. 6 BEHG).[698] Voorwaarde daarvoor is wel, net als bij de *Übermittlungsverfügung*, dat het gaat om *kundenbezogen* informatie. Is dat niet het geval, dan staat ook tegen doorleiding geen rechtsbescherming open. Ook hier kan vervolgens de vraag worden gesteld wie partij is. Dat is hier eveneens de individuele cliënt en niet de bank. De relevantie van deze procedure is overigens geringer sinds eenmaal verstrekte gegevens mogen worden gebruikt voor de strafrechtelijke handhaving van het beurs- en effectenrecht.

d) Uitzonderingen op het voorgaande. Het uitgangspunt is, zo blijkt uit het bovenstaande, een grote mate van openheid jegens de bank en diens cliënt wanneer informatie wordt opgevraagd. Ongetwijfeld ligt daaraan het *Recht auf rechtliches Gehör* ten grondslag. Hierdoor zijn ze niet alleen in staat hun partijrechten uit te oefenen in het primaire besluitvormingsproces, maar kunnen ze ook tegen genomen beschikkingen opkomen. Deze gang van zaken is in potentie zeer schadelijk, niet alleen voor het succes van de in Zwitserland te verrichten handelingen, maar ook voor het buitenlandse onderzoek in zijn geheel. Op de hoofdregel bestaan dan ook uitzonderingen. Ook die kwamen eerder al aan de orde.[699] Ze kunnen betrekking hebben op een beperking van de partijrechten, wanneer er bijvoorbeeld collusiegevaar is (Art. 27 en 30 VwVG), maar ook leiden tot een onmiddellijke tenuitvoerlegging van het besluit, dus voordat de beroepstermijn verstreken is. In de praktijk schort men echter steevast de uitvoering van het besluit op. Ook zijn er door de EBK vanwege het mogelijke gevaar voor het buitenlandse onderzoek nog nooit beperkingen op partijrechten aangebracht.[700]

In een uitzondering op de regel dat een besluit aan de partijen moet worden bekendgemaakt (Art. 34 VwVG), is niet voorzien. Wil een besluit rechtskracht hebben, dan zal het dus altijd moeten worden bekendgemaakt aan de partijen (vgl. Art. 38 VwVG).[701] Die bekendmaking zelf kan niet worden af- of uitgesteld. Vanuit het buitenland is er felle kritiek hierop. Vaak zijn de buitenlandse onderzoeken juist nog gediend met interne geheimhouding en dat niet alleen van de gevraagde

697 BGE 125 II 65 (71).
698 BGE 125 II 65 (77-78); Althaus (1997), p. 217 e.v.
699 *Supra* paragraaf 5.3.2.2.
700 Botschaft Änderung Artikel 38 BEHG, p. 6752 en 5760.
701 Luidend: 'Aus mangelhafter Eröffnung [van de Verfügung, ML] darf den Parteien kein Nachteil erwachsen.'

handeling zelf, maar ook van het onderzoek in zijn geheel. Het lijkt inderdaad merkwaardig te veronderstellen dat na afronding van de gevraagde onderzoekshandelingen in Zwitserland er geen gevaar voor het onderzoek meer kan bestaan en *dus* openbaarheid jegens de cliënt kan worden betracht. De kwalificatie van de beslissing tot overdracht als een beschikking isoleert de bijstandsverlening als het ware van de hoofdprocedure in de andere staat, doordat dergelijke *Verfügungen* hoe dan ook moeten worden bekendgemaakt. Daar komt bij dat de buitenlandse autoriteiten geen partijstatus hebben, zodat ze die onderzoeksbelangen in een procedure voor de Zwitserse rechter niet kunnen behartigen. Ook daardoor ontstaat mogelijk een scheefgroei met het risico van een te eenzijdige aandacht voor de belangen van de cliënt. Dat geldt te meer, nu hierboven al bleek dat de Zwitserse rechter niet wil treden in de onderliggende zaak. Zo onthoudt hij zich consequent van een oordeel over de doelmatigheid van een bijstandsverzoek. Dat laatste is een zaak van de verzoekende autoriteit.

5.5.2.2 De EBK als verzoekende partij

A) Omvang van de aanspraak op bijstand

Over de positie van de EBK als verzoekende partij kan ik veel korter zijn. Noch literatuur, noch wetgeving, noch jurisprudentie besteedt hieraan veel aandacht. Alleen in Art. 38 Abs. 1 BEHG wordt bepaald dat de EBK buitenlandse toezichthoudende autoriteiten om bijstand mag verzoeken. Dat artikel dient daarmee tevens als basis voor het verstrekken van geheime informatie. Zo'n verzoek is alleen mogelijk als het de taakvervulling van de EBK dient. Welke taken dat zijn, kwam hierboven aan de orde.[702] Ze strekken van uitvoering (vergunningverlening e.d.) tot controle, ook in de repressieve fase. Punitieve taken vervult de EBK echter niet. Daarvoor is niet de EBK, maar het EFD of de kantonnale justitie verantwoordelijk. Door deze autoriteiten kan een beroep worden gedaan op de strafrechtelijke rechtshulp, hoewel dit van de zijde van het EFD nooit gebeurt. Uit Art. 38 Abs. 1 BEHG blijkt bovendien dat het verzoek alleen aan een toezichthoudende autoriteit mag worden gericht. Dat sluit directe verzoeken aan justitiële autoriteiten uit, ook al zou directe samenwerking met hen soms voor de hand liggen. Het is immers zeer goed mogelijk dat de taken die de EBK in de voorfase van het strafrechtelijk onderzoek vervult, in een ander land al door justitie worden waargenomen. Datzelfde zagen we in Duitsland.[703] Art. 38 Abs. 1 BEHG hanteert in die zin een formeel criterium, dat met de onderliggende taakverdelingen van de betrokken Zwitserse en buitenlandse autoriteiten weinig rekening houdt.

> Op de vraag of de EBK rechtshulpverzoeken kan indienen, kom ik hieronder nog terug in paragraaf 5.5.4.2. Het zou denkbaar zijn dat de Zwitserse *Staatsanwaltschaft* namens de EBK een rechtshulpverzoek indient, hetzij dat de EBK later

702 *Supra* paragraaf 5.2.1.
703 Hoofdstuk 4.5.2.2.

de informatie bij de *Staatsanwaltschaft* opvraagt, hetzij dat de EBK (in de beperkte gevallen dat dit is toegestaan) zelf een rechtshulpverzoek indient.

De vraag kan worden gesteld in hoeverre de EBK *mede* namens andere instanties zoals het EFD of het OM bijstandsverzoeken kan indienen. Die situatie kan zich voordoen bij onderzoeken naar beurs- en effectenfraude, waarvan een effectieve bestrijding afhangt van de samenwerking tussen de *Staatsanwaltschaft* en de EBK. Hoewel de EBK zelf geen punitieve taken heeft, kan een bijstandsverzoek ook daarvoor nuttig zijn. Wat te denken van die situatie? Is er in zo'n geval een onderliggende rangorde tussen de bijstand en de rechtshulp, waardoor het probleem zich als het ware zelf oplost? Mag uit efficiency-overwegingen een gecombineerd verzoek worden gedaan?

Lastig vind ik vooral de laatste vraag. Stel bijvoorbeeld dat de EBK in de voorfase van een strafrechtelijk onderzoek opereert en dat op voorhand al te voorzien is dat de opgevraagde informatie ook voor de strafrechtspleging relevant zal zijn. In zo'n geval dient het bijstandsverzoek *mede* strafrechtelijke doeleinden. Moet daarvoor dan niet een rechtshulpverzoek worden ingediend? Een gecombineerd bijstandsverzoek kan aanmerkelijke efficiency-voordelen opleveren en bovendien de verdachte (of derde) besparen dat hij tweemaal voor hetzelfde wordt lastig gevallen.[704] Anderzijds moet worden bedacht dat een dergelijke handelwijze kan leiden tot de omzeiling van strafvorderlijke waarborgen, waaronder het zwijgrecht. Op deze plek, waar de positie van de EBK als verzoekende partij aan de orde is, moet dus de vraag worden beantwoord of het naar Zwitsers recht überhaupt is toegestaan dat de EBK namens andere autoriteiten bijstandsverzoeken indient. Dit is een omstreden en nog niet opgehelderd punt.

Het antwoord moet mijns inziens luiden dat een bijstandsverzoek altijd en volledig de eigen taak van de EBK moet dienen.[705] Dit vereiste is essentieel, omdat alleen aan de hand hiervan door een buitenlandse autoriteit een inschatting van de noodzaak tot het verlenen van bijstand kan worden gemaakt. Bijstand mag alleen worden verleend, *voor zover* dat de taak van de EBK dient en niet verder, ook al is dat wellicht nuttig voor de taakvervulling van justitie. Het lijkt mij niet toelaatbaar dat de EBK uitsluitend namens justitie en zonder dat de eigen taak ermee is gediend, een bijstandsverzoek indient. Voor zover met zo'n verzoek echter de taak van de EBK is gediend, kunnen *ook* andere doeleinden worden gediend. Dan mag worden verwacht dat de EBK zelf al aangeeft dat de verlangde informatie (waarschijnlijk) zal worden gebruikt voor andere doelen, hoewel ik deze voorwaarde bij gebrek aan literatuur, wetgeving en jurisprudentie nergens bevestigd heb gezien. Alleen op die wijze wordt namelijk bereikt dat de aangezochte autoriteit een volledige inschatting kan maken van de situatie en

704 Hierboven zagen we overigens dat het *Bundesgericht* het toelaatbaar acht dat wanneer de EBK *aangezochte partij* is, tegelijk met de beslissing tot verstrekking van informatie aan het buitenland al wordt beslist op een verzoek om doorleiding van de te verstrekken gegevens aan de buitenlandse justitie.

705 Vgl. Althaus (1999).

alleen dan kan zij beoordelen of ook de andere doeleinden waarvoor bijstand wordt gevraagd, kunnen leiden tot de toepassing van de gevraagde handelingen. Eventueel kan zij het verzoek in dat opzicht (partieel) weigeren en een specialiteitsvoorbehoud maken (zie onder). Ziet de aangezochte partij echter geen beren op de weg, dan staat alleen het ambtsgeheim van de EBK nog aan verstrekking aan andere Zwitserse autoriteiten in de weg.

B) Procedure

Het is vervolgens de vraag wat de EBK aan een buitenlandse toezichthoudende autoriteit mag vragen. Gelden er hier beperkingen en kan ze bijvoorbeeld niet verlangen wat ze zelf ook niet zou mogen? Of stelt het Zwitserse recht hier geen verdere eisen? In het laatste geval zou de EBK bijvoorbeeld om een doorzoeking kunnen verzoeken, als ze op het spoor is geraakt van overtredingen van de beurs- en effectenwet. Dat zou dan zelfs mogelijk zijn wanneer er nog slechts sprake is van vage vermoedens. Het is immers haar taak die verder te onderzoeken alvorens ze aangifte doet bij justitie. De aangezochte staat moet in die visie beoordelen of aan de verlangde maatregel gevolg kan worden gegeven. Ook een eenduidig antwoord op deze vragen is er nog niet.

Men zou zich op het standpunt kunnen stellen dat vragen vrijstaat (*silver-platter*-doctrine) en dat het aan de aangezochte staat is om – eventueel met een beroep op het reciprociteitsbeginsel, al dan niet mee te werken, maar men kan ook menen, dat, zoals in het internationale strafrecht het geval is (paragraaf 5.5.4.2), men niet kan verzoeken wat men zelf ook niet mag.[706] Internationale regels hierover zijn er niet. Dit is een gevaarlijke situatie. Hier doet zich het omgekeerde probleem voor als ik hierboven in paragraaf 5.5.2.1, onder B, beschreef: indien de aangezochte staat, zoals de Zwitserse autoriteiten plegen te doen als ze zelf aangezochte partij zijn, afgaat op de juistheid en volledigheid van het Zwitserse verzoek en zich om die reden onthoudt van een materiële beoordeling van de feiten aan de hand van zijn eigen recht (*locus regit actum*), komt de rechtspositie van de betrokkenen (toekomstige verdachten en/of derden) in de verdrukking. De vraag is dan bijvoorbeeld of een eventueel noodzakelijke verdenking wel hard genoeg is, maar ook wie en zo ja, wanneer een zwijgrecht toekomt. Ook komt dan in het geheel niet aan de orde of de uitvoering van een verzoek moet worden geweigerd, omdat de informatie waarop het gebaseerd is niet in het bezit van de EBK had mogen zijn geraakt.

C) Doelbinding en geheimhouding

Ook wat betreft de vertrouwelijke en doelgebonden behandeling van uit het buitenland ontvangen informatie kent Art. 38 BEHG geen speciale voorzieningen. Aannemelijk is dat ook buitenlandse informatie onder het ambtsgeheim van de EBK

706 Daarbij hoort nog een vervolgvraag: want hoe moet worden beoordeeld wat wel en niet mag. Is daarvoor enkel het interne recht maatgevend of moet ook op de bepalingen inzake de internationale samenwerking acht worden geslagen? In dat geval kunnen nog aanvullende eisen gelden.

vallen zal. Deze werd immers verkregen in de uitoefening van haar taak. Dat geldt ook voor informatie die spontaan uit het buitenland werd verkregen. Een tweede punt is of ook de eisen in acht moeten worden genomen die Art. 38 Abs. 2 en 6 BEHG stellen in het geval de Zwitserse autoriteiten verzoekende partij zijn.[707] Dan zou in geval van doorleiding aan justitie bijvoorbeeld toestemming uit het buitenland moeten worden verkregen. Vermoedelijk gaat dit wat ver. Het is aan de buitenlandse autoriteit ter zake voorwaarden te stellen. Gebeurt dit niet, dan behandelt de EBK de verkregen informatie in overeenstemming met haar ambtsgeheim. Verstrekking aan justitie is in dat geval mogelijk, maar een verstrekking aan de fiscus twijfelachtig.[708]

D) Rechtsbescherming

Ten slotte nog een enkele opmerking over de rechtsbescherming die een onder toezicht gestelde ten deel vallen kan, wanneer de EBK in zijn zaak een bijstandsverzoek doet. Ook hierover is nog weinig bekend. Naar mag worden aangenomen staat tegen het uitgaan van zo'n verzoek geen rechtsbescherming in Zwitserland open. Dat is althans de situatie in het internationale strafrecht.[709] Rechtsbescherming heeft plaats achteraf, namelijk als de informatie uit het buitenland is ontvangen. De rechtmatigheid van het verzoek, de aldus verkregen informatie en de overhandiging ervan aan Zwitserland kunnen in de procedure ten gronde worden aangevallen.

> Dat kan leiden tot een aanmerkelijk verlies aan rechtsbescherming om de redenen die ik hierboven ook al beschreef. Het is namelijk onduidelijk waaraan de buitenlandse autoriteit het Zwitserse verzoek zal toetsen en hoe indringend ze dat zal doen. Het is bepaald niet ondenkbaar dat deze, net als de Zwitserse autoriteiten doen, wanneer zij aangezochte partij zijn, het verzoek formeel toetst en zich onthoudt van een inhoudelijke beoordeling van de zaak.[710] In dat geval rijzen er twee problemen: aan de ene kant kan het de Zwitserse autoriteit moeite kosten aan te geven wat precies voor haar onderzoek relevant is, aan de andere kant zal de buitenlandse autoriteit moeite hebben te beoordelen wat precies relevant is voor het Zwitserse onderzoek, waardoor het evenredigheidsbeginsel al snel in het gedrang komt.

Als die informatie vervolgens ter beschikking wordt gesteld aan de EBK, moet nog worden afgewacht of deze (en de Zwitserse rechter) op haar beurt bereid is de rechtmatigheid te toetsen van de in het buitenland verrichte handelingen en de verstrekking van de resultaten daarvan en zo ja, welke regels ze daarbij zal toepassen. Vooral in buitenlandse procedures, waarin een rechtsmiddel tegen de daar verrichte onderzoekshandelingen of tegen de beslissing tot verlening van bijstand openstond,

---

707 Althaus (1997), p. 160.

708 *Supra* paragrafen 5.2.1.4, onder B, resp. 5.4.1.1, onder B.

709 *Infra* paragraaf 5.5.4.2.

710 Een reden daarvoor kan zijn dat men dat niet tot zijn taak rekent, maar het kan ook te maken hebben met praktische problemen. Men is immers niet goed ingevoerd in het dossier, waardoor de neiging aanwezig kan zijn zich volledig te verlaten op het bijstandsverzoek.

kan men zich op het standpunt stellen dat verder onderzoek niet meer nodig is, nu de aangezochte partij zich al over de rechtmatigheid van het door haar verrichte onderzoek heeft uitgelaten (*rule of non-inquiry*). In die gevallen stond immers een *effective remedy* open (vgl. Art. 13 EVRM) en kan ook het *Recht auf rechtliches Gehör* niet zijn aangetast. De vraag is echter wat deze constatering voor waarde heeft, wanneer de aangezochte autoriteit op haar beurt beperkt toetst. Dit zal moeten worden afgewacht. Relevante rechtspraak is er nog niet. We zagen al eerder dat deze vragen ook in Nederland en Duitsland nog grotendeels openstaan.

5.5.3 De *Finanzbehörde*

5.5.3.1 De Finanzbehörde als verstrekkende partij

A) Rechtsbronnen en omvang van de samenwerking

Over de positie van de *Finanzbehörde* in internationaal perspectief had ik tot voor kort vrij beknopt kunnen zijn. Zoals bekend is Zwitserland juist op dit punt zeer terughoudend.[711] Deze houding werd van oudsher internationaal gedekt door een voorbehoud bij art. 26 OESO-modelverdrag, dat erop neerkomt dat Zwitserland enkel de informatie uitwisselen wil die de uitvoering van een belastingverdrag kan dienen (*kleine inlichtingenclausule*). Alleen in die gevallen verstrekt het inlichtingen, overigens ook zonder dat hierover uitdrukkelijk afspraken zijn gemaakt.[712] Zwitserland kent hiervoor interne regelingen, die ik niet verder zal bespreken.[713] Sinds de OESO-rapporten over de toegang tot bankgegevens voor fiscale doeleinden heeft Zwitserland zijn strategie iets gewijzigd en besloten daarnaast ook in gevallen van *Steuerbetrug* (dus niet: *Steuerhinterziehung*!) bijstand te verlenen.[714] Voor het overige staat het fiscale ambtsgeheim aan verstrekking van informatie in de weg.[715]

> Ter herinnering, in het voormelde OESO-rapport wordt onder meer de aanbeveling gedaan dat staten ten behoeve van hun belastingheffing toegang moeten hebben tot bancaire informatie (aanbev. 20) en tevens dat dergelijke informatie tussen de autoriteiten moet kunnen worden uitgewisseld ten behoeve van de bestrijding van opzettelijk begane fiscaal strafbare feiten ('intentional conduct which is subject to criminal tax prosecution'; aanbev. 21). De Zwitserse praktijk was hiermee moeilijk te rijmen. *Amtshilfe* werd immers vrijwel niet verleend,

711 Bernasconi (2000), p. 704.

712 Vgl. BGE 96 I 733; Commissie Marty (2004), p. 34; Nobel (2004), p. 249; Hess (2002), p. 130-132; Zuppinger (1981), p. 13.

713 Zie voor Nederland bijvoorbeeld het *Bundesratsbeschluss vom 28. März 1952 über die Ausführung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich der Niederlande zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (Rückerstattung der Quellensteuern von Kapitalerträgen)*, Amtliche Sammlung 1952, 325.

714 Hoofdstuk 2.3.2.

715 Popp (2001), p. 71; Richner e.a. (1999), Art. 120 ZHStG, aant. 10; Zuppinger (1981), p. 19-21.

terwijl *Rechtshilfe* alleen mogelijk was voor *Steuerbetrug* en bovendien onderhevig was aan strenge specialiteitsvoorwaarden (zie onder).

Tot voor kort werd slechts voor enkele landen een uitzondering gemaakt. Het bekendste voorbeeld daarvan is het verdrag met de Verenigde Staten. Het herziene verdrag met Duitsland van 2002 kent ook een verdergaande inlichtingenclausule. Dit verdrag bevat, conform de herziene Zwitserse opstelling, niet alleen een kleine inlichtingenclausule, maar ook een bijstandsplicht in gevallen van fiscaal bedrog.

> Het overigens in hoofdstuk 2.3.3.1 ook al geciteerde eerste lid van het herziene artikel 27 DBA CH-DE[716] luidt: '(1) a) Die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten können auf Verlangen diejenigen (gemäss den Steuergesetzgebungen der Vertragsstaaten im Rahmen der normalen Verwaltungspraxis erhältlichen) Auskünfte austauschen, die notwendig sind zur Durchführung dieses Abkommens, die eine unter das Abkommen fallende Steuer betreffen. Dies gilt auch für Auskünfte zur Feststellung der Voraussetzungen für die Besteuerung nach Artikel 15a. Doppelbesteuerung. Protokoll mit Deutschland b) Amtshilfe wird auch zur Durchführung des innerstaatlichen Rechts bei Betrugsdelikten gewährt. Die Vertragsstaaten werden in ihrem innerstaatlichen Recht die zur Durchführung dieser Bestimmungen erforderlichen Massnahmen ergreifen. (…). Auskünfte, die irgendein Handels- oder Geschäfts-, gewerbliches oder Berufsgeheimnis oder ein Geschäftsverfahren offenbaren würden, dürfen nicht ausgetauscht werden. Vorbehalten bleiben die im Protokoll genannten Einschränkungen des Bankgeheimnisses bei Betrugsdelikten.'

Met Nederland en de overige EU-landen bestaat sinds kort een akkoord over de heffing van belasting op renten (*Zinsbesteuerungsabkommen*), dat tot stand kwam in de *Bilaterale II*. Dit akkoord leidde in Zwitserland op 17 december 2004 tot de totstandkoming van de *Bundesgesetz zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der Europäischen Gemeinschaft*/ZBStG. Deze wet voorziet in bepalingen ter uitwerking van deze overeenkomst en geldt als een aanvulling op de *Verrechnungssteuergesetz*. Op grond hiervan wordt de EStV belast met de uitvoering van de overeenkomst, conform een regime dat sterk lijkt op dat van de *Verrechnungssteuergesetz* (Art. 8-15 ZBStG). Beide wetten dragen er nu zorg voor dat Zwitserland, net als België, Oostenrijk en Luxemburg, in plaats van een volledige informatie-uitwisseling over door Zwitserse bankcliënten genoten rente-inkomsten, kan volstaan met het inhouden van een bronbelasting van (uiteindelijk) 35% op uitgekeerde renten (Art. 2 ZBStG), tenzij de betrokkene de bank machtigt via de EStV de betalingen aan de EU-fiscus door te geven, in welk geval de laatste de rekeninghouder kan aanslaan (Art. 6 j° 10 Abs. 2a ZBStG).[717] Bij bronheffing mag Zwitserland een kwart van de opbrengst zelf houden, de rest moet worden teruggeleid naar de EU-staat.

716 DBA CH-DE = *schweizerisch-deutsches Doppelbesteuerungsabkommen*.
717 Daarover hoofdstuk 2.3.3.1.

> Het *Zinsbesteuerungsabkommen* is niet de enige overeenkomst met fiscale relevantie. Naast de Schengenassociatie moet er ook nog worden gewezen op de overeenkomst tussen de EU en Zwitserland ter bestrijding van bedrog. Dit verdrag omvat de fraudebestrijding bij de indirecte belastingen, ditmaal inclusief de *Steuerhinterziehung*.[718] De toepassing van dit verdrag is dus ruimer dan bij de directe belastingen, waar Zwitserland alleen wil samenwerken in gevallen van *Steuerbetrug*. Dit verschil in benadering laat zich verklaren uit de omstandigheid dat de indirecte belastingen een federale aangelegenheid vormen, waarin de belastingen volgens andere principes worden geheven en waarop het federale *Verwaltungsstrafrecht* van toepassing is. Dat betekent ook dat het bankgeheim kan worden doorbroken. In de fiscale bijstand wordt bij de heffing van de directe belastingen daarentegen het bankgeheim niet opgeheven. Overigens staat de ZBStG wel toe dat, net als in de innerstatelijke context, bij banken controles worden gehouden, ook als dat leidt tot een doorbreking van het bankgeheim.[719] Aldus verkregen gegevens worden strikt doelgebonden behandeld en mogen niet aan het buitenland worden verstrekt (Art. 10 Abs. 3 ZBStG).

De *Zinsbesteuerungsgesetz* kent ook een wettelijke regeling van de fiscale *Amtshilfe* (Art. 16-24). Toch verandert deze vooralsnog niet heel veel aan de bestaande situatie. Dat heeft ermee te maken dat de bereidheid tot het verlenen van fiscale bijstand beperkt is tot gevallen van *Steuerbetrug* en soortgelijke delicten. Men is dus voor puur fiscale doeleinden of voor fiscale ontduiking (*Steuerhinterziehung*) in het geheel niet tot bijstand bereid. Daarbij moet worden bedacht dat onder het *Zinsbesteuerungsabkommen*, dat ziet op de heffing van belasting over rente-inkomsten, alleen in zeldzame gevallen sprake zal zijn van *Steuerbetrug* en dus van een plicht tot bijstand. Immers, het enkele niet-opgeven van rente-inkomsten door particulieren is naar Zwitsers recht een typisch voorbeeld van belastingontduiking.[720] Alleen in de meer zeldzame gevallen, bijvoorbeeld wanneer een EU-onderdaan certificaten vervalst, waardoor het lijkt alsof deze geen EU-onderdaan meer is (en er dus geen bronbelasting op die voet wordt geheven), zou er toch bijstand worden verleend.

Het echte belang ligt er voor de EU(-staten) dan ook in dat in ieder geval een heffing van (uiteindelijk) 35% op de uitgekeerde renten wordt geheven, waarvan 75% zal worden afgedragen. Daarnaast is van belang dat, gekoppeld aan het *Zinsbesteuerungsabkommen*, nog een *Memorandum of Understanding* werd getekend waarin de afzonderlijke EU-staten en Zwitserland hebben verklaard dat ze voornemens zijn nieuwe onderhandelingen te openen over ruimere inlichtingenclausules in de bilaterale verdragen tussen de landen. Afgezien van Duitsland (DBA CH-DE) en een enkele andere EU-staat, hebben de meeste EU-leden, waaronder Nederland, met Zwitserland namelijk geen of zeer beperkte afspraken gemaakt over fiscale bijstand. Voor die lidstaten is zo'n herziening aantrekkelijk, omdat daarmee de bijstandsplicht, hoewel beperkt tot gevallen van bedrog, zal gaan gelden voor *alle* belastingen, die onder het tussen hen en Zwitserland geldende verdrag vallen, en

718 Art. 2 van de bedrogsovereenkomst.
719 *Supra* paragraaf 5.3.3.1, onder B.
720 Zie *supra* paragraaf 5.2.2.2, onder A.

dus niet alleen meer voor de praktisch minder relevante gevallen van bedrog bij de heffing van spaarinkomsten. Deze ontwikkeling past prima in de gewijzigde Zwitserse opstelling inzake de fiscale bijstand. Momenteel zijn er al verdragen afgesloten, danwel de onderhandelingen gestart met Oostenrijk, Spanje, Finland, Frankrijk het Verenigd Koninkrijk en ook met Nederland. Deze lijken sterk op het Duits-Zwitserse verdrag.

> De relevante passage in het MoU luidt: 'Amtshilfe in Fällen von Steuerbetrug oder bei ähnlichen Delikten: Unmittelbar nach Unterzeichnung des Abkommens werden die Schweiz und jeder Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft bilaterale Verhandlungen aufnehmen, um:
> – in ihre jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen im Bereich der Steuern auf Einkommen und Vermögen Bestimmungen aufzunehmen, die für alle verwaltungs-, zivil- oder strafrechtlichen Fälle, die nach dem Recht des ersuchten Staates als Steuerbetrug gelten, oder für ähnliche Delikte in Bezug auf andere, nicht durch das Abkommen, aber durch die jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen abgedeckte Einkünfte Amtshilfe in Form eines Informationsaustauschs auf Ersuchen vorsehen;
> – die Kategorien von Fällen zu definieren, die gemäss den Veranlagungsverfahren der betreffenden Staaten als «ähnliches Delikt» gelten.'
>
> Het zal overigens interessant zijn te bezien hoe de term 'Steuerbetrug oder ähnliches Delikt' gaat worden uitgelegd. Die laatste toevoeging is afkomstig uit het belastingverdrag met de VS en is bedoeld als een tegemoetkoming aan buitenlandse rechtsstelsels, die de indeling in *Steuerhinterziehung* en *Steuerbetrug* niet kennen. Indirect is ze ook van belang voor de omvang van het bankgeheim. Het verdrag met de VS heeft in Zwitserland tot ongerustheid geleid, omdat de invulling die aan de term 'ähnliches Delikt' is gegeven erg dicht in de buurt van 'ordinaire' *Steuerhinterziehung* komt.[721] Daardoor zouden buitenlandse fiscale belangen beter af zijn dan Zwitserse, wat volgens sommigen in strijd is met het zogenaamde *Gleichbehandlungsgebot*.

In het onderstaande concentreer ik me, vanwege zijn grotere praktische relevantie, vooral op Art. 27 van het belastingverdrag met Duitsland, hoewel met deze overeenkomst, net als overigens met het *Zinsbesteuerungsabkommen*, nog geen praktische ervaring is opgedaan. Dit artikel is in Zwitserland uitgewerkt in de *Verordung zum schweizerisch-deutschen Doppelbesteuerungsabkommen* (Verordening DBA CH-DE) van 30 april 2004. Deze regeling kent overigens zeer veel overeenkomsten met de *Zinsbesteuerungsgesetz*. Af en toe zal ik naar die laatste wet verwijzen.

Art. 27 DBA CH-DE beperkt de plicht tot bijstand als gezien tot de kleine inlichtingenuitwisseling ter uitvoering van het verdrag én tot de samenwerking in gevallen van bedrog. Aldus doet zich de eigenaardige situatie voor dat de fiscale bijstand niet, zoals het oorspronkelijke doel ervan is, wordt verleend voor heffings-, innings- of controledoeleinden, maar alleen voor doeleinden die nu juist bij uitstek een zaak lijken voor de justitiële autoriteiten en dus via de rechtshulp zouden

721 Daarover uitvoerig Hufschmid (2004); Bernasconi (2000), p. 704.

kunnen verlopen. Tegelijkertijd beperkt de regeling zich, dit weer wel conform de klassieke uitgangspunten, tot een samenwerking tussen fiscale autoriteiten.[722] In directe samenwerking tussen fiscale en justitiële autoriteiten is niet voorzien. Kortom, de bandbreedtes lijken beperkt. Waarin ligt dan de meerwaarde van deze regeling? Die moet vooral worden gezocht in de *doppelfunktionale Tätigkeit* van veel buitenlandse belastingdiensten; deze hebben niet alleen fiscale, maar vaak ook opsporingstaken. Soms nemen ze zelfs de positie van het OM over.[723]
In theorie bestrijkt de onderhavige regeling een aantal situaties:

1. Buitenlandse fiscale autoriteiten mogen bijstandsverzoeken indienen, in het geval er gelijktijdig een onderzoek naar *Steuerbetrug* of een gelijkwaardig delict loopt, ook al zijn ze bij dat onderzoek niet direct betrokken.
2. Buitenlandse fiscale autoriteiten mogen bijstandsverzoeken doen in het geval in hun staat al een strafrechtelijk onderzoek naar *Steuerbetrug* of een daaraan gelijkwaardig delict is geopend, maar het onderzoek nog niet is overgedragen aan het OM of zittende magistratuur.
3. Buitenlandse fiscale autoriteiten mogen bijstandsverzoeken indienen in het geval in hun staat al een strafrechtelijk onderzoek naar *Steuerbetrug* of een daaraan gelijkwaardig delict is geopend en de fiscus onder leiding staat van het OM of zittende magistratuur.
4. Buitenlandse fiscale autoriteiten mogen bijstandsverzoeken indienen in het geval in hun staat al een strafrechtelijk onderzoek naar *Steuerbetrug* of een daaraan gelijkwaardig delict is geopend en de fiscus zelf voor de verdere afhandeling verantwoordelijk is.

Kan ook werkelijk in deze vier gevallen bijstand worden verleend? Bij een bespreking van de opties is het nuttig te onderscheiden tussen het Zwitserse perspectief en het perspectief van de verzoekstaat, *in casu* Duitsland of (straks) Nederland. De eerste twee opties lijken in het bijzonder vanuit Zwitsers perspectief problematisch. De eerste verdraagt zich slecht met het uitgangspunt dat een bijstandsverzoek de eigen taak van de verzoeker moet dienen en dat deze niet de opsporing van fiscaal bedrog omvat, maar de vaststelling van de belastingschuld. In zo'n geval zou het verzoek alleen indirect de bestrijding van bedrog dienen. Daarvoor wordt het bankgeheim echter niet opgeheven. Ook wat betreft de tweede optie kan vanuit Zwitsers perspectief een probleem bestaan, omdat wanneer enkel in de voorfase van strafrechtelijk onderzoek bijstand zou worden verleend, de inzet van zware dwangmiddelen waartoe, zo zullen we hieronder nog zien, de Verordening DBA CH-DE machtigt, in strijd komt met het evenredigheidsbeginsel. Immers, dan worden er, in strijd met Zwitserse opvattingen, dwangmiddelen ingezet ter *onderbouwing* van een *Anfangsverdacht*.[724] Het lijkt me niet meer dan terecht dat men daar niet aan wil meewerken.

722 Datzelfde geldt overigens voor het *Zinsbesteuerungsabkommen*; zie Bijlage I bij dat verdrag.
723 Vgl. hoofdstuk 3.2.2.3 en 4.2.2.2.
724 *Supra* paragraaf 5.3.3.2.

ZWITSERLAND

De derde en vierde optie zijn voor Zwitserland minder problematisch. Vooral de derde optie lijkt me echter in strijd met het Duitse en Nederlandse recht. In deze opvatting zou Zwitserland namelijk de buitenlandse fiscus, die vaak intensief bij de bestrijding van fiscale fraude betrokken is, ter wille zijn, doordat niet alleen meer samenwerking mogelijk is via de justitiële kanalen, maar ook via de fiscale. Toevallige verschillen in rechtshandhaving tussen Zwitserland en andere landen leiden zo niet meer tot gehele weigering van de samenwerking als (één van) beide autoriteiten geen justitiële autoriteit zijn (is). In het bijzonder zou zo recht worden gedaan aan de omstandigheid dat de fiscus vaak een *doppelfunktionale* taak heeft en ook opsporingsorgaan is. Dat bleek inderdaad duidelijk uit de bespreking van de Duitse (*Steufa*)[725] en Nederlandse (*FIOD*)[726] landenrapporten.

Wat hiervan te denken? Mijns inziens vervagen door een dergelijke verruiming de grenzen tussen wederzijdse administratieve bijstand, politiële en justitiële rechtshulp in vergaande mate. Het lijkt me dan ook geen goede ontwikkeling zonder dat flankerende voorzieningen worden getroffen.[727] Deze ontbreken echter momenteel. Het mag mijns inziens ernstig worden betwijfeld of de Duitse en Nederlandse autoriteiten op grond van hun eigen rechtsordes ter uitvoering van hun strafrechtelijke taken bijstandsverzoeken mogen indienen. Dat is momenteel alleen zo in het prille stadium van een opsporingsonderzoek.[728] De huidige regeling gaat niet alleen in tijd veel verder, maar staat ook de inzet van dwangmiddelen toe. Daardoor ontstaat de merkwaardige situatie dat de fiscus in zijn hoedanigheid van *opsporingsdienst* een *fiscaal* instrument (de bijstand) gebruikt, wat vanuit sturingsoogpunt voor problemen zorgt. We zagen al dat de fiscale opsporingsdiensten onder het regime van de *politiële* samenwerking in fiscale strafzaken nauwelijks tot samenwerking in staat zijn, omdat deze daardoor de bepalingen van de *justitiële* rechtshulp kunnen omzeilen.[729] In de fiscale *bijstand* wordt deze regeling, die is ingegeven vanuit de wens controle te houden op het interstatelijke gegevensverkeer, geheel losgelaten, zelfs in de fase dat er al een opsporingsonderzoek is geopend. In de overeenkomst ontbreekt iedere verwijzing naar toezicht of controle door het OM. Ook waarborgen over rechterlijke controle zijn afwezig. Dat betekent dat in die gevallen waarin niet de fiscus zelf (de vierde optie), maar het OM de leiding in het fiscale opsporingsonderzoek heeft (de derde optie), de fiscus over mogelijkheden en samenwerkingskanalen beschikt, waarover zijn baas, het OM, niet beschikt en dat het volledig aan de afzonderlijke staten wordt gelaten hoe dit moet worden genormeerd. Vanuit Zwitsers oogpunt is dit wellicht begrijpelijk, omdat men kan stellen dat de vraag *of* een verzoek mag worden gedaan een probleem is van de verzoekende staat zelf en niet een zaak voor de Zwitsers.[730] Vanuit het perspectief van de verzoekende staat,

725 Hoofdstuk 4.2.2.2, onder D.
726 Hoofdstuk 3.2.2.3, onder D.
727 In hoofdstuk 7 doe ik ter zake enige aanbevelingen.
728 Hoofdstuk 2.3.3.2.
729 Vgl. hoofdstuk 3.5.3.3 en hoofdstuk 4.5.3.3.
730 Dat is in wezen ook de opvatting van de Nederlandse Hoge Raad in de zaak die ik in de inleiding van dit onderzoek aanhaalde, HR 30 november 1993, nr. 2963B, Infobulletin 1994, 746. Voor dezelfde opvatting in Duitsland, zie hoofdstuk 4.5.4.2.

in casu Duitsland en Nederland, zou het leiden tot een vergaande vervaging van de grenzen tussen bijstand en rechtshulp zonder een duidelijke rol voor het OM in dit geheel. De opsporingsdienst mag aldus meer dan zijn baas.

> Ter vergelijking, de overeenkomst tussen de EU en Zwitserland ter bestrijding van bedrog kent wel hierop toegespitste voorzieningen. In Art. 8 is het volgende bepaald: '2. Die Amtshilfe nach diesem Titel betrifft alle zuständigen Verwaltungsbehörden der Vertragsparteien, die in Ausübung ihrer Befugnisse auf dem Gebiet der behördlichen Ermittlung oder der Strafverfolgung handeln, einschliesslich der Fälle, in denen diese Behörden ihre Befugnisse auf Ersuchen der Justizbehörden ausüben. Werden strafrechtliche Ermittlungen von einer Justizbehörde oder unter deren Leitung durchgeführt, so bestimmt diese Behörde, ob hiermit verbundene Ersuchen um Amtshilfe oder Zusammenarbeit aufgrund der geltenden Bestimmungen über die Rechtshilfe in Strafsachen oder aufgrund dieses Titels vorgelegt werden.' Eenmaal na opening van het opsporingsonderzoek is het dus, terecht, het OM dat de keuzes maakt. Waarom ontbreken deze in de onderhavige regeling?

Met andere woorden, alleen onder de vierde optie zie ik voor de nieuwe regeling een duidelijke meerwaarde, omdat vooral voor de Belastingdienst die als vervanger van het OM optreedt, de mogelijkheden tot justitiële rechtshulp doorgaans beperkt zijn.[731] De andere drie opties stuiten in mijn ogen op bezwaren die dwingen tot een verdere overdenking van de problematiek dan nu plaats heeft gehad.

B) Procedure en instrumentarium; rechtsbescherming

Met in het achterhoofd de voorgaande opmerkingen over de omvang en reikwijdte van de fiscale bijstand wil ik aan de verdere procedure en voorzieningen over rechtsbescherming niet te veel aandacht meer besteden. Het is immers niet te verwachten dat de fiscale inlichtingenuitwisseling met Zwitserland op korte termijn 'booming business' zal worden. Daar komt bij dat veel van de problemen die in de fiscale bijstand de kop op kunnen steken ook in de financiële bijstand en strafrechtelijke rechtshulp aan de orde komen.

Bijstandsverzoeken komen binnen bij de *Eidgenössische Steuerverwaltung*, en wel bij de *Abteilung für internationales Steuerrecht und Doppelbesteuerungssachen*. In rechtstreeks contact tussen de fiscale eenheden uit beide landen is niet voorzien.[732] Sterker nog, de plaatselijke fiscale (of justitiële) eenheden zijn, net als de *Abteilung besondere Steueruntersuchungen* (BSU) van de EStV, in het geheel niet bij de uitvoering van het verzoek betrokken. Dat is logisch. De vervolging van *Steuerbetrug* ligt niet in handen van de fiscus, maar van justitie, en die is, in de innerstatelijke context, op het gebied van de bijstand niet bevoegd. In zoverre is een geheel van de

731 Vgl. hoofdstuk 2.4.3.2 en 4.5.4.2, onder A.

732 In de Verordening DBA CH-DE is aandacht voor de procedures die gelden voor de kleine inlichtingenclausule en die voor *Steuerbetrug* niet gelijk verdeeld. Aan de eerste is welgeteld één artikel gewijd (Art. 8), het meerendeel van de verordening gaat over de procedures voor bijstand bij *Steuerbetrug*.

interne situatie afwijkend regime gecreëerd.[733] Hoe werkt dat regime? Als het verzoek bij de EStV is binnengekomen, zal deze het niet alleen toetsen (Art. 9 Verordening DBA CH-DE), maar ook uitvoeren. Wanneer bijstand wordt verleend in buitenlandse onderzoeken naar fiscaal bedrog of soortgelijke delicten gelden daarvoor zware voorwaarden. Welke voorwaarden dat zijn, kan worden afgeleid uit het *Protokoll* dat tegelijk met de wijziging van het Duits-Zwitserse belastingverdrag tot stand kwam.[734] Ze beogen te bereiken dat zo goed mogelijk in de pas wordt gelopen met de fiscale strafrechtelijke rechtshulp.[735] Één voorwaarde is dat het feit strafbaar is in beide rechtsordes (dubbele strafbaarheid). Het feit moet dus naar Zwitsers recht ook *Steuerbetrug* opleveren. Deze strenge eis is in het *Zinsbesteuerungsabkommen* ietwat versoepeld doordat soortgelijke feiten ook volstaan.[736]

> Fiscale bijstand mag dus ook worden verleend voor 'Steuerbetrug-ähnliche Delikte'.[737] Deze verruiming is in navolging van het verdrag met de Verenigde Staten. Wat 'soortgelijke feiten' zijn is uitgewerkt door middel van een lijst met algemene criteria, aangevuld met enige concrete voorbeelden.[738] Art. 27 DBA CH-DE kent deze bepaling niet. In plaats daarvan kwamen Duitsland en Zwitserland het volgende overeen: 'Es besteht Einvernehmen, dass der Ausdruck ‹Betrugsdelikt› ein betrügerisches Verhalten bedeutet, welches nach dem Recht beider Staaten als Steuervergehen gilt und mit Freiheitsstrafe bedroht ist.'
>
> Wat er precies onder *Steuerbetrug* moet worden verstaan, wordt overigens, zo is betoogd, bepaald door de delictsomschrijvingen in Art. 186 DBG en Art. 59 StHG. Daarmee zou men afwijken van de aanpak in het internationale strafrecht, waar aangesloten wordt bij het ruimere Art. 14 VStR (paragraaf 5.5.4.1). De oorzaak van dit verschil zou erin liggen dat de onderhavige regelingen alleen betrekking hebben op de directe belastingen. Alleen de *Verrechnungssteuer* knoopt aan bij de laatste regeling.[739] Ervaringen hiermee zijn er nog niet.

Naast de dubbele strafbaarheid moet er bovendien een zekere verdenking bestaan, opdat *fishing expeditions* worden voorkomen.[740] Juist vanwege de *doppelfunktionale Tätigkeit* van de buitenlandse fiscus, is dit een belangrijke eis.

Is aan deze voorwaarden voldaan, dan kan het verzoek in behandeling worden genomen. De EStV beschikt ter uitvoering daarvan over de bevoegdheden op grond van het *Verwaltungsstrafrecht*. Dat is een afwijking van de interne rechtsorde, die ongetwijfeld samenhangt met het feit dat alleen bijstand wordt verleend in geval van

733 Aldus ook de Commissie Marty (2004), p. 32 e.v.
734 Art. 9 Abs. 3 Verordening DBA CH-DE, dat verwijst naar Art. 27 Abs. 1 lit. b j° cijfer 3 letter A van het *Protokoll*.
735 Botschaft Bilaterale II, p. 6212.
736 Botschaft Bilaterale II, p. 6212 en 6215.
737 Daarover onder meer Waldispühl & Blättler (2005); Holenstein (2003).
738 Hufschmid (2004).
739 Holenstein (2003), p. 1050-1051; Waldispühl & Blättler (2005), p. 102.
740 Waldispühl & Blättler (2005); Holenstein (2003), p. 100.

fiscaal bedrog.[741] Voordat men deze bevoegdheden toepast, moet men eerst de bezitter van de verlangde informatie (*Informationsinhaber*) de gelegenheid bieden de gevraagde informatie zelf te verschaffen.[742] Deze is op dat moment nog niet verplicht tot het verschaffen van de gevraagde gegevens. Het valt dan ook af te wachten of hij de informatie wel wil verschaffen. De bank kan zich bijvoorbeeld aan zijn bankgeheim gebonden achten. Als men om die reden de informatie niet verkrijgt, moet een formele beschikking worden uitgevaardigd en moet de bezitter van de verlangde informatie tot overgave ervan worden bevolen. Het niet-naleven daarvan is, als aan de voorwaarden van Art. 292 StGB is voldaan, wél strafbaar. Die beschikking wordt bovendien niet alleen betekend aan de bezitter van de informatie (vaak de bank), maar ook aan de belanghebbende (de bankcliënt).[743] Aldus kan ook deze persoon worden verzocht in te stemmen met de overhandiging van de informatie.[744] Stemt deze inderdaad in, dan kan de procedure vereenvoudigd worden afgedaan.[745] Met de kennisgevingsplichten wordt bovendien bewerkstelligd dat de bankcliënt zijn partijrechten uitoefenen kan. Zowel de bank als diens cliënt hebben dus inzage in de stukken en mogen aan de procedure deelnemen.

Pas als dit alles zinloos is gebleken en de informatie niet kon worden verkregen, mogen strafvorderlijke dwangmiddelen worden ingezet.[746] Het gaat daarbij om een bevoegdheid tot doorzoeking van ruimtes en tot inbeslagneming van voorwerpen, schriftelijke stukken en datadragers. De gehele procedure is, in afwijking van de regel dat kantonnale autoriteiten bevoegd zijn, in handen van de EStV, met dien verstande dat in het *Zinsbesteuerungsgesetz* een voorafgaande rechterlijke machtiging op voordracht van de directeur van de EStV vereist is (Art. 19 Abs. 2 ZBStG). Ook daarmee wijkt men af van de innerstatelijke context, waar die machtiging niet is vereist.[747]

Aan het einde van de procedure volgt een *Schlussverfügung* (Art. 16).[748] Alleen daartegen staat rechtsbescherming open in de vorm van *Verwaltungsgerichtsbeschwerde*. Tussenbeschikkingen (ook die, die machtigen tot de toepassing van dwangmiddelen) zijn dus net als in het internationale strafrecht[749] niet zelfstandig aanvechtbaar.

---

741 Op het gebied van de directe belastingen worden strafrechtelijke onderzoeken naar *Steuerbetrug* immers verricht door de justitie. Dat is anders voor de *Verrechnungssteuergesetz*.

742 De *Zinsbesteuerungsgesetz* schrijft ook voor dat deze zijn buitenlandse rekeninghouder moet verzoeken een gevolmachtigde in Zwitserland aan te wijzen; Art. 17 ZBStG.

743 Art. 11. Verordening DBA CH-DE en Art. 18 ZBStG. Dat is alleen anders als in het verzoek uitdrukkelijk om geheimhouding wordt verzocht.

744 Om allerhande betekeningsperikelen te voorkomen, zoals ik die hierboven in de financiële bijstand beschreef, kennen de Verordening DBA CH-DE en het ZBStG hierover speciale voorzieningen die ik niet verder bespreek.

745 Art. 15 Verordening DBA CH-DE en 22 ZBStG. De betrokkene moet daarvoor schriftelijk toestemming verlenen. In dat geval staat rechtsbescherming niet meer open; de toestemming kan niet worden herroepen.

746 Art. 12-14 Verordening DBA CH-DE.

747 *Supra* paragraaf 5.3.3.2.

748 Tenzij de betrokkene schriftelijk heeft ingestemd met de verstrekking van de informatie aan de buitenlandse fiscus.

749 *Infra* paragraaf 5.5.4.1.

De *Schlussverfügung* kan én worden aangevochten door de bank, als bezitter van informatie[750] of als betrokkene, én door de cliënt over wie gegevens worden gevraagd.[751] De informatie mag pas daadwerkelijk aan het buitenland worden verstrekt, als die beschikking formele rechtskracht heeft gekregen. De buitenlandse autoriteiten krijgen dus niet de beschikking over de informatie voordat hetzij sprake is van formele rechtskracht van dat besluit, hetzij de betrokkenen uit eigen beweging de informatie verstrekken.

Het kan voorkomen dat op verzoek van de buitenlandse autoriteit de betrokkene geen kennis krijgt van het gedane rechtshulpverzoek, danwel dat deze inzage in de stukken moet worden geweigerd.[752] Zo'n kennisgeving kan het buitenlandse onderzoek schaden. Zeer opmerkelijk is daarom dat de *Schlussverfügung* wél bekend moet worden gemaakt aan die persoon.[753] Dat is wellicht vanuit Zwitsers perspectief begrijpelijk, omdat men het *Recht auf rechtliches Gehör* niet wil uithollen, maar het betekent helemaal niet dat het collusiegevaar op dat moment daadwerkelijk is geweken. Het buitenlandse onderzoek kan nog steeds schade worden berokkend.[754]

C) Geheimhouding en doelbinding

Informatie die wordt overdragen via het Duits-Zwitserse verdrag moet geheim worden gehouden en mag aan niemand bekend worden gemaakt die niet met de heffing, controle, rechtspraak en/of strafvervolging van de onder het verdrag vallende belastingen is belast. Dat vloeit voort uit de laatste alinea van Art. 27 Abs. 1 DBA CH-DE:

> 'Jede auf diese Weise [bedoeld zijn Art. 27 Abs. 1 lit a (kleine inlichtingenclausule) en b (*Steuerbetrug*), ML] ausgetauschte Auskunft soll geheim gehalten und niemandem zugänglich gemacht werden, der sich nicht mit der Veranlagung, der Erhebung, der Rechtsprechung oder der Strafverfolgung hinsichtlich der unter dieses Abkommen fallenden Steuern befasst.'[755]

De formulering is niet helemaal duidelijk. Uit het artikellid zou kunnen worden afgeleid dat tussen de genoemde autoriteiten informatie vrij kan worden uitgewisseld. Onduidelijk is echter voor welke doeleinden dat precies mogelijk is. In algemene bewoordingen wordt er gesproken over het zich bezighouden ('befassen') met de 'unter dieses Abkommen fallende Steuern'. Dat lijkt ruimer dan de doeleinden waarvoor op basis van dit verdrag bijstand mag worden verleend (kleine inlichtingenclausule en *Steuerbetrug*). Daardoor rijst de vraag of verkregen informatie

750 In dat geval moet hij wel daadwerkelijk zelf geraakt zijn in zijn belangen; vgl. Art. 24 Abs. 2 ZBStG.
751 Art. 17 Verordening DBA CH-DE en 24 ZBStG.
752 Art. 11 Verordening DBA CH-DE en 18 ZBStG.
753 Botschaft Bilaterale II, p. 6286.
754 *Supra* paragraaf 5.5.2.1, onder D.
755 In het *Zinsbesteuerungsabkommen* ontbreken voorzieningen over geheimhouding en doelbinding. Dat ligt voor de hand, nu de afspraken ter zake voortbouwen op bilaterale afspraken tussen Zwitserland en de EU-staten (Art. 10 overeenkomst).

langs deze weg ook voor andere fiscale of fiscaal-strafrechtelijke doeleinden mag worden gebruikt. Dat lijkt inderdaad beoogd, ook al brengt dit mee dat gegevens die de toepassing van het belastingverdrag of de aanpak van fiscaal bedrog dienen, dan *mede* worden gebruikt voor de nationale fiscale rechtstoepassing en -handhaving.[756] Daarmee zou de samenwerking met Zwitserland voor de buitenlandse fiscus aanmerkelijk aantrekkelijker worden. Informatie die in onderzoeken naar fiscaal bedrog (of soortgelijke delicten) wordt verkregen, mag dan ook voor fiscale doeleinden worden gebruikt. Tot voor kort ontbrak die mogelijkheid geheel en leidde ze in strafzaken tot strenge specialiteitsvoorbehouden.[757] Ook dat laatste zou, in geval van verlening van rechtshulp aan staten met wie er ook *in fiscalibus* wordt samengewerkt, niet meer nodig zijn.

> De geheimhoudingsplicht is 'gesloten' omschreven. Het artikel verwijst niet naar het nationale recht. Wie de uitgewisselde informatie mag gebruiken en waarvoor dat mogelijk is, wordt in Art. 27 DBA CH-DE zelf omschreven. Binnen dat gesloten systeem is verdere toestemming niet vereist. De informatie mag dus zonder meer worden verstrekt aan justitiële autoriteiten, mits dat voor de fiscale handhaving nodig is. Aanvullende eisen, zoals we die tegenkwamen in het financiële recht (Art. 38 Abs. 6 BEHG), zijn er niet. Dat ligt ook voor de hand: gezien de strenge eisen die worden gesteld bij het verlenen van bijstand en die uitdrukkelijk aansluiten bij de regels over de wederzijdse rechtshulp, zou het nog eens stellen van dergelijke eisen bij de doorleiding van de gegevens onzinnig zijn.
>
> Een gesloten systeem betekent verder dat het gebruik van informatie voor toezichtsdoeleinden of de doorleiding van informatie door Duitse aan Nederlandse autoriteiten niet mogelijk is.[758] In dat geval kan immers niet worden volgehouden dat de informatie-uitwisseling de toepassing van het verdrag of de aanpak van fiscaal bedrog in een van de verdragsstaten dient.[759] Onduidelijk is of doelafwending, c.q. doorleiding wel mogelijk is met de goedkeuring van de EStV.[760] Ik zie niet direct in hoe een en ander vorm moet krijgen. Zo is het de vraag aan de hand van welke criteria de EStV beslissen moet. Anders dan in het financiële toezicht, bevatten de nationale fiscale bepalingen ter zake geen voorzieningen. Gelet op het feit dat geheimhouding van fiscale informatie de hoofdregel is, zou men dan ook kunnen betogen dat doelafwending door middel van aanvullende toestemming niet is toegestaan.[761]

Deze relativering van het strenge Zwitserse specialiteitsvoorbehoud behoeft op haar beurt enige nuancering. Wanneer er bij het verlenen van bijstand persoonsgegevens

---

756 Hierover Commissie Marty (2004), p. 35-36; Hufschmid (2004), p. 442; Holenstein (2003), p. 1052; Behnisch (2005), p. 948-949.

757 *Infra* paragraaf 5.5.4.1.

758 Vogel (et al.) (1996), p. 1413.

759 Letterlijk: 'Durchführung des innerstaatlichen Rechts bei Betrugsdelikten.'

760 Idem, Figge (1980), p. 87.

761 Dat is ook de uitleg die Art. 11 Abs. 4 Verordening DBA CH-DE en Art. 18 Abs. 4 ZBStG aan artikel 27 geven. Beide artikelen zien op de vraag wat de Zwitserse autoriteiten zelf mogen doen met de informatie die ze ter uitvoering van een bijstandsverzoek vergaren.

worden verstrekt, bevat cijfer 3, letter b van het protocol bij het Zwitsers-Duitse verdrag namelijk aanvullende bepalingen. Daarin is bepaald dat, in *aanvulling* op Art. 27, verstrekte persoonsgegevens alleen voor het aangegeven doel mogen worden gebruikt en dat voor andere doeleinden en doorleiding aan andere dan bevoegde autoriteiten toestemming nodig is. Voor persoongegevens gelden dus nog aanvullende bepalingen, wat voor het bankgeheim van groot belang is.

> De tekst luidt: 'b) Falls nach Massgabe des innerstaatlichen Rechts aufgrund dieses Abkommens personenbezogene Daten übermittelt werden, gelten ergänzend die nachfolgenden Bestimmungen unter Beachtung der für jeden Vertragsstaat geltenden Rechtsvorschriften:
> aa) Die Verwendung der Daten durch die empfangende Stelle ist nur zu dem angegebenen Zweck und nur zu den durch die übermittelnde Stelle vorgeschriebenen Bedingungen zulässig.
> bb) Die empfangende Stelle unterrichtet die übermittelnde Stelle auf Ersuchen über die Verwendung der übermittelten Daten und über die dadurch erzielten Ergebnisse.
> cc) Personenbezogene Daten dürfen nur an die zuständigen Stellen übermittelt werden. Die weitere Übermittlung an andere Stellen darf nur mit vorheriger Zustimmung der übermittelnden Stelle erfolgen. (…)'

Over de toepassing van het artikel is helaas nog weinig bekend. Wat kan ermee zijn bedoeld? Mijns inziens vloeit eruit voort dat voor de doorleiding van persoonsgegevens (gegevens die onder het bankgeheim vallen) aan justitie toestemming van de EStV nodig is. Deze zal, lijkt me, voor een vervolging wegens *Steuerbetrug* zonder meer worden verleend, omdat de voorwaarden voor het verlenen van rechtshulp niet kunnen worden omzeild. Immers, daarvoor gelden min of meer dezelfde ingangseisen. Dat is anders voor andere strafrechtelijke doeleinden. Hier komt de ontvangende autoriteit mogelijk in een conflict van plichten. Er doet zich namelijk mogelijk de situatie voor dat de verzoekende fiscus, die de gegevens heeft verkregen in het kader van een onderzoek naar fiscaal bedrog en die daarin doorgaans onder gezag van het OM staat en mogelijk op grond van een strafvorderlijk legaliteitsbeginsel die gegevens aan het OM *moet* verstrekken,[762] deze gegevens toch niet mag verstrekken, als de EStV geen toestemming geeft.

Ook het gebruik voor fiscale doeleinden zal aan beperkingen onderhevig zijn. Persoonsgegevens mogen daarvoor mogelijk niet zonder toestemming worden verstrekt. Dat werpt vooral belemmeringen op bij een fiscaal gebruik tegen de bankcliënt, dus voor de inkomstenbelasting. Een fiscaal gebruik van de gegevens jegens de bank zelf (vennootschapsbelasting) is niet verboden, maar uitdrukkelijk toegestaan op grond van Art. 27. Dan zijn er immers geen persoonsgegevens in het geding. Deze regeling lijkt aldus op haar strafrechtelijke tegenhanger. Bij art. 23, lid

762 Vgl. hoofdstuk 4.4.2.1, onder B.

7, EU-rechtshulpovereenkomst maakte Zwitserland, net als Luxemburg, een soortgelijk voorbehoud.[763]

> Ten slotte, de informatie die in het verzoek is vervat en die de EStV vergaart bij de uitvoering van een verzoek mag ze gebruiken voor haar eigen taken op het moment dat de *Schlussverfügung* formele rechtskracht gekregen heeft, danwel de informatie via de vereenvoudigde procedure is overdragen. Een dergelijk gebruik is alleen mogelijk voor de zogenaamde *Steuer-* en *Steuerjustizbehörden*.[764] Voor andere doeleinden, bijvoorbeeld financieel toezicht of commuun strafrecht, mag de informatie niet worden gebruikt.[765] Dit is geheel in lijn met de interpretatie van Art. 27 DBA CH-DE.

5.5.3.2 De Finanzbehörde als verzoekende partij

Op de positie van de fiscus als verzoekende partij ga ik niet verder in. Ook hier geldt dat er geen literatuur, rechtspraak of wetgeving is die de materie regelt. Gezien het reciprociteitsbeginsel mag bovendien worden verwacht dat veel staten allesbehalve genegen zullen zijn om Zwitserland fiscale bijstand te verlenen. Voor die situaties waarin dat toch gebeurt verwijs ik *mutatis mutandis* naar de bespreking hierboven van de financiële bijstand. Voor die onderdelen van de fiscus die op grond van het *Verwaltungsstrafrecht* met punitieve taken zijn belast (BSU/EStV), leze men de paragraaf over de positie van het OM als aangezochte partij in de justitiële samenwerking.

5.5.4 De *Staatsanwaltschaft*

5.5.4.1 De Staatsanwaltschaft als verstrekkende partij

A) Rechtsbronnen van de strafrechtelijke samenwerking

In de onderstaande paragraaf komen de regels over internationale samenwerking die gelden voor de *Staatsanwaltschaft*, aan de orde. Deze regels, die liggen in het bereik van de justitiële samenwerking, worden geflankeerd door de regels over de politiële samenwerking.[766] Een rechtsbasis voor de laatste is vooral te vinden in de Art. 349 e.v. StGB en Art. 75a van de *Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen*/ IRSG. De politiële samenwerking laat ik hier buiten beschouwing. Geen van de in dit onderzoek betrokken Zwitserse autoriteiten is aan die regels gebonden.

De IRSG normeert echter ook de wederzijdse justitiële rechtshulp die hier van veel groter belang is. Deze wet is de centrale Zwitserse rechtshulpwet, tenzij een verdrag anders bepaalt of er een andere wet voorgaat (Art. 1 Abs. 1 IRSG). Voor

763 *Infra* paragraaf 5.5.4.1, onder D; zie ook hoofdstuk 2.4.3.3.
764 Art. 16 Abs. 4 Verordening DBA CH-DE en Art. 23 Abs. 4 ZBStG.
765 Art. 11 Abs. 4 Verordening DBA CH-DE en Art. 18 Abs. 4 ZBStG.
766 Daarover Popp (2001), p. 73-75.

het onderhavige onderzoek gelden, naast de IRSG, verder als bronnen voor de internationale justitiële samenwerking:

1. Multilaterale verdragen, zoals het Europees rechtshulpverdrag en de daarbij horende protocollen, waarvan overigens alleen het tweede voor Zwitserland in werking is getreden.
2. Bilaterale verdragen, die, met in het achterhoofd art. 26 ERV, aanvullingen op of een versoepeling van het ERV kunnen inhouden. Zo is er ook een aanvullend rechtshulpverdrag met Duitsland. Onder deze categorie reken ik verder de *Bilaterale Abkommen II* met de EU die voor dit onderzoek zeer relevant zijn. Niet alleen raakt Zwitserland hierdoor gebonden aan een groot deel van het al geldende Schengen*acquis*, maar bovendien ook aan de EU-rechtshulpovereenkomst en het Protocol EU-rechtshulpovereenkomst, wanneer deze in werking treden (Art. 2 SAA).
3. Andere nationale wetten, waarvan de *Bundesgesetz zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen* het meest bekend is. In de toekomst zal ook de *Zinsbesteuerungsgesetz* strafrechtelijke materie regelen, zo bleek hierboven, maar dat alleen als het gaat om de samenwerking tussen de buitenlandse en Zwitserse *fiscale* autoriteiten.

Art. 1 IRSG luidt: '1 Dieses Gesetz regelt, soweit andere Gesetze oder internationale Vereinbarungen nichts anderes bestimmen, alle Verfahren der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in Strafsachen, insbesondere: a. die Auslieferung strafrechtlich verfolgter oder verurteilter Personen (zweiter Teil); b. die Rechtshilfe zur Unterstützung eines Strafverfahrens im Ausland (dritter Teil); c. die stellvertretende Verfolgung und Ahndung strafbarer Handlungen (vierter Teil); d. die Vollstreckung ausländischer Strafentscheide (fünfter Teil). 2 (…)'

Zwitserland hanteert een monistisch systeem.[767] Internationale verdragen behoeven geen omzetting in nationaal recht in de Zwitserse rechtsorde om rechtskracht te kunnen hebben. Echter, alleen wanneer en voor zover bepalingen uit deze verdragen rechtstreeks werkend (*self executing*; *unmittelbar anwendbar*) zijn, binden ze ook burgers en justitie. Verdragen hebben de rang van bondswet. In geval van conflict tussen de IRSG en het verdrag geldt naar heersende mening de meest gunstige bepaling. Dat volgt, voor zover het verdrag gunstiger is, al uit Art. 1 Abs. 1 IRSG, waarmee uitdrukking wordt gegeven aan het adagium *pacta sunt servanda*. De wet vindt slechts toepassing, voor zover het verdrag daarvoor ruimte laat en de wet niet tegen het verdrag ingaat. Uit dat artikellid wordt echter ook afgeleid dat voor zover de laatste meer toelaat dan het verdrag, de wet mag worden toegepast.[768]

Ondanks het Zwitserse monistische systeem zijn ter uitvoering van de internationale verplichtingen vaak nog nationale omzettingsmaatregelen nodig om een en ander

767 *Supra* noot 309.

768 Kritisch Popp (2001), die dit het *Prinzip des maximalen Entgegenkommens* noemt, p. 48-53 en 128-129; zie ook Heimgartner (2002), p. 39-41.

in goede banen te leiden. Zo zal moeten worden bepaald welke autoriteit bevoegd is om een rechtshulpverzoek uit te voeren. Daarbij geldt de hoofdregel dat kantonnaal recht alleen nog mag worden toegepast, als de IRSG dat toelaat (Art. 12 IRSG). In Art. 16 IRSG is vervolgens bepaald dat voor zover federaal recht niet anders bepaalt, de organisatie en de uitvoering van de rechtshulpwet in handen ligt van de kantons.[769] Deze staan daarbij onder toezicht van de bond. De Art. 52 en 53 voorstel-CH-StPO veranderen aan dit uitgangspunt niets. Op organisatorisch vlak hebben de kantons dus nog veel ruimte om de rechtshulpverplichtingen in hun eigen organisatie in te kunnen bedden. Op andere punten, bijvoorbeeld op het terrein van de rechtsbescherming, is de vrijheid van de kantons echter in vergaande mate ingeperkt (zie onder).

B) Omvang van de strafrechtelijke samenwerking

Voor de vraag *of* de rechtshulpwet toepasselijk is, is van belang of een buitenlandse strafzaak voorligt (*Strafsache*, resp. *strafrechtliche Angelegenheit*) en of daar een rechterlijke autoriteit voor verantwoordelijk is. Is aan beide eisen niet voldaan, dan kan geen rechtshulp worden verleend; zijn ze echter wel vervuld, dan moet, tenzij een verdrag of bondswet anders bepaalt, de IRSG worden toegepast.

> Een en ander blijkt uit Art. 1 Abs. 1 IRSG: 'Dieses Gesetz ist nur auf Strafsachen anwendbar, in denen nach dem Recht des ersuchenden Staates der Richter angerufen werden kann.'
> Zie ook Art. 63 Abs. 1: 'Rechtshilfe nach dem dritten Teil dieses Gesetzes umfasst Auskünfte, nach schweizerischem Recht zulässige Prozesshandlungen und andere Amtshandlungen, soweit sie für ein Verfahren in strafrechtlichen Angelegenheiten im Ausland erforderlich erscheinen oder dem Beibringen der Beute dienen.'

De term 'strafzaak' is een enigszins vaag criterium, nu juist in internationaal verband niet altijd duidelijk zal zijn of hiervan sprake is. In ieder geval kan eruit worden afgeleid dat het moet gaan om een punitief doel in de zin van Art. 6 EVRM. De vervulling van preventieve doeleinden levert geen strafzaak op. Of met de toepasselijkheid van Art. 6 kan worden volstaan, moet echter, in het bijzonder bij de lichtere vergrijpen, worden betwijfeld.[770] In relatie tot de term strafzaak is verder van belang dat hieronder ook connexe bestuursrechtelijke maatregelen, zoals de intrekking van een effectenvergunning, worden verstaan (Art. 63 Abs. 3. lit. c IRSG). Voor deze doeleinden mag dus ook een rechtshulpverzoek worden ingediend. Mede hierdoor overlapt de rechtshulp deels de administratieve bijstand.

Een tweede belangrijke voorwaarde is dat het moet gaan om een *Justizverfahren*. Daarmee wordt allereerst bedoeld dat het moet gaan om een procedure waarin de rechter hetzij verplicht, hetzij op verzoek over de zaak oordeelt of oordelen kan.

769 Voor het kanton Zürich zijn nadere regels te vinden in de Art. 112-120 ZH-GVG; daarover Hauser/Schweri (2002b), p. 408-409.

770 Popp (2001), p. 83-85.

ZWITSERLAND

Art. 1 Abs. 3 rept echter van 'rechter' en niet, zoals gebruikelijk, van een 'ook in strafzaken bevoegde rechter'. Het is niet helemaal duidelijk wat hiermee precies wordt bedoeld. Dat leden van een buitenlands OM of een buitenlandse onderzoeksrechter hieronder vallen, ligt voor de hand. Of echter ook fiscale autoriteiten, die zijn belast met strafrechtelijke taken, rechtshulpverzoeken kunnen indienen, mag ernstig worden betwijfeld. In de praktijk komt dit dan ook eigenlijk niet voor. Juist daarom is de uitbreiding tot gevallen van *Steuerbetrug* nuttig, *voor zover* de buitenlandse fiscus optreedt als plaatsvervanger van het OM, zoals in Nederland en Duitsland gebeurt.[771]

Ook de positie van de financiële toezichthouder is niet altijd duidelijk. Met een beetje goede wil zou men de Nederlandse bestuurlijke boete bijvoorbeeld als een 'strafzaak' kunnen opvatten, terwijl tegen een boetebeschikking inderdaad bij een rechter kan worden opgekomen, zij het de bestuursrechter. Daarmee zou voor dit type zaken ook de strafrechtelijke rechtshulp openstaan. Dat lijkt niet de bedoeling geweest, zeker niet na de Zwitserse toetreding bij Schengen, waarop ik hieronder nog terugkom. Een tweede eis die verband houdt met een *Justizfverfahren* is namelijk dat verzoeken alleen kunnen worden ingediend door justitiële autoriteiten, dat wil zeggen autoriteiten die betrokken zijn bij de strafrechtspleging (Art. 75 Abs. 1 IRSG).[772] Aan deze eis wordt echter evenmin strikt de hand gehouden.

Zo stond het *Bundesgericht* voor Amerikaanse, Franse en Italiaanse financiële toezichthouders toe dat ze rechtshulpverzoeken indienden.[773] Het formele statuut van die autoriteiten (justitie of niet) was dus niet beslissend. Beslissend leek wel dat dit soort autoriteiten bevoegd zijn tot zelfstandig onderzoek en dat ze van hun bevindingen vervolgens melding kunnen doen bij het OM. Minder relevant lijkt de wijze waarop deze informatie vervolgens bij het OM terecht komt. De toezichthouder kan hiertoe immers wettelijk verplicht zijn, maar de wetgever in de verzoekstaat kan die afweging ook hebben overgelaten aan de toezichthouder zelf. Gelet op het voorgaande zou het mij niet verbazen als ook de Duitse BAFin rechtshulpverzoeken kan indienen.[774] Ook deze is in nauwe samenwerking met het Duitse OM verantwoordelijk voor de handhaving van de *Wertpapierhandelsgesetz*. Dat ligt naar mijn smaak anders voor de Nederlandse AFM. Hoewel ook zij aangifte kan doen van strafbare feiten, is het speuren naar en onderzoeken van strafbare feiten (hetgeen in de Nederlandse context iets anders is dan beboetbare feiten) niet een taak die die AFM vervult. Deze taak berust bij de Belastingdienst/FIOD-ECD onder leiding van het OM. De AFM's verantwoordelijkheden worden dus veel meer los gezien van die van het OM dan in Duitsland (en overigens ook Zwitserland) het geval is. In de praktijk benaderen de toezichthou-

771 *Supra* noot 731. Het gaat dan om optie vier van de daar besproken opties.

772 Vgl. Popp (2001), p. 88-91; EBK Bulletin 45, p. 26-28; Althaus (2001), p. 245 e.v.

773 Dat werd toegestaan voor de Amerikaanse SEC (BGE 109 Ib 47), de Franse COB (BGE 118 Ib 457 en 121 II 153) en de Italiaanse CONSOB (*Bundesgericht* 28 april 1997, nr. 1A.361/1996); zie ook EBK Bulletin 45, p. 26-28.

774 Dat stond overigens al vast voor die feiten die naar Duits recht *Ordnungswidrigkeit* zijn. Hier heb ik het over de strafbare feiten die alleen strafrechtelijk kunnen worden afgedaan, zoals § 14 WpHG.

ders elkaar overigens bij voorkeur via de meer informele bijstand. Dat gebeurt echter niet altijd.[775]

Intussen heeft de coulante houding van het *Bundesgericht* voor de genoemde buitenlandse financiële toezichthouders tot gevolg dat deze kunnen kiezen of zij een rechtshulp-, danwel bijstandsverzoek indienen, hoewel deze in de praktijk sinds de introductie van Art. 38 BEHG vaker zullen kiezen voor de snellere bijstandsweg. Het voordeel van deze keuzemogelijkheid is dat het de transparantie van het rechtshulpverkeer zal vergroten. Zo is het bijvoorbeeld niet nodig dat een toezichthouder een justitiële autoriteit verzoekt om een rechtshulpverzoek in te dienen.[776] Toch kleven er ook nadelen aan. In het bijzonder is het bezwaarlijk dat met deze keuze de verzoekende autoriteit tegelijk de beschikking krijgt over het gehele strafrechtelijke én bestuursrechtelijke bevoegdhedenarsenaal van de aangezochte staat. Bij dit type bestuurlijke autoriteiten die vanwege hun bijzondere expertise vaak belast zijn met onderzoekstaken en opereren in het vooronderzoek,[777] ligt het niet altijd voor de hand om dwangmiddelen, telefoontaps, en dergelijke beschikbaar te stellen.[778] Hiervoor zagen we dat daarvoor in Zwitserland de nodige waarborgen, en in ieder geval een voldoende stevige verdenking, gelden.[779] Het verdenkingsvereiste is een uitwerking van het evenredigheidsbeginsel. Deze voorwaarde is vooral in de voorfase niet noodzakelijk vervuld. Toch vindt een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel maar in die zin marginaal plaats dat deze zich beperkt tot een onderzoek dat is gebaseerd op de feiten zoals die zijn weergegeven in het verzoek (*vertrouwensregel*).[780] Een volledige toets aan het evenredigheidsbeginsel heeft dan *in Zwitserland* niet altijd plaats. Ik kom hierop hieronder nog terug.[781]

Hoe dan ook, het Zwitserse recht staat dus toe dat sommige buitenlandse autoriteiten de keuze wordt gelaten tussen bijstand en rechtshulp. De grens tussen rechtshulp en bijstand is ook in dat opzicht vervaagd. Hierboven zagen we bovendien dat het niet verboden is om gedurende een strafrechtelijk onderzoek een bijstandsverzoek in te dienen.[782] Het omgekeerde lijkt ook te gelden: het is aannemelijk dat ook tijdens het verloop van een administratief onderzoek een rechtshulpverzoek mag worden ingediend. Van misbruik lijkt in zo'n geval slechts sprake als het verzoek enkel en alleen de administratieve procedure zou dienen of wanneer

775 Voor een voorbeeld, zie *Bundesgericht* 9 december 2005, 1A.184/2005/gij, waarin een rechtshulpverzoek werd gedaan door het Australische OM en de toezichthouder, *ASIC*.
776 Dat blijkt in Duitsland nog al eens te gebeuren; zie paragraaf 4.5.4.2, onder A.
777 Vgl. voor de BAFin hoofdstuk 4.2.1.4, onder B.
778 Art. 76 lit. c IRSG biedt hiertegen overigens wel een zekere bescherming. De toepassing van dwangmiddelen is alleen mogelijk als deze ook toelaatbaar zijn in de verzoekende staat. Dat was bij de Franse COB bijvoorbeeld het geval, omdat deze zelf over vergaande onderzoeksbevoegdheden beschikt; BGE 118 Ib 457 en 121 II 153.
779 *Supra* paragraaf 5.3.4.1.
780 BGE 125 II 73; 121 II 243; 113 Ib 272; 103 Ia 211; hierover ook Popp (2001), p. 280 en uitvoerig Brun (1996).
781 Zie vooral hoofdstuk 6.4.
782 *Supra* paragraaf 5.5.2.2, onder A.

een omzeiling van de bepalingen inzake de wederzijdse administratieve bijstand aan de orde is.[783] Als de verzoekende autoriteit daadwerkelijk een strafrechtelijk onderzoek voert, zal echter dergelijk misbruik nauwelijks kunnen worden aangetoond. Eerder oordeelde het *Bundesgericht* al dat het niet van belang is hoe een buitenlandse autoriteit dat onderzoek is gestart en of het wellicht zijn basis vindt in dat administratiefrechtelijke onderzoek.[784]

De welhaast logische vervolgvraag luidt dan ook of een rechtshulpverzoek *mede* andere doeleinden kan dienen. Het kan niet worden uitgesloten dat via de rechtshulp binnengehaalde resultaten ook voor andere doeleinden worden gebruikt. Dat gevaar is juist bij financiële toezichthouders niet ondenkbeeldig, omdat deze vele andere taken te vervullen hebben. Sterker nog, juist in het vooronderzoek is vaak nog niet duidelijk of een zaak uiteindelijk strafrechtelijk zal worden afgedaan. Is dat dan geen argument om de rechtshulpweg toch maar niet open te stellen? Het antwoord luidt ontkennend, omdat Zwitserland in de rechtshulp strenge specialiteitseisen stelt, waarop ik hieronder nog inga.[785]

> Op het punt van de specialiteit is er een aanmerkelijk verschil met de financiële bijstand (Art. 38 BEHG). De toezichthoudende autoriteit die zelf een bijstandsverzoek doet, mag deze namelijk voor al zijn taken gebruiken, mits het toezichtstaken zijn. Deze invulling van het specialiteitsbeginsel is aanmerkelijk ruimer en biedt zo'n toezichthouder de ruimte om met een bijstandsverzoek binnengehaalde informatie niet alleen te gebruiken voor toezichtsdoeleinden, maar ook voor punitieve doelen (bijvoorbeeld het opleggen van een boete of het voorbereiden van een strafrechtelijk onderzoek). In de rechtshulp bestaat die mogelijkheid, zo zullen we nog zien, zeker niet altijd.

Samenvattend kan worden gesteld dat de overlap tussen bijstand en rechtshulp aanzienlijk is:

1. Met de administratieve bijstand mogen punitieve doeleinden worden gediend, terwijl de rechtshulp de oplegging van bestuursrechtelijke maatregelen toelaat. De fiscale bijstand staat sinds kort open voor gevallen van *Steuerbetrug*.
2. Sommige autoriteiten hebben zelf de keuze tussen bijstand en rechtshulp.
3. Tijdens een lopend administratief onderzoek mogen rechtshulpverzoeken worden ingediend en *vice versa*, mits ook het eigen onderzoek is gediend.
4. De informatie mag vooral in de financiële bijstand, maar sinds kort ook in de fiscale, zonder nadere toestemming diagonaal worden gebruikt.

---

783 Daarbij moet worden bedacht dat juist in het administratieve domein het bankgeheim niet altijd kan worden doorbroken, zodat een rechtshulpverzoek aantrekkelijk is.

784 Vgl. BGE 122 II 134, waarin het niet ging om een parallel lopend bestuursrechtelijk onderzoek, maar om een parallelle civiele procedure.

785 Vgl. BGE 122 II 134; Popp (2001), p. 91, die verwijst naar een niet-gepubliceerde uitspraak van het *Bundesgericht*.

Vormen van rechtshulp

De handelingen die op basis van een rechtshulpverzoek kunnen worden verricht zijn niet gelimiteerd. In Art. 63 Abs. 2 IRSG wordt een aantal voorbeelden genoemd van te verlenen vormen van rechtshulp. Daarbij gaat het onder meer ook om het toezenden van stukken (*Zustellung von Schriftstücken*), de overhandiging van documenten (*Herausgabe von Akten und Schriftstücken*) en ook het vergaren van bewijs (*Beweiserhebung*) door middel van bijvoorbeeld inbeslagneming, doorzoekingen, uitleveringsbevelenmaatregelen en/of het horen van personen. Ook andere vormen van rechtshulp zijn denkbaar. Voor zover daarbij om dwangmiddelen wordt gevraagd gelden echter wel bijzondere procedures. Hetzelfde geldt voor informatie die valt onder het zogenaamde *Geheimbereich*. Ook het ambts- én het bankgeheim worden hiertoe gerekend.[786] Ik kom daarop uiteraard nog terug.

Rechtshulp in de vorm van het overdragen van bewijsmiddelen kan ook plaatsvinden zonder dat er een verzoek is geweest. Deze spontane rechtshulp heeft een basis gekregen in Art. 67a IRSG. Dit artikel biedt een basis voor het verstrekken van informatie die onder het justitiële ambtsgeheim valt (Art. 320 StGB). Spontane rechtshulp is mogelijk wanneer die bewijsmiddelen naar het oordeel van de Zwitserse autoriteiten geschikt zijn om een strafprocedure in te leiden of om een lopende procedure te ondersteunen.

> Daarbij gelden twee beperkingen. Allereerst kan het alleen gaan om al voorhanden zijnd materiaal, terwijl in de tweede plaats bewijsmiddelen niet mogen worden verstrekt als deze informatie bevatten die onder het *Geheimbereich* valt. In dat geval mag die informatie weliswaar worden verstrekt, maar alleen als de buitenlandse autoriteit daardoor in staat wordt gesteld om een rechtshulpverzoek te doen (Art. 67a Abs. 5 IRSG).[787] Tegen zo'n spontane verstrekking staat geen rechtsbescherming open.[788] Mede om die reden is het niet toegestaan dat een Zwitserse autoriteit deze weg gebruikt om informatie te verstrekken waarom al in het rechtshulpverzoek was gevraagd. Daarmee zouden rechtswaarborgen kunnen worden omzeild. Wel mag bewijsmateriaal, c.q. informatie worden verstrekt die verband houdt met de strafzaak waarvoor rechtshulp was gevraagd, maar dat, c.q. die de verzoekende autoriteit nog niet bekend was.[789]

Weigering van rechtshulp

De omvang van de rechtshulpplicht wordt ook bepaald door de mate waarin het Zwitserland vrijstaat rechtshulp te weigeren. Deze weigeringsgronden komen nu aan de orde. Daarbij concentreer ik me op de fiscale exceptie. De Zwitserse opstelling in strafzaken wordt van oudsher gekenmerkt door de consequente weigering

786 Popp (2001), p. 284-285.

787 Kritisch over het onderscheid tussen 'Beweismittel' en 'Informationen': Popp (2001), p. 287-288.

788 Vgl. BGE 125 II 238; 125 II 356; Wegleitung IRS (1998), p. 4; Popp (2001), p. 354-355. De toelaatbaarheid van de spontane rechtshulp mag wel in de procedure naar aanleiding van een daarop gevolgd rechtshulpverzoek worden beoordeeld.

789 Vgl. BGE 125 II 356; 129 II 544.

zich in fiscale strafzaken tot samenwerking te laten verplichten. Bijgevolg is het eerste protocol bij het ERV, met daarin de afschaffing van de fiscale exceptie, voor Zwitserland niet in werking.[790] De achtergronden hiervan zijn bekend: enerzijds wil men zich niet inlaten met het fiscale beleid van andere staten en vreest men voor de Zwitserse neutraliteit, anderzijds wijst men ook op het bankgeheim en op de als zodanig ervaren geringere strafwaardigheid van fiscale delicten.[791] Uiteraard spelen ook concurrentieoverwegingen een rol.[792] Dat laatste is ook door het *Bundesgericht* erkend.[793]

Een en ander is lange tijd reden geweest voor een zeer terughoudende opstelling in fiscale strafzaken. Deze heeft een juridische basis gekregen in Art. 3 Abs. 3 IRSG, dat de fiscale exceptie bevat. In fiscale zaken wordt rechtshulp in beginsel niet verleend, tenzij het gaat om *Abgabebetrug*. Anders dan het artikellid doet vermoeden (kan-bepaling), acht men zich in dat geval verplicht tot rechtshulp.[794]

> Art. 3 Abs. 3 luidt: 'Einem Ersuchen wird nicht entsprochen, wenn Gegenstand des Verfahrens eine Tat ist, die auf eine Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet erscheint oder Vorschriften über währungs-, handels- oder wirtschaftspolitische Massnahmen verletzt. Jedoch kann einem Ersuchen um Rechtshilfe nach dem dritten Teil des Gesetzes [de wederzijdse rechtshulp, ML] entsprochen werden, wenn Gegenstand des Verfahrens ein Abgabebetrug ist.'

De vraag is dus wat naar Zwitsers recht precies onder *Abgabebetrug* moet worden verstaan. Tegen de verwachting in, knoopte het *Bundesgericht* hiervoor aan bij de ruimere beschrijving van Art. 14 VStR.[795] Dat is imiddels ook vastgelegd in Art. 24 IRSV. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen de directe (DBG/StHG) en de indirecte belastingen (*Mehrwertsteuer*). Ook op het gebied van de directe belastingen volgt men de definitie van Art. 14 Abs. 2 VStR, hoewel normaliter, als het feit in Zwitserland zou zijn begaan, het engere *Steuerbetrug*[796] van toepassing zou zijn geweest.[797] Voor de vraag of er sprake is van *Abgabebetrug* is het Zwitserse recht

790 Zwitserland heeft wel het tweede protocol bij het ERV ondertekend. Dat is per 1 februari 2005 in werking.

791 Hoofdstuk 2.3.3.1. Dat geldt vooral voor de fiscale overtredingen.

792 Popp (2001), p. 115-116; Behnisch (2005).

793 BGE 104 Ia 49 (53).

794 BGE 111 Ib 242.

795 Vgl. BGE 111 Ib 242; 115 Ib 68; 125 II 250; *Bundesgericht* 24 oktober 2003, nr. 1A.244/2002. 'Ruimer' wil overigens zeggen: vergeleken met het *Steuerbetrug* van Art. 186 DBG en Art. 59 StHG. De laatste twee artikelen eisen het gebruik van valse of onware documenten (*Urkundendelikt*), terwijl Art. 14 Abs. 2 VStR 'arglistiges Handeln' vereist; hierover *supra* paragraaf 5.2.2.2, onder A; Popp (2001), p. 121-124; Michael (1992), p. 302 e.v.; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 66a e.v.; Wegleitung IRS (1998) BJ (1998).

796 Art. 186 DBG of een kantonnale variant (Art. 59 StHG).

797 In de fiscale bijstand, beschreven in paragraaf 5.5.3.1, onder B, ligt een aanknoping bij de strafbepalingen van de directe belastingen (DBG/StHG) mogelijk wel voor de hand.

beslissend, ook al zou het feit naar het recht van de verzoekende staat gekwalificeerd zijn als *Steuerhinterziehung*.[798]

Deze traditionele Zwitserse opstelling is enigszins doorbroken met de *Bilaterale Abkommen II*. Onder de onderhandelingen viel immers ook de Zwitserse associatie bij Schengen en het *acquis*. Om de consequenties hiervan te kunnen duiden is het nuttig de volgende zaken nog eens te benadrukken:

a. De rechtshulpplicht die art. 1 ERV constitueert, geldt in 'zo ruim mogelijke mate.' Ook wanneer een feit in de aangezochte staat niet strafbaar is of daar alleen een overtreding is, wordt in beginsel rechtshulp verleend.[799] Dat is anders bij de situaties, bedoeld in art. 5 ERV, als staten een daartoe strekkende verklaring afleggen.
b. Zwitserland weet zijn opstelling in fiscale zaken gedekt door de exceptie van art. 2 ERV, die echter deels is doorbroken met de inwerkingtreding van art. 50 SUO, welke doorbraak zal worden uitgebreid tot de directe belastingen als art. 8 van het Protocol bij de EU-rechtshulpovereenkomst in werking treedt. Op dat moment treedt de hoofdregel van art. 1 ERV *in beginsel* ook voor de directe belastingen in werking. Of het feit strafbaar is naar Zwitsers recht, is dan niet meer relevant.
c. De rechtshulpplicht is inmiddels uitgebreid tot *Ordnungswidrigkeiten*, dat wil zeggen bestuurlijke sancties met de mogelijkheid van beroep op de strafrechter (vgl. art. 49 SUO en art. 3 EU-rechtshulpovereenkomst).[800] Dat betekent dat de verzoekende staat ook voor dit type sancties rechtshulpverzoeken mag indienen, zelfs als dit feit niet strafbaar is in de aangezochte staat, *in casu* Zwitserland.
d. Wanneer om de toepassing van dwangmiddelen wordt verzocht, *en alleen dan*, mogen staten conform art. 5 ERV, welk artikel later is beperkt door art. 51 SUO, aanvullende eisen stellen. Eén van die eisen ziet op de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid. Zwitserland heeft ter zake bij het ERV een verklaring afgelegd.

