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.