   Deze luidt momenteel: 'The Swiss Federal Council declares that Switzerland will make the execution of all letters rogatory requiring the application of any coercive measure dependent on the condition stated in Article 5, paragraph 1.a of the Convention.'

e. *Steuerhinterziehung* tegen de directe belastingen is naar Zwitsers recht weliswaar een strafbaar feit (*Übertretung*),[801] maar hiertegen wordt noch opgekomen bij de strafrechter, noch is ze bestrafbaar met een vrijheidsbenemende sanctie. Dat is anders bij de indirecte belastingen: in dat geval wordt de sanctie opgelegd door

798 BGE 125 II 250.
799 Hoofdstuk 2.4.3.4.
800 Hoofdstuk 2.4.3.2.
801 Art. 333 StGB; Art. 59 Abs. 3 StHG; zie *supra* paragraaf 5.2.2.2, onder A, in het bijzonder noot 103 en 107.

de EStV, maar staat, conform de *Verwaltungsstrafrechtgesetz,* beroep op de strafrechter open.[802]

Dit laatste is van belang voor Art. 51 SUO, dat voor zover hier relevant luidt als volgt: 'De Overeenkomstsluitende Partijen onderwerpen de inwilligbaarheid van rogatoire commissies strekkende tot huiszoeking en inbeslagneming niet aan verdergaande voorwaarden dan dat: a. het aan de rogatoire commissie ten grondslag liggende feit naar het recht van beide Overeenkomstsluitende Partijen strafbaar is gesteld met een vrijheidsstraf of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel met een maximum van ten minste zes maanden, danwel naar het recht van één van beide Overeenkomstsluitende Partijen strafbaar gesteld met een sanctie met een zelfde maximum en naar het recht van de andere Overeenkomstsluitende Partij als een vergrijp tegen voorschriften betreffende de orde door de bestuurlijke autoriteiten wordt bestraft, mits van hun beslissingen beroep openstaat op een ook in strafzaken bevoegde rechter; (…)'

Wat betekent het voorgaande nu? De belangrijkste winst die de EU-landen met de *Bilaterale II* hebben geboekt, is dat Zwitserland *verplicht* is in fiscale strafzaken betreffende de *indirecte* belastingen rechtshulp te verlenen. Door de Zwitserse associatie gelden voor het land ook Art. 50 en 51 SUO. Op het vlak van de indirecte belastingen is Zwitserland dus voortaan gehouden rechtshulp te verlenen, ook als dat betekent dat een inbreuk op het bankgeheim moet worden gemaakt.

Met betrekking tot de *directe* belastingen zijn er in de onderhandelingen problemen gerezen.[803] De discussie draaide om de vraag of Zwitserland in gevallen van *Steuerhinterziehung* rechtshulp moet gaan verlenen, op het moment dat art. 50 SUO door art. 8 Protocol EU-rechtshulpovereenkomst wordt ingetrokken. Op dat moment ontstaat voor Zwitserland, conform art. 1 ERV, een rechtshulpplicht, ook in fiscale zaken. De fiscale exceptie komt daarmee ook te vervallen jegens de EU-staten. Er ontstond bijgevolg discussie over de vraag hoe de Zwitserse verklaring bij art. 5 ERV moest worden uitgelegd, in het bijzonder in relatie tot de verruimingen die nadien volgden van de rechtshulpplicht. Telde de *Steuerhinterziehung* nu wel of niet mee bij de beoordeling van de dubbele strafbaarheid? Voor het *wél* laten meetellen is wel wat te zeggen. Immers, hoewel op het vlak van de directe belastingen de vervolging van belastingontduiking procedureel aanknoopt bij het bestuursprocesrecht, is er materieel volgens het Zwitserse recht sprake van strafrecht. Het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht is er op van toepassing. Op overtreding staat een geldboete, maar geen vrijheidsstraf.

De uitkomst van deze discussie was echter duidelijk in het voordeel van Zwitserland. In overeenstemming met de tekst van art. 51 SUO kwam vast te staan dat de *Steuerhinterziehung niet* meetelt bij de beoordeling van de dubbele strafbaarheid. Voor alle duidelijkheid legde Zwitserland een verklaring af en wijzigde het zijn interne recht.

---

802 *Supra* paragraaf 5.2.1.4.

803 Botschaft Bilaterale II, p. 6160 e.v.; voor een uitvoerige beschrijving: Greiner & Pfenninger (2005), p. 162 e.v.

> De verklaring luidt: 'Die Schweiz erklärt, dass bei Steuerdelikten im *Bereich der direkten Steuern* [cursief, ML], die von schweizerischen Behörden geahndet werden, zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Abkommens kein auch in Strafsachen zuständiges Gericht angerufen werden kann.'
>
> Art. 182 DBG werd als volgt gewijzigd: '*Art. 182 Abs. 1 und 2*: 1 Nach Abschluss der Untersuchung erlässt die Behörde eine Verfügung, die sie dem Betroffenen schriftlich eröffnet. 2 Gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig. *Die Strafgerichtsbarkeit ist ausgeschlossen* [cursief ML].'[804]

Het mijns inziens ironische resultaat van dit alles is dat de verruiming van de rechtshulpplicht tot de *Ordnungswidrigkeiten*, dus tot feiten die *petty crime* zijn en *niet* behoren tot het strafrecht *strictu senso*,[805] niet geldt voor feiten die *wel* tot het strafrecht behoren, ook al worden deze procedureel niet via het strafprocesrecht afgedaan.[806] De frase 'een ook in strafzaken bevoegde rechter' kan naar de smaak van de Zwitsers momenteel niet genoeg worden benadrukt. Ik meen echter dat bescheidenheid past, omdat ze eerder een toevallige vondst lijkt, ingegeven door Duitsland dat internationaal in de knoop kwam met zijn *Ordnungswidrigkeit*,[807] dan dat ze de resultante is van een doorwrochte denkoefening over de exacte afgrenzing tussen bijstand en rechtshulp.

> Overigens gooit men met de voornoemde wetswijzigingen niet alleen de deur dicht voor de internationale rechtshulp. Ze betekenen ook een aanzienlijke streep door de rekening voor de interne Zwitserse fiscale rechtshandhaving. Immers, het strafrechtelijke bevoegdhedenarsenaal, inclusief de opheffing van het bankgeheim, blijft ook buiten bereik van de eigen fiscus. Momenteel doet zich de eigenaardige situatie voor dat men ook in *innerstatelijke* rechtshandhaving gebonden blijft aan het bankgeheim, omdat het opgeven daarvan onherroepelijk mede gevolgen heeft voor de *interstatelijke* context.[808]

Bescheidenheid past ook, omdat het voorgaande onverlet laat dat Zwitzerland vanaf het moment dat art. 8 Protocol in werking treedt, in afwijking van zijn oude opstelling rechtshulp moet verlenen, ook bij de directe belastingen, hoewel die mening in Zwitserland niet lijkt te worden gedeeld.[809] De hoofdregel is dan niet meer het weigeren conform art. 2 ERV en Art. 3 Abs. 3 IRSG, maar juist het verlenen van rechtshulp conform art. 1 ERV, ook als het betreffende feit in Zwitserland geen *Steuerbetrug* oplevert. De plicht tot het verlenen van rechtshulp omvat immers meer dan alleen het verrichten van doorzoekingen en inbeslagnemingen in de zin van art. 5 ERV. Zo kan bijvoorbeeld worden gevraagd om de verstrekking

---

804 Vgl. ook het nieuwe artikel 57[bis] StHG, dat vrijwel gelijkluidend is.
805 Over de achtgronden van de *Ordnungswidrigkeit*, zie hoofdstuk 4.2.1.4, onder A.
806 Vgl. Breitenmoser (2005), p. 934; Greiner & Pfenninger (2005), p. 162-163.
807 Hoofdstuk 2.4.3.2.
808 *Supra* paragraaf 5.2.2.3, onder A.
809 Vgl. Koller (2005), p. 915.

van al voorhanden zijnde informatie. Het is daarom te verwachten dat in de toekomst de discussies zich zullen richten op de vraag wat precies onder een dwangmiddel moet worden verstaan. Inderdaad worden de messen al weer geslepen.[810] Vat men daaronder bijvoorbeeld ook informatie die al voorhanden is, maar die met toepassing van dwangmiddelen door justitie of een andere autoriteit werd verkregen? Die kwestie staat nog open. Het lijkt mij voor de hand liggend om aan te knopen bij de definitie van dit begrip in het interne recht (vgl. Art. 193 voorstel-CH-StPO).[811] Niet iedere vorm van medewerking levert dan een dwangmiddel op.[812]

Als gezien, is de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid ook in de toekomst, bij nieuw Schengenrecht, gewaarborgd. Voor Zwitserland bestaat een *opt-out*mogelijkheid, als in de toekomst art. 51 SUO zal worden gewijzigd, zonder dat de overeenkomst geldt als opgezegd (Art. 7 Abs. 5 SAA). Mocht in de toekomst de dubbele strafbaarheid komen te vervallen, dan kan Zwitserland daarover op dat moment opnieuw met de EU onderhandelen. Ze kan in die gevallen niet tot de toepassing van dwangmiddelen worden verplicht, als het gaat om (fiscale) feiten waarop geen gevangenisstraf staat (lees: *Hinterziehung*).

> Art. 7 Abs. 5 a luidt: 'Bewirken Bestimmungen eines neuen Rechtsakts oder einer neuen Massnahme, dass die Mitgliedstaaten die Erledigung von Rechtshilfeersuchen in Strafsachen oder die Anerkennung von Anordnungen zur Durchsuchung und/oder zur Beschlagnahme von Beweisen aus einem anderen Mitgliedstaat nicht mehr den Bedingungen des Artikels 51 des Schengener Durchführungsübereinkommens unterwerfen können, kann die Schweiz dem Rat und der Kommission innerhalb der in Absatz 2 Buchstabe a festgelegten Frist von 30 Tagen notifizieren, dass sie den Inhalt dieser Bestimmungen nicht akzeptiert und diese nicht in ihre innerstaatliche Rechtsordnung umsetzt, soweit diese Bestimmungen auf Ersuchen um oder Anordnungen zur Durchsuchung und Beschlagnahme in Bezug auf Ermittlungen oder Verfolgungen von strafbaren Handlungen im Bereich der direkten Steuern Anwendung finden, die, falls in der Schweiz begangen, nach schweizerischem Recht nicht mit einer Freiheitsstrafe bedroht wären. In diesem Fall wird dieses Abkommen entgegen Absatz 4 nicht als beendet angesehen.'

Het voorgaande samenvattend, kan worden gesteld dat Zwitserland zich op het gebied van de indirecte belastingen heeft verplicht tot samenwerking in fiscale zaken, maar dat op het gebied van de directe belastingen vooralsnog (in ieder geval tot de inwerkingtreding van Art. 8 Protocol EU-rechtshulpovereenkomst en vanaf dan alleen voor zover om dwangmiddelen wordt gevraagd) geen aanspraak op

---

810 Vgl. Greiner & Pfenninger (2005), p. 165; Breitenmoser (2005), p. 935 e.v.; vgl. ook hoofdstuk 2.4.3.2.

811 *Supra* paragraaf 5.3.4.1.

812 Zie ook het eerder in deze paragraaf aangehaalde Zwitserse voorbehoud over wat het land onder 'dwangmiddel' verstaat.

rechtshulp jegens Zwitserland bestaat. Op het gebied van de directe belastingen, het voorwerp van dit onderzoek, verandert er dus niet heel veel.

> Voordat ik inga op de precieze omvang van de samenwerking in fiscale strafzaken, permitteer ik me nog een laatste opmerking. Het voorgaande kan niet worden begrepen zonder acht te slaan op het fiscale bankgeheim. We zagen zojuist dat dit bankgeheim schuilgaat achter een technische discussie over de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid, waarbij letterlijk iedere komma is omgedraaid. Hierboven had ik al bedenkingen over de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid in de context van de wederzijdse rechtshulp.[813] Ik zie die hier bevestigd. De voorwaarde is *in casu* een te bot instrument gebleken. Het treft niet alleen die rechtshulphandelingen waarin het bankgeheim een rol speelt, maar ook alle andere handelingen. Bovendien vraag ik me af of de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid niet-betrokken derden afdoende beschermt en zijn rechtsbeschermende dimensie waarmaakt. Het feit dat een gedraging in beide staten strafbaar is, wil immers niet zeggen dat ook de verlangde bevoegdheid door de aangezochte staat *de facto* daarvoor beschikbaar is. De voorwaarde komt daarmee niet noodzakelijk tegemoet aan eisen van kenbaarheid en voorzienbaarheid.
>
> Het voorgaande laat onverlet dat Zwitserland, dat zijn bankgeheim per se niet wil opgeven, wel moest insteken op de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid. Het bankgeheim als zodanig mag het op grond van art. 7 Protocol bij de EU-rechtshulpovereenkomst immers niet inroepen. Ook daarop had ik hierboven overigens kritiek.[814]

Aan het einde van deze paragraaf past nog een vermelding van de overige Zwitserse weigeringsgronden. Rechtshulp mag niet worden verleend, wanneer er redenen zijn om te vermoeden dat de buitenlandse strafprocedure niet aan de minimumeisen van het EVRM of het IVBPR voldoet of wanneer er andere zware gebreken aan kleven (Art. 2 IRSG). Daarenboven bestaan er uitzonderingen die samenhangen met het *ne-bis-in-idem*beginsel (Art. 5 en 66 IRSG) en het proportionaliteitsbeginsel (Art. 4 IRSG).[815] Ook mag rechtshulp worden geweigerd als het verlenen van rechtshulp wezenlijke Zwitserse belangen zou schaden of in strijd komt met de openbare orde (Art. 1a IRSG). De beslissing hierover ligt bij het federale ministerie van Justitie. Het bankgeheim als zodanig levert in de regel geen wezenlijk Zwitsers belang op.[816] Toch wordt het, zo zagen we zojuist, op andere, indirecte manieren wel degelijk zwaar beschermd. Dat gebeurt niet alleen via de fiscale exceptie, maar bijvoorbeeld ook via de strenge eisen die worden gesteld aan de overdracht van informatie die onder het *Geheimbereich* valt.

---

813 Hoofdstuk 2.4.3.4.

814 Hoofdstuk 2.4.3.4.

815 Overigens kunnen de excepties van de Art. 3-5 IRSG buiten toepassing worden gelaten als de wederzijdse rechtshulp in het voordeel van de vervolgde persoon (Art. 11 IRSG) is; Art. 63 Abs. 5 IRSG.

816 BGE 115 Ib 68; Kleiner/Zobl (2003), Art. 47 BankG, aant. 62b; Popp (2001), p. 264.

ZWITSERLAND

C) Procedure en instrumentarium

De rechtshulpprocedure bestaat uit een aantal fasen. Afhankelijk van het toepasselijke verdrag, kan een verzoek binnenkomen via de diplomatieke weg, in welk geval het zal worden doorgeleid aan het *Bundesamt für Justiz* (BJ) van het federale ministerie van Justitie (*Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement*), maar meer gangbaar is dat het verzoek direct aan het *Bundesamt* wordt toegezonden.[817] Bij ontvangst van het verzoek verricht het *Bundesamt* een eerste oppervlakkige toets, waarbij de formele eisen aan het rechtshulpverzoek worden getoetst.[818] Voldoet het verzoek hieraan, dan wordt het doorgeleid naar de autoriteit die het moet uitvoeren. Steeds vaker ook vindt toezending rechtstreeks aan die autoriteit plaats. Dat laatste is bijvoorbeeld mogelijk op basis van art. VIII van het aanvullende rechtshulpverdrag tussen Duitsland en Zwitserland, maar ook de Zwitserse associatie bij de SUO zal deze praktijk bevorderen, nu ook art. 54 SUO voor Zwitserland van toepassing raakt.

De centrale rol van het *Bundesamt* bij de ontvangst van rechtshulpverzoeken hangt samen met zijn taak. Niet alleen is het ambt verantwoordelijk voor het doen van uitgaande en het ontvangen van binnenkomende verzoeken (Art. 17 IRSG), maar ook vervult het toezichthoudende taken[819] op de uitvoering van de rechtshulpwet door de kantonnale autoriteiten. Soms heeft het *Bundesamt* ook een coördinerende rol, vooral in de complexere zaken.

> In het laatste geval ligt directe toezending van een rechtshulpverzoek aan de autoriteiten van één kanton minder voor de hand. Bij complexe zaken moet vooral worden gedacht aan onderzoeken die zich over meerdere kantons uitspreiden of waarin een bijzondere, complexe materie aan de orde is. In dat soort situaties zijn de er volgende mogelijkheden:
> *1.* Het *Bundesamt* wijst een kanton aan als zogenaamd *Leitkanton*. Dat kanton neemt de leiding en coördinatie van het verzoek over en beslist over de vraag of en hoe aan het verzoek uitvoering gegeven wordt. De autoriteiten van dit kanton kunnen gebruik maken van de nationale rechtshulpbepalingen (Art. 79 Abs. 1 IRSG). Ze kunnen dus ook met toepassing van hun eigen recht onderzoekshandelingen in andere kantons stellen.
> *2.* Het *Bundesamt* kan een federale autoriteit belasten met de (gehele of gedeeltelijke) uitvoering van het verzoek, wanneer deze, zou het feit in Zwitserland zijn begaan, zelf met de afhandeling ervan belast zou zijn geweest (*Delegation*; Art. 79 Abs. 2 IRSG). Dat is in het bijzonder nuttig, wanneer deze autoriteiten een bijzondere expertise bezitten. Bijkomend voordeel is dat deze autoriteiten bondswijd kunnen opereren. Voor dit onderzoek zijn vooral relevant de *Bundes-*

817 Art. 27 Abs. 2, 29, 77 en 78 IRSG. Dat kunnen buitenlandse autoriteiten ook afleiden uit de verklaring van Zwitserland bij Art. 15 ERV 1959.

818 Art. 17; 78 Abs. 2 IRSG.

819 De toezichthoudende rol blijkt uit Art. 16 Abs. 1 IRSG en Art. 3 IRSV. Vanuit deze hoedanigheid kan het BJ ook in beroep tegen besluiten van kantonnale autoriteiten; vgl. Art. 80h lit a en Art. 25 Abs. 3 IRSG. Met het oog hierop moeten besluiten ook aan het BJ worden meegedeeld (Art. 5 IRSV).

> *anwaltschaft*, als zich een federale strafzaak voordoet,[820] maar ook het *Eidgenössische Finanzdepartement*.[821] Dit heeft immers bevoegdheden op zowel het vlak van het financiële toezicht als *in fiscalibus* (*Verrechnungssteuer*). In de praktijk komt het echter niet voor dat deze diensten worden ingeschakeld. De EBK kan geen rechtshulpverzoek uitvoeren. Deze heeft zelf geen bevoegdheden op het gebied van het *(Verwaltungs)strafrecht*.
> *3.* Het *Bundesamt* besluit zelf over de uitvoering van een rechtshulpverzoek (Art. 79a IRSG). Die toets is normaliter voorbehouden aan de kantonnale autoriteiten. Als het deze beslissing zelf verricht, heeft het vervolgens nog de keuze of het het verzoek ook daadwerkelijk zelf zal uitvoeren of dat het die uitvoering aan de kantons overlaat. Aan de kantons blijft dan alleen het oordeel over de gevraagde maatregel over en niet meer het oordeel over de toelaatbaarheid van de rechtshulp zelf.[822]

Na een eerste oppervlakkige toets door het BJ komt het verzoek doorgaans in handen van de kantonnale autoriteiten,[823] die verantwoordelijk zijn voor de zogenaamde *Vorprüfung* (Art. 80 IRSG), de uitvoering (*Vollzug* of *Ausführung*; Art. 80a-80c IRSG) én eindbeschikking (*Schlussverfügung*), waarin een definitief besluit over de toelaatbaarheid en omvang van de te verlenen rechtshulp wordt genomen (Art. 80d IRSG).[824] In de beknopte *Vorprüfung* wordt summier getoetst of er bezwaren van materiële of formele aard zijn tegen het verzoek. Daarna volgt een zogenaamde *Eintretensverfügung* en neemt de uitvoering van het verzoek een aanvang.[825] De concrete onderzoekshandelingen worden dan uitgevoerd conform het kantonnale procesrecht (Art. 80a Abs. 2 IRSG). Bijzonder is daarbij dat de kantonnale rechtsbeschermingsprocedures niet meer openstaan. Deze zijn na een grote herziening van de rechtshulpwet medio jaren negentig geharmoniseerd. Afwijkende kantonnale procedures kunnen niet meer worden toegepast. Aan het einde van dit alles wordt de definitieve beslissing over het al dan niet verlenen van de rechtshulp genomen (*Schlussverfügung*).[826]

De bevoegdheden waarover de kantonnale (of federale) autoriteit beschikt, zijn dezelfde als die welke zij voor de interne strafrechtspleging tot haar beschikking heeft (*locus regit actum*; vgl. Art. 12 IRSG). Zij is voor de uitvoering ervan volledig verantwoordelijk. De verzoekende staat heeft geen zeggenschap over de handelin-

---

820 Paragraaf 5.2.3.2.
821 Vgl. Roth (2000), Art. 40-44 BEHG, aant. 60-62.
822 Popp (2001), p. 340.
823 De zojuist in de bloktekst genoemde drie situaties zijn hierop een uitzondering.
824 Voor sommige zaken blijft het *Eidgenössische Justizdepartment* verantwoordelijk. Dat is het geval, wanneer wezenlijke Zwitserse belangen aan de orde zijn (Art. 1a j° 17 Abs. 1 IRSG). Ook aan het BJ zijn sommige besluiten exclusief voorbehouden. Dat is onder meer zo bij doelafwending (Art. 67 Abs. 2 IRSG).
825 De *Eintretensverfügung* is net zo min als de beslissing van het BJ om het verzoek aan te nemen en door te leiden aan de bevoegde autoriteit aan te vechten; vgl. Art. 78 Abs. 4 IRSG; Wegleitung IRS (1998), p. 30; Popp (2001), p. 364.
826 Daarover de *Botschaft betreffend die Änderung des Rechtshilfegesetzes* uit 1995, 95.024, BBl 1995 III 1 en de daaruit voortvloeiende wet, waarover Wyss (1997).

gen van de Zwitserse autoriteiten. Dit impliceert ook een toets aan de formele en materiële voorwaarden voor een rechtmatige bevoegdheidsuitoefening. Het uitgangspunt is dat grondrechtsinbreuken moeten voldoen aan de eisen van de grondwet, ook al vinden ze plaats ten behoeve van een buitenlandse procedure. Dat veronderstelt niet alleen de naleving van wettelijke eisen, maar ook de inachtneming van het evenredigheidsbeginsel (vgl. Art. 36 BV). Juist omdat de Zwitserse autoriteiten niet zelf een strafrechtelijk onderzoek verrichten, maar handelen in naam van een buitenlandse autoriteit, is een goed en duidelijk geformuleerd rechtshulpverzoek noodzakelijk. Ook dat vloeit voort uit het evenredigheidsbeginsel. Het verzoek stuurt de aangezochte autoriteit aan bij de uitvoering ervan en heeft in het bijzonder ook tot doel verdergaande grondrechtsinbreuken dan de strikt noodzakelijke te voorkomen.[827]

In de praktijk blijkt men hier, net als in de innerstatelijke context,[828] uit te gaan van een zekere rolverdeling tussen de Zwitserse en buitenlandse autoriteiten. Het uitgangspunt daarbij is dat de Zwitserse autoriteiten uitgaan van de juistheid en volledigheid van het rechtshulpverzoek. Ze onthouden zich om die reden van een toets of de aangevoerde feiten kloppen of niet. De beoordeling van de materiële, inhoudelijke aspecten van de zaak wordt daarmee aan de verzoekende autoriteit overgelaten. Dat is alleen anders als het feitenrelaas duidelijk onjuist, onvolledig of innerlijk tegenstrijdig is. Het feit dat de geloofwaardigheid van de feiten betwist wordt door andere partijen, doet hieraan niet af. Daarover moet namelijk de zittingsrechter in de verzoekende staat oordelen. Ook over de schuldvraag (in de zin van 'het gedaan hebben') beslist de zittingsrechter. De Zwitserse autoriteiten moeten slechts in staat zijn te beoordelen of een omzeiling van een weigeringsgrond aan de orde is en of het verzoek niet neerkomt op een *Beweisausforschung*; op het zoeken naar feiten die een verdenking doen ontstaan in plaats van deze te verharden, danwel te ontkrachten.[829] Kortom, dit is een toepassing van de vertrouwensregel, die we ook in Duitsland en Nederland tegenkwamen.

> Alleen als het gaat om fiscale strafzaken worden de teugels strakker getrokken. Dat heeft uiteraard te maken met een mogelijke omzeiling van de fiscale exceptie, hoewel deze eis straks in relatie tot de EU als gezien weinig toegevoegde waarde meer heeft. In die gevallen worden hogere eisen aan de verdenking gesteld. Wederom wordt sluitend bewijs niet verlangd, maar wel moeten er in fiscale strafzaken *hinreichende Verdachtsmomente* voorliggen. Het *Bundesgericht* overwoog: 'Liegt dem Rechtshilfeersuchen der Verdacht zugrunde, die Angeschuldigten hätten sich des Abgabebetruges schuldig gemacht, so haben sich die schweizerischen Behörden beim Entscheid über die Frage, ob die Täuschung, welche den Angeschuldigten vorgeworfen wird, arglistig sei, an die Sachdarstellung des Ersuchens zu halten, soweit dieses nicht offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche enthält. Der Rechtshilferichter hat sich grundsätzlich nicht

827 Popp (2001), p. 274-276.
828 *Supra* paragraaf 5.4.2.3, onder B.
829 Vgl. BGE 110 Ib 173; zie ook BGE 107 Ib 254; 105 Ib 425; 115 Ib 68; *Bundesgericht* 24 oktober 2003, nr. 1A.244/2002; *Bundesgericht* 9 december 2005, 1A.184/2005/ gij, E.3.2.

darüber auszusprechen, ob die darin angeführten Tatsachen zutreffen oder nicht. *Hinreichende Verdachtsgründe genügen, an die im Falle von Abgabebetrug allerdings ein relativ strenger Massstab anzulegen ist* [cursief ML] (…). 3.8 Über das oben Dargelegte hinaus ist es nicht Aufgabe der Rechtshilfebehörde, abschliessend zu beurteilen, ob eine strafbare Handlung vorliegt und welche spezifischen (Fiskal-) Straftatbestände erfüllt sind. Diesbezüglich ist grundsätzlich auch kein Beweisverfahren durchzuführen. Der Rechtshilferichter hat vielmehr zu prüfen, ob sich gestützt auf das Ersuchen ausreichend konkrete Verdachtsgründe für den untersuchten Abgabebetrug ergeben. Das Bundesgericht ist dabei an die tatsächlichen Ausführungen im Ersuchen samt Beilagen gebunden, soweit sie nicht durch offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet werden (…).'[830]

De terughoudendheid van de Zwitserse autoriteiten is begrijpelijk. Niet alleen speelt een rol dat men vaak niet is ingevoerd in een buitenlandse strafzaak en het bijbehorende rechtstelsel,[831] maar ook, en dat is een principiëler punt, wordt het niet tot de taak van de aangezochte autoriteit gerekend om te treden in de inhoud van de concrete strafzaak. Men zou dan immers de rol van de verzoekende autoriteit overnemen, waardoor een vermenging van taken kan ontstaan. Dat is gevaarlijk. Overigens lijkt men dat gevaar in fiscale strafzaken voor lief te nemen, teneinde te voorkomen dat de fiscale exceptie wordt omzeild. Helemaal consequent is dat niet. De keerzijde van de medaille is bovendien dat de toets aan het evenredigheidsbeginsel *door de Zwitserse autoriteiten*, net als andere inhoudelijke eisen voor een rechtmatige bevoegdheidstoepassing, een nogal beperkte reikwijdte krijgt, zeker in andere dan fiscale strafzaken. Dat is op zijn beurt net zo gevaarlijk. Omdat deze praktijk zich in alledrie de onderzochte landen voordoet en het uit de aard der zaak bovendien een probleem lijkt dat door één land alleen niet kan worden opgelost, kom ik hier op terug in het volgende hoofdstuk.

Nog op een andere wijze komt het evenredigheidsbeginsel soms in het geding. Het is voor de Zwitserse autoriteiten namelijk ook zeer lastig te beoordelen of een verzoek om doorzoeking en/of inbeslagneming niet te ruim is gevat en wellicht in strijd is met het *Übermassverbot*. Daardoor kan de neiging ontstaan om veiligheidshalve meer in beslag te nemen en over te dragen dan noodzakelijk is. Ook dan is de onderliggende gedachte dat de Zwitserse autoriteiten geen goed zicht hebben op de onderliggende strafprocedure en om die reden niet de aangewezen instantie zijn voor een volle toetsing.[832] In de Zwitserse praktijk wordt dit de doctrine van de 'potentielle Erheblichkeit' genoemd: alles wat potentieel relevant is, kan in beslag worden genomen; alleen datgene wat met zekerheid niet relevant is, moet achterblijven.[833] Nu kan dit reeds worden opgevat als een beperking van het evenredig-

830 *Bundesgericht* 24 oktober 2003, nr. 1A.244/2002; zie ook BGE 115 Ib 68; 111 Ib 250; BGE 114 Ib 56.

831 Hieronder zal nog blijken dat men ook niet gehouden is om te toetsen of een feit naar buitenlands strafrecht strafbaar is.

832 Vgl. Brun (1996), p. 102.

833 Vgl. BGE 121 II 241; *Bundesgericht* 24 oktober 2003, nr. 1A.244/2002; *Bundesgericht* 9 december 2005, 1A.184/2005/ gij, E.3.2.

heidsbeginsel, maar deze benadering werd tot voor kort in de praktijk ook nog eens gekoppeld aan een zeer zware bewijslast voor de betrokkene. Door het *Bundesgericht* was namelijk ook bepaald dat degene die in zijn belang is geraakt, per document moet aangeven waarom de overdracht aan het buitenland ontoelaatbaar zou zijn.[834] Inmiddels heeft het *Bundesgericht* duidelijk gemaakt dat deze zaken niet mogen worden gekoppeld: de verantwoordelijkheid voor de overdracht ligt ten volle bij de aangezochte autoriteiten, die zich eventueel kunnen laten bijstaan door buitenlandse ambtenaren. Deze moeten aan kunnen tonen dat er een inhoudelijk verband tussen de stukken en de strafzaak bestaat, zij het dat aan dit verband geen heel zware eisen worden gesteld.[835] Bovendien moet de houder van de stukken de gelegenheid geboden zijn zich over de overgave uit te laten. Daartoe moet deze inderdaad per document aan kunnen geven waarom het niet relevant is voor de buitenlandse strafzaak. Het feit dat de betrokkene dat niet of onvolledig doet, betekent echter niet dat de eigen verantwoordelijkheid van de Zwitserse autoriteiten om de documenten op (potentiële) relevantie te screenen komt te vervallen.[836]

Hoe dan ook, het uitgangspunt is dat justitiële autoriteiten die met de uitvoering van een rechtshulpverzoek zijn belast, over dezelfde bevoegdheden beschikken als ten behoeve van de interne strafrechtspleging. *A contrario* volgt hieruit dat bestuursrechtelijke bevoegdheden niet kunnen worden toegepast.[837] Het opvragen van controle-informatie lijkt echter niet verboden. Dat is in het Zwitserse recht immers ook toegestaan.[838] Ook is men bevoegd bij banken onderzoekshandelingen te verrichten. Dat kan met zoveel woorden worden afgeleid uit Art. 16 Abs. 1 IRSG, maar in het bijzonder uit Art. 9 IRSG: 'Bei der Ausführung von Ersuchen richtet sich der Schutz des Geheimbereichs nach den Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht. (…).' De personen die in het kader van de Zwitserse strafrechtspleging een verschoningsrecht (*Zeugnisverweigerungsrecht*) toekomt, komt zo'n recht dus ook toe in het kader van de wederzijdse rechtshulp.[839] Hierboven bleek herhaaldelijk dat het bankgeheim niet kan worden ingeroepen.

Als om de inzet van dwangmiddelen wordt gevraagd, gelden echter aanvullende voorwaarden. Dat volgt uit Art. 64 IRSG. De term 'dwangmiddelen' ziet niet alleen op de doorzoeking en inbeslagneming.[840] Deze uitleg is ook in lijn met Art. 193 voorstel-CH-StPO, waarin de term dwangmiddelen nader wordt gedefinieerd. Welke zijn dan die voorwaarden? Allereerst moet het feit waarvoor rechtshulp

---

834 BGE 126 II 258; over deze praktijk Wegleitung IRS (1998), p. 15-16.

835 *Bundesgericht* 24 oktober 2003, nr. 1A.244/2002.

836 BGE 130 II 14.

837 Vgl. Popp (2001), p. 341.

838 *Supra* paragraaf 5.4.2.3, onder A; het *Steuergeheimnis* staat dus bijvoorbeeld niet aan verstrekking in de weg; vgl. Pieper (1995), p. 39-41.

839 Een aanvullende bescherming wordt nog geboden door Art. 65 Abs. 3 IRSG, dat bepaalt dat verschoningsrechten die in de verzoekstaat inroepbaar zijn, in de rechtshulpprocedure eveneens mogen worden ingeroepen. Die optie is voor de in dit onderzoek betrokken landen niet relevant.

840 Botschaft Bilterale II, p. 6163-6164. Het volgt ook uit de formulering die Art. 64 IRSG bezigt; het gaat om de 'Anwendung prozessualen Zwanges.'

wordt gevraagd zowel naar het recht van de verzoekstaat als naar Zwitsers recht strafbaar zijn (dubbele strafbaarheid).[841] Een andere belangrijke voorwaarde voor de toepassing van dwangmiddelen is dat in het rechtshulpverzoek aangegeven wordt dat ze naar het recht van de verzoekstaat toelaatbaar zijn (Art. 76 lit. c IRSG).[842] Vreemd genoeg is deze voorwaarde wel beperkt tot de doorzoeking, vordering tot uitlevering en inbeslagneming en ziet ze niet op andere dwangmiddelen.

> De voorwaarde van de dubbele strafbaarheid brengt mee dat *een* Zwitserse strafrechtelijke delictsomschrijving moet zijn vervuld. Het is in fiscale strafzaken echter niet vereist dat de fiscale wetgeving in beide staten identiek is of dat het Zwitserse recht dezelfde soort belastingen of dezelfde soort fiscale bepalingen kent (Art. 24 Abs. 2 IRSV).[843] Alle objectieve delictsbestanddelen, waaronder opzet en schuld, moeten zijn vervuld.[844] Of dat het geval is, moet uit het rechtshulpverzoek kunnen worden afgeleid. Bovendien moet het gaan om een 'strafrechtelijke' strafbepaling, dat wil zeggen een norm, waarvoor men uiteindelijk bij de strafrechter terecht kan. Dat bleek hierboven al bij de bespreking van de Schengen Associatieovereenkomst. Zo'n norm hoeft niet per se in het strafwetboek te staan, maar kan zijn opgenomen in het *Nebenstrafrecht*. Daaronder rekent men ook het federale *Verwaltungsstrafrecht*. Het federale en kantonnale *Steuerstrafrecht* telt bij de beoordeling echter niet mee, voor zover men daartegen in beroep moet bij de bestuursrechter. Daaraan doet niet af dat het *Bundesgericht* bijvoorbeeld de *Steuerhinterziehung* als 'echte Strafe' beschouwt en dat ook op de fiscale overtredingen het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht toepasselijk is (vgl. Art. 333 StGB).[845]

Bij de uitvoering van rechtshulpverzoeken kent de rechtshulpwet nog enige aanvullende voorzieningen die dienen ter bescherming van de *Geheimbereiche*. Juist in de bancaire sector is dit van belang, omdat gegevens over individuele cliënten als zodanig worden gekwalificeerd (Art. 47 BankG). Ook bedrijfsgeheimen van de bank zelf kunnen geheim zijn. Het uitgangspunt is dat de autoriteiten in beginsel toegang tot dergelijke informatie hebben. Die toegang is echter bepaald niet onbeperkt. Ter bescherming van geheime gegevens gelden, in afwijking van de regel

---

841 Deze eis geldt niet wanneer rechtshulp in het belang van de verdachte is: Art. 64 Abs. 2 IRSG. Daarop is kritiek mogelijk. Afgezien van het feit dat dwangmiddelen zich ook tegen derden kunnen richten, is vaak vroegtijdig nog niet te bepalen of een handeling in het belang van de verdachte is of niet; vgl. Popp, p. 164-165.

842 De eisen hieraan zijn niet streng. Het is mogelijk dat een aparte verklaring wordt afgelegd, maar ook dat het doorzoekings- of inbeslagnemingsbevel wordt overlegd, hoewel dat document in Zwitserland geen rechtskracht heeft (Art. 31 Abs. 2 IRSV). Ook kan uit (de context van) het verzoek zelf worden afgeleid of zo'n maatregel toelaatbaar is (vgl. Art. II Abs. 1 verdrag CH-DE); Wegleitung IRS (1998) (1998), p. 25.

843 Vgl. *Bundesgericht* 24 oktober 2003, nr. 1A.244/2001.

844 De wederrechtelijkheid of schuld als element hoeft niet te worden vastgesteld; het gaat dus om dubbele strafbaarheid *in abstracto*.

845 Over de dubbele strafbaarheid naar Zwitsers recht verder Schmid (1988), p. 230 e.v.; Popp (2001), p. 133 e.v.; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 71a e.v.

dat tussenbeschikkingen niet afzonderlijk aanvechtbaar en onmiddellijk uitvoerbaar zijn, aparte procedures, die ik hieronder nog bespreek (Art. 80e en 80l IRSG). Anders dan de wet doet vermoeden (Art. 9 IRSG j° Art. 69 BStP), kan in dergelijke gevallen echter niet meer om een verzegeling van de stukken worden verzocht.

> Dat blijkt uit de Wegleitung IRS (1998), p. 36: 'Das Rechtshilfegesetz enthält im allgemeinen Teil eine Bestimmung über die Versiegelung von Papieren. Diese ist aber mit der vom Parlament getroffenen Regelung des Verfahrens der akzessorischen Rechtshilfe nicht mehr vereinbar (abschliessende Aufzählung der Zwischenverfügungen in Art. 80e; Notwendigkeit, für die Schlussverfügung den Inhalt der Papiere zu kennen) und dürfte daher nur noch für die übrigen Teile des IRSG Gültigkeit entfalten.'

Het is mogelijk dat buitenlandse ambtenaren bij het verzoek aanwezig willen zijn. Dat is uitdrukkelijk toegestaan als hun aanwezigheid het onderzoek in aanzienlijke mate vereenvoudigt (Art. 65a Abs. 2 IRSG). Dat moet dan wel door de aangezochte Zwitserse autoriteit aannemelijk worden gemaakt.[846] Voor de bank(cliënt) betekent een en ander namelijk dat deze ambtenaren veel meer over hem te weten kunnen komen dan wellicht voor de strafzaak nodig is of dat ze op feiten stuiten die hun onbekend zijn. In afwijking van de hoofdregel kan daarom tegen de tussenbeschikking tot toelating van de buitenlandse ambtenaren worden opgekomen, voor zover men daardoor onmiddellijk en direct in zijn belang is geraakt (Art. 80e IRSG). De enkele aanwezigheid van de buitenlandse ambtenaar is daarvoor niet voldoende; het gaat erom dat deze voor het uitgaan van de *Schlussverfügung* toegang krijgt tot informatie die valt onder het *Geheimbereich*.[847]

> Dat laatste staat Art. 65a Abs. 3 IRSG namelijk niet toe. Het is dan aan de Zwitserse autoriteiten om voorzorgsmaatregelen te treffen om ongerechtvaardigde inbreuken in de geheime sfeer te voorkomen. Zo kunnen vooraf van de verzoekende autoriteiten toezeggingen worden verlangd over het gebruik van de informatie door hun ambtenaren, kan er worden verlangd dat de buitenlandse ambtenaren geen aantekeningen mogen maken, c.q. kopiëen krijgen en mag hun op voorhand niet zonder meer toegang tot alle documenten worden gegeven.[848] Deze regeling wordt gecomplementeerd door de omstandigheid dat in dit soort aangelegenheden, in afwijking van de hoofdregel, een bezwaar tegen de *Zwischenverfügung* wel opschortende werking heeft (Art. 80l Abs. 1 IRSG). In Art. 74 Abs. 1 IRSG wordt bovendien bepaald dat de feitelijke overdracht van in beslag genomen (bewijs)stukken pas mogelijk is na afronding van de rechtshulpprocedure, als bedoeld in Art. 80d IRSG.

---

846 Vgl. *Bundesgericht* 21 mei 2001, nr. 1A.35/2001.

847 Zou een Zwitserse ambtenaar voor de afronding van de rechtshulpprocedure toch inlichtingen aan het buitenland verstrekken, dan begaat hij mogelijk een strafbaar feit; zie Art. 273 en 321 StGB, waarover Bernasconi (1995), p. 68.

848 Over het voorgaande: *Bundesgericht* 21 mei 2001, nr. 1A.35/2001; BGE 128 II 211.

D) Geheimhouding en doelbinding

Juist in de Zwitserse rechtsorde is meer dan ook van belang wat er gebeurt met informatie die aan het buitenland werd verstrekt. Koste wat kost zal men willen voorkomen dat daar alsnog het bankgeheim kan worden omzeild. Het specialiteitsbeginsel speelt hierin een essentiële rol en wordt als een steunpijler van het Zwitserse internationale strafrecht gezien. Zijn voornaamste functie is te bewerkstelligen dat weigeringsgronden niet worden omzeild.[849] Zo kunnen de Zwitserse autoriteiten greep houden op het gebruik van door hen verstrekte informatie in het buitenland. Het 'gebruik' wordt daarbij overigens in ruime zin opgevat: het gaat niet alleen om het gebruik als bewijs, maar ook om gebruik van die informatie als startinformatie voor verder onderzoek. Dat is zelfs zo wanneer dergelijke informatie al ter ore is gekomen van politie en justitie. Deze zullen moeten handelen alsof ze er geen weet van hadden, wat nogal gekunsteld voorkomt.[850] Een en ander is met zoveel woorden te vinden in Art. 67 IRSG. Deze bepaling wordt in het internationale verkeer, dat immers afwijkende normen kan bevatten, consequent gedekt door Zwitserse verklaringen en voorbehouden.

> Art. 67 luidt: '1 Die durch Rechtshilfe erhaltenen Auskünfte und Schriftstücke dürfen im ersuchenden Staat in Verfahren wegen Taten, bei denen Rechtshilfe nicht zulässig ist, weder für Ermittlungen benützt noch als Beweismittel verwendet werden. 2 Eine weitere Verwendung bedarf der Zustimmung des Bundesamtes. Diese ist nicht nötig: a. wenn die Tat, auf die sich das Ersuchen bezieht, einen anderen Straftatbestand darstellt, für den Rechtshilfe zulässig wäre; oder b. wenn sich das ausländische Strafverfahren gegen andere Personen richtet, die an der strafbaren Handlung teilgenommen haben. 3 Die Anwesenheit bei den Rechtshilfehandlungen und die Akteneinsicht werden unter den gleichen Bedingungen bewilligt (Art. 65a Abs. 1).'
>
> De formulering van Art. 67 IRSG (*zulässig*) lijkt erop te duiden dat de dubbele strafbaarheid geen factor van betekenis meer is. In het uitleveringsrecht is dit anders. Daar wordt het specialiteitsvoorbehoud namelijk anders geformuleerd en gerept van 'bewilligt', waaruit kan worden afgeleid dat de dubbele strafbaarheid ook door het voorbehoud wordt beschermd.[851]
>
> De Zwitserse verklaring bij art. 2 ERV 1959 luidt: '(…) b. Switzerland reserves the right to afford mutual assistance under the Convention only on the express condition that the results of investigations made in Switzerland and the information contained in documents or files transmitted are used solely for the purpose of examining and trying the offences in respect of which mutual assistance is provided; c. The requesting State may make use of the results of investigations made in Switzerland and the information contained in documents or files transmitted notwithstanding the condition mentioned under letter b, when the facts giving rise to the request constitute another offence for which mutual assistance may be granted by Switzerland or where the criminal proceedings in

849 Vgl. BGE 128 II 305; 122 II 134 (138); Popp (2001), p. 192-193.
850 Popp (2001), p. 204.
851 Vgl. Wegleitung IRS (1998), p. 12-14.

> the requesting State are directed against other persons who have participated in the commission of the offence.'

Ook naar aanleiding van de Zwitserse associatie bij de EU-rechtshulpovereenkomst werd bij art. 23 lid 7 een gezamenlijke verklaring afgelegd. In die verklaring lijkt het specialiteitsbeginsel in zijn reikwijdte iets beperkt, doordat deze verklaring alleen ziet op persoonsgegevens (en dus op gegevens die onder het bankgeheim vallen). Daarmee wordt gesuggereerd dat voor andere categorieën van gegevens zo'n voorbehoud niet meer kan worden aangebracht. Datzelfde zal *in fiscalibus* gaan gelden op het moment dat de bilaterale belastingverdragen met de EU-staten zijn herzien en in hun reikwijdte zijn uitgebreid tot gevallen van fiscaal bedrog of soortgelijke delicten.[852]

> De verklaring bij Art. 23 lid 7 luidt: 'Die Vertragsparteien vereinbaren, dass die Schweiz – vorbehaltlich des Artikels 23 Absatz 1 Buchstabe c des Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union – im Hinblick auf die Umstände eines besonderen Falles verlangen kann, dass personenbezogene Daten, sofern der betreffende Mitgliedstaat nicht die Zustimmung der betroffenen Person erhalten hat, für die in Artikel 23 Absatz 1 Buchstaben a und b jenes Übereinkommens genannten Zwecke nur mit vorheriger Zustimmung der Schweiz in Bezug auf Verfahren verwendet werden dürfen, für die die Schweiz die Übermittlung oder Verwendung der personenbezogenen Daten nach den Bestimmungen jenes Übereinkommens oder der Übereinkünfte im Sinne von Artikel 1 desselben hätte verweigern oder einschränken können.
> Verweigert die Schweiz in einem besonderen Fall ihre Zustimmung zu einem Ersuchen eines Mitgliedstaats gemäss den vorgenannten Bestimmungen, so hat sie ihre Entscheidung schriftlich zu begründen.'[853]

Met deze verklaringen wordt beoogd te bereiken dat persoonsgegevens (lees: gegevens over bankcliënten) niet worden gebruikt voor de handhaving van buitenlandse directe belastingen. Voor doelafwending is toestemming vereist. Deze zal wat betreft de directe belastingen niet worden gegeven bij andersoortig fiscaal gebruik dan dat voor *Steuerbetrug* (Art. 3 IRSG). Dat geldt in ieder geval tot de inwerkingtreding van Art. 8 Protocol EU-rechtshulpovereenkomst. Met andere woorden, een fiscaal gebruik lijkt in de ogen van de Zwitsers haast per definitie 'ein besonderes Fall'.[854]

De reikwijdte van het specialiteitsvoorbehoud is ook buiten de context van Schengen in de loop der jaren beperkt. Oorspronkelijk werd het – getuige ook de oude verklaring van Zwitserland bij het EVR – veel ruimer uitgelegd, doordat min of meer voor ieder ander gebruik dan dat waarvoor rechtshulp blijkens de *Schluss-*

852 *Supra* paragraaf 5.5.3.1, onder C.

853 Een soortgelijke verklaring werd afgelegd bij het Tweede Protocol bij art. 26 van het ERV 1959.

854 Botschaft Bilaterale II, p. 6162-6163; Greiner & Pfenninger (2005), p. 167 e.v.

verfügung werd toegestaan, aanvullende toestemming moest worden gevraagd.[855] Voor de bepaling van de vraag of er sprake was van doelafwending werd daarmee niet alleen op het materiële feitencomplex, maar ook op de juridische kwalificatie daarvan én de betrokken personen acht geslagen. Die aspecten zijn ook nu nog van belang.[856] Nog steeds is het uitgangspunt dat rechtshulp in eerste instantie alleen wordt verleend voor die feiten die in de *Schlussverfügung* werden aangeduid. Echter, de toestemmingsvereisten voor andersoortig gebruik zijn inmiddels aanmerkelijk versoepeld. Tegenwoordig mag de verstrekte informatie ook jegens derden die in hetzelfde onderzoek zijn betrokken, zonder toestemming worden gebruikt (Art. 67 Abs. 2 IRSG). Evenmin is toestemming vereist, wanneer de verkregen informatie in hetzelfde feitencomplex wordt gebruikt en daarvoor rechtshulp ook toelaatbaar zou zijn geweest.[857] Een verandering van de kwalificatie van het feit is dus binnen die grenzen toegestaan.

> Een bijzondere categorie vormen hier de zogenaamde connexe strafzaken, waarin niet alleen de vervolging wegens een commuun delict aan de orde is, maar ook die voor een fiscaal delict (vgl. Art. 6 IRSG). Het *Bundesgericht* staat toe dat in dergelijke gevallen toch informatie wordt verstrekt, mits op voldoende wijze het bestaan en reikwijdte van het specialiteitsvoorbehoud aan de buitenlandse autoriteiten duidelijk wordt gemaakt.[858] Waar nodig moet worden benadrukt dat de beoordeling van de vraag of het gaat om een commuun, danwel fiscaal delict, zal worden beoordeeld naar Zwitsers recht. Het is echter niet vereist dat de buitenlandse autoriteit een en ander nog eens uitdrukkelijk erkent.[859] Dit is alleen anders, wanneer de delicten in een *generalis/specialis*verhouding tot elkaar staan en rechtshulp voor de specialis moet worden geweigerd (vgl. het Nederlandse art. 69, lid, 4 AWR).[860]

Voor andere typen situaties moet wel de toestemming van het *Bundesamt* worden verkregen.[861] Daarvoor is ten eerste vereist dat een nieuw rechtshulpverzoek wordt gesteld, opdat opnieuw kan worden beoordeeld of het nieuwe doel voldoende nauwkeurig en specifiek is. Voor het verlenen van toestemming is niet meer van belang of het gaat om een strafzaak of niet. Ook voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden mag toestemming worden verleend.[862] Enigszins onduidelijk blijven echter de criteria die het *Bundesamt* bij zijn beslissing mag of moet hanteren.

---

855 Vgl. Roth (2000), Art. 38 BEHG, aant. 48-49; Pieper (1995), p. 52-54.
856 Popp (2001), p. 194-197; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 70-70c.
857 Roth (2000), Art. 38 BEHG, aant. 48-50.
858 Vgl. Art. 34 IRSV.
859 Vgl. BGE 104 Ia 49; 107 Ib 264.
860 Vgl. Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 64.
861 Een uitzondering hierop doet zich voor wanneer een civiele procedure ten doel heeft wederrechtelijk verkregen vermogen terug te leiden naar de rechtshebbende; dan is geen toestemming vereist; BGE 125 II 258. Volgens de Wegleitung IRS (1998) is ook geen toestemming nodig wanneer de betrokkene instemt met doelafwending, p. 15. Popp (2001), p. 220-221, is ter zake terughoudender.
862 BGE 126 II 316.

Daarvoor zijn alleen algemene richtsnoeren te geven. Een eerste richtsnoer lijkt dat toestemming niet mag worden verleend voor zaken, waarvoor rechtshulp moet worden geweigerd. Voor fiscale strafzaken kan dus, afhankelijk van het type delict (*Steuerbetrug* of niet), type belasting en (straks) het type gegevens (persoonsgegevens of niet), niet altijd toestemming worden gegeven. Een gebruik voor overige fiscale doeleinden is vooralsnog hoe dan ook uitgesloten.[863] Een tweede criterium lijkt dat de rechtshulpweg niet mag zijn gebruikt om bepalingen betreffende bijvoorbeeld de administratieve bijstand te omzeilen.[864] Blijkt dat in het buitenland, in tegenspraak met beweringen in het primaire rechtshulpverzoek, helemaal geen strafzaak is gevoerd, dan levert dat een haast onweerlegbare aanwijzing op dat andere voorschriften, bijvoorbeeld die op het gebied van de administratieve bijstand, zijn ontdoken, c.q. de rechtshulpweg is misbruikt. Ten derde is een vereiste dat een niet-strafrechtelijke procedure waarin de informatie zal gaan worden gebruikt, ten minste enige samenhang met de oorspronkelijke strafrechtelijke procedure moet hebben. Zo'n situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als eerst een bestuursrechtelijke voorvraag moet worden beantwoord of wanneer een slachtoffer langs de civiele weg verhaal op de dader probeert te halen.[865] Ook werd het gebruik voor een parlementaire onderzoekscommissie toegestaan.[866] Bij mijn weten deed zich nog geen zaak voor, waarin het Bundesamt om toestemming werd gevraagd voor gebruik in een administratieve procedure die niets met de oorspronkelijke strafzaak van doen had.

E) Rechtsbescherming

Veel van de problemen die ik hierboven beschreef in paragraaf 5.5.2.1, onder D, spelen ook in het internationale strafrecht. Bijzonder voor het Zwitserse internationale strafrecht is dat het zijn bestuursprocesrecht van toepassing heeft verklaard op alle andere handelingen dan zogenaamde *Prozesshandlungen* (Art. 12 IRSG), althans voor zover federale autoriteiten betrokken zijn.[867] Dat betekent dat de inspraak- en participatierechten van de *Verwaltungsverfahrensgesetz* toepasselijk zijn (vgl. paragraaf 5.3.2.2). Alleen op de proceshandelingen, waaronder ook de toepassing van dwangmiddelen, zijn de regels inzake strafvordering toepasselijk.[868] Voor de rechtsbescherming tegen met name de beslissingen tot verstrekking en doorleiding van gegevens en bewijsmateriaal gelden dus vaak dezelfde regels als in de fiscale en financiële bijstand, ook al wordt er samengewerkt ten behoeve van een buitenlandse strafzaak en ook al begeeft men zich op het terrein van de interstatelijke samenwerking.

863 Dat geldt zelfs als een strafrechtelijke veroordeling is gevolgd; vgl. BGE 115 Ib 373; Wegleitung IRS (1998), p. 14; Nobel (2004), p. 250; Holenstein (2003), p. 1045.
864 Popp (2001), p. 208-209.
865 BGE 128 II 305, resp. BGE 122 II 134.
866 BGE 126 II 316.
867 Voor de kantonnale autoriteiten geldt waarschijnlijk dat ze hun eigen bestuursproceswet moeten toepassen, hoewel dat niet met zoveel woorden uit Art. 12 IRSG kan worden afgeleid; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 55 en 72.
868 Popp (2001), p. 343.

In de Zwitserse doctrine wordt een onderscheid gemaakt tussen de regels die tot het rechtshulprecht behoren (*Verfahrenshandlungen*) en die, welke horen tot het procesrecht (*Prozessrecht*). Het precieze onderscheid is moeilijk aan te geven. Onder de categorie proceshandelingen valt datgene waarmee men de zeggenschap krijgt over personen of zaken, danwel waarmee bewijs vergaart.[869] Maatgevend daarvoor zijn de daarop betrekking hebbende regels in de kantonnale wetboeken van strafvordering (voor de kantons); voor de *Bundesanwalt* de *Bundesstrafrechtspflegegesetz*/BStP en voor federale bestuursorganen de *Verwaltungsstrafrechtgesetz*; en, straks, het voorstel-CH-StPO, dat ik hierboven besprak.

De directe relevantie van de toepassing van de bestuurswetten is inmiddels wat gerelativeerd doordat er in de rechtshulpwet zelf al veel aandacht voor rechtsbescherming is. Dat heeft te maken met het feit dat de wildgroei aan verschillende kantonnale rechtsmiddelen medio jaren negentig de federale wetgever dwong tot ingrijpen. De grote onderlinge verschillen waren niet alleen aan het buitenland nauwelijks uit te leggen, maar zorgden ook nog eens voor aanzienlijke vertragingen en misbruik van het rechtshulpverkeer.[870] Vandaar dat de rechtshulpwet in vrij gedetailleerde mate nu zelf voorzieningen geeft, die nader zijn uitgewerkt in de rechtshulpverordening (IRSV). Deze hebben de kantonnale regels op dit terrein verdrongen, maar moeten wel in de kantonnale organisatie worden ingepast (vgl. Art. 23 IRSG). De regels hebben in het bijzonder ook betrekking op de volgende punten:

- de vraag wie partij is (Art. 21 en 80h IRSG);
- de handelingen waartegen partijen in het geweer kunnen komen (Art. 80e IRSG);
- de toedeling van deelnamerechten (Art. 80b IRSG);
- de betekening van beschikkingen aan partijen (Art. 80m en 80n IRSG).

Bij dit alles heeft de wetgever gekozen voor het zogenaamde Geneefse model. Op basis van dit model wordt de rechtsbescherming geconcentreerd aan het einde van de procedure (Art. 80e IRSG) en niet, zoals op basis van het *Zürichse model*, bij de opening ervan, waarin ook beroep openstond tegen de *Eintretensverfügung*. De laatste moet nu wel aan de betrokkenen worden betekend (Art. 80a IRSG).[871] Gedurende de procedure kunnen deelnamerechten worden uitgeoefend door belanghebbenden. Zij hebben bijvoorbeeld inzage in de stukken (Art. 80b IRSG).[872] Echter, aanvechtbaar is in beginsel alleen de *Schlussverfügung*.[873] Tegen de openingsbeschikking en

869 Popp (2001), p. 341-342.
870 *Supra* noot 826.
871 Botschaft Änderung IRSG, BBl 1995 III, p. 12; Kleiner/Schwob (2003), Art. 47 BankG, aant. 85; Wyss (1997), p. 37.
872 Hetzelfde artikel formuleert ook een aantal uitzonderingen op deze regel; Wegleitung IRS (1998) (1998), p. 33.
873 Popp (2001), p. 367-370 en 385, is kritisch ten opzichte van de aanknoping bij het Verfügungsbegrip. Hij benadrukt dat het in het rechtshulprecht vaak om *Prozesshandlungen* gaat. Dat zijn niet altijd *Verfügungen*, maar ze hebben wel ingrijpende consequenties voor de betrokkenen.

tussenbeschikkingen (*Zwischenverfügungen*) kan niet apart beroep worden aangetekend, tenzij het gaat om beschikkingen die een onmiddellijk en niet meer herstelbaar nadeel veroorzaken door a) de inbeslagneming van zogenaamde *Vermögenswerte* en *Wertgegenstände* of b) de aanwezigheid van personen die bij het buitenlandse strafproces betrokken zijn (Art. 80e lit b IRSG). Deze opsomming is limitatief.[874] Ook de rechtsbescherming tegen verrichte onderzoekshandelingen vindt dus in beginsel plaats aan het einde van de procedure.[875]

> Wel is het zo dat, net als in de financiële bijstand, de beslissing tot toestemming voor doorleiding van al verstrekte informatie aan het buitenland opgevat moet worden als een appellabele beschikking.[876] Het *Bundesgericht* maakte als gezien ten aanzien van Art. 38 BEHG uit dat de doorleidingsprocedure duidelijk de belangen van de cliënt en niet (alleen) de belangen van de Zwitserse staat dient.[877] Niet valt in te zien waarom dit in het internationale strafrecht anders zou zijn.

In beginsel heeft alleen een beroep tegen de *Schlussverfügung* opschortende werking (Art. 80l IRSG). Tussenbeschikkingen zijn onmiddellijk uitvoerbaar. Dat is anders voor een beroep tegen tussenbeschikkingen, die aan het buitenland de verstrekking toestaan van inlichtingen die onder het *Geheimbereich* vallen, danwel zien op de overhandiging van voorwerpen of vermogenswaarden (Art. 80l Abs. 2 IRSG). Bij wijze van uitzonderingen mogen ook andere *Zwischenverfügungen* die zelfstandig kunnen worden aangevochten, opschortende werking worden verleend (Art. 80l Abs. 3 j° 80e lit. b IRSG). Dat laatste kan bijvoorbeeld nuttig zijn, wanneer buitenlandse ambtenaren aan het onderzoek willen deelnemen.[878]

Bij dit alles is opnieuw van groot belang wie er precies op rechtsbescherming aanspraak kan maken. Art. 80h IRSG bevat hierover voorzieningen die erop zijn gericht de procedures te versnellen. Het doel was daarbij het aantal belanghebbenden (personen met *Beschwerdelegitimation*) te beperken. Sindsdien komen naast het *Bundesamt*, alleen personen in aanmerking die persoonlijk en direct door de rechtshulp in hun belang zijn geraakt en die bovendien een beschermenswaardig belang bij de verandering of opheffing van die maatregel hebben. Hier doet zich dezelfde discussie voor als die ik hierboven beschreef bij de financiële bijstand. Daar bleek dat het *Bundesgericht* onder aanhaling van oude strafrechtelijke jurisprudentie zowel de bank als de bankcliënt als belanghebbende beschouwde, voor zover het ging om de feitelijke overdracht van de informatie aan het buitenland. Onlangs werd Art. 38 BEHG echter gewijzigd. Sindsdien is alleen nog de cliënt belanghebbende bij de beslissing tot verstrekking van de gegevens.[879] Ook in het internationale strafrecht

874 BGE 126 II 495; 130 II 193; anders: Popp (2001), p. 365-366.
875 Voor de situatie in de financiële bijstand, zie paragraaf 5.5.2.1, onder D; voor de fiscale bijstand, paragraaf 5.5.3.1, onder B.
876 BGE 125 II 258 (261); Popp (2001), p. 208.
877 BGE 125 II 65 (77 e.v.); hierover Althaus (2001), p. 236-238.
878 Vgl. Wegleitung IRS (1998), p. 31.
879 *Supra* paragraaf 5.5.2.1, onder D.

wordt de bankcliënt (*Kontoinhaber*) als belanghebbende beschouwd.[880] Of de bank zelf belanghebbende is, hangt af van de maatregel die werd ingezet. Zo zal hij door een doorzoeking van het bedrijfspand inderdaad zelf zijn getroffen. Dat is anders voor vorderingen tot uitlevering van stukken. In dat geval is de bank niet aan te merken als belanghebbende. De enkele omstandigheid dat het bankgeheim schade ondervindt, volstaat dan dus niet meer.

Ten slotte wijs ik nog op de speciale voorschriften inzake de betekening van besluiten aan (buitenlandse) bankcliënten. Als hoofdregel geldt namelijk dat een besluit aan alle belanghebbenden moet worden betekend (Art. 34 VwVG). Dat is alleen al noodzakelijk om ertegen in bezwaar te kunnen komen. Hierboven bleek in paragraaf 5.5.2.1, onder D dat grote problemen kunnen ontstaan, als de bankcliënt op wie de te overdragen gegevens betrekking hebben, zich in het buitenland bevindt of als informatie is opgevraagd over grote aantallen cliënten. Art. 80m en 80n IRSG bevatten hiervoor voorzieningen. Op grond van Art. 80n IRSG is het de bank toegestaan om zijn cliënt over informatievorderingen te informeren, voor zover dat niet op grond van Art. 292 StGB is verboden. Bovendien wordt de uitvoerende kantonnale of federale autoriteit verplicht om zijn beschikkingen toe te zenden aan Zwitserse inwoners, maar ook aan buitenlanders, als deze een officieel contactadres (*Zustellungsdomizil*) in Zwitserland hebben (Art. 80m IRSG). Dat recht vervalt echter als de *Schlussverfügung* al formele rechtskracht heeft gekregen.[881]

5.5.4.2 De Staatsanwaltschaft als verzoekende partij

A) Omvang van de aanspraak op rechtshulp

Aan het einde van dit hoofdstuk over Zwitserland de positie van het OM als verzoekende partij. Daarbij ga ik ook in op de vraag welke andere Zwitserse autoriteiten rechtshulpverzoeken kunnen indienen. Deze vraag hoort eigenlijk thuis in de paragrafen 5.5.2.2 en 5.5.3.2, maar om onnodige herhalingen te voorkomen bespreek ik ze hier. In deze paragraaf zal ik onderzoeken welke autoriteiten ter vervulling van hun taken rechtshulpverzoeken kunnen indienen. Die bevoegdheid komt allereerst toe aan de *Bundesanwalt* en de *Staatsanwaltschaft* van Zürich.

> Dat blijkt ook uit de verklaring die Zwitserland bij het ERV 1959 aflegde: 'The Swiss Federal Council declares that the following authorities shall be regarded as Swiss judicial authorities for the purposes of the Convention:
> – the Tribunals, their courts, chambers or sections;
> – the Public Prosecutor (Ministère public) of the Confederation;
> – the Federal Office of Justice;
> – the authorities empowered by cantonal or federal law to hold an enquiry in criminal cases, to issue warrants or summonses (mandats de répressions) and *to*

880 Vgl. Art. 9a IRSV; Wegleitung IRS (1998), p. 32. Art. 9a IRSV is niet beperkt tot de *Inhaber* van een bankrekening, maar omvat ter bescherming van Art. 43 BEHG ook de cliënten van een effectenhandelaar; *Bundesgericht* 22 juni 2000, nr. 1A.60/2000.

881 In dat geval kunnen ze niet meer worden aangevochten. De beschikking moet worden aangevochten binnen dertig dagen na de bekendmaking ervan; daarover Art. 80k IRSG.

> *take decisions in a procedure connected with a criminal case* [cursief ML]. Since the denominations of the function of such authorities vary, the competent authority will, whenever necessary at the time of transmitting a request for assistance, expressly confirm that it is a judicial authority within the meaning of the Convention.'[882]

De Zwitsers hanteren het begrip strafzaak echter ruim. Uit de aangehaalde verklaring is af te leiden dat 'authorities' die zijn gemachtigd 'to take decisions in a procedure connected with a criminal case' eveneens rechtshulpverzoeken kunnen indienen. Hier is de situatie aan de orde waarover ik aan het begin van paragraaf 5.5.4.1, onder B, sprak. Deze formule machtigt de EBK namelijk om in een aan een strafzaak verwante procedure die leidt tot de oplegging van bestuurlijke sancties tegen de verdachte ook rechtshulpverzoeken te doen uitgaan (vgl. Art. 63 Abs. 3 IRSG).

Het uitgangspunt is verder dat ook de Zwitserse autoriteiten die de vervolging van wetsschendingen (*Widerhandlungen*) tot taak hebben, rechtshulpverzoeken mogen doen (Art. 75 IRSG). Ook Zwitserse autoriteiten die belast zijn met taken op grond van het federale *Verwaltungsstrafrecht* kunnen dus rechtshulpverzoeken indienen. Ze vallen direct onder de reikwijdte van de voor dit onderzoek relevante rechtshulpovereenkomsten, doordat tegen hun onderzoek en beslissingen beroep openstaat op de strafrechter. Dat verruimt in aanzienlijke mate de armslag van bijvoorbeeld de EStV (in fiscale zaken; *Verrechnungssteuer*) en het EFD (in financiële zaken).[883] Met betrekking tot de eerste dienst moet daarbij worden opgemerkt dat haar bevoegdheid enigszins is beperkt. Ze mag namelijk om rechtshulp vragen 'concerne uniquement l'escroquerie en matière de contributions,' ook al is ze wat betreft de *Verrechnungssteuer* bevoegd in gevallen van belastingontduiking. Daarbij komt dat in de praktijk noch het EFD (financieel toezicht), noch de EStV (*Verrechnungssteuer*) van de mogelijkheid tot het indienen van rechtshulpverzoeken gebruik maakt.

In de bovenstaande paragrafen kwam bovendien herhaaldelijk aan de orde dat de rechtshandhaving van het sociaal-economische recht vaak niet alleen meer het exclusieve terrein is van één overheidsdienst, maar dat ze berust in de handen van meerdere diensten die daarvoor nauw samen moeten werken. Zo bleken de kantonnale belastingadministraties in geval van *Steuerbetrug* en ook de EBK bij de beurs- en effectengerelateerde criminaliteit (vgl. Art. 161 en 161bis StGB) een essentiële rol te vervullen bij het in gang zetten van strafvervolgingen. Deze diensten hebben ter zake niet alleen een aangifteplicht, maar ook een onderzoeksplicht. Bovendien kent Zwitserland de EStV (BSU), die in de zwaardere fiscale fraudezaken onderzoeken kan overnemen en de kantonnale autoriteiten kan dwingen of verzoeken een vervolging te starten.[884] Kunnen ook deze diensten rechtshulpverzoeken indienen?

---

882 Een soortgelijke verklaring werd afgelegd bij het Tweede Protocol bij het ERV.

883 Zie ook: <http://www.rhf.admin.ch/rhf/d/service/recht/direktverkehr-d.pdf> (site laatst bezocht op 24 augustus 2006).

884 *Supra* paragraaf 5.2.2.2, onder C.

Of wordt het begrip justitiële autoriteit dan te ver opgerekt? Zwitserland heeft daarover bij het Tweede Protocol bij het ERV 1959 de volgende verklaring afgelegd:

> 'Switzerland declares that it will deem as Swiss administrative authorities for the purposes of Article 1, paragraph 3, of the Convention the administrative services of the Confederation and of the cantons which, under Federal or Cantonal Law, can investigate offences and are empowered, once the investigation is concluded, to ask for the opening of judicial proceedings that may result in a conviction.'

Hierdoor lijkt de BSU in ieder geval bevoegd tot het indienen van rechtshulpverzoeken, hoewel deze van die mogelijkheid in de praktijk geen gebruik maakt. De vraag is of dat ook geldt voor de kantonnale fiscus en de EBK. De verklaring spreekt immers over 'ask for the opening.' Anders dan de BSU verzoeken deze instanties niet om de opening van een onderzoek, maar zijn ze bij wet verplicht tot het doen van aangifte. Gezien de gebezigde formulering lijkt het indienen van rechtshulpverzoeken in dit soort gevallen mij een stap te ver, ook al heeft dit deel van hun takenpakket een zeer duidelijk raakvlak met de strafrechtspleging. Twijfel is echter mogelijk.

Het voorgaande samenvattend kan dus worden geconcludeerd dat de strafrechtelijke rechtshulp niet alleen mag worden gebruikt door justitiële autoriteiten, maar ook door de EBK (voor zover het administratieve sancties voorbereidt), de BSU (in gevallen van *Steuerbetrug*) en de EStV, hoewel in de praktijk van deze mogelijkheden nauwelijks gebruik wordt gemaakt. De autonomie die staten hebben bij het aanwijzen van hun bevoegde autoriteiten (vgl. art. 26 ERV) heeft wat betreft Zwitserland geleid tot een nogal ondoorzichtig geheel van autoriteiten dat van de rechtshulp gebruik mag maken. Een verklaring hiervoor kan zijn gelegen in het feit dat de administratieve bijstand lange tijd een onderontwikkeld gebied was en *in fiscalibus* nog steeds is, zodat de strafrechtelijke rechtshulp een alternatief bood voor dit vacuüm.

De openstelling van de rechtshulpweg creëert echter ook nieuwe problemen en vragen. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan de problematiek met betrekking tot de inzet van dwangmiddelen. Ik kom daarop hieronder nog terug. Hier is allereerst van belang dat juist deze autoriteiten vaak ook taken vervullen die helemaal niet strafrechtelijk zijn. Dat is bij uitstek het geval voor de EBK en ook voor de EStV. Mogen deze diensten ook rechtshulpverzoeken ten behoeve van deze andere taken doen? De buitenlandse autoriteit is immers nauwelijks in de gelegenheid hierop controle te houden. De problematiek is identiek aan wat ik in paragraaf 5.5.2.2 besprak. De oplossing die ik daar bepleitte, kan ook hier worden toegepast. Naar mijn smaak is voor een bevestigend antwoord van de vraag slechts ruimte, *voor zover* het verzoek de lopende strafzaak dient waarvoor rechtshulp wel is toegestaan. De opvattingen van de aangezochte en verzoekende staat kunnen hieromtrent overigens nog fors uiteenlopen. Bovendien zal de Zwitserse autoriteit moeten aangeven voor welke andere doeleinden ze het ontvangen materiaal precies wil gebruiken. De aangezochte autoriteit mag doelbeperkingen aanbrengen. Gelet op het reciprociteitsbeginsel en de terughoudende Zwitserse opstelling in fiscale aan-

gelegenheden, mag zelfs worden verwacht dat Zwitserland herhaaldelijk nul op rekest krijgen zal.

B) Procedure; rechtsbescherming

Uitgaande verzoeken om rechtshulp lopen via het *Bundesamt für Justiz*, uiteraard tenzij er directe verbindingen tussen de autoriteiten mogelijk zijn (vgl. art. 54 SUO).[885] Dit is daardoor in staat een zekere mate van controle uit te oefenen. Het is vervolgens de vraag welke handelingen precies van het buitenland mogen worden verlangd. Daarvoor bevat Art. 30 IRSG een belangrijke aanwijzing: 'Die schweizerischen Behörden dürfen an einen andern Staat keine Ersuchen richten, denen sie selbst nach diesem Gesetz nicht entsprechen könnten.' Men moet dus zelf bevoegd zijn voor de toepassing van dwangmiddelen, als men dit van een buitenlandse autoriteit verlangt (vgl. Art. 76 IRSG). De beslissing of dat het geval is, ligt bij het *Bundesamt* (Art. 17 Abs. 3 IRSG). Juist deze eis is een belangrijke beperking voor bijvoorbeeld de EBK als deze een rechtshulpverzoek wil doen. Omdat deze dienst geen gebruik kan maken van dwangmiddelen, kan ze er op haar beurt niet om verzoeken. Ze kan via de rechtshulpkanalen echter wel om inlichtingen verzoeken of om handelingen die geen dwangmiddelen vergen.

Anders dan in veel andere landen is voor de toepassing van dwangmiddelen in Zwitserland doorgaans niet een voorafgaande rechterlijke machtiging, c.q. navolgende rechterlijke bekrachtiging of de opening van een gerechtelijk vooronderzoek vereist. Dat is ook de methodiek die in het voorstel-CH-StPO wordt gekozen.[886] Evenmin kan men tegen de beslissing tot het doen uitgaan van een rechtshulpverzoek in beroep (Art. 25 Abs. 2 IRSG). Rechterlijke toetsing heeft daarmee achteraf plaats, namelijk hetzij in de aangezochte staat, hetzij in Zwitserland tijdens de procedure op de zitting. Bijzondere aandacht moet daarbij uitgaan naar de vraag hoe omvangrijk getoetst wordt. Zal de buitenlandse autoriteit zich bij ontvangst van het verzoek net zo terughoudend opstellen als de Zwitserse, wanneer deze aangezochte autoriteit is, en zich onthouden van een inhoudelijke beoordeling van het verzoek, ook al heeft nog geen Zwitserse rechter zich over de materie uitgelaten en ook al is het verzoek in voorkomend geval afkomstig van een bestuursorgaan (bijvoorbeeld de BSU of EStV)? Zo ja, is het dan denkbaar dat de Zwitserse rechter zich ter zitting op zijn beurt onthoudt van een toets van de wijze van uitvoering van het rechtshulpverzoek in het buitenland, al dan niet op grond van het argument dat dit niet nodig is, omdat daartegen in het buitenland al een *effective remedy* openstond? Voor deze vragen bestaat in Zwitserland opvallend weinig aandacht, mogelijk omdat het land doorgaans rechtshulp verleent in plaats van vraagt. Het punt moge echter duidelijk zijn. Niet alleen verschillen in wetgeving, procedures en rechtswaarborgen kunnen in een transnationale context voor problemen zorgen, maar zeker ook de weigerachtigheid van veel autoriteiten om een buitenlandse procedure op zijn

885 Art. 30 IRSG en Art. 27-29 IRSG j° 11 IRSV.

886 Dit is als gezien anders voor verzoeken om de bewaking van telecommunicatie en bij de bewaking van bankrekeningen. Dan is een bekrachtiging achteraf, resp. machtiging vooraf vereist; paragraaf 5.3.4.1.

merites te beoordelen. Dat kan ertoe leiden dat de verdachte (of derde) op het raakvlak van twee systemen tussen wal en schip valt.[887] Ik kom hierop uitgebreid terug in het volgende hoofdstuk. Het is een fenomeen dat ook in Nederland en Duitsland werd geconstateerd.

C) Geheimhouding en doelbinding

Gegevens en bewijsstukken die uit het buitenland worden ontvangen zijn op grond van het vigerende internationale strafrecht niet per definitie geheim. Evenmin zijn ze aan doelbeperkingen onderworpen. Deze materie is een zaak van nationaal recht. Het Zwitserse ambtsgeheim en de voorzieningen over de geheimhouding van het vooronderzoek fungeren hier als ondergrens. Hierboven zagen we dat deze bepalingen soms worden doorbroken door verplichtingen tot samenwerking, zoals die in het financiële toezicht bestaan, maar ook *in fiscalibus*. Binnen deze grenzen kan een rechtshulpverzoek dus ook andere doeleinden dienen, wat vooral van belang is voor de bestuursorganen die ervan (in theorie) gebruik maken. Echter, als de aangezochte staat een specialiteitsvoorbehoud maakt, moet dat voorbehoud worden gerespecteerd. Dat vloeit voort uit Art. 30 IRSG: 'Bedingungen, die der ersuchte Staat an die Ausführung eines Ersuchens knüpft, sind von den schweizerischen Behörden zu beachten.'

5.6 CONCLUSIES NAAR AANLEIDING VAN HET ZWITSERSE RECHT

Voordat ik overga tot een vergelijking van mijn bevindingen over de drie onderzochte landen, volgen mijn conclusies over het Zwitserse recht. De Zwitserse federale structuur, die losser is dan de Duitse, biedt voor dit onderzoek vele interessante aanknopingspunten, zeker in relatie tot bancaire informatie. Dat rechtvaardigde een uitgebreide bespreking van de aard en organisatie van de *innerstatelijke* rechtshandhaving. Die bespreking is voor dit onderzoek wellicht nog belangrijker dan een bespreking van de Zwitserse regels over de transnationale samenwerking. De laatste kunnen bezwaarlijk worden beoordeeld aan de hand van de zich wijzigende parameters voor samenwerking binnen de EU, die ik in hoofdstuk 1 tot uitgangspunt nam. Zwitserland wil nu juist niet toetreden tot de EU. Toch is er wel degelijk wederzijdse invloed. De discussie over het bankgeheim heeft na de *Bilaterale II* een EU-dimensie gekregen. De Europese en Amerikaanse druk op de Zwitserse rechtshandhaving is weliswaar niet juridisch bindend, maar toch groot. Omgekeerd kan er ook worden beweerd dat met de afsluiting van de *Bilaterale II* het bankgeheim voor het eerst in een multilateraal forum erkenning heeft gekregen. Dat biedt waarschijnlijk meer bescherming dan een grondwettelijke verankering ervan.[888]

887 Orie (1983).
888 Vgl. Breitenmoser (2005), p. 939.

ZWITSERLAND

Taken en organisatie van de rechtshandhaving

De Zwitserse fiscale en financiële rechtshandhaving kenmerkt zich door een veelheid aan betrokken autoriteiten. Hoewel, net als in de EU, is gekozen voor indirecte handhaving, is de *jurisdiction to enforce* in sommige gevallen overgegaan op de federale autoriteiten. Dat geldt ook voor de *jurisdiction to prescribe*. Net als in de EU, waarover ik schreef in hoofdstuk 2, blijven ook de regels op fiscaal en strafrechtelijk vlak een gevoelig punt voor veel kantons. Dat is een voorname verklaring voor het feit dat de kantonnale belastingen nog steeds een aangelegenheid van de kantons zelf zijn, ondanks de aanwezigheid van de *Steuerharmonisierungsgesetz*, en dat men op strafvorderlijk vlak pas vrij recent nadenkt over een federaal Wetboek van Strafvordering. In dit onderzoek hebben we te maken gehad met de volgende autoriteiten:

a. Op fiscaal vlak: de kantonnale fiscus, soms bijgestaan door de afdeling BSU van de EStV (directe belastingen), en de EStV (*Verrechnungssteuer*).
b. Op financieel vlak: de EBK.
c. Op strafrechtelijk vlak: de kantonnale fiscus, de EStV (*Verrechnungssteuer*), het EFD (financieel strafrecht), de kantonnale justitie en de federale justitie.

De onderlinge verhoudingen tussen deze autoriteiten op nationaal vlak, en die tussen het bestuur en het OM in het bijzonder, kunnen, net als ik in hoofdstuk 3.6 en 4.6 deed, worden gepresenteerd aan de hand van de functies van het bestuur als *onderzoeker*, als *aangever* of *secondant* en als *plaatsvervanger* van het OM. Vooraf moet daarbij de aard en betekenis van het *Verwaltungsstrafrecht* worden benadrukt, dat als onderdeel van het *Nebenstrafrecht*, tot het strafrecht wordt gerekend. Dat blijkt het meest duidelijk op het federale niveau, waar in het *Verwaltungsstrafrecht* niet alleen het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht toepasselijk is, maar waar ook procedureel wordt aangeknoopt bij het strafprocesrecht in het *Verwaltungsstrafrechtgesetz*. Maar ook het kantonnale (fiscale) strafrecht wordt beschouwd als strafrecht: opgelegde sancties zijn *Kriminalstrafen*; de *Steuerhinterziehung* levert in de strafrechtelijke dogmatiek een *Übertretung* op. Een complicerende factor is echter dat men bij de directe belastingen procedureel aanknoopt bij het bestuursprocesrecht, wat nationaal en internationaal tot moeilijkheden leidt. Zwitserland kent dus geen onderscheid tussen punitief bestuursrecht en strafrecht, maar alleen strafrecht, waar het bestuursstrafrecht een onderdeel van is. Dat is weer anders in Duitsland, waar onderscheiden wordt tussen minder ernstige (*Ordnungswidrigkeitenrecht*) en ernstiger feiten (*Strafrecht*).

Het voorgaande bepaalt in hoge mate de armslag van justitie en vooral van het bestuur (fiscus, maar ook de EBK). Bij de effectiviteit van de rol van de kantonnale fiscus *als onderzoeker* mogen mijns inziens grote vraagtekens worden gezet. Zijn bevoegdheden zijn daarvoor te gering. Hij is volledig aangewezen op de medewerking van de belastingplichtige. Weigert deze, dan garanderen de *Verrechnungssteuer*, waarvoor de EStV bevoegd is en welke dienst wel toegang heeft tot bancaire gegevens, en schattingen van de belastingschuld weliswaar de staatsinkomsten, maar worden de onderliggende fiscale verhoudingen niet duidelijk, tenzij de belastingplichtige uit eigen beweging alsnog zijn kaarten op tafel legt. De rechtshandhaving lijkt zo ondergeschikt gemaakt aan de privacy van de belastingbetaler. Ik vind dat

opvallend. Niet voor niets hamert het *Bundesverfassungsgericht* in Duitsland bijvoorbeeld op de nadelige implicaties van een gebrekkige rechtshandhaving op de fiscale gelijkheid en rechtvaardigheid. Op het financiële vlak is ook de EBK niet tevreden met haar onderzoeksarsenaal. Ze heeft bij herhaling gevraagd om meer bevoegdheden, maar deze niet gekregen.

Een en ander brengt met zich dat het bestuur *als plaatsvervanger* van justitie eveneens in een vrij benarde positie verkeert. Het is eigen aan het Zwitserse bestuursstrafrecht dat de verantwoordelijkheid ervoor in handen van de bestuursorganen is gelegd. Toch heeft de kantonnale fiscus in de ontduikingsprocedure noch de beschikking over dwangmiddelen, noch anderszins toegang tot gegevens die onder het bankgeheim vallen. Het kan uitgesloten worden geacht dat dit in de nabije toekomst zal veranderen. Ook hier geldt dat de rechtshandhaving is opgeofferd aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de bankcliënt. Des te opmerkelijker is het dat het *nemo-tenetur*beginsel in Zwitserland veel ruimer wordt uitgelegd dan in Nederland. Onder dwang verkregen gegevens mogen door de fiscus niet worden gebruikt, of het nu gaat om mondeling materiaal of om materiaal dat onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat (het Saunders-criterium). De fiscus kan bijgevolg voor zijn gegevens noch bij de verdachte terecht, noch bij de bank als derde. Dat is alleen anders in het federale bestuursstrafrecht, waar het EFD (beurs- en effectenstrafrecht) en de EStV (*Verrechnungssteuer*) wel over dwangmiddelen beschikken. De eerste gebruikt deze bevoegdheden echter nauwelijks.

Als aangever van justitie vervult het bestuur op papier een belangrijke rol. Strafbare feiten die onder de competentie van de fiscus en EBK vallen, moeten door hen worden onderzocht en nadien worden overgedragen aan het OM (of een ander bevoegd orgaan). In zoverre vervullen deze bestuursorganen, net als in Duitsland, in wezen proactieve politietaken. Dat geldt voor de kantonnale fiscus in het bijzonder in gevallen van fiscaal bedrog, waarvoor het OM bevoegd is, en voor de EBK als het gaat om overtredingen van de toezichtregels. In de praktijk blijkt ook dit systeem niet goed te functioneren. Er wordt weinig aangifte van *Steuerbetrug* gedaan. Beperkingen in de relatieve competentie van de kantonnale justitiële autoriteiten maken strafrechtelijke handhaving bovendien vaak lastig. Het federale OM, dat in dergelijke gevallen het onderzoek soms kan overnemen, is vooralsnog niet echt bij dit type zaken betrokken. De rechtshandhaving staat daardoor opnieuw onder druk. Een uitzondering hierop is de BSU die wel onderzoekstaken heeft in gevallen van zware fraude en daartoe ook over dwangmiddelen beschikt. Deze dienst draagt na afsluiting van het onderzoek de zaak over aan hetzij de fiscus, hetzij de kantonnale justitie. Opmerkelijk is dat men de armslag van deze dienst wil beperken tot de (zware) gevallen van fiscaal bedrog en zo het bankgeheim in de ontduikingsprocedures volledig wil herstellen.

Uit het voorgaande wordt een aantal breuklijnen in de rechtshandhaving duidelijk, die ik in Duitsland en Nederland niet tegenkwam. De belangrijkste is zonder twijfel de breuk in de fiscale rechtshandhaving, waar eigenlijk alleen de belastingen die door de federale fiscus worden gehandhaafd, ook daadwerkelijk *kunnen* worden gehandhaafd. Vooral de caesuur tussen de fiscus en justitie bij de andere belastingen laat de fiscus zonder middelen en het OM zonder zaken en

expertise op dat vlak. In het financiële toezicht is de EBK in het geheel niet bij de punitieve, strafrechtelijke handhaving betrokken, ook al wil ze dat zelf graag. Ze vervult slechts de rol van aangever. Deze toch vrij sombere bespiegelingen worden nog versterkt, doordat ook de overige samenwerking tussen de betrokken autoriteiten een hoog incidenteel karakter heeft. Van een overlap in taakstellingen is geen sprake; ze lijken haast doelbewust uit elkaars vaarwater gehouden. Doorgaans begint de taak van de ene autoriteit, waar die van de andere ophoudt. Dat betekent dat als samenwerking toch plaatsheeft, deze alleen vanuit het eigen belang van de betrokken autoriteit wordt geconstrueerd en niet vanuit een gezamenlijk belang. Ik vraag me af of dat zo gelukkig is, ook vanuit het perspectief van de burger. Het brengt namelijk ook mee dat, omdat de autoriteiten niets met elkaar van doen (mogen) hebben, burgers in dezelfde aangelegenheid meerdere malen worden vervolgd.[889] Mechanismen die zien op de coördinatie tussen de betrokken autoriteiten zijn er wel,[890] maar werken niet altijd 'transprocedureel', in het bijzonder niet *in fiscalibus*.[891] Kortom, de sfeercumulatieproblematiek heeft in Zwitserland een heel andere dimensie dan in Nederland en Duitsland. Waar in die landen de zorgen zijn gericht op een uitholling van de rechtspositie van de justitiabele, is men in Zwitserland geconfronteerd met het tegengestelde probleem. Merkwaardig genoeg lijkt men daarmee volkomen tevreden. Op het vlak van de fiscale handhaving door de kantons ziet men doelbewust af van een uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden.

Het bankgeheim

Het bankgeheim speelt bij de zojuist geconstateerde gebrekkige rechtshandhaving een enorme rol. Het is een belangrijke verklaring voor het feit dat de fiscale rechtshandhaving hapert. De toegang van de overheid tot gegevens over bankcliënten bij de bank speelt niet alleen bij de vergaring van de gegevens, maar ook bij het gebruik en de verdere verstrekking op het moment dat die gegevens langs andere weg toch bij de overheid zijn geraakt. Er blijkt ook uit hoe hoog de bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt ingeschaald. *In fiscalibus* acht men dit belang zo zwaar dat de fiscale rechtshandhaving (mede) hierom wijkt, voor zover althans de bank als derde wordt benaderd. Dit uitgangspunt werkt op tal van wijzen door in andere procedures: in de eigen fiscale aangelegenheden van de bank mogen banken bijvoorbeeld de namen van hun cliënten afdekken, om te voorkomen dat de fiscus alsnog het bankgeheim omzeilt; de EStV kent voor de handhaving van de *Verrechnungssteuer* een aparte afdeling, die geen gegevens aan andere fiscale onderdelen mag verstrekken; uit angst voor een omzeiling van het bankgeheim, mag de inzet van dwangmiddelen niet zijn gebaseerd op gegevens uit procedures waar een bankgeheim geldt; verkregen gegevens mogen niet altijd tegen niet-betrokken derden worden gebruikt; et cetera. Ook in het financiële toezicht en in het strafrecht, waar het bankgeheim niet geldt, is zijn rol niet uitgespeeld. Zo gelden er op het moment

889 *Supra* paragraaf 5.2.2.3, onder B.
890 Voor een voorbeeld, zie *supra* paragraaf 5.2.3.2, onder C.
891 *Supra* paragraaf 5.2.2.3, onder B.

dat de strafvorderlijke overheid gegevens vergaart, speciale procedures, die het *Geheimbereich* beschermen.

Kortom, dit alles toont aan hoezeer er tussen de in dit onderzoek betrokken landen verschillen van mening bestaan over de noodzaak van toegang tot persoonlijke gegevens bij banken. De beperkingen die in Zwitserland worden aangebracht, zijn in Nederland ondenkbaar. Welke keuzes men ook ter zake maakt, het is absoluut een punt dat in transnationale situaties voor problemen zorgt, zoals de *Bilaterale II* hebben laten zien. Ik kom er in de volgende hoofdstukken dan ook op terug. De vraag is immers hoe deze tegengestelde opvattingen in het kader van de transnationale samenwerking met elkaar in evenwicht moeten worden gebracht.

Net als Duitsland kent Zwitserland een *Rechtsweggarantie* (Art. 29a BV), die op 1 januari 2007 in werking trad. Dat ging gepaard met een ingrijpende herziening van de rechtspleging in Zwitserland. Deze garantie functioneert langs andere lijnen dan het Duitse Art. 19 IV GG, dat een immense invloed heeft op de inner- en interstatelijke rechtshandhaving. Art. 29a BV garandeert geen rechterlijke bescherming op het moment dat er op een *subjectief recht* inbreuk wordt gemaakt, maar stelt veeleer inhoudelijke eisen aan de procedure op het moment dat de wetgever iets tot een *Rechtsstreitigkeit* heeft bestempeld. De preventieve rechterlijke bescherming, die vooral in het strafrecht speelt, is in Zwitserland echter een punt van ondergeschikte rol, vergeleken met Nederland en Duitsland. Ook de voorziene introductie van een *Zwangsmassnahmengericht* in het federale Wetboek van Strafvordering is beperkt tot een bekrachtiging van dwangmiddelen achteraf en dat alleen voor een paar specifieke dwangmiddelen. Soms is echter toestemming nodig van de hiërarchisch meerdere. Bij inbreuken op het *Geheimbereich* kan bovendien altijd om een verzegeling worden gevraagd. Daarmee wordt een mijns inziens hoog niveau van rechtsbescherming bereikt. Nogmaals, met de bescheidenheid die bij een buitenstaander past, vraag ik me af of dat niveau niet *te* hoog is.

Gevolgen voor de transnationale samenwerking

Anders dan ik in de afsluitende paragrafen over Nederland en Duitsland deed, heeft het weinig zin aan te geven op welke wijze de taakstellingen van de betrokken Zwitserse autoriteiten passen in het interstatelijke plaatje op het moment dat deze verzoekende partij zouden zijn. Doorgaans is Zwitserland op de terreinen van dit onderzoek aangezochte staat. De terughoudende opstelling op fiscaal vlak leidt er bovendien toe dat de Zwitserse kantonnale fiscus geen bijstandsverzoeken kan doen, al zou hij dat willen. Tot voor kort werd in de fiscale bijstand zelfs vrijwel geheel niet samengewerkt en bestond er in de rechtshulp de fiscale exceptie. Ook de financiële bijstandsregeling van Art. 38 BEHG is relatief jong. Dat leidde ertoe dat voorheen buitenlandse toezichthouders rechtshulpverzoeken indienden bij gebrek aan alternatieven.

Toch is voor mijn rechtsvergelijkende conclusies en mijn aanbevelingen een paar zaken wel degelijk van belang. Ten eerste wil ik wijzen op een paar trends, die erop duiden dat de onderlinge verhoudingen tussen bijstand en rechtshulp in het verkeer met de EU aan het versmelten zijn. Die trends signaleerde ik ook al in EU-verband. Het merkwaardige is echter dat de afspraken met Zwitserland hier soms verdergaan

dan in EU-verband gebeurt. Zo is er allereerst de uitbreiding van de fiscale bijstandsplicht tot gevallen van fiscaal bedrog en soortgelijke delicten, waarmee de fiscale bijstand voor een flink deel in het vaarwater van de rechtshulp terecht komt. Het is mij niet duidelijk wat er precies met deze afspraken is bedoeld. Praktische ervaringen zijn er nog nauwelijks. In mijn ogen is de reikwijdte van deze regeling vrij beperkt. Ze levert alleen een duidelijke meerwaarde op wanneer de buitenlandse fiscus als plaatsvervanger van het OM optreedt, omdat dan de rechtshulpweg vaak niet openstaat. In andere gevallen kan deze regeling echter gaan functioneren als een alternatief voor de justitiële weg, wat mijns inziens een gevaarlijke ontwikkeling is. Het zou de fiscus in zijn strafrechtelijke hoedanigheid toestaan fiscale bijstandsverzoeken in te dienen, zonder dat flankerende voorzieningen op het vlak van toezicht en controle zijn getroffen. Ook in de financiële bijstand heeft men onlangs de beperkingen ten aanzien van het doorleiden van gegevens naar de buitenlandse justitie aanmerkelijk verruimd. Deze ontwikkeling, die ook leidt tot een versmelting van bijstand en rechtshulp, moet mijns inziens echter juist wel worden toegejuicht. Het doet recht aan de omstandigheid dat de strafrechtelijke handhaving van het effectenrecht nu eenmaal niet mogelijk is zonder een nauwe samenwerking tussen toezichthouder en justitie. Ook hier ligt echter het gevaar voor misbruik op de loer. Opvallend is dat Zwitserland hiermee verder gaat dan bijvoorbeeld EU-staat Nederland.

Een tweede constatering betreft de regeling van de rechtsbescherming in transnationale situaties. Daaraan is in Zwitserland veel aandacht besteed en hier valt er voor de EU veel te leren en te bestuderen. In de wederzijdse rechtshulp heeft men de procedures ter uitvoering van de buitenlandse verzoeken (*Verfahrenshandlungen*) onderworpen aan het bestuursrecht, wat betekent dat inspraak en participatierechten gegarandeerd zijn. Het impliceert dat de burger, meer dan in veel EU-landen, een plaats heeft in het interstatelijke verkeer *als subject* in plaats van als enkel *object* (driedimensionale benadering).[892] In het kader van een versnelling van de procedures heeft op alledrie de hier onderzochte terreinen een stroomlijning van de rechtsbescherming plaatsgehad en heeft men deze geconcentreerd aan het einde van de rit bij de *Schlussverfügung* (*Geneefse model*). Alleen deze beschikking is doorgaans appellabel.

Een belangrijk gevolg van deze rechtsbeschermingsprocedures is dat vertrouwelijke gegevens Zwitserland niet zullen verlaten, voordat de betrokkene op enig moment de gelegenheid heeft gehad om de zaak voor een Zwitserse rechter te brengen. In zoverre wordt de regel *locus regit actum*, net als in Nederland, maar anders dan in Duitsland, in formele zin toegepast. Men past het *eigen* recht toe, maar heeft wel een van de *innerstatelijke* rechtshandhaving afwijkend regime gecreëerd. Het voordeel daarvan is dat rechtsbescherming altijd op enig moment plaatsheeft. Het nadeel is dat die bescherming soms tweemaal plaatsheeft, als ook in de andere staat al bescherming openstaat, en dat soms niet helemaal duidelijk is wat men nu precies wil beschermen. Hoe ruimer men de groep belanghebbenden vat, hoe meer inspraakrechten men hen toekent en hoe eerder ingestelde rechtsmiddelen opschor-

892 In die zin ook Lagodny (2002).

tende werking hebben, hoe trager de samenwerking verloopt. Bij sommige experts leidt dat tot het verwijt dat men in feite verkapte weigeringsgronden creëert; anderen wijzen echter ter rechtvaardiging opnieuw op het bankgeheim. Wat hier ook van zij, ik vind het opvallend te moeten constateren dat op dit vlak, net als overigens in de EU, binnen de drie onderzochte terreinen (fiscaal, financieel en strafrechtelijk) verschillende antwoorden op dezelfde vragen worden gegeven. De fiscale rechtsbeschermingsregeling is veel ruimer opgezet dan bijvoorbeeld de financiële. Merkwaardig vind ik ook de regel dat een beschikking *altijd* aan de betrokkene moet worden betekend, ook als dit duidelijk schade berokkent aan het buitenlandse onderzoek. Deze geïsoleerde benadering van de Zwitserse procedures van de buitenlandse procedures, waarvoor men hulp verleent, moet mijns inziens worden verworpen. Hetzelfde fenomeen constateerde ik overigens ook in Nederland.

Een derde en laatste opmerking betreft de toepassing van de interstatelijke vertrouwensregel. Hetzelfde fenomeen kwamen we tegen in Duitsland en Nederland. Het effect van deze regel is meestal hetzelfde: de autoriteiten in de aangezochte staat onthouden zich doorgaans van een verdergaande evenredigheidstoets dan op basis van de feiten in het verzoek met het argument dat dit een zaak is van de verzoekende autoriteiten. Een vergelijking met de interne Zwitserse regels op het vlak van de rechtshulp en bijstand is hier nuttig. Wat daarbij opvalt, is dat daar doorgaans dezelfde argumenten ter onderbouwing en rechtvaardiging worden aangevoerd.[893] Toch zijn er in de innerstatelijke en interstatelijke context ook grote verschillen. Ten eerste zijn in de eerste de onderliggende materiële, en in toenemende mate ook de processuele regels voorwerp van federale regulering. Ten tweede kent men in de interne verhoudingen het *Bundesgericht* dat een duidelijke sturende, coördinerende taak vervult. Die voorwaarden zijn er in de transnationale context niet. Toch functioneert de vertrouwensregel daar op soortgelijke wijze. De vraag is of dit gerechtvaardigd is, zeker wanneer bijstand en rechtshulp onderling meer en meer versmelten. Deze vraag staat dan ook centraal in het volgende hoofdstuk.

893 Vgl. paragraaf 5.4.2.3.

6 Transnationaal gegevensverkeer in vergelijkend perspectief

6.1 INLEIDING

In Europa gaat men in de regel uit van *indirecte* handhaving van het Europese recht. Daarmee koos men een model dat nauw aansluit bij de Duitse en Zwitserse staatsinrichting. Ondanks stemmen voor de oprichting van bijvoorbeeld een Europees Openbaar Ministerie voor bepaalde typen, EU-gerelateerde criminaliteit[1] en ondanks pleidooien voor een Europees financiële toezichthouder, blijft vooralsnog het uitgangspunt dat de handhaving van EG/EU-recht primair een zaak is van de lidstaten. In transnationale situaties moet daarvoor worden samengewerkt.

Op het gebied van de transnationale handhavingssamenwerking bestaan binnen het raamwerk van de Europese Unie twee fora, die deels dezelfde of in ieder geval zeer nauw gerelateerde onderwerpen behandelen. De vraag die in dit verband kan worden gesteld is of het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp, en in het bijzonder ook de ontwikkeling van deze instrumenten in gescheiden fora, wel recht doet aan de verschillen in rechtshandhaving die zich binnen de EU-lidstaten kunnen en als gevolg van de institutionele autonomie van de staten ook mogen voordoen. De veronderstelling was immers dat waar er tussen lidstaten verschillen in aard en organisatie van de rechtshandhaving bestaan, deze zullen moeten worden opgevangen in het systeem van transnationale samenwerking. Daarbij koos ik ervoor de EU te benaderen als een rechtsruimte in de zin van art. 2 EUV.[2] Dat leidde tot de volgende probleemstelling:

> 'In hoeverre sluiten de wederzijdse administratieve bijstand en strafrechtelijke rechtshulp als vormen van internationale samenwerking aan op de organisatie van de fiscale en financiële rechtshandhaving in de EU-lidstaten?'

Deze werd uitgewerkt in de volgende deelvragen:

> 1. Welke invloed gaat er momenteel uit van het Europese (EG/EU) recht op de aard en organisatie van de fiscale en financiële rechtshandhaving en op de mogelijkheden tot transnationale handhavingssamenwerking?
> 2. Welke mogelijkheden tot transnationale samenwerking bestaan er voor de autoriteiten die in de verschillende lidstaten met de fiscale en financiële rechtshandhaving zijn belast? Kunnen stagnaties in de samenwerking worden verklaard (*rechtshandhavingsperspectief*)?
> 3. Welke rechtspositie hebben de justitiabelen in de fiscale en financiële rechtshandhaving en is deze ook in de transnationale handhavingssamenwerking ge-

1 Vgl. de regeringsnotitie 'Een Europese strafrechtelijke ruimte' van 9 mei 2003, Bijlage bij niet-dossierstuk eu03000084; Klip (2006), p. 151-153.

2 Hoofdstuk 1.2 en 1.4.

waarborgd (*rechtsbeschermingsperspectief*)? Kunnen verschillen in rechtspositie in *innerstatelijk* en *interstatelijk* verband worden verklaard?
4. Welke alternatieven zijn er voorhanden in het geval er vanuit rechtshandhavings- of -beschermingsperspectief tekortkomingen worden geconstateerd?

De toetsing had plaats aan de hand van een onderzoek naar de handhavingssystemen van Nederland, Duitsland en Zwitserland, als niet-EU-land,[3] aan de hand van het bankgeheim, het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel. Hieronder worden de resultaten daarvan in rechtsvergelijkend perspectief gepresenteerd. Ik begin met een overzicht van de complexe innerstatelijke verhoudingen tussen de justitie[4] en het bestuur in de fiscale en financiële rechtshandhaving (paragraaf 6.2). Aandacht daarvoor is in een systeem van indirecte handhaving van levensbelang. Zo kan worden aangegeven wat hun taken en onderlinge verhoudingen zijn en dus hun informatiebehoeften, wanneer ze verzoekende partij zijn. Daarna ga ik in op de vraag in hoeverre de huidige internationale en communautaire afspraken inzake de transnationale handhavingssamenwerking aan deze nationale verhoudingen tussen het 'bestuur' en de 'justitie' recht doen. Dat blijkt lang niet altijd het geval. Om die reden ga ik in paragraaf 6.3 allereerst in op de situaties waarin samenwerking, als gevolg van de scheiding tussen bijstand en rechtshulp *niet* van de grond komt. We zouden kunnen zeggen dat in deze paragraaf het Europese *rechtshandhavingsperspectief* centraal staat en dat hier, op basis van de informatie die in de voorgaande hoofdstukken werd vergaard, de tweede deelvraag van dit onderzoek zal worden beantwoord.[5] Pas daarna ga ik in op de situatie waarin, ondanks de scheiding tussen bijstand en rechtshulp, tussen bestuur en justitie, direct of indirect, wel kan worden samengewerkt (paragraaf 6.4). Dat levert vanuit *rechtsbeschermingsperspectief* problemen op (de derde deelvraag). In hoofdstuk 7 zal ik mijn centrale probleemstelling beantwoorden en aanbevelingen doen. Dan ga ik ook in op de vraag in hoeverre deze aanbevelingen sporen met ontwikkelingen die thans plaatsvinden in de Europese Unie.

6.2 NATIONALE RECHTSHANDHAVING EN HET ONDERSCHEID TUSSEN BIJSTAND EN RECHTSHULP

6.2.1 Inleiding

De handhaving van het fiscale en financiële recht lijkt niet goed voorstelbaar zonder de aanwezigheid van 'het' bestuur. Juist in veel communautaire aangelegenheden wordt er het een en ander van het bestuur verlangd en dat niet alleen op het gebied van de *wetsuitvoering* en het *preventieve onderzoek*, maar ook in de daaropvolgende fasen van het *repressieve onderzoek*, inclusief de bestuurs- of strafrechtelijke *sanctione-*

3 *Supra* hoofdstuk 1.3.2.
4 In het onderstaande zal ik de termen 'justitie' en 'Openbaar Ministerie' als synoniemen gebruiken.
5 De eerste onderzoeksvraag kwam in hoofdzaak in hoofdstuk 2 aan de orde.

ring. Een en ander gaat vaak gepaard met actieve medewerkingsplichten die op de justitiabelen rusten. Dat is op zich niet strijd met het EVRM. Integendeel, vaak worden deze medewerkingsplichten en het systeem van *compliance* waarin ze functioneren gezien als een aantrekkelijk alternatief voor zwaardere (en kostbaardere) methoden van rechtshandhaving. Om die reden wordt het bestaan van actieve medewerkingsplichten, gekoppeld aan gestandaardiseerde sancties, ook door het EHRM op zichzelf niet afgewezen:

> 'The Court also has regard to the financial interests of the State in tax matters, taxes being the State's main source of income. A system of taxation principally based on information supplied by the taxpayer would not function properly without some form of sanction against the provision of incorrect or incomplete information, and the large number of tax returns that are processed annually coupled with the interest in ensuring a foreseeable and uniform application of such sanctions undoubtedly require that they be imposed according to standardised rules.'[6]

Onmiskenbaar heeft het secundaire EG-recht in deze uitbouw van de bestuursrechtelijke handhaving een grote rol gespeeld.[7] In zeer veel richtlijnen en verordeningen wordt voorgeschreven dat op overtredingen van bepalingen in die richtlijnen of verordeningen passende administratieve sancties moeten worden gesteld en zulks onverminderd de werking van eventuele nationale strafrechtelijke sancties. Het bestuur vervult dus soms ook punitieve of zelfs strafrechtelijke taken. Dit alles is uiteraard van bijzonder belang voor dit onderzoek. Hoe ziet dat er precies uit? Het is nuttig hier een onderscheid te maken tussen de fiscale en financiële rechtshandhaving.

6.2.2 De fiscale rechtshandhaving

In het fiscale recht is – in ieder geval in Nederland en Duitsland – van oudsher onomstreden dat het bestuur actief wordt betrokken bij de fiscale rechtshandhaving. Dat gaat zelfs zo ver dat de fiscus onder omstandigheden de rol van het OM in het strafrechtelijke opsporingsonderzoek overneemt en in zoverre een van de weinige uitzonderingen is op de positie van het OM als *Herrin des Ermittlungsverfahrens* (vgl. art. 80 AWR en § 386 AO). Ook in die gevallen waarin het OM wel de baas van het opsporingsonderzoek blijft, vervult het bestuur als secondant van het OM een belangrijke rol. Voor fiscale delicten beschikt het veelal over opsporingsbevoegdheid onder de leiding van het OM. Het fiscale bevoegdhedenarsenaal is vaak zelfs uitgebreid ten opzichte van de commune criminaliteit. Uitvoering, preventief onderzoek, repressief onderzoek en soms bestraffing worden zo binnenshuis gehouden.

Naast de taken van de (Duitse en Nederlandse) fiscus van strafvorderlijke aard, bestaat er een schemergebied, waarin de fiscus weliswaar formeel geen strafvorderlij-

6 EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97, BNB 2003, 2 (*Västberga Taxi Aktiebolag*).
7 Widdershoven (1995).

ke taken vervult, maar wel *punitieve sancties* kan opleggen of taken heeft op het gebied van de *voorbereiding* van de opsporing. Dat is ook zo in het Zwitserse recht, waar de (kantonnale) fiscus geldelijke sancties kan opleggen of aangifte bij justitie kan doen, zonder dat deze overigens de beschikking heeft over strafvorderlijke dwangmiddelen.[8]

De verschillen tussen de drie onderzochte landen op het vlak van het punitieve bestuursrecht/bestuursstrafrecht zijn groot. De punitieve sanctietrajecten die in Nederland, Duitsland en Zwitserland worden onderscheiden, zijn verschillend ingericht. In Duitsland, waar men de introductie van het *Ordnungswidrigkeitenrecht* oorspronkelijk beschouwde als een grote decriminaliseringsoperatie, wordt procedureel aangeknoopt bij het strafprocesrecht. De Nederlandse bestuurlijke boete is hiermee niet goed te vergelijken.[9] Weliswaar gaat het in beide gevallen om een geldelijke sanctie die wordt opgelegd door een bestuursorgaan, maar de *Ordnungswidrigkeit* knoopt nauw aan bij het strafprocesrecht (bestuursstrafrecht), terwijl het Nederlandse boeterecht in wezen bestuursrecht is; het Wetboek van Strafrecht en Strafvordering zijn er niet op van toepassing. Om die reden ligt te onzent de term punitief bestuursrecht meer voor de hand dan bestuursstrafrecht. In Zwitserland is de situatie helemaal diffuus doordat, afhankelijk van het type belasting, nu eens wordt aangeknoopt bij het strafprocesrecht (*Verrechnungssteuer*) en dan weer bij het bestuursprocesrecht (directe kantonnale en federale belastingen).[10] Het *Verwaltungsstrafrecht* wordt samen met het andere *Nebenstrafrecht* gerekend tot het strafrecht, ook al wordt het gehandhaafd door het bestuur.[11] Al deze verschillen hebben consequenties voor de internationale samenwerking. Immers, alleen voor de *Ordnungswidrigkeit*-achtigen zijn rechtshulpverzoeken mogelijk. Beroep moet namelijk openstaan op een 'ook in strafzaken bevoegde rechter'.

Naast een directe eigen verantwoordelijkheid voor de oplegging van bestuurlijke punitieve sancties kan de fiscus ook aangifte doen of anderszins gegevens aan justitie verstrekken. In sommige gevallen vervult het bestuur daarenboven nog uitdrukkelijk taken ter voorbereiding van de opsporing.[12] De Duitse *Steufa* bijvoorbeeld heeft,

---

8 Dat laatste is anders voor de afdelingen van de *Eidgenössische Steuerverwaltung* op het gebied van de *Verrechnungssteuer* en de *Abteilung Besondere Steueruntersuchungen* (BSU).

9 Een vergelijking met het Zwitserse fiscale strafrecht, voor zover het gaat om de fiscale overtredingen, ligt veel meer voor de hand, voor zover het althans gaat om de directe belastingen.

10 Een uitzondering op het laatste zijn de onderzoeken van de BSU, waarvoor wel strafvorderlijke bevoegdheden kunnen worden ingezet. Het bankgeheim kan in die gevallen worden doorbroken; hoofdstuk 5.2.2.1, onder C.

11 Dat geldt ook voor het fiscale strafrecht. Het *Bundesgericht* maakt in constante jurisprudentie uit dat ook fiscale overtredingen *echte Strafen* zijn Het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht is van toepassing op de (federale) fiscale *overtredingen* (art. 333 StGB). In Zürich heeft men dit deel ook van toepassing verklaard op zijn eigen (kantonnale) *Steuerstrafrecht*; hoofdstuk 5.2.2.2, onder A.

12 Waar het enkele verstrekken van de gegevens in Duitsland en Zwitserland, voor zover het althans gaat om de verstrekking op verzoek, kan worden opgevat als *Rechtshilfe*, behoort het doen van onderzoek ter voorbereiding van de opsporing tot de eigen taak van het bestuursorgaan. Daarop zijn bijgevolg andere regels van toepassing.

met bestuursrechtelijke middelen, de *Aufdeckung unbekannter Steuerfälle* (§ 208 AO) tot taak.[13] Deze taak mag zeker in Duitsland niet worden onderschat. Door een relatief laat aanvangsmoment van het strafvorderlijke onderzoek behoort, mede als gevolg van een competentieverdeling tussen de bond en de Duitse deelstaten, de proactieve fase in Duitsland tot het *Polizeirecht*. De reguliere politie bemoeit zich echter nauwelijks met fiscale criminaliteit. De Steufa is wat betreft de fiscale rechtshandhaving in dit proactieve gat gesprongen.[14] Hoewel er dan formeel geen sprake is van opsporing, dient zo'n onderzoek wel degelijk (ook) strafvorderlijke doeleinden. Transnationaal betekent dit dat de Steufa ter zake een bijstandsverzoek zal indienen.

6.2.3 De financiële rechtshandhaving

Binnen de financiële rechtshandhaving neemt de toezichthouder een iets andere rol in dan de fiscus. Dat kan grotendeels worden verklaard uit de ontstaansgeschiedenis van het financiële toezicht, dat vooral in de buitenbeurshandel pas in de jaren tachtig echt van de grond kwam als reactie op misstanden in de financiële sector. Tegen de achtergrond van zelfregulering en de bijzondere gevoeligheden van de financiële markten wordt hier van oudsher de nadruk gelegd op de onafhankelijkheid van de toezichthouder jegens de onder toezicht gestelden en het beleggend publiek, maar ook jegens politiek en justitie. De Europese regels op dit vlak, bijvoorbeeld art. 11 van de Richtlijn marktmisbruik, versterken dit proces onmiskenbaar. Sowieso geldt dat de Europese invloed op de organisatie van het financiële toezicht veel groter is dan op de fiscale rechtshandhaving.[15]

Dit alles heeft ook gevolgen voor de taak en positie van de toezichthouder jegens justitie. Financiële toezichthouders hebben, anders dan in het fiscale recht, doorgaans geen opsporingsbevoegdheden of strafrechtelijke taken. Integendeel, in veel landen, waaronder Nederland en Zwitserland, is in het verleden de vertrouwenspositie van de toezichthouder ingeroepen om de verstrekking van gegevens aan justitie te verhinderen, dit overigens telkens zonder al te veel succes. Het argument daarbij was dat een strafvorderlijke aangifte- en medewerkingsplicht niet verenigbaar was met deze vertrouwenspositie. Financiële toezichthouders hebben om die reden bij herhaling gepleit voor eigen punitieve sanctiebevoegdheden (en die soms ook gekregen), danwel gemeend dat ze niet *verplicht* zouden zijn tot aangifte, maar slechts daartoe *bevoegd*.[16] Op die wijze achtten ze hun onafhankelijkheid jegens justitie gewaarborgd en kon tevens recht worden gedaan aan hun eigen verantwoordelijkheid voor de financiële rechtshandhaving. Er heeft zich op het terrein van het gedragstoezicht echter een kentering voorgedaan. Tegenwoordig bestrijdt men minder en minder dat financiële toezichthouders hun onder toezicht gestelden moeten kunnen bestraffen, als ze bij hen misstanden aantreffen. De *ne-bis-in-idem*-

13 Hoofdstuk 4.2.2.2, onder D.
14 Hoofdstuk 4.2.3.3.
15 Hoofdstuk 2.5.
16 De Zwitserse EBK zijn punitieve sancties expliciet ontzegd; hoofdstuk 5.2.1.2.

problematiek kan zelfs een aanleiding zijn voor intensief overleg met het OM, zoals het convenant tussen de Nederlandse AFM en het OM bevestigt.[17] Opnieuw, maar langs andere weg dan in het fiscale traject, is dit een illustratie van de nauwe onderlinge banden tussen bestuur en justitie.

Sommige landen gaan nog verder dan alleen een samenwerking op basis van aangifte- en samenwerkings*bevoegdheden*. In Duitsland bijvoorbeeld vervult de BAFin, net als de Steufa, taken ter voorbereiding van de opsporing; dat hoort tot haar wettelijke taak. In Zwitserland gebeurde hetzelfde, ondanks tegenstribbelen van de EBK.[18] Op de EBK en de BAFin rust niet alleen een aangifte-, maar ook een *Fahndungspflicht* ter zake van financiële criminaliteit.[19] Het OM is op zijn beurt verplicht vervolgingen te starten. In al deze gevallen vervult de toezichthouder taken, die men in Nederland wellicht als opsporing had bestempeld. De Duitse en Zwitserse toezichthouder zullen in de praktijk echter gebruik maken van de wederzijdse administratieve bijstand in plaats van de strafrechtelijke rechtshulp.[20]

6.2.4 De eerste conclusies

Overzien we het voorgaande, dan springen zowel in het fiscale als in het financiële recht de nauwe relaties tussen bestuur en OM in het oog. Soms treedt het bestuur op als alternatief voor justitie ('het bestuur als *bestraffer*'), soms ook is het bestuur diens *secondant* of diens *aangever*. Nu eens wordt daarbij nauw samengewerkt met justitie, dan weer wordt de zaak na overdracht (via aangifte of anderszins) gesloten en gaat het bestuur over tot de orde van de dag. Vrijwel altijd vervult het bestuur preventieve of repressieve onderzoekstaken ('het bestuur als *onderzoeker*'). Dit alles leidt tot het volgende model, met daarin een aantal mogelijke rollen voor het bestuur:

1. het is belast met de controle op de naleving van de voorschriften (preventieve handhaving), en
2. het kan worden verplicht, c.q. bevoegd worden geacht aangifte van overtredingen te doen bij het Openbaar Ministerie, waarmee zijn rol eindigt, en/of
3. het kan worden belast met het onderzoek naar mogelijke overtredingen (repressieve handhaving), hetzij in een strafrechtelijke procedure als opsporingsdienst onder leiding van het Openbaar Ministerie of als plaatsvervanger van dat Open-

17 In Duitsland wordt hier overigens voor een andere oplossing gekozen. Wanneer men daar constateert dat in een en hetzelfde feitencomplex zowel *Ordnungswidrigkeiten* als strafbare feiten schuilgaan, kan het OM de strafvervolging voor de *Ordnungswidrigkeiten* overnemen op basis van het *Prinzip der Vorrang des Strafverfahrens*; hoofdstuk 4.2.1.5.

18 Hoofdstuk 5.2.1.4. Het gaat in deze gevallen niet om *Rechtshilfe*, maar om een eigen taak van de toezichthouder.

19 Dit leidde in Duitsland tot het verwijt dat de toezichthouder zich heeft laten spannen voor de opsporingskar; hoofdstuk 4.2.1.4, onder B.

20 De EBK is overigens wel bevoegd rechtshulpverzoeken in te dienen, maar maakt daarvan geen gebruik; hoofdstuk 5.5.4.2, onder A.

baar Ministerie, hetzij zelfstandig in een andere, al dan niet op punitieve sanctieoplegging gerichte procedure, en/of

4. het wordt belast met het nemen van de beslissing naar aanleiding van het onderzoek (sanctieoplegging), hetzij in het kader van een strafrechtelijk onderzoek, hetzij een andere, al dan niet op punitieve sanctieoplegging gerichte procedure.

De vraag is uiteraard wat voor consequenties dit alles heeft voor de transnationale handhavingssamenwerking op het raakvlak van bijstand en rechtshulp. Ik stipte hierboven al een paar keer aan wat voor gevolgen de organisatorische inbedding kan hebben voor de keuze voor rechtshulp en/of bijstand. De situatie wordt echter nog iets gecompliceerder, als we in herinnering brengen dat dezelfde organen, soms gelijktijdig, meerdere taken vervullen. Ook dat heeft zijn neerslag op de transnationale samenwerking en op het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp.

6.2.5 Sfeercumulatie; (controle op) gelijktijdige taak- en bevoegdhedenuitoefening

Hoewel de participatie van het bestuur in de fiscale en financiële (strafrechtelijke) rechtshandhaving onmisbaar is, is ze ook niet zonder risico's. Het bestuur vervult immers niet alleen repressieve onderzoekstaken, integendeel. Zijn primaire verantwoordelijkheden liggen in de regel bij de fasen van wetsuitvoering en preventieve controle. Voor al deze doeleinden is vaak dezelfde informatie relevant. Bijgevolg hebben vragen aan justitiabelen al snel een gemengd karakter. Het komt voor dat één en dezelfde persoon in hetzelfde onderzoek bijvoorbeeld niet alleen verdachte is, bijvoorbeeld van (mede)plegen van belastingontduiking, maar ook – en vaak gelijktijdig – als belastingplichtige of als derde over gegevens beschikt over de fiscale aangelegenheden van hemzelf of van zijn medeverdachte. Dat kan verwarring opleveren, in het bijzonder ten aanzien van de hem toekomende waarborgen (in het bijzonder zijn zwijgrecht) en, daarmee corresponderend, de bevoegdheden die de betrokken overheidsdienst toekomen. Dat probleem wringt het meest wanneer meerdere hoedanigheden binnen één dienst zijn verenigd, zoals het geval is bij de Nederlandse FIOD, de Duitse Steufa of de Zwitserse EStV.

Het probleem van de cumulatie van sferen speelt zowel in de innerstatelijke rechtshandhaving als in de interstatelijke. Vooreerst concentreer ik me op de eerste categorie. De bevindingen kunnen nuttige aanwijzingen geven voor een oplossing van soortgelijke problemen op transnationaal niveau.

Eén van de problemen bij het cumuleren van meerdere sferen is het gevaar voor *détournement de pouvoir*. Zeker wanneer de onderzoeksbevoegdheden die aan de te onderscheiden taken zijn gekoppeld, verschillen, kan het aantrekkelijk zijn nu eens de ene, bijvoorbeeld bestuursrechtelijke, weg te kiezen en dan weer de andere, bijvoorbeeld de strafechtelijke.[21] In essentie rijzen dan twee typen vragen. Allereerst,

21 Een dergelijke cumulatie van verschillende typen bevoegdheden treffen we niet alleen aan bij bestuurorganen die strafvorderlijke taken vervullen; in Duitsland en Zwitserland is ook het 'punitieve bestuursrecht' sterk op het straf(proces)recht geënt.

is een dergelijke cumulatie van sferen daadwerkelijk beoogd door de wetgever? In hoeverre is het toelaatbaar dat door een andere autoriteit dan de formele wetgever, bijvoorbeeld de verantwoordelijke minister, meerdere taken worden verenigd binnen één dienst? In Nederland wordt bijvoorbeeld de organisatie van de Belastingdienst in hoge mate aan die dienst zelf gelaten.[22] Datzelfde zagen we in Zwitserland.[23] Is het gevaar dan niet groot dat de bevoegdheden, behorend bij het ene doel, aan een andere taak worden gekoppeld en dat zo feitelijk nieuwe bevoegdheden worden gecreëerd, nu echter niet door de formele wetgever, maar door een ander orgaan? Vooral waar het gaat om grondrechtsinbreuken, kan een dergelijke gang van zaken in strijd komen met het legaliteitsbeginsel.

Maar dan nog, ook al zou de wetgever die keuze wel expliciet voor zijn rekening hebben genomen, zoals is gebeurd in Duitsland (§ 208 AO), welke waarborgen tegen misbruik zijn er dan? Het probleem schuilt bij een cumulatie van sferen namelijk niet zozeer in de afzonderlijke procedures en daaraan gekoppelde bevoegdheden als zodanig, maar in het combineren ervan. Sturingsbeginselen als het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel en de *Untersuchungsgrundsatz* hebben hierop geen invloed. Ook rechterlijke controle, bijvoorbeeld in de vorm van een machtigingsrechter in het opsporingsonderzoek, biedt niet altijd soelaas. Deze mechanismen zien op de strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedures waarin ze functioneren en niet op de samenloop met andere procedures. Ze normeren niet de keuzevrijheid die het bestuur heeft. Deze mag niet uitmonden in willekeur. Waarborgen tegen misbruik zullen dan ook vooral moeten zijn gericht op het in goede banen leiden van deze keuzes. Dat zou ook kunnen worden afgeleid uit de jurisprudentie van het EHRM, waarin consequent wordt aangedrongen op voldoende waarborgen tegen misbruik bij inbreuken op art. 8 EVRM.[24]

Een bijzondere vorm van *détournement de pouvoir* vormt het zogenaamde *détournement de procédure*. Deze vorm van misbruik houdt in dat de ene *procedure* wordt gevolgd waar een andere aangewezen was, zodat mogelijk rechtswaarborgen worden omzeild. Daarbij denk ik in het bijzonder aan het feit waarin dezelfde persoon of instantie wordt gehoord als bijvoorbeeld belastingplichtige, terwijl er tevens een punitief onderzoek tegen hem loopt. Het is ook mogelijk dat een persoon, naast verdachte, tevens derde is in de fiscale aangelegenheden van zijn medeverdachte. In beide gevallen kan een conflict met zijn zwijgrecht ex art. 6 EVRM ontstaan. Om die reden mag in Duitsland bijvoorbeeld een belastingplichtige/verdachte door de Steufa alleen in zijn hoedanigheid van verdachte worden benaderd en dus alleen met strafvorderlijke bevoegdheden.[25] Dergelijke beperkingen gelden niet in Nederland en Zwitserland. In Nederland kunnen controlebevoegdheden ook jegens de verdachte worden gebruikt, mits dat niet uitloopt op een omzeiling van de aan de verdachte als zodanig toekomende waarborgen[26]

---

22 Hoofdstuk 3.2.2.1.
23 Hoofdstuk 5.2.2.2, onder B.
24 EHRM 24 augustus 1998, nr 23618/94, Reports 1998-V (*Lambert/Frankrijk*).
25 Hoofdstuk 4.2.2.3, onder B.
26 Hoofdstuk 3.2.2.4.

Ten derde spelen bij de sfeercumulatie moeilijkheden met betrekking tot de controle op de taakuitoefening. Dat geldt zeker wanneer met die controle verschillende instanties zijn belast, bijvoorbeeld doordat een dienst zowel strafrechtelijke als bestuurlijke taken vervult. In dat geval heeft controle plaats door justitie, c.q. de strafrechter enerzijds en de hiërarchisch meerdere, c.q. de bestuursrechter anderzijds. Zijn deze op de hoogte van mogelijke pettenwissels en zijn ze in staat, c.q. bereid daarop 'crossprocedureel' toezicht te houden? Dat moet nog maar blijken.

Daarmee hangt een vierde punt samen. Ook justitiabelen kunnen problemen hebben met het vinden van rechtsbescherming tegen dergelijke wisselingen tussen procedures. Bij welke instantie moet deze zijn als hij wordt geconfronteerd met instanties met dubbele petten? Gaat hij naar de strafrechter, naar de bestuursrechter en/of, in Nederland, naar de civiele rechter? Een complicatie kan zijn dat, als er al rechtsbescherming openstaat, deze zich vaak richt tegen afzonderlijke onderzoekshandelingen en niet tegen de beslissingen tot bijvoorbeeld de opening van een onderzoek. Juist wanneer er door een dienst tussen procedures wordt gewisseld, is dit problematisch. Immers, het probleem schuilt vaak niet zozeer in de toelaatbaarheid van de maatregelen op zich, maar in het (voortdurend) wisselen tussen verschillende soorten bevoegdheden en procedures. Formeel luidt dan het standpunt dat betrokkenen door dergelijke procedurewissels niet rechtstreeks worden geraakt. Dat is echter nog maar zeer de vraag. Deze problemen spelen bijvoorbeeld in Duitsland, waar als gevolg van de *Rechtsweggarantie* tegen afzonderlijke onderzoekshandelingen beroep openstaat, als deze inbreuk maken op de subjectieve rechten van de betrokkenen (Art. 19 IV GG).[27] Voor de betrokkene is dan echter niet altijd duidelijk tot welke rechter hij zich moet wenden, omdat de handelingen een dubbel karakter hebben en feitelijk meerdere doeleinden dienen. Over dit probleem bestaat in Duitsland de nodige jurisprudentie.[28]

Kortom, een combinatie van meerdere taken binnen één dienst bergt risico's in zich, die afgewogen moeten worden tegen de (mijns inziens duidelijke) voordelen van zo'n combinatie. Dat is al zo in een innerstatelijke context, maar het geldt zeker in een interstatelijke context, waar de bijkomende complicatie zich voordoet dat nationale systemen niet noodzakelijk op elkaar aansluiten. Op dat laatste ga ik hieronder nog in (paragraaf 6.4.1 en verder). Hier beperk ik me tot de innerstatelijke context, teneinde te kunnen bekijken welke lessen hieruit zijn te trekken voor de interstatelijke samenwerking. In alledrie de onderzochte rechtsordes worden de

---

27 Ook Zwitserland kent een grondwettelijk *Recht auf rechtliches Gehör*, maar toch speelt het probleem daar in mindere mate. Ik vermoed dat dit ten eerste samenhangt met het feit dat dit recht in Zwitserland op formele wijze wordt ingevuld: pas als de wetgever heeft besloten dat ergens beroep tegen moet openstaan, moet een procedure aan alle grondwettelijke eisen voldoen. Bovendien doet het probleem van de sfeercumulatie zich nauwelijks voor. De EStV vervult inderdaad meerdere taken, maar die liggen in handen van verschillende subafdelingen; hoofdstuk 5.2.2.3, onder A.
Nederland kent ten slotte geen expliciete *Rechtsweggarantie*. *De facto* vervult de burgerlijke rechter via een ruime uitleg van art. 112 GW echter de functie van restrechter; hoofdstuk 3.3.1.4.

28 Hoofdstuk 4.3.3.5, onder B.

zojuist geschetste problemen namelijk in meer of mindere mate onderkend, hoewel ze uiteraard niet altijd in gelijke mate spelen. Het eerste zojuist geschetste probleem speelt bijvoorbeeld hoofdzakelijk in de fiscale rechtshandhaving in Duitsland en Nederland, waar de fiscus over verschillende typen bevoegdheden (strafrechtelijke en bestuursrechtelijke) beschikt. In Zwitserland is dat een probleem van een veel geringer omvang, doordat de kantonnale fiscus alleen over bestuursrechtelijke bevoegdheden beschikt.[29] Daar doet zich eerder het tegengestelde probleem voor. De Zwitserse fiscus beschikt over zó weinig mogelijkheden dat de fiscale rechtshandhaving ernstig hapert, zeker na de zaak *J.B. t. Zwitserland*.[30]

Van de hier onderzochte systemen bevalt het Duitse systeem, dat is neergelegd in de *Abgabenordnung,* mij het meest. In dat systeem wordt uitgegaan van de gelijkwaardigheid van de punitieve en niet-punitieve procedures.[31] Daarin verschilt het overigens niet van het Nederlandse of Zwitserse systeem. In alledrie de landen geldt deze gelijkwaardigheid en dat zowel in het fiscale recht, als in het financiële. Deze procedures mogen parallel worden gevoerd. Dat betekent ook dat niet-punitieve procedures, die zijn gestoeld op de actieve medewerking van de betrokkene, niet hoeven worden uitgesteld om bijvoorbeeld een omzeiling van het zwijgrecht van de betrokkene te voorkomen. Daarvoor zijn vaak andere mechanismen voorhanden.

Bijzonder aan het Duitse systeem vind ik vooral de relatieve eenvoud en daarmee de overzichtelijkheid ervan. Het *Bundesfinanzhof* maakte immers ten aanzien van onderzoeken door de Steufa uit dat de vraag of een bepaalde onderzoeksmaatregel toelaatbaar is, enkel en alleen wordt beoordeeld aan de hand van de procedure waaraan die bevoegdheid is gekoppeld. Is het een strafvorderlijke maatregel, dan is het strafvorderlijk kader maatgevend; gaat het om een bestuursrechtelijke maatregel, dan geldt dat kader. In hoeverre die informatie al dan niet *mede* andere doeleinden dienen kan, speelt bij die beoordeling geen rol: 'Die jeweilige Aufgabenerfüllung [van § 208 AO, ML] bestimmt somit die Befugnisse, was für eine rechsstaatliche Kontrolle der Tätigkeit der Steufa unerlässlich ist.'[32] Wie een fiscale controlebevoegdheid gebruikt, moet (uitsluitend, maar wel volledig) de relevantie en de toelaatbaarheid ervan voor de fiscale heffing aantonen.

Het grote voordeel hiervan is de mate van transparantie waartoe het de Duitse fiscus dwingt. Deze mag kiezen welke taak hij dienen wil, maar hij wordt ook afgerekend op zijn keuzes. Het valt namelijk direct op als hij van procedure wisselt, zodat hij zich bijgevolg moet verantwoorden en tot openheid wordt gedwongen. Dat is een uitwerking van het *Prinzip der Klarheit* of *Stetigkeit des Verfahrens*. Harde sancties worden echter op schending van dit beginsel in Duitsland vooralsnog niet gesteld. Zo'n sanctie zou kunnen zijn dat wanneer de fiscus er niet in slaagt aanne-

29 Dat is overigens anders voor de *Verrechnungssteuer*. Echter, de betrokken afdelingen zijn binnen de EStV gescheiden, zodat een cumulatie van sferen zich niet voordoet; hoofdstuk 5.2.2.3, onder A.

30 Hoofdstuk 5.2.2.3.

31 Let wel, binnen de punitieve procedures geldt het *Prinzip der Vorrang des Strafverfahrens*; hoofdstuk 4.2.1.5.

32 BFH 25.7.2000, VII B 28/99 = BFHE 192, 44 = BStBl II 2000, 643.

melijk te maken dat hij op andere gronden dan enkele doelmatigheidsoverwegingen tussen procedures wisselt, deze wissels niet worden toegestaan.[33] De transparantie leidt dus ook in Duitsland hoogstens tot *self-constraint* door de fiscus, niet tot van buitenaf opgelegde verboden op (niet nader gemotiveerde) procedurewissels.[34] Zelf ben ik de mening toegedaan dat de rechter, na marginale toetsing, ook tot dat laatste moet kunnen besluiten.[35]

Op de keuzevrijheid van de fiscus geldt in Duitsland bovendien nog een belangrijke beperking: is een betrokken persoon al verdachte, dan mag hij alleen als zodanig (dus niet meer als belastingplichtige) worden benaderd. Controlebevoegdheden kunnen dan tegen hem niet meer worden gebruikt. Het fiscale ambtsgeheim vormt bij dit alles een buitengrens. Daarin verschilt het Duitse systeem overigens niet van het Nederlandse of Zwitserse. Het ambtsgeheim waarborgt dat de bevoegdheden alleen mogen worden gebruikt voor de 'uitvoering van de belastingwet'. Het mag, kortom, alleen gaan om de *fiscale* rechtshandhaving. Ook al zou de fiscus, al dan niet mede, voor andere doeleinden gegevens willen vergaren, dan zou hij dit niet mogen, omdat hij daardoor zijn ambtsgeheim schendt.

> Ook in het Nederlandse recht bracht de Hoge Raad beperkingen aan op het cumulatieve gebruik van bevoegdheden. Gebruik van controlebevoegdheden voor opsporing is immers mogelijk, mits a) niet uitsluitend opsporingsdoeleinden worden gediend en b) de waarborgen van de verdachte in acht zijn genomen. Op het moment dat de fiscus in dezelfde zaak wisselt van pet is dat echter in Duitsland, in tegenstelling tot in Nederland, direct zichtbaar, wat de Duitse fiscus dwingt tot nadere motivering van zijn keuzes. Ook in Nederland geldt het uitgangspunt dat misbruik is verboden, maar door het gebezigde criterium is controle hierop lastig. Het verschil is weliswaar gradueel, maar toch belangrijk. Het gevaar dat de fiscus door het combineren van zijn taken en bijbehorende verschillende bevoegdheden zelf *de facto* nieuwe taken creëert, doet zich in Duitsland minder snel voor; de transparantie van zijn acties is groter.[36]

---

33 Hoofdstuk 4.2.2.3, onder B.

34 Anders geformuleerd: zouden we de fiscus vergelijken met een natuurlijke persoon, dan zou deze, nu hij door de Duitse rechter toch min of meer wordt gedwongen zich in het openbaar van zijn kleren te ontdoen, waarschijnlijk uit eigen beweging aandacht aan zijn lichaam besteden (hij wil immers goed voor de dag komen). Hij wordt ook door de Duitse rechter (waarschijnlijk) niet gedwongen tot een verplichte gang naar de sportschool.

35 Om in de beeldspraak van de vorige noot te blijven: de fiscus is nu eenmaal geen natuurlijk persoon, maar een overheidsorgaan, waarin een groot aantal taken, met daaraan gekoppeld verschillende typen bevoegdheden, is verenigd. Dat vergt een goede lichamelijke conditie: niet alleen openheid is vereist, maar ook de mogelijkheid tot ingrijpen. Waar nodig moet de fiscus naar de sportschool kunnen worden gestuurd. Ik kom hierop terug in mijn aanbevelingen.

36 Ik ben me er overigens van bewust dat in de praktijk de Duitse en Nederlandse oplossingen niet heel ver uit elkaar zullen liggen. Dat heeft ermee te maken dat de opsporingstak van de FIOD minder en minder controlebevoegdheden voor opsporingsdoeleinden toepast.

Nog op een ander punt heeft het Duitse fiscale systeem mijn voorkeur. Dat punt ziet op de vormgeving van het *nemo-tenetur*beginsel in gevallen van sfeercumulatie. § 393 AO doet ook in het heffingsonderzoek de *afdwingbaarheid* van de medewerkingsplicht vervallen op het moment dat een fiscaal strafproces (inclusief *Ordnungswidrigkeiten*) is ingeleid.[37] Om die reden moet de betrokkene op de hoogte worden gebracht van die inleiding (§ 397 AO). Hij weet dan – en moet daarop overigens ook worden gewezen – dat hij *als verdachte* ex § 136 StPO een zwijgrecht heeft en dat hij *als belastingplichtige* als gevolg van § 393 AO niet tot medewerking kan worden gedwongen in het fiscale traject. De medewerkingsplicht zelf blijft overigens wel bestaan. Schattingen van de belastingschuld zijn mogelijk. Deze benadering heeft tot gevolg dat de betrokkene niet wordt geplaatst voor een onmogelijk dilemma, zoals in Nederland waar enerzijds voor de betrokkene voor het fiscale deel de (afdwingbaarheid van de) medewerkingsplicht overeind blijft, maar waar hem anderzijds gelijktijdig voor het punitieve deel en in dezelfde materie een zwijgrecht toekomt.[38] Het argument dat men vaak ter onderbouwing van de instandhouding van de afdwingbaarheid van de medewerkingsplicht hoort ('de eerlijke belastingbetaler mag niet slechter af zijn') overtuigt mij niet. Daarom gaat het niet: het is de overheid zelf die met open vizier de burger moet benaderen. Teneinde bewijs te kunnen verzamelen is men na inleiding van de strafvervolging (in ruime zin) dus aangewezen op hetzij de medewerking van de betrokkene, hetzij op derden, hetzij op dwangmiddelen.[39]

Wat betekent het voorgaande nu voor de internationale samenwerking? Allereerst kunnen de complicaties die zich bij een cumulatie van sferen voordoen op nationaal niveau zich ook voordoen op een transnationaal niveau. Een bijstands- of rechtshulpverzoek kan heel goed gemengde doeleinden hebben. In dergelijke gevallen rijst bijvoorbeeld de vraag of een bijstandsverzoek *mede* strafrechtelijke doeleinden kan hebben en/of dat voor de uitvoering van rechtshulpverzoeken bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden mogen worden gebruikt. Een les die uit de studie van de nationale systemen moet worden getrokken is dat in dergelijke gevallen eerst en vooral openheid vereist is. De betrokkenheid van het bestuur in de fiscale en financiële rechtshandhaving is op zich niet problematisch, maar – integendeel – vaak juist een absolute noodzaak. Van meet af aan moet echter duidelijk zijn waarvoor een bevoegdheid wordt gebruikt. Op die manier wordt een autoriteit tot verantwoording gedwongen, als hij besluit nadien van pet te wisselen.

Die openheid is vereist jegens de aangezochte staat die moet kunnen beoordelen voor welke doeleinden de gegevens zullen worden gebruikt, maar zeker ook jegens de betrokkene, die moet weten in welke hoedanigheid hij wordt benaderd. Of dat

37 In hoofdstuk 4.6 noemde ik dat een horizontaal schot.

38 Terecht stelt A-G Wattel in zijn conclusie bij HR 26 juni 2001, AB 2002, 342, dat 'informatie voor de belastingheffing en informatie voor de beboeting in een geval als het onderhavige echter niet [is] te (onder)scheiden zonder in zelfs voor juristen zeer ijle hoogten van wereldvreemde nuance en subtiliteit te geraken.'

39 Vgl. Trechsel (2005), p. 261-262, die als beeldspraak het verschil tussen de overheid als *rover* en als *afperser* gebruikt. De overheid als rover haalt zelf de informatie, de overheid als afperser laat de betrokkene de keuze.

onder het huidige systeem het geval is, komt aan de orde in paragraaf 6.4.2. Vooruitlopend op mijn conclusies daar kan ik al opmerken dat juist het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp vanuit dit perspectief ongelukkig is, doordat het precies ligt op het raakvlak van toezicht en opsporing. Dat hindert de controle. Het voorgaande leert bovendien dat er ook aandacht nodig is voor het verdere gebruik en de verstrekking van de aan het buitenland verstrekte gegevens. Daarbij zal er ook aandacht moeten zijn voor transnationale geheimhouding, doelbinding en rechtsbescherming. Ook daarop ga ik hieronder in. In de wederzijdse bijstand is hiervoor doorgaans veel aandacht, maar in de wederzijdse rechtshulp ontbreekt ze vaak nog.

6.3 EEN STAGNERENDE TRANSNATIONALE SAMENWERKING

Uit het voorgaande blijkt vooreerst hoezeer bestuur en justitie bij de handhaving van het fiscale en financiële recht in alledrie de onderzochte landen op elkaar zijn aangewezen. Dat is op zich een vaststelling van belang, zeker ook in een systeem van indirecte handhaving waarop de EG is gebaseerd. Tussen de onderzochte landen doen zich echter nogal wat verschillen voor in de precieze onderlinge verhoudingen en taakopdrachten van de betrokken autoriteiten. Dat is in een transnationaal verband mogelijk problematisch.

Hoe passen deze complexe nationale verhoudingen tussen OM en bestuur nu in het bestaande systeem van bijstand en rechtshulp? Op het gebied van de transnationale handhavingssamenwerking bestaan, als gezien, binnen het raamwerk van de Europese Unie twee fora (de eerste en derde pijler), die deels dezelfde, maar in ieder geval zeer nauw gerelateerde onderwerpen behandelen. De vraag die in dit verband kan worden gesteld is of het onderscheid tussen bijstand (eerste pijler) en rechtshulp (derde pijler) en ook de ontwikkeling van deze instrumenten in gescheiden fora, recht doet aan de verschillen in rechtshandhaving die zich binnen de EU-lidstaten kunnen voordoen. Op nationaal niveau zijn toezicht en opsporing nauw verweven; op internationaal niveau worden ze gescheiden. Op die vraag ga ik nu in. Daarbij besteed ik als beloofd allereerst aandacht aan de situatie waarin samenwerking ter handhaving van het fiscale en financiële recht in de lidstaten *niet* van de grond komt. Daarvoor bestaan naar mijn mening twee hoofdoorzaken: enerzijds het organieke criterium voor samenwerking, anderzijds een grote statelijke vrijheid bij de invulling van de samenwerkingsplicht.

6.3.1 Aan de poorten van het systeem: de grootste gemene deler I[40]

Wat bij bestudering van de internationale en communautaire regels over bijstand en rechtshulp tegen het licht van de voorgaande paragrafen het meest opvalt, is dat telkens wordt aangeknoopt bij een organiek criterium voor samenwerking. Daarmee

40 De treffende kwalificatie 'grootste gemene deler' is afkomstig van Daniels (1990), p. 135, die overigens van 'kleinste gemene deler' spreekt. Ik neem aan dat hij grootste gemene deler bedoelt.

is bedoeld dat voor de vraag of een autoriteit een rechtshulp-, danwel bijstandsverzoek kan indienen, de vraag bepalend is of die autoriteit door de lidstaat zelf wordt aangemerkt als 'bestuurlijke' autoriteit, danwel 'justitiële'. Ondanks het feit dat OM en bestuur in alledrie de onderzochte landen tot elkaar in een nauwe relatie staan en ondanks het feit dat men in Europa uitgaat van een systeem van indirecte handhaving, is voor de vraag of kan worden samengewerkt het formele statuut van de betrokken autoriteit bepalend. De autoriteiten moeten hetzelfde statuut hebben, wil er kunnen worden samengewerkt. Vaak blijft de samenwerking daardoor beperkt tot het gemeenschappelijke; tot de grootste gemene deler. Dat kan leiden tot verbazingwekkende situaties.

Het beste voorbeeld hiervan levert de (implementatie van de) Richtlijn marktmisbruik, waarin de lidstaten worden verplicht een aantal gedragingen te sanctioneren, zonder dat daarbij wordt voorgeschreven welk type sanctie dat moet zijn.[41] Bezien we de wijze van implementatie in Duitsland en Nederland, dan kan worden geconstateerd dat Nederland kiest voor zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke handhaving, terwijl Duitsland het ene feit als *Ordnungswidrigkeit* afdoet en het ander als strafbaar feit.[42] De kwalificatie van de(zelfde) feiten en de inrichting van de handhaving door de twee nationale wetgevers is dus verschillend. Daarvoor is ook, gezien het systeem van indirecte handhaving, alle ruimte.[43] Het gevolg van deze keuzes is echter dat zich situaties voordoen waarin de Nederlandse toezichthouder zich niet kan wenden tot het Duitse OM of omgekeerd, omdat de AFM gebonden is aan de wederzijdse bijstand, terwijl het OM gebonden is aan de rechtshulp. Direct contact is niet mogelijk. Alleen langs indirecte weg, doordat de AFM het Nederlandse OM inschakelt of het Duitse OM de BAFin, kan er worden samengewerkt. In dat geval is er als het ware sprake van een dubbele bijstands- of rechtshulpconstructie. De ene autoriteit verzoekt de andere aan weer een andere autoriteit een rechtshulp- of bijstandsverzoek te doen. In Duitsland is dit zelfs expliciet toelaatbaar.[44] Dat alles is niet bepaald transparant, noch ten opzichte van de aangezochte staat, noch tegenover de betrokken personen. Het doet bovendien geen recht aan het systeem van indirecte handhaving, dat staat of valt bij de bereidheid en mogelijkheid om onvermijdelijke interstatelijke verschillen bij de transnationale samenwerking op te vangen.

Het voorgaande is opmerkelijk, omdat de onderliggende materiële normen door de Richtlijn (volledig) zijn geharmoniseerd, maar er ondanks die overeenstemming over de normen toch niet kan worden samengewerkt. Geldt een en ander nu ook voor het fiscale terrein, waar de normen veel verder uit elkaar liggen?[45] Harmonisatie van de directe belastingen heeft immers vrijwel niet plaats, hoewel er plannen zijn om te komen tot een zekere mate van harmonisatie van de fraudebepalingen.

---

41 Hoofdstuk 2.2.2.
42 Daarover verder Luchtman (2006).
43 In gelijke zin, maar om andere redenen, Schmitz (2003), p. 535.
44 Hoofdstuk 4.5.4.2, onder A. Het orgaan dat verantwoordelijk is voor de vervolging van een *Ordnungswidrigkeit* kan het OM verzoeken een rechtshulpverzoek te doen.
45 Daarover hoofdstuk 2.3 en 2.5.

Toch meen ik dat hier hetzelfde moet gelden. De mate van harmonisatie van het achterliggende rechtsgebied vind ik op zich niet doorslaggevend voor de vraag of er tussen 'bestuurlijke' en 'justitiële' autoriteiten kan worden samengewerkt. Duidelijk is dat fiscale samenwerking sinds lang wordt beschouwd als een belangrijk ondersteunend middel om te komen tot een interne markt. Via fiscale samenwerking kunnen fiscale concurrentie, alsmede belastingontduiking en daarmee verstoringen van de interne markt, worden bestreden. Voor de fiscale rechtshandhaving heeft dan ook hetzelfde te gelden als voor de financiële. Een organiek criterium voor samenwerking past niet in het huidige systeem van handhaving van de communautaire rechtsorde. Hiermee is overigens niet gezegd dat de lidstaten ook elkaars (overige) onderlinge verschillen in de aard en organisatie van de fiscale handhaving omwille van de samenwerking volledig zouden moeten aanvaarden. Ik kom daarop nog terug in mijn aanbevelingen (hoofdstuk 7).

Het organieke criterium doet dus niet altijd recht aan de verschillende keuzes voor straf- of bestuursrechtelijke handhaving die staten kunnen maken. Maar er zijn nog andere problemen. Ook de precieze positionering van de punitieve bestuurlijke sanctievarianten is in de dichotomie rechtshulp – bijstand lastig. Moet voor een dergelijke sanctie de bijstands- of de rechtshulpweg worden gevolgd? Dergelijke sancties hebben onmiskenbaar 'strafrechtelijke' kanten. Anderzijds worden ze opgelegd door 'bestuursorganen'. Het feit dat de wederzijdse bijstand kan worden gebruikt voor punitieve doeleinden is op zich niet omstreden. In Zwitserland wordt bijvoorbeeld aanvaard dat bestuurlijke sanctiemodaliteiten via de bijstand kunnen worden afgedaan.[46] Ook Nederland maakt in boeteonderzoeken gebruik van de bijstand en niet van de rechtshulp. Sommige landen hebben echter in hun eigen rechtsordes beperkingen aangebracht en leggen die beperkingen ook op aan het buitenland, wanneer ze aangezochte partij zijn. Zo lijkt men in Duitsland (tegenwoordig) van mening dat *Ordnungswidrigkeiten* en soortgelijke sancties[47] alleen via de strafrechtelijke rechtshulp kunnen worden afgedaan, ook al zijn de betrokken autoriteiten niet onmiddellijk 'justitieel'. Dat kan niet los worden gezien van de omstandigheid dat, vooral door een intensieve Duitse lobby, inmiddels de rechtshulpplicht in tal van verdragen is uitgebreid tot de *Ordnungswidrigkeiten*. Sindsdien bepaalt een min of meer toevallige[48] uitbreiding van de rechtshulp deels de (on)mogelijkheden tot directe samenwerking tussen bestuur en justitie in de Europese rechtsruimte: *Ordnungswidrigkeiten* moeten via de rechtshulp, andere (punitieve) sancties via de bijstand.

Tegen deze achtergrond vind ik overigens de bijna religieuze overtuiging waarmee Zwitserland op dit moment probeert zijn *Steuerhinterziehung* buiten het

46 Hoofdstuk 5.5.2.1, onder A.

47 Dat wil zeggen: geldelijke punitieve bestuurlijke sancties, waartegen beroep openstaat op een ook in strafzaken bevoegde rechter.

48 Een 'toevallige' uitbreiding, omdat Duitsland wel degelijk geprobeerd heeft de *Ordnungswidrigkeit* (ook) onder te brengen bij de wederzijdse administratieve bijstand, hoofdstuk 2.4.3.2.

> bereik van de rechtshulp te houden verbazingwekkend.[49] Dat de *Ordnungswidrigkeit* nu wordt geschaard onder de rechtshulp in plaats van de bijstand lijkt meer een historische toevalligheid dan het gevolg van een diepgaande theoretische onderbouwing van nut en noodzaak van een onderscheid tussen bijstand en rechtshulp.

De problemen gaan nog verder. Niet alleen de bestuurlijke sanctiemodaliteiten zorgen voor problemen bij een organiek criterium. Hetzelfde geldt voor de verschillende afbakeningen die er in de verschillende landen bestaan tussen 'toezicht' en 'opsporing'.[50] Op zich is het niet verboden dat bijstandsverzoeken dienen ter opsporing. Zo is in de toelichting op de Richtlijn marktmisbruik bijvoorbeeld al te lezen: 'gezien de toename van grensoverschrijdende activiteiten zou de Europese wetgeving moeten waarborgen dat de regelgevende en toezichthoudende autoriteiten doeltreffend samenwerken om marktmisbruik te voorkomen, *op te sporen*, *te onderzoeken* en *te vervolgen* [cursief ML].'[51] In het voorgaande zagen we inderdaad dat in Duitsland en Zwitserland sommige bestuursorganen duidelijk opereren in de voorfase van de opsporing. Deze dichten als het ware een proactief gat, dat is ontstaan doordat beide landen een opsporingsbegrip kennen dat is gekoppeld aan een klassiek verdenkingsbegrip,[52] terwijl gespecialiseerde opsporingsdiensten in het financiële recht ontbreken. Dat is anders in Nederland, waar voor de financiële criminaliteit een verruimd opsporingsbegrip met verruimde bevoegdheden geldt en de FIOD-ECD onder leiding van het OM opsporingsonderzoeken uitvoert. Soortgelijke taken worden in het ene land dus door toezichthouders verricht en in het andere door opsporingsdiensten. Het is om deze reden dat er soms wordt geschipperd met de vraag wie rechtshulp- of bijstandsverzoeken indienen kan. Het Zwitserse *Bundesgericht* stond bijvoorbeeld toe dat sommige toezichthouders rechtshulpverzoeken indienen, hoewel er zeer grote vraagtekens kunnen worden gesteld bij hun hoedanigheid van 'justitiële autoriteit.'[53] Opnieuw is dit een relativering van het organieke criterium omwille van de samenwerking.

Nog op een vierde wijze doet een organiek criterium geen recht aan interstatelijke verschillen. Met de mogelijkheid van parallel onderzoek en de zogenaamde dubbele pettenproblematiek weet het criterium zich evenmin veel raad. Het voeren van parallel onderzoek is niet verboden en hangt samen met de verdedigde principiële gelijkwaardigheid van de procedures (zie boven). Die benadering wordt ook transnationaal doorgevoerd. Het is bijvoorbeeld niet verboden om bijstandsverzoeken in te dienen als er al een opsporingsonderzoek loopt. Aldus voor 'bijstands-

---

49 Zwitserland liet, om problemen te voorkomen, in zijn interne wetgeving expliciet de bepaling opnemen dat tegen *Steuerhinterziehung* beroep op de strafrechter uitgesloten is; hoofdstuk 5.5.4.1, onder B.

50 Ik plaats de termen tussen aanhalingstekens om aan te geven dat hieronder per land zeer verschillende aspecten kunnen worden gevat.

51 COM 2001(281), p. 5.

52 Daaronder versta ik: 'een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd.'

53 Hoofdstuk 5.5.4.1, onder B.

doeleinden' verkregen gegevens, wat daaronder ook moge worden verstaan,[54] dienen dan mogelijk *mede* 'strafrechtelijke doeleinden' of *vice versa*. In wezen is dit een variant op de sfeercumulatieproblematiek van de vorige paragraaf. Nog veel verder gaan de recente herzieningen van de belastingverdragen met Zwitserland die fiscale bijstand toestaan bij onderzoeken naar fiscaal bedrog of soortgelijke delicten, waardoor de bijstand vrijwel een identieke functie als de rechtshulp gaat vervullen.[55]

Dat een rechtshulp- of bijstandsverzoek *mede* andere doeleinden dienen kan dan de doeleinden die vallen onder de reikwijdte van het ingeroepen instrument, kan worden verklaard door de reikwijdte van het transnationale ambtsgeheim. In toenemende mate wordt ook hier de onderlinge relevantie van bestuurlijke en justitiële rechtshandhaving onder ogen gezien. Waar vroeger de doorleiding van gegevens aan bijvoorbeeld justitie aan toestemming was gebonden (*Prinzip der langen Hand*), mogen deze nu vaak worden doorgeleid. Communautaire instrumenten werpen hier tegenwoordig minder beperkingen op.[56] In de nieuwe Richtlijn beleggingsdiensten komen we zelfs de voorziening tegen dat nationale toezichthouders moeten beschikken over de mogelijkheid 'strafrechtelijke vervolgingsprocedures in te leiden' (art. 50, lid 2, sub l), wat ook suggereert dat ze justitie ter zake met informatie voeden. Toch wordt ook hier nog de nodige ruimte aan de lidstaten gelaten.

> Een weinig fraai, maar uitstekend voorbeeld van waartoe dit laatste leiden kan, levert de Nederlandse omzetting van art. 7 Richtlijn 77/799 in de art. 14 en 15 WIB. Uit het buitenland verkregen fiscale gegevens mogen op grond van art. 7 worden doorgeleid aan justitie. De richtlijn laat staten echter nog de nodige ruimte.[57] Zeer opvallend is hier de Nederlandse WIB die inderdaad toestemming eist voor ieder ander gebruik dan de *heffing* en, sinds kort, de bestuursrechtelijke handhaving, van belastingen. Deze benadering voldoet formeel aan de eisen van de richtlijn, maar spoort niet met de innerstatelijke rechtshandhaving waar de doorleiding van gegevens aan justitie nooit een groot probleem was. Ook de richtlijn zelf vereist een dergelijke houding niet, integendeel. De vraag rijst waarom Nederland zo (buitensporig) streng is. Het is bovendien onduidelijk aan welke criteria de verzoeken voor doorleiding moeten worden getoetst.
>
> Ook in de financiële bijstand zien we in Nederland strenge eisen aan doorleiding (art. 1:90 Wft), zelfs wanneer de informatie in het buitenland zal gaan worden gebruikt voor financiële of 'wetseigen' delicten. In Zwitserland werden voor de laatste categorie delicten onlangs de eisen voor doorleiding versoepeld.[58]

In de wederzijdse rechtshulp is deze materie zelfs vrijwel helemaal overgelaten aan de lidstaten, ook al vallen de via de rechtshulp verkregen gegevens in de aangezoch-

54 Opsporing is hiervan niet uitgesloten, net zomin als punitieve sanctionering, zo zagen we zojuist.
55 In hoofdstuk 5.5.3.1, onder A, betoonde ik me daarover zeer kritisch.
56 Vgl. art. 16, lid 4, Richtlijn marktmisbruik. Ten aanzien van art. 54, lid 3, MiFID, is enige voorzichtigheid geboden, waarover hoofdstuk 2.2.3.2.
57 Hoofdstuk 2.3.3.3.
58 Hoofdstuk 5.5.2.1.

te staat onder het fiscale of financiële ambtsgeheim. We zien daar overigens wel een toegenomen aandacht voor de bescherming van persoonsgegevens.[59]

Maar ook waar een streng nationaal ambtsgeheim iedere vorm van doelafwending zou verhinderen, betekent dat niet het einde van de directe samenwerking tussen 'bestuurlijke' en 'justitiële' autoriteiten. Sommige autoriteiten beschikken namelijk over de mogelijkheid om én bijstands- én rechtshulpverzoeken in te dienen. De grote mate van vrijheid die staten hebben, biedt hun de mogelijkheid in om naar believen autoriteiten als 'bevoegd' aan te wijzen. Bijgevolg kennen alledrie de landen een of meer autoriteiten die in een transnationale context over twee (of zelfs drie)[60] petten beschikken en zowel rechtshulp- als bijstandsverzoeken kunnen indienen.[61] Dat lijkt niet verboden. Als dit probleem al wordt onderkend, wordt in de regel volstaan met de voorziening dat de regels betreffende de bijstand de regels over de rechtshulp onverlet laten. Daarmee lijkt vooral te zijn bedoeld dat men in EU-verband in de eerste pijler geen afbreuk wil doen aan de regels van de derde pijler.[62] Bijgevolg kunnen beide worden toegepast en dat naar keuze van de betrokken autoriteit. Gezien de overlap in de onderliggende materie is dit echter ook een risicovolle situatie. Verschillen in toepassingsbereik, weigeringsgronden, toepassingsvoorwaarden, rechtsbescherming en doelbinding kunnen in zo'n geval op zichzelf de keuze voor de ene danwel de andere weg bepalen. Een en ander relativeert niet alleen opnieuw de betekenis van het organieke criterium, maar zorgt er ook voor dat in dergelijke situaties de bijstands- en rechtshulpregels zelf voorwerp van discussie worden in plaats van dat ze de samenwerking ondersteunen.

Uit het voorgaande rijst dus een wat tweeslachtig beeld. Enerzijds wordt een organiek criterium gehanteerd dat weinig recht doet aan de grote interstatelijke verschillen, anderzijds worden om die reden – terecht – pogingen gedaan tot een versoepeling van dat criterium. Het criterium veronderstelt immers een eenvormigheid in aard en organisatie in de rechtshandhaving in de verschillende staten die eenvoudig niet bestaat. Om die reden wordt het onderscheid op tal van manieren, direct of indirect, omzeild. We zouden daarom met enige overdrijving kunnen stellen dat het onderscheid ook nu al niet meer bestaat. De ultieme consequentie daarvan – direct en rechtstreeks verkeer tussen 'bestuurlijke' en 'justitiële' autoriteiten – wordt echter (nog?) niet aanvaard. In paragraaf 6.3.3 ga ik hier nog iets verder op in, waarbij ik een aantal elementen *pro* het huidige systeem zal bespreken. Daaraan voorafgaand wil ik wijzen op een andere omstandigheid die een soepel lopende samenwerking in een systeem van indirecte handhaving in de weg staat. Het gaat om de grote mate van vrijheid die de lidstaten wordt gelaten.

---

59 Hoofdstuk 2.4.3.3.

60 De politiële samenwerking levert in theorie nog een derde weg (pet) op; daarover hoofdstuk 3.5.3.3 en 4.5.3.3.

61 In Nederland is dat de FIOD, in Duitsland de Steufa en de BAFin en in Zwitserland is dat de EBK. Ook de bevoegde bestuursorganen in een *Ordnungswidrigkeitenverfahren* (BuStra en BAFin) kunnen zowel bijstands- als rechtshulpverzoeken indienen.

62 Vervaele & Klip (2002), p. 264.

6.3.2 Eenmaal binnen de muren: de grootste gemene deler II

Het is niet zo dat alleen het organieke criterium voor problemen zorgt, die zijn gerelateerd aan de complexe verhouding tussen transnationale bestuurlijke en strafrechtelijke rechtshandhaving. Is men eenmaal 'binnen' in het systeem, dat wil zeggen: is men eenmaal erkend als bevoegde autoriteit, dan nog komt samenwerking niet altijd (volledig) van de grond. Daar is vanuit het perspectief van het specialiteitsbeginsel wel wat voor te zeggen. Immers, aangezien de verzoekende staat, zo bleek zojuist, in hoge mate vrij is in de aanwijzing van zijn bevoegde autoriteiten, moet de aangezochte partij kunnen beoordelen of zij in het concrete geval wel bijstand of rechtshulp wil verlenen. Is zij bijvoorbeeld bereid onderzoeksbevoegdheden, die ten behoeve van de *innerstatelijke* rechtshandhaving beschikbaar zijn ook toe te passen voor *interstatelijke* doeleinden? Is zij bereid inbreuken te maken op haar bankgeheim? Dat staat niet zonder meer vast, integendeel.

Het kan gebeuren dat, ondanks de erkenning als bevoegde autoriteit, in het geheel geen bijstand (of rechtshulp) wordt verleend of dat deze beperkt blijft tot bepaalde handelingen, zoals het alleen verstrekken van reeds voorhanden zijnde gegevens. De discussie verschuift hierdoor als het ware van de vraag *of* rechtshulp, danwel bijstand kan worden verleend naar de vraag *waartoe* men precies bereid is. De toepasselijke internationale en ook nationale regels vertonen hier opnieuw grote verschillen. De afzonderlijke lidstaten wordt veel ruimte gelaten. Ik bespreek hier achtereenvolgens a) de voorwaarden waaronder een autoriteit bijstand of rechtshulp mag vragen, b) de toepassing van de *locus*regel en c) een aantal verschillen in weigeringsgronden en toepassingsvoorwaarden.

Op inter- en supranationaal niveau worden geen regels geformuleerd voor de vraag wat een autoriteit, die als bevoegd is aangewezen, aan het buitenland mag vragen. Het feit *dat* er afspraken zijn, impliceert de bevoegdheid daartoe.[63] Dit kan er toe leiden dat de verzoekende autoriteit om de toepassing van bevoegdheden vraagt waarover hijzelf niet beschikt. Deze problematiek staat bekend als de *silverplatter*problematiek. Het verzoeken van gegevens aan het buitenland is een eenvoudige manier om onder de beperkingen, die in de eigen rechtsorde gelden, uit te komen en de gezochte informatie vanuit het buitenland op een zilveren dienblad gepresenteerd te krijgen. Vooral in de wederzijdse rechtshulp leggen alledrie de onderzochte landen dan ook de beperking aan dat de verzoekende autoriteit alleen om handelingen mag verzoeken, als ze daartoe zelf ook bevoegd is.[64] Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat ze over een voorafgaand rechterlijk verlof moet beschikken.

Maar ook de aangezochte staat werpt in de regel beperkingen op. Direct gerelateerd aan het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp is allereerst de praktijk, die in alledrie de onderzochte landen wordt gevolgd, dat ter uitvoering van bijstandsverzoeken alleen bestuurlijke bevoegdheden mogen worden gebruikt, terwijl voor rechtshulpverzoeken alleen strafvorderlijke bevoegdheden mogen worden ge-

63 Vgl. Wettner (2005), p. 334-337.
64 Daarover ook Gleß & Spencer (2006).

bruikt.[65] Ook al zou een aangezochte autoriteit dus ten behoeve van de innerstatelijke rechtshandhaving over ruimere bevoegdheden beschikken, dan mag zij deze niet gebruiken.

> Een goed voorbeeld hiervan levert het Duitse recht, waar bestuurorganen die bevoegde autoriteit zijn in het kader van *Ordnungswidrigkeitenverfahren* de daarbij horende bevoegdheden niet mogen gebruiken voor de uitvoering van bijstandsverzoeken.[66] De vraag is of dit systeem nog spoort met de Europese eisen. Zo verlangt de Richtlijn marktmisbruik dat de bevoegde autoriteit ter uitvoering van bijstandsverzoeken alle bevoegdheden gebruikt, waarover hij als gevolg van de Richtlijn marktmisbruik zelf beschikt. In art. 12 worden deze bevoegdheden omschreven. Het gaat daarbij ook om bevoegdheden die naar Duits recht opsporingsbevoegdheden zijn en waarover de BAFin als gevolg van de *OWiG* beschikt. Op basis van art. 12 j° 16 van de Richtlijn zou kunnen worden betoogd dat Duitsland de Richtlijn marktmisbruik op dit punt niet goed heeft geïmplementeerd.

Op zich lijkt de gedachte consequent dat voor rechtshulpverzoeken alleen strafvorderlijke bevoegdheden mogen worden gebruikt en dat voor bijstandsverzoeken het omgekeerde geldt. Een en ander veronderstelt echter opnieuw een eenvormigheid die niet bestaat. Daarom rijst dezelfde vraag als in de vorige paragraaf: wordt als gevolg van dit vereiste de samenwerking niet te zeer beperkt tot het gemeenschappelijke en in hoeverre doet men daarmee recht aan grote interstatelijke verschillen, zeker wanneer de verzoekende partij op haar beurt alleen om datgene mag vragen wat ze zelf ook mag?

Diezelfde vraag rijst, wanneer we een blik werpen op (een aantal van) de weigeringsgronden die we in de inter- en supranationale regels tegenkomen. Vooral de regels in de fiscale bijstand kennen veel beperkingen, die door veel lidstaten, waaronder Nederland, vaak van facultatieve tot imperatieve weigeringsgronden zijn gemaakt. Zo komen we bijvoorbeeld de weigeringsgrond tegen dat de aangezochte lidstaat niet verplicht is 'tot het instellen van een onderzoek of het verstrekken van inlichtingen wanneer de wetgeving of de bestuurlijke praktijk van de aangezochte lidstaat de bevoegde autoriteit van die lidstaat niet toestaat een zodanig onderzoek in te stellen of de gevraagde inlichtingen in te winnen' (vgl. art. 8, lid 1, Richtlijn 77/799). Deze grond beperkt de samenwerking opnieuw tot de grootste gemene deler als de nationale systemen ook maar even van elkaar verschillen. In de fiscale bijstand mogen zelfs al voorhanden zijnde gegevens dan niet meer worden verstrekt, ook al biedt art. 7 van die Richtlijn 77/799 naar mijn smaak voldoende zekerheid over geheimhouding van de verstrekte gegevens.

---

65 Al voorhanden zijnde gegevens mogen overigens zonder meer worden verstrekt. Fiscale controle-informatie kan via een rechtshulpverzoek worden verstrekt. De bepalingen van het transnationale fiscale ambtsgeheim (art. 7 Richtlijn 77/799 of corresponderende bepalingen) gelden dan niet, hoogstens het nationale justitiële ambtsgeheim.

66 Hoofdstuk 4.5.2.1, onder B.

Het is gebleken dat dergelijke ruim geformuleerde weigeringsgronden aanleiding kunnen geven tot acties die op zijn minst vatbaar zijn voor discussie. Bekend is het voorbeeld van Duitsland dat zijn fiscale bankgeheim omzette in wetgeving (§ 30a AO), toen men de reikwijdte van art. 8 Richtlijn 77/799 wilde beperken.[67] Opmerkelijk vind ik ook de beperkingen die de Nederlandse en Zwitserse fiscus zichzelf opleggen. De Nederlandse fiscus kon bijvoorbeeld tot voor kort alleen om bijstand vragen voor heffingsdoeleinden, hoewel hij zelf al lang punitieve taken heeft.[68] Dergelijke belemmeringen vinden hun oorsprong noch in nationaal recht, noch in internationale of communautaire afspraken. Ze zijn 'self imposed' en ronduit belemmerend voor de eigen rechtshandhaving, maar worden begrijpelijker, wanneer we – zoals hier – ook de positie van dezelfde staat als aangezochte partij in de beoordeling betrekken. Immers, met een beroep op het non-discriminatie beginsel (vgl. art. 8 Richtlijn 77/799) kunnen dan vergelijkbare buitenlandse verzoeken eveneens worden afgehouden.[69] Dat neigt naar fiscale concurrentie in plaats van naar fiscale samenwerking en lijkt in strijd met de doelstelling van de EG om *harmful tax competition* tegen te gaan.

In de wederzijdse rechtshulp zou de voorwaarde van dubbele strafbaarheid aanleiding kunnen geven tot soortgelijke discussies. Art. 5 ERV staat toe dat staten de uitvoering van zware onderzoekshandelingen koppelen aan (onder meer) de voorwaarde van dubbele strafbaarheid. Dat heeft enerzijds achtergronden die raken aan nationale soevereiniteit en ook reciprociteit, maar heeft anderzijds ook een rechtsbeschermende functie voor het individu.[70] Deze kan door toepassing van de voorwaarde beter voorzien voor welke feiten de overheid bepaalde dwangmiddelen toepassen kan. Opnieuw wordt zo de samenwerking beperkt tot het gemeenschappelijke, echter ditmaal met een aantal belangrijke nuanceringen. Voor andere handelingen dan de dwangmiddelen, bedoeld in art. 5 ERV, moet namelijk – als geen andere weigeringsgronden aanwezig zijn – wél rechtshulp worden verleend, ook al is het feit in de aangezochte staat niet strafbaar. Al voorhanden zijnde gegevens, waaronder ook fiscale of financiële controle-informatie kan vallen, moeten dus worden verstrekt, terwijl aandacht voor geheimhouding en doelbinding op supranationaal niveau goeddeels ontbreekt.[71] We zien dat de wederzijdse rechtshulp hier verder gaat dan de administratieve (fiscale) bijstand.

De discussie over de dubbele strafbaarheid en het begrip 'dwangmiddelen' speelde tussen de EU en Zwitserland in het kader van de Zwitserse associatie bij Schengen. Als bekend is Zwitserland zeer terughoudend met het verlenen van rechtshulp (of bijstand) voor *Steuerhinterziehung* bij de directe belastingen. Momenteel

67 Duitsland diende vervolgens een voorstel in tot beperking van art. 8 Richtlijn 77/799; daarover hoofdstuk 2.3.3.4 en 4.3.1.1 en 4.3.3.1, onder B.

68 Hoofdstuk 3.5.3.1, onder A. De Zwitserse EStV mag alleen voor gevallen van fiscaal bedrog rechtshulp vragen, hoewel ze ook voor de belastingontduiking bevoegd is; hoofdstuk 5.5.4.2, onder A.

69 Zie mijn opmerkingen in de vorige paragraaf over de art. 14 en 15 WIB.

70 Hoofdstuk 2.4.3.4; vgl. HR 2 november 2004, JOL 2004, 576.

71 Hoofdstuk 2.4.3.4.

> is het daartoe niet verplicht. Echter, op het moment dat art. 8 Protocol bij de EU-rechtshulpovereenkomst in werking treedt, komt op Zwitserland ook een rechtshulpplicht te rusten. Art. 8 trekt immers art. 50 SUO in. Naar verwachting verschuift de discussie zich dan en wordt (opnieuw) de vraag relevant wat precies onder een 'dwangmiddel' moet worden verstaan. Vallen hieronder bijvoorbeeld ook inlichtingenvorderingen en andere actieve medewerkingsplichten? Of gaat het alleen om de passieve duldplichten?[72]

Kortom, we zien dat ook in die gevallen waar directe samenwerking ondanks het organieke criterium wel mogelijk is, deze toch niet altijd van de grond komt. Op dit punt lopen de regels voor fiscale bijstand, financiële bijstand en strafrechtelijke rechtshulp overigens nogal uiteen.[73] Dat is voer voor de eerder verkondigde stelling dat het huidige systeem de kans op misbruik eerder vergroot dan verkleint. Het geeft de betrokken autoriteiten een extra reden om op oneigenlijke, maar nauwelijks te controleren gronden te kiezen voor de ene, danwel de andere weg.

6.3.3 Zin en onzin van het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp

Het bestaande onderscheid tussen bijstand en rechtshulp en de hoge mate van vrijheid van staten om verdragen, richtlijnen en verordeningen naar eigen inzicht uit te leggen, leidt ertoe dat samenwerking vaak beperkt blijft tot de grootste gemene deler. De vraag is nu of dit dwingt tot het inslaan van een andere weg. Via die andere weg zou kunnen worden bereikt dat de betrokken 'bestuurlijke' en 'justitiële' autoriteiten direct met elkaar kunnen samenwerken in die gevallen waarin ze feitelijk dezelfde of soortgelijke taken verrichten. Dat verhoogt in ieder geval de transparantie van het interstatelijke gegevensverkeer. Echter, ook al is het huidige onderscheid tussen bijstand en rechtshulp in hoge mate 'toevallig', want in de loop der tijd totstandgekomen binnen verschillende gremia, dan nog laat dit onverlet dat het wel degelijk nuttige functies vervullen kan. Wordt door vervanging van het organieke criterium dan niet het kind met het badwater weggegooid? Tegenstanders van zo'n oplossing kunnen inderdaad wijzen op een aantal (mogelijke) bezwaren. Ik bespreek deze hieronder.

6.3.3.1 De vertrouwenspositie van het bestuur (toezichthouder)

Een argument dat vooral in het *innerstatelijke* financiële toezicht veel wordt gehoord, is de vertrouwenspositie die de toezichthouders in moeten nemen in de richting van hun onder toezicht gestelden. In een continu proces dat het financiële toezicht beoogt te zijn, moet er – in deze gedachtegang – tussen beide een zekere mate van vertrouwen bestaan wat onder meer zou impliceren dat informatie over onder toezicht gestelden zo veel mogelijk in handen blijft van de toezichthouder en in

72 Hoofdstuk 5.5.4.1, onder B.
73 Hoofdstuk 2.5.

beginsel niet in de handen komt van justitie.[74] Waar justitie slechts incidenteel te maken heeft met financiële instellingen, zou de toezichthouder zijn aangewezen op een goede band met zijn onder toezicht gestelde om zijn taak te kunnen uitoefenen. Om die reden is bijvoorbeeld de AFM nog steeds niet verplicht, maar wel bevoegd aan het OM gegevens te verstrekken. Dit vertrouwensargument mist ook zijn transnationale of *interstatelijke* uitwerking niet. Integendeel, het zou alleen maar aan kracht winnen. Immers, als samenwerking in de nationale context al problematisch is, dan geldt dit *a fortiori* voor samenwerking met de buitenlandse justitie, op wie de toezichthouder nog veel minder zicht, c.q. grip heeft.

Mij overtuigt het vertrouwensargument echter niet. Het lijkt allereerst een 'Nederlands' argument. In Duitsland en Zwitserland gaat de wetgever juist uit van nauwe onderlinge afstemming en samenwerking tussen justitie en toezichthouder.[75] Bovendien wordt op nationaal en Europees niveau in toenemende mate verlangd dat de toezichthouder zelf waar nodig corrigerend en zelfs bestraffend optreedt. Toezichthouders moeten op basis van de Europese richtlijnen beschikken over de mogelijkheid om sancties op te leggen. Op basis van art. 50, lid 2, sub l, Richtlijn beleggingsdiensten moeten toezichthouders bovendien over de mogelijkheid beschikken om strafprocedures in te leiden.[76] Dat alles duidt juist op actieve en nauwe samenwerking. Duidelijkheid over het gebruik van de gegevens door toezichthouder en justitie lijkt me dan ook belangrijker voor een goede verstandhouding tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde dan het afschermen van gegevens voor justitie, zelfs in die gevallen waar misstanden het imago van de sector zouden kunnen aantasten. Het is dan ook terecht dat het 'vertrouwensargument' meer en meer wordt losgelaten.[77] Vooral in die situaties waarin het bestuur zelf punitieve taken heeft, komt een beroep op een vertrouwenspositie mij vreemd voor. Ook de onafhankelijkheid van de toezichthouder komt bij samenwerking mijns inziens niet in gevaar, zolang samenwerking plaatsheeft op basis van gelijkwaardigheid. Dat laatste moet echter niet worden verward met vrijblijvendheid.

6.3.3.2 De aard en ernst van de onderliggende feiten

Ook het tweede argument tegen een opheffing van het organieke criterium en de invoering van direct contact tussen administratieve en justitiële autoriteiten heeft zijn oorsprong in *innerstatelijke* discussies. Die discussies hebben betrekking op het al dan niet bijzondere karakter van het strafrecht ten opzichte van andere rechtsgebieden en de betekenis daarvan voor de verhoudingen tot die gebieden, waaronder in het bijzonder ook het bestuursrecht. De discussies ontstonden toen met de

---

74 Daarover Althaus (1997), p. 119-120; Luchtman (2002).

75 Vgl. in het bijzonder ook de jurisprudentie van het *Bundesgericht*, aangehaald in hoofdstuk 5.5.2.1, onder C.

76 Hoofdstuk 2.2.2. Overigens laat de richtlijn zich niet uit over de vraag of het om een bevoegdheid of om een plicht gaat.

77 Dat is overigens anders voor het zogenaamde prudentiële toezicht. Van de Nederlandse prudentiële toezichthouder, De Nederlandsche Bank/DNB wordt opperste discretie verwacht.

opkomst van de verzorgingsstaat het aantal overheidstaken aanzienlijk toenam en er moest worden nagedacht over de mogelijke rol van het strafrecht bij de handhaving van al die nieuwe rechtsgoederen die de verzorgingsstaat had gecreëerd. In alledrie de landen heeft dit geleid tot felle meningsverschillen, waarin vertegenwoordigers van de 'klassieke' richtingen – kort gezegd – de rol van het strafrecht het liefst beperkt zien tot een bescherming van de klassieke rechtsgoederen en het *qualitate qua* een te zwaar middel achten voor de fiscale of financiële rechtshandhaving en andere nieuwe rechtsgoederen (bijvoorbeeld ook het milieu). Anderen achten het strafrecht juist wel inzetbaar bij de bescherming van deze nieuwe rechtsgoederen en zien het strafrecht als een van meerdere handhavingsmechanismen, waaruit de wetgever kan kiezen.

> Hier raken we ook de principiële discussie over de vraag wanneer een feit bestuurs- en wanneer strafrechtelijk moet worden afgedaan. In Duitsland waar de *Ordnungswidrigkeit* werd geïntroduceerd als een grote decriminaliseringsoperatie en bestuursrechtelijke afdoening alleen mogelijk was voor zogenaamde *Ordnungsdelikte*, was dit een heet hangijzer.[78] Men heeft lange tijd gezocht naar een criterium voor afbakening tussen enerzijds de ethisch neutrale wetsdelicten en anderzijds de veel ernstiger rechtsdelicten. In Nederland is die discussie zeker sinds de bestuurlijke boete ook gevoerd.[79] In Zwitserland heeft deze discussie een heel andere rol gespeeld, doordat het (federale) *Verwaltungsstrafrecht* wordt beschouwd als een onderdeel van het strafrecht zelf.[80] Het federale bestuur is zelfs verantwoordelijk voor de vervolging van misdrijven.

Dergelijke nationale discussies kunnen op meerdere wijzen hun doorwerking hebben in de transnationale samenwerking.[81] Nationale wetgevers kunnen verschillende keuzes maken bij de handhaving door strafrecht en/of bestuursrecht. Soms wordt een feit in de aangezochte staat zelfs helemaal niet gehandhaafd. Waarom zou deze dan gehouden zijn andere keuzes door andere staten te erkennen? *In extremo* zou men, de klassieke lijn volgend, inderdaad kunnen stellen dat het direct meewerken door justitie aan de buitenlandse bestuurlijke rechtshandhaving hoe dan ook niet mogelijk kan zijn vanwege de bijzondere en ingrijpende aard van het nationale strafrecht. (Strafrechtelijke) samenwerking zou daarom beperkt moeten blijven tot samenwerking met justitiële autoriteiten. Maar ook een minder vergaande opvatting leidt tot hetzelfde resultaat in het geval dat het bestuur uit staat A justitie uit staat B om hulp verzoekt, omdat het feit daar strafrechtelijk wordt afgedaan.[82] Het verlenen

78 Hoofdstuk 4.2.1.4, onder A.
79 Vgl. onder meer Corstens (1984); De Roos (1987); Vervaele (1994); Kelk (2005), p. 115 e.v.
80 Hoofdstuk 5.2.1.4, onder A.
81 In die richting Schünemann (2004).
82 Ze is minder rigide, omdat deze opvatting niet alle direct contact tussen bestuur en justitie uit verschillende staten zou verbieden. Deze opvatting zou er niet aan in de weg staan dat wordt samengewerkt in gevallen waarin een justitiële autoriteit de verzoeker is, omdat dan kan worden betoogd dat wie het meerdere mag (strafrecht als *ultimum remedium*), ook het mindere mag (bestuursrechtelijk onderzoek).

van die hulp zou dan, zo kan worden betoogd, neerkomen op een miskenning van de keuze die wetgever B heeft gemaakt, zo zou men kunnen betogen. Immers, deze heeft met zijn keuze voor het strafrecht invulling heeft gegeven aan de *ultimum-remedium*gedachte. Het (organieke) onderscheid tussen bijstand en rechtshulp geeft daaraan in deze visie eveneens uitdrukking en kan daarom niet worden afgeschaft.

Ik meen echter dat dergelijke vertalingen van de innerstatelijke discussies naar het interstatelijke niveau niet stand kunnen houden. Ten eerste lijkt ook in de innerstatelijke context van de hier onderzochte landen inmiddels min of meer gangbaar dat de keuze voor de inzet van het strafrecht of bestuursrecht door de nationale wetgever op doelmatigheidsgronden mag worden ingevuld. In dat geval is het strikt vasthouden aan de eigen nationale keuzes bepaald niet geloofwaardig, omdat men zelf net zo goed tot een ander oordeel had kunnen komen. In wezen levert de hierboven aangehaalde verschillende waardering van de normen van art. 2 Richtlijn marktmisbruik door Nederland en Duitsland, resulterend in verschillende keuzes voor strafrecht en bestuursrecht, hiervan een prima illustratie.

> In alledrie de landen wordt de nationale wetgevers nu een min of meer ruime marge gelaten, waarbij ze zich ook mogen laten leiden door doelmatigheidsoverwegingen. Het (meest strenge) *Bundesverfassungsgericht* maakt overigens nog wel het voorbehoud dat het *Kernbereich* van het strafrecht niet mag worden aangetast.[83] Daarover mag alleen de strafrechter zich uitspreken. Dat laat onverlet dat ook in Duitsland de vrijheid van de wetgever om te kiezen voor de bestuurs-, danwel strafrechtelijke weg min of meer algemeen wordt erkend.

Ten tweede wijs ik er op dat ook het huidige onderscheid tussen bijstand en rechtshulp niet aan voornoemde eisen voldoet. Het meest duidelijk komt dit tot uitdrukking in het feit dat bij de *Ordnungswidrigkeiten*, die door de Duitse wetgever nota bene worden gezien als een middel tot decriminalisering, via de rechtshulpkanalen wordt samengewerkt. De aard en ernst van het onderliggende feit is dus ook nu niet doorslaggevend voor de keuze tussen bijstand en rechtshulp. Bijgevolg maken bestuursorganen momenteel gebruik van de rechtshulp en heeft in zoverre al direct contact plaats.

Ten derde meen ik dat de vraag naar de mogelijkheid van direct contact tussen de samenwerkende autoriteiten niet moet worden verward met de vraag wat deze autoriteiten vervolgens van elkaar aan hulp zouden mogen verlangen. Op dat laatste zou de discussie zich moeten richten, zeker in de EU waarin indirecte handhaving het uitgangspunt is en waarin in de transnationale samenwerking interstatelijke verschillen moeten worden opgevangen. Ik zou daarom pleiten voor een hogere mate van wederzijdse erkenning, in die zin dat deze erop is gericht directe samenwerking tussen bestuur en justitie mogelijk te maken. Dat bevordert bovendien de transparantie van het gegevensverkeer. Dat laat onverlet dat dan nog moet worden nagedacht over de vraag waartoe dat directe contact vervolgens moet leiden. Staat men bijvoorbeeld de inzet van strafrechtelijke dwangmiddelen ten behoeve van een

83 Hoofdstuk 4.2.1.4, onder A.

verzoek van een buitenlands bestuursorgaan toe? Of beperkt men zich – het andere uiterste – tot alleen de verstrekking van gegevens? Ik kom daarop terug in paragraaf 6.3.3.4 en in mijn aanbevelingen. Vooreerst is het van belang te benadrukken dat de nationale discussie over de keuze tussen straf- of bestuursrechtelijke handhaving niet maatgevend kan zijn voor de mogelijkheden tot direct contact en tot samenwerking.

6.3.3.3 Het tegengaan van misbruik: de grootste gemene deler III

Het zijn dan ook het derde en het in de volgende paragraaf te bespreken vierde argument die ik het meest overtuigend vind. Beide argumenten zien op de vrees voor een omzeiling van rechtsstatelijke waarborgen, wanneer er wordt gesleuteld aan het onderscheid tussen rechtshulp en bijstand. Misbruik zou zich voor kunnen doen als er wordt verzocht om de toepassing van bevoegdheden voor doeleinden die een dergelijke toepassing eigenlijk niet kunnen rechtvaardigen (*détournement de pouvoir*) en/of door een omzeiling van rechtswaarborgen door het volgen van de ene procedure, waar de andere had moeten worden gevolgd (*détournement de procédure*). Velen wijzen als voorbeeld op de veronderstelde indringendere wijze van rechtsbescherming van betrokkenen in strafzaken en op een mogelijke omzeiling van het *nemo-tenetur*beginsel via de bijstand. Omgekeerd zou ook kunnen worden gewezen op de mogelijkheid dat men om toepassing voor dwangmiddelen verzoekt, maar de resultaten daarvan eigenlijk in een bestuurlijke procedure wil gebruiken. In hoeverre gaat het huidige onderscheid tussen bijstand en rechtshulp deze gevaren tegen?

Doorgaans wordt vooral in het ambtsgeheim, specialiteitsbeginsel en toestemmingsvereiste (*Prinzip der langen Hand*) in de bijstand en de rechtshulp een waarborg tegen dergelijk misbruik gezien. Daarnaast kunnen overlegprocedures misbruik helpen voorkomen. Vooral in Zwitserland en Nederland bestaan overlegprocedures op het moment dat een autoriteit een verzoek ontvangt in fiscale of financiële aangelegenheden. Daarbij zijn het ministerie van Justitie en het vakdepartement (Financiën) betrokken (vgl. Art. 38 Abs. 6 BEHG; art. 552m Sv en 1:90 Wft)[84]. Die procedures beogen dubbel werk, maar ook een omzeiling van rechtswaarborgen te voorkomen. Ze worden soms toegepast bij de beslissing tot het *verlenen* van bijstand, c.q. rechtshulp (vgl. art. 552m, lid 3, Sv) en soms bij beslissingen tot *doorleiding* van verstrekte gegevens (vgl. art. 1:90, lid 3, Wte). Soms worden beide beslissingen gecombineerd.[85] *In extremo* kan zo'n procedure ertoe leiden dat een verzoek om bijstand of rechtshulp wordt afgewezen op redenen van openbare orde (vgl. art. 2 ERV). Toch lijkt dit een vrij grof criterium. Zullen de Nederlandse autoriteiten bijvoorbeeld een verzoek om bijstand of rechtshulp afwijzen, als dat verzoek, naast andere doeleinden, *ook* doeleinden dient waarvoor het wel mag worden gedaan en

84 Vreemd genoeg werd de overlegplicht in de WIB afgeschaft, omdat overlap tussen rechtshulp en bijstand zich niet zou voordoen; hoofdstuk 3.5.3.1.

85 Een goed voorbeeld daarvan is dat in Zwitserland de beslissingen over de verzoeken om financiële bijstand en de verzoeken om doorleiding van de daarmee te verkrijgen gegevens aan justitie, tegelijk mogen worden genomen; hoofdstuk 5.5.2.1, onder A.

waarvoor de voorwaarden wel vervuld zijn? Juist in de fiscale en financiële rechtshandhaving is de problematiek van de gemengde vragen een bekend probleem. In dergelijke gevallen komt een afwijzing welhaast neer op een politiek statement van de aangezochte autoriteit, die bovendien niet in de positie verkeert om een volledige afweging te maken. Ze beschikt daartoe niet over voldoende gegevens.

Het is wel mogelijk dat de aangezochte autoriteit, al dan niet als uitkomst van zo'n overlegprocedure, aanvullende voorwaarden stelt ten aanzien van het gebruik van de gegevens. Anders dan in Duitsland, worden in Nederland en Zwitserland inderdaad zware eisen gesteld aan de *doorleiding* van gegevens. Zwitserland maakt strenge specialiteitsvoorbehouden over de gehele linie en eist de toestemming van de verstrekkende autoriteit in praktisch alle gevallen van doelafwending (*Prinzip der langen Hand*).[86] Nederland doet in de fiscale en financiële bijstand hetzelfde. Bovendien worden ook inhoudelijke eisen gesteld, doordat bijvoorbeeld wordt vereist dat gegevens pas mogen worden doorgeleid, wanneer de 'toezichthoudende instantie op een andere wijze dan in deze wet voorzien vanuit Nederland met inachtneming van de daarvoor geldende procedures voor dat andere doel de beschikking over die gegevens of inlichtingen zou kunnen verkrijgen' (art. 1:90, lid 3, Wte). *De facto* betekent dit dat moet worden getoetst of aan de voorwaarden waaronder rechtshulp kan worden verleend is voldaan; zo nee, dan mogen de gegevens niet worden doorgeleid, ook al beschikt de verzoekende autoriteit reeds over de gegevens.

Ik heb hiermee enige moeite. We zien allereerst dat het probleem van de grootste gemene deler zich aldus van de fase van de *gegevensvergaring* kan verplaatsen naar de fase van het *gebruik* van de gegevens. Men doet zo opnieuw geen recht aan interstatelijke verschillen in rechtshandhaving. Men lijkt ten tweede vooral beducht voor een omzeiling van de regels over bijstand en rechtshulp als zodanig door zich te concentreren op de vraag of relevante weigeringsgronden en voorwaarden niet worden omzeild. Aldus gaat men eraan voorbij dat het onderscheid tussen beide instrumenten nu al aan erosie onderhevig is. Sommige autoriteiten beschikken bijvoorbeeld over dubbele petten en kunnen zowel bijstands- als rechtshulpverzoeken indienen. In de wederzijdse rechtshulp bestaat er nog – met uitzondering van Zwitserland – relatief weinig aandacht voor doelbinding en geheimhouding.[87] De bijstand heeft onmiskenbaar een punitieve dimensie, maar toch is de aandacht voor *nemo tenetur* nihil. Et cetera. Kortom, het huidige systeem geeft mijns inziens tegenstrijdige signalen af. Enerzijds wordt er (door sommige staten) betoogd dat bijstand en rechtshulp strikt moeten worden gescheiden om misbruik te voorkomen en past men daarvoor strenge toetsmaatstaven toe, anderzijds laat men de precieze scheiding tussen beide in het vage. De toets lijkt daardoor ondeugdelijk en biedt ten dele schijnzekerheden. Het feit dat hij wordt aangelegd, voorkomt niet noodzakelijk misbruik, omdat hij eenvoudig kan worden omzeild.[88]

Als het huidige systeem niet functioneert, hoe moet het dan? We kunnen hier twee kanten op. We zouden als een alternatief voor het bestaande model de rechts-

86 In het financiële toezicht zijn de eisen onlangs versoepeld; hoofdstuk 5.5.2.1, onder A.
87 Daarover verder paragraaf 6.4.2.1.
88 Hoofdstuk 2.4.3.3.

hulp kunnen reserveren voor alle punitieve afdoeningsvarianten en de bijstand voor de niet-punitieve varianten, inclusief reparatoire sancties. Tegelijk zouden we 'waterschotten' tussen rechtshulp en bijstand kunnen optrekken door strenge doelbindings- en geheimhoudingsbepalingen.[89] Daarmee zouden we minder afhankelijk zijn van het toch min of meer willekeurige organieke criterium en zou er meer dan nu gebruik worden gemaakt van de harmoniserende werking van de jurisprudentie van het EHRM. Doordat voor punitieve sanctievarianten aan de waarborgen van art. 6 EVRM moet zijn voldaan, is er in dit opzicht sprake van een Europese norm die ook nu al bestaat en die een zekere mate van duidelijkheid kan bereiken. Een dergelijke herdefiniëring van de doeleinden van bijstand en rechtshulp zou ook lastige problemen met het *nemo-tenetur*beginsel kunnen voorkomen.[90]

Toch lost ook een dergelijk alternatief een aantal belangrijke problemen niet op. Hoewel het de onderlinge overlap tussen bijstand en rechtshulp wel degelijk zou verminderen, blijft een feit dat de rol van vooral het bestuur veel minder eenduidig is, dan ook in dit model wordt verondersteld. Allereerst blijft de per lidstaat verschillende aanvang van de opsporingsfase en de rol van het bestuur daarin een probleem. Bovendien vervult het bestuur vaak én punitieve én niet-punitieve taken. Bijgevolg zullen ook bijstand en rechtshulp in elkaars verlengde blijven liggen en moet de oplossing van het probleem mijns inziens juist niet worden gezocht in het aanbrengen van waterscheidingen, omdat het een volledig zicht op de problematiek hindert.[91] Een herdefiniëring als hier gesuggereerd, verplaatst het probleem dus alleen maar, terwijl de sfeercumulatieproblematiek in omvang toeneemt. De kern van het probleem blijft dat dezelfde autoriteiten voor nauw gerelateerde doeleinden gebruik kunnen maken van verschillende instrumenten, zonder dat een goed zicht bestaat op de vraag waarvoor nu precies bijstand of rechtshulp wordt verleend. Juist de onderlinge verschillen tussen bijstand en rechtshulp zijn (extra) redenen om op oneigenlijke gronden nu eens te kiezen voor de ene weg en dan weer voor de andere.

Ik meen dat misbruik vooral moet worden bestreden door het creëren van openheid in het interstatelijke verkeer. De schotten tussen beide samenwerkingsvormen moeten juist worden weggenomen in plaats van aangebracht of versterkt. Bovendien moet de misbruikgevoeligheid van het onderscheid tussen rechtshulp en bijstand worden opgeheven. Momenteel zijn verschillen in toepassingsbereik, weigeringsgronden, rechtswaarborgen zelf (mede) redengevend voor de keuze tussen de ene, danwel de andere weg. Huidige toetsingsmechanismen proberen dit, als ze überhaupt worden aangelegd, te voorkomen door strenge eisen te stellen aan doorleiding en doelafwending. De oplossing ligt mijns inziens ergens anders. Ik zou

---

89 Vgl. Swart (2002), p. 457; Lagodny (2002), p. 738; Schutte (1993); Sjöcrona (1995); Stessens (1997), p. 405 e.v.

90 Vgl. Swart (2002), p. 457-458; vgl. ook Klip/Swart/Van der Wilt, par I.5.2 (Van der Wilt).

91 Waterscheidingen kunnen bovendien gemakkelijk worden omzeild, wanneer bestuur voor zijn punitieve taken rechtshulpverzoeken kan indienen. Zo'n verzoek dient eenvoudig *mede* andere doeleinden. De dubbelepettenproblematiek wint daardoor zelfs aan relatief belang, net als de mogelijke gevaren die daaraan kleven: misbruik en oneigenlijk gebruik door een gebrek aan transparantie (zie boven).

menen dat in de EU de instrumenten bijstand en rechtshulp de samenwerking moeten faciliteren in plaats van dat ze zelf voorwerp van misbruik worden. Om dat te bereiken is onderlinge afstemming van de instrumenten vereist; onnodige verschillen moeten waar mogelijk worden weggenomen. Ik kom hierop uitvoerig terug in hoofdstuk 7.

*6.3.3.4 De silver-platter*problematiek

Overzien we het voorgaande, dan vind ik de zojuist aangevoerde argumenten op zich geen belemmering voor een afschaffing van het organieke criterium dat naar mijn smaak te weinig recht doet aan de verschillen in rechtshandhaving tussen de lidstaten en aan de onderlinge banden tussen toezicht en opsporing – wat men daaronder ook verstaat – op nationaal niveau. Uit de vorige paragraaf en uit paragraaf 6.2.5 neem ik wel de notie mee dat ook bij een andere methode van samenwerking controle op het interstatelijk bewijsverkeer mogelijk moet blijven.

Het is het vierde en laatste te bespreken argument dat ik het meest overtuigend vind en dat ik aan het einde van de vorige paragraaf al aanstipte. Dit argument ziet op de *silver-platter*problematiek: bewerkstelligt een afschaffing van het onderscheid niet te zeer dat de ene autoriteit via een verzoek om rechtshulp/bijstand om de toepassing van bevoegdheden verzoekt, waarover zij zelf niet beschikt en zo de gevraagde gegevens als het ware op een zilveren dienblaadje aangereikt krijgt? Niet alleen kunnen per land de bevoegdheden van de samenwerkende autoriteiten aanzienlijk verschillen, de effecten daarvan worden natuurlijk alleen maar versterkt wanneer autoriteiten met een verschillend statuut met elkaar zouden kunnen samenwerken.

> Dit kan worden gezien als een argument vóór het huidige onderscheid, waarin bijvoorbeeld *Ordnungswidrigkeiten* via de rechtshulp worden afgedaan, ook al gaat het in Duitse ogen om 'minder ernstige feiten', terwijl Nederlandse bestuurlijke boetes voor soms zeer ernstige feiten via de bijstand worden behandeld. Immers, de rechtsfiguur *Ordnungswidrigkeit* sluit in zijn aard en structuur meer aan bij het strafrecht, dan bij het bestuursrecht. De keuze voor de rechtshulp is in zoverre een logische. Deze zorgt ervoor dat niet alleen de doeleinden van samenwerking, maar ook de toe te passen bevoegdheden toch nog enigermate gelijk zijn en verkleint zo *silver-platter*situaties. Deze gedachtegang kan echter worden tegengeworpen dat hij niet altijd meer in overeenstemming lijkt met Europese eisen. Zo eist de Richtlijn marktmisbruik al dat ter uitvoering van bijstandsverzoeken bevoegdheden worden gebruikt, die naar hun aard strafvorderlijk kunnen zijn (art. 12 jo 16 Richtlijn).[92] Bovendien gaat dit argument opnieuw voorbij aan het feit dat toezicht en opsporing vaak niet te scheiden zijn. Wat relevant is voor het een, is dat in de regel ook voor het ander (gemengde vragen). Het huidige organieke criterium lost dit probleem niet op, hindert een volledig zicht op de materie en is overigens zelf ook niet altijd even strikt in de leer.

92 Luchtman (2006).

Kortom, juist wanneer – zoals zo vaak het geval zal zijn – om de inzet van bevoegdheden wordt gevraagd die inbreuken maken op grondrechten, kunnen er grote vraagtekens worden geplaatst bij de omstandigheid dat de samenwerkende autoriteiten zelf door onderlinge samenwerking hun bevoegdheden naar eigen goedvinden kunnen uitbreiden. Die keuze hoort toe aan de wetgever en niet aan de bestuurlijke en justitiële autoriteiten. Op dit aspect ga ik in paragraaf 6.4 en verder uitvoerig in. Het is eerst tijd voor een samenvatting van het voorgaande en een korte evaluatie.

6.3.3.5 Samenvatting en evaluatie

Op grond van het voorgaande moeten vooreerst twee zaken worden benadrukt. In de EU gaat men uit van een systeem van indirecte handhaving, waarin communautair beleid moet worden gehandhaafd door de lidstaten. Daarvoor is vaak samenwerking nodig. Tegelijk constateerden we bij die nationale handhaving een grote onderlinge verwevenheid van bestuur en justitie (OM). Toezicht en opsporing blijken moeilijk te scheiden. Aandacht voor een omzeiling van rechtswaarborgen is essentieel om effectieve rechtshandhaving niet te laten ontaarden in willekeur en machtsmisbruik.

Tegen deze achtergrond is het opvallend hoe weinig aandacht er in Europa op statelijk én bovenstatelijk niveau is voor de inherente verschillen in rechtshandhaving tussen lidstaten en de gevolgen daarvan voor de transnationale samenwerking, en dat ondanks een steeds verdergaande Europese integratie en de totstandkoming van een Europese rechtsruimte (art. 2 EUV). De wederzijdse bijstand en rechtshulp waren en zijn twee afzonderlijke instrumenten, die zich hebben ontwikkeld in verschillende fora. Daaraan liggen deels historische oorzaken ten grondslag, maar ik denk dat de institutionele structuur van de EU hier zelf ook een hindernis vormt.[93] Bij gebrek aan alternatieven lijkt men in de instandhouding van het onderscheid inmiddels een belangrijke waarborg tegen misbruik te zien. Echter, de zojuist besproken mechanismen die erop gericht zijn misbruik te verhinderen, zijn me sympathiek, maar ze richten hun pijlen op de verkeerde doelen. Ik kan me bovendien niet aan de indruk onttrekken dat die mechanismen in werkelijkheid soms ook andere, niet uitgesproken doeleinden dienen. Sommige staten meten zich een wel erg grote mate van vrijheid toe. Dat verdraagt zich slecht met de doelstellingen van de Europese Unie.

Op basis van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat er geen dwingende redenen zijn voor instandhouding van het huidige onderscheid, maar dat dit onderscheid integendeel een effectieve samenwerking hindert. Vanuit een *rechtshandhavingsperspectief* (de tweede onderzoeksvraag) bestaan er dus bezwaren. Ook nu al blijkt er sprake van een vrij hoge mate van overlap tussen bijstand en rechtshulp, leidend tot allerhande situaties van grensoverschrijdende sfeercumulatie. De ultieme

93 Kenmerkend hiervoor is het feit dat men in de derde pijler momenteel werkt aan een Europees bewijsverkrijgingsbevel, zonder dat de consequenties voor de bestuurlijke samenwerking zijn overdacht.

consequentie – directe samenwerking tussen autoriteiten ongeacht hun statuut – heeft men tot nu toe echter niet willen trekken.[94]

Bovendien is het, zo bleek uit de vorige paragraaf, de vraag of het huidige model wel voldoende aandacht besteedt aan aspecten van transnationale rechtsbescherming (de derde onderzoeksvraag). Daarop ga ik nu verder in. In het bijzonder ben ik daarbij geïnteresseerd in de vraag of en zo ja, hoe al te grote verschillen tussen de staten worden opgevangen. Dat aspect wordt immers alleen maar van groter belang, wanneer het organieke criterium voor samenwerking wordt afgeschaft en bestuurlijke en justitiële autoriteiten direct kunnen samenwerken. Ruimere mogelijkheden tot samenwerking en aandacht voor rechtsbescherming zijn twee kanten van dezelfde medaille, al was het maar omdat een te eenzijdige nadruk op effectiviteit in het verleden al tot het paradoxale gevolg heeft geleid dat de samenwerking implodeerde in plaats van dat ze verbeterde. Een te ruime en te dwingende samenwerkingsplicht kan leiden tot conflicten met het EVRM en daarmee tot staatsaansprakelijkheid onder die titel. Ze kan bovendien in strijd komen met de eigen constitutie en plaatst staten dan voor een dilemma. Er zijn al rechterlijke uitspraken die in dit opzicht als een waarschuwing kunnen worden opgevat.

> De Darkanzanli-uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht over het Europees aanhoudingsbevel is een zeer goed voorbeeld hiervan: 'Der grundrechtseinschränkende Gesetzgeber muss sich insofern davon überzeugen, dass die Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze durch die die Strafgewalt über einen Deutschen beanspruchende Stelle gewährleistet ist. Dabei wird in Rechnung zu stellen sein, dass jeder Mitgliedstaat der Europäischen Union die in Art. 6 Abs. 1 EU genannten Grundsätze und somit auch den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit zu achten hat und somit eine Grundlage für gegenseitiges Vertrauen besteht. *Das entbindet allerdings den Gesetzgeber nicht davon, bei nachhaltiger Erschütterung dieses Vertrauens in die Rechtsstaatlichkeit der allgemeinen Verfahrensbedingungen in einem Mitgliedstaat zu reagieren, und zwar unabhängig von einem Verfahren gemäß Art. 7 EU* [cursief ML].
> Die besondere im Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG genannte Schranke verdrängt indes nicht die für jedes grundrechtseinschränkende Gesetz bestehenden Grenzen der Verfassung. Das ein Grundrecht einschränkende Gesetz muss seinerseits allen verfassungsrechtlichen Bindungen entsprechen, darf keine Kollisionen mit anderen Verfassungsbestimmungen hinnehmen und muss unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebots den Eingriff schonend ausgestalten.'[95]

6.4 INWILLIGBARE VERZOEKEN OM RECHTSHULP OF BIJSTAND

In de inleiding bij dit hoofdstuk beloofde ik een tweetal situaties te behandelen die zich in het huidige interstatelijke gegevensverkeer kunnen voordoen. Nadat ik me

94 Een uitzondering vormt wellicht de samenwerking op het gebied van de douane; daarover Vervaele en Klip (2002).

95 Bundesverfassungsgericht 18 juli 2005, 2 BvR 2236/04, overwegingen 78 en 79.

in de vorige paragraaf richtte op de situaties waarin de samenwerking op het raakvlak van bijstand en rechtshulp niet van de grond komt, richt ik me nu op de vraag wat er gebeuren kan, wanneer er tussen staten wél kan worden samengewerkt, ondanks mogelijke grote verschillen in de aard en inrichting van de nationale rechtshandhaving. Ook dat moet worden bekeken. Het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp is immers al op talloze wijzen gerelativeerd.

In het onderstaande ga ik daarom vooral in op de situaties waarin in de nationale omzettings- of *exequatur*procedures de beslissing is genomen dat bijstand, c.q rechtshulp kan worden verleend. Het gaat vooral om de nationale uitvoeringsprocedures waarin de bancaire gegevens ten behoeve van de buitenlandse handhaving feitelijk worden vergaard en verstrekt (paragraaf 6.4.1), en om de procedures ter controle op het gebruik van die gegevens (paragraaf 6.4.2). Het bankgeheim is hier, zoals ik toelichtte in hoofdstuk 1.3.1, vanwege zijn nauwe link met de nationale grondrechtenbescherming in velerlei opzicht een mooie testcase voor de rechtsbescherming in transnationaal verband.

In de drie onderzochte landen bestaat de procedure ter beoordeling en uitvoering van buitenlandse verzoeken om hulp in essentie uit twee fasen: de fase waarin wordt beoordeeld of een verzoek in behandeling wordt genomen en wordt uitgevoerd (omzettings- of *exequatur*procedure; in Duitsland *Leistungsverfahren*; in Zwitserland *Übermittlungsverfahren*) en, als er nog onderzoekshandelingen moeten worden gesteld, de fase van de uitvoering zelf (uitvoeringsprocedure; in Duitsland *Vornahme-* of *Bewilligungsverfahren*; in Zwitserland *Auskunftsverfahren*).[96] Soms is er ook nog een procedure voor situaties van doelafwending (in Zwitserland: *Weiterleitungsverfahren*).

De tweedeling in een omzettings- (*exequatur-*) en een uitvoeringsprocedure is een uitvloeisel van het tweeslachtige karakter van de internationale samenwerking. Enerzijds wordt deze (nog altijd) beschouwd als het domein van Buitenlandse Zaken, anderzijds ook als het domein van het betrokken departement – bijvoorbeeld justitie of financiën. De tweedeling is vooral van belang in het (klassieke) uitleveringsrecht, waar in de *exequatur*fase ook politieke elementen en bijgevolg de rolverdeling tussen rechter en uitvoerende macht een rol kunnen spelen.[97] In de wederzijdse rechtshulp is ze van minder belang, omdat men doorgaans, al dan niet na mandatering, de verantwoordelijkheid voor beide fasen in handen van een en dezelfde autoriteit heeft gelegd. Beide fasen kunnen en zullen dus vaak simultaan lopen en onder verantwoordelijkheid van dezelfde instantie berusten, wat het soms moeilijk maakt ze uit elkaar te houden. Dit alles laat onverlet dat het onderscheid wel wordt gemaakt in theorie en praktijk.[98] Ook voor een rechtsvergelijkende bespreking is de tweedeling als handvat zeer geschikt. In het onderstaande houd ik het onderscheid daarom aan.

*Exequatur*procedures hebben in wezen drie doeleinden. Ze zijn er allereerst om te bepalen welke autoriteit het verzoek moet uitvoeren en hebben in zoverre

96 Vgl. Schomburg e.a. (2006), Einleitung, rn. 91 e.v. en Vor §59, rns. 6 e.v.
97 Daarover uitvoerig Smeulers (2003).
98 Vgl. Lagodny (2002), p. 722 e.v.

een puur intern, administratief karakter. Ze dienen daarnaast ter beantwoording van de vraag waarvoor men precies rechtshulp of bijstand wil verlenen en reiken daarvoor – mogelijk in aanvulling op de inter- en supranationale regels – de *toetsmaatstaven* aan en leggen vast wanneer er moet worden getoetst (*toetsmomenten*). Op deze functie ging ik hierboven al uitgebreid in. Voor dit onderzoek ging het in het bijzonder om de vraag in hoeverre de staat als aangezochte partij rekening wenst te houden met mogelijke verschillen in de bestuurlijke en strafrechtelijke rechtshandhaving in andere landen. In de derde plaats kunnen deze procedures, mogelijk in afwijking van of aanvulling op nationale uitvoeringsprocedures, worden gebruikt voor het bieden van rechtsbescherming aan de burger, doordat er participatie- en beroepsrechten aan worden gekoppeld. Op die derde functie kom ik nog afzonderlijk terug in paragraaf 6.4.1.4.

6.4.1 (Controle op) de *vergaring* van gegevens

6.4.1.1 Toegang tot bancaire gegevens[99]

Een belangrijk aspect van het bankgeheim is zijn nauwe link met nationale grondrechten. Dat geldt niet zozeer in Nederland, maar in hogere mate wel voor Duitsland en zeker voor Zwitserland.[100] Zelfs het Zwitserse systeem kent het bankgeheim geen grondwettelijk beschermde status toe, maar dat laat onverlet dat het zeer nauw gelieerd is aan sommige grondrechten en dat het zwaar gewicht wordt toegekend. Vermeldenswaard zijn vooral de *Schutz der Privatsphäre* (Zwitserland), c.q. het *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* (Duitsland).

Nationale bankgeheimen komen steeds vaker in conflict met andere belangen. Zo stoort het *Bundesverfassungsgericht* zich al langere tijd aan de kwalijke gevolgen die het bankgeheim heeft voor de rechtshandhaving en -gelijkheid.[101] Hetzelfde geldt voor organisaties als de OESO[102] en in toenemende mate ook de EU.[103] In een transnationale context heeft ook de KB Lux-zaak perfect aangetoond tot welke gevolgen een streng bankgeheim kan leiden.

> De Nederlandse justitie bleek in dat onderzoek niet bij machte het bewijs te achterhalen dat Nederlandse rekeninghouders in Luxemburg rekeningen aanhielden en daarover geen inkomstenbelasting hadden betaald. Een beroep op de

99 Een bankgeheim speelt in beginsel alleen in de aangelegenheden van een cliënt (derde) waar de bank beroepsmatig kennis van heeft genomen. Het geldt niet in de eigen fiscale, financiële of strafrechtelijke aangelegenheden van de bank. Een beperking tot het bankgeheim in deze strikte zin zou echter te beperkt zijn voor dit onderzoek. Ik heb ook gekeken naar andere mogelijke rollen van de bank – in het bijzonder de bank als verdachte – en naar de positie van bancaire gegevens in het bewijsverkeer tussen overheidsdiensten (geheimhouding en specialiteit). Om die reden is deze paragraaf 'toegang tot bancaire gegevens' gedoopt.

100 Over de achtergronden van het bankgeheim in de drie onderzochte rechtsordes leze men hoofdstuk 3.3.1.1, 4.3.1.1 en 5.3.1.1.

101 Hoofdstuk 4.3.1.1 en 4.3.3.1, onder B.

102 Hoofdstuk 2.3.2.

103 Hoofdstuk 2.3.1.

> Spaarrenterichtlijn was nog niet mogelijk. Het Protocol bij de EU-rechtshulpovereenkomst was evenmin in werking. Om die reden werd uiteindelijk door het OM de handdoek in de ring geworpen. Een en ander leidde tot de opmerkelijke situatie dat degenen die volhardden in hun ontkenning van het aanhouden van buitenlandse rekeningen er beter vanaf kwamen dan degenen die wel aan de eigen vervolging meewerkten.[104]

Ondanks deze ontwikkelingen is het belangrijk te onderkennen dat in sommige landen het bankgeheim niet alleen, zoals soms wel wordt beweerd, is ingegeven uit concurrentie- en economische motieven, maar wel degelijk (mede) wordt onderbouwd door diepgewortelde opvattingen over persoonlijke vrijheid, ook op economisch vlak. Zwitserland is hiervan een schoolvoorbeeld, maar ook binnen de EU bestaat die opvatting nog. Het feit dat ook Zwitserse (fiscale) autoriteiten zelf een bankgeheim tegengeworpen kunnen krijgen is een belangrijke indicatie dat men het serieus voor heeft met de *Privatsphäre*.

> Dat zegt overigens niet alles. De Zwitserse autoriteiten hebben weliswaar weinig middelen voor onderzoek, wat ook intern tot kritiek heeft geleid, maar toch vrij effectieve mogelijkheden om in ieder geval de staatsinkomsten te verzekeren. Dat zijn de *Verrechnungssteuer* van 35% en de mogelijkheid van een schatting van de belastingschuld.[105] Tot voor kort bestonden die mogelijkheden in transnationale situaties nu juist niet. Daarin kwam verandering met het *Zinsbesteuerungsabkommen*. Deze overeenkomst biedt geen (dwang)middelen voor onderzoek, maar alleen een middel tot veiligstelling van staatsinkomsten van de EU-landen via een heffing van op termijn 35%, waarvan Zwitserland een vierde mag houden.

De link met de nationale en Europese[106] grondrechtenbescherming geeft aanleiding tot de vraag in welk opzicht deze rechten mogen worden beperkt ten behoeve van de transnationale rechtshandhaving. Op zich is het niet omstreden dat ten behoeve van buitenlandse belangen inbreuken op grondrechten mogen worden gemaakt. Onder de doelcatalogus van art. 8, lid 2, EVRM vallen niet alleen nationale, maar ook buitenlandse belangen.[107] De beantwoording van de vraag of een dergelijk doel voorligt, vindt grotendeels plaats in de nationale *exequatur*procedures, waarover ik hierboven sprak. Vooral wanneer gegevens nog moeten worden *vergaard,*[108] vervullen beperkende voorwaarden als de dubbele strafbaarheid een belangrijke functie. Ze bewerkstelligen dat overeenstemming bestaat over bijvoorbeeld de strafwaardigheid van het onderliggende feit in de samenwerkende staten. Op zijn beurt verhoogt dat ook de voorzienbaarheid en kenbaarheid van het overheidsoptreden,

---

104 Hoofdstuk 3.5.4.2, onder D.
105 Hoofdstuk 5.3.3.1.
106 Vooral het EHRM, maar ook de grondrechten, zoals geformuleerd door het Hof van Justitie en/of neergelegd in het Handvest.
107 Vgl. EComRM, 6 maart 1989, nr. 12592/86 (*S./Oostenrijk*).
108 Als gegevens al voorhanden zijn, kan een ambtsgeheim ook al afdoende bescherming bieden. Sommige landen stellen echter verdergaande eisen; vgl. *supra* paragraaf 6.3.3.3.

beide belangrijke eisen in de rechtspraak van het EHRM.[109] In Nederland moet de rechtsbasis daarvoor zelfs liggen in een formele wet (art. 10 Gw).

> Ook de reciprociteitsweigeringsgrond in de fiscale bijstand vervult (mede) een dergelijke functie.[110] Toch ben ik over beide (dubbele strafbaarheid en fiscale reciprociteitsexceptie) niet echt te spreken. Dat is wellicht het best te illustreren aan de hand van een vergelijking van beide concepten. Op minstens twee belangrijke punten wijkt de vormgeving van de weigeringsgrond in de fiscale bijstand af van de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid in de wederzijdse rechtshulp.[111] Ik doel allereerst op het feit dat de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid in omvang beperkter is, doordat ze alleen ziet op (sommige) dwangmiddelen, terwijl de exceptie in de fiscale bijstand op iedere vorm van bijstandsverlening betrekking heeft.[112] Ten tweede geldt dat het feit dat een gedraging in twee staten bestrafbaar is, nog niet wil zeggen dat in beide staten ook de gevraagde bevoegdheid voor dat specifieke feit beschikbaar is.[113] In zoverre stelt de voorwaarde alleen een ondergrens. Ook hier gaat de fiscale bijstand verder door aan te knopen bij de *bevoegdheden* van de om hulp verzoekende fiscus en niet bij het *onderliggende feit* dat aanleiding geeft tot toepassing van de bevoegdheid. Dit laatste is reden om te twijfelen aan de toegevoegde waarde van de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid in de wederzijdse rechtshulp, vooral voor derden in de aangezochte staat, maar ook voor de verdachte.[114] Het feit dat een gedraging in beide staten strafbaar is, betekent immers nog niet dat ook de gevraagde bevoegdheid voor dat feit beschikbaar is. Ook dat laatste moet voor betrokkenen kenbaar en voorzienbaar zijn.[115] Ik ben dan ook van mening dat enerzijds de fiscale weigeringsgrond te ruim is, maar dat anderzijds de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid haar rechtsbeschermende functies niet volledig waarmaakt, zeker niet jegens derden in de aangezochte staat. Ik zal een alternatief voorstel doen in hoofdstuk 7.

Kenbaarheid en voorzienbaarheid van overheidsoptreden, voor zover al gewaarborgd, zijn echter niet de enige eisen die het Europese Hof (en de nationale rechters) aan beperkingen op art. 8 EVRM stellen. In vaste jurisprudentie kent het hof ook veel waarde toe aan de proportionaliteitstoets die wordt voorgenomen op

---

109 Vgl. EHRM 24 april 1990, NJ 1991, 523 (*Kruslin en Huvig/Frankrijk*).

110 Hoofdstuk 2.3.3.4.

111 In de financiële bijstand speelt het beginsel nauwelijks nog een rol; *supra* hoofdstuk 2.2.3.3.

112 Hoofdstuk 2.3.3.4.

113 In mijn ogen heeft deze omstandigheid de discussies in het kader van de Zwitserse toetreding tot Schengen aanzienlijk bemoeilijkt, doordat de wens tot behoud van het bankgeheim alleen kon worden bereikt door behoud van de voorwaarde van dubbele strafbaarheid, die echter ook andere, minder problematische rechtshulphandelingen uitsluit; hoofdstuk 5.5.4.1, onder B.

114 Hoofdstuk 2.4.3.4. Dit is anders in het (klassieke) uitleveringsrecht, waar derden een veel geringere rol spelen.

115 Vgl. EHRM 24 april 1990, NJ 1991, 523 (*Kruslin en Huvig/Frankrijk*), i.h.b.z. §§ 30 en 35.

abstract én op concreet niveau én aan de begeleidende waarborgen.[116] Als vuistregel kan worden aangenomen dat hoe ingrijpender de inbreuk is, hoe strenger de eisen zullen zijn. In het Duitse recht haalt men dit aan als de '*Je-Desto-Formel*'. Bij dit alles komt nationale staten een aanzienlijke mate van vrijheid toe (*margin of appreciation*). Hoe de in het geding zijnde belangen feitelijk worden gewaardeerd, is in hoge mate aan de lidstaat. Het EHRM waakt ervoor op diens stoel te gaan zitten. Het bankgeheim is een treffend voorbeeld hiervan, gezien de juist aangehaalde band met bijvoorbeeld de *Schutz der Privatsphäre*. Het geeft aan dat wat toelaatbaar is voor de in art. 8, lid 2, EVRM aangehaalde doeleinden per land heel verschillend kan, en mag, worden gewaardeerd.

Dit alles roept de vraag op hoe het bankgeheim in een interstatelijke context moet worden benaderd. Moeten landen waar het bankgeheim geen of nauwelijks een rol speelt, accepteren dat ze geen bancaire gegevens verkrijgen uit een land, waar het wel een rol speelt? Wat moeten die landen doen met bancaire gegevens die toch werden verkregen? Hoe zijn de relevante onderzoeksbevoegdheden opgebouwd en hoe krijgen ze vorm? Die vraag is nu aan de orde. Ik heb me daarbij niet willen beperken tot alleen art. 8 EVRM en corresponderende nationale grondrechten, maar ook acht geslagen op delen van art. 6 (*nemo tenetur*) en art. 13 EVRM en de corresponderende nationale rondrechten. De nadruk ligt echter op art. 8 EVRM.

6.4.1.2 De interstatelijke vertrouwensregel

De discussie over de bescherming van grondrechten in een transnationale context loopt parallel met een andere discussie. Beide hebben invloed op elkaar. Die andere discussie ziet op de vraag hoe de verantwoordelijkheden tussen de samenwerkende staten moeten worden verdeeld. Enerzijds gaat het immers om bijstand of rechtshulp ten behoeve van een andere staat (accessoir karakter), anderzijds worden de handelingen weliswaar ten behoeve van een andere staat, maar toch volledig zelfstandig verricht. Zojuist benaderde ik het bankgeheim als een probleem dat nauw is gelieerd aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Teneinde ten volle aan de eisen van art. 8 EVRM te kunnen voldoen is een zekere onderlinge afstemming en coördinatie vereist. In deze en de volgende paragraaf bespreek ik twee fenomenen die hieraan in de weg kunnen staan.

Ik begin met de innerstatelijke vertrouwensregel. Het huidige concept van samenwerking kenmerkt zich door een hoge mate van gelijkheid tussen de staten die erbij zijn betrokken. In dit model heeft de verzoekende staat geen zeggenschap over de handelingen van de aangezochte partij. De laatste past in de regel haar eigen recht toe en haar ambtenaren zijn onderworpen aan de innerstatelijke gezagsstructuren. In deze *horizontale* context vinden inbreuken op grondrechten, in het bijzonder

116 Het EHRM zelf behandelt in de zojuist aangehaalde zaak Kruslin en Huvig de waarborgen tegen misbruik en de daarmee samenhangende evenredigheidstoets op abstract, wetgevend niveau ('hoe groter de inbreuk, hoe meer waarbrogen nodig zijn') overigens als onderdeel van de voorzienbaarheidstoets; daarover ook annotator Dommering in zijn bij het arrest (NJ 1991, 523).

ook op art. 8 EVRM, plaats. Daarmee rijst de vraag welke staat nu precies verantwoordelijk voor die inbreuken is – is dat één staat, en zo ja, welke, of zijn ze wellicht beide verantwoordelijk?

In de praktijk past de aangezochte staat in alledrie de onderzochte landen zowel bij rechtshulp- als bijstandsverzoeken weliswaar zijn eigen recht toe, maar laat hij de inhoudelijke beoordeling van de zaak aan de verzoekende staat. De *locus*regel wordt aldus op formele wijze toegepast. Daarvoor zijn zowel praktische als meer fundamentele redenen. Een belangrijke fundamentele reden is precies de interstatelijke verdeling van taken. Het wordt onjuist geacht dat de aangezochte staat als het ware de taak van de verzoeker overneemt en zich meer met het lopend onderzoek bemoeit dan wordt gevraagd.[117] Daarmee hangt een praktische reden samen. De aangezochte autoriteit is in veel gevallen nauwelijks in de positie om in de inhoud van het onderzoek te treden. Haar wordt in een horizontale context gevraagd om voor een buitenlandse collega handelingen te verrichten. Diepgaande dossierkennis is daarvoor niet vereist, maar juist zeer inefficiënt vanwege de hoeveelheid dubbel werk die het met zich zou brengen. Om deze reden wordt in alledrie de onderzochte landen als basis voor de uitvoering van het verzoek genoegen genomen met een beschrijving van de feiten in het verzoek zelf.[118] Het dossier hoeft niet te worden overlegd. In een van de weinige uitspraken van supranationale rechters op dit vlak, de zaak *Roquette Frères*, benadrukt het Hof van Justitie EG ook de nadelige aspecten voor het lopend onderzoek die een dossierinzage met zich zou kunnen brengen (collusiegevaar).[119]

Is dit problematisch? Niet *per se*, maar het vergt wel een hoge mate van onderling overleg en van coördinatie tussen de betrokken staten en als gezien zijn dit zaken waar binnen de EU momenteel nog de nodige winst kan worden geboekt. De lidstaten wordt veel vrijheid gelaten.[120] Bijgevolg zijn verschillende antwoorden op dezelfde vraag mogelijk. Kijken we naar de beperkingssystematiek die het EHRM toepast, dan zouden we het zo kunnen formuleren dat de aangezochte partij alleen een paar van de door het EHRM ontwikkelde toetscriteria toepast. Uiteraard moet een inbreuk kenbaar en voorzienbaar zijn, maar dat is na omzetting via nationale *exequatur*procedures in de regel nog het geringste probleem. Ook de procedurele aspecten zullen vaak zonder verdere problemen overeenkomstige toepassing kunnen vinden. Dat alles is anders voor de evenredigheidstoets *in concreto* en voor de andere waarborgen die betrekking hebben op de inhoud van de zaak. Die worden in hoofdzaak overgelaten aan de verzoekende partij.

Ik vrees dat door een dergelijke handelwijze de rechtsbescherming in transnationale gevallen in het nauw komt. Want wat heeft een evenredigheidstoets voor zin, als de betrokken autoriteit zich volledig verlaat op de feiten in het verzoek? Een

117 Vgl. die stellen dat het niet de aangezochte partij is die moet waken over het beginsel *in dubio pro reo*. Ook in de innerstatelijke context komen we deze gedachtegang tegen; vgl. hoofdstuk 4.4.4 en 5.4.2.

118 Zeer duidelijk is hier het Zwitserse *Bundesgericht*; hoofdstuk 5.5.4.1, onder C.

119 Zaak C-94/00, 22 oktober 2002, Jur. 2002, p. I-9011.

120 Hoofdstuk 2.5.

voorbeeld: in de innerstatelijke context wordt in het *Richtervorbehalt*, c.q. de aanwezigheid van rechters in het vooronderzoek bij de zwaardere (in de regel strafvorderlijke) dwangmiddelen een belangrijke waarborg gezien.[121] Deze kunnen *ex officio* een volle tweede toets van de feiten verrichten. Ze hebben desgewenst volledige toegang tot het dossier. In die zin bieden ze belangrijke preventieve bescherming aan de burger, die in de voorfase van veel onderzoeken nog niet in het onderzoek kan worden betrokken. Als deze rechterlijke of andere toezichthoudende autoriteiten zich ook gebonden achten aan dezelfde beperkingen als de uitvoerende autoriteit op wie ze toezicht moeten houden, dan opereert de laatste al snel in een juridisch vacuüm zonder al te veel inhoudelijke dossierkennis. Ook de verzoekende staat heeft immers geen zeggenschap over haar.

Er doet zich aldus een vreemde situatie voor. Enerzijds is de aangezochte staat volledig verantwoordelijk voor en autonoom in de wijze van uitvoering van het verzoek, anderzijds verlaat hij zich in aanzienlijke mate op de verzoekende staat. De vraag is nu: bij wie kan de burger die zijn grondrechten op onaanvaardbare wijze doorkruist ziet, terecht? Moet hij daarvoor wezen bij de verzoeker die wel inhoudelijk stuurt, maar niets over de wijze van uitvoering te zeggen heeft, of kan hij terecht bij de aangezochte partij die feitelijk de handeling heeft verricht, maar niet de onderliggende evenredigheidstoets? Of wellicht bij allebei?[122]

> Een bijkomende complicatie is de vaak beroerde informatiepositie van de betrokkene. Waar het in een innerstatelijk onderzoek al lastig kan zijn de feiten boven tafel te krijgen, wordt dit in een transnationale context alleen maar lastiger. In alledrie de onderzochte rechtsordes blijken de rechters in de aangezochte staat – behoudens de evidente (schrijf)fouten – niet of beperkt bereid de juistheid en correctheid van de gang van zaken in het buitenlandse onderzoek te toetsen. Of een verdenking echt wel zo hard is als in het verzoek wordt gesteld en of er geen onrechtmatigheden in het vooronderzoek plaatsvonden, wordt vrijwel niet getoetst.[123]

Ik zou de stelling willen verdedigen dat in het huidige model, waarin de aangezochte staat in een horizontale relatie staat tot de verzoeker en waarin deze zelfstandig opereert, het ook deze staat moet zijn, die volledig verantwoordelijk is voor de inbreuken die op zijn grondgebied plaatshebben. De grondrechtsinbreuken, in het bijzonder dus inbreuken op art. 8 EVRM, hebben immers op diens grondgebied plaats (vgl. art. 1 EVRM).[124] De beoordeling van de evenredigheid van een verlangde handeling ligt uiteindelijk in zijn handen. Waar nodig moet de huidige impliciete interstatelijke verantwoordelijkheidsverdeling en de daaruit voortvloeiende vertrouwensregel terzijde worden gesteld, in het bijzonder als er vragen rijzen over de

121 Vgl. hoofdstukken 3.2.3.3 en 4.2.3.4. In Zwitserland heeft een preventieve rechterlijke toets in veel minder gevallen plaats; hoofdstuk 5.2.3.5.

122 Daarover onder meer Klip (2005); Van Hoek & Luchtman (2005); Smeulers (2005); Orie (1983).

123 Dat is overigens anders in sommige *common law* landen; vgl. Lagodny (2002).

124 Van Hoek & Luchtman (2005)

rechtmatigheid van eerdere handelingen in een andere staat of over de betrouwbaarheid van het materiaal dat aan het verzoek ten grondslag ligt.

Het is vooralsnog echter onduidelijk hoe de supranationale rechtspraak de kwestie van de verantwoordelijkheid voor grondrechtsinbreuken in transnationale situaties opneemt. In de zaak *S. tegen Oostenrijk* sprak de EComRM zich op voorhand niet uit *tegen* de vertrouwensregel.[125] Het EHRM zelf heeft er zich nog niet over uitgesproken.[126] Zijn jurisprudentie geeft steun aan zowel de hier bepleite stelling, maar draagt ook argumenten contra aan.

> Een argument contra de stelling van een volle statelijke verantwoordelijkheid kan worden afgeleid uit de Soering-zaak, waarin het EHRM de bekende *flagrant denial* test aanvoert. Zeker binnen de EU zou mogelijk een meer marginale toets mogen volstaan, omdat de burger zich voor rechtsbescherming kan wenden tot de verzoekende staat. Het EBB gaat sterk van deze gedachte uit. Ik vraag me echter af dit argument stand houdt. Het 'flagrante schending' criterium is tot nu toe door het hof gebruikt in relatie tot art. 6 EVRM en bovendien alleen in de situaties dat de schending nog moest plaatsvinden (*Soering*), danwel de samenwerking in het algemeen in het voordeel van de betrokken burger (veroordeelde persoon) werd geacht te zijn (*Drozd & Janousek*). Dat is voer voor de stelling dat in andere situaties een ander criterium kan worden toegepast. In de zaak *Pellegrini* toetste het EHRM bijvoorbeeld wel volledig aan art. 6 EVRM.[127] Daar komt bij dat uit de zaak *T.I. t. het Verenigd Koninkrijk* zou kunnen worden afgeleid dat in gevallen van transnationale samenwerking staten zich niet mogen verschuilen achter andere staten, ook al zijn beide lidstaat van de EU en partij bij het EVRM.[128]

In de zaak *Roquette Frères* lijkt het Hof van Justitie een tussenoplossing te kiezen. Het heeft oog voor een rechterlijke evenredigheidstoets in de aangezochte staat, maar wel binnen strikte grenzen. Daarbij verdient overigens opmerking dat het hof in die zaak zelf toezicht hield op de aspecten die niet door de aangezochte rechter mochten worden getoetst.[129]

---

125 EComRM 6 maart 1989, nr. 12592/86 (ontvankelijkheidsbeslissing *S./Oostenrijk*).

126 Op basis van een analyse van de rechtspraak van het EHRM komen Van Hoek en ondergetekende (2005 en 2006) tot de voorlopige conclusie dat het hof het hier aangehangen uitgangspunt lijkt te delen.

127 Aan de orde was de executie van een echtscheidingsvonnis door Italië. Het vonnis was uitgesproken door de kerkelijke rechtbank (Rota) in het Vaticaan. De Rotaprocedure had niet voldaan – zo werd vastgesteld – aan de eisen van art. 6 EVRM. De Heilige Stoel is geen partij bij het EVRM. Aan de orde was de vraag of Italië door het echtscheidingsvonnis ter erkennen en te executeren zich schuldig maakte aan schending van art. 6 EVRM. Het hof oordeelde van wel en toetste 'vol' aan art. 6 EVRM.

128 Hierover Van Hoek & Luchtman (2005) en (2006); Klip (1997) en (2005); Smeulers (2005); Vervaele (2005); Keijzer (2005b).

129 Soortgelijke opmerkingen gelden voor de innerstatelijke *Amts-* en *Rechtsilfe* in Duitsland en Zwitserland; hoofdstukken 4.4.4 en 5.4.2. Ook daar staat het geheel onder toezicht van één hoogste rechter.

Kortom, het is niet helemaal duidelijk hoe de vertrouwensregel door de supranationale rechters zal worden beoordeeld. Een verantwoordelijkheid van de aangezochte staat, zoals hier bepleit, roept ook vele vragen op, onder meer naar de omvang van de toetsplicht van de betrokken autoriteit (toetst deze 'vol' of 'beperkt'; ambtshalve of op verzoek; iedere inbreuk of alleen 'flagrante' schendingen?) en naar de stelplicht en bewijslast van de betrokken burger (sterke aanwijzingen of vage vermoedens?). Een volle verantwoordelijkheid zou ook een volledige toets impliceren. Dat lijkt op zijn zachtst gezegd niet erg werkbaar. Inderdaad lijkt binnen een horizontale verhouding tussen de samenwerkende autoriteiten een zekere mate van onderling vertrouwen noodzakelijk. Zo wordt voorkomen dat men elkaars taken overneemt. Het bespaart bovendien veel dubbel werk. Enige nuancering van de primaire verantwoordelijkheid van de aangezochte partij is daarom op zijn plaats. Om die reden zou ik menen dat deze bij de uitvoering van haar evenredigheidstoets in eerste instantie mag afgaan op wat in het verzoek wordt aangevoerd, maar dat ze, wanneer daartoe concrete aanleiding is, alsnog een volle toets uitvoert. Ik bepleit daarom a) een *ex officio* toets naar de flagrante schendingen op basis van de feiten in het verzoek en b) daarenboven een volle toets met inzage in het zaaksdossier, wanneer daartoe concrete aanleiding is, voor ieder type schending (flagrant of niet).[130] Als via het verrichten van zo'n evenredigheidstoets een grondrechtinbreuk kan worden voorkomen, heeft dit de voorkeur boven het nadien bieden van een rechtsmiddel in de verzoekende staat.[131] Het EVRM is immers een levend instrument dat bovenal praktisch en effectief moet zijn.[132]

Deze uitwerking van de vertrouwensregel lijkt op de toepassing ervan in Zwitserland. Het *Bundesgericht* bepaalde immers dat de aangezochte Zwitserse autoriteiten altijd een evenredigheidstoets uit moeten voeren (*ex officio*), maar dat deze beperkt mag blijven tot een toets aan de feiten in het verzoek. Dit is alleen anders bij evidente verschrijvingen.[133] Vooral met betrekking tot de laatste beperking heb ik een andere mening. Ik vind die toets te star. Vertrouwen is een goed uitgangspunt, maar ook niet meer dan dat. Als er een concreet verweer wordt gevoerd dat gevolgen heeft voor de door de aangezochte staat aan te leggen evenredigheidstoets, past een serieus antwoord, gebaseerd op een volledig feitenonderzoek mét inzage in het dossier. Het gaat hier om een gradueel, maar niet onbelangrijk verschil. Een en ander laat overigens onverlet dat nog maar moet blijken of de verdediging inderdaad in staat blijkt de feiten ter onderbouwing van zo'n verweer boven water te krijgen. Deze oplossing vergt bovendien de nodige ondersteuning van de andere EU-staten; deze zullen op zijn minst openheid en inzage in het dossier moeten verschaffen. Ik meen dat dit past bij het karakter van een ware Europese rechtsruimte en kom daar hieronder nog op terug in mijn aanbevelingen.

130 Van Hoek & Luchtman (2005) en (2006).
131 Smeulers (2005); Van Hoek & Luchtman (2005) en (2006).
132 Vgl. bijvoorbeeld EHRM 4 februari 2005, nr. 46827/99 and 46951/99 (*Mamatkulov*).
133 Hoofdstuk 5.5.4.1, onder C.

Daar komt nog iets bij. Willen alle hierboven besproken elementen van de toets die het EHRM bij art. 8 EVRM aanlegt ook in een transnationale context gewaarborgd zijn, dan moeten de staten het op zijn minst eens zijn over de precieze elementen waaraan ze toetsen. Dat lijkt vanzelfsprekend, maar is het niet, gezien de grote statelijke *margin of appreciation* en bijgevolg verschillende toetsingsmechanismen per staat. Die veronderstelde overeenstemming over de *toetsmomenten* en *toetsmaatsaven* ligt oorspronkelijk ook ten grondslag aan de vertrouwensregel. Omdat – zo is de gedachte – in de bijstand en rechtshulp autoriteiten van soortgelijk statuut ('bestuurlijke', resp. 'justitiële' autoriteiten) samenwerken, kan men de inhoudelijke aspecten van de zaak aan de verzoeker, die beter in het dossier is ingevoerd, overlaten.

In de praktijk is dit niet altijd zo, zo zagen we hierboven. Of de overeenstemming over de toetsmaatstaven en -momenten *in concreto* altijd aanwezig is, kan ernstig worden betwijfeld. De (groeiende rol van de EU bij de) opkomst van de bestuurlijke sanctionering, de verschuiving naar het proactieve onderzoek in het strafrecht, de problematiek van de gemengde doelen en de sfeercumulatie, kortom de verschillen in handhaving tussen de lidstaten zorgen ervoor dat in de tegenwoordige fiscale en financiële rechtshandhaving de autoriteiten en hun bevoegdheden niet altijd vergelijkbaar zijn. Om die reden is het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp ook nu al aan erosie onderhevig. Hierboven constateerde ik al dat dit mogelijk leidt tot een gebrek aan controle en *silver-platter*situaties (paragraaf 6.3.3). Ik ga er nu verder op in. Het fenomeen dat hier aan de orde is, is aangeduid als de systeembreuk.[134]

6.4.1.3 De systeembreuk

De systeembreuk kan worden omschreven als de resultante van het feit dat natiestaten bij de inrichting van hun rechtsordes zowel door het EVRM (*margin of appreciation*) als door de communautaire/EU-rechtsorde een aanzienlijke mate van vrijheid is gelaten. Waar de vertrouwensregel voornamelijk betrekking heeft op de evenredigheidstoets *in concreto*, zouden we kunnen betogen dat de systeembreuk tot gevolg heeft dat de evenredigheidstoets op abstract – wetgevend – niveau niet altijd tot zijn recht komt door verschillen in normering. Er kunnen immers in het *toetsmoment* en in de *toetsmaatstaven* verschillen bestaan tussen staten. Hetzelfde geldt overigens voor de bescherming van het *nemo-tenetur*beginsel (art. 6 EVRM) en andere hier aan de orde zijnde grondrechten (*Rechtsweggarantie*; *Richtervorbehalt*). Ook deze kunnen in een interstatelijke context tussen de wal en het schip vallen.[135]

> Bij de ontwikkeling van de evenredigheidstoets op wetgevend niveau wordt vaak gewerkt met een aantal axiomata. De evenredigheidstoets wil bereiken dat een maatregel (onderzoekshandeling), waarbij inbreuk wordt gemaakt op een grondrecht, geschikt en noodzakelijk is om het – gerechtvaardigde – doel te bereiken

134 Orie (1983). Hierover ook Van Hoek & Luchtman (2005) en (2006); Klip (2005); Corstens (2004); Gleß (2003), p. 146-148; Swart (1994).

135 Orie (1983).

waarvoor hij wordt toegepast (*geeignet* en *notwendig*; *appropriate* en *necessary*) en bovendien tot het doel in een redelijke verhouding staat (*angemessen*; *proportionate;* evenredigheid in enge zin). De genoemde axiomata worden in Duitsland onder woorden gebracht met de *Je-Desto-Formel*. De formule is op zich niet typisch Duits: we komen deze ook tegen in Nederland[136] en Zwitserland.[137] Concreet kunnen we denken aan de volgende uitwerkingen: 'hoe zwaarder de (strafrechtelijke) verdenking, hoe eerder een maatregel is toegestaan'[138]; 'hoe groter de kans of verwachting dat een maatregel succesvol zal zijn (zijn doel zal realiseren), hoe eerder hij toelaatbaar is' (verbod op *fishing expeditions*). Ook de betrokken autoriteit kan een rol spelen: 'hoe hoger de functionaris, hoe eerder een maatregel is toegestaan'. En uiteraard het relatieve gewicht van het achterliggende doel: 'hoe belangrijker het doel wordt geacht, hoe eerder een maatregel is toegestaan.' Met name dit laatste is van direct belang voor het bankgeheim. Fiscale handhavingsdoeleinden leggen in Zwitserland en mindere mate Duitsland relatief weinig gewicht in de schaal. Ook de persoon tegen wie het onderzoek zich richt kan van belang zijn: aan maatregelen gericht tegen een niet betrokken persoon worden soms zwaardere eisen gesteld, dan jegens personen die wel in het onderzoek zijn betrokken. Ook dit is van belang voor het bankgeheim. Immers, het bankgeheim speelt in beginsel alleen een rol wanneer de bank als derde wordt benaderd.

De wijze waarop wordt beoordeeld wat toelaatbaar is, is dus afhankelijk van veel factoren. Wanneer inbreuken op grondrechten aan de orde zijn, kan de evenredigheid *in abstracto* op meerdere wijzen worden gewaarborgd. Om duidelijk te kunnen maken tot welke problemen de systeembreuk kan leiden in transnationale verhoudingen, is een nadere analyse van de opbouw – normcondities of 'de bouwstenen' – van een bevoegdheid nuttig. Het bankgeheim en het *nemo-tenetur*beginsel zijn voor een dergelijke toets zeer geschikt. Bekijken we de opbouw van onderzoeksbevoegdheden, dan is – analoog aan denkoefeningen die binnen het (Nederlandse) bestuursrecht al plaatsvonden[139] – een volgend onderscheid te maken. Onderzoeksbevoegdheden bestaan uit:

1. *Personele elementen*, waarbij ik vooral denk aan de vraag wie tot de handeling bevoegd is; aan wie komt de bevoegdheid toe?

136 Vgl. bijvoorbeeld hoofdstuk 3.3.4.

137 Vgl. bijvoorbeeld hoofdstuk 4.3.3.3, onder A.

138 Vgl. Corts & Hege (1976), p. 92: 'Je stärker der Tatverdacht ist, desto stärker ist das Interesse der Allgemeinheit an der Strafverfolgung und ihrer Durchsetzung durch Zwangsmaßnahmen, desto geringer fällt demgegenüber die Gefahr ins Gewicht, daß ein möglicherweise Unschuldiger betroffen wird.'

139 Vgl. De Ruiter (1987) en Schlössels (1998), p. 16-24. De discussie spitst zich daar toe op de bestuursbevoegdheden, *supra* hoofdstuk 1, noot 16. In dit onderzoek gaat het in de regel niet om bestuursbevoegdheden (hoewel dat voor sommige handelingen, schriftelijke inlichtingenvorderingen bijvoorbeeld omstreden is), maar om feitelijke handelingen.

2. *Procedurele elementen*. Daarbij denk ik aan vragen als 'is er voorafgaande rechterlijke toestemming nodig', 'moet de betrokkene worden gehoord', 'staat er rechtsbescherming open tegen een bevoegdheid en zo ja, op welk moment', et cetera.
3. *Materiële elementen*, waarbij het gaat om vragen als waar en wanneer een bevoegdheid kan worden gebruikt, jegens wie ze kan worden gebruikt en voor welk doel ze kan worden gebruikt. Kortom, aan de bevoegdheid *ratione loci*, *ratione temporis*, *ratione materiae*, *ratione personae*. Daarnaast – en voor dit onderzoek van zeer groot belang – speelt hier ook de vraag voor welke doeleinden een bevoegdheid precies kan worden gebruikt: wat toelaatbaar is voor het ene doel, is dat immers nog niet voor het andere. Mogen gegevens die voor het ene doel zijn verkregen dan zonder meer voor het andere worden gebruikt? Zo ja, is de kans op misbruik dan niet erg groot; zo nee, lijdt dat dan niet tot inefficiënt overheidsoptreden?

Door middel van deze bouwstenen worden de corresponderende voor de burger geldende rechten en plichten afgebakend. Dat culmineert concreet in geboden (meestal in de vorm van actieve medewerkingsplichten), verboden of duldplichten (waaronder vaak dwangmiddelen).[140] De aard van deze plichten is uiteraard ook een aspect dat bijzondere aandacht behoeft. Berucht is vooral het conflict tussen medewerkingsplicht en *nemo-tenetur*beginsel in de fiscale en financiële rechtshandhaving.

In het onderstaande wil ik een aantal van die bouwstenen uitlichten en de exacte vormgeving ervan in het Duitse, Nederlandse en Zwitserse recht met elkaar vergelijken. Vooral deze elementen acht ik van belang voor dit onderzoek. Achtereenvolgens bespreek ik:

1. de verdenkingsvoorwaarde;
2. de al dan niet aanwezigheid van (al dan niet voorafgaande) rechterlijke toetsing (*Richtervorbehalt*);
3. de reikwijdte *ratione personae* van bevoegdheden;
4. het *nemo tenetur*beginsel.

Het doel van deze vergelijking is aan te tonen dat deze bouwstenen in een interstatelijke context niet noodzakelijk op elkaar aansluiten, zeker niet wanneer het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp (nog verder) vervaagt of zelfs verdwijnt. De *veronderstelde* overeenstemming over de toetsmomenten en toetsmaatstaven is dan immers *de facto* niet aanwezig, wat leidt tot breuken in het systeem van samenwerking als geheel. Dat kan leiden tot hiaten in rechtsbescherming, maar ook tot dubbele bescherming en dus tot inefficiënties. De rechtsbescherming (*procedureel element*), met grote relevantie voor de Duitse en Zwitserse *Rechtsweggarantie*, is

140 Wederom analoog aan de zojuist aangehaalde literatuur zouden we kunnen betogen dat de bouwstenen – aldaar aangehaald als *secundaire* normen – de *primaire* normen, zijnde de verboden, geboden en duldplichten, helpen definiëren. De geldigheid van de primaire norm wordt beoordeeld aan de hand van het toetsingskader dat de secundaire norm aanreikt; vgl. Schlössels (1998), p. 16-24.

uiteraard ook een element van belang, maar deze bespreek ik in paragraaf 6.4.1.4. Het doelgebonden gebruik (*materieel element*) van gegevens komt in paragraaf 6.4.2 aan de orde.

Ad 1. In de innerstatelijke rechtshandhaving heeft de verdenkingsvoorwaarde meerdere, overigens bediscussieerde functies. De voorwaarde speelt echter in de praktijk in transnationale verhoudingen (zeker bij continentale systemen) niet zo'n grote rol, omdat men de mening is toegedaan dat de verdenking als vervolgingsvoorwaarde (*Prozessvoraussetzung*) bij uitstek een zaak is waarover de verzoekende autoriteiten zelf moeten oordelen. Het is in die optiek – terecht – geen zaak voor de aangezochte autoriteit. Echter, dat is niet de enige functie van het verdenkingsvereiste. Het betreft hier een fel bediscussieerd onderwerp, maar het verdenkingscriterium kan – naast zijn relevantie voor het strafvorderlijke zwijgrecht – ook worden gezien als een wettelijke invulling van het evenredigheidsbeginsel ('hoe zwaarder de verdenking, hoe zwaarder de toegestane grondrechtsinbreuk').[141] Het is een belangrijke bouwsteen van materiële aard, die vorm geeft aan de inhoud van die bevoegdheid.[142] Dat laatste is mogelijk wél van belang voor de staat die een verzoek om rechtshulp (of bijstand) ontvangt, omdat het immers deze staat is die feitelijk de inbreuk pleegt.

In het strafprocesrecht zijn de verschillen op dit vlak groot. Duitsland en Zwitserland hanteren ieder een tamelijk restrictief, want repressief, verdenkingsbegrip.[143] Dat is niet zo in Nederland, waar ten behoeve van de economische criminaliteit in de WED en georganiseerde criminaliteit (art. 132a Sv) verruimingen zijn gecreëerd.[144] Anders dan in Nederland, waar de verdenking hoofdzakelijk een rol speelt in het strafrecht, hanteren Duitsland en Zwitserland de verdenking bovendien ook buiten de strafrechtspleging. We zouden zelfs met gevoel voor overdrijving kunnen stellen dat in Duitsland de preventieve onderzoeksfase niet bestaat, omdat er altijd een 'Anlaß' – hoe gering ook – moet zijn voor toepassing van een bevoegdheid. Alleen bij de zogenaamde fiscale *Fahndungs-* en *Außenprüfungen* is de fiscus bevrijd van het verdenkingsbegrip.[145] In Zwitserland speelde het criterium tot voor kort zelfs een rol bij de verstrekking van gegevens aan de fiscus door andere diensten die wel toegang hebben tot bancaire gegevens.[146]

---

141 Vgl. Corstens (2005), p. 59 en 185; Knigge (2005), p. 352; Keijzer (1987); Franzen (1985), § 397 AO, rn. 44; Corts & Hege (1978); Cleiren, aant. 13 bij art. 1 Sv, in: Melai. In Nederland is de discussie, aangezwengeld door de onderzoekers van Strafvordering 2001, momenteel opgelaaid, mede ook na uitlatingen van minister Donner over een mogelijke afschaffing van het verdenkingsbegrip als voorwaarde voor bevoegdheidstoepassing: vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 271, nr. 1, p. 14.

142 Cleiren spreekt van een materiële waarborg; Cleiren, aant. 13 bij art. 1 Sv, in Melai.

143 Uiteraard is een zekere mate van rek bereikt door, bijvoorbeeld, de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen en lidmaatschap van een criminele organisatie.

144 Hoofdstuk 3.2.3.2.

145 Hoofdstuk 4.3.3.1, onder A.

146 Hoofdstuk 5.4.2.2.

Wat betekent dit alles nu in een transnationale context? In Zwitserland wordt bijvoorbeeld rechtshulp verleend aan autoriteiten die actief zijn in de voorfase van een strafrechtelijk onderzoek. Kunnen deze autoriteiten in dergelijke gevallen ook vragen om een doorzoeking, zelfs als er van een *Tatverdacht* naar Zwitsers recht nog geen sprake is? Het lijkt er wel op, zolang de verzoekende autoriteiten zelf maar over deze bevoegdheid beschikken (art. 65 IRG).[147] Een ander voorbeeld: justitiële autoriteiten kunnen in Nederland relatief vroeg actief worden. In Zwitserland en Duitsland verkeert men dan nog in de fase van het bestuurlijke onderzoek. Dwangmiddelen of heimelijke opsporingmethoden zijn nog niet, althans niet in het strafprocesrecht, toegelaten. Mogen Nederlandse justitiële autoriteiten in zo'n geval via de rechtshulp vragen om een doorzoeking of om de inzet van heimelijke opsporingsmethoden? Zullen de Duitsers en Zwitsers toetsen of dan een *Tatverdacht* voorligt? Dergelijke vragen worden door de vertrouwensregel momenteel niet gesteld, terwijl ze veel van doen hebben met de evenredigheidstoets die op enig moment zal moeten worden verricht. In alle landen wordt weliswaar een evenredigheidstoets verricht, maar wel een onderling afwijkende.

Ad 2. Ook de rechterlijke toets bij de uitvoering van verzoeken is een aspect dat uitlichting verdient. Het *Richtervorbehalt* als zodanig is – net als overigens het verdenkingsvereiste – geen dwingende eis van het EHRM, als het gaat om toelaatbare inbreuken op art. 8 EVRM.[148] Het spreekt echter voor zich dat rechterlijke aanwezigheid een belangrijke waarborg vormt voor misbruik ('hoe hoger de functionaris, hoe eerder een maatregel gerechtvaardigd is'). Waar de betrokkene zich zelf vaak niet kan uitspreken in verband met het belang van het onderzoek, maar waar anderzijds zware grondrechtsinbreuken worden gemaakt, is de tussenkomst van een onafhankelijk persoon een alternatief. Niet voor niets zien we *preventieve* rechterlijke tussenkomst vooral in Duitsland en Nederland bij de klassieke strafvorderlijke dwangmiddelen en de heimelijke opsporingsmethoden.[149] De betrokkene wordt bij dergelijke maatregelen min of meer tot 'voorwerp' van onderzoek gereduceerd; hij moet dulden dat maatregelen plaatshebben en kan zich daarover – vooraf – vaak niet uitspreken.

De toets die een onafhankelijke magistraat uitvoert, mag dus worden geacht objectiever te zijn. In transnationale situaties heb ik daarover mijn bedenkingen. Ik neem graag aan dat de rechter tot meer objectiviteit is geneigd dan een opsporingsambtenaar, die liever zijn buitenlandse collega te vriend wil houden. Echter, net als die opsporingsambtenaar acht de rechter zich gebonden aan de interstatelijke vertrouwensregel. Is zijn meerwaarde dan zo veel groter? In wezen gaat het hier om dezelfde discussie als in Duitsland en Nederland, waar de *Ermittlungsrichter*, c.q. rechter-commissaris niet altijd zelf onderzoek verricht, maar vaak alleen tot handelingen

147 Hoofdstuk 5.5.4.1, onder C.

148 Sommige nationale rechtsordes hebben het *Richtervorbehalt* uitdrukkelijk als grondrecht geformuleerd; hoofdstuk 4.3.1.2.

149 Dat geldt in mindere mate voor Zwitserland. Rechterlijke tussenkomst is in hoofdzaak beperkt tot de heimelijke opsporingsmethoden; hoofdstuk 5.2.3.5 en 5.3.4.1.

machtigt. Zo'n machtiging heeft alleen zin als de rechter volledig op de hoogte is van het dossier en bij onduidelijkheden navraag doet, et cetera. De rechters in Duitsland en Nederland hebben om die reden volledige toegang tot de stukken, als ze dat zouden wensen.[150] In een transnationale context verlangt de rechter geen inzage in het onderliggende dossier, maar vertrouwt hij op de (interpretatie van de feiten) in het (rechtshulp)verzoek. Preventieve rechterlijke toetsing en of hiërarchisch toezicht hebben weinig zin als ook de toetsende autoriteiten zich gebonden achten aan de vertrouwensregel. Andere nationale sturingsmechanismen als – in Duitsland en Zwitserland – de *Untersuchungsgrundsatz* en het legaliteitsbeginsel bieden overigens evenmin soelaas. Innerstatelijke controlemechanismen werken dus niet altijd in een transnationale context.

Naast dit praktische probleem, dat meer is gelieerd aan de vertrouwensregel, kan ook de concrete inrichting van de rechterlijke toetsing problematisch zijn. De rechterlijke aanwezigheid in het strafrechtelijk vooronderzoek kan per land immers verschillend zijn ingekleed. In Duitsland vervult de rechter in overwegende mate de functie van machtigingsrechter; hij toetst bij bepaalde zwaarwegende grondrechtsinbreuken preventief. De feitelijke uitvoering van het verzoek ligt in handen van OM en politie. In Nederland kennen we daarenboven (deels) ook nog het Franse GVO-model, waarin de bevoegdheden toekomen aan de rechter zelf. In beginsel verricht hij dan het onderzoek. Dat geldt ook voor de uitvoering van bepaalde rechtshulpverzoeken. Daarvoor is de GVO-procedure van overeenkomstige toepassing verklaard. Anders dan in Duitsland is rechterlijke aanwezigheid daarmee een personele in plaats van een procedurele bouwsteen.[151] Zwitserland hanteert ten slotte weer een heel ander systeem. Bij de klassieke dwangmiddelen geldt doorgaans geen preventieve rechterlijke toets. Wel kunnen na een doorzoeking de inbeslaggenomen voorwerpen worden verzegeld in afwachting van rechterlijke tussenkomst.[152]

Wat betekent dit in een transnationale context? Het resultaat kan zijn dat geen enkele rechterlijke toets wordt verricht of juist dezelfde toets tweemaal. Ook dit lijkt mij een duidelijk voorbeeld van een systeembreuk. Een en ander kan zelfs tot de (voor sommige landen) eigenaardige conclusie leiden dat een bestuursorgaan via de rechtshulp verzoekt om een doorzoeking zonder dat er preventieve rechterlijke toetsing plaatsheeft.

Ad 3. In het kader van de toegang tot bancaire informatie wil ik ook nog aandacht besteden aan enige elementen die zien op de *ratione personae* van onderzoeksbevoegdheden. Als gezegd speelt het bankgeheim primair wanneer de bank als derde wordt gehoord. Ook hier zijn de interstatelijke verschillen groot. Door de wijze van

150 De vraag is echter of dit in de praktijk ook echt gebeurt, hoofdstuk 3.2.3.3 en 4.2.3.4.

151 Dat geldt uiteraard niet voor de BOB-bevoegdheden, waar de rechter-commissaris een soortgelijke rol heeft als de Duitse *Ermittlungsrichter*.

152 Hoofdstuk 5.3.4.1. In de internationale rechtshulp volgt men een iets andere procedure, die overigens evenmin een voorafgaande rechterlijke machtiging kent; daarover hoofdstuk 5.5.4.1, onder E.

fiscale heffing kunnen staten banken soms in de positie van belasting- of inhoudingsplichtige dwingen, ook als de belastingschuld *de facto* door een ander – de bankcliënt – moet worden gedragen.[153] Banken zijn dan geen derden meer. Zowel Nederland, Duitsland als Zwitserland kent dergelijke methoden. In een transnationale context kan dit problemen geven. Immers, wordt de positie die een bank inneemt in de procedure in de verzoekende staat ook herkend (of wellicht beter: erkend?) door de aangezochte staat? De heffingsmethodiek kan voor soortgelijke belastingen per land verschillen. Ook hier zijn er verbindingen met het evenredigheidsbeginsel. Voor maatregelen gericht tegen de niet in de procedure betrokken derden gelden in de regel zwaardere eisen dan tegen personen die er wel in betrokken zijn. Het Zwitserse recht lijkt zelfs in zijn geheel, ook buiten het bankgeheim, doorspekt van deze gedachte.

Ad 4. Hetzelfde geldt voor het *nemo-tenetur*beginsel. Ook de invloed en reikwijdte van dit beginsel wordt sterk bepaald door de aard van de procedure waarin de betrokkene wordt benaderd. Het is mede om deze reden dat ik de mening ben toegedaan dat een verzoekende staat altijd moet aangeven in welke hoedanigheid een betrokken persoon moet worden benaderd (transparantie; paragraaf 6.2.5). Een bank die in de verzoekende staat 'derde' is, moet in de aangezochte staat niet opeens 'betrokkene' zijn en omgekeerd. Nationale *exequatur*procedures kunnen hier hinderlijk werken, doordat er in veel landen de neiging bestaat ze te isoleren van de procedure ten gronde in de andere staat. De *exequatur*procedure wordt dan als het ware als procedure op zich beschouwd. Daardoor verdwijnt het zicht (en de aansluiting) op de procedure ten gronde.[154] Het bankgeheim is hiervan een uitstekende illustratie, maar het *nemo-tenetur*beginsel wellicht nog meer.

Wat betreft *nemo tenetur* heeft de jurisprudentie van het EHRM enige harmoniserende invloed gehad, maar nog steeds zijn de verschillen groot. In de wederzijdse bijstand is er nauwelijks aandacht voor. Lidstaten hebben bovendien een vrij grote marge om het met elkaar oneens te zijn.[155] Het *nemo-tenetur*beginsel kan bijgevolg vele vormen aannemen. Uit de nationale beschrijvingen blijkt dat het beginsel soms de vorm heeft van een *verschoningsrecht*, soms van een *zwijgrecht*, in andere gevallen als *verstrekkingsverbod* (vgl. in Duitsland § 30 AO) fungeert en er in weer andere situaties als *gebruiksverbod* (in Duitsland § 393 II AO) of als *bewijsuitsluitingsgrond*

153 Soortgelijke overwegingen spelen uiteraard ook in het strafrecht en financiële toezicht. Het maakt bijvoorbeeld veel verschil of een bank als derde, danwel als medeverdachte wordt gehoord, wanneer een medewerker of cliënt van fraude wordt verdacht. In de Duitse en Zwitserse jurisprudentie is er voor dit punt veel aandacht.

154 Een ander voorbeeld van deze zienswijze komen we tegen bij de rechtsbescherming. Sommige landen, Zwitserland bijvoorbeeld, maken hun besluit tot het verlenen van rechtsbescherming hoe dan ook bekend als de procedure in de aangezochte staat is afgelopen. De procedure wordt als afgerond beschouwd. Daarmee verliest men uit het oog dat dit nog steeds zeer nadelig kan zijn voor de procedure ten gronde in de verzoekende staat; hoofdstuk 5.5.2.2, onder D en 5.5.4.1, onder E.

155 Vgl. de verschillende interpretaties die aan het beginsel worden gegeven in de onderzochte landen, hoofdstukken 3.3.1.3, 4.3.1.3, 5.3.1.3.

uitziet. In een transnationale context kan dit licht tot problemen leiden, die niet direct aan de ene, danwel de andere staat toe te wijzen zijn. Duitsland kent bijvoorbeeld gebruiksverboden voor het OM op het moment dat onder dwang verkregen informatie uit de fiscale procedure toch bij het OM terecht komt (§ 393 II AO). Kan naleving van een dergelijke bepaling ook in een transnationale context worden gewaarborgd? De systeembreuk komt dan opnieuw duidelijk aan het licht. Het zwijgrecht staat bijgevolg onder druk.[156]

Overzien we het voorgaande, dan valt op hoe makkelijk zich een systeembreuk kan voordoen. Natuurlijk wordt dit probleem door staten wel onderkend. Het is niet voor niets dat Nederland bijvoorbeeld voor een aantal – maar lang niet alle –rechtshulphandelingen de GVO-procedure van overeenkomstige toepassing verklaart (art. 552o e.v. Sv). Ook het feit dat autoriteiten alleen mogen vragen waartoe ze zelf bevoegd zijn (hierboven paragraaf 1.3.2), leidt tot een reductie van de gevolgen van de systeembreuk. Dat alles is te prijzen. Toch lost ook de aandacht van afzonderlijke staten voor dit probleem niet alles op, omdat het ertoe leiden kan dat samenwerking helemaal niet van de grond komt of alleen onder zeer beperkende voorwaarden en 'overprotectie'. Het moet bovendien nog worden bezien of alle problemen wel worden onderschreven. Als gezien bestaat er vooral in de bijstand een blinde vlek voor de *nemo-tenetur*problematiek, ondanks het feit dat bijstandsverzoeken zeer zeker punitieve doeleinden kunnen dienen.

6.4.1.4 Rechtsbescherming tegen het verlenen van bijstand, c.q. rechtshulp

In het voorgaande ging ik vooral in op de gevolgen van uiteenlopende toetsmomenten en toetsmaatstaven in het interstatelijk verkeer. *Exequatur*procedures vangen deze verschillen deels op, als ze nationale toetsmaatstaven en -momenten aanvullen. De gevolgen van de systeembreuk worden daardoor soms, maar lang niet altijd verkleind. In deze paragraaf wil ik ingaan op een andere mogelijke functie van *exequatur*procedures. Die is gelegen in het bieden van een rechtsingang aan de betrokkenen. Niet alleen *exequatur*procedures kunnen deze bescherming bieden. Ook uitvoeringsprocedures[157] voorzien soms in een dergelijke rechtsbescherming. Opnieuw blijken verschillende landen hier verschillende paden te bewandelen. Dat is zeker het geval voor de drie hier onderzochte landen.

Het bankgeheim dient hier weer als illustratie van de problematiek. Hoewel het in de onderzochte landen op zich geen grondwettelijk beschermd recht is, is het eraan vaak wel gelieerd. In het bijzonder kent het nauwe banden met de 'privationele'[158] grondrechten. Dat heeft gevolgen voor de rechtsbescherming. Als er inbreuken op grondrechten wordt gemaakt, dient daartegen ook een rechtsmiddel open te staan (vgl. art. 13 EVRM). Sommige landen hebben zo'n recht ook in hun

156 Zelfs het *gründliche* Duitse recht komt ter zake niet veel verder dan een aanwijzing in een *Merkblatt*, waarvan niet duidelijk is wat er precies mee wordt bedoeld; hoofdstuk 4.5.3.1.

157 Over de betekenis van beide begrippen, *supra* hoofdstuk 6.4.1.

158 Een samenvoeging van privacy gerelateerde en informationele rechten.

eigen constitutie verwoord. Vermeldenswaard is in het bijzonder de Duitse *Rechtsweggarantie* (Art. 19 IV GG). Op onderdelen gaat de reikwijdte daarvan ver uit boven die van art. 6 en 13 EVRM. Dat is onder meer zo *in fiscalibus*, waarop art. 6 EVRM niet van toepassing is. Het Duitse grondrecht vereist een rechtsmiddel telkens als er subjectieve rechten van betrokkenen in het geding zijn.[159] Die rechten hoeven niet noodzakelijk dezelfde te zijn als die neergelegd in het EVRM.

Voor de kwestie van de transnationale rechtsbescherming is de discussie over de precieze *aard* van de bijstands- en rechtshulpprocedures van groot belang. Het gaat dan om de vraag of rechtshulp- of bijstandshandelingen in het kader van internationale samenwerking bestuursrechtelijk van aard zijn, strafrechtelijk of wellicht *sui generis*. De uitkomst ervan is bepalend voor de toedeling van procedurele rechten van betrokken burgers en bedrijven, zoals kennisgevingsplichten, inzagerechten, beroepsrechten, et cetera. Deze discussie speelt vooral in de *exequatur*procedure.[160] Immers, waar deze procedure als 'bestuursrechtelijk' wordt gekwalificeerd, ligt toepassing van het bestuursprocesrecht voor de hand. In de fiscale en financiële bijstand wordt deze toepasselijkheid op zich niet betwist.[161] Daar spitst de discussie zich toe op de vervolgvraag of en zo ja, welke handelingen in aanmerking komen voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Bepalend daarvoor is vaak de kwalificatie als besluit of soortgelijk begrip (*Verwaltungsakt*; *Verfügung*). Tegen feitelijke handelingen staat doorgaans geen bescherming open.[162]

In het (internationale) strafrecht wordt de genoemde discussie echter feller gevoerd. Dat heeft te maken met het feit dat bestuursprocesrecht in beginsel niet van toepassing is op het justitiële domein, terwijl de aard van de *exequatur*procedures op zijn beurt niet onmiddellijk wordt aangemerkt als 'strafvorderlijk'. Het gevolg hiervan is dat een belangrijk aspect van de justitiële verzoeken – namelijk de beslissing *of* hulp verleend kan worden (*exequatur*procedure) – vrijwel geheel ter beoordeling aan de aangezochte autoriteit wordt gelaten. Rechtsbescherming staat alleen open, als er ook in de innerstatelijke rechtshandhaving de mogelijkheid daartoe bestaat. Vaak is dit zo als er onderzoekshandelingen ter uitvoering van een verzoek worden gesteld.[163] In dat geval staat bijvoorbeeld het Duitse *Bundesverfas*

---

159 Hoofdstuk 4.3.1.4. Het corresponderende Zwitserse grondrecht (art. 29a BV) is van formeler aard. Het laat de beslissing omtrent de vraag waartegen bescherming openstaat in hoge mate aan de wetgever, maar schrijft voor waaraan de procedures moeten voldoen als er eenmaal een rechtsmiddel is opengesteld; hoofdstuk 5.3.1.4. Nederland kent ten slotte geen expliciete *Rechtsweggarantie*; wel wordt aanvullende bescherming geboden via de burgerlijke rechter (vgl. art. 112 Gw); hoofdstuk 3.3.1.4.

160 In de Zwitserse dogmatiek wordt een onderscheid gemaakt tussen *Verfahrenshandlungen* en *Prozesshandlungen*; hoofdstuk 5.5.4.1, onder E.

161 Toch is in Duitsland momenteel nog onduidelijk of ook de inzagerechten en juridische bijstand van het bestuursprocesrecht zijn gewaarborgd. Het *Oberlandesgericht* Keulen weigerde bijvoorbeeld inzage; zie Schomburg/Lagodny (2002), p. 214.

162 Als een handeling niet als besluit kan worden gekwalificeerd, maar wel inbreuk maakt op grondrechten eist Art. 19 IVV GG toch een *Rechtsweg*. Deze kan bijvoorbeeld zijn gelegen in de *vorbeugende Unterlassungsklage*; vgl. hoofdstuk 4.5.3.1, onder D.

163 Rechtsbescherming staat vrijwel altijd open als zo'n onderzoekshandeling de vorm heeft van een beslissing die voor de justitiabele nieuwe rechten en plichten in het leven roept (beschik-

sungsgericht toe dat bij de rechtsmiddelen tegen dergelijke handelingen (vgl. § 98 en 304 StPO) tevens *exequatur*aspecten worden meegenomen (geïntegreerde oplossing).[164]

Het is echter niet altijd nodig dat er onderzoek wordt verricht. Moeten er alleen gegevens worden verstrekt, dan is er in Duitsland geen bescherming, tenzij de betrokkene geraakt is in een subjectief recht. In dat geval eist namelijk de *Rechtsweggarantie* een rechtsmiddel. Ook in Nederland geldt de overeenkomstige toepassing van de – strafvorderlijke! – GVO-procedure in de kleine rechtshulp en het systeem van rechterlijk verlof alleen voor bepaalde handelingen. In andere gevallen resteert een kort geding.[165] In Zwitserland is de situatie geheel anders. Daar heeft men in de IRG (rechtshulp), voor zover het gaat om de federale justitiële autoriteiten, het federale bestuursprocesrecht van toepassing verklaard.[166] Dat heeft grote gevolgen, onder meer voor de deelnamerechten van de betrokken partijen, die uitvoerig zijn geregeld.

Interessant is in Zwitserland verder de concrete vormgeving van de procedure in de wederzijdse rechtshulp. Daarmee kom ik op een ander punt dat voor het bankgeheim relevant is. Het is niet moeilijk voorstelbaar dat banken (en hun cliënten) er veel aan gelegen kan zijn, toegang tot bancaire gegevens door buitenlandse autoriteiten in het geheel te voorkomen. Daarvoor kan het nodig zijn dat de rechtsbescherming wordt geconcentreerd aan het *begin* van de procedure, dus kort na ontvangst van het verzoek, bij de *beslissing tot uitvoering* van het verzoek (*Eintretensverfügung*). Dat is echter niet de enige optie. Bescherming kan ook plaatshebben bij de *feitelijke uitvoering* ervan (vgl. de Duitse integratieoplossing) en/of aan het einde, vlak voordat de gegevens feitelijk worden *overhandigd* aan het buitenland, dus bij de *Schlussverfügung*.[167] Het eerste model, met bescherming aan het begin van de rit, zouden we – analoog aan de situatie in Zwitserland – het *Zürichse* model kunnen noemen, het derde het *Geneefse* model.[168]

---

king; *Verwaltungsakt*; *Verfügung*). Ze bestaat daarenboven vaak ook bij feitelijke handelingen (*Realakte*), als deze inbreuk maken op grondrechten.

164 Hoofdstuk 4.5.4.1, onder C. In die procedures mag ook worden ingegaan op de beslissing tot het verlenen van rechtshulp, ook al moet de definitieve beslissing daarover formeel nog worden genomen. Schomburg/Lagodny (2002), p. 229, merken op dat deze integratieoplossing indruist tegen de systematiek van de IRSG, omdat ex § 61 IRSG *exequatur*vragen moeten worden beantwoord door het *Oberlandesgericht* en niet door de *Amtsrichter/Ermittlungsrichter*.

165 Hoofdstuk 3.5.4.1.

166 Hoofdstuk 5.5.4.1, onder E.

167 In de Zwitserse financiële bijstand zijn én de beslissing tot het verlenen van bijstand én de beslissing ter feitelijke uitvoering daarvan appellabel. Beide mogen om reden van efficiency wel worden gecombineerd; hoofdstuk 5.5.2.1, onder A. De situatie is anders in het strafrecht en de fiscale bijstand, waar men koos voor het Geneefse model.

168 De Nederlandse verlofprocedure bij rechtshulpverzoeken heeft ook de trekken van dit laatste model. Hetzelfde geldt voor de Nederlandse WIB. In Duitsland heeft bescherming als gezien in de regel plaats bij de feitelijke uitvoering van het verzoek – dus gaande de rit (rechtshulp). De beslissing tot het verlenen van fiscale en financiële bijstand zijn op zich niet appellabel;

In Zwitserland is dit laatste model dominant. Bescherming heeft plaats achteraf, met een paar uitzonderingen voor gevoelige onderwerpen.[169] Tegen (de meeste afzonderlijke) onderzoekshandelingen staat geen bescherming meer open. Het voordeel van deze aanpak is dat niet alleen de beslissing tot de grondrechtsinbreuk in de rechterlijke beoordeling wordt betrokken, maar ook de wijze van uitvoering. Een nadeel ervan is dat grondrechten op een meer indirecte wijze worden beschermd. Immers, bescherming achteraf maant de betrokken autoriteiten hoogstens voor de toekomst tot voorzichtigheid, maar verhindert niet dat de inbreuken plaatsvinden, hoogstens dat de ermee verkregen (bancaire) (persoons)gegevens worden verstrekt aan het buitenland. Hier wordt ook duidelijk dat nationale *exequatur*procedures en de procedures ter feitelijke uitvoering van verzoeken niet altijd goed te scheiden zijn. Of een verzoek voor inwilliging vatbaar is, hangt soms ook af van de uitvoering ervan.

Een ander aspect van transnationale rechtsbescherming betreft de vraag wie er precies rechtsbescherming geniet. Is dat de bank, diens cliënt of wellicht allebei? De vraag kan bovendien worden gesteld of ook de verzoekende buitenlandse autoriteit partij kan zijn in de procedure.[170] Het hoeft nauwelijks nog vermelding dat ook deze materie zeer verschillend is geregeld. Eensgezind lijkt men over het laatste: een partijstatus voor de verzoekende partij is geen optie, ook al zou dit de beoordeling van de evenredigheid van een gevraagde handeling in een flink aantal gevallen stellig ten goede komen. De partijstatus van bank en cliënt is voorwerp van meer discussie. De aard van de procedure speelt opnieuw een rol. Afhankelijk van de vraag waartegen men bescherming openstelt, zijn in het bancaire bereik verschillende partijen daarbij *direct* betrokken.

Als vuistregel kan worden gesteld dat het feitelijke *vergaren* van gegevens bij banken door de aangezochte autoriteit, direct het belang van de bank, maar de *verstrekking* van de aldus verkregen gegevens aan het buitenland meer het belang van de cliënt raakt. Het gaat dan om zijn persoonsgegevens. Om die reden is in Zwitserland de partijstatus van bankcliënten momenteel onomstreden in de wederzijdse rechtshulp, maar die van de bank veel meer.[171] Mijns inziens hangt dat direct samen met de keuze voor het Geneefse model, dat de bescherming concentreert aan het einde van de rit en daarvoor aanknoopt bij de beslissing tot het verstrekken van de verzamelde gegevens aan het buitenland, en dus niet bij de beslissing tot vergaring ervan bij de bank of de beslissing tot uitvoering ervan, zoals in Zürich. Opmerkelijk is dan ook dat men in Zwitserland in de fiscale bijstand wél zowel de bank als de

---

het zijn geen *Verwaltungsakte*, maar *Realakte*. De betrokkene resteert een *vorbeugende Unterlassungsklage*.

169 Het gaat dan om de beslissing tot toelating van buitenlandse ambtenaren en om de inbeslagneming van stukken. Deze leveren, in afwijking van de hoofdregel, een appellabele tussenbeschikking op. Dergelijke tussenbeschikkingen kunnen opschortende werking (Art. 80l Abs. 3 IRG) hebben; hoofdstuk 5.5.4.1, onder E.

170 Deze mogelijkheid moet niet verward worden met de optie buitenlandse ambtenaren als getuigen te horen. Voor dat laatste kennen sommige verdragen wel voorzieningen.

171 Hoofdstuk 5.5.4.1, onder E.

cliënt partij acht.[172] Ook daar koos men namelijk voor het Geneefse model. Opmerkelijk is ook – en opnieuw – de Nederlandse WIB, waar tegen de beslissing tot het *verstrekken* van de gegevens vrijwel alleen nog rechtsbescherming openstaat voor de *instelling* (in plaats van diens cliënt) waar de gegevens werden verkregen.[173]

Overzien we het voorgaande, dan valt een paar zaken op. Allereerst wordt opnieuw het bestaan van een systeembreuk in de rechtshulp en de bijstand bevestigd. De toetsmomenten en -maatstaven in de verschillende landen sluiten niet noodzakelijk op elkaar aan. De vraag of partijen moeten kunnen participeren in het proces en of rechtsmiddelen open moeten staan, wordt evenmin eenduidig beantwoord. Ook hier rijst de vraag of dit aspect van transnationale handhavingssamenwerking niet moet worden geregeld op een Europees niveau. Ik kom daarop nog terug en volsta hier met de constatering dat *exequatur*procedures nuttige functies kunnen vervullen bij het wegnemen van de gevolgen van de systeembreuk in het interstatelijke verkeer. Een afschaffing van nationale *exequatur*procedures is in mijn ogen dan ook niet noodzakelijk een gunstige ontwikkeling.

> Toch is die ontwikkeling momenteel gaande in Europa. Ook het voorstel Bewijsverkrijgingsbevel tendeert in die richting. Hoewel de *exequatur*procedure als een overblijfsel van de klassieke opvatting over rechtshulp kan worden beschouwd en in die zin niet meer aan de eisen van een 'ware Europese rechtsruimte' lijkt te voldoen, biedt deze in bepaalde opzichten ook bescherming aan de betrokken burgers en bedrijven. Dat geldt vooral wanneer de vrijheid van het bestuur is ingeperkt door toepassing van bestuursprocesrecht.

Er moet echter worden gewaakt voor overprotectie. Juist in die systemen waar niet wordt aangeknoopt bij de innerstatelijke mechanismen (*locus*regel in formele zin), zoals ook in het Geneefse model, worden eenvoudig andere belangen dan alleen het belang van een effectieve rechtsbescherming in de beoordeling betrokken. Niet voor niets hoort men in de praktijk wel eens de stelling dat de Nederlandse WIB in feite verkapte weigeringsgronden oplevert. Zou ik advocaat van de duivel spelen, dan zou ik inderdaad kunnen wijzen op het feit dat Nederland in de WIB handelingen appellabel maakt die noch in innerstatelijke, noch in de financiële rechtshandhaving appellabel zijn. Dat geeft te denken. Ook kan ik wijzen op de situatie in Zwitserland waar – opnieuw – de fiscale bijstand tot interessante vragen aanleiding geeft. Waarom is daar bijvoorbeeld zowel de bank als diens cliënt partij in de procedure? Waarom moeten beide gedurende het gehele proces uitvoerig worden geconsulteerd?[174] Waarom is een bekendmaking van het besluit, zoals in Nederland of Zwitserland, nodig, zelfs als dat apert onverenigbaar is met het belang van het onderzoek in de verzoekende staat?[175] Kortom, afwijkingen van innerstatelijk recht zijn enerzijds nodig om de gevolgen van een systeembreuk te voorkomen, maar

172 Hoofdstuk 5.5.3.1, onder B.
173 Hoofdstuk 3.5.3.1, onder C.
174 Hoofdstuk 5.5.3.1, onder B.
175 Overigens biedt de WIB wel een grond om de bekendmaking van het besluit drie maanden uit te stellen; hoofdstuk 3.5.3.1, onder C.

anderzijds bieden ze een prima excuus om meer te regelen dan nodig is vanuit het oogpunt van rechtsbescherming. Waakzaamheid is geboden.

Een tweede nuancering betreft de kwaliteit van de transnationale rechtsbescherming. Deze moet niet worden overschat. Kwalijk vind ik vooral fenomenen als de systeembreuk en de vertrouwensregel. De vertrouwensregel heeft *de facto* tot gevolg dat de aangezochte autoriteiten weliswaar een redelijkheidstoets uitvoeren, maar dat deze beperkt blijft tot een *ex officio* toets van de feiten, zoals gepresenteerd in het dossier. Zelfstandig onderzoek heeft niet altijd plaats, ook niet als daarom door betrokkenen wordt gevraagd. Hierboven stelde ik al dat een zekere mate van vertrouwen onontkoombaar is, maar geldt dit ook als de betrokkenen de aangezochte autoriteiten expliciet wijzen op onvolkomenheden in de procedure, voorafgaand aan het verzoek? Hoe ver moeten ze daarbij gaan? Een bijkomende complicatie is hier de slechte informatiepositie van de betrokken banken en hun cliënten.

> Die slechte positie wordt er niet alleen door veroorzaakt dat het belang van het onderzoek beperkingen kan vereisen, maar ook zullen vooral 'derden' – bijvoorbeeld banken – niet of nauwelijks op de hoogte zijn van de bijzonderheden van de procedure ten gronde in de verzoekende staat. Ze kunnen dus vaak eenvoudigweg niet beoordelen of een maatregel wel proportioneel is. Zelfs al zou dit anders zijn, dan nog ontbeert het hen aan mogelijkheden om de vereiste gegevens zelf boven water te krijgen en aldus hun verweer te onderbouwen. Kortom, ook al is men met mij van mening dat onderbouwde verweren met relevantie voor de grondrechten waarvoor de aangezochte staat heeft te waken, aldaar een antwoord behoeven, dan nog is het de vraag of en hoe vaak dit uitgangspunt praktisch haalbaar is. De informatiepositie van de betrokken partijen zal daarvoor vaak te slecht zijn. De noodzaak voor de aangezochte staat om een 'effective remedy' (art. 13 EVRM) te bieden lost zich zo vanzelf op.[176]

6.4.1.5 Samenvatting en evaluatie

Bevoegdheden mogen in beginsel slechts worden gebruikt voor het doel waarvoor ze werden toegekend (specialiteit), in het bijzonder wanneer er inbreuk op grondrechten wordt gemaakt. Deze hoofdregel geldt in alledrie de landen. Echter, welke grondrechtsinbreuken vindt men toelaatbaar, wanneer in een transnationaal verband wordt samengewerkt? Deze vraag wordt in de onderzochte landen beantwoord met een overeenkomstige toepassing van nationale onderzoeksbevoegdheden in de transnationale context. Men verwijst naar het innerstatelijke recht, dat ik zojuist beschreef. Die verwijzing wordt vaak expliciet in wetgeving neergelegd. Hierin komt tot uitdrukking dat de wetgever van mening is dat bevoegdheden die voor de binnenlandse rechtshandhaving werden gecreëerd, ook mogen worden toegepast in transnationale verhoudingen. Innerstatelijke en interstatelijke doeleinden worden zo gelijk gesteld. De vraag *of* in een concreet geval een gelijksoortig doel voorligt,

176 Vgl. Van Hoek & Luchtman (2005), p. 16-18.

wordt beantwoord in de *exequatur*procedure. In veel gevallen beperkt men zich tot het gemeenschappelijke; tot de grootste gemene deler.

Omstreden is echter *hoe* de innerstatelijke bevoegdheden precies in een transnationale context worden toegepast. Moeten alle personele, procedurele en materiële bouwstenen één op één worden omgezet naar de transnationale context? Dat is verdedigbaar. Men kan menen dat de aangezochte staat die in het huidige model verantwoordelijk kan worden geacht voor de handelingen die op zijn grondgebied plaatsvinden, een volle evenredigheidstoets moet verrichten. Die toets raakt immers de kern van art. 8 EVRM. Ook zou hij moeten waken voor bepaalde aspecten van art. 6 EVRM, in het bijzonder het *nemo-tenetur*beginsel en andere gerelateerde nationale grondrechten.

Een dergelijke één-op-één-toepassing zou echter vergaande en zéér onpraktische gevolgen hebben. Ze heeft dan ook niet plaats. De vertrouwensregel brengt mee dat de autoriteiten van de aangezochte staat zich bij het stellen van onderzoekshandelingen grotendeels onthouden van een toets van de zaak op zijn inhoudelijke merites. Om dezelfde regel wordt de *locus*regel in de praktijk beperkt opgevat. De zaaksinhoudelijke aspecten worden overgelaten aan de verzoekende partij.[177] Zelf denk ik dat deze praktijk op zijn beurt niet, althans niet onverkort, meer volstaat. Wanneer bijvoorbeeld een verdenkingsbegrip, zoals we hierboven zagen, kan worden gezien als een uitwerking van het evenredigheidsbeginsel, behoort de aangezochte staat hiernaar onderzoek te doen, als de feiten daartoe aanleiding geven. Verwijzingen naar een mogelijke *local remedy* in de verzoekende staat komt op mij vreemd over, wanneer de grondrechtsinbreuk zelf nog kan worden voorkomen door zo'n toets te verrichten.[178]

De vraag is bovendien of het uitgangspunt dat achter de vertrouwensregel schuilgaat (nog) wel zo juist is. Hoe weten de betrokken autoriteiten zo zeker dat wat de verzoekende autoriteit heeft getoetst ook datgene is wat de aangezochte partij toetst of had moeten toetsen? Het is niet gezegd dat deze toets in beide landen dezelfde is. Zojuist bleek dat wat aan onderzoeksbevoegdheden toelaatbaar is voor de innerstatelijke rechtshandhaving in ruime zin, in de drie landen zeer verschillend wordt gewaardeerd. In een transnationale context is er dan ook het gevaar dat de betrokken autoriteiten verschillende zaken toetsen. De systeembreuk speelt eveneens in de fiscale of financiële bijstand en heeft niet alleen betrekking op de materiële bouwstenen, zoals het verdenkingsvereiste, een doelgebonden gebruik van bancaire gegevens of het subsidiariteitsbeginsel, maar ook op de procedurele en personele eisen. Zowel toetsmomenten als toetsmaatstaven kunnen verschillen.

Kortom, de vertrouwensregel, de bijpassende formele toepassing van de *locus*regel en de systeembreuk versterken elkaar. Enige decennia terug had men wellicht – omwille van de goede samenwerking – dergelijke hiaten (of overlap) in toetsing met de mantel der liefde kunnen bedekken en, in ieder geval wat betreft de rechtshulp, kunnen vertrouwen op het magistratelijke en onafhankelijke karakter van de

177 Vgl. Gerechtshof Arnhem 11 juni 1997, NJ 1997, 617; Nagel (1988), p. 152; Scheller (1997), p. 64-65; Popp (2001), p. 159 ff.

178 *Supra* noot 131 en 132.

tegenpartij.[179] Tegenwoordig kan die stelling niet meer worden volgehouden. Er is op nationaal en transnationaal vlak de laatste decennia te veel veranderd, getuige (onder meer) de sterke opkomst van de proactieve opsporing, de bestuurlijke sanctionering, de intensiverende handhavingssamenwerking op innerstatelijk vlak, de communautaire ontwikkelingen en bijpassende groeiende overlap tussen bijstand en rechtshulp. De hiermee ontstane pluraliteit aan en onderlinge verwevenheid van autoriteiten, taakstellingen, procedures en bevoegdheden vergt in een transnationale context onontkoombaar aanpassingen.

6.4.2 (Controle op) het *gebruik* en de *verstrekking* van gegevens

Voordat ik toekom aan een beantwoording van mijn centrale probleemstelling, besteed ik ten slotte aandacht aan het controlevraagstuk. Die vraag kwam ten dele hierboven al aan de orde – preventieve rechterlijke toetsing, hiërarchisch toezicht en rechtsbescherming hebben immers alles met controle te maken –, maar hier wil ik in het bijzonder ingaan op de vraag hoe controle wordt gehouden op het verdere *gebruik* en *verstrekking* van de door de aangezochte staat verstrekte gegevens. Ook wil ik hier ingaan op de vraag welke staat daarop toezicht zou moeten houden.

> Het belang van deze vraag en zijn link met het specialiteitsbeginsel, ambtsgeheim en bankgeheim moge duidelijk zijn.[180] Omdat de overheid in de fiscale en financiële rechtshandhaving zoveel hoedanigheden kan innemen ten opzichte van de betrokkene, moet er voor worden gewaakt dat deze, direct of indirect, langs de ene weg verkrijgt, wat hij langs de andere weg niet zou kunnen krijgen en aldus zijn bevoegdheden om die reden misbruikt. Een complicerende factor is dat misbruik vaak niet goed is aan te tonen. Veel vaker komt het voor dat een bevoegdheid meerdere doeleinden dient. In wezen is dit een variant op de nationale sfeercumulatieproblematiek. Internationale complicaties, zoals de afwezigheid van hiërarchische structuren, de systeembreuk en de vertrouwensregel compliceren het toezicht. Ze kunnen – opnieuw – eenvoudig leiden tot hetzij overprotectie, hetzij de afwezigheid van iedere controle.

Een bijzonder probleem betreft het gebruik van gegevens die (hoewel overigens rechtmatig verkregen) in het land van verkrijging aan speciale doelbeperkingen onderworpen zijn. Gelden deze beperkingen ook in het land waaraan de gegevens zijn verstrekt? Het bankgeheim biedt van deze problematiek vele voorbeelden. Het verliest niet noodzakelijk zijn werking als de gegevens eenmaal zijn vergaard.[181] Zo mogen in Zwitserland geen dwangmiddelen worden toegepast, als deze zijn gebaseerd op gegevens uit procedures waarin een bankgeheim geldt.[182] Wanneer de

179 De wederzijdse bijstand stond toen hoe dan ook nog in de kinderschoenen.
180 Hoofdstuk 1.3.1.
181 Dezelfde vraag is overigens ook zeer relevant voor gegevens die met gebruikmaking van telecommunicatie bevoegdheden werden verkregen.
182 De vraag is overigens of deze belemmering ook van toepassing is op de in dit onderzoek betrokken autoriteiten; vgl. hoofdstuk 5.3.3.2, onder A.

Zwitserse fiscus gegevens opvroeg bij justitie moest tot voor kort een redelijke verdenking daartoe aanleiding geven.[183] Gegevens die werden verkregen in het kader van de *Verrechnungsteuer* moeten verder strikt doelgebonden worden gebruikt (Art. 40 Abs. 5 VStG). Ook in Duitsland geldt dat gegevens over derden niet zomaar mogen worden gebruikt voor kruiselingse controles. Hierin ligt zelfs de belangrijkste, overigens ook omstreden functie van het Duitse bankgeheim (§ 30a III en V AO).[184] Gelden deze beperkingen nu ook in transnationaal verband? Heeft het bankgeheim 'extraterritoriale werking' in de zin dat dergelijke beperkingen ook door de ontvangststaat in acht moeten worden genomen? De problematiek doet denken (maar is er niet helemaal gelijk) aan een zaak die enige tijd geleden voor het Hof van Justitie speelde en betrekking had op de vraag of een Luxemburgse bankmedewerker voor een Belgische rechter kon worden gedwongen tot het afleggen van een verklaring omtrent gegevens die onder het bankgeheim vielen.[185] Jammer genoeg kwam het toen niet tot een inhoudelijke beoordeling.

In het onderstaande ga ik op (de controle op) het gebruik in de ontvangststaat verder in. Daartoe bespreek ik zowel de algemene bepalingen over geheimhouding en doelbinding (paragraaf 1.4.2.1), als de mogelijke extraterritoriale werking van het bankgeheim in voornoemde zin (paragraaf 1.4.2.2).

6.4.2.1 De rol van het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel

Het feit dat overheidsdiensten meerdere taken in zich verenigen of in nauwe relatie tot elkaar staan, doet vragen rijzen naar de controle op het verdere gebruik van de via bijstand of rechtshulp verstrekte gegevens. Wat zijn de consequenties van dit alles voor de samenwerking in transnationaal verband? Vooral hier raken we het transnationale ambtsgeheim en specialiteitsbeginsel.

> Het transnationale ambtsgeheim en specialiteitsbeginsel spelen alleen in de wederzijdse bijstand een rol van betekenis. In de wederzijdse rechtshulp is er als gezien voor geheimhouding en doelbinding op bovenstatelijk niveau nauwelijks aandacht. Dat heeft vermoedelijk te maken met het van oorsprong 'magistratelijke' karakter van de rechtshulp (van magistraten mag in ieder geval prudentie worden verwacht). Ook is relevant dat actieve medewerkingsplichten in de rechtshulp een veel geringere rol spelen.[186] In de bijstand wordt veel vaker van betrokkenen actieve medewerking verlangd (*compliance*), zodat een discrete omgang met die gegevens voor de hand ligt. Geheimhouding en specialiteit behoren tot de (kern van de) materiële bouwstenen van *bestuursrechtelijke* onderzoeksbevoegdheden (paragraaf 6.4.1.3), wat verklaart waarom er juist in de bijstand zo veel aandacht voor is.

183 Hoofdstuk 5.4.2.2.
184 Hoofdstuk 4.3.3.1, onder B.
185 HvJ EG 10 december 2002, zaak C-153/00, Jur. 2002, p. I-11319 (*Paul der Weduwe*).
186 Ze zijn overigens niet helemaal afwezig. In Nederland bijvoorbeeld werd onlangs de Wet vorderen gegevens financiële instellingen ingevoerd; hoofdstuk 3.3.4.1, onder A.

> Toch vind ik het verschil in benadering tussen bijstand en rechtshulp opmerkelijk.[187] Het doet geen recht aan de talloze mogelijkheden tot sfeercumulatie en -overgang die er ook nu al op nationaal én transnationaal niveau bestaan: onder dwang verkregen gegevens kunnen later van belang zijn voor bestraffing; punitief en niet-punitief onderzoek kunnen parallel lopen; bestuursorganen kunnen onder omstandigheden toch gebruik maken van de rechtshulp; bijstandsverzoeken kunnen *mede* strafrechtelijke doeleinden dienen; et cetera.[188] Kortom, waar er aanzienlijke overlap bestaat tussen bijstand en rechtshulp en waar ook toezicht en opsporing in de innerstatelijke rechtshandhaving zeer nauw op elkaar zijn betrokken, ligt aandacht voor doelbinding en specialiteit ook in de rechtshulp voor de hand.[189] Ook zou er meer aandacht moeten zijn voor de transnationale bescherming van het *nemo-tenetur*beginsel, waar ik al eerder op wees. Die aandacht is nu vrijwel afwezig. Er is behoefte aan een discussie over de rol en omvang van dit beginsel in het transnationale bewijsverkeer. Dat geldt niet alleen in de bijstand, maar ook in de strafrechtelijke rechtshulp.

In het specialiteitsbeginsel en het ambtsgeheim ziet men belangrijke waarborgen tegen misbruik. Zeker in combinatie met het toestemmingsvereiste (*Prinzip der langen Hand*) maken ze controle door de *aangezochte staat* op het gebruik van gegevens mogelijk. We zagen hierboven dat een en ander verschillend kan worden ingevuld. Nederland en Zwitserland stellen inderdaad strenge eisen en beogen zo misbruik tegen te gaan (paragraaf 6.3.3.3). Heel anders is de situatie in Duitsland. Aan het doorleiden van fiscale, respectievelijk financiële gegevens voor fiscaal-, respectievelijk financieel-strafrechtelijke doeleinden worden geen nadere eisen gesteld. Zonder aanvullende toestemming of andere voorwaarden mogen deze worden gebruikt voor strafvorderlijke doeleinden.[190] Aldus wordt bereikt dat een bijstandsverzoek, hoewel niet primair, wel secundair – dus *mede* – strafrechtelijke doeleinden kan dienen. Deze benadering doet op haar beurt recht aan de nauwe band die er bestaat tussen toezicht en opsporing.

Anderzijds zorgt de transnationale context eenvoudig voor problemen met betrekking tot de controle op het gegevensverkeer die zich in Nederland en Zwitserland minder snel zouden voordoen. Wat is het probleem? In transnationale gevallen wordt het verantwoordingsproces bemoeilijkt. Niet alleen zijn er meerdere staten betrokken, zodat de controle onderling moet worden gecoördineerd, bovendien heeft men niet altijd zicht op en kennis van elkaars handelingen. De vertrouwensregel werkt hier opnieuw belemmerend. De beschermende en sturende functie van het specialiteitsbeginsel komt daardoor niet goed tot zijn recht. Immers, de aangezochte partij zal het niet tot haar taak rekenen de gevraagde maatregel te beoordelen op zijn relevantie voor het onderzoek in de verzoekende staat. Zij zal

187 Vgl. Dannecker (1990), p. 132 e.v.
188 Vgl. Figge (1988), p. 137.
189 Let wel dat het hier om een andere discussie gaat dan de bescherming van persoonsgegevens. Voor dat laatste is in toenemende mate aandacht; vgl. hoofdstuk 2.4.3.3. Het fiscaal en financieel ambtsgeheim heeft echter een bredere werkingssfeer.
190 Vgl. hoofdstuk 4.5.2.1, onder A en 4.5.3.1, onder C.

slechts controleren of het verzoek past binnen de reikwijdte van het ingeroepen instrument. Of een verzoek *mede* andere doeleinden dient of later dienen zal, kan zij – dankzij de scheiding tussen bijstand en rechtshulp – vaak niet goed beoordelen. Op zijn beurt zal de rechter in de verzoekende staat, c.q. staat waar de procedure gevoerd wordt, niet in de rechtmatigheid van de maatregel in de aangezochte staat willen treden. De KB Lux-zaak biedt daarvan prima voorbeelden. Hij zal tevens concluderen dat de informatie op basis van bijvoorbeeld art. 7 Richtlijn 77/799 zonder nadere toestemming voor de opsporing mocht worden gebruikt. Het gevolg hiervan is echter dat niemand controleert *waarom* de fiscus tussen toezicht en opsporing wisselt en dat deze zich bijgevolg daarvoor niet hoeft te verantwoorden. Het zal ook niet opvallen als dergelijke wissels meermalen plaatshebben. Sterker nog, naar het huidige recht is zijn handelwijze volkomen rechtmatig.[191]

> Hierin verschilt de interstatelijke situatie met de innerstatelijke, waar de fiscus tot een hoge mate van openheid kan worden gedwongen, hoewel alleen de Duitse rechter dit daadwerkelijk doet.[192] In een transnationale context heeft deze controle gefragmenteerd plaats, waarbij alle toetsende autoriteiten zich beperken tot deelaspecten van de procedure en niemand kijkt naar de procedure in zijn totaliteit. Juist dat laatste is zo belangrijk in gevallen van sfeercumulatie, omdat alleen zo aan de oppervlakte komt, welke keuzes zijn gemaakt.

Kortom, had ik hierboven kritiek op de Nederlandse en Zwitserse oplossing die naar mijn smaak deels onnodig beperkend zijn en deels schijnoplossingen bieden, thans blijkt ook dat de Duitse oplossing – die veel meer recht doet aan de noden van toezicht en opsporing – ook niet ideaal is. Anders dan in de interne Duitse rechtsorde, worden de betrokken autoriteiten nauwelijks tot verantwoording gedwongen. Het gegevensverkeer is in hoge mate ondoorzichtig. Een en ander lijkt tot de volle discretie van het bestuur te horen, wat reden kan zijn voor een terughoudende opstelling van de rechter ter zake.

Hoe moeten we hiermee nu omgaan? Het kernprobleem is mijn inziens dat in het huidige model de controle- en toezichtfunctie wordt waargenomen door de staat die daartoe in de slechtste positie verkeert, namelijk de aangezochte staat. Deze partij is niet ingevoerd in de procedure te gronde en beschikt dus over een informatieachterstand. Deze staat is bovendien te vrij in zijn keuzes. Ik denk dat de tijd rijp is voor een andere benadering, met een veel grotere rol voor de staat die verantwoordelijk is voor de procedure in zijn geheel. De controle op doelafwending en mogelijk misbruik moet daarom in handen komen van de *forum*staat. De aangezochte partij moet zich beperken tot het verrichten van de gevraagde handeling en ten aanzien van het verdere gebruik van de gegevens vertrouwen op de *forum*staat. Om die reden ga ik zodadelijk in op de vraag of de *forum*staat dit ook nu al tot zijn taak rekent (paragraaf 6.4.2.3). Ik ga eerst in op een mogelijke extraterritoriale werking

191 Een prima voorbeeld hiervan levert de casuspositie van ABRvS 10 april 2002, AB 2004, 99.
192 *Supra* paragraaf 6.2.5.

van het bankgeheim, die kan werken als een aanvullende bescherming op het ambtsgeheim en specialiteitsbeginsel.

6.4.2.2 De extraterritoriale werking van het bankgeheim?

Ook de extraterritoriale werking van het bankgeheim is een leerstuk dat speelt bij (de controle op) het gebruik en de verdere verstrekking van uit het buitenland ontvangen gegevens. Voor zover ik kon nagaan speelt het thans een relatief geringe rol. Dat heeft te maken met het feit dat het bankgeheim langs andere wegen veel effectiever wordt beschermd. Het geheel weigeren van bijstand, het stellen van strenge specialiteitseisen en/of het zwaar optuigen van procedures maken dat niet vaak hierop zal hoeven worden ingegaan; het probleem heeft zichzelf dan reeds opgelost. Toch is het een vraag waarvan de beantwoording relevant wordt, wanneer men – zoals ik – van mening is dat het bankgeheim op zich geen aanleiding voor dergelijke drastische maatregelen zou mogen zijn. Dan wordt vanzelf de vraag relevant of bancaire gegevens, indien eenmaal in handen van de overheid, nog bijzondere – dus in aanvulling op de geheimhoudings- en specialiteitsbepalingen – bescherming zouden moeten hebben.[193] Zowel in Duitsland als in Zwitserland kan het bankgeheim in de *innerstatelijke* rechtshandhaving niet alleen bij de *vergaring* van gegevens, maar ook bij het verdere *gebruik*, c.q. de *verstrekking* ervan een rol spelen. Opmerkelijk is daarbij dat het dan niet eens zozeer lijkt te gaan om 'harde' gebruiks- en verstrekkingsverboden,[194] maar veel vaker om voorzieningen die ertoe strekken te bereiken dat derden niet zonder aanleiding in een procedure worden betrokken. Dat is mijns inziens opnieuw een uitwerking van het evenredigheidsbeginsel.

Een extraterritoriale werking van het bankgeheim heeft alles in zich om een interessant conflict te vormen. Immers, waarom zouden bancaire gegevens, die weliswaar vallen onder het bankgeheim, maar die op zich – daar ga ik hier verder van uit – rechtmatig zijn verkregen, alsnog aan verdere doelbeperkingen moeten worden onderworpen?[195] Dringt het ene land daarmee niet zijn eigen rechtsorde op aan het andere land – het zogenaamde exportargument? Moet het andere land dergelijke beperkingen erkennen? De Nederlandse rechter lijkt bijvoorbeeld te menen van niet, zelfs in gevallen dat het materiaal onrechtmatig is verkregen.[196]

Laat ik vooropstellen dat de rechtmatige *verkrijging* van de gegevens weliswaar een belangrijk, maar niet alleszeggend gegeven is. Bancaire gegevens betreffen in zeer veel gevallen persoonsgegevens en zijn om die reden gelieerd aan art. 8

193 Het probleem speelt ook bij het gebruik van gegevens die werden verkregen via het telecommunicatienetwerk; vgl. Scheller (1997).

194 Art. 40 Abs. 5 VStG is overigens wel zo'n 'hard' verbod.

195 De omgekeerde vraag laat zich overigens ook stellen: stel dat de forumstaat strengere beperkingen kent ten aanzien van het gebruik van bancaire gegevens dan de staat waar de gegevens werden vergaard: moeten deze dan in acht worden genomen?

196 Hof Amsterdam (belastingkamer) 18 januari 2006, nr. 03/04509, LJN AU9845.

EVRM.[197] In dat verband is van belang dat het *gebruiken* en het *verstrekken* van dergelijke gegevens, naast de *vergaring* ervan, zelfstandige inbreuken opleveren op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.[198] Dát de gegevens rechtmatig zijn verkregen, zegt dus nog niet zoveel over het verdere gebruik ervan. Daarvoor is opnieuw een grondslag en een evenredigheidstoets *in abstracto* en *concreto* vereist. Doorgaans volstaat als dergelijke grondslag het ambtsgeheim van de betrokken dienst. Het *Bundesverfassungsgericht* maakte dit bijvoorbeeld met zoveel woorden uit voor het fiscale ambtsgeheim.[199] Men achtte § 30 AO voldoende specifiek als grondslag voor verstrekking. Het wordt aangenomen dat dit ook geldt voor de geheimhoudingsbepalingen die bestaan in de fiscale en financiële bijstand.

Soms gelden echter in de rechtorde van de aangezochte staat aanvullende beperkingen ten aanzien van het gebruik en de verstrekking. Ik meen dat dergelijke beperkingen ook in interstatelijk verband moeten worden gerespecteerd, *mits* ze eveneens gelden in de innerstatelijke rechtshandhaving (non-discriminatie). Wanneer er door rechter of wetgever expliciet beperkingen op het verdere gebruik van de gegevens worden aangebracht, moet daarin een waarborg tegen misbruik worden gezien. Ze vormen dan materiële – functionele – bouwstenen van een overigens ontoelaatbare grondrechtsinbreuk. Het ligt mijns inziens voor de hand dat in een dergelijk geval een expliciete basis wordt gezocht voor de verdere verstrekking, c.q het verdere gebruik ervan.[200] Daarin kan opnieuw een uitwerking van het evenredigheidsbeginsel worden gezien. Immers, in de keuze tussen enerzijds het geheel ontsluiten van de bancaire gegevens en anderzijds het ontoegankelijk maken ervan, koos hij voor een middenweg: toegang tot de gegevens, maar alleen voor bepaalde doeleinden. Mijns inziens moet deze keuze ook door de ontvangststaat worden gerespecteerd. Doet hij dat niet, dan is het gevolg opnieuw een systeembreuk, in het bijzonder in die gevallen, waarin de ontvangststaat dergelijke beperkingen niet kent of juist de toegang tot dergelijke gegevens geheel verbiedt.[201]

---

197 We zouden zelfs kunnen betogen dat na uitspraak van het EHRM in de zaak Colas Est, 16 april 2002, nr. 37971/97, Reports 2002-III, hetzelfde zou moeten gelden voor gegevens die betrekking hebben op bedrijven; vgl. ook HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 85/87, Jur. 1989, p. 3137 (*Dow Benelux/Commissie*). Die vraag laat ik hier rusten.

198 EHRM 26 maart 1987, nr. 10/1985/96/144, Series A vol. 166 (*Leander/Sweden*), later bevestigd in EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/9 (*Amann/Switzerland*).

199 Vgl. hoofdstuk 4.4.2.1.

200 In Duitsland hanteert men hiervoor de term *Zitiergebot* (Art. 19 I GG), dat verlangt dat in een wet expliciet wordt aangegeven op welke grondrechten het een inbreuk maakt. Het *Zitiergebot* speelt voor zover ik kon nagaan vooral een rol bij de bewaking van het *Fernmeldegeheimnis* (Art. 10 GG); het is van minder belang voor het *Bankgeheimnis*.

201 Het Hof Amsterdam in voornoemde uitspraak, noot 196, gaat hieraan voorbij, wanneer het weliswaar overweegt dat ook voor het gebruik van (persoons)gegevens een grondslag ex art. 8, lid 2, EVRM vereist is, maar meent dat een dergelijke basis aanwezig is, omdat de belastingplichtige de gegevens in zijn aangifte had moeten verstrekken. Het hof verwart hier de bevoegdheid tot het *vergaren* van gegevens met die tot het *verstrekken* en verdere *gebruik* ervan. Het verwart bovendien de rechten en plichten van de bank met die van de belastingplichtige. Beide zijn niet gelijk. De reikwijdte van het Luxemburgse bankgeheim wordt een-

De vraag is dan uiteraard wel hoe de ontvangende autoriteit zich ervan vergewist *dat* er dergelijke bijzondere gebruiksbeperkingen gelden. Als hoofdregel geldt namelijk dat het gebruik van gegevens, ook als deze uit het buitenland wordt verkregen, wordt beoordeeld aan de hand van het recht van de ontvangende staat en zulks uiteraard met inachtneming van bovenstatelijke doelbindings- en geheimhoudingsvoorschriften.[202] Het meest voor de hand ligt dat ze hierop wordt gewezen door de verstrekkende autoriteit. Ook dit aspect moet naar mijn smaak nader worden uitgewerkt. Ik kom ook hier nog op terug. Mocht een functionaris van de betrokken bank als zodanig in de *forum*staat worden gehoord als getuige dan ligt een verschoningsrecht voor de hand, op voorwaarde dat een dergelijk recht hem ook in de aangezochte staat toekomt.[203]

6.4.2.3 Rechtsbescherming in de forumstaat

In paragraaf 6.4.2.1 sloot ik af met de vraag of het niet, binnen nader te stellen randvoorwaarden – waarop ik hieronder nog verder inga –, meer voor de hand zou liggen dat de berechtende (*forum*)staat controle houdt op het gebruik van uit het buitenland ontvangen gegevens. Die controle is vanuit het oogpunt van het *Prinzip der Stetigkeit des Verfahrens* essentieel. Hoewel ik me in dit onderzoek heb willen beperken tot de fase van bewijsgaring,[204] meen ik dat daarom enige opmerkingen over de controle in de procedure ten gronde op zijn plaats zijn. In het bijzonder gaat het daarbij om de vraag of en in hoeverre de *forum*staat op dit moment tot zo'n controle in staat, c.q. bereid is.

Op dit moment geldt als hoofdregel dat als de *forum*staat de bedoelde bescherming biedt, deze wordt geconcentreerd tijdens de procedure ten gronde. Deze kan van bestuurs- of strafrechtelijke aard zijn. In ieder geval voor punitieve procedures gelden de minimumwaarborgen van art. 6 EVRM. In veel landen zijn soortgelijke eisen ook van toepassing voor andere soorten *rechterlijke* procedures. Een omstreden punt is echter in hoeverre een volle statelijke verantwoordelijkheid op basis van art. 6 EVRM ook geldt voor gegevens die uit het buitenland werden verkregen. Juist omdat daarbij niet de eigen autoriteiten zijn betrokken, kan de neiging ontstaan –

---

zijdig en mogelijk ten onrechte (dat is naar mijn smaak afhankelijk van het Luxemburgse recht) beperkt tot de fase van het *vergaren* van gegevens.

202 Vgl. de uitvoerige Duitse literatuur: Hackner (e.a.) (2003), p. 153-154; Scheller (1997), p. 94 e.v.; Nagel (1988), p. 306 e.v.; Böse (2002), p. 153 e.v.; zie overigens ook Koers (2000), p. 515 e.v. en Stessens (1997), p. 469 e.v.

203 Stessens (1997), p. 469 e.v.; Klip (1994), p. 296-298 en 309-310. Zo'n verschoningsrecht voorkomt dat de betrokken bankmedewerker zich door het afleggen van een verklaring schuldig maakt aan een strafbaar feit naar het recht van de aangezochte staat, bijvoorbeeld Zwitserland; daarover ook Stessens, t.a.p. Bij een dergelijke 'extraterritoriale' werking van het bankgeheim (Art. 47 BankG) ziet de medewerker zich enerzijds geconfronteerd met een zwijgplicht naar het recht van de aangezochte staat en een spreekplicht naar het recht van de forumstaat. Precies die situatie was aan de orde in de zaak *Paul der Weduwe*, supra noot 185.

204 Hoofdstuk 1.3.3.

en bestaat deze in veel landen ook werkelijk[205] – dergelijk optreden niet te toetsen (vertrouwensregel). Ik zou echter menen dat het gebruik van gegevens in een proces ook verplichtingen schept ten aanzien van de controle op de herkomst ervan.[206] Daarvoor zijn voorzichtige aanknopingspunten te vinden in de Europese jurisprudentie,[207] maar het ligt ook overigens voor de hand. Als deze herkomst niet kan worden vastgesteld, kan immers de rechtmatigheid en/of betrouwbaarheid evenmin worden aangevochten. Beide zijn basisvereisten voor een eerlijk proces.

Zelfs in die gevallen waarin de *forum*staat zich inderdaad de controle op de herkomst van gegevens zou aantrekken, rijst de vraag of een aan art. 6 EVRM gerelateerde toets altijd soelaas biedt. Zeker op basis van recente jurisprudentie van het EHRM is de conclusie gerechtvaardigd dat het EHRM neigt naar een controle op de eerlijkheid van het 'procedure als geheel'. Dat is een andere toets dan een controle op het 'geheel van procedures'. Vooral in het strafproces gaat het meer en meer om 'testing the evidence in a fair trial' in plaats van om 'policing the police'.[208] Dat impliceert ook dat onregelmatigheden tijdens het vooronderzoek het proces niet noodzakelijk oneerlijk maken. Het ziet er dus naar uit dat het gebruik van gegevens door meerdere diensten en/of voor verschillende doeleinden – zeker als ze overigens rechtmatig werden verkregen – als zodanig weinig aanknopingspunten biedt voor een beoordeling onder art. 6 EVRM, als die gegevens later in een (straf)proces worden gebruikt.[209]

De KB Lux-zaak biedt een mooie illustratie van het gebrek aan controle op het *geheel van procedures*. In deze affaire kwam de informatie, op onduidelijke wijze in België in een *strafrechtelijk* onderzoek verkregen, via spontane *fiscale* verstrek-

205 Vgl. een groot aantal landenrapporten in Revue internationale de droit penal, 1994, 1e et 2e trimestres.

206 Dit uitgangspunt wordt overigens ook gevolgd in de innerstatelijke Duitse en Zwitserse regels over *Amts*- en *Rechtshilfe*. De verantwoordelijkheid voor de procedure in zijn geheel ligt in handen van de verzoekende autoriteit, of beter: de autoriteit waar de procedure ten gronde wordt gevoerd. De aangezochte autoriteit is alleen verantwoordelijk voor de gevraagde handeling; vgl. hoofdstuk 4.4.4 en 5.4.2.

207 Vgl. EComMR 13 juli 1987, appl. nr. 11853/85 (*P.V./Duitsland*); Van Hoek & Luchtman (2005), p. 19 en 24-26.

208 EHRM 12 mei 2000, no. 35394/97, Reports 2000-V; NJ 2002, 180 (*Khan/VK*); vgl. Franken (2004), p. 19, en Baaijens-van Geloven (2004), p. 379 e.v. met de interessante suggestie de taak van zittingsrechter als controleur van het gehele opsporingsonderzoek (Germanistisch aangeduid als 'totaalbewaker van de opsporing') beperkt te houden, maar wel een andere controlerende instantie aan te stellen. Zie ook Groenhuijsen & Knigge (2004).

209 Overigens overwoog het EHRM in de zaak *Echeverri Rodriguez/Nederland*, 27 juni 2001, nr. 43286/98, NJ 2002/102, wel dat: 'the Court considers that the Convention does not preclude reliance, at the investigating stage, on information obtained by the investigating authorities from sources such as foreign criminal investigations. Nevertheless, the subsequent use of such information can raise issues under the Convention where there are reasons to assume that in this foreign investigation defence rights guaranteed in the Convention have been disrespected.'

> king aan Belgische zijde binnen bij de Nederlanders via de Richtlijn 77/799.[210] De informatie werd vervolgens ook in Nederland weer gebruikt voor *strafrechtelijke* doeleinden.[211] Later bleken de Belgen niet in staat enkele rechtshulpverzoeken die betrekking hadden op vragen naar de herkomst van de gegevens, te voldoen. Toch werden de gegevens door sommige Nederlandse rechters strafrechtelijk – en fiscaal – gebruikt. De hele kwestie is illustratief voor het huidige systeem, dat vrijwel geen mogelijkheden biedt om te controleren wat er gebeurt met de gegevens voordat uiteindelijk de keuze wordt gemaakt op welke wijze ze zullen worden gebruikt (strafrechtelijk en/of fiscaal). Zou de rechter zich hiermee toch bemoeien, dan ligt het verwijt voor de hand dat hij zich op de stoel van het bestuur plaatst of dat hij buiten de oevers van de voorliggende procedure treedt.

Maar ook in die gevallen waarin het overheidshandelen wel binnen de grenzen van één procedure blijft, is controle op basis van art. 6 EVRM niet altijd makkelijk. Regels aangaande de toelaatbaarheid van het bewijs behoren in beginsel nog tot het domein van de lidstaten.[212] Een complicerende factor is aldus de *Schutznorm*, die ook in transnationale gevallen wordt toegepast. De KB Lux-zaak illustreert dit opnieuw. De *Schutznorm* werd daar gebruikt als argument om de vermeende onrechtmatigheden niet verder te hoeven toetsen: 'De rechter mag er immers op vertrouwen dat een bij het EVRM aangesloten staat de hem toegekende opsporingsbevoegdheden in overeenstemming met de verdedigingsrechten, neergelegd in het EVRM, zal uitoefenen. Dit is slechts anders indien er sterke aanwijzingen zijn dat die verdragsnormen zijn geschonden en wel zodanig dat door een mogelijk gebrek in de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek *belanghebbende is geschaad in een belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen* [cursief ML].'[213] De toets aan het EVRM en de *Schutznorm* zijn zo aan elkaar gekoppeld. Het gevolg daarvan kan zijn dat noch de persoon bij wie de inbreuk plaatsvond een rechtsmiddel in de *forum*staat heeft, noch de persoon die partij is in de procedure ten gronde. Mogelijke onrechtmatigheden komen dan in het geheel niet aan bod.[214]

Wat hier ook verder van moge zijn, een verwijzing naar een *Schutznorm* laat onverlet dat onder omstandigheden ook nog andere verantwoordelijkheden in het geding zijn. Hoewel art. 6 EVRM als toetsingskader voor de hier aan de orde zijnde specifieke problematiek niet geschikt lijkt, kan dit anders zijn voor andere verdrags-

---

210 De wederzijdse rechtshulp kende destijds geen algemene mogelijkheid tot spontane verstrekking; art. 7 EU-rechtshulpovereenkomst was nog niet in werking. In de politiële rechtshulp (*Schengen*) en de douanesamenwerking (Napels I en II) bestond die mogelijkheid overigens wel al.

211 Hoewel hierover niets bekend is, neem ik aan dat dus toestemming in de zin van art. 15 WIB voor strafrechtelijk gebruik is verkregen.

212 EHRM 12 mei 2000, no. 35394/97, Reports 2000-V; NJ 2002, 180 (*Khan*); EHRM 12 juli 1988, NJ 1988, 851 (*Schenk*).

213 Hof Amsterdam, supra noot 196.

214 Mede om de controleerbaarheid te verhogen is wel betoogd dat de rechter altijd een oordeel over de rechtmatigheid moet kunnen vellen; vgl. Embregts (2003). Pas daarna behoort de vraag aan de orde te komen welke gevolgen aan die onrechtmatigheid moeten worden verbonden. De *Schutznorm* ziet op die tweede vraag.

rechten. In het bijzonder denk ik daarbij aan art. 8 j° 13 EVRM, vooral ook als (persoons)gegevens over bankcliënten aan de orde zijn.[215] Het gebruik van persoonsgegevens die uit het buitenland werden verkregen, is niet zonder verplichtingen. Een omstreden punt in dit geval lijkt me vooral het gebruik van in de aangezochte staat onrechtmatig vergaarde persoonsgegevens. We zagen zojuist bijvoorbeeld al dat de verstrekking en het gebruik van persoonsgegevens, waaronder zeer vaak bancaire informatie, een nieuwe inbreuk op art. 8 EVRM met zich brengt en dus verantwoordelijkheid op grond van dat artikel in het leven roept (paragraaf 6.4.2.2). Hoewel eventuele onvolkomenheden in de aangezochte staat vaak niet (direct) op het conto van de *forum*staat komen, wil dat niet zeggen dat het *gebruik* van die gegevens niet problematisch zou kunnen zijn.

> Momenteel is bijvoorbeeld onduidelijk of onrechtmatigheden bij de verkrijging van gegevens 'doorwerken' in het latere gebruik. Is dat gebruik dan ook onrechtmatig? Hier gaat het om het leerstuk van de *fruits of the poisonous tree*. Een goed voorbeeld is opnieuw de KB Lux-zaak: toepassing van de *Schutznorm* – terecht of onterecht – laat onverlet dat *in casu* de persoonsgegevens van de Nederlandse rekeninghouders op onduidelijke wijze in handen van de Belgische en vervolgens Nederlandse autoriteiten waren gekomen. De Nederlandse rechters (en advocaten?) gingen aan dit punt geheel voorbij.

Hoewel op goede gronden kan worden betoogd dat een onrechtmatigheid bij de vergaring van persoonsgegevens niet eeuwig kan doorwerken bij het verdere gebruik ervan,[216] lijkt het me niet onredelijk te verwachten dat de autoriteit die de gegevens gebruikt, zich er wel van vergewist dat de betrokken persoon waar nodig elders verhaal kan halen. Dat zou – met enige voorzichtigheid – kunnen worden afgeleid uit de eis van het EHRM dat inbreuken op art. 8 EVRM wel controleerbaar moeten zijn.[217] Controle is immers een minimumvoorwaarde voor een *effective remedy*. Op grond hiervan kan worden betoogd dat de gebruiker van persoonsgegevens op zijn minst kan verwijzen naar de verantwoordelijke instanties. Kan hij dat niet, dan zou het materiaal naar mijn mening niet mogen worden gebruikt.[218]

Overzien we het voorgaande, dan rijst bij mij de indruk dat ook de controle in de aangezochte staat op het interstatelijk verkeer hapert. Wederom springt de grote discretionaire vrijheid van het bestuur in het oog. Er zijn weinig handvatten voor-

---

215 Om deze reden vraag ik me overigens af of de *Schutznorm* jegens de Nederlandse KB Lux-rekeninghouders wel correct is toegepast. Hun persoonsgegevens waren in het geding; hoofdstuk 3.5.4.2

216 Er zijn auteurs die juist dit laatste betogen; vgl. Lisken/Denninger (1996), p. 696 en Simitis (2003), p. 784 e.v. Persoonlijk lijkt me dit wat ver gaan, hoewel er inderdaad instrumenten zijn die vereisen dat persoonsgegevens op 'rechtmatige wijze' worden verwerkt. Daarmee lijkt mij bedoeld dat er aan alle eisen voor een rechtsgeldige verwerking *door de ontvanger* moet zijn voldaan; het zou te ver gaan te eisen dat gegevens die op enigerlei moment onrechtmatig werden verkregen of onrechtmatig werden verwerkt, voortaan voor altijd 'besmet' zijn.

217 EHRM 24 augustus 1998, nr 23618/94, Reports 1998-V (*Lambert/Frankrijk*).

218 Aldus ook eerder in Van Hoek & Luchtman (2005).

handen die hier een oplossing bieden. Art. 6 EVRM is vooral geschikt om de eerlijkheid van een procedure te beoordelen, maar met het wisselen tussen procedures weet het artikel zich niet goed raad. Daarenboven biedt het weinig bescherming in de voorfase van het onderzoek. Een combinatie van *Schutznorm* en interstatelijke vertrouwensregel is evenmin bevorderlijk voor een controle op het geheel van procedures (in plaats van de procedure in zijn geheel), dus inclusief het deel in het buitenland. In de bijstand en rechtshulp wordt vaak onderzoek gedaan bij derden, die niet in de procedure zijn betrokken. Ook artikel 8 EVRM biedt in dit opzicht niet veel bescherming. Mijn conclusie is dat de controle op het interstatelijk gegevensverkeer op het raakvlak van fiscale en financiële rechtshandhaving verbetering behoeft. Soepel lopende overgangen tussen toezicht en opsporing zijn ook transnationaal nodig, maar stellen eveneens de nodige eisen aan de controle op het gegevensverkeer. Het een kan niet zonder het ander.

7 Beantwoording van de probleemstelling en aanbevelingen

7.1 De probleemstelling beantwoord

In het systeem van indirecte handhaving dat geldt binnen de EG/EU wordt in de hier onderzochte terreinen op innerstatelijk niveau intensief samen gewerkt tussen bestuur en justitie. De stelling van Van Veen dat toezicht en opsporing wel te onderscheiden, maar niet te scheiden zijn, heeft eens te meer zijn waarde bewezen en dat niet alleen voor Nederland, maar ook voor andere landen.[1] Ze komt in alledrie de onderzochte staten duidelijk herkenbaar aan de oppervlakte, maar wordt telkens geheel verschillend uitgewerkt. De verhoudingen tussen bestuur en justitie zijn even noodzakelijk als complex, zo wordt duidelijk uit de nationale rapporten.

Deze complexiteit neemt in omvang toe in gevallen van transnationale samenwerking. In toenemende mate is men bij de handhaving van het financiële en fiscale recht met inbegrip van de strafrechtelijke handhaving daarvan, aangewezen op interstatelijke samenwerking. Die ontwikkeling is de laatste jaren in een stroomversnelling geraakt. Onmiskenbaar heeft de rechtshandhaving op deze terreinen een communautaire en EU-dimensie gekregen. Ook op de terreinen waar de lidstaten het nog in overwegende mate voor het zeggen hebben, geldt dat samenwerking noodzakelijk is om de op Europees niveau verwoorde doelstellingen te realiseren. De samenwerking tussen lidstaten ter bestrijding van belastingontduiking dient bijvoorbeeld al lang niet meer alleen het belang van de hulpzoekende staat. Ze dient ook de belangen van de EG/EU in haar geheel.[2] Om dezelfde reden is het belang van de hulpverlenende staat niet alleen meer gelegen in het zekerstellen van toekomstige hulp uit het buitenland (reciprociteit), maar eveneens in het realiseren van deze communautaire/EU-dimensie van de rechtshandhaving. Samenwerking is een onderdeel van de taakuitoefening geworden. In een systeem van indirecte handhaving is ze van levensbelang. De geïntegreerde rechtsorde die de Europese Unie wil zijn en waaraan ook de lidstaten zich hebben gebonden, staat of valt ermee.

De noodzaak tot samenwerking laat onverlet dat ook op de terreinen die dicht tegen 'het epicentrum van het integratieproces' aan liggen, zoals de financiële dienstverlening, nog steeds essentiële keuzes aan de lidstaten worden gelaten. Of een lidstaat handhaaft door middel van het privaatrecht, het bestuursrecht en/of het strafrecht is in beginsel aan hem. De onderlinge, nationale verhoudingen tussen bestuur en justitie worden vaak evenmin direct geraakt. In het onderstaande heb ik voor deze innerstatelijke vrijheid begrip getoond.[3] Het past in de keuze voor een systeem van indirecte handhaving, waarbij nationale autoriteiten tevens, maar zeker niet uitsluitend, communautaire (en 'unionaire') belangen dienen. Het gevolg is

1 Van Veen in zijn noot onder HR 26 april 1988, NJ 1989, 390 (FIOD-arrest); hoofdstuk 1.1.
2 Hoofdstuk 2.3.
3 Hoofdstuk 2.5.

echter dat er zich verschillen tussen staten kunnen voordoen. Wat de ene staat strafrechtelijk afdoet, kan de andere via punitieve of reparatoire bestuurlijke sancties afdoen. Het is ook mogelijk dat dezelfde gedraging in die andere staat helemaal geen voorwerp is van regulering.

Wil de transnationale samenwerking daadwerkelijk van de grond komen, dan zullen er dus voorzieningen moeten worden getroffen die samenwerking, ondanks interstatelijke verschillen, garanderen. Aldus moet in essentie op alledrie de onderzochte terreinen op hetzelfde dilemma een antwoord worden geboden: aan de ene kant lijkt in een systeem van indirecte handhaving een zekere mate van wederzijdse erkenning van onderlinge verschillen een absolute noodzaak om het gemeenschappelijke, Europese belang niet te kort te doen, aan de andere kant leidt een te hoge mate van erkenning mogelijk tot een ontkenning van de eigen nationale verworvenheden en ook tot een verlies aan rechtsbescherming. Ook dit is een gevolg van de keuze voor indirecte handhaving.

Het is opvallend te zien hoezeer in de hier onderzochte terreinen de gekozen antwoorden op dit dilemma uiteenlopen. Op een schaal met volledige wederzijdse erkenning aan het ene uiterste en beperking tot de grootste gemene deler aan het andere, zit de financiële bijstand dicht bij het erkenningsprincipe en de fiscale dicht tegen het andere uiterste. *In fiscalibus* blijft de samenwerking doorgaans beperkt tot het gemeenschappelijke. In het strafrecht koos men onlangs ondubbelzinnig voor wederzijdse erkenning. Zeer opmerkelijk is echter dat dit proces werd ingezet, zonder dat tegelijk een discussie werd gestart over de vraag welke punten van straf- en strafprocesrecht mogelijk zouden moeten worden geharmoniseerd. Die discussie kwam nadien pas op gang en wordt ook momenteel nog zeer gefragmenteerd gevoerd.[4] Onlangs werd een politiek akkoord bereikt over het Bewijsverkrijgingsbevel, inclusief afspraken over het op termijn afschaffen van de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid voor álle strafbare feiten. Daaruit blijkt dat de harmonisatieagenda van de derde pijler en het erkenningsprincipe in Brusselse ogen niet één op één aan elkaar gekoppeld zijn, maar elkaar hoogstens raken.

Kortom, men lijkt binnen verschillende EG/EU-gremia bezig met het telkens opnieuw uitvinden van het wiel. Natuurlijk worden deze verschillen ook veroorzaakt door de verschillende maten van overeenstemming over de onderliggende normen. De aanvaarding ervan is makkelijker als de onderliggende normen (ten dele) zijn geharmoniseerd. Het feit dat de omvang van de plicht tot samenwerking in het financiële toezicht ruimer is dan *in fiscalibus*, heeft hiermee zeker te maken. Op haar beurt is deze vaststelling ook afhankelijk van de doelstellingen die Europa zich gesteld heeft.[5] Deze zijn *in fiscalibus* van bescheidener aard dan in het financiële domein.

Echter, hoe verschillend de beoogde mate van integratie en de gevolgen voor de handhavingssamenwerking daarvan ook mogen zijn, ze laten onverlet dat andere elementen op alledrie de terreinen in gelijke mate spelen en dat ook deze elementen verschillend worden beoordeeld. Ik kan daarbij bijvoorbeeld wijzen op de bescher-

4 Hoofdstuk 2.4.1.
5 Hoofdstuk 2.5.

ming van (persoons)gegevens in het interstatelijke gegevensverkeer, op de transnationale bescherming van het *nemo-tenetur*beginsel[6] of op de controleproblematiek in het interstatelijke gegevensverkeer. Bovendien interfereren de drie terreinen in toenemende mate. Dat geldt zelfs, zij het in zeer voorzichtige mate, voor de onderlinge verhoudingen tussen het fiscale recht en het financiële, die tot voor kort als volstrekt gescheiden gebieden werden behandeld.[7] Het meest duidelijk komt deze interferentie echter aan de orde bij de onderlinge verhouding tussen (fiscale of financiële) bijstand en rechtshulp.

Voor de onderlinge verschillen tussen de drie terreinen lijkt mij een andere verklaring dan ook minstens even aannemelijk. Die verklaring is dat de onderlinge overeenkomsten en verschillen op de verschillende terreinen van transnationale samenwerking als zodanig nooit aan de orde zijn gesteld. Ze hebben deels historische, deels institutionele wortels. Bijstand en rechtshulp werden immers lange tijd in verschillende gremia (Raad van Europa, EG, OESO, EU) ontwikkeld. Bovendien heeft de discussie over de zeggenschap binnen de EU op (vooral) strafrechtelijk vlak het zicht belemmerd op de benadering van de problematiek van de transnationale samenwerking in de Europese rechtsorde als zodanig. Beide verklaringen leidden ertoe dat geen enkel forumin de EU een coherente visie op de (handhaving en handhavings)samenwerking heeft kunnen ontwikkelen. Pas sinds de uitspraak in de zaak C-176/03 is er voorzichtig aandacht hiervoor.[8]

Voorgaande ontwikkelingen hebben grote gevolgen gehad voor de transnationale handhavingssamenwerking, die op een organiek criterium is gebaseerd en de lidstaten bij de verdere invulling van de plicht tot samenwerking veel vrijheid laat. Op basis van dit organieke criterium worden thans in eerste en derde pijler geheel verschillende concepten van samenwerking ontwikkeld, die deels betrekking hebben op dezelfde onderliggende materiële normen. Feiten uit bestuursrechtelijk onderzoek kunnen later relevant zijn in het strafrecht; bestuursrechtelijk en strafrechtelijk onderzoek kunnen parallel lopen; de ene staat kan strafrechtelijk afdoen, wat de ander bestuursrechtelijk doet; et cetera. Toch koos men in de derde pijler voor wederzijdse erkenning, terwijl men het in de eerste pijler (voorlopig?) op het klassieke samenwerkingsconcept houdt. Mijns inziens moet deze 'verzuiling' of 'boedelscheiding'[9] van de transnationale samenwerking op de schop. Immers, ze heeft tot gevolg dat men primair redeneert vanuit de pijlerstructuur van de unie en niet noodzakelijk vanuit de noden van een systeem van indirecte handhaving dat voor zijn grensoverschrijdende dimensie is aangewezen op samenwerking. Initiatieven die momenteel worden ontplooid, zijn niet primair gericht op het overbruggen

6 De enige mij bekende verwijzing is te vinden in de toelichting op art. 26 van het OESO-modelverdrag, versie 2004; *supra* hoofdstuk 2.3.3.4.

7 Voor een uitstekend voorbeeld van deze laatste ontwikkeling, zie COM (2004) 611 en COM (2004) 700.

8 Hoofdstuk 2.4.2.

9 Vervaele (1995).

van interstatelijke verschillen, maar blijven in hun reikwijdte beperkt tot de pijler of zuil waarin ze tot stand kwamen.[10]

Het organieke onderscheid tussen bijstand en rechtshulp en de vrijheid die de lidstaten hebben bij de invulling van de samenwerkingsplicht, kunnen belemmerend werken. In veel gevallen van samenwerking tussen 'bestuursorganen' enerzijds en 'justitiële organen' anderzijds (*diagonale samenwerking*),[11] komt directe samenwerking niet van de grond en beperkt men zich tot de grootste gemene deler.[12] Maar ook als men eenmaal binnen in het systeem is, doet de grootste gemene deler zich voor bij de vergaring van gegevens[13] of bij beslissingen over het verdere gebruik of verdere verstrekking.[14] Voor sommige terreinen – in het bijzonder de fiscale bijstand – geldt zelfs dat ook als men erkend is als bevoegde autoriteit, de samenwerking in haar geheel, dus inclusief de verstrekking van al voorhanden zijnde gegevens, kan worden beperkt tot het gemeenschappelijke. Is dat niet veel te rigide, gelet op de communautaire dimensie ervan en de aanwezigheid van een transnationaal ambtsgeheim? Immers, van de zo noodzakelijke erkenning van het feit dat andere lidstaten andere keuzes maken, komt dan weinig terecht.

We zien dan ook dat er aan het huidige onderscheid tussen bijstand en rechtshulp al lang niet meer strikt de hand wordt gehouden. Om die reden maakte ik in het voorgaande hoofdstuk een onderscheid tussen de gevallen waar samenwerking niet van de grond komt en de gevallen waarin er wel kan worden samengewerkt. Op tal van manieren kunnen de beperkingen van het organieke criterium worden ontgaan.[15] Dergelijke relativeringen van het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp veroorzaken op hun beurt problemen. Allereerst is er voor de samenwerkende autoriteiten, direct of indirect, een keuzemogelijkheid ontstaan tussen rechtshulp en bijstand. Verschillen in toepassingsbereik, weigeringsgronden, doelbinding, rechtsbescherming, et cetera, rechtvaardigen dan mede de keuze voor de ene (bijvoorbeeld rechtshulp), danwel de andere (bijvoorbeeld bijstand) weg.[16] Op het *regelgevende* niveau heeft dit proces plaats zonder enige mate van afstemming. Integendeel, doorgaans komt men niet verder dan de mededeling dat de bepalingen over wederzijdse bijstand die over de rechtshulp onverlet laten. Ook stelt men soms eenvoudig dat bijstand niet voor strafrechtelijke doeleinden plaats heeft en sluit men de ogen voor het probleem.[17] Op *uitvoerend* niveau leidt de overlap tot een gebrek aan transparantie en daarmee aan controle op het interstatelijke verkeer.

Ten tweede is de uitholling van het onderscheid bijstand – rechtshulp in mijn ogen schadelijk voor de transnationale rechtsbescherming. Dat is overigens niet

---

10 Een goed voorbeeld daarvan vind ik het voorstel over de uitwisseling van gegevens op basis van beschikbaarheid, COM 2005 (490), dat zijn reikwijdte uitdrukkelijk tot de autoriteiten onder de derde pijler beperkt; zie hoofdstuk 2.4.3.3.

11 De term is van Vervaele en Klip (2002).

12 Hoofdstuk 6.3.1.

13 Hoofdstuk 6.3.2.

14 Hoofdstuk 6.3.3.3.

15 Hoofdstuk 6.3.1.

16 Hoofdstuk 6.3.3.3.

17 Hoofdstuk 2.2.3.2, resp. 3.5.3.1, onder C.

alleen een gevolg van relativeringen van dit onderscheid als zodanig, maar geldt voor de transnationale samenwerking in haar geheel. De exacte verdeling van verantwoordelijkheden tussen staten blijft vaak impliciet, waardoor niet altijd duidelijk is welke staat wat doen moet. Op sommige punten is bovendien de interstatelijke verantwoordelijkheidsverdeling niet altijd even logisch ingevuld. Bijgevolg is er kans op dubbeltellingen, maar ook op hiaten in de rechtsbescherming. Echter, waarom hoeft de aangezochte partij zich, alvorens een verzoek tot bijstand of rechtshulp uit te voeren, niet gehouden te achten tot verdergaand onderzoek, als daartoe reden is en zij mogelijk een anders niet te rechtvaardigen grondrechtinbreuk kan voorkomen?[18] Waarom zou deze zich, in een Europese rechtsruimte, wél verantwoordelijk moeten achten voor het verdere gebruik van de gegevens? Is zij daartoe wel in een goede positie?[19] Waarom meent een *forum*staat geen onderzoek te hoeven doen naar de herkomst en betrouwbaarheid van gegevens, als deze wel door hem in een proces of anderszins worden gebruikt en herkomst en/of betrouwbaarheid worden betwist (*vertrouwensregel*)?[20] Een en ander is mijns inziens alleen te begrijpen wanneer de interstatelijke samenwerking in een historisch perspectief wordt geplaatst. Het lijken overblijfselen uit de klassieke interstatelijke samenwerking. De tijden zijn echter veranderd. Het is opvallend te zien hoe gering de sturende rol van de EU hier is en hoe deze zich blind staart op de eigen pijlerstructuur.

Ook een derde probleem heeft betrekking op de transnationale rechtsbescherming. Momenteel doen zich aanmerkelijke verschillen voor tussen staten ten aanzien van de aan te leggen toetsingsmomenten en -maatstaven bij het maken van grondrechtsinbreuken (de systeembreuk). Ook die verschillen worden op het raakvlak van bijstand en rechtshulp alleen maar versterkt. Ook hier gaat men in hoge mate af op wat ik maar schijnzekerheden noem. Als er in de aangezochte staat eenmaal een gemeenschappelijk doel is onderkend, worden in de regel zonder veel verdere omhaal gegevens vergaard en verstrekt. In termen van art. 8 EVRM zouden we het zo kunnen formuleren dat in hoofdzaak enkel (delen van) de kenbaarheids- en voorzienbaarheidstoets, die door het EHRM wordt vereist, door de aangezochte partij worden verricht.[21] Voor het overige is de toets aan de voorwaarden van art. 8, lid 2, EVRM, zeer beperkt. De achterliggende gedachte is dat er al een rechtmatigheids- en doelmatigheidstoets heeft plaatsgehad in de verzoekende staat. Dat deze mogelijk niet plaatshad of dat dit een heel andere toets is dan de toets die de aangezochte staat zelf aanleggen zou, wordt (bewust?) niet gezien. De voortgaande afbrokkeling van het onderscheid tussen bijstand en rechthulp verhoogt hier ook in aanzienlijke mate de nadelige gevolgen van de vertrouwensregel en systeembreuk.[22]

---

18 Hoofdstuk 6.4.1.2.

19 Hoofdstuk 6.3.3.3 en 6.4.2.1

20 Hoofdstuk 6.4.2.3

21 Die toets komt onder meer tot uitdrukking in de dubbele strafbaarheid. Maar dan nog, ook al is een feit strafbaar in beide staten, dat wil niet zeggen dat de toe te passen bevoegdheid ook voor dat feit beschikbaar is. Vandaar de toevoeging tussen haken 'delen van'.

22 Hoofdstuk 6.4.1.3.

Een complicerende factor hierbij is de alom tegenwoordige gedachte dat wat in het ene land eenmaal rechtmatig *vergaard* is, in het andere ook zonder veel omhaal mag worden *gebruikt*. Echter, waarom zou de systeembreuk zich bij dat gebruik niet kunnen voordoen?[23] Waar de ene staat rechtsbescherming biedt bij het vergaren van gegevens, kan de andere dit doen bij het verdere gebruik of de verstrekking ervan.

Op basis van het voorgaande moet mijn antwoord op de centrale probleemstelling luiden dat het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp niet (meer) voldoet. Het doet geen recht aan de binnen de EU bestaande verschillen in de aard en organisatie van de fiscale en financiële rechtshandhaving, inclusief de strafrechtelijke handhaving ervan. Daarom zou ik een aantal aanpassingen van het systeem willen bepleiten. Deze aanpassingen moeten zijn gericht op:
1 het realiseren van een hogere mate van samenwerking, door het mogelijk maken van directe samenwerking tussen 'bestuurlijke' en 'strafrechtelijke' autoriteiten (ook wel diagonale samenwerking), maar *alleen* wanneer er ook aandacht is voor,
2 het terugdringen van de nadelige effecten van de vertrouwensregel, en
3 het verminderen van de nadelige effecten van de systeembreuk.

7.2 AANBEVELINGEN

7.2.1 Hoofdlijnen voor een alternatief systeem in de EU

Hoe moeten de zojuist bepleite aanpassingen precies worden gerealiseerd? Hoe moet een alternatief systeem van samenwerking er uitzien? Die vraag is in deze paragraaf aan de orde. Zoals ik al vermeldde in de inleiding, beperk ik me daarbij tot aanbevelingen, gericht tot de EU. Van de ervaringen uit Zwitserland is echter dankbaar gebruik gemaakt. Na een schetsmatige beschrijving van een alternatief systeem en de dragende argumenten ervoor in deze paragraaf, licht ik in de volgende paragrafen de belangrijkste elementen van dat systeem nader toe. Daarbij zal ik een onderscheid maken tussen het perspectief van de verzoekende staat (paragraaf 7.2.2), dat van de aangezochte staat (paragraaf 7.2.3) en dat van de *forum*staat (paragraaf 7.2.4). Ook ga ik in op de rol van de Europese Commissie en het Hof van Justitie (paragraaf 7.2.5). Vanuit deze perspectieven zal ik vooral ingaan op de volgende vragen:

1. Welk *model* van samenwerking heeft de voorkeur?
2. In hoeverre is supranationale *harmonisatie* van regelgeving noodzakelijk?
3. In hoeverre is supranationale *controle* op dit systeem noodzakelijk?

Het door mij voorgestane alternatieve model van samenwerking zou in zeven punten als volgt kunnen worden getypeerd:

23 Hoofdstuk 6.4.2.2.

Beantwoording van de probleemstelling en aanbevelingen

1. Er wordt een *gemeenschappelijke kaderregeling* voor transnationale samenwerking ontwikkeld voor de eerste en derde pijler. Deze regeling bestrijkt de transnationale EU-samenwerking in haar geheel. Ze is in beginsel van toepassing op zowel het financiële als het fiscale beleidsterrein (inclusief de strafrechtelijke aspecten ervan). Op onderdelen zijn aanvullingen op of afwijkingen van deze kaderregeling mogelijk.
2. De nieuwe regeling maakt *directe* of *diagonale samenwerking* tussen bestuur en justitie mogelijk; het organieke criterium voor samenwerking wordt afgeschaft. Die samenwerking omvat niet alleen de verstrekking van al voorhanden zijnde gegevens, maar ook het stellen van onderzoekshandelingen. De vraag of gegevens worden verstrekt, c.q. vergaard voor strafrechtelijke, danwel bestuursrechtelijke doeleinden is niet meer maatgevend. Op supranationaal niveau worden geheimhoudingsplichten geformuleerd die, afhankelijk van het terrein, de vergaring, het gebruik en de verstrekking van gegevens beperken tot de fiscale, resp. financiële rechtshandhaving in ruime zin. Zowel de 'justitiële' als de 'bestuurlijke' autoriteiten zijn hieraan gebonden.
3. De samenwerking heeft plaats op basis van het *klassieke model* en niet op basis van het concept van wederzijdse erkenning, zoals dat nu in de derde pijler wordt ingevuld. Van (semi-)automatische erkenning is geen sprake; wederzijds vertrouwen is het uitgangspunt, maar ook niet meer dan dat. De aangezochte autoriteit behoudt eigen verantwoordelijkheden en kan op grond daarvan de uitvoering van verzoeken weigeren. De interstatelijke taakverdeling wordt op supranationaal niveau vastgelegd.
4. De *verzoekende staat*, vaak tevens de *forum*staat, is de verantwoordelijke voor de procedure. De verzoekende autoriteit gaat volledig over de doelmatigheid van het verzoek. Het is aan deze te beoordelen welke maatregel ze nodig acht uit het buitenland. De keuze van het middel, bijvoorbeeld de toe te passen bevoegdheid, is aan haar. Ze moet daarbij zo specifiek mogelijk zijn. Ze mag vragen om:
a. De verstrekking van al voorhanden zijnde gegevens. Deze wordt beheerst door het transnationale ambtsgeheim en de Europese regels betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Hier geldt het uitgangspunt van een vrij verkeer van gegevens. De databeschermingsregels die nu pijlergebonden zijn, moeten in dit licht worden herzien. Tussen bestuurlijke en strafrechtelijke rechtshandhaving kan geen onderscheid meer worden gemaakt. Een onderscheid is wel mogelijk op basis van het al dan niet punitieve gebruiksdoel.
b. De toepassing van onderzoeksbevoegdheden, waarvoor onderstaande regels gelden:
I. De straf- of bestuursrechtelijke aard van een bevoegdheid is niet meer doorslaggevend. Een autoriteit mag vragen om toepassing van een bevoegdheid die naar het recht van de aangezochte partij strafvorderlijk van aard is en *vice versa*. Ze mag niet vragen om de toepassing van bevoegdheden die haar zelf zijn ontzegd.
II. In het verzoek moet worden aangegeven welke hoedanigheid een justitiabele inneemt in de procedure in de verzoekende staat. In die hoedanigheid moet deze persoon ook door de aangezochte partij worden benaderd. Een verdachte[24] wordt altijd als zodanig benaderd.

24 Wie daaronder moet worden begrepen, behandel ik in paragraaf 7.2.2.

III. Op supranationaal niveau worden regels geformuleerd voor bepaalde typen zwaardere onderzoekshandelingen, namelijk de klassieke dwangmiddelen en de heimelijke onderzoeksmethoden.[25] Deze regels houden in dat in de verzoekende staat een voorafgaande rechterlijke machtiging nodig is, wanneer de verzoekende autoriteit niet zelf rechter is. Deze bevoegdheden mogen alleen worden toegepast voor punitieve doeleinden in de zin van art. 6 EVRM. De machtigingsrechter verricht een volle evenredigheidstoets op basis van op supranationaal niveau geformuleerde criteria. Hij heeft volledige toegang tot het dossier.

5. De *aangezochte partij* is in beginsel verplicht het verzoek uit te voeren. Weigeringsgronden worden tot een minimum terug gebracht. Weigeringsgronden die zien op reciprociteit worden afgeschaft. Dat geldt ook voor de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid en voor de fiscale en bancaire exceptie. Lidstaten moeten echter over de mogelijkheid beschikken te kunnen weigeren, wanneer ze in strijd komen met hun verplichtingen op basis van het EVRM of nationale grondrechtencatalogi. De openbare orde exceptie kan als ventiel blijven bestaan.[26]

Voor de aangezochte partij gelden de volgende voorwaarden:

a. Ze is verantwoordelijk voor het verrichten van de verlangde handeling en het verstrekken van de gegevens. De aangezochte partij mag in beginsel vertrouwen op de juistheid en volledigheid van het buitenlandse verzoek. Ze voert de verzoeken in eigen naam en met toepassing van het eigen recht uit (*locus*regel), voor zover dit niet onverenigbaar is met de onderstaande regels.

b. Als er wordt verzocht om het stellen van onderzoekshandelingen gelden de volgende voorwaarden:

I. De aangezochte partij voert het verzoek uit overeenkomstig haar eigen recht. Ze is niet gehouden verder te gaan dan de mogelijkheden die het eigen recht haar bieden, maar mag aan buitenlandse doeleinden ook geen verdergaande voorwaarden verbinden. Het bestuurs- en/of strafrechtelijke statuut van de verzoekende partij is niet meer maatgevend voor de uitvoering van het verzoek.

II. Voor de zojuist bedoelde zwaardere onderzoekshandelingen wordt in de aangezochte staat naar Geneefs voorbeeld een rechtsbeschermingsprocedure ingericht aan het einde van de rit. Hierin kunnen de rechtmatigheid van de uitvoering van het verzoek en eventueel het verzoek zelf worden aangevochten.

III. Verdachten[27] komt altijd een zwijgrecht toe. Deze moeten daarop worden gewezen. Eventuele medewerkingsplichten kunnen tegen hen niet worden afgedwongen.

6. De autoriteiten van de *forumstaat*, vaak tevens de verzoekende staat, zijn als gezegd verantwoordelijk voor de procedure in zijn geheel. Het is deze staat – en niet de aangezochte staat – die controle houdt op het verdere gebruik en de verdere verstrekking van de gegevens. Deze staat houdt ook de controle op procedurewissels. De rechtsbescherming wordt geconcentreerd aan het eind van de procedure (onderzoek ter zitting). Daarin kan het gehele (ook buitenlandse)

25 Ik zal dit hieronder nader uitwerken; paragraaf 7.2.2.

26 Vgl. Schomburg (e.a.) (2006), Einleitung, nr. 113b, die spreken over een *Prinzip der Meistbegünstigung*.

27 Daarover paragraaf 7.2.2.

> vooronderzoek worden aangebracht, ook als de aangezochte staat al rechtsbescherming bood.
> Ten aanzien van het gebruik, c.q de verstrekking van de gegevens gelden als gezien het supranationale ambtsgeheim en specialiteitsbeginsel als waarborg. Bovendien moeten beperkingen in het functionele toepassingsbereik van een bevoegdheid, gesteld door het recht van de aangezochte staat, door de *forum*staat, in aanvulling op het supranationale ambtsgeheim en specialiteitsbeginsel, worden gerespecteerd.
> Voor gevallen van doelafwending wordt een nieuw rechtsmiddel gecreëerd, dat openstaat als door die doelafwending tevens de rechtspositie van de persoon op wie de gegevens betrekking hebben, wijzigt. Het primaire doel hiervan is het mogelijk maken van controle op transnationale procedurewissels via het bieden van een rechtsingang. Het is het sluitstuk van een regeling die de verzoeker dwingt tot een zo hoog mogelijk mate van transparantie vooraf. Ook ter bescherming van het *nemo-tenetur*beginsel gelden minimumvoorschriften.
> 7. Supranationale controle door het Hof van Justitie en de commissie is nodig. Het bestaande communautaire uitleg- en controlesysteem dient toepassing te vinden op de transnationale handhavingssamenwerking, zoals hier beschreven.[28]

In het model is getracht de verantwoordelijkheden van de samenwerkende staten en de EU te herdefiniëren vanuit het uitgangspunt dat een organiek criterium voor samenwerking, evenals de nadruk op de staat als centrale actor in het transnationale gegevensverkeer, in het EU-systeem van handhaving en bijpassende noodzaak tot samenwerking onhoudbaar is. Om die reden heb ik gekozen voor een systeem dat is gebaseerd op neutraliteit, waarmee ik bedoel dat voor de vraag *of* kan worden samengewerkt de aard en organisatie van de nationale rechtshandhaving niet meer maatgevend mogen zijn. Onafhankelijk van hun bestuurlijk en/of strafrechtelijk statuut moeten autoriteiten die betrokken zijn bij de fiscale of financiële rechtshandhaving elkaar direct kunnen benaderen. Dat bevordert ook de transparantie van het systeem. In een zo vroeg mogelijk stadium moeten alle kaarten op tafel.

Het doel van neutraliteit en transparantie moet, naast de afschaffing van het organieke criterium, worden bewerkstelligd door het op supranationaal niveau vastleggen van de taken en onderlinge verantwoordelijkheden van de samenwerkende autoriteiten en door het vastleggen van toetsmomenten en toetsmaatstaven, *indien* en *voor zover* dat voor de samenwerking nodig is (*harmonisatie*).[29] Soms gaat het daarbij om minimumharmonisatie, soms om volledige harmonisatie. In het laatste geval zijn nationale aanvullingen of afwijkingen ongewenst. Als vuistregel geldt dat voor volledige harmonisatie is gekozen bij de regels over het supranationale ambts-

28 Zie verder paragraaf 7.2.5.

29 Over de precieze betekenis van het woord 'harmonisatie' is overigens het laatste woord nog niet gezegd. Ik hanteer deze term in gelijke zin als Tadic (2002). Er is geen unificatie of approximatie (zijnde de eliminatie van verschillen tussen twee of meerdere rechtsordes) mee bedoeld, maar coördinatie (het verhogen van de innerlijke consistentie van twee of meer rechtsordes), *in casu* door wetgevend ingrijpen, met het oog op de internationale samenwerking.

geheim en het specialiteitsbeginsel en bij de invulling van de toetsmomenten bij de zwaardere onderzoekshandelingen. Bij de toetsmaatstaven gaat het doorgaans om minimumharmonisatie. In dergelijke gevallen van minimumharmonisatie zal telkens moeten worden aangegeven of het rechtssysteem van de ene, danwel de andere samenwerkende staat moet worden toegepast.

Het zal zijn opgevallen dat in het bovenstaande model tussen verschillende typen handelingen wordt onderscheiden. Inderdaad wordt er in de plaats van het organieke criterium een tweeledig criterium geïntroduceerd dat maatgevend is voor de mogelijkheden tot samenwerking. Het gaat om enerzijds het beoogde *handhavingsdoel* (punitief of niet-punitief), waarvoor aanknoping kan worden gezocht bij de jurisprudentie van het EHRM, en anderzijds om het *type handeling* dat wordt gevraagd.[30] De volgende drie typen handelingen kunnen worden onderscheiden:

a. Categorie 1: onderzoekshandelingen die buiten weten van de betrokkene om plaatshebben, danwel handelingen die de betrokkene moet dulden. Deze zijn alleen mogelijk voor punitieve doeleinden. Hier is sprake van volledige harmonisatie van de toetsmomenten en van gedeeltelijke harmonisatie van de toetsmaatstaven. Verdergaand nationaal recht is in het laatste geval toegelaten.
b. Categorie 2: onderzoekshandelingen die van de betrokkene actieve medewerking vergen. Deze zijn mogelijk voor punitieve en niet-punitieve doeleinden. Toetsmaatstaven zijn gedeeltelijk geharmoniseerd, toetsmomenten niet.
c. Categorie 3: het verstrekken van reeds voorhanden zijnde gegevens. Ook deze zijn mogelijk voor punitieve en niet-punitieve doeleinden. De regels inzake databescherming en doelbinding en geheimhouding zijn geharmoniseerd. Uitgangspunt is een vrij gegevensverkeer.

Het bovenstaande model staat of valt met *sectoroverstijgend* en vooral *pijleroverstijgend* optreden.[31] Het is essentieel dat de problematiek op unieniveau wordt opgenomen. De afzonderlijke lidstaten zijn hiertoe niet in staat. Ze zijn bovendien ook niet de enige spelers meer. Bij de transnationale handhavingssamenwerking zijn ook de belangen van de unie en haar burgers betrokken ('vier-' in plaats van 'tweedimensionaliteit' van de samenwerking). De uitroeping van een Europese rechtsruimte heeft in die zin de bakens verzet. Een grotere rol van de Europese instellingen en een terugdringing van de vrijheid van de lidstaten is nodig. Een duidelijke, bindende rolverdeling tussen de samenwerkende actoren en bijpassende *harmonisatie* en *controle* kan alleen op unieniveau worden gerealiseerd. Een pijleroverstijgende aanpak acht ik noodzakelijk. Ik zie zelfs geen reden de fiscale en financiële transnationale handhavingssamenwerking verschillend te behandelen. Dergelijke verschillen doen afbreuk aan de neutraliteit van het systeem en worden al snel redengevend voor het kiezen van de ene, danwel andere weg. Het ligt bovendien voor de hand het hier geïntroduceerde model ook op andere EG-beleidsterreinen toe te passen. Het is immers bedoeld als een algemene *kaderregeling*. Wel moet deze dan ruimte laten voor afwijkingen of aanvullingen die recht doen aan de specifieke

30 Vgl. Vervaele & Klip (2002), p. 288.
31 Luchtman (2006).

behoeften van het onderliggende terrein. Nader onderzoek is in die gevallen geboden.

Andere modellen van samenwerking zouden in Europa ook denkbaar zijn geweest. We hadden bijvoorbeeld kunnen denken aan een model, waarin – net als in Zwitserland – de autoriteiten van de hulpzoekende staat met toepassing van hun eigen recht en procedures hadden kunnen opereren op het grondgebied van de andere staat.[32] In die gevallen zou de rol van de rechtshulpverlenende staat zijn teruggedrongen. Deze had dan immers niet meer zijn eigen recht toegepast, maar enkel geduld dat vreemde mogendheden op zijn grondgebied actief zouden worden. Dergelijke modellen bestaan wel in Europa. Ze zijn echter nog vrij zeldzaam en gaan veel verder dan het hier voorgestane model.[33] Ik laat ze verder buiten beschouwing.

Vermeldenswaard is echter het voorstel dat vanuit Duitsland is gedaan en dat in plaats van wederzijdse erkenning een systeem bepleit dat in hoge mate lijkt op het Zwitserse model.[34] Dat is gedaan in het *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*.[35] Autoriteiten uit de ene staat mogen zo actief worden op het grondgebied van de andere met toepassing van het eigen procesrecht. Zo moet *forum shopping* (en dus *silver-platter*situaties) worden voorkomen en moet worden tegengegaan dat het meest repressieve sanctiesysteem werking krijgt in de hele Europese rechtsruimte. Een bijkomend voordeel van dit model zou zijn dat de vertrouwensregel wordt teruggedrongen. Voor zware grondrechtsinbreuken geldt het *Prinzip der Meistbegünstigung*, waarmee lijkt te zijn bedoeld dat dergelijke inbreuken een basis moeten hebben in het recht van beide samenwerkende staten. Dan geldt dus een cumulatieve bescherming.[36]

Opmerkelijk is echter dat men die zware categorie beperkt tot de vrijheidsbenemende dwangmiddelen en de inbeslagneming van vermogensbestanddelen. Overige onderzoeksmiddelen, bijvoorbeeld heimelijke methoden, mogen op basis van het voorstel conform het Zwitserse model worden uitgevoerd door de autoriteiten van de *forum*staat met toepassing van hun eigen recht (!).[37] In dergelijke gevallen 'mag man die Unterstützung einer fremden Strafverfolgung, die nach dem materiellen Recht des Vollstreckungsstaates nicht legitim ware, immerhin unter dem Aspekt für hinnehmbar erachten, daß es um eine rein technische Hilfestellung ohne gravierende inländische Grundrechtseingriffe geht und eine Prüfung der beiderseitige Strafbarkeit zu aufwendig wäre.'[38] In de hulpverlenende staat woonachtige personen worden zo, en dat ongeacht hun hoedanigheid in de

32 Hoofdstuk 5.4.2.3, onder A.
33 Voorbeelden zijn te vinden in de financiële richtlijnen, voor zover het gaat om de grensoverschrijdende verificatie (*Vor-Ort-Kontrolle*), *supra* hoofdstuk 2.2.3.1, en ook in de politiële samenwerking, bijvoorbeeld in de art. 40 en 41 SUO.
34 Schünemann (red.) (2004), p. 5.
35 Zie Schünemann (red.) (2004) en het themanummer van het *Zeitschrift der gesamten Strafrechtswissenschaft* 116 (2004), Heft 2, dat hieraan is gewijd. Het model bepleit overigens ook de invoering van een Europees Openbaar Ministerie voor een beperkt aantal delicten.
36 Vgl. Schünemann (2004), p. 384.
37 Schünemann (red.) (2004), p. 11.
38 Schünemann (2004), p. 385.

procedure, geconfronteerd met grondrechtinbreuken waarvan de (immers buitenlandse) rechtsbasis hun onbekend is.

Mijn indruk is dat dit model een hogere mate van *onderling vertrouwen*, *wederzijdse erkenning* en *harmonisatie* vergt, dan hier wordt bepleit, wil het kunnen functioneren. Vooral harmonisatie lijkt echter juist niet beoogd door de opstellers van het voorstel.[39] Het zal bovendien politiek nog gevoeliger liggen dan de hier bepleite voorstellen.[40] Daarbij komt dat het voorstel op geen enkele wijze aandacht besteedt aan de centrale thematiek van dit onderzoek, namelijk de verhouding met de wederzijdse bijstand.[41] Om deze redenen onderschrijf ik het niet. Het voorstel bevat overigens ook elementen die mijns inziens moeten worden onderschreven, waaronder de oprichting van *Eurodefensor* als tegenwicht voor een al te eenzijdige nadruk op vervolgingsbelangen.

Ook het EBB gaat uit van een ander concept dan hier bepleit. De op het EBB geuite kritiek, die ik in hoofdstuk 2.4.3.2 beschreef, wordt in grote lijnen door mij gedeeld. Het zal in het bijzonder leiden tot een hoge mate van vervaging van de verantwoordelijkheden van de samenwerkende autoriteiten. Immers, enerzijds wordt de 'uitvoerende' autoriteit de keuze van de middelen gelaten, terwijl juist deze slecht is ingevoerd in het onderzoek (zij moet immers vertrouwen op het bevel en mag niet zelf onderzoek doen). Anderzijds gaat de uitvaardigende autoriteit over de inhoud van het onderzoek (vgl. art. 19, lid 2, EBB), maar niet over de buitenlandse uitvoering ervan. De laatste heeft immers geen zeggenschap over de buitenlandse autoriteiten. De sturende functie van een rechtshulpverzoek waarin zo precies mogelijk moet worden aangegeven *welke handeling* wordt verlangd van de aangezochte partij, is verdwenen; de verantwoordelijkheden van de samenwerkende autoriteiten zijn diffuser, wat onder meer de vraag oproept bij wie de burger zijn verhaal moet halen. Dit probleem wordt overigens alleen nog maar groter, wanneer – zoals is beoogd – de reikwijdte van het EBB wordt uitgebreid tot de andere, nu in art. 3, lid 2, EBB genoemde vormen van rechtshulp. Daarbij komt dat het erkenningsconcept beperkt is tot de derde pijler. Op zijn minst zou het dus ook in de eerste pijler moeten worden geïntroduceerd als concept voor samenwerking.[42] Op die wijze zouden handhavingssamenwerking in de eerste en derde pijler kunnen worden afgestemd. Deze uitkomst zou echter vooral in diagonale situaties tot vreemde uitkomsten leiden. Het betekent namelijk ook dat een *rechterlijke* autoriteit uit de ene lidstaat verplicht zou zijn een bevel, dat afkomstig is van het *bestuur* uit een

39 Vgl. Militello (2004), p. 441-442.

40 Idem, Vogel (2004), p. 407 en de reactie van Schünemann (2004), p. 394-399, daarop.

41 Dat lijkt overigens samen te hangen met Schünemanns opvatting dat het strafrecht wezenlijk anders is dan andere rechtsgebieden, p. 396. Het dient zeer terughoudend te worden ingezet (*ultimum remedium*) en kan niet inwisselbaar zijn voor andere vormen van handhaving. Hij betreurt het dat de door hem zo genoemde 'jüngere Freiburger Schule,' waartoe hij onder meer Vogel rekent, deze gedachte heeft losgelaten. In wezen is dit ook een van de opvattingen waarvan ik de gevolgen voor de transnationale samenwerking in paragraaf 6.3.3 bestreed.

42 Uiteraard is het erkenningsmodel als zodanig afkomstig uit de eerste pijler. Het wordt daar echter niet gebruikt als concept voor samenwerking.

andere staat, uit te voeren.[43] Dat probleem doet zich niet voor in het door mij voorgestane model, waarin van (semi-)automatische erkenning geen sprake is.

Kortom, in antwoord op de drie vragen aan het begin van deze paragraaf kies ik voor het op supranationaal niveau definiëren van de taken en verantwoordelijkheden van de samenwerkende staten en de Europese instellingen,[44] voor het, afhankelijk van de gevraagde handeling, op supranationaal niveau definiëren van toetsmomenten en toetsmaatstaven, *als* en *voor zover* dat nodig is om de samenwerking in goede banen te leiden (*harmonisatie*) én voor supranationale *controle* op dit systeem. Het dominante model van samenwerking is daarbij het klassieke model. Ik ga niet uit van wederzijdse erkenning, zoals dit begrip momenteel wordt ingevuld in de derde pijler (inhoudende een bevel dat wordt uitgevaardigd door de uitvaardigende staat en bijbehorend de afwezigheid van een inhoudelijke toets in de uitvoerende staat), maar van het principe dat vertrouwen een werkbaar uitgangspunt moet zijn, maar ook niet meer dan dat. 'Bevelen' worden dus niet gegeven. Als daarvoor aanleiding is, moet nader onderzoek kunnen worden verricht en in voorkomend geval een verzoek kunnen worden geweigerd, omdat het voorkomen van grondrechtinbreuken de voorkeur verdient boven het achteraf repareren ervan. 'Erkenning' is daarmee een concept dat ook in dit model aanwezig is, maar dat in een andere betekenis wordt gebruikt, namelijk als aanvaarding van het feit dat staten het gemeenschapsrecht op verschillende wijze kunnen handhaven en dat dit gegeven als zodanig niet mag leiden tot een stagnering van de samenwerking. In de onderstaande paragrafen hoop ik vanuit verschillende perspectieven meer in detail te schetsen wat dit voor de samenwerkende staten meebrengt. Ik begin met het perspectief van de verzoekende staat

Het perspectief van de verzoekende staat (paragraaf 7.2.2) en dat van de *forum*staat (paragraaf 7.2.4) zijn bewust uit elkaar gehaald. Dat heeft enerzijds te maken met het feit dat van het verlenen van hulp op verzoek tegenwoordig lang niet altijd meer sprake is. Spontane hulp komt steeds vaker voor. Het hieronder geschetste model is hiervoor ook geschikt, met dien verstande dat dan de hieronder geschetste verantwoordelijkheden van de verzoek- en aangezochte staat in handen liggen van de hulpverlenende staat.

Anderzijds wordt er steeds vaker tussen meerdere landen samengewerkt. Driehoeksrelaties kunnen voor complicaties zorgen. Ook daarom is het zinnig beide perspectieven uiteen te halen. De staat die oorspronkelijk het verzoek indient, hoeft immers niet noodzakelijk de staat te zijn waar uiteindelijk de

43 Overigens kent de versie van het EBB waarover op 2 juni 2006 een politiek akkoord werd bereikt, anders dan het oorspronkelijke voorstel, de uitvoerende staat de bevoegdheid toe om de uitvoering van een bevel te weigeren als om doorzoeking/inbeslagneming wordt verzocht en het bevel niet afkomstig is van, noch bekrachtigd is door een rechterlijke autoriteit (in ruime zin); art. 11, lid 2.

44 Swart (2002), p. 515 e.v. en Schomburg& Lagodny (2002), p. 281-282, en Schomburg e.a. (2006), Einleitung, rn. 105 e.v., spreken van een 'international division of labor' ('international-arbeitsteiliges Strafverfahren').

procedure zal worden beëindigd. Ook al besteed ik in het onderstaande de meeste aandacht aan bilaterale relaties, toch is het goed voor ogen te houden dat in driehoeksrelaties vooral de controle op procedurewissels bemoeilijkt wordt. In het hier voorgestane model is er immers voor gekozen de *forum*staat te belasten met de controle op de procedure als geheel én op het geheel van procedures, vanuit de gedachte dat de staat waar de procedures worden gevoerd, het beste zicht daarop heeft. Het impliciete uitgangspunt is dan dat alle procedures ook daadwerkelijk in één staat zijn geconcentreerd. Dat hoeft niet zo te zijn. In het laatste geval heeft ook de *forum*staat moeite om controle te houden op het geheel. Zo kan het onderzoek een aanvang nemen in de ene staat en eindigen in de andere, maar het is ook mogelijk dat bijvoorbeeld in hetzelfde fiscaal-strafrechtelijke onderzoek de ene staat het fiscale deel voor zijn rekening neemt en de andere het strafrechtelijke. Het hier voorgestelde model biedt op dit probleem, net als overigens het bestaande model, maar beperkt een antwoord. Het moet dan ook worden geflankeerd met andere voorzieningen op het vlak van de interstatelijke onderlinge coördinatie en overname van procedures. De ontwikkelingen in de EU staan hier nog in de kinderschoenen en zijn opnieuw pijlergebonden.[45] Ik laat dit punt hier rusten. De problematiek van de grensoverschrijdende overname van procedures raakt weliswaar aan dit onderzoek, maar vormde niet de kern ervan.[46] Het is reden voor verder onderzoek.

7.2.2 Het perspectief van de verzoekende staat

Wat zal er veranderen voor de verzoekende autoriteiten in het alternatieve systeem? De voornaamste wijzigingen hebben betrekking op de vastlegging van hun verantwoordelijkheden op supranationaal niveau en op de introductie van een preventieve rechterlijke toets voor handelingen van de eerste categorie. Vooral het laatste aspect werk ik hieronder meer uit.

Voor de eerste categorie bevoegdheden zijn op supranationaal niveau regels geformuleerd die zowel zien op de toetsmaatstaven als op de toetsmomenten. Het doel hiervan is zeker te stellen dat voorafgaand aan de grondrechtsinbreuk een volledige evenredigheidstoets *in concreto* is verricht op basis van supranationaal geformuleerde criteria. De verzoekende staat is hiervoor in de beste positie. Door harmonisatie moet worden bereikt dat een dergelijke toets voor de zwaarste categorie handelingen al in de verzoekende staat heeft plaatsgehad. Immers, de verzoekende autoriteit, en niet, zoals in het EBB, de aangezochte autoriteit, bepaalt als verantwoordelijke autoriteit welke bevoegdheid ze toegepast wil zien. Zo wordt de vertrouwensregel in goede banen geleid en worden de gevolgen van de systeembreuk verkleind. Tegelijk kunnen rechterlijke *exequatur*procedures in de aangezochte staat grotendeels vervallen; het verzoek kan meteen worden doorgestuurd naar de autoriteit die in de innerstatelijke context tot de gevraagde handeling bevoegd is (volledige harmonisatie). Hiermee is *de facto* ook bereikt dat de rechterlijke machti-

45 Vgl. het Groenboek over jurisdictiegeschillen en het *ne-bis-in-idem*beginsel in strafprocedures, COM (2005) 696.

46 *Supra* hoofdstuk 1.3.3.

ging uit de ene staat werking heeft in het gehele EU-territorium. Andere staten mogen in beginsel op deze machtiging afgaan.[47]

De lidstaten van de EU zullen dus een procedure moeten inrichten waarin een rechterlijke instantie voor het type handelingen van de eerste categorie vóór het uitgaan van het verzoek een *ex-officio*toets uitvoert. Het gaat hier niet om een procedure op tegenspraak, maar om een rechterlijke machtigingsprocedure. De machtigingsrechter heeft volledige toegang tot het dossier. In het machtigingskarakter komt ook tot uitdrukking dat het niet de machtigingsrechter zelf is, die het onderzoek voert, maar een andere autoriteit. Dat komt de transparantie van het gegevensverkeer ten goede. De machtiging is niet nodig als het een rechter is die verantwoordelijk is voor het onderzoek, zoals in het Franse of Nederlandse GVO-model.

Waarom deze procedure voor de eerste categorie handelingen? Dat heeft te maken met de aard van de handelingen. Onder het eerste type handelingen, die doorgaans de grootste inbreuk op verdrags- en grondwettelijk gewaarborgde rechten meebrengen, wordt de betrokkene – als betrokkene of derde – min of meer gereduceerd tot object van onderzoek. Onder deze categorie vallen allereerst de klassieke strafvorderlijke dwangmiddelen, zoals de doorzoeking en inbeslagneming. In de tweede plaats vat ik ook de heimelijke methoden, die vaak met inbreuken op het telecommunicatieverkeer gepaard gaan, onder deze eerste categorie. Ook deze zijn in de regel van strafvorderlijke aard.[48] Beide typen handelingen kunnen door de justitiabele niet worden voorkomen, zelfs niet door medewerking te weigeren.

Bovendien kan de vraag worden gesteld, waarom deze toets in de verzoekende staat plaats moet hebben en waarom dit een rechterlijke toets moet zijn. Daarvoor zijn meerdere redenen. Allereerst wordt zo bewerkstelligd dat er bij dit type handelingen, waarin de betrokken persoon tot object van onderzoek wordt gereduceerd, een onafhankelijke rechter voorafgaand naar de zaak heeft gekeken op basis van een volledige beoordeling van de feiten en het zaaksdossier. Zo wordt tevens bereikt dat een dergelijke toets in beginsel niet meer door de aangezochte partij hoeft te worden verricht. Deze kan de autoriteit die normaliter bevoegd zou zijn een dergelijke handeling te verrichten het verzoek op basis van de gegevens in het verzoek laten uitvoeren. De vertrouwensregel wordt daarmee in goede, althans betere, banen geleid dan nu.[49] Een tweede reden voor een rechterlijke machtiging in de verzoekende staat voor de eerste categorie handelingen is dat een dergelijke autoriteit ook machtigingen kan afgeven in de situatie

47 Dit doet denken aan het concept van het EBB dat ook 'evidence warrants' werking wil verlenen in de gehele unie. Een verschil met het hier bepleite model is allereerst dat de uitvaardigende autoriteit de keuze van de middelen bepaalt en ten tweede dat het hier niet gaat om automatische erkenning. Vertrouwen is het uitgangspunt, maar ook niet meer dan dat. Wel is het zo dat in de praktijk beide concepten elkaar dicht kunnen naderen.

48 Een uitzondering is overigens de *Aufbewahrung von Verbindungsdaten* in de Duitse *Wertpapierhandelsgesetz*; paragraaf 4.3.2.1.

49 Baaijens-van Geloven (2004), p. 397, komt ten aanzien van de overdracht van strafvervolging tot een soortgelijke constatering.

dat in meerdere landen tegelijk onderzoek nodig is.[50] In dergelijke situaties hoeft niet in al die landen afzonderlijk opnieuw de evenredigheid van een dergelijke handeling te worden bekeken.[51] Een derde voordeel hiervan is dat het zaaksdossier zoveel mogelijk geheim blijft, wat in de fase van het vooronderzoek vaak essentieel is.

Op basis van welke criteria toetst deze rechter? Hij neemt twee aspecten voor zijn rekening. Allereerst heeft hij te beoordelen of de bevoegde autoriteit zelf over de bevoegdheid beschikt om de gevraagde onderzoekshandeling te verrichten. Dat is een volstrekt nationale toets, die ertoe dient om *silver-platter*situaties te voorkomen. Mogelijk kan hierbij worden gedifferentieerd tussen de fiscale en financiële rechtshandhaving in die zin dat men in de financiële samenwerking wél mag vragen om handelingen waarover men zelf niet beschikt.

In het hier verdedigde model zijn alle op wederkerigheid gebaseerde weigeringsgronden en samenwerkingsvoorwaarden vervallen. Dat betekent niet dat de verzoekende autoriteit alles mag vragen wat zij zou willen. Ik heb gekozen voor een model waarin de uitwisseling van al voorhanden zijnde gegevens zonder al te veel beperkingen plaatsheeft. Daarin schuilt een belangrijke verruiming ten opzichte van de bestaande situatie. Ten aanzien van verzoeken om de toepassing van onderzoekshandelingen geldt echter dat de verzoeker alleen om de toepassing van bevoegdheden mag vragen waarover hij zelf ook beschikt. Het maakt echter niet meer uit of die bevoegdheid naar het recht van de aangezochte partij straf- of bestuursrechtelijk van aard is.

In veel opzichten houdt dit systeem het midden tussen enerzijds een aanvaarding van *silver-platter*situaties en anderzijds een beperking van de samenwerking tot het gemeenschappelijke (grootste gemene deler). Ik had kunnen kiezen voor een verdergaande oplossing, waarbij de verzoeker – juist omdat rechtssystemen onderling kunnen verschillen – had mogen verzoeken om alle door hem nodig geachte handelingen. In dat geval zouden *silver-platter*situaties min of meer worden aanvaard. In zo'n systeem zou meen ik nog wel de beperking hebben moeten gelden dat de gevraagde bevoegdheden hem niet door zijn eigen wetgever, impliciet of expliciet, hadden mogen zijn *ontzegd*.[52] In dat geval zou het toch toepassen van die bevoegdheid immers neerkomen op het naast zich neerleggen van de duidelijke wil van de eigen wetgever.

Na aanvankelijke aarzeling koos ik, zeker in de *fiscale* samenwerking, toch voor de hier verdedigde, minder vergaande oplossing, waarin er weliswaar geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke bevoegdheden en waarin al voorhanden zijnde gegevens zonder meer mogen

50 Ook het Hof van Justitie wijst hierop in de zaak Roquette Frères; Zaak C-94/00, 22 oktober 2002, Jur. 2002, p. I-9011.

51 Dat is alleen anders als die grondslag gemotiveerd wordt betwist In dat geval moet de aangezochte partij een nader onderzoek instellen; zie onder.

52 Met het gebruik van de term 'ontzegd' zijn die gevallen beoogd waarin een wetgever, impliciet of expliciet, heeft besloten een bepaalde bevoegdheid aan een autoriteit *niet* toe te kennen.

worden verstrekt, maar waarin de verzoekende instantie niet mag vragen om bevoegdheden waarover zijzelf niet beschikt. Ten eerste lijkt me dit *in fiscalibus* een werkbaarder model, omdat niet telkens hoeft te worden bekeken of de wetgever van de verzoekende autoriteit haar een bevoegdheid al dan niet heeft ontzegd. Dat is immers een nogal lastige toets.[53] Bovendien is het eenvoudiger dit systeem, mocht dat nodig blijken, later alsnog in deze zin aan te passen dan eenmaal toegestane, en na later blijkt: te vergaande, verruimingen terug te draaien.

Voor de *financiële* samenwerking is dit anders. De huidige richtlijnen gaan op dit punt al vrij ver door voor te schrijven welke bevoegdheden ten behoeve van de transnationale samenwerking moeten worden ingezet en hebben daartoe niet alleen de materiële normen, maar ook de bevoegdheden vergaand geharmoniseerd.[54] Daarom zou ik het wel aanvaardbaar vinden als in de financiële samenwerking autoriteiten verzoeken om handelingen waarover ze zelf niet beschikken, op voorwaarde dat hun die bevoegdheid niet uitdrukkelijk is ontzegd en dat toepassing van die bevoegdheid niet onverenigbaar is met de eigen taak.

Afhankelijk van de mate van harmonisatie van de onderliggende normen, kan er dus voor worden gekozen verder te gaan dan het 'basismodel'.

Ten tweede moet de rechter beoordelen of aan het evenredigheidsvereiste ook *in concreto* is voldaan. Dat doet hij aan de hand van supranationaal geformuleerde criteria (minimumharmonisatie).

Het gaat om de volgende criteria:

1. Wat is het *doel* van de gevraagde handeling? Hierboven maakte ik een onderscheid tussen punitieve en niet-punitieve doeleinden. De eerste categorie handelingen moet, vanwege de ingrijpendheid van de handelingen, worden gereserveerd voor punitieve doeleinden. Het onderscheid tussen strafrecht en punitief bestuursrecht kan echter niet meer maatgevend zijn.
2. Is er een redelijke *verdenking* dat een punitief te bestraffen norm is overtreden? Als gezegd is de verdenkingsvoorwaarde naar mijn mening essentieel voor een evenredigheidstoets (paragraaf 6.4.1.3). Ik kies hier voor een 'klassiek' verdenkingsbegrip, zijnde een redelijk, geobjectiveerd vermoeden dat een norm al is overtreden. Er zou aansluiting kunnen worden gezocht bij het criterium dat wordt geïntroduceerd in het Corpus Juris 2000. Art. 25quater, lid 2, bepaalt dat er 'gegronde redenen [zijn] om aan te nemen dat de verdachte (…) strafbare feiten heeft gepleegd.'[55] Dat criterium kan ook hier worden gebruikt. De term

53 Overigens kan de wetgever er ook voor kiezen een bepaalde bevoegdheid een autoriteit niet te ontzeggen, maar aan strikte doelbeperkingen te verbinden. Daarom zou in een dergelijke toets niet alleen moeten worden bekeken of de wetgever de vergaring van de gegevens met toepassing van de verlangde bevoegdheid niet heeft willen toestaan, maar ook het daaropvolgende gebruik, c.q. de daaropvolgende verstrekking. Dat zou de toets alleen maar compliceren.

54 Hoofdstuk 2.2.3.3.

55 Delmas-Marty & Vervaele (red.) (2000).

'strafbare feiten' moet dan worden vervangen door 'een met een punitieve sanctie te bestraffen feit'.
3. Wat is de te verwachten *succeskans*? Is de maatregel geschikt om het beoogde doel te bereiken? Deze voorwaarde beoogt de verzoekende autoriteit tot verantwoording te dwingen over de mate waarin de gevraagde handeling kan bijdragen tot de materiële waarheidsvinding. Het moet redelijkerwijs te verwachten zijn dat a) het gezochte materiaal zich op de aangegeven plek bevindt en b) dat materiaal bij kan dragen aan de opheldering van het feitencomplex waarnaar men onderzoek doet.[56]
4. Zijn er *alternatieven* voorhanden voor de gevraagde handeling, die meer geschikt zijn om tot het gevraagde resultaat te leiden? Met andere woorden: is het noodzakelijk dat deze maatregel wordt toegepast of volstaan ook lichtere middelen? Kunnen de gewenste gegevens bijvoorbeeld bij de verdachte worden opgevraagd in plaats van bij een derde? Kan er volstaan worden met een bevel tot uitlevering (*Herausgabe*) in plaats van een doorzoeking?
5. Staat de gevraagde handeling van een vaak zeer ingrijpende aard in een *redelijke verhouding* tot het doel dat ermee wordt nagestreefd (evenredigheidstoets in enge zin). Ook een evenredigheidstoets in enge zin moet worden verricht. Al zou tot de conclusie worden gekomen dat de succeskans hoog is en alternatieven afwezig zijn, dan nog kan zich de situatie voordoen dat het in te zetten middel eenvoudig van een te zware aard is. Juist wanneer een *silver-platter*situatie op een beperkte schaal wordt aanvaard, moet er veel aandacht worden besteed aan een evenredigheidstoets *in concreto*.

De harmonisatie van toetsmomenten en toetsmaatstaven voor de eerste categorie handelingen wil niet zeggen dat een zelfde toets niet hoeft te worden verricht ten aanzien van de hierboven onderscheiden tweede categorie handelingen. Het gaat echter om een minder indringende toets, waarvan ik meen dat hij eenvoudiger in de handen kan worden gelaten van de samenwerkende partijen. Nog steeds kan het, zeker voor de handelingen van de tweede categorie, gaan om forse inbreuken op grondrechten, maar deze worden op andere wijze – bijvoorbeeld door een transnationaal ambtsgeheim, waaraan ook justitie is gebonden – beschermd. Bovendien gaat aan de vraag of een inlichtingenvordering bijvoorbeeld fiscale relevantie heeft een afweging vooraf met een veel grotere beoordelingsruimte voor de aangezochte partij. De evenredigheidstoets *in abstracto* en *concreto* valt dus ten aanzien van de tweede categorie handelingen anders uit. Een en ander rechtvaardigt mijns inziens de stelling dat de aangezochte partij ook hier in beginsel mag afgaan op wat er in het verzoek wordt aangevoerd, maar dat een supranationaal voorgeschreven rechterlijke

56 Het doel hiervan is het voorkomen van *fishing expeditions*. Daarom moet deze autoriteit verantwoorden waarom zij precies de gevraagde maatregel jegens de aangegeven personen of instellingen gewenst acht. Uiteraard moet daarbij niet uit het oog worden verloren dat men in veel gevallen nu juist niet weet of het materiaal zal worden gevonden. Soms is bijvoorbeeld niet duidelijk bij welke bank de betrokkene een bankrekening aanhoudt. Toch ligt in zo'n geval voor de hand dat de verzoekende autoriteit zo nauwkeurig mogelijk de kring van te onderzoeken banken afbakent. Zou zij dat niet doen, dan worden gegevens over niet betrokken cliënten al te eenvoudig opgevraagd.

voorafgaande toets in de verzoekende staat niet nodig is. De zojuist verwoorde toetscriteria kunnen door de verzoekende autoriteiten zelf worden toegepast voor punitieve doeleinden. Voor niet-punitieve doeleinden volstaat het nationale recht van de verzoeker.

> Om te voorkomen dat het *nemo-tenetur*beginsel wordt omzeild, is voor de tweede categorie handelingen overeenstemming nodig over het moment waarop de 'punitieve fase' een aanvang neemt. Daarvoor kan worden aangesloten bij het zojuist geïntroduceerde transnationale verdenkingsbegrip. Tevens moet er worden uitgemaakt in welke hoedanigheid de betrokkene, die zich in de aangezochte staat kan bevinden, wordt gehoord, wanneer hij in hetzelfde onderzoek gelijktijdig 'verdachte' is en 'derde' en/of 'belastingplichtige', c.q. 'onder toezicht gestelde'. Ook de keuze voor de dominante hoedanigheid lijkt me – net als de keuze voor de te verrichten onderzoekshandeling door de aangezochte staat – bij uitstek een zaak waarover de verzoekende autoriteit beslist. Hij kiest dus of een persoon als 'derde' of als 'belastingplichtige' wordt benaderd en geeft dat in het verzoek aan. Die kwalificatie is bindend voor de aangezochte partij. Echter, ik wil ervoor pleiten dat een justitiabele die 'verdachte' is, maar ook andere hoedanigheden inneemt, altijd als 'verdachte' moet worden benaderd. De betrokkene, tevens verdachte, is bijgevolg niet tot actieve medewerking verplicht, wat overigens niet betekent dat de op hem rustende medewerkingsplichten komen te vervallen. Ze zijn alleen niet afdwingbaar. In wezen is dit een transnationale toepassing van het Duitse model dat ik hierboven ook al bepleitte (paragraaf 6.2.5).

Het kan overigens in bepaalde gevallen nog lastig zijn concrete onderzoekshandelingen in te delen in het hierboven door mij gemaakte onderscheid tussen handelingen van de eerste en tweede categorie. Zo lijkt men in Zwitserland onder het begrip 'dwangmiddelen' ook de bevoegdheden te vatten die zijn gebaseerd op een actieve medewerkingsplicht, terwijl dat in Nederland niet zo is.[57] De kwalificatie naar type handeling is als gezien van groot belang voor de te volgen procedure. Daarom moet hierover voldoende duidelijkheid bestaan. Ik meen dat in het leeuwendeel van de gevallen het hier gehanteerde onderscheid werkbaar is. Maatgevend is als gezegd of een persoon handelingen moet *dulden*, danwel tot *medewerking* is verplicht.[58] Voor die situaties waarin niet op voorhand duidelijk is onder welke categorie een handeling valt, zou ik menen dat het oordeel hierover in laatste instantie aan het Hof van Justitie wordt gelaten (paragraaf 7.2.5).

> Een voorbeeld van zo'n twijfelgeval is de toepassing van dwangmiddelen, gekoppeld aan de getuigplicht. Als een getuige weigert een verklaring af te leggen, kan

57 Hoofdstuk 5.5.4.1, onder B. De vraag is of dit in overeenstemming is met het interne Zwitserse recht.

58 Trechsel (2005), p. 260, biedt daarvoor een in zijn eigen woorden 'brutal', maar ook werkbaar criterium: 'Keine Selbstbelastung wird zugemutet, wenn das Beweismittel auch von einem Toten erlangt werden könnte.'

deze niet worden verkregen. In zoverre staat de overheid met lege handen; de getuige is geen object van onderzoek, maar bepaalt zelf of hij de gegevens wil verstrekken. Tegelijk kunnen jegens de weigerachtige getuige wel dwangmiddelen worden toegepast, die ertoe strekken dat de getuige alsnog een verklaring aflegt. Hij kan bijvoorbeeld in gijzeling worden genomen en aldus van zijn vrijheid worden beroofd. Dergelijke maatregelen moet hij dulden. Om die reden zou ik een getuig- en verschijningsplicht die op een dergelijke wijze kan worden afgedwongen, toch onder de eerste categorie scharen.[59] Ik meen dat dit anders is bij wettelijk afdwingbare inlichtingenvorderingen, hoewel zou kunnen worden betoogd dat het verschil slechts gradueel is.[60] Bij de inlichtingenvorderingen staat de overheid geheel met lege landen, als de betrokkene medewerking weigert. Het enige dat rest is bijvoorbeeld het opleggen van een geldboete.

7.2.3 Het perspectief van de aangezochte staat

In het nieuwe model zal er voor de aangezochte staat veel veranderen. Deze wordt meer dan in het huidige model geacht hulp te verlenen in situaties waarin hij mogelijk heel andere afwegingen zou hebben gemaakt dan de verzoekende staat. Hij kan bijvoorbeeld ter zake van een feit dat in de verzoekende staat bestuursrechtelijk wordt afgedaan, zelf voor strafrechtelijke handhaving hebben gekozen. Voorstelbaar is ook dat op de onderzochte gedraging, al dan niet bewust, door hem helemaal geen sanctie is gesteld. Toch zal hij dan hulp moeten verlenen.[61] In zoverre wordt een hogere mate van erkenning van hem verlangd dan nu. Wat voor aanpassingen vergt dit voor hem?

Ook de inspanningen ten aanzien van de aangezochte staat zullen vooreerst moeten zijn gericht op het op supranationaal niveau definiëren van de verantwoordelijkheden van deze staat. In het hier bepleite model is de aangezochte autoriteit enkel, maar volledig verantwoordelijk voor de handelingen die zij verricht. De verzoekende autoriteiten staan, overigens net als in het huidige model, tot de aangezochte in een horizontale relatie. De laatste hebben weinig tot geen inhoudelijke zaakkennis en moeten inhoudelijk worden aangestuurd door de verzoekers. De inspanningen van de aangezochte staat moeten daarom zoveel mogelijk beperkt blijven tot a) het vinden van de autoriteit, indien aanwezig, die in de innerstatelijke context bevoegd is tot de verlangde handeling en b) het beoordelen of de verlangde bevoegdheid ook daadwerkelijk voor het concrete buitenlandse doel mag worden gebruikt. De aangezochte partij mag er in beginsel op vertrouwen dat de gegevens die aan het verzoek ten grondslag liggen betrouwbaar en rechtmatig zijn vergaard en dat de evenredigheidstoets een juiste en volledige is, zeker bij handelingen van de eerste categorie. Daarvoor is immers een supranationale procedure met supra-

59 In die zin Art. 193 voorstel-CH-StPO, waarover hoofdstuk 5.3.4.1.

60 Immers, de betrokkene moet dan ook dulden dat hij een boete krijgt opgelegd.

61 In die gevallen waarin het verlenen van hulp indruist tegen haar eigen openbare orde, bijvoorbeeld omdat men het fundamenteel oneens is met strafbaarstelling van bepaalde gedragingen, kan zij op die grond – onder toezicht van het Hof van Justitie – hulp weigeren.

nationale toetsmaatstaven geformuleerd. De daar besproken rechterlijke machtiging heeft bijgevolg feitelijk gelding in de hele EU.[62]

Dat vertrouwen is echter niet absoluut. Indien er redenen zijn om aan te nemen dat er onvolkomenheden kleven aan het verzoek, past een verdergaand onderzoek. Op dit punt meen ik dat de huidige situatie te star is; het vertrouwen te absoluut. Ook ben ik het op dit punt oneens met de huidige ontwikkelingen in de derde pijler, die uitgaan van wederzijdse erkenning en aldus van 'geïnstitutionaliseerd vertrouwen.' Vooral hierin verschilt dit model met dat van het EBB. Wanneer er aanwijzingen zijn dat er onregelmatigheden in de verzoekende staat hebben plaatsgevonden of feiten werden achterhaald die een nieuw licht op de evenredigheid van een maatregel werpen, is een volledige rechterlijke toets, eventueel gebaseerd op aanvullend feitenonderzoek, op zijn plaats. In dergelijke gevallen herleeft de door mij bepleite volledige verantwoordelijkheid voor (de evenredigheid van) grondrechtinbreuken op het eigen grondgebied.[63] Dat geldt voor alledrie de onderscheiden categorieën.

> Op de autoriteiten van de andere EU-lidstaten rust in die gevallen een ondersteuningsplicht, die kan worden gebaseerd op het beginsel van gemeenschaps-, c.q. unietrouw.[64] Ook dit is ten opzichte van het bestaande model een nieuw element. Wordt deze medewerking niet verleend en is de aangezochte partij bijgevolg niet in staat de toets te verrichten, dan kan het verzoek niet worden ingewilligd. Daarvoor moet een weigeringsgrond bestaan die tevens kan worden ingeroepen, wanneer het verlenen van medewerking zou leiden tot onherstelbare schendingen van mensenrechten in de andere staat.

Een belangrijke wijziging ten opzichte van de huidige situatie zal bovendien zijn dat niet meer het straf- of bestuursrechtelijke karakter van de handeling bepalend is, maar het type handeling en het al dan niet punitieve doel. Nationale onderscheidingen in straf- en bestuursrecht zijn niet meer maatgevend. Echter, tegelijkertijd aanvaardde ik ook als uitgangspunt dat de aangezochte staat geen nieuwe bevoegdheden hoeft te creëren ten behoeve van de transnationale samenwerking. Beide uitgangspunten ogen tegenstrijdig. Immers, is het creëren van nieuwe bevoegdheden niet *de facto* wat er gebeurt, wanneer er door de verzoeker de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden van de aangezochte staat wordt verlangd voor een bestuursrechtelijk doel? Hoe moet worden bepaald of voor een feit dat in de ene staat bestuursrechtelijk wordt afgedaan, een strafrechtelijke bevoegdheid uit de andere staat kan worden gebruikt?

Dit probleem bestaat ook in de bestaande situatie. Het verklaart als gezien (deels) de aanwezigheid van reciprociteitsexcepties en -voorwaarden. In het door mij bepleite model worden echter de (nog resterende) schotten tussen rechtshulp en

62 *Supra* noot 47.
63 Hoofdstuk 6.4.1.2.
64 Vgl. Van Hoek & Luchtman (2005).

bijstand opgeheven (de eerste grootste gemene deler)[65] en worden bovendien de op reciprociteit gebaseerde gronden afgeschaft (de tweede grootste gemene deler)[66] De vereiste mate van erkenning ligt dus in die zin juist veel hoger dan in het bestaande systeem, terwijl de excepties sterk zijn teruggedrongen. Dat ik die mate van erkenning toch verlang, heeft te maken met mijn opvatting dat het in een ware Europese rechtsruimte, gebaseerd op een systeem van indirecte handhaving, past uit te gaan van een erkenning van onvermijdelijke interstatelijke verschillen, zeker ten aanzien van de keuzes tussen straf- of bestuursrechtelijke handhaving. Dat betekent dat in beginsel ook moet worden geaccepteerd dat een bevoegdheid die voor een binnenlands strafrechtelijk doel werd gecreëerd, voor een buitenlands bestuurlijk doel wordt toegepast. Daarbij gelden echter – naast de voorwaarden die ik in de vorige paragraaf besprak – een paar beperkingen. De verlangde mate van erkenning is niet onvoorwaardelijk. Een *innerstatelijke* bevoegdheid kan namelijk alleen worden toegepast voor *interstatelijke* doelen op voorwaarde dat men blijft binnen de grenzen van a) het ambtsgeheim en specialiteitsbeginsel als buitengrens en b) andere impliciete of expliciete door de wetgever van de aangezochte staat aangebrachte functionele[67] beperkingen van de ingeroepen bevoegdheid, op voorwaarde dat deze beperkingen ook gelden in de innerstatelijke context (non-discriminatie).

Wat betekent dit laatste? Als de wetgever van de aangezochte staat er, impliciet of expliciet, blijk van heeft gegeven de functionele reikwijdte van een bevoegdheid in de innerstatelijke context te hebben willen beperken tot een *bepaalde* categorie doeleinden, moeten deze beperkingen ook in de interstatelijke context worden gerespecteerd. Een bevoegdheid, bijvoorbeeld een doorzoekingsbevoegdheid, waarvan de reikwijdte op nationaal niveau beperkt is tot bijvoorbeeld *bepaalde* strafbare feiten, zal dan in gevallen van transnationale samenwerking aan dezelfde beperkingen worden onderworpen. Ten behoeve van de interstatelijke samenwerking hoeft de aangezochte staat niet verder te gaan dan ten behoeve van de innerstatelijke handhaving. Daarom moet er in zo'n geval worden bekeken of de bestanddelen van het feit waarvoor toepassing van de bevoegdheid wordt verlangd, overigens ongeacht of het in de verzoekende staat door middel van het straf- of het bestuursrecht wordt gehandhaafd, ook binnen de door de nationale wetgever aangebrachte functionele beperkingen van de bevoegdheid vallen. Zo ja, dan kan de bevoegdheid worden toegepast; zo nee, dan kan het verzoek niet worden uitgevoerd, omdat men niet bevoegd is.

Een mooi voorbeeld van een *impliciete* beperking, die kan blijken uit de wetsgeschiedenis of -systematiek, levert het Zwitserse bankgeheim dat voor fiscale doeleinden (directe belastingen) overeind blijft. Alleen voor situaties van *Steuerbetrug* kan het worden doorbroken.[68] Een voorbeeld van *expliciete* beperkingen wordt geleverd door heimelijke opsporingsmethoden, die vaak zijn

65 Hoofdstuk 6.3.1.
66 Hoofdstuk 6.3.2.
67 Functionele beperkingen beperken de doeleinden waarvoor de bevoegdheid mag worden toegepast, c.q. de gegevens nadien mogen worden gebruikt of verstrekt; hoofdstuk 6.4.1.3.
68 Vgl. hoofdstuk 5.3.3.2 en 5.3.4.1.

gekoppeld aan specifiek omschreven delicten (*Tatbestandskataloge*). Een ander voorbeeld zijn de strafvorderlijke bevoegdheden die alleen beschikbaar zijn voor misdrijven en niet voor overtredingen.

Heeft een wetgever het functionele toepassingsbereik van een bevoegdheid niet beperkt en heeft hij deze bijgevolg beschikbaar geacht voor alle handelingen waarvoor de aangezochte autoriteit bevoegd is, dan hoeft de laatste niet telkens te beoordelen of de ingeroepen bevoegdheid voor het concreet ingeroepen buitenlandse doel beschikbaar is (op voorwaarde dat het valt binnen de grenzen van het transnationale ambtsgeheim). In die gevallen vind ik erkenning verantwoord. Een goed voorbeeld van zo'n algemene bevoegdheid is de inbeslagnemingsbevoegdheid van de rechter-commissaris op grond van art. 104 Sv die geldt voor *alle* strafbare feiten (misdrijven én overtredingen). Ook de inlichtingenbevoegdheden van de AWR (art. 47 e.v.) zijn een goed voorbeeld.[69] Overigens blijft de aangezochte autoriteit hoe dan ook gebonden aan de andere dan functionele bouwstenen van een onderzoeksbevoegdheid.[70] Is haar reikwijdte *ratione personae* bijvoorbeeld beperkt tot alleen degenen die in de procedure zijn betrokken (dus geen derden), dan geldt dit ook in de interstatelijke rechtshandhaving. Opnieuw blijkt hieruit overigens hoe belangrijk het is dat de verzoeker aangeeft in welke hoedanigheid een betrokken persoon moet worden benaderd.

Het voorgaande moet worden begrepen vanuit de keuze voor een neutraal systeem (paragraaf 2.2.1 *in fine*). Het hier bepleite systeem wil niet beoordelen of de ene staat al dan niet terecht toegang tot bancaire gegevens weigert. Het houdt zijn handen af van een oordeel over de vraag welke staat ter zake 'meer gelijk' heeft; een waardeoordeel daarover heeft direct gevolgen voor de effectiviteit van het systeem als geheel. Het bekijkt daarom alleen of een bevoegdheid in de innerstatelijke context in zijn functionele toepassing beperkt is. Is dat niet zo, dan moeten soortgelijke buitenlandse belangen op dezelfde wijze worden behandeld, ongedacht of ze daar deel uitmaken van het strafrecht of bestuursrecht; is het echter wel zo, dan gelden dezelfde functionele beperkingen en is dus een vertaalslag nodig. Zo wordt voorkomen dat buitenlandse belangen worden gediscrimineerd. Wil de verzoekende staat dus het functionele bereik van een verlangde bevoegdheid uitgebreid zien, dan passen daarover afzonderlijke onderhandelingen in EG/EU-verband. Niets staat eraan in de weg dat dergelijke belemmeringen via secundair EG-recht worden opgeheven. De financiële richtlijnen tonen daarvan enkele goede voorbeelden.[71] Afhankelijk van het onderliggende rechtsgebied is er dus ruimte voor differentiatie. De hiervoor onder b verwoorde regel is in zoverre een minimumregel, die een ondergrens stelt.

Uit het voorgaande blijkt overigens dat, hoewel de op reciprociteit gebaseerde weigeringsgronden, alsmede de voorwaarde van dubbele strafbaarheid zijn komen te vervallen, zich nog steeds situaties voordoen, waarin de samenwerking beperkt

69 Hoofdstuk 3.3.4.1, onder C, resp. 3.3.3.1.
70 Hoofdstuk 6.4.1.3.
71 Vgl. art. 12 richtlijn marktmisbruik; hoofdstuk 2.2.2.

blijft tot het gemeenschappelijke. Immers, de verzoekende staat mag niet vragen wat hij zelf niet mag, terwijl de aangezochte staat de functionele beperkingen die gelden bij de vergaring van de gegevens ook toepast in interstatelijke situaties. Het verschil met de fiscale weigeringsgrond is dat het hier alleen gaat om het vergaren van gegevens en niet ook om het verstrekken van al voorhanden zijnde gegevens. Het verschil met de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid schuilt erin dat de hier voorgestane toets niet alleen verlangt dat het feit in beide landen strafbaar is, maar ook dat voor dat feit in beide landen de verlangde bevoegdheid beschikbaar is. Hij verhoogt zo de kenbaarheid van het overheidsoptreden, ook jegens derden. Nogmaals, deze laatste beperking geldt echter alleen als de functionele reikwijdte van de bevoegdheid in de aangezochte staat is beperkt.

In essentie zullen in de aangezochte staat dus de volgende vragen moeten worden beantwoord:

1. Is er een autoriteit die *in abstracto* over de bevoegdheid beschikt om de gevraagde handeling te verrichten en wier taken vallen binnen de grenzen van het supranationale ambtsgeheim/specialiteitsbeginsel van het door de verzoeker ingeroepen instrument.
2. Is dit laatste niet het geval, dan kan het verzoek niet worden uitgevoerd; zo wel, dan rijst de vraag of deze bevoegdheid in de innerstatelijke context door de nationale wetgever impliciet of expliciet in haar reikwijdte is beperkt.
3. Is dit laatste niet het geval, dan kan aan het verzoek door deze autoriteit uitvoering worden gegeven; zo wel, dan moet worden beoordeeld of het buitenlandse doel binnen deze functionele reikwijdte valt.
4. Overige vragen, zoals die naar de aanwezigheid van een redelijke verdenking in geval van punitieve doeleinden,[72] worden beantwoord in de verzoekende staat. De aangezochte staat mag hierop *in beginsel* vertrouwen; deze mag zich laten leiden door de feiten in het verzoek. Ook de zorg voor het verdere gebruik van de gegevens in de ontvangststaat is niet meer zijn verantwoordelijkheid.[73]

Naast deze supranationale taak- en verantwoordelijkheidsverdeling is ook een minimumharmonisatie van de toe te passen toetsmomenten en toetsmaatstaven vereist. Hoewel de omvang van de harmoniserende maatregelen die zich richten tot de aangezochte partij, vrij beperkt kan en moet blijven, zijn deze op een drietal punten toch nodig. Het gaat allereerst om het feit dat de uitvoering van het verzoek moet blijven binnen de grens van het transnationale ambtsgeheim en specialiteitsbeginsel. Dat punt laat ik verder rusten. Ten tweede moet een rechtsingang *after the fact* voor handelingen van de eerste categorie worden geboden. Ten derde verdient het *nemo-tenetur*beginsel, mede in relatie tot de zogenaamde gemengde vragen, nadere maatregelen.

72 Daarover de criteria verwoord in de vorige paragraaf.
73 Daarover de volgende paragraaf.

BEANTWOORDING VAN DE PROBLEEMSTELLING EN AANBEVELINGEN

Ten aanzien van het toetsmoment en de daaraan gekoppelde procedurele rechtsbescherming *after the fact* dient een rechtsingang in de aangezochte staat te worden gecreëerd voor handelingen die vallen onder de eerste categorie. Bij uitstek is dit een materie die zich leent voor supranationale normering om de negatieve gevolgen van de systeembreuk ongedaan te maken. Nationaal recht, bijvoorbeeld in de vorm van aanvullende rechtsmiddelen, moet daarom wijken (volledige harmonisatie). Laat men dit probleem aan de afzonderlijke lidstaten, dan kan het gevolg een hiaat in de rechtsbescherming zijn (of juist overprotectie).[74] Het ligt voor de hand dat de toets en bescherming plaatshebben aan het einde van de procedure in de aangezochte staat. Immers, in de verzoekende staat vond al een rechterlijke machtigingsprocedure plaats, zodat een keuze voor het *Zürcher* model dubbelop zou zijn.[75] Daarmee pleit ik ten aanzien van de eerste categorie handelingen voor een appellabele eindbeschikking of het *Geneefse* model. Dat betekent dat in dergelijke gevallen voor de betrokkenen niet alleen de vergaring van de gegevens kan worden aangevochten, maar ook de beslissing tot inwilliging van het verzoek en de verstrekking van de gegevens.

> De vraag kan worden gesteld of rechtsbescherming, zelfs voor handelingen van de eerste categorie überhaupt moet openstaan. Ik bepleitte ten aanzien van handelingen van de eerste categorie ook al een preventieve rechterlijke toets in de verzoekende staat. Is rechtsbescherming dan niet dubbelop? Ik meen van niet, in ieder geval niet voor zover het gaat om handelingen die vallen onder de eerste categorie. Dat heeft niet alleen te maken met het feit dat een voorafgaande rechterlijke machtiging nog niets zegt over de daarop volgende uitvoering van het verzoek, maar ook met het feit dat er in de aangezochte staat, naast het vergaren van de gegevens, ook een beslissing over de uitvoering van het verzoek moet worden genomen. Het kan ook worden afgeleid uit de hierboven bepleite verantwoordelijkheid voor grondrechtinbreuken die op het grondgebied van de aangezochte staat plaatsvinden: art. 8 j° 13 EVRM.
>
> Zoals ik al aan het begin van deze paragraaf verwoordde, mag de rechter overigens in de aangezochte staat in beginsel afgaan op de juistheid en volledigheid van de rechterlijke toets in de verzoekende staat. Alleen bij evidente schendingen of geadstrueerde verweren van betrokkenen, past verdergaand onderzoek.[76]

De vraag is wie in een dergelijke procedure partij kunnen zijn. Ik meen dat deze alleen zou moeten openstaan voor personen die rechtstreeks bij de onderzoekshandelingen van de eerste categorie zijn betrokken, ongeacht hun positie in de procedure in de verzoekende staat/*forum*staat. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan personen of bedrijven wier woon- of bedrijfsruimten werden doorzocht, aan personen wier telefoon werd getapt en aan personen die aan dit telefoonverkeer deelnamen. Alleen deze personen komt een rechtsmiddel toe. Personen die niet zelf

74 Vgl. hoofdstuk 6.4.1.4.
75 Hoofdstuk 6.4.1.4.
76 Vgl. Van Hoek & Luchtman (2005).

door de maatregelen worden geraakt, maar over wie door de maatregelen gegevens worden verkregen, komt (nog)[77] geen rechtsmiddel toe.

> Een heikel punt is of ook bankcliënten over wie gegevens worden opgevraagd, maar die niet direct door bijvoorbeeld het onderzoek ten kantore van hun bank worden getroffen, rechtsbescherming zouden moeten kunnen inroepen. Inderdaad kan op goede gronden worden betoogd dat ook hun belangen zijn geraakt. Hun persoonsgegevens zijn immers in het geding. Toch wil ik die weg niet volgen en enkel aanknopen bij de personen die door de onderzoekshandelingen zelf – dus door het vergaren van de gegevens – worden geraakt. Het daarop volgende gebruik van de gegevens is een zaak die de bankcliënten zeer waarschijnlijk directer zal raken. Zijn ze al partij in de procedure ten gronde, dan krijgen ze daar bescherming; zijn ze daar geen partij, maar worden ze dat later, dan staat een apart rechtsmiddel open (zie onder). Bankcliënten die ten slotte nooit partij zullen worden, resteert een beroep op de regelgeving betreffende de bescherming van persoonsgegevens. Ze kunnen bijvoorbeeld inzage en correctie van de gegevens vorderen, evenals wellicht de vernietiging van de gegevens als hun opslag niet meer nodig blijkt.

Of het voorgaande ook zou moeten worden bepleit voor onderzoekshandelingen van de tweede en derde categorie, betwijfel ik. Ik vrees dat dit de snelheid van het interstatelijke bewijsverkeer danig zal hinderen. Supranationaal ingrijpen vind ik daarom niet op zijn plaats. Echter, ook hier wil ik het uitgangspunt hanteren dat daar waar in afzonderlijke landen rechtsbescherming in de innerstatelijke context openstaat, deze ook moet openstaan in de interstatelijke context. Appellabele besluiten tot het vergaren in de innerstatelijke context zijn dan ook appellabel in de interstatelijke context. Staten kunnen naar mijn mening niet worden verplicht hun niveau van grondrechtenbescherming neerwaarts bij te stellen. Landen met een *Rechtsweggarantie*, zoals Duitsland, moeten deze ook in een transnationale context kunnen waarmaken. Zo wordt een systeembreuk voorkomen, doordat in ieder geval de toetsmaatstaven en vooral toetsmomenten van één staat volledig toepassing vinden en wel van de staat die verantwoordelijk is voor de grondrechtsinbreuk.[78]

Ook ten aanzien van het *nemo-tenetur*beginsel zijn minimumnormen nodig. Op basis van de huidige én de door mij bepleite praktijk heeft de verzoekende autoriteit een behoorlijke keuzevrijheid ten aanzien van de middelen die zij toegepast wil zien bij de uitvoering van een verzoek. Die keuzevrijheid beperkte ik hierboven al door voor te schrijven dat een verdachte, ongeacht zijn andere hoedanigheden (bijvoorbeeld belastingplichtige), altijd als verdachte moet worden benaderd.[79] Dat is echter niet afdoende. De systeembreuk kan ook de werking van het *nemo-tenetur*beginsel aantasten. Over weinig zaken bestaat vermoedelijk zoveel onduidelijkheid als over

77 Daarover de volgende paragraaf.

78 Bij punitieve doeleinden zijn de toetsmaatstaven ten dele geharmoniseerd; zie boven. Bij handelingen van de eerste categorie daarenboven zijn de toetsmomenten geünificeerd.

79 *Supra* paragraaf 7.2.2.

de precieze achtergronden, uitleg en werking van dit beginsel.[80] Duidelijkheid in de vorm van supranationale regels is nodig. Anders dan bij de voorgaande normen over de procedurele rechtsbescherming in de aangezochte staat bij handelingen van de eerste categorie, gaat het om minimumnormen (minimumharmonisatie). Verdergaand nationaal recht is toelaatbaar. Staten hoeven hun niveau van grondrechtenbescherming niet neerwaarts bij te stellen.

> Bij de uitleg van het *nemo-tenetur*beginsel kan aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie van het EHRM en het Hof van Justitie. Beide hoven zijn echter niet zonneklaar in de definiëring van de omvang van het beginsel en lijken elkaar soms tegen te spreken. Vanaf wanneer geldt het beginsel? Wat is zijn omvang? Wat gebeurt er met gegevens die onder dwang werden vergaard in andere, voorheen of parallel lopende, procedures? Anders dan het EHRM lijkt het Hof van Justitie mondelinge inlichtingen niet zonder meer onder het beginsel te vatten. Het maakte uit dat een zwijgrecht alleen geldt met betrekking tot vragen waarop het antwoord het bestaan van een inbreuk op het mededingingsgrecht zou erkennen, terwijl de bewijslast daarvoor op de commissie rust. Overige vragen van feitelijke aard moeten worden beantwoord.[81] Die beperking legt het EHRM niet aan.
>
> Onduidelijk is ook nog of de reikwijdte van het beginsel zo ver strekt dat het alleen ziet op die (punitief te bestraffen) feiten die onder de taakopdracht van de onderzoek voerende autoriteit vallen of op ieder feit. We zouden het eerste kunnen betogen, omdat het ambtsgeheim hier als waarborg dienen kan. Echter, dat is alleen in Duitsland feitelijk het geval (§ 30 en 393 II AO). In Nederland werken OM en fiscus soms zo nauw samen dat het ambtsgeheim eigenlijk geen bescherming biedt. Een dergelijke oplossing – een algemeen zwijgrecht – zou dus kunnen worden verdedigd. Alleen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie is hiervoor aandacht. Het hof brengt gebruiksbeperkingen aan, doordat het bepaalde dat (in mededingingszaken) onder dwang verstrekt materiaal dat door de commissie werd verkregen en vervolgens verstrekt aan een andere instantie, in het kader van punitieve sanctieprocedures door de laatste niet mag worden gebruikt in het vooronderzoek of als bewijs. Hoogstens is het geschikt voor intern gebruik om te beslissen of een onderzoek moet worden geopend ('startinformatie').[82]

Bij gebreke van duidelijkheid, doe ik zelf enige voorstellen. Ik maak in het onderstaande een onderscheid tussen de positie van de verdachte, van de betrokkene

---

80 Vgl. Stevens (2005), die het als containerbegrip aanduidt.

81 Vgl. HvJ EG 18 oktober 1989, zaak 374/87, Jur. 1989, p. 3283 (*Orkem*); zie ook GvEA 20 februari 2001, zaak T-112/98, Jur 2001, p. II-00729 (*Mannesmannröhren-Werke AG*) en onlangs nog A-G Geelhoed in zijn conclusie van 19 januari 2006 in zaak C-301/04 (*Commissie/ SGL Carbon*).

82 HvJ EG 10 november 1993, zaak C-60/92, Jur. 1993, p. I-05683 (*Otto/Postbank*) en vooral GvEA 20 februari 2001, zaak T-112/98, Jur. 2001, p. II-00729 (*Mannesmannröhren-Werke AG*). Hetzelfde geldt wanneer nationale (mededingings)autoriteiten dergelijke gegevens aan de commissie verstrekken.

(belastingplichtige en/of onder toezicht gestelde) en die van de derde. In het bovenstaande betoonde ik me er een voorstander van de *verdachte* altijd als verdachte te benaderen. Dat betekent dat hem vanaf het moment van een redelijke verdenking, zoals gedefinieerd in de vorige paragraaf, een zwijgrecht toekomt en dat medewerkingsplichten jegens hem niet meer kunnen worden afgedwongen.[83] De verzoekende autoriteit geeft daarom aan in welke hoedanigheid een betrokken persoon moet worden benaderd. Deze transparantie is essentieel om het *nemo-tenetur*beginsel te waarborgen. Is de *betrokkene* nog geen verdachte of rijst een redelijk vermoeden pas gaande de uitvoering van het verzoek, dan moet – in het laatste geval – alsnog de cautie worden gegeven en kunnen – in beide gevallen – de verstrekte inlichtingen niet als bewijs worden gebruikt voor de punitieve sanctie. Wel zouden dergelijke verklaringen kunnen worden gebruikt als startinformatie voor nader onderzoek. Voor *derden* geldt ten slotte dat zij tot medewerking zijn verplicht. De vraag rijst echter wat er gebeuren moet, wanneer deze persoon vreest door het afleggen van een verklaring een verdenking op zich te laden. Het zou bijvoorbeeld kunnen blijken dat ook hij bij de fiscale of financiële fraude is betrokken. Moet hij dan meewerken of komt hem een verschoningsrecht toe? Ik meen dat hij tot medewerking verplicht is.[84] Immers, is hij feitelijk al verdachte, dan moet hij als zodanig worden gehoord. Is hij echter nog geen verdachte, dan kan er worden gewerkt met een bewijsuitsluitingsgrond.

7.2.4 Het perspectief van de *forum*staat

Wat is de rol van de *forum*staat in het geheel? Zijn er harmoniserende maatregelen nodig die hem raken? Hoe worden zijn taken gedefinieerd? Welk recht past hij toe? Uit de landenrapporten en rechtsvergelijking kwam naar voren dat men soms de verantwoordelijkheden van de *forum*staat nogal beperkt opvat. De interstatelijke vertrouwensregel, nationaal bewijsrecht (in het bijzonder de *Schutznorm*), en mogelijke verwijzingen naar rechtsmiddelen in andere staten (*local remedies*) werken belemmerend en zorgen ervoor dat geen van de samenwerkende autoriteiten volledig zicht heeft over de procedure in zijn geheel en – voor dit onderzoek van groot belang – het geheel van procedures. Veel staten blijken de mening toegedaan dat de zorg voor de eerlijkheid van het proces hen alleen raakt voor handelingen waarover ze zelf zeggenschap hadden.[85]

De huidige praktijk moet mijns inziens op de schop. Daarvoor is allereerst nodig dat de taken van de *forum*staat worden geherdefinieerd op supranationaal niveau en dat hierop supranationale controle kan worden uitgeoefend (paragraaf 2.2.5). Als gezien is in het hier verdedigde model de aangezochte staat enkel, maar volledig verantwoordelijk voor de handelingen die op zijn grondgebied plaatsvinden en voor de daarop volgende verstrekking van de gegevens aan de verzoekende staat, vaak

83 In die zin versta ik ook Fokkens & Spek (2005); Wattel in zijn conclusie bij HR 27 februari 2004, BNB 2004, 225; Trechsel (2005); Koopman (2002).

84 Nationaal recht kan echter verdergaande bescherming bieden.

85 Vgl. De Smet (1999), p. 148-149.

tevens de *forum*staat (paragraaf 2.2.3). Op de *forum*staat rust de verantwoordelijkheid voor het waarborgen van de eerlijkheid van de *procedure als geheel*, het verdere gebruik en de verstrekking van de ontvangen gegevens, evenals de controle op het *geheel van procedures*.[86] Het gaat bij transnationale bewijsgaring dus primair om de artikelen 6 en 8 EVRM.[87] Dat betekent in het bijzonder dat als de rechtmatigheid of betrouwbaarheid van een maatregel of daaruit verkregen materiaal wordt aangevochten, hierop een antwoord past. Dat hoort immers tot de kernnoties van een eerlijk proces, gebaseerd op de beginselen van *equality of arms* en een adversaire procesvoering.[88]

> In het voorgaande heb ik me er geen voorstander van getoond de *locus*regel te vervangen door de regel *forum regit actum*.[89] Toch wordt vooral de *forum*regel gezien als een effectief instrument om de eerlijkheid van het proces in een zo vroeg mogelijk stadium te waarborgen.[90] De achterliggende gedachte van de *forum*regel is dat het latere gebruik als bewijs wordt vergemakkelijkt. Daarbij gaat men echter niet zo ver dat ook de rechtsbasis voor grondrechtsinbreuken kan worden gevonden in vreemd recht, zoals dit bijvoorbeeld gebeurt in Zwitserland.[91]
>
> Waarom dan mijn keuze voor *locus*regel? Toepassing van de procedures van de verzoekende partij/*forum*staat leidt mijns inziens sneller tot een onderlinge vermenging van taken en bevoegdheden van beide partijen. Ik meen dat hierdoor de gevolgen van een systeembreuk eerder worden vergroot, dan dat ze erdoor worden verkleind.[92] Dat is in het bijzonder problematisch voor niet in de procedure in de verzoekende staat betrokken *derden*. Bij een wederzijds bewijsverkeer zijn immers niet alleen de belangen van verdachten, c.q. belastingplichtigen of onder toezicht gestelden in het geding. Daarbij komt nog dat de wens om te voldoen aan formele vereisten om de bewijskracht (in strafzaken) in de *forum*staat te verhogen, over het hoofd ziet dat er nog vele andere wijzen zijn waarop gegevens kunnen worden gebruikt. Gebruik is ook mogelijk als startinformatie, als basis voor verder onderzoek, als *intelligence*, voor de belastingheffing, waar vaak een vrije bewijsleer geldt, et cetera. Een later gebruik als bewijs in een strafzaak is dus belangrijk, maar niet allesbepalend. Net zo belangrijk is afzonderlijke aandacht voor en controle op de voorafgaande fase – de feitelijke vergaring van de gegevens.
>
> Overigens leidt ook een heel strikte toepassing van de *locus*regel snel tot problemen, bijvoorbeeld wanneer het recht van de aangezochte staat het niet zou

86 Bij dat laatste past overigens de kanttekening die ik aan het einde van paragraaf 7.2.1 maakte.
87 Primair, want ook andere verdragsartikelen, bijvoorbeeld art. 5 EVRM, of zelfs de artt. 2 en 3 kunnen worden ingeroepen. Voor dit onderzoek zijn deze minder interessant.
88 Vgl. Baaijens-van Geloven (2004), p. 415; Van Hoek & Luchtman (2005).
89 Het principe is ook neergelegd in het hierboven besproken *Alternativentwurf*, *supra* noot 35.
90 Vgl. COM (2003) 688, p. 15-16. Over de *forum*regel ook: Klip (1994); De Smet (1999); Vermeulen (1999); Böse (2002); Gleß (2003); Baaijens-van Geloven (2004).
91 Hoofdstuk 5.4.2.3, onder B; idem, Wettner (2005), p. 160 e.v.
92 Nog even afgezien van de vraag in hoeverre de procedures – procedurele bouwstenen – kunnen worden geïsoleerd van de overige – materiële en personele – bouwstenen van een bevoegdheid; zie boven.

> toestaan dat de verdediging bij een verhoor aanwezig is.[93] Naar mijn smaak verzet het voorgaande zich er niet tegen dat de verdediging bij dergelijke verhoren aanwezig is, integendeel. Niets staat eraan in de weg dat waar mogelijk rekening wordt gehouden met buitenlandse procedures en vormvereisten. De laatste beogen immers niet alleen grondrechten te beschermen, maar bijvoorbeeld ook de kwaliteit van de waarheidsvinding.[94] Ik heb hier enkel willen benadrukken dat wanneer grondrechtsinbreuken aan de orde zijn, de rechtsbasis daarvoor moet worden gezocht in het recht van de aangezochte staat zelf en dat er in dergelijke gevallen voor moet worden gewaakt een onderscheid te maken tussen de verschillende bouwstenen van dergelijke bevoegdheden. Het hier betoogde moet dan ook niet worden opgevat als een pleidooi voor 'juridisch chauvinisme', integendeel.[95] Met een beroep op recente ontwikkelingen in de derde pijler kan mijns inziens zelfs worden betoogd dat de staten verplicht zijn, in het kader van de totstandbrenging van een Europese rechtsruimte, elkaar zo veel mogelijk ter wille te zijn.[96]

In de lijn van het voorgaande ligt dat het leeuwendeel van de toetsing plaats zal hebben in de procedure ten gronde: het primaat behoort in laatste instantie bij de zittingsrechter in de *forum*staat. Ook dit aspect verdient omwille van de rechtszekerheid vastlegging op supranationaal niveau. De zittingsrechter heeft in deze een eigen taak en verantwoordelijkheid. Immers, waar een rechtsmiddel in de aangezochte staat primair zal zijn gericht op het bieden van een rechtsmiddel voor inbreuken op 'privationele' grondrechten, gaat het in de *forum*staat in de procedure ten gronde om de waarborging van art. 6 EVRM en gerelateerde grondrechten. Dat is een wezenlijk andere toets.[97] Bovendien kan zo worden gewaarborgd dat in ieder geval voor dit forum(de eerlijkheid van) het proces als geheel aan de orde kan worden gesteld.[98]

> Hieruit volgt ook dat de zittingsrechter zich, anders dan de tendens in het uitleveringsrecht, niet kan verschuilen achter rechtsmiddelen in de aangezochte staat. Dat geldt niet alleen in de situatie waarin de rechtmatigheid daar al werd beoordeeld, maar ook in het geval dat een openstaand rechtsmiddel niet werd benut. Naar mijn mening moet de zittingsrechter de vrijheid hebben om van het oordeel van de rechter in de aangezochte staat af te wijken. Dat betekent niet dat hij al het onderzoek over hoeft te doen. Daarvoor lijkt alleen aanleiding als er aanwijzingen zijn van fouten in de rechterlijke toets in de aangezochte staat of als er nieuwe feiten bekend worden die een ander licht op de rechtmatigheid van

93 Vgl. De Smet (1999), p. 148-149; Stessens (1997), p. 461 e.v.
94 Baaijens-van Geloven (2004), p. 345.
95 Vgl. Stessens (1997), p. 467.
96 Vgl. HvJ 16 juni 2005, zaak C-105/03 (*Maria Pupino*).
97 Vgl. EHRM 12 mei 2000, no. 35394/97, Reports 2000-V; NJ 2002, 180 (*Khan*): de onrechtmatigheid van een bepaalde handeling onder art. 8 EVRM maakt een proces nog niet oneerlijk. Het omgekeerde geldt dan mijns inziens ook: de (vermeende) rechtmatigheid van een handeling kan in een proces nog steeds vragen oproepen over de bruikbaarheid van het materiaal.
98 Idem, Vervaele & Klip (2002), p. 291.

> de handelingen werpen. Dat laatste is niet onwaarschijnlijk: op de zitting komen immers alle beperkingen op de interne openbaarheid die in het vooronderzoek gelden te vervallen.
>
> Het primaat van de zittingsrechter ligt overigens ook impliciet besloten in het EBB. In art. 19, lid 2, wordt immers voorgeschreven dat de inhoudelijke aspecten van de zaak moeten worden aangevochten in de uitvaardigende staat. Ook in de context van het Nederlandse strafproces komt de verhouding tussen rechterlijke toetsing in het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting aan de orde in het onderzoeksproject Strafvordering 2001.[99] Een aparte toets van de rechtmatigheid van de vergaring van het bewijsmateriaal buiten het onderzoek ter zitting wordt daar afgewezen op goede gronden: het primaat hoort bij de zittingsrechter. Toch denk ik dat die gronden niet onverkort 'transnationaal' kunnen worden toegepast. Daaraan staat allereerst in de weg dat er in sommige landen een *Rechtsweggarantie* geldt, die tot het bieden van een rechtsingang dwingt. Daaraan wil ik niet tornen, zeker niet als het gaat om derden bij wie de gegevens worden vergaard. 'Samenloop' van rechterlijke toetsing is dus niet altijd te voorkomen. Bovendien moet nog – zo bleek hierboven al vele malen – vast komen te staan dat het inderdaad tot een procedure komt.

Het gevolg van het voorgaande moet zijn dat voor een terughoudende toetsing, voortvloeiend uit interstatelijk vertrouwen, geen reden is, te minder nu in de aangezochte staat niet de eerlijkheid van het proces is getoetst, maar de rechtmatigheid van een concrete onderzoeksmaatregel. De rechter in de *forum*staat moet daarom over alle relevante informatie kunnen beschikken om te reageren op (onderbouwde) verweren die de betrouwbaarheid van het materiaal of de rechtmatigheid van de vergaring, c.q. verstrekking in twijfel trekken.[100]

> Om deze rechterlijke controle mogelijk te maken moet te allen tijde duidelijk zijn waar de gegevens die in het proces worden gebruikt, vandaan komen. Daarbij ligt het voor de hand dat de andere EU-staten de *forum*staat ondersteunen en waar nodig bijdragen aan dit onderzoek. Aanvullende gegevens kunnen nodig zijn, getuigen moeten mogelijk worden gehoord, et cetera. Wordt die medewerking niet verkregen en kan bijgevolg de betrouwbaarheid van het materiaal niet worden vastgesteld, dan moet de consequentie zijn dat het niet mag worden gebruikt als bewijs, ook al heeft de *forum*staat alles in het werk gesteld om het materiaal te verkrijgen.[101] Ook dit wordt gebaseerd op het beginsel van gemeenschaps-, c.q. unietrouw.[102]

---

99 Baaijens-van Geloven (2004), p. 415-416.

100 Vgl. Kamerstukken II 2001/02, 22 112, nr 237, p. 12; Baaijens-van Geloven (2004), p. 416; Van Hoek & Luchtman (2005).

101 Dat gebeurt momenteel niet altijd. Een voorbeeld daarvan levert Hoge Raad 31 januari 2006, LJN AU3446, nr. 00137/05, waarin een Nederlands hof de nodige moeite deed om buitenlandse getuigen te horen, maar, toen dat niet mogelijk bleek, de betwiste getuigenverklaringen alsnog gebruikte. De Hoge Raad deed de hiertegen gerichte klacht af met art. 81 RO.

102 Vgl. *supra* noot 64; Jans e.a. (2002), p. 291-292.

Is er, naast de vastlegging van de verantwoordelijkheden van de *forum*staat op supranationaal niveau en de controle daarop door het Hof van Justitie, daarenboven nog behoefte aan harmoniserende maatregelen? Ik meen van wel. Deze maatregelen hebben betrekking op de totstandbrenging van een nieuw rechtsmiddel (*toetsmoment*) en op waarborgen over het gebruik en de verstrekking van de ontvangen gegevens (*toetsmaatstaven*: ambtsgeheim, specialiteit en de bescherming van het *nemo-tenetur*beginsel). Immers, waar de verstrekkende staat de zorg voor het gebruik van de door hem verstrekte gegevens wordt ontnomen, past het bieden van zekerheid over het verdere gebruik ervan.

Waarom is een nieuw rechtsmiddel nodig? Het vindt zijn rechtvaardiging in het houden van controle op het geheel van procedures. Dat is primair een taak van de *forum*staat. Voor dit aspect van de verantwoordelijkheden van de *forum*staat bestaat momenteel te weinig aandacht. Het wint aan gewicht, wanneer men, zoals ik hier voorstel, gelijktijdig de invloed van de aangezochte/verstrekkende staat op het gebruik en de verstrekking van de gegevens sterk wil reduceren. De achterliggende gedachte daarvan is dat de verstrekkende staat in een slechte positie verkeert om greep te houden op het geheel van procedures. Deze moet zich slechts hoeven bekommeren om het verrichten van de zo concreet mogelijk geformuleerde handelingen die van hem worden verlangd. Intussen blijkt echter de controle op situaties van transnationale sfeercumulatie ook in de *forum*staat niet altijd van de grond te komen. Niet betrokken derden zijn daar geen partij in de procedure, terwijl procespartijen kunnen worden geconfronteerd met een beroep op de *Schutznorm*.[103] Ik meen dat de oplossing hiervoor niet moet worden gezocht in ingrepen in het nationale straf- of bestuursprocesrecht, bijvoorbeeld in het terugdringen van de *Schutznorm*, maar in het creëren van een nieuw rechtsmiddel.

Meer concreet is dit rechtsmiddel aan de orde wanneer de autoriteit die de gegevens heeft ontvangen, deze gegevens voor een ander doel wil gebruiken, danwel deze voor een ander doel aan een derde wil verstrekken én hierdoor de feitelijke procespositie van de betrokken persoon verandert. Het gaat hierbij om cumulatieve voorwaarden om de werkingssfeer van dit rechtsmiddel niet oeverloos te laten uitdijen. Ook dit rechtsmiddel moet uniewijd op dezelfde wijze worden toegepast; ermee strijdig nationaal recht moet wijken (volledige *harmonisatie*).

> Bij dit alles is het van groot belang te weten wat onder *doelafwending* wordt verstaan. Het ligt voor de hand daarbij aan te knopen bij de algemene doelomschrijvingen uit het voorgaande. Ik onderscheidde enerzijds punitieve doeleinden vs. niet-punitieve doeleinden (uitvoering, controle en reparatoire sanctionering) en anderzijds 'fiscale' en 'financiële' doeleinden.[104] Dat onderscheid wil ik hier aanhouden. Van doelafwending is sprake als één van deze (of beide) doeleinden veranderen, bijvoorbeeld als de gegevens eerst werden gebruikt voor uitvoe-

103 Hoofdstuk 6.4.2.3.

104 Binnen de fiscale rechtshandhaving zou een verder onderscheid kunnen worden gemaakt naar type belasting. Daar zie ik verder van af. Een soortgelijke exercitie kan worden verricht voor het financiële toezicht, maar ook daar zie ik van af.

rings-, controle of reparatoire sanctiedoeleinden en vervolgens voor punitieve doeleinden of omgekeerd. Ook is sprake van doelafwending als 'fiscale' gegevens nadien voor andere feiten worden gebruikt, bijvoorbeeld commune strafbare feiten of 'financiële' doeleinden. Van doelafwending is echter *geen* sprake als de informatie eerst in een bestuurlijk punitief sanctietraject wordt gebruikt en nadien in een strafvorderlijk (mits men overigens blijft binnen het 'fiscale', danwel het 'financiële').

Het gaat om een op tegenspraak gebaseerde rechterlijke procedure, die het sluitstuk vormt van een regeling die dwingt tot een zo hoog mogelijke transparantie vooraf.[105] Daarbij kan nationaal bestuursprocesrecht worden toegepast om de uitoefening van partijrechten te garanderen. De procedure staat open wanneer in de aangezochte staat handelingen zijn verricht, die vallen onder de eerste twee categorieën; kortom in situaties, waarin de verlangde gegevens nog moeten worden *vergaard*.[106] In deze procedure wordt een rechtmatigheidstoets aangelegd, waarbij niet de rechtmatigheid van de *vergaring* van de gegevens wordt beoordeeld, maar het daaropvolgende *gebruik* en de *verstrekking* van die gegevens.[107] Het doel van dit alles is het mogelijk maken van controle op procedurewissels en – secundair – het bieden van een rechtsingang aan de betrokken personen. Onder dwang verkregen (mondelinge) gegevens kunnen in deze procedure uit het dossier worden gefilterd, wanneer de doelafwending resulteert in het nastreven van een punitief doel en het *nemo-tenetur*beginsel voordien niet in acht was genomen. Ook zal in deze procedure moeten worden beoordeeld of er andere gebruiksbeperkingen zijn.

Het hier bepleite rechtsmiddel beoogt primair controle op procedurewissels mogelijk te maken en in voorkomend geval een filterfunctie te vervullen. Met toepassing van dat filter kunnen sommige gegevens niet meer worden gebruikt in de daaropvolgende procedure – noch door de betrokken autoriteit, noch door de rechter. Dat doet denken aan de discussie die, vooral in het strafproces, speelt over de controle op onrechtmatig overheidshandelen. De laatste tijd is een ontwikkeling te signaleren, in ieder geval in Nederland, waarin de rechter zich meer en meer richt op 'testing the evidence in a fair trial' en niet zozeer meer op 'policing the police'. De zittingsrechter is geen 'totaalbewaker' van de opsporing.[108] In het licht hiervan is wel controle op het opsporingshandelingen bepleit

105 Mogelijk zou hiermee dezelfde rechter kunnen worden belast als de rechter die zorg draagt voor de preventieve toets, die werd omschreven in paragraaf 7.2.2.

106 Vooral wanneer de gegevens moeten worden vergaard doet zich het probleem voor dat de posities van de betrokkenen (verdachte, belastingplichtige, derde, etc) kunnen wijzigen en dat de verzoekende autoriteiten kunnen trachten een en ander te manipuleren. Voor de derde categorie, de uitwisseling van al bestaande gegevens, volstaan de regels op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens.

107 Voor de goede orde, de rechtmatigheid van de gegevensvergaring kan worden aangevochten via (deels supranationaal voorgeschreven) rechtsmiddelen in de aangezochte staat en/of in de procedure ten gronde (primaat van de zittingsrechter).

108 Aldus de onderzoekers van het project Strafvordering 2001, vgl. onder meer Baaijens-van Geloven (2004), p. 379-380.

door het instellen van een aparte rechterlijke toets buiten het onderzoek ter zitting. Die oplossing wordt echter vrij algemeen verworpen. Ik onderschrijf het aan die verwerping ten grondslag liggende uitgangspunt dat de zittingsrechter juist kennis moet kunnen nemen van al het voorhanden zijnde materiaal, ook het materiaal dat onrechtmatig werd verkregen. Op het eerste gezicht strookt dat niet direct met het hier bepleite rechtsmiddel. Een en ander kan worden verklaard uit het feit dat het onderhavige rechtsmiddel nu juist niet onderdeel uitmaakt van één bepaalde procedure, maar integendeel overgangen tussen meerdere procedures in goede banen beoogt te leiden. Wat toelaatbaar is voor het ene doel, is dat immers nog niet voor het andere.[109] Dit gegeven het rechtvaardigt het bestaan van dit rechtsmiddel.

Welke criteria past de rechter toe? Op supranationaal niveau dient te worden vastgelegd dat de rechter voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het verdere gebruik en de verdere verstrekking van de uit het buitenland verkregen gegevens acht moet slaan op:

a. De inachtneming van de regels inzake de bescherming van persoonsgegevens en het supranationale ambtsgeheim en specialiteitsbeginsel.
b. Het doel van het nieuwe onderzoek: onder dwang verstrekte (mondelinge) gegevens mogen niet anders worden gebruikt voor punitieve doeleinden dan als startinformatie.
c. Gebruiksbeperkingen die door de verstrekkende staat zijn aangegeven en die ook gelden in het innerstatelijke recht van deze staat. Met deze voorwaarde wordt recht gedaan aan het feit dat gebruiksbeperkingen een functionele bouwsteen zijn van onderzoeksbevoegdheden en ook in transnationale situaties bescherming nodig hebben.[110] Zo wordt een systeembreuk voorkomen en gegarandeerd dat in ieder geval de normen van de staat die verantwoordelijk is voor de vergaring van de gegevens, volledig worden nageleefd. Een systeembreuk mag zich niet alleen niet voordoen bij het vergaren van het materiaal, maar ook niet bij het verdere gebruik of de verstrekking ervan. De doelmatigheid van het gebruik en de verstrekking staat niet ter beoordeling.
d. Echter, essentieel is dat deze rechter daarenboven ook een marginale misbruiktoets aanleggen kan.[111] Hij moet in staat zijn om te beoordelen of een autoriteit niet uit pure doelmatigheidsoverwegingen en willekeurig tussen procedures wisselt en om daaraan consequenties te verbinden. Dat kan ertoe leiden dat de

109 Uit het filteren van dergelijke gegevens uit het dossier hoeft niet noodzakelijk voort te vloeien dat ook een latere zittingsrechter van dat materiaal geen kennis meer mag nemen. Dat kan nodig zijn om controle mogelijk te maken. Het onderhavige rechtsmiddel beoogt primair te bereiken dat op het gefilterde materiaal niet direct onderzoekshandelingen door de onderzoekende autoriteiten worden gebaseerd of dat dit materiaal wordt gebruikt als bewijs. Het materiaal kan dus wel worden gebruikt als startinformatie voor onderzoek.

110 Hoofdstuk 6.4.2.2.

111 Vgl. bijvoorbeeld Art. 80i van de Zwitserse IRSG: '1 Mit Beschwerde kann gerügt werden: a. die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich *Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens* [cursief ML]; b. die unzulässige oder offensichtlich unrichtige Anwendung ausländischen Rechts in den Fällen nach Artikel 65.(…)'

gegevens inderdaad niet mogen worden verstrekt of voor andere doeleinden mogen worden gebruikt.

Het gaat dus om een mix van supranationale (*harmonisatie*, nl. de voorwaarden onder a, b en d) en nationale elementen (de voorwaarde onder c).

De voorwaarde onder c heeft enige uitleg nodig. Ze legt vast welk recht er in de *forum*staat moet worden toegepast. Sommigen zullen deze toets te ruim vinden en ook mogelijke gebruiksbeperkingen van de *forum*staat toegepast willen zien, anderen zullen menen dat ze juist te beperkend is. In antwoord op het laatste stel ik dat, gezien de in deze aanbevelingen gemaakte keuze voor de enkele, maar volledige verantwoordelijkheid van de aangezochte staat voor grondrechtsinbreuken op zijn grondgebied, het voor de hand ligt dat ook gebruiksbeperkingen van dat recht in acht worden genomen om aldus een systeembreuk te voorkomen. Vandaar ook mijn keuze voor de beperkingen van de aangezochte staat in plaats van die van de *forum*staat. De gebruiksbeperkingen van de *forum*staat hoeven echter niet in acht te worden genomen. Inderdaad zou dit hebben gezorgd voor een optimale, cumulatieve bescherming, maar anderzijds zou deze meen ik ook te beschermend zijn geweest, zeker wanneer er meerdere landen bij de samenwerking betrokken zijn.[112]

De marginale toets onder d is ook een omstreden punt, omdat al snel het verwijt kan worden gemaakt dat de rechter op de stoel van het bestuur plaatsneemt. Ik meen echter dat hij een essentieel tegenwicht is voor de grote concentratie aan verschillende taken en daaraan gekoppelde bevoegdheden die we vaak binnen een dienst – of meerdere nauw samenwerkende diensten – aantreffen. Die keuzevrijheid wordt in een transnationale context alleen maar groter, zeker in het door mij voorgestane model. In die gevallen moet het bestuur verantwoording afleggen. Dat gebeurt bij voorkeur vooraf – dus bij de vergaring van de gegevens – doordat in het verzoek alle kaarten op tafel worden gelegd (paragraaf 7.2.2), maar als dat niet anders kan ook bij doelafwending door middel van de hier bepleite procedure. Worden de gegevens buiten deze procedure om toch gebruikt voor andere doeleinden, dan moet dit zonder meer tot bewijsuitsluiting, alsmede ieder ander gebruik van deze gegevens leiden wegens *détournement de procédure*.

Partij in de procedure zijn ten slotte de betrokken autoriteit(en) en de persoon van wie de hoedanigheid verandert.[113] Dat zal in sommige gevallen dezelfde persoon zijn als degene tegen wie al een procedure loopt. Deze heeft dan al een forum, namelijk de procedure ten gronde. In zoverre zou een extra rechtsmiddel kunnen leiden tot dubbel werk. De zittingsrechter kan in dat geval de zojuist verwoorde criteria

112 Daarbij moet niet worden vergeten dat ook bij de *vergaring* van de gegevens al harmoniserende en coördinerende maatregelen zijn getroffen. Zo mag de verzoeker niet vragen wat hij zelf niet mag en moet de aangezochte partij functionele beperkingen aan bevoegdheid ook toepassen in een transnationale context.

113 De vraag is overigens opnieuw of dit rechtsmiddel moet openstaan voor personen over wie reeds voorhanden zijnde gegevens werden uitgewisseld. Ik heb daarvan afgezien.

toepassen. Hoofdzakelijk om deze bracht ik de beperking aan dat wanneer bij *doelafwending* de procespositie van de betrokkene niet wijzigt (hij was al verdachte, belastingplichtige of onder toezicht gestelde en hij blijft dat ook), hij een en ander kan aanvechten in de procedure ten gronde. Dan komt hem geen afzonderlijk rechtsmiddel toe. Die beperking is aanvaard om het transnationale bewijsverkeer niet te zeer te hinderen. Wijzigt echter ook zijn *procespositie* (zijn partijhoedanigheid), dan wordt dit anders. Vooral in die gevallen kan een rechterlijke toets als hier bepleit, misbruik van bevoegdheden voorkomen.

Een paar casusposities verdienen het te worden uitgelicht. Zo kan ik allereerst wijzen op de positie van de derde die nadien belastingplichtige, onder toezicht gestelde en/of verdachte wordt. Er zou kunnen worden betoogd dat deze persoon niet over een rechtsmiddel als hier bepleit, zou hoeven beschikken, omdat hem – 'dankzij' zijn nieuwe hoedanigheid – immers al een rechtsingang wordt geboden. Hij kan verhaal halen in de procedure ten gronde. Bovendien kan worden betoogd dat het openstellen van een rechtsmiddel in dit geval in wezen neerkomt op het beïnvloeden van het besluit tot opening van een procedure. Die beslissing lijkt bij uitstek het domein van de autoriteit die voor de procedure verantwoordelijk is en moet – zo kan worden betoogd – niet kunnen worden gemanipuleerd door betrokkenen. Toch denk ik dat ook in deze gevallen een rechtsmiddel beschikbaar moet zijn. Zowel vanuit het oogpunt van het *nemo-tenetur*beginsel als vanuit het oogpunt van mogelijke doelbeperkingen – denk aan het bankgeheim – gelden er vaak juist ten aanzien van gegevens verkregen van of over derden beperkende gebruiksvoorwaarden. De rechterlijke toets kan de inachtneming hiervan waarborgen.

Een tweede situatie ziet op het geval waarin de verdachte belastingplichtige of onder toezicht gestelde wordt. Moet in die gevallen het hier bepleite rechtsmiddel openstaan? Immers, hij heeft nog steeds een rechtsmiddel in de procedure ten gronde en bovendien kan worden betoogd – zeker ten aanzien van gegevens die werden verkregen met gebruikmaking van onderzoeksbevoegdheden die vallen onder de eerste categorie – dat wie het meerdere mag, ook het mindere mag. Toch wil ik ook hier het rechtsmiddel openstellen. Dat een autoriteit ook het meerdere mag, vind ik op zich niet doorslaggevend. Belangrijker is mijns inziens *dat* er controle wordt gehouden op de wissels in procedures. Bovendien kunnen er beperkingen aan het verdere gebruik van gegevens gelden (vergelijk paragraaf 6.4.2.2). De vraag of de autoriteit de gegevens ook langs andere weg had kunnen krijgen, vind ik van minder belang. Feit is immers dat de gegevens (rechtmatig) zijn verkregen.

Daarnaast wil ik wijzen op twee situaties die *niet* onder de hier voorgestelde regeling zouden vallen. Dat is, zoals gezien, allereerst de situatie waarin er wel doelafwending plaatsvindt, maar de positie van de betrokken persoon niet verandert. Dat kan vooral problematisch zijn voor de derde die ook in de nieuwe procedure derde blijft. Hij heeft immers geen rechtsmiddel meer, terwijl zijn (persoons)gegevens voor allerhande doeleinden worden gebruikt. Zou daarom voor deze situatie niet toch een rechtsmiddel moeten worden opengesteld? Ik meen van niet. Hij kan gebruik maken van de inzage- en correctierechten, zoals neergelegd in de regels op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens. Bovendien zal deze persoon in een aantal gevallen wel een rechtsmiddel hebben

gehad tegen de *vergaring* van de gegevens.[114] Ik denk dat er op deze wijze een redelijk evenwicht is gevonden tussen enerzijds een soepel lopende internationale samenwerking en anderzijds het waarborgen van de rechten van de betrokken derden.

Het laatste geldt ook voor het geval dat een verdachte, belastingplichtige of onder toezicht gestelde later derde wordt. In wezen gaat het dan om het geval waarin de positie van de betrokken persoon verandert, maar er geen sprake is van doelafwending. Gewezen kan worden op het geval waarin het opsporingsonderzoek uiteindelijk niet leidt tot strafvervolging. Intussen heeft de verdachte dan vaak wel allerhande handelingen moeten dulden, danwel daaraan moeten meewerken, zonder dat hij daarvoor een rechtsmiddel had.[115] Om de redenen die ik zojuist bepleitte, meen ik dat ook in deze gevallen een apart rechtsmiddel niet nodig is. Niets staat er echter aan in de weg dat de *forum*staat zo'n rechtsmiddel toch openstelt.[116]

7.2.5 De rol van het Hof van Justitie en de Europese Commissie

In het voorgaande wordt een systeem bepleit dat gebaseerd is op de uitgangspunten van het huidige model, maar waarin een aantal zaken toch anders en vaak op supranationaal niveau wordt ingevuld. Bovendien is een aantal zaken expliciet uit handen van de afzonderlijke lidstaten genomen. De vrijheid die deze hebben om zelf hun verantwoordelijkheden ter zake van de transnationale samenwerking in te vullen en om samenwerking te weigeren, is teruggedrongen. Ik meen dat dit systeem past in een geïntegreerde rechtsorde die de Europese Unie, zeker na 'Tampere', beoogt te zijn. Een ware Europese rechtsruimte brengt mijns inziens mee dat een aantal zaken op Europees pijleroverstijgend niveau wordt opgenomen om gaten in het systeem te dichten. Staten zijn niet de enige spelers meer. Er moet ruimte worden gemaakt voor de belangen van de EU als zodanig en voor de justitiabelen. Op onderdelen zijn afwijkingen nodig van nationaal recht om de samenwerking te bevorderen. In het bovenstaande is geprobeerd die afwijkingen zo gering mogelijk te houden. Toch meen ik dat in een dergelijk systeem controle door de commissie en het Hof van Justitie onontbeerlijk is. In een ware en geïntegreerde rechtsruimte ligt het voor de hand dat de Commissie en het Hof van Justitie controle uitoefenen op het functioneren van het systeem, onduidelijkheden kunnen wegnemen en in voorkomend geval lidstaten tot de orde kunnen roepen.

Het door mij voorgestane model roept immers nogal wat vragen op die uitleg vereisen. Niet al die vragen kunnen vooraf en *in abstracto* worden beantwoord.

---

114 Als gezien is dit anders wanneer ter uitvoering van een bijstands- of rechtshulpverzoek om reeds voorhanden zijnde informatie werd gevraagd (de derde categorie).

115 Nogmaals, ten aanzien van de eerste categorie onderzoekshandelingen heeft de betrokkene wel een rechtsmiddel in de aangezochte staat.

116 Interessant is in dat opzicht het voorstel van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 tot instelling van een restvoorziening, die meer dan nu recht moet doen aan art. 13 EVRM; vgl. Knigge & Groenhuijsen, p. 112-140, en Baaijens-van Geloven (2004), p. 342.

> Wanneer is er bijvoorbeeld sprake van een handeling die valt onder de eerste, danwel de tweede categorie? Is een verdenking voldoende zwaar om een handeling van de eerste categorie te rechtvaardigen? Staat deze handeling ook overigens in verhouding tot het beoogde doel? Welke stelplicht en bewijslast rust op betrokkenen die een schending van hun (grond)rechten aannemelijk willen maken? Heeft een staat, die rechtshulp of bijstand weigerde, die weigeringsgrond terecht ingeroepen? Deze en vele andere vragen behoeven een zekere mate van 'fine tuning' waarvoor het Hof van Justitie, in samenwerking met de nationale rechters, bij uitstek de geschikte instantie is.

Hoe moet dit eruit komen te zien? Mijns inziens kan het communautaire systeem op basis waarvan schendingen van of onduidelijkheden over het systeem kunnen worden aangekaart door de commissie of de lidstaten (vgl. art. 226 en 227 EGV), terwijl nationale rechters via prejudiciële verwijzingen vragen kunnen stellen, ook hier worden toegepast.[117] De rechtspleging op het vlak van de transnationale samenwerking wordt dan niet 'gecentraliseerd' door direct beroep door burgers op het hof open te stellen. Dat past mijns inziens niet in het hier bepleite model, dat immers niet wordt uitgevoerd door Europese autoriteiten, maar door nationale, die ook de communautaire, c.q. 'unionaire' dimensie van hun taak moeten realiseren. Hoe dit alles precies vorm moet krijgen, bijvoorbeeld via de oprichting van een aparte kamer bij het hof en/of door een verkorting van de termijnen, laat ik hier in het midden.[118]

> Ook het Haagse programma bepleit overigens een grotere rol van het hof in de derde pijler. Het voornemen om, mede in het vooruitzicht van het constitutioneel verdrag, na te denken 'over een oplossing voor de snelle en adequate behandeling van verzoeken om prejudiciële uitspraken betreffende de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, voorzover nodig, door wijziging van het statuut van het hof,'[119] kan ik volledig onderschrijven. Evenwel blijven de aanbevelingen beperkt tot de derde pijler, terwijl ik juist een pijleroverstijgende benadering bepleit.
>
> Een (deels) ander model wordt gekozen in het Corpus Juris 2000. Het aantal rechtsmiddelen bij het Hof van Justitie is groter dan hier bepleit (vgl. art. 28 CJ 2000). Het Corpus Juris gaat echter uit van andere principes. Het Europese Openbaar Ministerie is een Europees orgaan dat via nationale eenheden toch in de nationale rechtsorde en –handhaving is geïntegreerd. Dat verklaart de aanwezigheid van deels nationale (art. 26 en 27), deels Europese rechtsingangen en -middelen (art. 28).
>
> Ook de rechtsgang van het EVRM, dat na uitputting van de nationale rechtsmiddelen, een individueel klachtrecht kent (art. 35 EVRM), acht ik niet op zijn plaats. Beroep op het EHRM lijkt me hoe dan ook niet voor de hand

117 In dezelfde zin art. 28, lid 1, onder a en b, Corpus Juris 2000.

118 Vgl. Vervaele (2005).

119 Pb EG 2005 C 53, p. 11. Kort geleden volgde overigens een mededeling van de commissie over de bevoegdheid van het Hof in zaken die vallen onder Titel IV EGV, COM (2006) 346.

> liggend; het gaat hier immers om een EU-systeem. Er zou echter kunnen worden overwogen een dergelijk rechtsmiddel ook voor het Hof van Justitie open te stellen in situaties van transnationale samenwerking. Voor die optie kies ik als gezegd niet. Een rechtsingang bestaat voor de nationale rechter, al zijn deze ingangen zijn deels geharmoniseerd. Doordat de taken op supranationaal niveau zijn gecoördineerd en onder toezicht staan van het hof, is duidelijk bij welke lidstaat de burger wezen moet.

Ook van de nationale rechters wordt overigens een veel grotere rol verwacht dan deze nu gewend zijn. In sommige gevallen moeten zij buitenlands recht, al dan niet in combinatie met supranationale regels toepassen. Dat leidt eenvoudig tot problemen. Bekend is bijvoorbeeld het argument dat de Nederlandse Hoge Raad ex art. 79 RO alleen Nederlands recht toetst.[120] Praktische problemen, zoals een gebrek aan kennis en taalproblemen, compliceren de zaak verder. Hoewel ik mijn ogen voor deze problemen niet wil sluiten, meen ik dat ze niet doorslaggevend kunnen zijn. Dat heeft allereerst te maken met het feit dat ook de Nederlandse rechter zijn ogen niet meer kan sluiten voor wat er over de grenzen is gebeurd, zeker niet in het kader van de Europese Unie.[121] Het gebruik van uit het buitenland verkregen materiaal in een strafproces schept bijvoorbeeld verantwoordelijkheden voor de wijze waarop het werd verkregen.[122] Verder zijn er al eerder talloze suggesties gedaan die verder kunnen worden uitgewerkt en die zijn gericht op het vergroten van de kennis over buitenlands recht.[123]

Al met al meen ik dat er met het voorgaande een model voor samenwerking kan worden gecreëerd dat enerzijds recht doet aan het systeem van indirecte handhaving in de EU en anderzijds de Europese rechtsruimte, die de EU wil zijn, nader vormgeeft. Een pijleroverstijgende aanpak is daarvoor essentieel. Een 'verzuiling' van de institutionele structuur van de unie doet noch de rechtshandhaving, noch de rechtsbescherming – beide keerzijden van dezelfde medaille – veel goed.

---

120 Wat overigens onverlet laat dat ook de Hoge Raad geroepen kan zijn de dubbele strafbaarheid van een feit – en dus buitenlands recht – te beoordelen.

121 Vgl. Baaijens-van Geloven (2004), p. 396-397.

122 Verbazingwekkend vind ik dan ook het argument dat bij de beoordeling van de naleving van buitenlands recht het zogenaamde preventie- en demonstratie-argument geen rol meer spelen; Baaijens-van Geloven (2004), p. 404. Integendeel, als men een Europese rechtsruimte nastreeft, dan worden met de vaststelling van de onrechtmatigheid wel degelijk demonstratie-elementen nagestreefd.

123 Daarover Baaijens-van Geloven (2004), p. 416, onder verwijzing naar andere bronnen.

Samenvatting

Hoofdstuk 1 - Inleiding

De handhaving van EU-recht is in de regel een zaak van de EU-lidstaten en niet van de Europese instellingen. Dit wordt indirecte handhaving genoemd. Deze kan langs strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en/of andere weg geschieden. Dat is, binnen bepaalde dwingende EU-randvoorwaarden, aan de lidstaten. In grensoverschrijdende feitenconstellaties zorgt indirecte handhaving voor problemen. De EU-staten kunnen voor verschillende handhavingsmethodieken kiezen. Bovendien zijn ze bij de handhaving van hun rechtsorde, inclusief de Europese dimensie ervan, gebonden aan hun landsgrenzen. Ze mogen vanwege het volkenrechtelijke soevereiniteitsbeginsel niet zomaar op het grondgebied van een andere staat opereren. Daarom is samenwerking met andere staten essentieel. Dit onderzoek richt zich op de onderlinge verhoudingen tussen twee belangrijke samenwerkingsinstrumenten. Het gaat om de wederzijdse administratieve bijstand en de wederzijdse strafrechtelijke rechtshulp. Kort gezegd richt de eerste zich op de samenwerking tussen administratieve autoriteiten (bijvoorbeeld belastingdiensten of financiële toezichthouders) en de tweede zich op samenwerking tussen justitiële autoriteiten (bijvoorbeeld vertegenwoordigers van het openbaar ministerie) uit verschillende staten. De bijstand wordt doorgaans geassocieerd met bestuursrechtelijke handhaving, de rechtshulp met strafrechtelijke handhaving.

De onderlinge verhouding tussen beide instrumenten is omstreden. De oorzaken daarvoor liggen zowel op nationaal (innerstatelijk) als op transnationaal (interstatelijk) niveau. Nationale overheden vervullen, vaak zelfs via één overheidsdienst, taken op het vlak van zowel de wetsuitvoering (bijvoorbeeld het heffen van belastingen), als de controle en sanctionering van overtredingen. Daaraan zijn voordelen verbonden, bijvoorbeeld dat (kostbare) expertise wordt gebundeld, maar het kan ook problematisch zijn. Dezelfde informatie is bijvoorbeeld vaak relevant voor zowel de belastingheffing, als de daaraan verbonden strafzaak. Aan de verschillende fasen in of, zo men wil, sferen van de rechtshandhaving zijn echter verschillende bevoegdheden voor de overheden, rechten en plichten voor de burger en rechtsstatelijke controlemechanismen verbonden. Ten behoeve van de belastingheffing is de burger doorgaans tot medewerking verplicht. Hij moet aan informatievorderingen van de fiscus voldoen. Ook moet hij aangifte doen van al zijn inkomsten. In het (fiscale) strafrecht komt hem echter een zwijgrecht toe. Zowel voor de overheid als voor de burger is de vraag relevant wat er moet gebeuren als beide tegengestelde uitgangspunten cumuleren: mag de belastingplichtige informatie weigeren als hij ook verdachte is in een verwante strafzaak? Of moet hij toch gegevens verstrekken? Een dergelijke cumulatie van sferen doet zich in de praktijk veelvuldig voor. Tussen de fiscus en justitie wordt nauw samengewerkt. Dat leidt alleen al op nationaal of *innerstatelijk* niveau tot weinig doorzichtige situaties.

Het probleem wordt groter, wanneer de overheid, gebruik makend van de bijstand en/of de rechtshulp, de landsgrenzen oversteekt. Het is eigen aan een systeem van indirecte handhaving dat er verschillen tussen staten bestaan. In sommige landen

kan het bestuur bijvoorbeeld optreden als plaatsvervanger van justitie doordat het zelf (bestuurlijke of strafrechtelijke) sancties mag opleggen, in andere staten kan dit zijn verboden. In het ene land kunnen bestuur en justitie ter vervulling van hun taken nauw samenwerken, in andere landen kan dit op problemen stuiten vanwege een 'informationele scheiding der machten' of om andere redenen. Et cetera. Dat soortgelijke feiten door de staten op soortgelijke wijzen worden afgedaan, is dus bepaald niet gegarandeerd. Met al deze verschillen moeten de internationale en Europese afspraken op het gebied van de bijstand en de rechtshulp rekening houden, wil althans ook de Europese dimensie van de rechtshandhaving, bijvoorbeeld de voorkoming van oneerlijke fiscale concurrentie of de totstandbrenging van een Europese effectendienstenmarkt, worden gerealiseerd. Uit de praktijk komen talrijke signalen op grond waarvan kan worden betwijfeld of dit ook echt zo is.

Het voorgaande leidt in hoofdstuk 1 tot de volgende probleemstelling, waarbij het fiscale recht en het financiële gedragstoezicht als onderzoeksterrein zijn genomen:

> 'In hoeverre sluiten de wederzijdse administratieve bijstand en strafrechtelijke rechtshulp als vormen van internationale samenwerking aan op de organisatie van de fiscale en financiële rechtshandhaving in de EU-lidstaten?'

Het onderzoek neemt een tweetal zaken tot uitgangspunt. Ten eerste is er vanuit gegaan dat de Europese Unie zich, met horten en stoten, ontwikkelt tot een Europese rechtsruimte, wat in het bijzonder tot gevolg heeft gehad dat de problematiek van de transnationale handhavingssamenwerking hier niet is opgevat als alleen een zaak van de samenwerkende staten (tweedimensionale benadering), maar ook van de betrokken burgers/bedrijven en de EU (vierdimensionale benadering). Een tweede uitgangspunt is dat waar in de EU enerzijds indirecte handhaving het uitgangspunt is, anderzijds de regels over samenwerking op enigerlei wijze interstatelijke verschillen in aard en organisatie van de rechtshandhaving zullen moeten kunnen overbruggen, wil er althans daadwerkelijk kunnen worden samengewerkt. Op grond van deze twee punten is de centrale probleemstelling uitgewerkt in vier deelvragen:

> *1.* Welke invloed gaat er momenteel uit van het Europese (EG/EU) recht op de aard en organisatie van de fiscale en financiële rechtshandhaving en op de mogelijkheden tot transnationale handhavingssamenwerking?
> *2.* Welke mogelijkheden tot transnationale samenwerking bestaan er voor de autoriteiten die in de verschillende lidstaten met de fiscale en financiële rechtshandhaving zijn belast? Kunnen stagnaties in de samenwerking worden verklaard (*rechtshandhavingsperspectief*)?
> *3.* Welke rechtspositie hebben de justitiabelen in de fiscale en financiële rechtshandhaving en is deze ook in de transnationale handhavingssamenwerking gewaarborgd (*rechtsbeschermingsperspectief*)? Kunnen verschillen in rechtspositie in innerstatelijk en interstatelijk verband worden verklaard?
> *4.* Welke alternatieven zijn er voorhanden in het geval er vanuit rechtshandhavings- of -beschermingsperspectief tekortkomingen worden geconstateerd?

SAMENVATTING

In de hoofdstukken 2 tot en met 5 van dit onderzoek worden de gegevens ter beantwoording van deze onderzoeksvragen verzameld. Die moeten enerzijds in het internationale en vooral het supranationale recht worden gezocht en anderzijds in de rechtssystemen van de lidstaten. Rechtsvergelijking is voor dit onderzoek essentieel. In hoofdstuk 2 wordt bekeken welke invloed er momenteel door de internationale fora, vooral de EU, wordt uitgeoefend op de aard en organisatie van de nationale fiscale en financiële rechtshandhaving in ruime zin (dus inclusief de strafrechtelijke). De hoofdstukken 3, 4 en 5 hebben betrekking op achtereenvolgens het Nederlandse, het Duitse en het Zwitserse recht.

De inter- en supranationale normen en de drie nationale rechtsordes worden onderzocht aan de hand van een drietal begrippen, namelijk het specialiteitsbeginsel, het ambtsgeheim en het bankgeheim. Vanuit het perspectief van het *specialiteitsbeginsel*[1] zijn de vele verschillende taken op het vlak van wetsuitvoering, preventieve en repressieve fiscale en financiële rechtshandhaving van de betrokken autoriteiten op nationaal niveau geanalyseerd. Via het *ambtsgeheim* kan in beeld worden gebracht welke verbindingen er tussen de nationale autoriteiten onderling bestaan. Het speelt een belangrijke normerende rol in de relatie tussen bestuur en justitie. Het stelt grenzen aan het informatieverkeer tussen beide (of juist niet), ook wanneer gegevens door de ene autoriteit via de bijstand of rechtshulp uit het buitenland werden verkregen. Het *bankgeheim* is gebruikt als illustratie van het feit dat justitiabelen (banken) ten opzichte van de overheid vele verschillende hoedanigheden kunnen innemen. Zo zijn banken voor wat betreft hun eigen belastingheffing verplicht gegevens aan de fiscus te verschaffen, maar dat is niet altijd zo als ze als derden worden benaderd over de fiscale aangelegenheden van hun cliënten. Naar gelang de hoedanigheid waarin ze worden benaderd, verschilt vaak hun rechtspositie. De verschillen tussen de onderzochte landen zijn hier groot. Dat zorgt voor complicaties in situaties van grensoverschrijdende samenwerking.

In het onderstaande volgt allereerst een korte bespreking van de hoofdstukken 2 tot en met 5. De nadruk ligt in deze samenvatting echter op hoofdstuk 6 en 7. In hoofdstuk 6 worden de resultaten uit de voorgaande hoofdstukken gepresenteerd. In hoofdstuk 7 is de centrale probleemstelling beantwoord en zijn aanbevelingen gedaan. Daarbij is getracht deze te plaatsen tegen de achtergrond van de ontwikkelingen op het vlak van de grensoverschrijdende samenwerking die zich momenteel in Europa voordoen (wederzijdse erkenning, et cetera).

Hoofdstuk 2 – Inter- en supranationale normen voor samenwerking

Hoofdstuk 2 richt zich op de inter- en supranationale normen over de transnationale handhavingssamenwerking op fiscaal, financieel en strafrechtelijk vlak (de tweede deelvraag). Ten eerste is onderzocht welke doelstellingen de EG/EU zich op financieel (hoofdstuk 2.2), fiscaal (hoofdstuk 2.3) en strafrechtelijk (hoofdstuk 2.4)

1 Dit beginsel schrijft in zijn ruime lezing voor dat overheidsorganen alleen mogen handelen ter vervulling van de taken die hen zijn opgedragen en in zijn enge betekenis dat onderzoeksbevoegdheden alleen mogen worden gebruikt voor de specifieke doeleinden waarvoor ze werden gecreëerd.

vlak stelt en wat de gevolgen hiervan zijn voor de aard en organisatie van de nationale rechtshandhaving. Als 'Europa' de lidstaten bij de organisatie van hun rechtshandhaving tot keuzes dwingt (bijvoorbeeld de keuze voor strafrechtelijke, dan wel bestuursrechtelijke rechtshandhaving), heeft dat indirect ook invloed op de transnationale samenwerking. Voor de vraag of autoriteiten met elkaar kunnen samenwerken is namelijk primair het formele statuut van de autoriteiten doorslaggevend. In de fiscale bijstand wordt de samenwerking tussen de fiscale autoriteiten (de belastingdiensten van de lidstaten) geregeld, in de financiële bijstand werken *financiële toezichthouders* met elkaar samen, terwijl voor de wederzijdse rechtshulp *justitiële autoriteiten* bevoegd zijn. Een *formeel-organiek* criterium bepaalt aldus in hoge mate de mogelijkheden tot directe samenwerking. Of en in hoeverre Europa dwingt tot straf- en/of bestuursrechtelijke handhaving is daarom van belang. Er is hier momenteel het nodige in beweging, getuige ook de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak C-176/03 over de strafrechtelijke harmonisatiebevoegdheden van de EG op het vlak van het milieustrafrecht.

Naast een beschrijving van de Europese invloeden op de aard en organisatie van de rechtshandhaving, zijn de Europese normen voor grensoverschrijdende samenwerking per terrein (financiële bijstand, fiscale bijstand en strafrechtelijke rechtshulp) in kaart gebracht en is gezocht naar onderlinge hiaten en overlap. Daarbij is niet alleen gekeken naar de vraag *wat* er precies wordt gevat onder de plicht tot samenwerking op grond van bijstand en rechtshulp en *welke* autoriteiten er precies kunnen samenwerken, maar ook *hoe ver* die plicht reikt. Daarom zijn bijvoorbeeld ook de gronden voor weigering tot samenwerking in kaart gebracht.

Uit hoofdstuk 2 komt naar voren dat de inter- en supranationale normen over samenwerking in EG/EU-verband niet los kunnen worden gezien van de doeleinden die de Unie in haar geheel nastreeft. Deze zijn neergelegd in art. 2 EUV en art. 2 EGV. Afhankelijk van het terrein (financieel, fiscaal of strafrechtelijk), en dus van nationale gevoeligheden, zijn die doelen in meer of mindere mate overgelaten aan 'Brussel.' Het verst gaat men in het financiële toezicht, waar een vrij hoge mate van harmonisatie van de materiële en formele normen op het vlak van het financiële (gedrags)toezicht directe gevolgen heeft voor de transnationale samenwerking. Immers, waar over de achterliggende normen al overeenstemming bestaat, wordt samenwerking navenant makkelijker. Dat uit zich in een ruime plicht tot samenwerking. In het strafrecht en vooral het fiscale recht verloopt die samenwerking veel stroever, hoewel men met de introductie van het beginsel van de wederzijdse erkenning in het strafrecht een doorbraak lijkt te willen forceren.

Toch worden ook op de terreinen waar de normstellende invloed van Europa groot is, essentiële keuzes aan de lidstaten gelaten. Of een lidstaat handhaaft door middel van het strafrecht of het bestuursrecht, door middel van punitieve of niet-punitieve sancties en of daarmee het bestuur of het Openbaar Ministerie moet worden belast, zijn keuzes die ook in het financiële toezicht aan de lidstaten zijn. De uitspraak van het Hof in de zaak C-176/03 heeft hierin (nog) geen verandering gebracht.

Een en ander veronderstelt dat in de transnationale samenwerking verschillen tussen staten moeten worden opgevangen om te voorkomen dat de samenwerking

beperkt blijft tot de grootste gemene deler, dan wel ontaardt in een ondoorzichtig en dus oncontroleerbaar gegevensverkeer. Hier is mijns inziens forse winst te boeken. Het noodzakelijke kader voor samenwerking wordt momenteel geboden door afspraken op het vlak van de bijstand en de rechtshulp. De eerste wordt gezien als een onderwerp van de eerste pijler, de laatste als dat van de derde pijler. Ze worden in verschillende fora ontwikkeld. Vooral het organieke criterium voor samenwerking leidt eenvoudig tot het tegendeel van wat hier wordt bepleit. Immers, als de ene staat een feit door middel van het bestuursrecht handhaaft, en er dus een bestuurlijke autoriteit tot samenwerking bevoegd is, en de andere staat datzelfde feit afdoet via het strafrecht, en er dus een justitiële autoriteit bevoegd is, betekent dit dat directe samenwerking tussen de autoriteiten vaak niet mogelijk is. De bestuurlijke autoriteit is gebonden aan de bijstand, de strafrechtelijke aan de rechtshulp. Toch is men vaak in hoge mate met hetzelfde bezig.

Daarbij komt dat de lidstaten bij de nadere invulling van hun communautaire (en internationale) verplichtingen tot samenwerking zeer veel vrijheid wordt gelaten. Of het nu gaat om de aanwijzing van de voor samenwerking bevoegde autoriteiten, de taken die ze vervullen en de rechtstatelijke controle daarop, de omgang met uit het buitenland verkregen gegevens of om de bevoegdheden die ze jegens banken hebben, vrijwel al deze punten worden in hoge mate aan het nationale niveau gelaten. Coördinatie op EU-niveau is vrijwel afwezig, zeker ook op het vlak van de rechtswaarborgen. Soortgelijke problemen worden bovendien per deelterrein of per pijler verschillend aangepakt. Het is daarom noodzakelijk te bekijken hoe de lidstaten met de hen geboden vrijheid omgaan. Daarover gaan de hoofdstukken 3-5.

Hoofdstukken 3 tot en met 5 – Nederland, Duitsland en Zwitserland

In de hoofdstukken 3-5 komen achtereenvolgens de Nederlandse, Duitse en Zwitserse rechtshandhaving aan de orde. Daarin worden de taken, organisaties, bevoegdheden en mogelijkheden tot samenwerking onderzocht van de financiële toezichthouders (voor Nederland de AFM, voor Duitsland de BAFin en voor Zwitserland de EBK), de belastingdiensten (*Finanzbehörde*) en de opsporende en vervolgende autoriteiten (in hoofdzaak het Openbaar Ministerie/*Staatsanwaltschaft*). De beschrijvingen van de drie rechtssystemen dienen in hoofdzaak twee doelen. Enerzijds gaat het erom de (verschillen in) aard en organisatie van de nationale fiscale en financiële rechtshandhaving (inclusief de strafrechtelijke) in kaart te brengen om zo de gevolgen hiervan voor de transnationale samenwerking aan te kunnen geven; anderzijds dienen de landenrapporten ertoe op het *innerstatelijke* niveau te zoeken naar oplossingen die kunnen helpen bij het oplossen van soortgelijke problemen op het *interstatelijke* vlak. Niet voor niets worden Duitsland en Zwitserland in dit onderzoek betrokken. De rechtshandhaving is daar op soortgelijke wijze georganiseerd als in de EU. Beide landen kennen eveneens een indirect systeem van handhaving, waarin federale aangelegenheden, binnen bepaalde federale randvoorwaarden, worden gehandhaafd door de deelstaten, c.q. de kantons.

GRENSOVERSCHRIJDENDE SFEERCUMULATIE

In deze samenvatting wordt alleen de opbouw van deze hoofdstukken samengevat:

1. Allereerst gaat de aandacht uit naar de taken van de afzonderlijke autoriteiten en de wijze waarop de controle op deze taakuitoefening is vormgegeven. De punitieve handhaving en de onderlinge verhoudingen tussen justitie en bestuur hebben, gelet op de centrale probleemstelling, bijzondere aandacht. Ze dwingen ook tot een bespreking van de sfeercumulatieproblematiek, welke zich in ieder land weer op andere wijze voordoet. Het specialiteitsbeginsel en zijn keerzijde – het verbod op *détournement de pouvoir* – bepalen hierbij de invalshoek. Deze kunnen in verschillende rechtsordes meer of minder zwaar zijn aangezet. Zijn ze zwaar aangezet dan is de bewegingsruimte van de autoriteiten (toezichthouder, fiscus of OM) gering, doordat de wetgever – bijvoorbeeld via vervolgingsplichten (legaliteitsbeginsel) – en/of rechter al hebben bepaald wat men ter vervulling van zijn taak moet doen; zijn ze licht aangezet, dan komt de autoriteiten ter zake een grotere vrijheid (en verantwoordelijkheid) toe. Er wordt in hoofdstuk 3.2, 4.2 en 5.2 bestudeerd hoe de autoriteiten worden aangestuurd.
2. Daarna worden per land de onderzoeksbevoegdheden die per autoriteit beschikbaar zijn in kaart gebracht en wordt beschreven hoe deze bevoegdheden zijn opgebouwd. Zo kan worden bezien welke bevoegdheden er concreet per onderscheiden taak voorhanden zijn, waarbij het perspectief van de bank centraal staat. Deze kan worden benaderd als 'voorwerp van onderzoek' (verdachte, belastingplichtige, onder toezicht gestelde), maar ook als derde. Afhankelijk daarvan verschilt zijn rechtspositie. Hierdoor is, zeker in geval van sfeercumulatie, juist bij banken de mogelijkheid van oneigenlijk gebruik of zelfs misbruik van bevoegdheden groot. Worden de te onderscheiden rechten en plichten niet, al dan niet bewust, tegen elkaar uitgespeeld (hoofdstuk 3.3, 4.3 en 5.3)?
3. Vervolgens wordt in de drie hoofdstukken ingegaan op de mogelijkheden tot *innerstatelijke* samenwerking tussen de autoriteiten. Enerzijds kan er namelijk in de onderzochte rechtsordes worden geconstateerd dat samenwerking nodig wordt geacht voor een effectieve rechtshandhaving, anderzijds doet zich daarbij opnieuw het gevaar van een omzeiling van rechtswaarborgen voor. Ambtsgeheim en specialiteitsbeginsel spelen hier een grote normerende rol (hoofdstuk 3.4, 4.4 en 5.4);
4. De laatste paragraaf van de landenrapporten ziet op de nationale regels over *interstatelijke* samenwerking. Daarbij wordt per autoriteit onderscheiden tussen zijn positie als aangezochte en als verzoekende autoriteit. Er wordt bekeken in hoeverre de aard en de organisatie van de nationale rechtshandhaving inpasbaar is in het vigerende onderscheid tussen bijstand en rechtshulp, dat is gebaseerd op een organiek criterium en aan staten veel vrijheid toekent. Mogen bijvoorbeeld bijstandsverzoeken ook opsporingsdoeleinden dienen? Of mag via de rechtshulp verkregen informatie voor toezichtdoeleinden worden gebruikt? De verhoudingen tussen bestuur en justitie, de punitieve sanctionering, de mogelijkheden tot gelijktijdig onderzoek, et cetera, werken hier complicerend. Dat kan er enerzijds toe leiden dat samenwerking met het buitenland niet van de grond komt, maar evengoed is mogelijk dat er wel wordt samengewerkt. In het laatste

geval wordt het interessant te bezien hoe de controle op het transnationale overheidshandelen en op een mogelijke cumulatie van sferen moet worden bewerkstelligd. Moeten verschillen tussen staten hier zonder meer worden erkend of moet er juist vanwege die verschillen intensief worden getoetst of zelfs samenwerking worden geweigerd (hoofdstuk 3.5, 4.5 en 5.5)? Daarmee komen we toe aan hoofdstuk 6.

Hoofdstuk 6 – Transnationaal gegevensverkeer in vergelijkend perspectief
Zoals gezegd gaat in deze samenvatting de meeste aandacht uit naar hoofdstuk 6. Tot welke uitkomsten leiden de voorgaande hoofdstukken? Zowel tussen de onderzochte landen onderling, alsook intern, tussen de fiscale en financiële rechtshandhaving, bestaan er nogal wat verschillen ten aanzien van de taken van de betrokken autoriteiten, vooral ook op het vlak van de preventieve en repressieve handhaving. Toch springen in alledrie de onderzochte landen telkens de nauwe relaties tussen bestuur en OM in het oog. Soms treedt het bestuur, binnen of buiten de context van het strafrecht, op als alternatief voor justitie ('het bestuur als *bestraffer*'), soms ook vervult het onderzoekstaken onder gezag van het OM ('het bestuur als *secondant*') of functioneert het als de aangever, doordat het zaken bij het OM aandraagt ('het bestuur als *aangever*'). Vrijwel altijd vervult het bestuur preventieve of repressieve onderzoekstaken ('het bestuur als *onderzoeker*'). In de drie onderzochte landen komt elk van de volgende mogelijkheden wel voor:

1. het bestuur is belast met de controle op de naleving van de voorschriften (preventieve handhaving), en
2. het kan worden verplicht, c.q. bevoegd worden geacht aangifte van overtredingen te doen bij het Openbaar Ministerie, waarmee zijn rol eindigt, en/of
3. het kan worden belast met het onderzoek naar mogelijke overtredingen (repressieve handhaving), hetzij in een strafrechtelijke procedure als opsporingsdienst onder leiding van het Openbaar Ministerie of als plaatsvervanger van dat Openbaar Ministerie, hetzij zelfstandig in een andere, al dan niet op punitieve sanctieoplegging gerichte procedure, en/of
4. het wordt belast met het nemen van de beslissing naar aanleiding van het onderzoek (sanctieoplegging), hetzij in het kader van een strafrechtelijk onderzoek, hetzij een ander, al dan niet op punitieve sanctieoplegging gerichte procedure.

Het voorgaande dwingt er begrijpelijkerwijs toe dat de autoriteiten op nationaal niveau voortdurend met elkaar in contact staan. Dat geldt hoe dan ook in het fiscale recht, maar in toenemende mate ook in het financiële. Dat dwingt zowel op *innerstatelijk* als op *interstatelijk* niveau tot aandacht voor de sfeercumulatieproblematiek. Het kernprobleem ligt in dergelijke situaties in de normering van de ruime keuzemogelijkheden die de autoriteiten hebben. Deze mag niet uitmonden in willekeur, doordat, om het even welke taak men vervult, nu eens de ene (bestuurs- of strafrechtelijke) bevoegdhedenset en dan weer de andere wordt gebruikt. Dat zou eenvoudig leiden tot een hoge mate van versmelting van de nauw verwante, maar te onderscheiden sferen en eventueel tot misbruik. Problematisch is dan ook in

alledrie de onderzochte landen hoe de controle op procedurewissels vorm moet krijgen. Eerst en vooral lijkt vereist dat de autoriteiten tot verantwoording worden gedwongen voor de gemaakte keuzes (transparantie) (paragraaf 6.2.5).

Waartoe leiden de nauwe, maar toch telkens verschillende relaties tussen bestuur en justitie in grensoverschrijdende zaken? Daarop zien de paragrafen 6.3 en 6.4, waarin in essentie de tweede en derde hierboven verwoorde onderzoeksvragen worden beantwoord. In paragraaf 6.3 staat het rechtshandhavingsperspectief centraal. Zoals ook al uit hoofdstuk 2 naar voren komt, zorgt een tweetal factoren ervoor dat de grensoverschrijdende handhavingssamenwerking momenteel tegen belemmeringen aanloopt die onnodig hinderlijk zijn voor die samenwerking en die tekort doen aan fiscale en financiële handhavingsbelangen, die nu eenmaal een Europese dimensie hebben gekregen. Die twee factoren zijn het organieke criterium voor samenwerking en de ruime mate van vrijheid die de lidstaten wordt gelaten bij de invulling van bijvoorbeeld samenwerkingsexcepties. Vooral het organieke criterium zorgt voor problemen. Verschillen in keuzes tussen straf- of bestuursrechtelijke handhaving, in de afbakening van toezicht op de naleving en opsporing, in de positie van andere dan strafrechtelijke afdoeningsmodaliteiten (punitief bestuursrecht in Nederland, Ordnungswidrigkeitenrecht in Duitsland, Verwaltungsstrafrecht in Zwitserland), en in de waardering van de sfeercumulatieproblematiek zorgen ervoor dat wat voor de ene staat duidelijk 'rechtshulp' is, voor de andere staat zonder twijfel tot de 'bijstand' behoort.

Niet voor niets wordt het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp momenteel op talloze wijzen gerelativeerd. Voorbeelden daarvan zijn te vinden in de uitbreiding van de werkingssfeer van de bijstand tot de (vroege) opsporing, in de uitbreiding van de rechtshulp tot Ordnungswidrigkeit-achtigen, dat wil zeggen: bestuurlijke geldelijke sancties waartegen beroep openstaat bij een ook in strafzaken bevoegde rechter, in de de fiscale bijstandsplicht bij gevallen van fiscaal bedrog in de verhoudingen met Zwitserland en in versoepelingen van het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel. Ten laatste wordt het organieke criterium eenvoudig omzeild door autoriteiten bevoegd te maken voor zowel de bijstand als de rechtshulp.

Het *rechtshandhavingsperspectief* moet worden aangevuld met een *rechtsbeschermingsperspectief* (de derde onderzoeksvraag). Rijzen er problemen wanneer er tussen bestuur en justitie op directe of indirecte wijze wél wordt samengewerkt? Het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp is immers al aan het vervagen, zo zagen we zojuist. Naar mijn smaak moet vooral worden gevreesd voor een omzeiling van rechtswaarborgen en voor *silver-platter*situaties (paragraaf 6.3.3.4). Dit laatste houdt kort gezegd in dat de samenwerkende autoriteiten de beperkingen omzeilen die de wetgever van staat A haar autoriteit heeft opgelegd, door de autoriteit uit staat B, die tot de verlangde handelingen wel bevoegd is, te benaderen met het verzoek haar die gegevens te verstrekken. Die gegevens worden de autoriteit uit staat A dan als het ware op een zilveren dienblaadje aangereikt. Hoe verhoudt dit zich tot het in de drie landen geldende uitgangspunt dat grondsrechtsinbreuken, die voor de bewijsga-

ring nodig kunnen zijn, alleen plaatshebben, voor zover daarvoor een wettelijke basis is gecreëerd? Biedt het huidige systeem hierop een antwoord?

Uit paragraaf 6.4. komt naar voren dat om een drietal redenen waakzaamheid is geboden. De eerste is gelegen in de interstatelijke vertrouwensregel die in alledrie de landen voorkomt (paragraaf 6.4.1.2). Deze houdt kort gezegd in dat de aangezochte staat verzoeken om bijstand of rechtshulp uitvoert, zonder de onderliggende gegevens waarop dat verzoek is gebaseerd al te indringend te toetsen. Dat laatste wordt, zeker in continentaal Europa, gezien als een taak voor de verzoekende staat. De vraag is hoe deze regel in overeenstemming moet worden gebracht met een ander uitgangspunt van samenwerking, namelijk dat de autoriteiten van de aangezochte staat zelf volledig verantwoordelijk zijn voor de handelingen die ze ter uitvoering van rechtshulp- of bijstandsverzoeken verrichten. De samenwerkende staten staan tot elkaar in een horizontale relatie. Mijns inziens impliceert die verantwoordelijkheid dat de aangezochte staat ofwel zelf de onder meer door artikel 8 EVRM vereiste evenredigheidstoets verricht, ofwel verifieert dat die toets al daadwerkelijk in de andere staat is verricht. In de praktijk gebeurt dit lang niet altijd, integendeel. Men vertrouwt bij de uitvoering van een verzoek eenvoudigweg op de autoriteiten van de verzoekende staat. Dat is gevaarlijk, omdat men zo staten in staat stelt zich achter elkaar te verschuilen, wat eenvoudig resulteert in een verminderde rechtsbescherming voor de burger. Onrechtmatigheden worden zo effectief 'witgewassen'.

Daarmee hangt het tweede punt samen. Ook al verifieert de aangezochte autoriteit dat er in een andere staat een evenredigheidstoets is verricht, dan nog betekent dat niet noodzakelijk dat het gaat om dezelfde (of soortgelijke) toets als ze zelf zou verrichten. Staten hebben een grote vrijheid bij de vormgeving van onderzoeksbevoegdheden, ook op die terreinen waar de mate van Europese harmonisatie hoog is, zoals in het financiële toezicht. Welke inbreuken op grondrechten, en in het bijzonder artikel 8 EVRM, dat voor het bankgeheim het meest relevant is, toelaatbaar zijn, bepalen ze nog in hoge mate zelf. Dat leidt tot onderling zeer verschillende uitkomsten, die ieder op zich in overeenstemming kunnen zijn met de eisen die artikel 8 EVRM stelt. Echter, deze interstatelijke verschillen in *toetsmomenten* en *toetsmaatstaven* leiden er in situaties van transnationale samenwerking gemakkelijk toe dat de rechtsbescherming tussen de wal en het schip valt. Het resultaat kan zijn dat er in geen van beide landen toetsing plaatsheeft (of juist dat die toetsing tweemaal plaatsheeft). Dit fenomeen is al in 1983 aangeduid als de systeembreuk (paragraaf 6.4.1.3) en bestaat ook nu nog. De nadelige gevolgen hiervan worden groter, als de verschillen tussen de samenwerkende autoriteiten groter worden. Dat is precies het geval wanneer het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp vervaagt.

De rechtsbescherming in de voorfase van het onderzoek lijkt dus niet optimaal. Als om die reden inbreuken niet kunnen worden voorkomen, kunnen deze dan wellicht nadien nog worden gecontroleerd en eventueel gecompenseerd? Hoe wordt er überhaupt controle gehouden op het verdere gebruik en de verstrekking van de gegevens? Dit derde punt stond centraal in paragraaf 6.4.2. Ook op dit punt bestaan er hiaten en dubbeltellingen. Enerzijds is dit verklaarbaar doordat die controle, als ze al plaatsheeft, in hoge mate wordt opgeëist door de verstrekkende

autoriteit. Dan verstrekt deze, gedekt door een ambtsgeheim en/of specialiteitsvoorbehoud, de gegevens op voorwaarde dat bij verdere verstrekking of doelafwending diens toestemming wordt gevraagd (*Prinzip der langen Hand*). Anderzijds blijken de controlerende autoriteiten van de laatstgenoemde staat hun controletaak niet altijd ruim te vatten, zoals de KB Luxaffaire aantoont. Daarin beperken veel Nederlandse rechters zich tot een controle op de eerlijkheid van de *procedure als geheel*, zonder dat ook het *geheel van* (strafrechtelijke en fiscale) *procedures* wordt gecontroleerd. Het mijns inziens eigenaardige gevolg van dit alles is dat de controle feitelijk werd uitgeoefend door de autoriteit die daartoe in de minst goede positie verkeerde. De autoriteiten van de aangezochte staat zijn doorgaans echter, juist vanwege de vertrouwensregel, veel slechter ingevoerd in het dossier dan de autoriteiten in de verzoekende staat, waar de verzoekende autoriteiten zich uiteindelijk hebben te verantwoorden. Tot openheid worden de samenwerkende autoriteiten dan bepaald niet gedwongen. Juist die controle op procedurewissels is echter, zo betoogde ik hierboven al, belangrijk, zeker in gevallen van grensoverschrijdende sfeercumulatie.

Hoofdstuk 7 – Beantwoording van de probleemstelling en aanbevelingen
Na de analyse in hoofdstuk 6 van de onderzoeksresultaten die worden vergaard in de hoofdstukken 3-5, wordt in hoofdstuk 7 de centrale probleemstelling beantwoord en worden tevens enige aanbevelingen gedaan. Gelet op de bevindingen van hoofdstuk 6 luidt mijn antwoord op de centrale probleemstelling dat het onderscheid tussen bijstand en rechtshulp niet (meer) voldoet. Het doet enerzijds geen recht aan de binnen de EU bestaande verschillen in de aard en organisatie van de fiscale en financiële rechtshandhaving, inclusief de strafrechtelijke handhaving ervan, maar biedt anderzijds te weinig bescherming in gevallen waarin wel kan worden samengewerkt. Daarom bepleit ik een aantal aanpassingen van het systeem. Deze aanpassingen moeten zijn gericht op:

1. het realiseren van een hogere mate van samenwerking, door het mogelijk maken van directe samenwerking tussen 'bestuurlijke' en 'strafrechtelijke' autoriteiten, maar *alleen* wanneer er ook aandacht is voor:
2. het terugdringen van de nadelige effecten van de vertrouwensregel,
3. het verminderen van de nadelige effecten van de systeembreuk.

De bepleite aanpassingen, die zich beperken tot de EU en niet zien op Zwitserland, zijn gericht op een afschaffing van het organieke criterium voor samenwerking en op een terugdringing van de vrijheid die de lidstaten nu hebben. Van de EU als geheel – dus de eerste en derde pijler samen – wordt een versterking van de grip op de samenwerking verwacht in de vorm van wetgevend ingrijpen en controle op de lidstaten. Vooral harmoniserende maatregelen zijn nodig om de samenwerking in goede banen te leiden. In afwijking van de ontwikkelingen in de derde pijler is daarbij niet gekozen voor 'wederzijdse erkenning' als dragend concept van samenwerking, maar voor een behoud van de thans nog geldende uitgangspunten. Dat betekent dat er wordt samengewerkt tussen 'verzoekende' en 'aangezochte autoritei-

ten' in plaats van dat 'uitvaardigende' autoriteiten 'bevelen' geven aan 'uitvoerende autoriteiten'.

Verschillende keuzes van lidstaten voor straf- en/of bestuursrechtelijke handhaving mogen als zodanig geen reden meer tot weigering van de samenwerking zijn. Het organieke criterium voor samenwerking wordt afgeschaft; het aantal weigeringsgronden fors verminderd. Directe samenwerking tussen 'bestuurlijke' en 'strafrechtelijke' autoriteiten moet mogelijk worden gemaakt. In die zin is de van de staten verlangde mate van erkenning hoger dan nu. Het is nodig dat voor zowel de eerste als de derde pijler een uniforme regeling voor grensoverschrijdende samenwerking tot stand wordt gebracht. Deze regeling bewerkstelligt in ieder geval dat al voorhanden zijnde handhavingsinformatie tussen bestuurlijke en justitiële autoriteiten uit verschillende landen kan worden uitgewisseld. Daarbij dient men wel te blijven binnen de grenzen van het op supranationaal niveau te formuleren ambtsgeheim en de regels inzake de bescherming van persoonsgegevens (harmonisatie).

Wanneer er wordt verzocht om het stellen van onderzoekshandelingen gelden verdere aanvullingen. Uitgangspunt blijft dat men niet om handelingen mag verzoeken die men zelf ook niet zou mogen verrichten. Op haar beurt is de aangezochte autoriteit niet gehouden tot het verrichten van handelingen waartoe ze zelf niet bevoegd is, met de kanttekening dat het strafrechtelijke, dan wel bestuurlijke doel als zodanig geen rol meer speelt.

Voor bepaalde handelingen gelden aanvullende normen die op Europees niveau worden gedefinieerd (harmonisatie). Vooral bij de meest ingrijpende onderzoekshandelingen, waaronder ik de heimelijke onderzoeksmethoden (telefoontap en dergelijke) en de klassieke dwangmiddelen vat, moet worden bewerkstelligd dat vóórdat het verzoek de deur uitgaat, al in de verzoekstaat een volle rechterlijke evenredigheidstoets is verricht. *Toetsmomenten* en *toetsmaatstaven* moeten worden geharmoniseerd. De vertrouwensregel wordt zo in betere banen geleid dan nu; de systeembreuk, die ertoe leidt dat niet noodzakelijk op enig moment door de verzoekende, dan wel de aangezochte staat op abstract-wetgevend en/of concreet-operationeel niveau een volledige evenredigheidstoets wordt verricht, wordt voor dit type handelingen grotendeels opgeheven (paragraaf 7.2.2). Voor andere typen onderzoekshandelingen, in het bijzonder die waarbij actieve medewerking van de betrokkene wordt verlangd, is deze zware procedure niet nodig.

In de aangezochte staat zal het verzoek zonder veel omhaal moeten kunnen worden uitgevoerd, als de uitvoerende autoriteit zelf tot de verlangde handeling bevoegd is (paragraaf 7.2.3). Uitvoerige toetsing is niet meer vereist. De zojuist verwoorde geharmoniseerde toetsmaatstaven in de vorm van het ambtsgeheim en het specialiteitsbeginsel bieden in beginsel voldoende duidelijkheid over het verdere gebruik en de verdere verstrekking van de gegevens. Voor de ingrijpende onderzoekshandelingen moet echter in de aangezochte staat aan het einde van de rit, dus kort voordat de gegevens aan het buitenland worden verstrekt, een rechtsingang worden geboden voor de door de onderzoekshandelingen *direct* geraakte personen. Dat zullen vaak derden zijn die in de procedure ten gronde geen rol meer spelen. Opnieuw is dit een harmonisatie van toetsmomenten en deels ook van toetsmaatstaven, die zich thans richt tot de aangezochte staat.

Op dit systeem is controle nodig. Deels vindt deze op nationaal niveau plaats, deels op supranationaal niveau. Op nationaal niveau heeft een verschuiving in verantwoordelijkheden plaats. Voortaan is de forumstaat, welke meestal (maar niet altijd) ook de verzoekende staat is, de staat die controle houden moet op de *procedure als geheel* én op het *geheel van* (fiscale, financiële en/of strafrechtelijke) *procedures*. Deze is daartoe in een veel betere positie dan de aangezochte staat. Juist wanneer meerdere procedures gelijktijdig worden gevoerd, is controle nodig. Die heeft in het bijzonder plaats door de creatie van nog weer een ander rechtsmiddel voor de ingrijpende onderzoekshandelingen, ditmaal in de forumstaat. Dit rechtsmiddel geldt in aanvulling op de, pas achteraf geboden, bescherming in de procedure ten gronde. Het kan worden aangewend door de personen op wie de gegevens betrekking hebben. Zo wordt hen een *effective remedy* in de zin van art. 13 EVRM geboden, ook in die gevallen waarin de uit op elkaar volgende of parallel lopende procedures verkregen gegevens kruislings worden gebruikt (paragraaf 7.2.4). Op supranationaal niveau komt het gehele systeem onder het vigerende communautaire toezichtmodel. De Europese Commissie houdt tweedelijnstoezicht op het systeem, terwijl het Hof van Justitie prejudiciële vragen moet kunnen beantwoorden (paragraaf 7.2.5).

Het voorgaande model dwingt, veel meer dan nu het geval is, de EU als geheel in een sturende, harmoniserende rol. Een geïntegreerde, pijleroverstijgende aanpak is nodig. Deels kunnen de voorstellen worden beschouwd als een alternatief voor de huidige discussies over de al dan niet strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsrecht. Ze dwingen, ter realisering van de Europese dimensie van de rechtshandhaving, de staten echter niet tot verplichte straf- of bestuursrechtelijke handhaving, maar beogen de samenwerking zelf te stroomlijnen. In afwijking van de ontwikkelingen in de derde pijler is daarbij niet gekozen voor 'wederzijdse erkenning' als dragend concept van samenwerking, maar voor een behoud van de thans nog geldende uitgangspunten. Wederzijds vertrouwen is een belangrijk uitgangspunt, maar ook niet meer dan dat.

Summary

Chapter 1 – Introduction
As a rule, the enforcement of EU law is a matter for the EU Member States, not for the European institutions. This is called indirect enforcement. It may take place by means of criminal law, administrative law and/or by other means. The choice is up to the Member States, under certain binding EU preconditions. In cross-border constellations indirect enforcement causes problems. The EU Member States may opt to apply different methods of enforcement. They are furthermore bound by state borders in the enforcement of their legal systems, including the European dimension of these systems. The latter includes, *inter alia*, the prevention of unfair tax competition or the creation of a European market for securities services.

Due to the public international law principle of sovereignty, states cannot just operate in the territory of another state. For this reason, cooperation with other states is essential. The present research focuses on the mutual relationships between two important instruments for cooperation: mutual administrative assistance (*bijstand*, *Amtshilfe*) and mutual judicial assistance (or assistance in criminal matters) (*rechtshulp*, *Rechtshilfe*). Briefly put, the first is geared towards cooperation between administrative authorities (for example, tax administrations or financial supervisory authorities) and the second is geared towards cooperation between judicial authorities (for example representatives of the Public Prosecution Service) from different countries. Administrative assistance is usually associated with administrative enforcement, while judicial assistance is usually associated with criminal enforcement.

The mutual relationship between the two instruments is controversial. The reasons for this may be found both at the national (*inner-state*) level and at the transnational (*inter-state*) level. National authorities perform tasks (often even through one single public authority) in the field of the implementation of the law (for example collecting taxes), in the field of supervision and in the field of imposing sanctions for infringements. This has certain advantages, for example that (valuable) expertise is combined, but it may also give rise to problems. For instance, the same information is often relevant for both the collection of taxes and for a criminal case connected with this. However, the various stages in, or of, legal enforcement are linked to different public powers, rights and duties of the citizen and legal protection mechanisms. For the collection of taxes the citizen is usually obliged to cooperate. He/she has to respond to requests for information from the tax administration. He/ she is also obliged to declare his/her entire income. However, under criminal (tax) law the citizen has the right to remain silent. Both for the public authority and for the citizen the question then becomes relevant of what should happen if these two conflicting starting points meet up: may the taxpayer refuse to provide information when he/she is also a suspect in a related criminal case? Or is he/she still obliged to provide information? Situations like these often take place in practice. The tax administration and the judicial authorities cooperate closely. At the national (*inner-state)* level alone, this already leads to less than transparent situations.

The problems increase when the authorities, making use of administrative and/or judicial assistance, cross the border. It is inherent in a system of indirect enforcement that there are differences between states. In some states the administration may for example deputize for the justice system by being allowed to itself impose (administrative or criminal) sanctions, while this may be prohibited in other states. In one country the administration and the judicial authorities are able to cooperate closely in order to fulfil their tasks, whereas in other countries this may be problematic due to an 'informational division of powers' or for other reasons, et cetera. That similar cases are dealt with similarly by the states is therefore by no means guaranteed. The international and European agreements in the field of administrative and judicial assistance have to take all these differences into account if at least also the European dimension of legal enforcement is to be realized. Practice gives off numerous signals based on which it may be questioned whether this is in fact truly the case.

The above leads to the following research question in Chapter 1, in which tax law and the supervision of financial acts have been chosen as the fields of research:

> 'To what extent do mutual administrative assistance and judicial assistance in criminal matters as forms of international cooperation tie in with the organization of law enforcement in the fields of taxes and financial services in the EU Member States?'

There are two starting points in this research. First of all it is assumed that the European Union is developing in fits and starts into a European legal area, which has had the particular consequence that the problem of transnational enforcement cooperation is not regarded here as just a matter for the cooperating states (the two-dimensional approach), but also for the citizens/companies involved and for the EU (four-dimensional approach). A second starting point is that where on the one hand indirect enforcement is the starting point in the EU, the agreements concerning cooperation should on the other hand be able in some way to deal with inter-state differences in the nature and organization of law enforcement, if at least actual cooperation is to be a possibility. Based on these two points the central research question has been broken down into four sub-questions:

> *1.* What influence does European (EC/EU) law currently have on the nature and organization of law enforcement in the fields of taxes and financial services and on the possibilities for transnational enforcement cooperation?
> *2.* What possibilities for transnational cooperation exist for the authorities that are entrusted with law enforcement in the fields of taxes and financial services in the different Member States? Can stagnations in this cooperation be explained (*law enforcement perspective*)?
> *3.* What is the legal position of the persons who are subject to jurisdiction in law enforcement in the fields of taxes and financial services and is this position also safeguarded in the transnational cooperation for enforcement purposes (*legal*

protection perspective)? Can differences in the legal position within the state and between the states be explained?
4. What alternatives are available in case shortcomings are found from the law enforcement or the legal protection perspective?

In Chapters 2 to 5 of this research the information is collected that is necessary to answer these research questions. This information on the one hand has to be sought in international – and mostly supranational – law and on the other hand in the legal systems of the Member States. In Chapter 2 it is examined what influence the international and supranational fora, especially the EU, exercise over the nature and organization of national law enforcement in the broad sense in the fields of taxes and financial services (i.e. including criminal law enforcement). Chapters 3, 4 and 5 concern Dutch, German and Swiss law consecutively. A comparison of laws is essential for this research.

The international and supranational rules and the three national legal orders are examined in accordance with three concepts, namely the rule of speciality (*specialiteitsbeginsel*), official or administrative secrecy (*ambtsgeheim*) and banking secrecy (*bankgeheim*). From the perspective of the *rule of speciality*[1] the many different tasks have been analyzed which the authorities involved have at national level in the field of the implementation of statutes, and of preventive and repressive law enforcement in the fields of taxes and financial services. By means of the perspective of *official secrecy* the mutual connections that exist between the national authorities can be made visible. Official secrecy plays an important normative role in the relationship between the administrative and the judicial authorities. It imposes limits on the exchange of information between them (or conversely does not), also where one authority has obtained the information from abroad by means of administrative or judicial assistance. *Banking secrecy* has been used as an illustration of the fact that the subjects of jurisdiction (banks) may take on many different capacities in their dealings with the authorities. Where their own taxation is concerned, for example, banks have a duty to supply information to the tax administration, but this is not always the case when they are approached by third parties concerning the tax affairs of their clients. Depending upon the capacity in which they are approached, their legal position is often different. The differences between the countries studied are major in this respect. This gives rise to complications in situations of cross-border cooperation.

Below I will first briefly discuss Chapters 2 to 5. However, in this summary, the emphasis will be on Chapters 6 and 7. In Chapter 6, the findings from the preceding Chapters are presented. In Chapter 7 the central research question is answered and recommendations are made. It has thereby been attempted to position these against the background of the developments in the field of cross-border cooperation that are currently taking place in Europe (mutual recognition, et cetera).

---

1 In the broad interpretation, this principle prescribes that government bodies can only act to fulfil the tasks which have been assigned to them and in the narrow interpretation that investigative powers can only be used for the specific ends for which they have been created.

Chapter 2 – International and supranational rules for cooperation
Chapter 2 focuses on the international and supranational rules concerning transnational enforcement cooperation in the fields of taxes, financial services and criminal law (the second sub-question). First it is examined which objectives the EC/EU has set for itself in the areas of financial services (Chapter 2.2), taxes (Chapter 2.3) and criminal law (Chapter 2.4) and what the consequences of this are for the nature and organization of national law enforcement. If 'Europe' forces the Member States to make choices in the organization of their law enforcement (for example the choice between criminal or administrative law enforcement) this indirectly also impacts on transnational cooperation. For the question of whether authorities will be able to cooperate it is in the first place the formal statute of the authorities that is decisive. In the case of administrative assistance in tax matters cooperation is arranged between the tax authorities (the Member States' tax administrations), while in the case of administrative assistance in financial matters the *financial supervisory authorities* cooperate, and in mutual judicial assistance, the *judicial authorities* are competent.

A *formal organic* criterion therefore to a great extent determines the possibilities for direct cooperation. Whether and if so, to what degree, Europe compels the Member States to make use of either criminal law enforcement or administrative law enforcement is therefore relevant. These matters are currently in considerable flux, as also evidenced by the judgment of the European Court of Justice in case C-176/03 concerning the criminal law harmonization powers of the EC in the field of criminal environmental law.

In addition to a description of the European influence on the nature and organization of law enforcement, the European rules for cross-border cooperation per area (financial administrative assistance, tax-related administrative assistance and judicial assistance in criminal matters) are outlined and mutual gaps and overlaps have been looked for. Thereby the question has not only been examined *what* exactly is included in the duty to cooperate and *which* authorities can cooperate exactly, but also *how far* this duty extends. For this reason, the grounds for refusal to cooperate for example have also been outlined.

It emerges from Chapter 2 that the international and supranational rules concerning cooperation in an EC/EU context cannot be viewed separately from the objectives which the Union pursues as an entirety. These have been laid down in Article 2 of the EU Treaty. Depending on the particular area involved (financial services, taxes or criminal law), and thus on national sensitivities, these objectives have been left to a greater or lesser extent to 'Brussels'. This is taken the furthest in the field of financial supervision, where a rather high degree of harmonization of the substantive and procedural rules in the field of financial (conduct) supervision has direct consequences for transnational cooperation. After all, where consensus already exists concerning the underlying rules, cooperation accordingly becomes easier. This is expressed in a broad duty to cooperate. Under criminal law and especially tax law this cooperation is much less smooth, although it appears that with the introduction of the principle of mutual recognition in criminal law a breakthrough is intended to be forced.

However, some essential choices are still left to the Member States, also in areas where the rule-making influence of Europe is considerable. Whether a Member State enforces by means of criminal law or administrative law, by means of punitive or non-punitive sanctions and whether the administration or the Public Prosecution Service should be entrusted with the task are choices which, also in the field of financial supervision, are up to the Member States to make. The judgment of the Court in case C-176/03 has not changed this (yet).

The foregoing presupposes that in transnational cooperation the differences between states have to be facilitated in order to prevent that cooperation remains limited to the greatest common denominator, or deteriorates into an opaque and thus unverifiable information exchange. Here great leaps could be made, in my opinion. The necessary framework for cooperation is presently provided by agreements in the field of administrative assistance and judicial assistance. The former is regarded as a subject in the first pillar, the latter as a subject in the third pillar. They are developed in different fora. Especially the organic criterion for cooperation simply leads to the opposite of what is argued in favour of here. After all, if one state enforces an act by means of administrative law, and an administrative authority is thus competent to cooperate, while another state deals with the same act by means of criminal law, and a judicial authority is therefore competent, this means that direct cooperation between the authorities is often impossible. The administrative authority is bound by administrative assistance and the criminal authority by judicial assistance. And yet, they are often to a large extent dealing with the same matters.

Added to this is the fact that the Member States in the further definition of their Community (and international) obligations to cooperate are left a very wide margin of discretion. Whether this involves the designation of the authorities that are competent to cooperate, the tasks which they fulfil, the handling of information or the powers which they have in respect of banks, nearly all these aspects are largely left to the national level. Coordination at EU level is virtually absent, certainly also in the field of the legal guarantees. Similar problems are moreover handled differently per sub-area or per pillar. It is therefore necessary to examine how the Member States deal with the discretion that is offered them. This is what Chapters 3 to 5 discuss.

Chapters 3 to 5 – The Netherlands, Germany and Switzerland

Chapters 3 to 5 consecutively deal with Dutch, German and Swiss law enforcement. Here the tasks, organizations, competences and possibilities for cooperation are examined of the financial supervisory authorities (in the Netherlands: the *AFM*, in Germany: the *BAFin*, and in Switzerland: the *EBK*), of the tax administrations (*Finanzbehörde*), and of the investigative and prosecuting authorities (mainly the Public Prosecution Service/*Staatsanwaltschaft*). The descriptions of the three legal systems mainly serve two purposes. On the one hand they intend to outline the (differences in) the nature and organization of national law enforcement in the fields of taxes and financial services (including criminal law enforcement) in order to be able to indicate the consequences of this for transnational cooperation; on the other hand the country reports serve to seek solutions at the *inner-state* level that may help

solve similar problems at the *inter-state* level. In this respect, Germany and Switzerland have been involved in this research for a clear reason, as law enforcement in these countries is organized in a similar way as in the EU. Both countries also have an indirect system of enforcement, in which federal matters, within certain federal preconditions, are enforced by the federal states or cantons.

In this summary, only the structure of these Chapters is summarized:

1. First, attention is paid to the tasks of the separate authorities and the way in which the supervision of this exercise of duties is shaped. Punitive enforcement and the mutual relationships between the judicial and the administrative authorities receive special attention, given the central research question. They also call for a discussion of the problems that arise when several tasks are combined within one authority. This is often the case in financial and fiscal law enforcement.[2] These problems may occur in different ways in different countries. The rule of speciality and its reverse side – the prohibition of the misuse of power (*détournement de pouvoir*) – determine the angle here. These principles may be more or less emphasized in the various legal orders. If they are stressed, the authorities' room for manoeuvre is limited, because the legislator – for example through duties to prosecute (principle of legality) – and/or the courts have already determined what acts are required to fulfil the designated tasks; if they are not stressed, the authorities enjoy greater freedom (and responsibility) in such matters. In Chapters 3.2, 4.2 and 5.2 it is examined how the authorities are instructed.
2. After this, the investigative powers are outlined per country and per different authority. It is examined which powers are available per concrete task, centred round the bank's perspective. The bank may be approached as the 'subject of the investigation' (suspect, tax payer, supervised party), but also as a third party. Depending on this, the bank's legal position is different every time. For this reason, the possibility of the improper use or even abuse of powers is particularly present for banks. Are the distinctive rights and duties not, either consciously or unconsciously, played off against each other (Chapter 3.3, 4.3 and 5.3)?
3. The three Chapters subsequently discuss the possibilities for *inner-state* cooperation between the authorities. On the one hand, it can be concluded that in the legal orders studied cooperation is considered necessary for effective law enforcement, while on the other hand the danger again arises of a circumvention of legal guarantees. Official secrecy and the speciality rule play an important normative role here (Chapters 3.4, 4.4 and 5.4).
4. The final section of the country reports concerns the national rules on *inter-state* cooperation. Thereby a distinction is made per authority between its position as a requested and as a requesting authority. It is examined to what extent the nature and the organization of national law enforcement fits in with the prevail-

2 In the Dutch legal order this specific problem is known as the problem of 'sfeercumulatie' (literally: a cumulation of different legal spheres).

ing distinction between administrative assistance and judicial assistance, which is based on an organic criterion and leaves considerable freedom to states. May requests for administrative assistance for example also serve criminal investigative purposes? Or may information that has been obtained by means of judicial assistance be used for supervisory purposes? The complex relationships between the administrative and the judicial authorities, punitive sanctioning, the possibilities for simultaneous investigations by them, etc. have a complicating effect here. On the one hand, this may have the result that cooperation with foreign authorities does not materialize, but on the other hand it is quite possible that cooperation does take place. In the latter case, it becomes interesting to examine how the supervision of transnational government actions should be realized. Should differences between states be recognized here without further questioning or should an intensive test be applied and/or cooperation even be refused, precisely because of these differences (Chapters 3.5, 4.5 and 5.5)? This brings us to Chapter 6.

Chapter 6 – Transnational information exchanges from a comparative perspective
As has been said, this summary's main focus will be on Chapter 6. What are the conclusions that the preceding Chapters lead to? Both between the countries researched and within them, quite a few differences exist between law enforcement in the fields of taxes and of financial services as to the tasks which the authorities in question are charged with and their tasks in the field of preventive and repressive enforcement. Nevertheless, in all three examined countries the close ties between the administration and the Public Prosecution Service keep conspicuously coming to the fore. Sometimes the administration, either within or outside the context of criminal law, acts as an alternative to the judicial authorities ('the administration as the *imposer of sanctions*'), at other times it performs investigative tasks under the authority of the Public Prosecution Service ('the administration as a *second'*) and at yet other times it functions as the provider of leads by bringing cases to the attention of the Public Prosecution Service ('the administration as the *provider of leads*'). In nearly all cases the administration fulfils preventive or repressive investigative tasks ('the administration as the *investigator'*). In the three countries studied, each of the following possibilities can be seen to occur:

1. the administration is entrusted with the monitoring of compliance with the regulations (preventive enforcement), and
2. it can be obliged or considered competent to report violations to the Public Prosecution Service, where its role ends, and/or
3. it can be entrusted with investigating possible violations (repressive enforcement), either in the criminal justice process as an investigative service under the authority of the Public Prosecution Service or as a deputy of that Service, or independently in a different procedure that may or may not be geared towards the imposition of punitive sanctions, and/or
4. it is entrusted with making the decision following the investigation (imposition of sanctions), either in the framework of a criminal investigation, or in a different

procedure that may or may not be geared towards the imposition of punitive sanctions.

The above understandably compels the authorities at national level to maintain continuous contact. This is always the case in tax law, but increasingly also in financial law. This draws the attention towards the problem of the *cumulation of spheres* (i.e. the situation in which multiple tasks are carried out at the same time by the same authority or by several authorities in close cooperation) both at *inner-state* and *inter-state* level. The core problem in such situations lies in the regulation of the broad discretion which the authorities enjoy. This should not result in arbitrariness, due to the fact that, regardless of which task is fulfilled, use is made of the administrative law range of competences this time and of that of criminal law competences the next. This would easily lead to a high degree of merging of the closely related, but distinguishable spheres and possibly to abuse. Consequently, a problem in all three countries studied is how the supervision of shifts in procedure should be shaped. First and foremost it would seem to be a requirement that the authorities are forced to account for the choices made (transparency) (section 6.2.5).

What do the close and yet always different relationships between the administrative and judicial authorities in cross-border cases lead to? This is considered in sections 6.3 and 6.4, which essentially answer the second and third research questions formulated above. In section 6.3 the focus is on the law enforcement perspective. As has also already emerged from Chapter 2, two factors currently cause cross-border enforcement cooperation to meet with obstacles that are unnecessarily impeding for this cooperation and that fail to fulfil tax and financial enforcement interests which have after all acquired a European dimension. These two factors are the organic criterion for cooperation and the broad margin of discretion which is left to the Member States. Especially the organic criterion causes problems. Differences in choices between criminal law or administrative law enforcement, in the definition of the monitoring of compliance and investigation, in the position of other punitive modalities of dealing with cases than criminal modalities (punitive administrative law in the Netherlands, *Ordnungswidrigkeitenrecht* in Germany, *Verwaltungsstrafrecht* in Switzerland), and in the appreciation of the problem of the cumulation of spheres result in the fact that what in one state is obviously 'judicial assistance', is without a doubt 'administrative assistance' in another.

Therefore, it does not come as a surprise that the distinction between administrative assistance and judicial assistance is currently being put in perspective in numerous ways. Examples of this may be found in the expansion of the scope of application of administrative assistance to (the early stages of) criminal law investigation, in the expansion of judicial assistance to the *Ordnungswidrigkeit*-like group, i.e. administrative monetary sanctions that may be appealed against to a court that is also competent to hear criminal cases, in the duty to provide tax assistance in cases of tax fraud in relations with Switzerland and in relaxations of official secrecy and the rule of speciality. Finally, the organic criterion is easily circumvented where authorities are made competent in cases of both administrative and judicial assistance.

Summary

The *law enforcement perspective* must be supplemented with a *legal protection perspective* (the third research question). Do problems arise when the administrative and the judicial authorities do directly or indirectly cooperate? As we have just seen, the distinction between administrative and judicial assistance is already becoming blurred. In my view, what should be feared most is the circumvention of legal guarantees and silver platter situations (section 6.3.3.4). This, briefly put, means that the cooperating authorities circumvent the restrictions which the legislator of state A has imposed on its authorities, by approaching the authority in state B, that by contrast is competent to perform the requested acts, and asking it to provide these data. The information is then, as it were, presented to state A on a silver platter. How should this be considered in relation to the starting point that applies in the three countries that infringements of fundamental rights, which may be necessary for the gathering of evidence, can only take place to the extent that a statutory basis has been created for this? Does the present system provide answers here?

From section 6.4 it emerges that there are three reasons to remain watchful. The first is connected with inter-state mutual trust and with the rule of non-inquiry (section 6.4.1.2). This rule brings along that the requested state carries out requests for administrative or judicial assistance without performing an overly thorough check of the underlying information on which the request is based. This latter activity is, especially in continental Europe, regarded as a task for the requesting state. The question is how this rule should be made to correspond with another starting point of cooperation, namely that the authorities of the requested state are themselves fully responsible for all actions performed by them in the execution of requests for administrative or judicial assistance. The cooperating states have a horizontal relationship with each other. In my view, this responsibility implies that the requested state either itself carries out the proportionality test, which is, amongst others, required by Article 8 ECHR, or verifies that that test has actually been carried out in the other state. In practice, however, this is not always done, quite the opposite in fact. Trust is simply put in the authorities of the requesting state. This is dangerous, as this gives states an opportunity to hide behind each other, which simply results in reduced legal protection for the citizen. Illegalities are in this way effectively 'laundered'.

The second point is connected with this. Even if the requested authority verifies that a proportionality test has been performed in another state, this still does not necessarily mean that this is the same (or a similar) test as they would have performed themselves. States enjoy a large measure of discretion in shaping investigative powers, also in areas where European harmonization is widespread, like in financial supervision. Which restrictions of fundamental rights (and especially of Article 8 ECHR, which is the most relevant for banking secrecy) are permissible they still largely determine themselves. This leads to mutually different results, which may in and of itself each fulfil the requirements established by Article 8. However, these inter-state differences in *testing moments* and *testing standards* in situations of transnational cooperation can easily cause legal protection to fall between two stools. The result may be that no testing takes place in either country (or, conversely, that it takes place twice). This phenomenon has already been termed a system breach as far

back as 1983 (section 6.4.1.3)[3] and it still exists. The adverse consequences of this increase as the differences between the cooperating authorities increase. This is precisely the case when the distinction between administrative and judicial assistance becomes blurred.

The legal protection in the first stages of the investigation does not seem optimal therefore. If for this reason violations cannot be prevented, could these perhaps be verified afterwards and possibly be compensated for? How is the further use and provision of this information monitored anyway? This third point was the focus of section 6.4.2. Also as to this point there are gaps and duplications. On the one hand, this may be explained by the fact that the verification, if it takes place at all, is considered to be largely a matter for the information-providing authority. This authority, covered by official secrecy and/or a reservation of speciality, provides the information on the condition that its consent is requested for further transmission of the information or for its use for other purposes (*Prinzip der langen Hand*). On the other hand, the verifying authorities of the last-mentioned state do not always interpret their verifying duties very broadly, as demonstrated by the KB Lux affair. Here, many Dutch courts actually restricted themselves to verifying the fairness of the *procedure as a whole*, without also checking *the whole of the* (criminal and tax) *procedures*. The in my eyes odd result of this is that the check was actually carried out by the authority that is least well placed to perform it. After all, the requested state usually, precisely because of the rule of the non-inquiry, has far less knowledge of the dossier than the authorities of the requesting state, to whom the requesting authorities are ultimately accountable. The cooperating authorities are thus not exactly compelled to transparency. Especially this supervision of procedural shifts is, however, as I have already argued above, extremely important, particularly in cases of the cross-border *cumulation of spheres*.

Chapter 7 – Answers to the research question and recommendations

After the analysis in Chapter 6 of the research outcomes found in Chapters 3 to 5, the central research question is answered in Chapter 7 and several recommendations are made. Given the findings of Chapter 6, my answer to the central research question is that the distinction between administrative and judicial assistance does not suffice (anymore). On the one hand, it fails to do justice to the existing differences within the EU in the nature and organization of law enforcement in the field of taxes and finances, including their criminal law enforcement. On the other hand, it offers too little protection in cases in which cooperation is actually possible. For this reason, I argue in favour of a number of adjustments to the system. These adjustments have to be geared towards:

1. realizing a high degree of cooperation by enabling direct cooperation between 'administrative' and 'criminal' authorities, but *only* if attention is also paid to:
2. combating the adverse effects of the rule of trust,
3. reducing the adverse effects of the breach of system.

3 Orie (1983).

Summary

The proposed adjustments, which are limited to the EU and do not regard Switzerland, are geared towards the abolishment of the organic criterion for cooperation and the restriction of the freedom which the Member States currently enjoy. Of the EU as a whole – i.e. the first and the third pillar together – it is expected that the grip on cooperation is reinforced in the shape of legislative intervention and supervision of the Member States. Especially harmonizing measures are necessary to steer cooperation in the right direction. Differently from the developments in the third pillar, it is hereby not elected to take 'mutual recognition' as the supporting concept of cooperation, but to retain the starting points as they still apply now. This means that cooperation takes place between 'requesting' and 'requested authorities' instead of 'issuing' authorities sending 'warrants' or 'orders' to 'executing authorities'.

Different choices by Member States in favour of criminal and/or administrative law enforcement may no longer as such be a reason to refuse cooperation. The organic criterion for cooperation should be abolished; the number of grounds for refusal be reduced considerably. Direct cooperation between 'administrative' and 'criminal' authorities has to be made possible. In that sense, the measure of recognition expected from the states is greater than it is now. It is necessary that for both the first and the third pillar uniform rules for cross-border cooperation are established. These rules should in any case ensure that enforcement information that is already available can be exchanged between administrative and judicial authorities from different countries. In this, the boundaries of official secrecy (as it is to be defined at supranational level) and the rules concerning the protection of personal data (harmonization) have to be respected.

When the performance of investigative acts is requested further supplemental adjustments apply. The starting point remains that it is not allowed to request acts which the authority in question would not be allowed to perform itself. In its turn, the requested authority is not bound to perform acts for which it is not competent; however, it should be added that the criminal or administrative purpose as such no longer are a factor of importance.

For certain acts additional rules apply that are defined at European level (harmonization). It must especially be ensured for the most invasive investigative acts, among which I include the covert methods of investigation (telephone taps and the like) and the classic measures of coercion, that, before the request is issued, a full judicial proportionality test is performed in the requesting state. These measures are only allowed for punitive purposes, as defined by the European Court of Human Rights. *Testing moments* and *testing standards* have to be harmonized.[4] In this way, the rule of non-inquiry is steered in a better direction than it is now. Differences between legal systems, which nowadays can have the result that a full proportionality test is not performed at the abstract/legislative level and/or the concrete/operational level, are largely neutralized for this type of acts, assuring full legal protection in inter-state cases (section 7.2.2). For other types of investigative acts, especially

4 The moments and standards are worked out in more detail in Chapter 7. They are, for the sake of conciseness not repeated here.

those for which the active cooperation of the person involved is required, this heavy procedure is not necessary.

It is important that the request can be further executed without much ado in the requested state (section 7.2.3). Elaborate testing should be brought to a minimum. The harmonized testing standards in the shape of official secrecy and the rule of speciality in principle offer sufficient clarity concerning the further use and the further transmission of the data. However, where the above-mentioned invasive investigative acts are concerned, at the end of the procedure, i.e. shortly before the information is transmitted abroad, legal recourse must be open to persons who are *directly* affected by the investigative acts. Such persons will often be third parties who no longer play a role in the procedure on the merits. Again this is an instance of harmonization of testing *moments* and partly also of testing *standards*, which in this case is addressed to the requested state.

This system has to be subject to supervision. This takes place partly at national level and partly at supranational level. At national level a shift in responsibilities must take place. The forum state, which in most cases (but not always) is also the requesting state, should be the state that supervises the *procedure as a whole* and the *whole of the* (tax, financial and/or criminal law) *procedures*. This state is much better placed to carry this out than the requested state. Especially where several procedures are carried out simultaneously, supervision is necessary. This in particular takes place through the creation of yet another form of legal recourse for the invasive investigative acts, this time in the forum state. This means of legal recourse applies in addition to the protection which is often provided afterwards in the procedure on the merits. It can be resorted to by persons to whom the information pertains. In this way, they are offered an effective remedy as referred to in Article 13 ECHR, also in cases in which the information obtained from consecutive or parallel procedures is used crosswise (section 7.2.4). At supranational level the entire system is made subject to the applicable model of Community supervision. The European Commission has the second-line supervision of the system, while the Court of Justice has to be able to answer requests for preliminary rulings (section 7.2.5).

The above model, much more than is currently the case, forces the EU as a whole into a steering, harmonizing role. An integrated, pillar-transcending approach is needed. This model can partly be regarded as an alternative to the current debate concerning the criminal law enforcement of Community law. It does not however, for the purpose of realizing the European dimension of law enforcement, force the states to compulsorily apply criminal law and/or administrative law enforcement, but aims to streamline the cooperation itself. Differently from the developments in the third pillar, it is hereby not elected to take 'mutual recognition' as the supporting concept of cooperation, but to retain the starting points as they still apply now. Mutual trust is an important starting point, but at the same time it is no more than that.

Lijst van aangehaalde literatuur

Ackermann, Jörg-Beat & Stefan Ebensberger, 'Der EMRK-Grundsatz 'ne bis in idem' – Identität der Tat oder Identität der Strafnorm?', *AJP/PJA* 1999, p. 823-836.

Aepli, Michael, *Die strafprozessuale Sicherstellung von elektronisch gespeicherten Daten* (diss. Zürich), Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2004.

Agner, Peter, e.a., *Kommentar zum Gesetz über direkte Bundesteuer (DBG)*, Zürich: Schulthess 1995.

Albers, C.L.G.F.H., *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten: balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Althaus, A., *Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle* (diss. Bern), Bern: Stämpfli 1997.

Althaus, A., *Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle*, Bern: Stämpfli 2001.

Althaus, Anette, 'Internationale Amtshilfe als Ersatz für die internationale Rechtshilfe bei Insiderverfahren?', *AJP/PJA* 1999, p. 929-945.

Arendsen de Wolff, R.J.G. & L.C.A. Wijsman, 'Het internationale vertrouwensbeginsel in belastingzaken', *WFR* 2005, p. 1434.

Arzt, Gunther, 'Strafbarkeit juristischer Personen: Andersen, vom Märchen zum Alptraum', *SZW* 2002, p. 226-235.

Assmann, H.D., & U.H. Schneider (red.), *Wertpapierhandelsgesetz – Kommentar*, Keulen: Schmidt 2003.

Aubert, M./J.Ph. Kernen/H. Schönle, *Das schweizerische Bankgeheimnis*, Bern: Verlag Stämpfli AG & Cie 1978.

Auer, Christoph, 'Das Verhältnis zwischen Nachsteuerverfahren und Steuerstrafverfahren, insbesondere das Problem des Beweisverwertungsverbots', *ASA* 1997, p. 1-20.

Baaijens-van Geloven, Y.B.M., & J.B.H.M. Simmelink, 'Normering van de opsporing', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen – Derde interimrapport Sv 2001*, Deventer: Kluwer 2002.

Baaijens-van Geloven, Y.G.M., 'De rechtsgevolgen (sanctionering) van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording: eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer, 2004.

Baaijens-van Geloven, Y.G.M., 'Strafvordering en rechtshulp', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken – Tweede interimrapport Sv 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Baauw, P.J., *Eerlijke berechting en bijzonder straf(proces)recht* (oratie Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1999.

Baauw, Peter, 'Ne bis in idem', in: B. Swart & A. Klip (eds.), *International criminal law in the Netherlands*, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1997.

Bakker, E.C.A., 'Het una via-beginsel in fiscalibus: leuker kunnen we het niet maken, wel moeilijker', in: M. Moerings, C.M. Pelser & C.H. Brants (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999.

Bannenberg e.a., *Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens*, München: 2001.

Barkhuysen, T., 'Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van art. 8 EVMR?', *NTB* 2002, p. 236-241.

Behnisch, Urs R., *Das Steuerstrafrecht im Recht der direkten Bundessteuer*, Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG 1991.

Behnisch, Urs R, 'Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte erklärt die Mitwirkungspflicht im Steuerhinterziehungsverfahren als EMRK-widrig', *ASA* 2004, p. 855 e.v.

Behnisch, Urs R., 'Auswirkungen der Bilateralen II auf das schweizerische Steuerrecht', *AJP/PJA* 2005, p. 947-953.

Behnisch, Urs R./Roger M. Cadosch, DBG, *Gesetz über die direkte Bundessteuer: Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*, Zürich: Orell Füssli 2004.

Behnisch, Urs, 'Die Verfahrensmaximen und ihre Auswirkungen auf das Beweisrecht im Steuerrecht (dargestellt am Beispiel der direkten Bundessteuer)', *ASA* 1987, p. 577-643.

Beijer, A., e.a., *De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden – eindevaluatie*, Meppel: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Berge, J.B.J.M. ten, 'Guldemond – Noordwijkerhout' en 'Loosdrechtse Plassenschap', in: F.H. van der Burg, P.J.J. van Buuren, J.H. van der Veen, *AB Klassiek*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Bernasconi, Paolo, 'Neue Normen, neue Verantwortlichkeiten im schweizerischen Industrie-, Handels-, Banken- und Revisionsbereich', *ZSR* 1999, p. 155-185.

Bernasconi, Paolo, 'Bankbeziehungen und internationale Rechtshilfe in Strafsachen', *SZW/RSDA* 1995, p. 63-71.

Bernasconi, Paolo, 'Schweizerisches Bankgeheimnis und ausländischer Fiskus im Rahmen der internationalen Rechts- und Amtshilfe', *STR* 2000, p. 702-705.

Besson, P.A., *Das Steuergeheimnis und das Nemo-tenetur-Prinzip im (steuer) strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Frankfurt am Main: Peter Lang 1997.

Beulke, Werner, *Strafprozeßrecht*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2002.

Beusch, M., 'Auswirkungen der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV auf den Rechtsschutz im Steuerrecht', *ASA* 101 (2005), p. 709-754.

Blesinger, K., 'Das Steuergeheimnis im Strafverfahren (Teile 1 und 2)', *wistra* 1991, p. 239-245 en 294-299.

Blok, Peter Hendrik, *Het recht op privacy: een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en Amerikaanse recht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2002.

Blomberg, A.B., 'Handhaven binnen EVRM-grenzen', in: T. Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom 2004.

Blomberg, A.B., 'Toezicht en 'opsporing' in het punitieve bestuursrecht', *Strafblad* 2005, p. 409-421.

Blumenstein, Ernst & Peter Locher, *System des schweizerischen Steuerrechts*, Zürich: Schulthess 2002.

Boer, J. den, R.J. Koopman & P.J. Wattel, *Fiscaal commentaar, Algemeen belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Boer, P. den, 'Het multilaterale bijstandsverdrag', *MBB* 1988, p. 82-86.

Bohnert, Dieter, 'Germany', in: IFA, *International mutual assistance through exchange of information*, Deventer [etc.] : Kluwer Law and Taxation Publishers 1990.

Bont, G.J.M.E. de, 'Aanpassingen in de Wet op de internationale bijstandsverlening', *MBB* 2002, p. 109-114.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Boos, H., R. Fischer & H. Schulte-Mattler (red.), *Kreditwesengesetz (KWG), Kommentar*, München: Beck 2000.

Borgers, M.J., 'Harmonisatie van het strafrecht in de context van de Eerste Pijler', rubriek rechtspraak *DD* 2006, 7, p. 76-99.

Bosch, Nikolaus, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht* (diss. Augsburg), Berlijn: Duncker & Humblot 1998.

Böse, M., 'Die Verwendung im Ausland gewonnener Beweismittel im Deutschen Strafverfahren', *ZStW* 2002, p. 148-182.

Brants, C.H., Procedural safeguards in the European Union: Too little, too late?', in: J.A.E. Vervaele (red.), *European Evidence Warrant*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 103-120.

Breitenmoser, Stephan, 'Amts- und Rechtshilfe im Rahmen der 'Bilateralen II'-Verträge', *AJP/PJA* 2005, p. 929-940.

Brock, Rüdiger, *Der zwischenstaatliche Auskunftsverkehr innerhalb der Europäischen Union auf der Grundlage des EG-Amtshilfe-Gesetzes bei den direkten und indirekten Steuern* (diss. Hamburg), Frankfurt am Main: Peter Lang 1998.

Broe, L. de & H. van den Keybus, 'Internationale administratieve en gerechtelijke bijstand in fiscaal-strafrechtelijke procedures inzake inkomstenbeslasting?', in: Joseph, G. e.a. (red.), *Het Belgisch internationaal belastingrecht*, Deurne: Kluwer rechtswetenschappen 1993.

Brouwer, D.V.A., *Dwangmiddelen in bijzondere wetten* (diss. Groningen), Deventer: Gouda Quint 1999.

Brun, Theobald Tsoe Ziu, *Die Beschlagnahme von Bankdokumenten: in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen* (diss. Zürich), Zürich: Schulthess 1996.

Brüning, J., *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Baden-Baden: Nomos 2005.

Burgy, Patrick & Thomas Jaussi, 'EU-Zinsenbesteuerung, Verrechungssteuer und schweizerische Zahlstellensteuer', *STR* 2002, p. 438-456.

Burgy, Patrick & Thomas Jaussi, 'Die neue schweizerische 'Zahlstellensteuer' – Qualifikation und Auswirkungen auf die schweizerischen Zahlstellen', *STR* 2003, p. 582-597.

Buruma, Y., 'Dwangmiddelen volgens Strafvordering 2001: het derde interim-rapport', *DD* 2002, p. 237-260.

Buruma, Y., 'Acht nieuwe wetten: de zin en onzin van gegevensbescherming', *DD* 2004, p. 665-675.

Buruma, Y., 'Radikale Toleranz – Auf dem Weg zu einem zweidimensionalen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts', *ZStW* 2004, p. 424-435.

Buruma, Y., *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993.

Carl, D. & J. Klos, *Leitfaden zur internationalen Amts- und Rechtshilfe in Steuersachen*, Berlijn: Herne [e.a.]: Verl. Neue Wirtschafts-Briefe 1995.

Carl, D. & J. Klos, (*1995b*), 'Informationssammlung durch das neue Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel zur Insiderbekämpfung', *wistra* 1995, p. 10-18.

Carl, Dieter & Joachim Klos, *Bankgeheimnis und Quellensteuer im Vergleich internationaler Finanzmärkte*, München: Beck 1993.

Cleiren, C.P.M., 'Artikel 1 Sv', in: A.L. Melai en M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van strafvordering* (losbladig), Arnhem: Gouda Quint.

Coljé, Hugo, *Het toezicht op de banken in Nederland*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf 1988.

Commissie Franken (voluit: Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk), *Rapport Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mei 2000.

Commissie Marty (voluit: Expertenkommission für ein Bundesgesetz über Steuerstrafrecht und internationale Amtshilfe in Steuersachen), *Bericht der Expertenkommission für ein Bundesgesetz über Steuerstrafrecht und internationale Amtshilfe in Steuersachen vom Oktober 2004*, Bern: 2004.

Commissie Mevis (voluit: Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij), *Gegevensvergaring in strafvordering: nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek*, 2001.

Commissie Michiels (voluit: Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke handhaving), *Handhaven op niveau*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998

Commissie Swart (voluit: Commissie tot bestudering van de positie van verdachten en andere belanghebbenden in de internationale strafrechtelijke samenwerking), *Individu en internationale rechtshulp in strafzaken*, 's-Gravenhage: [] 1993.

Commissie Zimmerli (voluit: Expertenkommission Finanzmarktaufsicht), *Integrierte Finanzmarktaufsicht (gesetzgeberische Folgearbeiten zum Schlussbericht der Expertengruppe Finanzmarktaufsicht; Bericht Zufferey) I. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission*, []: 2003.

Committee on Fiscal Affairs OECD, *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, OECD 2000.

Corstens, G.J.M., 'Europa in opmars in het strafrecht via kaderbesluiten èn richtlijnen', *NJB* 2005, p. 2357.

Corstens, G.J.M. & M.I. Veldt-Foglia, 'Communautarisering van het straf- en strafprocesrecht', *DD* 2003, p. 103-177.

Corstens, G.J.M., 'Bestuurlijke boeten in de vierde tranche Awb', *NJB* 2000, p. 1185-1190.

Corstens, G.J.M., 'Bestuurlijke boetes, in het bijzonder in het financiële recht', *SEW* 2001, p. 242-246.

Corstens, G.J.M., 'Criminal law in the first pillar?', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2003, p. 131-144.

Corstens, G.J.M., *Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving?* (preadvies NJV), Handelingen 1984 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel I, eerste stuk, Zwolle 1984.

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

Corstens, G.J.M., *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Corten, P.E.B., & J. Mouthaan, 'De onderzoeksbevoegdheden van de STE' (I en II), *Bank- en Effectenbedrijf* april 1998, p. 20-25, en mei 1998, p. 24-28.

Corts, Jochen & Hans Hege, 'Die Funktion des Tatverdachts im Strafverfahren (deel 1)', *JA/Juristische Arbeitsblätter: für Ausbildung und Examen* 1976, p. 303-308.

Corts, Jochen & Hans Hege, 'Die Funktion des Tatverdachts im Strafverfahren (deel 2)', *JA/Juristische Arbeitsblätter: für Ausbildung und Examen* 1976, p. 379-386.

Dane, N.M., 'Nederland', in: J.A.E. Vervaele & A.H. Klip (red.), *Administratieve en strafrechtelijke samenwerking inzake fraudebestrijding tussen justitiële en bestuurlijke instanties van de EU-lidstaten*, Den Haag: WODC 2001.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Daniels, A.H.M. e.a., *Fiscale informatie-uitwisseling over de grenzen* (preadviezen NOB), Deventer: Kluwer 1990.

Daniels, A.H.M., 'De inlichtingen- en inzageplicht in internationale verhoudingen', *WFR* 1986, p. 213-224.

Daniels, A.H.M., *De grensoverschrijdende gegevensuitwisseling door belastingadministraties*, Deventer: FED 1987.

Dannecker, G, 'Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland', in: H.B. Wabnitz/T. Janovsky (red.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, München: Beck 2000.

Dannecker, G., 'Der Schutz der Beteiligten beim internationalen Auskunftverkehr in Steuerstrafsachen', *StVj* 1990, p. 124-145.

Dannecker, G., 'Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Kooperation von Behörden und Unternehmen im Lebensmittelrecht', *ZLR* 1993, p. 251-282.

De Blieck, L.A. e.a, *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2004.

De Hert, P., 'Het einde van de Europese rechtshulp – De geboorte van een Europese horizontale strafprocesruimte', *JV* 2004, p. 96-118.

Del Ponte, C./V. Rosacher/F. Bänziger, 'Die Zusammenarbeit von Bund und Kantonen in Fällen von Bundesgerichtsbarkeit und im Bereiche der Drogenkriminalität', *ZStR* 1998, p. 349-366.

Delmas-Marty, M. & J.A.E. Vervaele (red.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Vol. I, Antwerpen/Groningen/Oxford: Intersentia 2000.

Denys, L.A., 'De grensoverschrijdende informatieuitwisseling tussen belastingadministraties en de aanwending ervan voor strafrechtelijk onderzoek', in: M. Rozie (ed.), *Fiscaal Strafrecht en Strafprocesrecht*, Gent: Mys & Beersch 1996.

Doelder, H. de, 'Grenzen tussen administratief en gerechtelijk onderzoek', in: J.A.E. Vervaele (red.), *Transnationale handhaving van de financiële belangen van de Europese Unie*, Intersentia: Antwerpen 1999.

Donatsch, A/U. Weder/C. Hürlimann, *Die Revision des Zürcher Strafverfahrensrecht vom 27. Januar 2003*, Zürich: Schulthess 2005.

Donatsch, Andreas, 'Das Schweizerische Strafprozessrecht', *SJZ* 2004, p. 321-328.

Donatsch, Andreas, 'Verbot der Verpflichtung zur Selbstbelastung im Steuerhinterziehungsverfahren. Bemerkungen zum Urteil des EGMR vom 3. Mai 2001 i.S. J.B. C. Schweiz, Beschwerde no 31827/96', *ST* 2001, p. 717-719.

Donatsch, Andreas, 'Zum Verhältnis zwischen Steuerhinterziehung und Steuerbetrug nach dem Steuerharmonisierungs- und dem Bundessteuergesetz (unter besonderer Berücksichtigung der Konkurrenzfragen sowie des Grundsatzes 'ne bis in idem')', *ASA* 1991, p. 289-321.

Doorenbos, D.R., 'Fiscale rechtshulp in Benelux-verband', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en recht* (Keijzer-bundel), Deventer: Gouda Quint 2000.

Doorenbos, D.R., *Financieel strafrecht: een studie inzake strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften uit de bank- en effectenwetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1992.

Duijkersloot, A.P.W, 'De introductie van de bestuurlijke boete en de dwangsom in de financiële toezichtswetgeving', *NTB* 1998, p. 199-209.

Duk, W., *Recht en slecht – Beginselen van een algemene rechtsleer*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Ehrenzeller, B., e.a. (red), *Die Schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, Lachen: Dike Verlag 2002.

Eichenberger, Evelyn, 'Nachsteuer- und Steuerstrafverfahren unter dem Apekt der Unschuldsvermutung', *STR* 1999, p. 9-24.

Eidam, L., 'Neuere Entwicklungen um den Grundsatz der Selbstelastungsfeiheit und das Rechtsinstitut der Selbstanzeige im Steuerstrafverfahren', *wistra* (2006), p. 11-14.

Embregts, M.C.D., *Uitsluitsel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

Engelen, P.B., 'Internationale inlichtingenuitwisseling: kan spontaan verplicht zijn?', *WFR* 1991/418.

Erasmus Universiteit, faculteit rechtsgeleerdheid, sectie strafrecht, *Evaluatie Wet herziening GVO (fase 2)*, Den Haag: WODC 2004.

Eser, Albin, Otto Lagodny & Christopher L. Blakesley (red.), *The individual as subject of international cooperation in criminal matters*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2002.

Expertenkommission Steuerharmonisierung (voluit: Konferenz Staatlicher Steuerbeamter/Kommission Steuerharmonisierung), *Nachsteuer- und Steuerstrafrecht – Bericht einer Expertenkommission an den Regierungsrat des Kantons Zürich vom 5. Januar 1994*, Muri/Bern: Cosmos 1994.

Feteris, M.C.W., *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces*, Deventer: Kluwer 2002.

Feteris, M.W.C. & R.N.J. Kamerling, 'Rechtsbescherming tijdens een belastingcontrole', *WFR* 1997, p. 1027-1036.

Figge, C., 'The European Conventions on Mutual Assistance in Criminal Matters and on Extradition and the Exchange of Information in Tax Matters', *Intertax* 1980, p. 86-96 en 130-139.

Fijnaut, C., e.a. (red.), *Schengen: proeftuin voor de Europese Gemeenschap?*, Arnhem: Gouda Quint/Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1992.

Fletcher, Maria, 'Extending 'indirect effect' to the third pillar: the significance of Pupino?', *European Law Review* 2005, p. 862-877.

Fokkens, .J.W, & W.J.V. Spek 'Het nemo teneturbeginsel en het Nederlandse straf(proces)recht', in: A.H.E.C. Jordaans e.a. (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Franken, A.A., *Voor de vorm* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom 2004.

Franzen, Klaus, Brigitte Gast-De Haan & Wolfgang Joecks, *Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten und Verfahrensrecht: Kommentar §§ 369-412 AO, §§ 32 ZollVG*, München: Beck 1996.

Gangemi, Bruno, 'General report', in: IFA, *International mutual assistance through exchange of information*, Deventer [etc.] : Kluwer Law and Taxation Publishers 1990.

Gerding, R.A.F., 'Protecting the financial interests of the EU through judical cooperation', in: J.A.E. Vervaele (red.), *European Evidence Warrant*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 19-32.

Glaser Tomasone, Helena, *Amtshilfe und Bankgeheimnis*, Zürich: Schulthess 1997.

Gless, S., 'Mutual recognition, judicial inquiries, due process and fundamental rights', in: J.A.E. Vervaele (red.), *European Evidence Warrant*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 121-130.

Gless, Sabine & John Spencer, 'Effizienz und Individualrechtsschutz im Dreiecksverhältnis der sonstigen Rechtshilfe', *StV* 2006, p. 269-274.

Gless, Sabine, 'Die 'Verkehrsfähigkeit von Beweisen' im Strafverfahren', *ZStW* 2003, 131-150.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Glutz von Blotzheim, Alexander M., 'Internationale Amtshilfe: die Übermittlung kundenbezogener Information aus dem Geheimbereich im Vorfeld ausländischer Strafverfahren am Beispiel des Insiderhandels', in: Patrick Sutter (red.), *Selbstbestimmung und Recht* (Rainer J. Schweizer-bundel), Zürich: Schulthess 2003.

Göhler, Erich, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – Kommentar*, München: Beck 1998.

Greiner, Monique Jametti, & Hanspeter Pfenninger, 'Der Schutz des schweizerischen Bankgeheimnisses im Abkommen zur Assoziierung der Schweiz an Schengen', *AJP/PJA* 2005, p. 159-171.

Gritter, E., G. Knigge & N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling*, Den Haag: WODC 2005.

Groenhuijsen, M.S. & G. Knigge, 'Afronding en verantwoording. Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording: eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004.

Groenhuijsen, M.S., 'De dreigende verdachtmaking van het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse strafprocesrecht', *DD* 2002, p. 437-445.

Groenhuijsen, M.S., 'Het vooronderzoek in strafzaken. De belangrijkste resultaten van het tweede jaar van het onderzoeksproject 'Strafvordering 2001', *DD* 2001, p. 251-263.

Groot, S.K. de, 'Art. 552h Sv', 'Art. 552m Sv' en 'Art 552oa Sv', in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer, *Strafvordering – Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2005.

Grundmann-van de Krol, C.M., *Koersen door het effectenrecht: beschouwingen omtrent Nederlands effectenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Grundmann-van de Krol, C.M., *Koersen door het effectenrecht: beschouwingen omtrent Nederlands effectenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Grüninger, Harold, & Andreas Keller, 'Switzerland', in: IFA, *International mutual assistance through exchange of information*, Deventer [etc.] : Kluwer Law and Taxation Publishers 1990.

Gruppe Zuffery (voluit: Expertengruppe Finanzmarktaufsicht), *Schlussbericht zur 'Finanzmarktregulierung und -aufsicht in der Schweiz'*, []: 2001.

Gyrr, Peter, *Die Besko – Eine Analyse der Steuerfahndung nach Art. 190 ff. DBG* (diss Basel), Bern [e.a.]: Verlag Paul Haupt 1996.

Habetha, J.W., 'Verwaltungsrechtliche Rasterfahndung mit strafrechtlichen Konsequenzen?', *WM* 1996, p. 2133-2140.

Hackner, Thomas, Otto Lagodny, Wolfgang Schomburg & Norbert Wolf, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Ein Leitfaden für die Praxis*, München: C.H. Beck 2003.

Haentjes, R.C.P., *Schets van het Nederlandse kleine rechtshulprecht in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

Haentjes, Rijnhard, 'Mutual assistance in criminal matters', in: B. Swart & A. Klip (eds.), *International criminal law in the Netherlands*, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1997.

Häfelin, Ulrich & Georg Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2002.

Häfelin, Ulrich & Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich: Schulthess 2001.

Happé, R.H., 'De inzageverplichting ter discussie: een voorstel tot verbetering van een gebrekkige rechtsgang', *WFR* 2001, p. 429-440.

Harteveld, A.E., & A.F. Stamhuis, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken – Tweede interimrapport Sv 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Hartmann, A.R., 'Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven?', *NJB* 2004, p. 1068-1073.

Hartmann, A.R., & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht, Bewijs in het bestuursstrafrecht, Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.

Hasler, Christoph, 'Der Austausch von Informationen im Recht des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 unter Berücksichtigung des Steuergeheimnisses', *ASA* 1998, p. 689-701.

Hasler, Christoph, 'Gedanken zur Thematik der Ermessenstaxation im Veranlagungs-, Nach- und Strafsteuerverfahren bei den direkten und indirekten Steuern', *STR* 2003, p. 522-525.

Hauri, Kurt, *Verwaltungsstrafrecht (VStrR)*, Bern: Stämpfli 1998.

Hauser, R. /Erhard Schweri (*2002b*), *Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz*, Zürich: Schulthess 2002.

Hauser, R./Erhard Schweri, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basel [e.a.]: Helbing & Lichtenhahn 1999.

Hauser, R./Erhard Schweri, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basel [e.a.]: Helbing & Lichtenhahn 2002.

Heimgartner, Stefan, *Auslieferungsrecht* (diss. Zürich), Zürich: Schulthess 2002.

Hein, R., 'De gedragscode fiscus/banken: hoe het verder ging', *WFR* 1995, p. 725-732.

Hellmann, Uwe, *Das Neben-Strafverfahrensrecht der Abgabenordnung*, Keulen [e.a.]: Carl Heymann Verlag 1995.

Hel-van Dijk, E.C.J.M. van der & R.N.J. Kamerling, 'Derdenonderzoeken in internationaal perspectief', *WFR* 2003, p. 1387-1393.

Hel-van Dijk, E.C.J.M. van der & R.N.J. Kamerling, 'Gezamenlijke belastingcontroles in de Europese Unie', *WFR* 2005, p. 1392 e.v.

Hel-van Dijk, E.C.J.M., van der & R.N.J. Kamerling, 'Internationale inlichtingenuitwisseling en multilaterale controle: op weg naar een intracommunautaire controleaanpak?', *WFR* 2002, p. 1392-1399.

Hendricks, Michael, *Internationale Informationshilfe im Steuerverfahren: Grundlagen, Systematik und Grenzen der informationellen zwischenstaatlichen Rechts- und Amtshilfe* (diss. Münster), Keulen: O. Schmidt 2004.

Hert, P. de, 'Internationale samenwerking inzake fiscale delicten en verbeurdverklaring vóór en na Schengen', in: M. Rozie (red.), *Fiscaal Strafrecht en Strafprocesrecht*, Gent: Mys & Breesch 1996.

Hertig, Gérard e.a. (red.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel* (losbladig), Zürich: Schulthess 2000.

Hertoghs, J.J.M. & G.M.J.E. de Bont, 'De WIB, de Awb en de rechtsbescherming', *MBB* 1994, p. 195-204.

Herzog, Ruth, *Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege* (diss. Bern), Bern: Stämpfli+Cie AG 1995.

Hess, Eric, 'Die Möglichkeiten und Grenzen der Schweiz auf dem Gebiete der internationalen Zusammenarbeit in Steuersachen', *ASA* 2002, p. 125-139.

Heuberger, Reto, 'Zwangsmaßnahmen im Steuerhinterziehungsverfahren', *ASA* 1997, p. 21-35.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Hobbema, G.J., 'Informatieverplichtingen van banken vanaf 2001', *MBB* 2001, p. 307-318.

Hochreutener, Hans Peter, 'Verfahrensfragen im Bereich der Stempelabgaben und der Verrechnungssteuer', *ASA* 1988, p. 593-627.

Hoek, A.A.H van, & M.J.J.P. Luchtman, 'Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Safeguarding of Human Rights', *Utrecht Law Review* 2005, Volume 1, Issue 2, p. 1-39.

Hoek, A.A.H. van, en M.J.J.P. Luchtman, 'The European convention on human rights and transnatioal cooperation in criminal matters', in: Aukje van Hoek e.a. (eds.), *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

Hoff, G.T.J., 'Het toezicht op effecteninstellingen', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 163-167.

Hoffmann, Bernhard, *Zweckbindung als Kernpunkt eines prozeduralen Datenschutzansatzes* (diss. Darmstadt), Baden-Baden: Nomos 1991.

Hofmann, Rainer, *Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte* (Habil. Heidelberg), Berlijn: Springer 1994.

Höhns, Stefan, *Die Aufsicht über Finanzdienstleister: Kompetenzen, Eingriffsbefugnisse, Neustrukturierung* (diss. Augsburg), Berlijn: Duncker & Humblot 2002.

Holenstein, Daniel, 'Schweizerische Bankauskünfte an den ausländischen Fiskus', *AJP/PJA* 2003, p. 1045-1052.

Hübschmann, Hepp, Spitaler, bewerkt door Hartmut Söhn e.a., *Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung: Kommentar* (losbladig), Keulen: Schmidt 1995.

Hufschmid, Daniel, ''Tax fraud and the like' Die Voraussetzungen der Aufhebung ddes Bankgeheimnisses im Rahmen der Amtshilfe bei Steuerdelikten gemäss DBA-USA', *ASA* 2004, p. 433-467.

Huhmann, Marcus, *Die verfassungsrechtliche Dimension des Bankgeheimnisses* (diss. Kiel), Frankfurt am Main [e.a.]: Lang 2002.

Hürlimann, Silvan, *Der Insiderstraftatbestand* (diss. Zürich), Zürich: Schulthess 2006.

Jacquemoud, Philippe, 'Revision der internationalen Amtshilfe gemäss dem Gesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG)', *SZW* 2005, p. 221-234.

Jahn, M., 'Das partizipatorische Ermittlungsverfahren im deutschen Strafprozess', *ZStW* 2003, p. 815-844.

Jans, J.H. e.a. (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Ars Aequi Libri 2002.

Jansen, O.J.D.M.L., 'Bestuurlijke leedtoevoeging, duivenhokken en lachen zonder voorwetenschap', *TOS* 2003, p. 63-76.

Jansen, O.J.D.M.L., 'Artikel 5:20 Awb in: N.S.J. Koeman e.a., *Handboek Algemene wet bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1988.

Jansen, O.J.D.M.L., 'Boekbespreking Straffend bestuur, oratie L.J.J. Rogier', in: *RM Themis* 2002, p. 276-279.

Jansen, O.J.D.M.L., 'Duitsland', in: J.A.E. Vervaele & A.H. Klip (red.), *Administratieve en strafrechtelijke samenwerking inzake fraudebestrijding tussen justitiële en bestuurlijke instanties van de EU-lidstaten*, Den Haag: WODC 2001.

Jansen, O.J.D.M.L., *Het handhavingsonderzoek: behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd? Een interne rechtsvergelijking* (diss. UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Jenny, David, 'Rechtshilfe in Fiskalsachen gemäß Art. 3 ISRG (unter besonderer Berücksichtigung des Rechtshilfeverkehrs mit der Bundesrepublik Deutschland) I', *STR* 1991, p. 163-185.

Joubert, C.M.V, & J.A.C. Bevers, *Schengen investigated* (diss. VU), The Hague [e.a.]: Kluwer Law International 1996.

Kälin, Walter, 'Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonnale Verwaltungsjustiz' , *ZBL* 1999, p. 49-63.

Kapteyn, P.J.G., e.a., *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.

Keijzer, N., 'Enkele opmerkingen over de presumptio innocentiae', in: [.], *Naar eer en geweten* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Keijzer, N., 'The Double Criminality Requirement', in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (red.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, Den Haag: TMC Asser Press 2005.

Keijzer, N., (*2005b*), 'Goede trouw in het uitleveringsrecht', *DD* 2005, p. 490-510.

Kelk, C., *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Kempen, T.A. van, & L.J. de Rijke, 'Het achterhalen van niet opgegeven tegoeden door de Belastingdienst; de zaak Kredietbank Luxemburg', *NJB* 2003, p. 1497-1504.

Kessler, M., 'De moeizame verhouding tussen de belastingen en het ne bis in idembeginsel', *TOS* 2003, p. 139-149.

Kiekebeld, Ben J., *Harmful tax competition in the European Union – Code of Conduct, countermeasures and EU law*, [Alphen aan de Rijn]: Kluwer 2004.

Kiss, Christina, 'Das neue Bundesstrafgericht', *AJP/PJA* 2003, p. 141-152.

Klein, Franz, e.a., *Abgabenordnung: einschliesslich Steuerstrafrecht*, München: Beck 1998.

Klein, Franz, e.a., *Abgabenordnung: einschliesslich Steuerstrafrecht*, München: Beck 2003.

Kleiner, Beat & Dieter Zobl, 'Artikel 23 BankG', in: Daniel Bodmer, Beat Kleiner, Benno Lutz (red), *Kommentar zum schweizerischen Bankgengesetz* (losbladig/digitaal), Zürich: Schulthess 2003.

Kleiner, Beat & Renate Schwob, 'Art. 47 BankG', in: Daniel Bodmer, Beat Kleiner, Benno Lutz, *Kommentar zum schweizerischen Bankgengesetz* (losbladig/digitaal), Zürich: Schulthess 2003.

Kleiner, Beat, 'Art. 23ter BankG', in: Daniel Bodmer, Beat Kleiner, Benno Lutz (red), *Kommentar zum schweizerischen Bankgengesetz*, Zürich: Schulthess 2003.

Klip, A.H, A.H.J. Swart en H.G. van der Wilt (red.), *Het Wetboek van Strafvordering, Internationale en interregionale samenwerking in strafzaken* (losbladig), Deventer: Kluwer.

Klip, A.H., 'The decrease of protection under human rights treaties in international criminal law', *International review of penal law* 1997, p. 291-310.

Klip, A.H., *Buitenlandse getuigen in strafzaken* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1994.

Klip, A.H., Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht, in: *Europese integratie* (Handelingen NJV 2006-1), Deventer: Kluwer 2006.

Klip, A.H., *Uniestrafrecht* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer, 2005.

Klip, A.H., & A.L. Smeulers, *Opsporing in de Euregio: gemeenschappelijke onderzoeksteams en parallelle opsporing*, Maastricht: 2004.

Knack, Hans-Joachim, e.a., *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG): Kommentar*, Keulen [etc.]: Heymanns 1998.

Knigge, G, & N.J.M. Kwakman, 'Het opsporingsbeleid en de normering van de opsporingstaak', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken – Tweede interimrapport Sv 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Knigge, G., 'Controle door de FIOD', in: *Ars Aequi* 1988, p. 772 e.v.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Knigge, G., 'De verkalking voorbij – Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RM Themis* 2000, p. 83-96.

Knigge, G., 'Van opsporing en strafvordering', *DD* 1990, p. 195-213.

Knigge, G., 'Verdachte en verdenking', in: A.H.E.C. Jordaans e.a. (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Koers, J., 'Vertrouwelijke behandeling van rechtshulpverzoeken en verkregen gegevens', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en recht* (Keijzer-bundel), Gouda Quint, Deventer, 2000.

Koers, Jan, *Nederland als verzoekende staat bij de wederzijdse rechtshulp in strafzaken: achtergronden, grenzen en mogelijkheden* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2001.

Kohlmann, G., 'Strafprozessuale Verwertungsverbote als Schranken für steuerliche und steuerstrafrechtliche Ermittlungen der Fahndungsbehörden', in: Lang (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Tipke*, Keulen 1995.

Kokemoor, A, 'Der automatisierte Abruf von Kontoinformationen nach § 24C KWG', *BKR* 2004, p. 135-145.

Koller, H., 'Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts', *ZBL* 2006, p. 57-87.

Koller, H., 'Schengen/Dublin und die Bilateralen II – eine neue Dimension in der Integrationspolitik Vom einheitlichen Wirtschafts- zum europäischen Sicherheitsraum', *AJP/PJA* 2005, p. 909-917.

Koopman, R.J., 'Het zwijgrecht na J.B.', *WFR* 2002, p. 1350-1354.

Koops, B.J. & L. Stevens, 'Artikel 271 Sv', in: A.L. Melai en M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van strafvordering* (losbladig), Arnhem: Gouda Quint.

Koops, B.J., & L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur', *DD* 2003, p. 281-294.

Kopp, Ferdinand, & Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar*, München: Beck 2003.

Kopp, Ferdinand, e.a., *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München: Beck 2000.

Koslowski, Peter, 'Ist das Schweizer Bankgeheimnis noch zu rechtfertigen? Eine Analyse aus wirtschaftlicher Sicht', *Neue Zürcher Zeitung* zaterdag 28 februari 1998, nr 49 85.

Krikke, A, J.M. Sjöcrona & F. Thomas, 'Artikelsgewijze commentaar op het Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken', in: A.L. Melai en M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van strafvordering* (losbladig), Arnhem: Gouda Quint.

Kristen, F.G.H. & J.B.H.M. Simmelink, 'Europese integratie door de rechter: Kaderbesluitconforme interpretatie', *DD* 2005, p. 1058-1078.

Kristen, F.G.H., *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht: een onderzoek naar de grondslag en de werking van het Europese verbod van misbruik van voorwetenschap, met aandacht voor de doorwerking van EG-richtlijnen in het strafrecht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Kuiper, R., 'Beklag tegen beslag', *NJB* 2005, p. 202-208.

Kümpel, Siegfried, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Keulen: Verlag Dr. Otto Schmidt 2000.

Lagodny, Otto, 'Comparative overview', Eser, Albin, Otto Lagodny & Christopher L. Blakesley (red.), *The individual as subject of international cooperation in criminal matters*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2002.

Lamp, R.M.I., *Misdaadvermogen en het internationaal strafrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 2000.

Langereis, Ch.J., 'De nieuwe gedragscode fiscus-banken', *WFR* 1993, p. 959-971.

Leether, R.G., 'Opdat niet geopenbaard worde wat verborgen diene te blijven', *WFR* 1992, p. 751-758.

Lindeman, J.M.W., 'De zwakste schakel', *TOS* 2004, p. 78-83.

Lisken, Hans, Erhard Denninger & Helmut Bäumler (red.), *Handbuch des Polizeirechts*, München: Beck 1996.

Lisken, Hans, Erhard Denninger & Helmut Bäumler (red.), *Handbuch des Polizeirechts*, München: Beck 2001.

Locher, Peter, 'Das schweizerische Bankgeheimnis aus steuerrechtlicher Sicht', *STR* 2003, p. 346 e.v.

Löwe, Ewald, Werner Rosenberg & Peter Riess (eds.), *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Grosskommentar*, Berlijn: De Gruyter 1997-2005.

Lubbers, A.G., *Het professionele (functionele) verschoningsrecht* (Preadvies NJV), Handelingen NJV deel I tweede stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Luchtman, M.J.J.P, *Geheimhouding en verschoning in het effectenrecht*, Amsterdam: NIBE-SVV 2002.

Luchtman, M.J.J.P., 'Europese handhavingssamenwerking bij de bestrijding van marktmisbruik', in: *SEW* 2006, p. 262-274.

Luchtman, M.J.J.P., J.A.E. Vervaele & O.J.D.M.L. Jansen, *Informatie-uitwisseling in het kader van het Financieel Expertise Centrum*, [Utrecht]: Centrum voor Rechtshandhaving en Europese Integratie 2002.

Mac Gillavry, E.C., 'De informatieplicht van de Commissie Mevis', *RM Themis* 2002, p. 27-30.

Mac Gillavry, E.C., *Met wil en dank: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de medewerking aan strafvordering door bedrijven* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Machielse, A.J.M., *Een requiem voor het gerechtelijk vooronderzoek* (oratie Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Maier, W., 'Reichweite des Verwertungsverbotes nach § 393 Abs. 2 Satz 1 AO', *wistra* 1997, p. 53-54.

Malherbe, Jacques, 'General report', in: IFA, *Protection of Confidential Information in Tax Matters*, Deventer [etc.]: Kluwer Law and Taxation Publishers 1991

Margiotta, Adriano, *Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranken eines bankkonzerninternen Informationsflusses?*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2002.

Marty, Dick F./Johannes Driendl, 'Schweiz', in: Hans-Heinrich Jescheck & Rudolf Leibinger (red.), *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, Baden-Baden: Nomos 1979.

Mattes, Heinz, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Halbband 2, Berlijn: Duncker & Humblot 1982.

Menck, T., e.a., *Internationale Steuerauskunft und deutsches Verfassungsrecht*, München, Beck, 1987.

Meulen, B.M.J van der, 'Marktautoriteiten – Aanzet tot een interne rechtsvergelijking', in: B.M.J. van der Meulen & A.T. Ottow, *Toezicht op markten* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom 2003.

Mevis, P.A.M., 'Gegevensvergaring is iets anders dan een informatieplicht', *RM Themis* 2002, p. 30-35.

Mevis, P.A.M., 'Van opsporing, strafvordering en legaliteit', *DD* 1990, p. 936-945.

Meyer, I.M., 'Steuerstrafrechtliche Probleme bei Betriebsprüfungen', *DStR* 2001, p. 461-467.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Meyer-Goßner, Lutz, *Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, München: Beck 2005.

Michael, P.J., *Der Steuer- und Abgabebetrug im schweizerischen Recht*, Bern/Stuttgart/Wenen: Verlag Paul Haupt 1992.

Michiels, F.C.M.A., 'Bosque Teca Verde' (noot bij Cbb 21 juli 1998), in: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Widdershoven, *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2003.

Miebach, Ralf, *Das Bankgeheimnis* (diss. ?), Keulen [u.a.]: Heymann 1999.

Milders, E., 'Kan spontaan automatisch zijn?', *WFR* 1992, p. 193 e.v.

Militello, V., 'Der Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung: ein Januskopf', *ZStW* 2004, p. 436-447.

Milke, Tile, *Europol und Eurojust: zwei Institutionen zur internationalen Verbrechensbekämpfung und ihre justitielle Kontrolle* (diss. Osnabrück), Göttingen: V & R Unipress 2003.

Minoggio, I., 'Das Schweigerecht der juristischen Person als Nebenbeteiligte im Strafverfahren', *wistra* 2003, p. 121-129.

Mols, G.P.M.F. en T.N.B.M. Spronken, 'Europa 1992, een moeras voor verdachte en verdediging?', in: G.P.M.F. Mols (red.), *Dissonanten bij het Akkoord van Schengen*, Deventer: Kluwer 1990.

Mueller, Peter F., *Wegleitung zum schweizerischen Bankgeheimnis*, Zürich: Schulthess 1998.

Mul, V., *Banken en witwassen: wetgeving omtrent de beteugeling van het witwassen van geld* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Sanders Instituut 1999.

Müller, H., 'Das Rechtshilfekonkordat in der Praxis', *ZStR* 1997, 3-30.

Müller, Jörg Paul, *Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK*, Bern: Stämpfli 1999.

Müller, K., 'Insiderrechtliche Mitwirkungspflichten der Kreditinstitue im Lichte des nemo-tenetur-Grundsatzes', *wistra* 2001, p. 167-171.

Müller-Brühl, Franz J., *Ermittlungen bei Kreditinstituten in Steuerverfahren ihrer Kunden*, Bielefeld: Erich Schmidt 1990.

Nagel, Karl-Friedrich, *Beweisaufnahme im Ausland: Rechtsgrundlagen und Praxis der internationalen Rechtshilfe für deutsche Strafverfahren* (diss. Freiburg), Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 1988.

Nater, M.S., *Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG)*, Zürich: Schulthess 2001.

Nehmelman, Remco, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht: een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002.

Nelles, Uwe, 'Europäisierung des Strafverfahrens – Strafverfahrensrecht für Europa?', *ZStW* 1997, p. 727-755.

Neumann, Jörg, 'Überwachungsmassnahmen im Sinne von Art. 179octies StGB', *ZStR* 1996, p. 396 e.v.

Nietsch, Michael, *Internationales Insiderrecht* (diss. Darmstadt), Berlijn: Dunckler & Humblot 2004.

Nobel, Peter, *Schweizerisches Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick*, Bern: Stämpfli 2004.

Nouwt, S., e.a., 'Grondrechten in het digitale tijdperk', *NJB* 2000, p. 1321-1327.

OECD, *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue*, OECD 1998.

Ogg, Marcel, *Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen und ihre Rechtsgrundlagen* (diss. Zürich), Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2002.

Orie, A.M.M., 'De verdachte tussen wal en schip òf de systeem-breuk in de kleine rechtshulp', in: E. André de la Porte (et al.) (red.), *Bij deze stand van zaken* (Melaibundel), Arnhem: Gouda Quint 1983.

Park, Tido (red.), *Kapitalmarkt-Strafrecht: Handkommentar*, Baden-Baden: Nomos, 2004.

Pasquier, S. du, 'Internationale Amtshilfe: Informationsaustausch und verfahrensrechtliche Aspekte', *AJP/PJA* 2006, p. 74-82

Peçi, Idlir, *Sounds of silence: a research into the relationship between administrative supervision, criminal investigation and the nemo-tenetur principle* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Peers, Steve, 'Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?', *CMLR* 2004, p. 5-36.

Pfund, W. Robert, 'Bankgeheimnis in Stempel- und Verrechnungssteuer-Strafverfahren', *ASA* 1978, p. 225-246.

Pfund, W. Robert, 'Verwaltungsrecht – Strafrecht: Verwaltungsstrafrecht', *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Bd 90, II. Halbbd, Heft 2, Bd 112 der gesamten Folge 1971.

Pieper, Stephan, *Rechts- und Amtshilfe in Steuerangelegenheiten durch die Schweiz inbesondere im Hinblick auf das schweizerische Bankgeheimnis*, Frankfurt am Main: Lang 1995.

Pieroth, Bodo & Bernhard Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, Heidelberg: Müller 1997.

Plas, C.G. van der, *De taak van de rechter en het IPR: een verkenning van de grenzen van de taak van de Nederlandse rechter bij de toepassing van vreemd privaat- en publiekrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer, 2005.

Pleijsier, A., *Internationale fiscale informatieverplichtingen en gegevensuitwisseling*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Popp, P., *Grundzätze der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Basel [e.a.]: Helbing & Lichtenhahn 2001.

Prechtel, Günther, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter – Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO* (diss. München), München: WF 1995.

Projectgroep 'Transparantie en samenhang in de bijzondere opsporing' (B.J. Oosterop, H.F.M. Bouwmeister, A.G. Klein), *Transparantie en samenhang in de bijzondere opsporing: rapportage van de project- en stuurgroep Regeerakkoord 1998 en Bijzondere Opsporingsdiensten*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1999.

Queck, N., *Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen* (diss. Dresden), Berlijn: Dunckler & Humblot 2005.

Raselli, Niccolò, 'Amts- und Rechtshilfe durch Informationsaustausch zwischen schweizerischen Straf- und Steuerbehörden', *ZStrR* 1993, p. 31-55.

Raselli, Niccolò, 'Ordnungsbussen wegen Verletzung steuerlicher Verfahrensvorschriften', *STR* 1991, p. 433-451.

Reich, Markus, 'Internationale Rechtshilfe der Schweiz in Fiskalstrafsachen', in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte* (Trechsel-bundel), Zürich: Schulthess 2002.

Reijntjes, J.M., 'De toekomst van het voorbereidend onderzoek', *DD* 2001, p. 264-284.

Reijntjes, J.M., *Boef of burger?: over de relatie tussen toezicht en opsporing* (oratie OU), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Rhinow, René A., *Die Bundesverfassung 2000: eine Einführung*, Basel [etc.]: Helbing & Lichtenhahn 2000.

Richner, Felix, 'Wandel und Tendenzen im zürcher Steuerhinterziehungsrecht', *ASA* 1992, p. 557-610.

Richner, Felix/Walter Frei/Stefan Kaufmann, *Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz*, Zürich: Verlag Zürcher Steuerrecht 1999.

Richter, H., 'Auskunfts- und Mitteilungspfichten nach §§ 20, 97 Abs. 1ff. InsO', *wistra* 2000, p. 1-5.

Rieß, P., 'Die Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters', *NZSt* 1991, p. 513-517.

Rogall, Klaus, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst: ein Beitrag zur Geltung des Satzes 'Nemo tenetur seipsum prodere' im Strafprozess* (diss. Bonn), Berlijn: Duncker und Humblot.

Rogier, L.J.J., 'Una via', in: L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het voorontwerp Algemene Wet Bestuursrecht Vierde Tranche*, Rotterdam: Gouda Quint 2000.

Rogier, L.J.J., *Straffend bestuur* (oratie EUR), Arnhem: Gouda Quint 2001.

Roording, J.F.L., *Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994.

Roos, Th.A. de, *Strafbaarstelling van economische delicten: een crimineel-politieke studie* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Rosenkötter, G., *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten*, München: C.H. Beck 2002.

Rosier, E.J.M., 'Over een incomptabiliteit in de AWR', *WFR* 2001, p. 1596-1602.

Roth, G.P., 'Publicatie van voorwetenschap door beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 532-538.

Roth, R., 'Art. 38 BEHG', in: Hertig Gérard/Meier-Schatz Christian J./Roth Robert/Roth P (red.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel* (losbladig/digitaal), Zürich: Schulthess Juristische Medien AG 2000.

Roth, R., 'Art. 40-44 BEHG', in: Hertig Gérard/Meier-Schatz Christian J./Roth Robert/Roth P (red.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und deEffektenhandel* (losbladig/digitaal), Zürich: Schulthess Juristische Medien AG 2000.

Royla, P., *Grenzüberschreitende Finanzmarktaufsicht in der EG* (diss. Münster), Berlijn: Duncker & Humblot 2000.

Rudolphi, Hans-Joachim e.a. (red.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Berlijn: Luchterhand Verlag, 1999.

Ruegenberg, G., *Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren* (diss. Bayreuth), Keulen: Verlag Dr. Otto Schmidt 2001.

Ruiter, D.W.P., *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Assen [etc.]: Van Gorcum 1987.

Rüping, H., 'Ermittlungen der Steuerfahndung und ihre Schranken', *DStR* 2002, p. 2020-2023.

Rüster, Blesinger, 'Das Steuergeheimnis in Strafverfahren', *wistra* 1991, p. 239 e.v.

Sachse, H.J., 'Informatie-uitwisseling in het effectenverkeer', in: H.G. van Everdingen, C.M. Grundmann-van de Krol & H.J. Sachse, *Aspecten van toezicht, Beschouwingen over het toezicht op de financiële sector* (preadviezen Vereniging voor Effectenrecht), Deventer: Kluwer 1999.

Sachse, H.J., 'Inzagebevoegdheid Stichting Toezicht Effectenverkeer bij banken', *Banken Effectenbedrijf* 1998, p. 34-36.

Satzger, H., *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens – Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages*, München: Beck 2004.

Schädel, Peter, *Die Bewilligung internationaler Rechtshilfe in Strafsachen in der Europäischen Union* (diss. Bayreuth), Baden-Baden: Nomos 2005.

Schäfer, Frank (ed.), *Wertpapierhandelsgesetz – Kommentar*, Stuttgart/Berlijn/Keulen: Verlag W. Kohlhammer 1999.

Schalken, T. en K. Rozemond, 'Straatsburgse duidelijkheid over nemo tenetur', *NJB* 1997, p. 808-809.

Schär, Daniel, 'Normentheorie und mitwerkungsorientierte Beweislastverteilung in gemischten Steuerveranlagungsverfahren', *ASA* 1998, p. 433-469.

Scheffer, D.H., e.a. (red.), *Fiscale encyclopedie 'De Vakstudie'* (losbladig/digitaal), Deventer: Kluwer.

Scheller, Suzanne, *Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshile zur Verbrechensbekämpfung – Konkretisierung des Gesetzesvorbehalts* (diss. Freiburg), Freiburg im Breisgau: Max Planck Institut 1997.

Schenk-Geers, A.C.M., 'De rechtsbescherming van de Awb en de internationale bijstandsverlening. Zijn wij een ieders hoeder?', *WFR* 1996, p. 1640 e.v.

Schild Trappe, Grace, 'Bemerkungen zur Bedeutung des Grundsatzes 'ne bis in idem' bei andauenrnder Verletzung von Verfahrenspflichten gemäss Art. 174 DBG (bzw. 131 Abs. 1 BdBSt) und Art. 55 StHG', *ASA* 1997, p. 267-292.

Schlauri, Regula, *Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren* (diss. Zürich), Zürich: Schulthess 2003.

Schlink, Bernhard, *Die Amtshilfe* (Habil. Freiburg), Berlijn: Duncker & Humblot 1982.

Schlössels, R.J.N, *Het specialiteitsbeginsel – Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: SDU Uitgevers 1998.

Schlössels, R.J.N., 'De ondraaglijke lichtheid van het specialiteitsbeginsel. Iets over integratie van bestuursbevoegdheden, coördinatie van besluiten en rechtsbescherming', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd* (Stroink-bundel), Den Haag: SDU Uitgevers 2006.

Schlössels, R.J.N., & F.A.M. Stroink, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom 2006.

Schmid, N., *Schweizerisches Insiderstrafrecht – Ein Kommentar zu Art. 161 des Strafgesetzbuches: Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen*, Bern: Verlag Stämpfli AG & Cie 1988.

Schmid, Niklaus, *Strafprozessrecht*, Zürich: Schulthess 2004.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, & Peter Badura, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlijn [etc.]: De Gruyter 1995.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno & Franz Klein e.a., *Kommentar zum Grundgesetz*, Neuwied [etc.] : Luchterhand 1999.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno & Franz Klein e.a., *Kommentar zum Grundgesetz*, Neuwied [etc.]: Luchterhand 2003.

Schmitz, Fried J., 'The Netherlands', in: IFA, *International mutual assistance through exchange of information*, Deventer [etc.] : Kluwer Law and Taxation Publishers 1990.

Schmitz, Roland, 'Der strafrechtliche Schutz des Kapitalmarkts in Europa', *ZStW* 2003, p. 501-538.

Schomburg, W., & O. Lagodny, 'Germany', in: Eser, Albin, Otto Lagodny & Christopher L. Blakesley (red.), *The individual as subject of international cooperation in criminal matters*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2002.

Schomburg, W., e.a., *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, München: Beck 2006.

Schulz, Lorenz, *Normiertes Misstrauen: der Verdacht im Strafverfahren* (Habil. Frankurt A.M.), Frankfurt am Main: Klostermann 2001.

Schünemann, B., 'Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Strafverfolgung', *ZStW* 2004, p. 376-399.

Schünemann, Bernd (red.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Keulen/Berlijn/München: Carl Heymans Verlag KG 2004.

Schutte, J., 'Police Cooperation', in: B. Swart & A. Klip (eds.), *International criminal law in the Netherlands*, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1997.

Schutte, J.J.E., 'Administrative cooperation', in: M. Delmas-Marty (ed.), *What kind of criminal policy for Europe?*, Den Haag/London/Boston: Kluwer Law International 1993.

Schweri, Erhard/Felix Bänziger, *Interkantonale Gerichtsstandsbestimmung in Strafsachen*, Bern: Stämpfli 2004.

Seerden, R.J.G.H., 'Art. 5:20 Awb', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Algemene wet bestuursrecht* (losbladig), Den Haag: VUGA.

Simitis, S. (red.), *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*, Baden-Baden: Nomos-Verlagsgesellschaft 2003.

Simmelink, J.B.H.M., 'Rondom de vervolgingsbeslissing', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording: eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer, 2004.

Simon, Jürg Walter, *Amtshilfe: allgemeine Verpflichtungen, Schranken und Grundsätze* (diss. Bern), 1991.

Simonek, Madeleine, 'Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2002 Direkte Bundessteuer', *ASA* 2004, p. 1-25.

Sjöcrona, J.M. & A.M.M. Orie, *Internationaal strafrecht: vanuit Nederlands perspectief*, Deventer: Kluwer 2002.

Sjöcrona, J.M. & D.V.A. Brouwer, 'Opsporing door toezicht', *Advocatenblad* 2001, p. 440-443.

Sjöcrona, J.M., 'Communautaire administratieve samenwerking bij EG-fraude: immuun voor strafrechtelijke mensenrechten?', in: J.W. van der Hulst (red.), *Administratieve bijstand in de EG*, Gouda Quint BV 1995.

Sjöcrona, J.M., *De kleine rechtshulp: Nederlands procesrecht ten behoeve van buitenlandse justitie en politie: een onderzoek naar de betekenis van de artikelen 552h-552q van het Wetboek van Strafvordering* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1990.

Smet, Bart de, *Internationale samenwerking in strafzaken tussen Angelsaksische en continentale landen*, Antwerpen [etc.]: Intersentia Rechtswetenschappen 1999.

Smeulers, A.L., 'The position of the individual in international cooperation', in: J.A.E. Vervaele (red.), *European Evidence Warrant*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 103-120.

Smeulers, A.L., *In staat van uitlevering* (diss. Maastricht), Antwerpen [e.a.]: Intersentia 2003.

Steger-Bruhn, C., 'Das Bankgeheimnis im Spannungsfeld zwischen Individual- und Gemeininteressen', in: P. Sutter (red.), *Selbstbestimmung und Recht – Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess 2003.

Stein, Friedrich & Martin Jonas (red.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen: Mohr Siebeck 1993.

Steinman, G., 'Berufsgeheimnis und Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung der Wehrsteuer', *STR* 1981, p. 47-73.

Stelkens, Paul, Bonk & Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, München: Beck 1998.

Stessens, Guy, *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen: onderzoek naar een meer effectieve bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit* (diss. Antwerpen), Antwerpen [etc.] : Intersentia 1997.

Stevens, L., *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Stevens, L., B.J. Koops & P. Wiemans, 'Strafvorderlijke gegevensvergaring nieuwe stijl', *NJB* 2004, p. 1680-1686.

Stratenwerth, Günter, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, Bern: 2005 Stämpfli Verlag.

Streck, M., *Die Steuerfahndung*, Keulen: Verlag Otto Schmidt 1996.

Strien, A.L.J. van, 'Art. 272 Sr', in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Strafrecht: tekst & commentaar*, Deventer: Kluwer 2006.

Strijards, G.A.M.; 'Het primaat van het territorialiteitsbeginsel', *DD* 1988, p.121-136.

Stroink, Laura, *De driehoeksrelatie bij gegevensvergaring door justitie* (doctoraalscriptie Utrecht), Utrecht: 2006.

Swart, A.H.J., 'Police and security in the Schengen Agreement and Schengen Convention', in: H. Meijers (et al.), *Schengen – Internalisation of central chapters of the law on aliens, refugees, privacy, security and the police*, Leiden: Stichting NJCM Boekerij 1992.

Swart, A.H.J., 'The Netherlands', in: Eser, Albin, Otto Lagodny & Christopher L. Blakesley (red.), *The individual as subject of international cooperation in criminal matters*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2002.

Swart, A.H.J., *Een ware Europese rechtsruimte* (oratie UvA), Deventer: Gouda Quint 2001.

Swart, A.H.J., *Nederlands uitleveringsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1986.

Swart, Bert, 'The Netherlands' in: 1994 Revue internationale de droit penal, 1e et 2e trimestres.

Tadic, Felicitas M., 'How harmonious can harmonisation be? A theoretical approach towards harmonisation of (criminal) law', in: André Klip and Harmen van der Wilt (eds.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam: KNAW 2002.

Tak, P.J.P. (red.), *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Intersentia Rechtswetenschappen: Antwerpen/Groningen 2000.

Terra, B.J.M., & P.J. Wattel, *European tax law*, Deventer: Kluwer 2005.

Thomas, Françoise, *Internationale rechtshulp in strafzaken*, Brussel: Story-Scientia 1998.

Tipke, Klaus, & Heinrich Wilhelm Kruse, *Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung: Kommentar zur AO 1977 und FGO (ohne Steuerstrafrecht)* (losbladig), Keulen: Schmidt 1980.

Trechsel, Stefan, *Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937. Kurzkommentar*, Zürich: Schulthess Verlag 1997.

Trechsel, Stefan, 'Bankgeheimnis – Steuerstrafverfahren – Menschenrechte. Nemo tenetur bei Steuerhinterziehung.', *ZStR* 2005, p. 256-276.

Trechsel, Stefan/Peter Noll, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Zürich: Schulthess 2004.

Trüb, R., *Die interkantonale Rechtshilfe im Schweizerischen Strafrecht*, Zürich: Juris Verlag 1950.

Valkenburg, W.E.C.A., 'Rubriek fiscaal strafrecht', *TOS* 2004, p. 48-52.

Valkenburg, W.E.C.A., *Fiscaal straf- en strafprocesrecht*, Deventer: FED 2001.

Verburg, J.J.I., *Het beroepsgeheim*, Arnhem: Gouda Quint BV 1985.
Verburg, J.J.I., *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken (een studie over art. 218 Sv)* (diss. Leiden), Groningen: H.D. Tjeenk Willink bv 1975.
Verheijen, E.A.M., *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf 2006.
Verhey, L.F.M., & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief', in: *Toezicht* (Handelingen NJV 2005-1), Deventer: Kluwer 2005.
Vermeulen, G, e.a., *Availability of law enforcement information in the European Union: between mutual recognition and equivalent right of access*, Antwerp/Apeldoorn: Garant 2005.
Vermeulen, G., *Wederzijdse rechtshulp in strafzaken in de Europese Unie: naar een volwaardige eigen rechtshulpruimte voor de Lid-Staten?* (diss. Gent), Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 1999.
Verrest, P.AM. & E.M.Th Beenakkers, *Evaluatie Herziening gerechtelijk vooronderzoek, eerste fase van het onderzoek*, Den Haag: WODC 2002.
Vervaele, J.A.E. (red.), *Strijd tegen BTW-fraude in de Europese Unie – Handhaving in België en Nederland*, Antwerpen/Apeldoorn: MAKLU 1995.
Vervaele, J.A.E., 'De Europese Gemeenschap en harmonisatie van de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsbeleid. Een cessio bonorum van de derde aan de eerste pijler?', *DD* 2006, 44, p. 637-668.
Vervaele, J.A.E., 'European criminal law and general principles of Union law', in: J.A.E. Vervaele (red.), *European Evidence Warrant*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 131-155.
Vervaele, J.A.E., 'Europeanisering van het strafrecht of de strafrechtelijke dimensie van de Europese integratie', *Panopticon* 2004, p. 3-25.
Vervaele, J.A.E., *EEG-fraude en Europees economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 1991.
Vervaele, J.A.E., *Handen en tanden van het (gemeenschaps)recht – Beschouwingen over publieke rechtshandhaving* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1994.
Vervaele, J.A.E., Rechtshandhaving van het gemeenschapsrecht: een boedelscheiding tussen de eerste en derde pijler?', *NJB* 1995, p. 1298-1305.
Vervaele, J.A.E., & A.H. Klip (red.), *European cooperation between tax, customs and judicial authorities: the Netherlands, England and Wales, France and Germany*, The Hague [etc.]: Kluwer Law International 2002.
Vervaele, J.A.E., & R.J.G.M. Widdershoven, *Bestuurlijke handhaving van visserijregelgeving: een studie naar de relatie tussen EEG-recht en nationale handhaving*, Utrecht: NISER 1991.
Vest, H, en A. Eicker, 'noot bij Bundesgericht. I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 18.5.2004, Y. c. X. und Staatsanwaltschaft sowie Obergericht des Kantons Aargau, staatsrechtliche Beschwerde. BGE 130 I 126', *AJP/PJA* 2005, p. 883-892.
Vogel, J., 'Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung', *ZStW* 2004, p. 400-423.
Vogel, Joachim, 'The European Integrated Criminal Justice System and Its Constitutional Framework', *MJ* 2005, p. 125-147.
Vogel, Joachim, 'Combatting international organized crim by international cooperation: the German view', *International review of penal law* 1999, Vol. 70, p. 327-363.
Vogel, Klaus, e.a., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, London/The Hague/Boston: Kluwer Law International 1997.
Vogler, 'Germany' in: 1994 Revue internationale de droit penal, 1e et 2e trimestres.

Vogler, Robert U., 'Wie entstand eigentlich das Schweizer Bankgeheimnis? Eine historische Analyse des politisch-wirtschaftlichen Umfelds', *Neue Zürcher Zeitung*, Samstag 18.3.2000 Nr 66, 29.

Vogler, T., 'Der rechtshilferechtliche Grundsatz der Spezialität', in: Manfred Seebode (red.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Berlijn/New York: 1992.

Vogler, T., 'Spezialitätsbindung bei der sog. 'kleinen' Rechtshilfe', *GA* 1986, p. 195-202.

Vogler, Theo, & Peter Wilkitzki (red.), *Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG); Kommentar* (losbladig), Heidelberg: v. Decker 1995.

Vossen, J.W.J.M. van der, *De tweede coördinatierichtlijn bankrecht*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf 1991.

Vranken, J.B.M., *Het professionele (functionele) verschoningsrecht* (preadvies NJV), Handelingen NJV deel I tweede stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Vries, F. de, *De bestuurlijke boete in de douanewet* (diss. EUR), [Rotterdam]: Sanders Instituut 2005.

Vrolijk, M.M., *Uitwisseling van fiscale informatie tussen Nederland en Duitsland*, Arnhem: Gouda Quint 1993.

Wabnitz, H.B. & T. Janovsky (red.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, München: Beck 2000.

Wabnitz, H.B. & T. Janovsky (red.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, München: Beck 2003.

Walden, Marcus, *Zweckbindung und –änderung präventiv und repressive erhobener Daten im Bereich der Polizei* (diss. Freiburg), Berlijn: Duncker & Humblot 1996.

Waldispühl, Marcus & Sibylle Blättler, 'Neues zur internationalen Amtshilfe der Schweiz', *Der Schweizer Treuhänder* 2005, p. 99-105.

Waldmann, Bernhard, 'Justizreform und öffentliche Rechtspflege – quo vadis?', *AJP/PJA* 2003, p. 747-760.

Wasmeier, Martin & Nadine Thwaites, 'The 'battle of the pillars': does the European Community have the power to approximate national criminal laws?', *European Law Review* 2004, p. 613-635.

Wattel, P.J., 'De aangifteplicht bij inkomen uit strafbare feiten, de fiscale omkering van de bewijslast en de grondrechten op onschuldspresumptie en vrijwaring tegen zelfincriminatie', *FED* 1992, p. 157 e.v.

Wattel, P.J., *Fiscaal straf- en strafprocesrecht*, Deventer: FED 1989.

Weber, Marianne, *Berufsgeheimnis im Steuerrecht und Steuergeheimnis* (diss. Zürich), Zürich: Schulthess 1982.

Weber, Rolf H. & Giovanni Biaggini; *Rechtliche Rahmenbedingungen für verwaltungsunabhängige Behördenkommissionen*, Zürich: Schulthess 2002.

Wenzel, J., *Das Verhältnis von Steuerstraf- und Besteuerungsverfahren* (diss. Bayreuth), Herbolzheim: Centaurus Verlag 2003.

Werff, J. H. van der, *Internationale rechtshulp en het fiscale delict*, Zeist: Kerckebosch, Juridische Praktijk 2000.

Wermelinger, Amédéo, 'Informationelle Amtshilfe', *ZBL* 2004, p. 205 e.v.

Wessel, Klaus, *Verfassungs- und verfahrensrechtliche Probleme der Amtshilfe im Bundesstaat*, Frankfurt a.M.: Peter Lang 1983

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Weßlau, E., *Vorfeldermittlungen – Probleme der Legalisierung 'vorbeugender Verbrechensbekämpfung' aus strafprozeßrechtlicher Sicht* (diss. Hamburg), Berlijn: Duncker & Humblot 1989.

Wettner, Florian, *Die Amtshilfe im Europäischen Verwaltungsrecht* (diss. Heidelberg), Tübingen: Mohr Siebeck 2005.

Widdershoven, R.J.G.M., 'Handhaving van sociaal-economisch recht in Nederland: terugblik en perspectief', *RM Themis* 1995, p. 205-218.

Wiemans, F.P.E., *Onderzoek van gegevens in geautomatiseerde werken* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Wijsman, L.C.A., en A.C. van Aalst, 'Het protocol inzake het rekeningenproject. Een inventarisatie van rechtsvragen', *WFR* 2003, p. 832 e.v.

Wisselink, M.A. *Beroepsgeheim, ambtsgeheim en verschoningsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Wisselink, M.A., *Fiscale informatie-uitwisseling tussen Europese en andere landen*, Deventer: Kluwer 1996.

Woensel, A.M.van, 'Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal', *DD* 2004, p. 119-171.

Wohlers, W & G. Godenzi, 'Strafbewehrte Verhaltenspflichten nach Verkehrsunfälle – unzulässiger Zwang zur Selbstbelastung?', *AJP/PJA* 2005, p. 1045-1061.

Wohlers, W., 'Strafverfolgungskompetenzen im Bundesstaat, Modellfall Schweiz', in: Bernd Schünemann (red.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, München: Carl Heymans Verlag KG 2004.

Wolff, H.A., *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung – Das Verbot des Zwangs zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren und seine Ausstrahlungswirkung auf die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechts* (diss. Speyer), Berlijn: Duncker & Humblot, 1997.

Wortel, J., 'Fishy business? Geen vangstbeperkingen voor fiscale rechercheurs', *DD* 1989, p. 120-135.

Wortel, Jules, *Vervolgen in belastingzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1991.

Wulf, M., 'Steuererklärungspflichten und 'nemo tenetur'', *wistra* 2006, p. 89-96.

Wyngaert, C. van den, 'Rethinking the law of international criminal cooperation: the restrictive function of international human rights through individual-oriented bars', in: A. Eser & O. Lagodny, *Principles and procedures for a new transnational criminal law*, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1992.

Wyngaert, C. van den, & Guy Stessens, 'Mutual legal assistance in criminal matters in the European Union', in: John Dugard & Christine van den Wyngaert (red.), International criminal law and procedure, Dartmouth: Aldershot 1996.

Wyss, Rudolph, 'Die Revision der Gesetzgebung über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen', *SJZ* 1997, p. 33-43.

Wyssmann, Joachim, 'Art. 6 EMRK und seine Anwendung im Steuerrecht (Rechtsprechung der Europäischen Organe undes Schweizerischen Bundesgerichts)', *ASA* 1996, p. 769-811.

Zeeuw, J. de, *Informatieverstrekking door de fiscus – Ontheffing van de fiscale geheimhoudingsplicht in het licht van de privacywetgeving*, Den Haag: Registratiekamer 1999.

Ziouvas, D., *Das neue Kapitalmarktstrafrecht – Europäisierung und Legitimation* (diss. Keulen), Keulen/Berlijn/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 2005.

Zobl, Dieter, 'Einleitung', in: Hertig Gérard/Meier-Schatz Christian J./Roth Robert/Roth P (red.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel* (losbladig/digitaal), Zürich: Schulthess Juristische Medien AG 2000.

Zobl, Dieter, *Das Börsenrecht der Schweiz*, Zürich: Schulthess 1998.

Zuppinger, F., 'Probleme der internationalen Amts- und Rechtshilfe in Steuer-, insbesondere in Fiskalstrafsachen', *ASA* 1981 p. 5-42.

Zweifel, Martin, 'Verfahrensgrundsätze und Veranlagungsverfahren', *ASA* 1992, p. 417-439.

Zweifel, Martin, *Die Sachverhaltsermittlung im Steuerveranlagungsverfahren*, Zürich: Schulthess 1989.

Zwenne, G.J., *Belastingheffing en informatieverplichtingen – Reikwijdte en begrenzing van informatiebevoegdheden in de verhouding tussen belastingdienst en banken* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

Lijst van aangehaalde jurisprudentie

EUROPESE RECHTSPRAAK

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 10 februari 1983, zaak 230/81, Jur. 1983, p. 255 (*Luxemburg/Parlement)*
HvJ EG 11 december 1985, zaak 110/84, Jur. 1985, p. 3947 (*Hillegom/Hillenius*)
HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, Jur. 1989, p. 2965 (*Commissie/Griekenland*)
HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 85/87, Jur. 1989, p. 3137 (*Dow Benelux/Commissie*)
HvJ EG 18 oktober 1989, zaak 374/87, Jur.1989, p. 3283 (*Orkem*)
HvJ EG 13 juli 1990, zaak 2/88-M, Jur. 1990, p. I-03365 (*J.J. Zwartveld e.a.*)
HvJ EG 27 oktober 1992, zaak C-240/90, Jur. 1992, p. I-5383 (*Duitsland/Raad en Commissie*)
HvJ EG 10 november 1993, zaak C-60/92, Jur. 1993, p. I-05683 (*Otto/Postbank*)
HvJ EG 11 augustus 1995, zaak C-80/94, Jur. 1995, p. I-2493 (*Wielockx*)
HvJ EG 13 april 2000, zaak C-420/98 (*X tegen Staatssecretaris*)
GvEA 20 februari 2001, zaak T-112/98, Jur. 2001, p. II-00729 (*Mannesmannröhren-Werke AG*)
HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *NJ* 2003/453 (*Roquette Frères*)
HvJ EG 10 december 2002, zaak C-153/00, Jur. 2002, p. I-11319 (*Paul der Weduwe*)
HvJ EG 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01, Jur. 2003, p. I-1345 (*Gözütok en Brügge*)
HvJ EG 03 mei 2005, zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02 (*Berlusconi e.a.*)
HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, Jur. 2005, p. I-05285 (*Maria Pupino*)
HvJ EG 13 september 2005, Zaak C-176/03, Jur. 2005, p. I-7875 (*Commissie/Raad*)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (*Öztürk*)
EHRM 02 augustus 1984, *NJ* 1988, 534 (*Malone/VK*)
EHRM 26 maart 1987, nr. 10/1985/96/144, *Series* A vol. 166 (*Leander/Sweden*)
EHRM 12 juli 1988, *NJ* 1988, 851 (*Schenk*)
EHRM 07 juli 1989, nr. 14038/88, *Series* A-161 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 24 augustus 1998, nr 23618/94, *Reports* 1998-V (*Lambert/Frankrijk*)
EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523 (*Kruslin en Huvig/Frankrijk*)
EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993, 400 (*Niemietz/Duitsland*)
EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993, 485 (*Funke*)
EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 (*Saunders*)
EHRM 16 februari 2000, nr. 27798/9 (*Amann/Switzerland*)
EHRM 12 mei 2000, no. 35394/97, *Reports* 2000-V; *NJ* 2002, 180 (*Khan/VK*)
EHRM 03 mei 2001, *NJ* 2003, 354 = *BNB* 2002, 27 = *AB* 2002, 343 (*JB/Zwitserland*)
EHRM 12 juli 2001, nr. 44759/98, *NJ* 2004, 435 (*Ferrazzini*)
EHRM 27 juni 2001, nr. 43286/98, *NJ* 2002/102 (*Echeverri Rodriguez/Nederland*)
EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, *Reports* 2002-III (*Colas Est/Frankrijk*)
EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97, *BNB* 2003, 2 (*Västberga Taxi Aktiebolag*)
EHRM 08 april 2004, nr. 28544/97 (*Weh/Oostenrijk*)
EHRM 04 februari 2005, nr. 46827/99 and 46951/99 (*Mamatkulov*)

EHRM 28 april 2005, nr. 41604/98 (*Buck/Duitsland*)
EHRM 04 oktober 2005, nr. 6563/03 (*Shannon/VK*)

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EComRM 13 juli 1987, nr. 11853/85 (*P.V./Duitsland*)
EComRM, 6 maart 1989, nr. 12592/86 (*S./Oostenrijk*)

RECHTSPRAAK NEDERLAND

Hoge Raad der Nederlanden
HR 31 december 1915, *NJ* 1916, 407 (*Guldemond*)
HR 25 november 1977, *NJ* 1978, 255 (*Loosdrechtse Plassenschap*)
HR 10 december 1974, *BNB*1975/52 (*Stad Rotterdam*)
HR 12 april 1978, *NJ* 1979, 533
HR 12 april 1978, *BNB* 1978, 135
HR 02 oktober 1979, *NJ* 1980, 243
HR 13 april 1984, *NJ* 1986, 822
HR 12 juni 1984, *NJ* 1985, 173 en 175
HR 25 juni 1985, *NJ* 1986, 111
HR 01 oktober 1985, *NJ* 1986, 405
HR 01 oktober 1985, *NJ* 1986, 406
HR 08 januari 1986, *BNB* 1986/128
HR 28 januari 1986, *FED* 1988, 34
HR 04 februari 1986, *NJ* 1986, 672
HR 22 juli 1986, *NJ* 1986, 823 (*Hillegom/Hillenius*)
HR 15 september 1986, *NJ* 1987, 304
HR 02 december 1986, *NJ* 1987, 516
HR 29 september 1987, *NJ* 1988, 302
HR 02 maart 1988, *BNB* 1988, 135
HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390 = *FED* 1988/176 (*FIOD-arrest*)
HR 26 juni 1990, *NJ* 1991, 359
HR 05 februari 1991, *NJ* 1991, 402
HR 21 mei 1991, *NJ* 1991, 728
HR 08 november 1991, *NJ* 1992, 277
HR 11 december 1991, *BNB* 1992, 243
HR 01 juli 1992, *BNB* 1992, 306
HR 09 maart 1993, *NJ* 1993, 633
HR 30 november 1993, nr. 2963B, *Infobulletin* 1994, 746
HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249 (*Zwolsman-arrest*)
HR 25 juni 1996, *NJ* 1996, 715
HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997, 232
HR 21 februari 1997, *NJ* 1997, 305
HR 13 mei 1997, *NJ* 1998, 481
HR 21 oktober 1997, *NJ* 1998, 173
HR 29 oktober 1997, *NJ* 1997, 232
HR 09 januari 1998, *NJ* 1998, 724
HR 08 juli 1998, *BNB* 326
HR 18 mei 1999, *NJ* 2000, 107 (*4M-zaak*)

LIJST VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

HR 25 mei 1999, *NJ* 1999, 580
HR 04 januari 2000, *NJ* 2000, 537
HR 08 februari 2000, *NJ* 2000, 538
HR 13 oktober 2000, C00/165
HR 24 oktober 2000, *NJ* 2001, 33
HR 13 februari 2001, *NJ* 2001, 365
HR 08 mei 2001, *NJ* 2001, 587
HR 27 juni 2001, *BNB* 2002, 27 = *AB* 2002, 242 = *FED* 2001, 502 = *NJCM-Bulletin* 2002, p. 606-615
HR 06 november 2001, *NJ* 2002, 189
HR 19 maart 2002, *NJ* 2002, 580
HR 02 juli 2002, *NJ* 2003, 2
HR 11 maart 2003, *NJ* 2004, 42
HR 13 mei 2003, *NJ* 2003, 471 = *JOL* 2003, 282
HR 13 mei 2003, *JOL* 2003, 283 = *NJ* 2004, 40
HR 20 mei 2003, *NJ* 2004, 41
HR 17 juni 2003, *JOL* 2003, 346
HR 06 oktober 2003, nr. 01719/03 U
HR 25 november 2003, 01163/03 B, LJN AM2480
HR 03 februari 2004, *JOL* 2004, 76
HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376
HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 521
HR 06 juli 2004, *NJ* 2004, p. 469 = *JOL* 2004, 382
HR 02 november 2004, *JOL* 2004, 576
HR 07 december 2004, *NJ* 2005, 71
HR 18 januari 2005, *JOL* 2005, 39 = *NJ* 2005, 407
HR 31 januari 2005, LJN AU8292
HR 22 maart 2005, *JOL* 2005, 182
HR 10 mei 2005, *JOL* 279 & 278
HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 423 = *JOL* 2005, 286
HR 31 mei 2005, *NJ* 2005, 418
HR 30 augustus 2005, LJN AT7091
HR 16 september 2005, LJN AO9013
HR 23 september 2005, *BNB* 2006, 21
HR 15 november 2005, LJN AU3450
HR 29 november 2005, *NJ* 2006, 193
HR 31 januari 2006, LJN AU3446, nr. 00137/05

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
ABRvS 20 december 1976, *NJ* 1976, 70
ABRvS 31 juli 1984, *BNB* 1985/35
ABRvS 30 november 1990, nrs. R 01.88.3427 en R 01.88.3525
ABRvS 24 juli 1991, *VN* 1991/2476
ABRvS 11 februari 1997, nr. R.01.93.018, *Infobulletin* 1994, 424
ABRvS 15 februari 2001, *VN* 2001/30.5
ABRvS 10 april 2002, *AB* 2004, 99

College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBb 20 september 1989, *AB* 1990, 400
CBb 24 juni 1998, *JB* 1998, 213
CBb 21 juli 1998, *JB* 1998, no. 223 = *Rawb* 1999, 16 = *AB* 1998, 437 (*Bosque Teca Verde*)
President CBb 28 oktober 1998, *JOR* 1999, 63
CBb 02 maart 1999, *AB* 1999, 168 = *JOR* 1999, 64
CBb 09 februari 2006, LJN AV2682

Gerechtshoven
Hof Amsterdam 18 december 1974, *NJ* 1975, 441
Hof Arnhem 11 juni 1997, *NJ* 1997, 617
Hof Amsterdam 02 maart 2000, *JOR* 2000, 83
Hof Amsterdam 30 juni 2000, 99/266/12 Sv, *JOR* 2000, 154
Hof Amsterdam 14 februari 2003, LJN AV4924
Hof Amsterdam 13 november 2003, nr. 1206/03 SKG
Hof Amsterdam 30 september 2005, LJN AU3605
Hof Arnhem, 12 oktober 2005, nr. 21-005526-04, *VN* 2006/14.12
Hof Amsterdam 18 januari 2006, nr. 03/04509, LJN AU9845

Rechtbanken
Rb. Utrecht 16 juni 1987, *NJ* 1987, 922
Rb. Roermond 7 november 1991, *NJ* 1992, 117
Pres. Rb. Amsterdam 20 mei 1999, *JOR* 1999, 180
Rb Amsterdam 10 april 2000 *NB Straf* 2000, 159
Rb. Amsterdam 05 oktober 2000, *JOR* 2000/244
Rb Amsterdam 27 december 2000, *VN* 2001, 11/7
Rb Amsterdam 22 juni 2001, *NB Straf* 2001, 246
Pres. Rb. Den Haag 09 april 2003, *AB* 2003, 199
Rb. Rotterdam, 17 april 2003, *AB* 2003, 333 (*Finresult*)
Rb. Rotterdam 27 juni 2003, *JOR* 2003, 176 (*Mees Pierson*)
Rb. Haarlem 23 december 2003, *NJ* 2004, 552
Pres. Rb. Den Haag 13 april 2004, *AB* 2004, 300
Rb. Rotterdam 19 oktober 2004, *AB* 2006, 39
Rb. Rotterdam 19 oktober 2004, *JOR* 2005, 32
Rb. Rotterdam 21 november 2005, *AB* 2006, 47

RECHTSPRAAK DUITSLAND

Bundesverfassungsgericht
BVerfG 24 juli 1962, *BVerfGE* 14, 197 (*BAKred-Entscheidung*)
BVerfG 10 juni 1963, 1 BvR 790/58, *BVerfGE* 16, 194
BVerfG 25 juli 1963, 1 BvR 542/62, *BVerfGE* 17, 108
BVerfG 16 juli 1969, 2 BvL 2/69, *BVerfGE* 27, 18
BVerfG 14 november 1969, 1 BvR 253/68, *BVerfGE* 27, 211
BVerfG 14 februari 1973, 1 BvR 112/65, *BVerfGE* 34, 269 (*Soraya*)
BVerfG 08 oktober 1974, 2 BvR 747/73, *BVerfGE* 35, 105
BVerfG 22 oktober 1980, *BVerfGE* 55, 144

LIJST VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

BVerfG 13 januari 1981, *BVerfGE* 56, 37 (*Gemeinschuldner*)
BVerfG 09 maart 1983, 2 BvR 315/83, *BVerfGE* 63, 332
BVerfG 15 december 1983, *BVerfGE* 65, 1 (*Volkszählungsurteil*)
BVerfG 17 juli 1984, *BVerfGE* 67, 100 (*Flick-Urteil*)
BVerfG 26 maart 1987, 2 BvR 589/79, *BVerfGE* 74, 358
BVerfG 16 juli 1987, 2 BvR 682/87
BVerfG 30 september 1987, 2 BvR 510/85
BVerfG 21 april 1988, *wistra* 1988, p. 302
BVerfG 27 juni 1991, 2 BvR 1493/89, *BVerfGE* 84, 239 (*Zins-Urteil*)
BVerfG 23 maart 1994, BvR 396/94, *NJW* 1994, p. 2079 = *wistra* 1994, p. 221 (*Dresdner Bank I*)
BVerfG 13 december 1994, 2BvR 894/94, *wistra* 1995, p. 139 = *NJW* 1995, 2839 (*Dresdner Bank II*)
BVerfG 07 maart 1995, 1 BvR 1564/92, *BVerfGE* 92, 191
BVerfG 05 augustus 1996, 1 BvR 586/62, 610/63 en 512/64, *BVerfGE* 20, 162
BVerfG 26 februari 1997, 1 BvR 2172/96, *BVerfGE* 95, 220
BVerfG 30 april 1997, 2 BvR 817/90, 728/92, 802 en 1065/95, *BVerfGE* 96, 27
BVerfG 27 mei 1997, 2 BvR 1992/92, *BVerfGE* 96, 44
BVerfG 18 juni 1997, 2 BvR 483, 2501, 2990/95, *BVerfGE* 96, 100
BVerfG 14 juli 1999, *BVerfGE* 100, 313
BVerfG 14 augustus 2001, 2 BvR 1142/00
BVerfG 01 maart 2002, 2BvR 972/00
BVerfG 06 maart 2002, 2 BvR 1619/00
BVerfG 03 maart 2004, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084, 99
BVerfG 09 maart 2004, 2 BvL 17/02
BVerfG 22 maart 2005, 1 BvR 2357/04
BVerfG 18 juli 2005, 2 BvR 2236/04, *NJW* 2005, 2289 (*Darkanzanli*)
BVerfG 15 december 2005, 2 BvR 372/05
BVerfG 02 maart 2006, 2 BvR 2099/04
BVerfG 14 maart 2006, 1 BvR 2087/03
BVerfG 04 april 2006, 1 BvR 518/02
BVerfG 19 april 2006, 2 BvR 300/06
BVerfG 03 juli 2006, 2 BvR 2030/04
BVerfG 04 juli 2006, 2 BvR 950/05

Bundesgerichtshof

BGH 22 februari 1978, 2 StR 334/77, *BGHSt* 27, 355 = *NJW* 1978, 1390
BGH 21 november 1978, 1 BJs 93/77; StB 210/78, *BGHSt* 28, 206
BGH 26 juni 1990, 5 AR (VS) 8/90, *BGHSt* 37,79
BGH 13 mei 1996, GSSt 1/96, *BGHSt* 42, 139
BGH 21 april 1998, *NJW* 1989, 96
BGH 05 augustus 1998, 5 AR (VS) 1/97, *BGHSt* 44, 171
BGH 25 augustus 1998, 5 AR (VS) 1/99, *BGHSt* 45, 183
BGH 07 december 1998, 5 AR (VS) 2/98, *BGHSt* 44, 265
BGH 07 juni 2000, 3 StR 559/99, *wistra* 2000, 390
BGH 26 april 2001, 5 StR 587/00, *BGHSt* 47, 8
BGH 10 augustus 2001, RiSt (R) 1/00, *NJW* 2002, 834
BGH 10 januari 2002, 5 StR 452/01

BGH 05 mei 2004, 5 StR 548/03, *BGHSt* 49, 136 = *wistra* 2004, 309
BGH 16 juni 2005, 5 StR 118/05, *wistra* 2005, 381

Bundesfinanzhof
BFH 20 april 1983, VII R 2/82, *BFHE* 138, 164 = *BStBl II* 183, 482
BFH 05 april 1984, IV R 244/83, *BStBl II* 1984, 790
BFH 29 oktober 1986, I B 28/86, *BStBl II* 1987, 440 = *BFHE* 147, 492
BFH 04 november 1987, II R 102/85, *BFHE* 151, 324
BFH 17 mei 1995, I B 118/94, *BFHE* 177, 242 = *BStBl II* 1995, 497
BFH 18 februari 1997, VIII R 33/95, *BStBl II* 1997, 449
BFH 19 augustus 1998, XI R 37/97, *BFHE* 186, 506
BFH 25 juli 2000, VII B 28/99, *BFHE* 192, 44 = *BStBl II* 2000, 643
BFH 04 september 2000, I B 17/00, *BFHE* 192, 260 = *BStBl II* 2000, 648
BFH 06 februari 2001, VII B 277/00, *BFHE* 194, 26 = *BStBl II* 2001, 306
BFH 26 februari 2001, VII B 265/00, *BFHE* 194, 40 = *BStBl II* 2001, 464
BFH 19 september 2001, XI B 6/01
BFH 23 januari 2002, XI R 10, 11/01; XI R 10/01; XI R 11/01, *wistra* 2002, 270
BFH 21 maart 2002, VII B 152/01
BFH 29 april 2002, IV B 2/02, *BStBl II* 2002, 507
BFH 16 juli 2002, IX R 62/99, *BFHE* 199, 451 = *BStBl II* 2003, 74
BFH 04 november 2003, VII R 28/01
BFH 07 september 2005, VIII R 90/04

Bundesverwaltungsgericht
BVerwG 20 februari 1990, C 30/86, *NJW* 1990, 2768 e.v.
BVerwG 14 juni 1990, 7B 34/90, *NJW* 1991, 649

Oberste Landesgericht Bayern
Oberste Landesgericht Bayern 6 augustus 1996, *wistra* 1996, p. 353

RECHTSPRAAK ZWITSERLAND

Schweizerisches Bundesgericht
Bundesgericht 29 juli 1960, *BGE* 86 IV 136
Bundesgericht 01 december 1961, *BGE* 87 IV 138
Bundesgericht 07 oktober 1966, *BGE* 92 I 393
Bundesgericht 20 november 1970, *BGE* 96 I 733
Bundesgericht 05 maart 1976, *BGE* 102 Ia 516
Bundesgericht 11 oktober 1976, *BGE* 102 IV 210 (217)
Bundesgericht 03 november 1976, *BGE* 102 Ia 529
Bundesgericht 25 mei 1977, *BGE* 103 Ia 206
Bundesgericht 11 augustus 1977, *BGE* 103 Ib 253
Bundesgericht 22 september 1977, *BGE* 103 Ib 122
Bundesgericht 25 januari 1978, *BGE* 104 Ia 49
Bundesgericht 09 mei 1978, *BGE* 104 IV 125 (133)
Bundesgericht 28 september 1979, *BGE* 105 Ib 418 (425)
Bundesgericht 13 maart 1980, *BGE* 106 IV 413
Bundesgericht 13 maart 1980, *STR* 1982, p. 309

LIJST VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

Bundesgericht 26 augustus 1981, *BGE* 107 Ib 252 (254)
Bundesgericht 09 oktober 1981, *BGE* 107 Ib 264
Bundesgericht 14 oktober 1981, *BGE* 107 Ib 213
Bundesgericht 31 augustus 1982, *BGE* 108 Ib 231
Bundesgericht 26 januari 1983, *BGE* 109 Ib 47
Bundesgericht 04 juli 1984, *BGE* 110 Ib 173
Bundesgericht 27 november 1985, *BGE* 111 Ib 242 (250)
Bundesgericht 28 januari 1987, *BGE* 113 Ia 1
Bundesgericht 05 maart 1987, *ASA* 56 (1987), p. 488
Bundesgericht 01 juli 1987, *BGE* 113 Ib 258 (272)
Bundesgericht 04 december 1987, *BGE* 113 Ib 193
Bundesgericht 11 januari 1988, *BGE* 114 Ib 56
Bundesgericht 26 februari 1988, *BGE* 114 Ib 27
Bundesgericht 03 juni 1988, *BGE* 114 Ib 94
Bundesgericht 10 maart 1989, *BGE* 115 Ib 55 (58)
Bundesgericht 04 april 1989, *BGE* 115 Ib 68 (83)
Bundesgericht 14 april 1989, *BGE* 115 Ia 97
Bundesgericht 13 juni 1989, *BGE* 115 IV 156
Bundesgericht 06 december 1989, *BGE* 115 Ib 373
Bundesgericht 14 juni 1990, *BGE* 116 IV 262
Bundesgericht 27 maart 1992, *BGE* 118 IV 67 (70)
Bundesgericht 03 december 1992, *BGE* 118 Ib 457
Bundesgericht 13 januari 1993, *BGE* 119 IV 86
Bundesgericht 11 oktober 1993, *BGE* 119 Ib 311
Bundesgericht 29 november 1993, *BGE* 119 IV 326
Bundesgericht 30 maart 1994, *BGE* 120 IV 30
Bundesgericht 08 april 1994, *BGE* 120 II 118
Bundesgericht 29 juni 1994, *BGE* 120 Ib 183
Bundesgericht 22 maart 1995, *BGE* 121 I 252 (257)
Bundesgericht 04 april 1995, *BGE* 121 II 147
Bundesgericht 10 mei 1995, *BGE* 121 II 153
Bundesgericht 07 juli 1995, *BGE* 121 II 253
Bundesgericht 07 juli 1995, *BGE* 121 II 273
Bundesgericht 02 oktober 1995, *BGE* 121 II 241 (243)
Bundesgericht 13 november 1995, *BGE* 121 IV 311
Bundesgericht 24 november 1995, *BGE* 121 IV 326
Bundesgericht 09 januari 1996, *BGE* 122 II 130
Bundesgericht 15 april 1996, *BGE* 122 II 134
Bundesgericht 11 juni 1996, *BGE* 122 I 85 (89)
Bundesgericht 19 juni 1996, *BGE* 122 I 153
Bundesgericht 24 september 1996, *BGE* 122 I 257
Bundesgericht 28 april 1997, 1A.361/1996
Bundesgericht 19 juni 1997, *BGE* 123 II 371
Bundesgericht 20 oktober 1997, *BGE* 123 IV 157
Bundesgericht 12 december 1997, *BGE* 124 II 58
Bundesgericht 22 december 1997, *BGE* 124 III 90
Bundesgericht 29 oktober 1998, *BGE* 125 II 65 (67 en 73) = *EBK Bulletin* 45, p. 29
Bundesgericht 29 oktober 1998, *BGE* 125 II 79

Bundesgericht 29 oktober 1998, *BGE* 125 II 83
Bundesgericht 29 oktober 1998, *EBK Bulletin* 37, p. 21
Bundesgericht 30 november 1998, *BGE* 125 I 46
Bundesgericht 08 april 1999, *BGE* 125 II 238
Bundesgericht 19 april 1999, *BGE* 125 II 250
Bundesgericht 20 mei 1999, *BGE* 125 II 258
Bundesgericht 25 juni 1999, *BGE* 125 II 356
Bundesgericht 26 juli 1999, *BGE* 125 II 417
Bundesgericht 30 augustus 1999, *BGE* 125 II 450 = *EBK Bulletin* 38, p. 39
Bundesgericht 01 september 1999, *BGE* 125 II 473
Bundesgericht 14 oktober 1999, *VPB* 67, nr. 85
Bundesgericht 24 november 1999, *EBK Bulletin* 40, p. 119
Bundesgericht 24 februari 2000, *BGE* 126 II 86
Bundesgericht 05 april 2000, *BGE* 126 I 50
Bundesgericht 01 mei 2000, *BGE* 126 II 126
Bundesgericht 29 mei 2000, *BGE* 126 II 316
Bundesgericht 19 juni 2000, *BGE* 126 II 258
Bundesgericht 22 juni 2000, 1A.60/2000
Bundesgericht 02 oktober 2000, *BGE* 126 II 409 = *EBK Bulletin* 41, p. 125
Bundesgericht 17 november 2000, *BGE* 126 II 495
Bundesgericht 05 maart 2001, 1a.325/2000
Bundesgericht 21 mei 2001, 1A.35/2001
Bundesgericht 10 juli 2001, *EBK Bulletin* 42, p. 97
Bundesgericht 25 juli 2001, 2A.96/2000
Bundesgericht 20 december 2001, 2A.349/2001, *SZW* 2002, p. 61-64
Bundesgericht 15 februari 2002, 2a.434/2001
Bundesgericht 10 juni 2002, *BGE* 128 II 311
Bundesgericht 04 juli 2002, *BGE* 128 II 211
Bundesgericht 11 september 2002, *BGE* 128 II 305
Bundesgericht 04 november 2002, 2A.265/2002 /kil
Bundesgericht 12 februari 2003, *BGE* 129 IV 141
Bundesgericht 24 oktober 2003, 1A.244/2002
Bundesgericht 27 oktober 2003, *BGE* 129 II 544
Bundesgericht 23 december 2003, *BGE* 130 II 14
Bundesgericht 11 februari 2004, *BGE* 130 II 193
Bundesgericht 18 mei 2004, *BGE* 130 I 126
Bundesgericht 22 december 2004, 6S.58/2004, *SJZ* 101 (2005), p. 119-121
Bundesgericht 09 december 2005, 1A.184/2005/gij
Bundesgericht 08 mei 2006, 2A.170/2006/ leb

Overig

Strafkammer des Kantonsgerichts Freiburg 30 januari 01.2003, *FZR* 2003, p. 90-92

CurriculumVitae

Michiel Luchtman is geboren op 2 juli 1975 te Maastricht. In 1993 behaalde hij het Gymnasium-diploma aan het St.-Maartenscollege te Maastricht. In datzelfde jaar begon hij aan de rechtenstudie te Utrecht. In 1998 studeerde hij enige maanden in Regensburg (Duitsland). Hij behaalde in oktober 1999 zijn doctoraalexamen Nederlands recht, richting strafrecht en privaatrecht (met genoegen). Op 1 december dat jaar trad hij in dienst bij het G.J. Wiarda Instituut (Centrum voor Rechtshandhaving en Europese Integratie), achtereenvolgens als AIO, junior-onderzoeker en onderzoeker. Sinds 1 januari 2006 is hij als universitair docent verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Utrechtse rechtenfaculteit.