

De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. G.A. van der Steur
Postbus 2030 I
2500 EH DEN HAAG

Datum
15 september 2015

Kenmerk
667046

Onderwerp
Conceptwetsvoorstel implementatie verordening en richtlijn marktmisbruik

Geachte heer Van der Steur,

Bij brief van 17 juli 2015 heeft u de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: NVvR) om advies gevraagd over het concept-wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet op de economische delicten en het Wetboek van Strafvordering in verband met de implementatie van Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (PbEU 2014, L 173) en Richtlijn nr. 2014/57/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (PbEU 2014, L 173) (Wet implementatie verordening en richtlijn marktmisbruik). Dit advies is voorbereid door leden van de vereniging en vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

Strekking concept-wetsvoorstel

Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (PbEU 2014, L 173) en Richtlijn nr. 2014/57/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (PbEU 2014, L 173) (Wet implementatie verordening en richtlijn marktmisbruik).

De verordening bestendigt vier kernbepalingen van de regels ter voorkoming van marktmisbruik, te weten:

- Het verbod om te handelen met voorwetenschap;
- het verbod om voorwetenschap wederrechtelijk aan een derde mede te delen;
- de plicht voor uitgevende instellingen om voorwetenschap die op henzelf betrekking heeft zo snel mogelijk bekend te maken;
- het verbod om de markt te manipuleren.

Met de verordening wordt het regelgevend kader rondom marktmisbruik geactualiseerd aan de marktontwikkelingen en verder geharmoniseerd. De reikwijdte van de regels wordt op verschillende terreinen uitgebreid, onder andere op het terrein van handelsplatformen en OTC-handel, wat betreft de wisselwerking tussen grondstof derivaten en spotcontacten en ter zake van de poging tot marktmisbruik. Wat betreft de technologische ontwikkelingen biedt de verordening meer duidelijkheid over de vraag wanneer (hoogfrequente) algoritmische handel marktmanipulatie oplevert. Ten slotte heeft de verordening tot doel om het onderzoeks- en handhavingsinstrumentarium van toezichthouders te versterken en harmoniseren.

Advies

Het wetsvoorstel geeft de NVvR aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen.

Bevoegdheid tot het leggen van beslag

Artikel 22 van de verordening betreft het aanwijzen van een toezichthouder. Voor Nederland wordt de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aangewezen. Artikel 23 van de verordening verplicht lidstaten om de toezichthouders, overeenkomstig het nationale recht, bepaalde onderzoeksbevoegdheden te geven die zij rechtstreeks of in samenwerking met andere autoriteiten kunnen inzetten. In de toelichting op de wet wordt aangegeven dat alle specifieke bevoegdheden die worden genoemd in artikel 23 al bestaan in de Nederlandse rechtsorde. Nadere implementatie is derhalve niet vereist. Genoemd wordt onder meer de bevoegdheid van een toezichthouder om bij een ieder inlichtingen in te winnen, zakelijke gegevens en bescheiden in te zien of het betreden van plaatsen ter inspectie. Andere bevoegdheden zijn in de Nederlandse rechtsorde exclusief voorbehouden aan het strafrecht, zoals het leggen van beslag op activa.

Er is voor gekozen om deze laatst genoemde bevoegdheid, in navolging van de implementatie van de richtlijn marktmisbruik 2003, ook nu niet toe te kennen aan de bestuursrechtelijke toezichthouder, waarbij aangehaald wordt dat samenwerking met andere autoriteiten is toegestaan.

Met betrekking tot het leggen van beslag kan bijvoorbeeld gedacht worden aan samenwerking met het Openbaar Ministerie teneinde gebruik te maken van zijn beslagbevoegdheden in het kader van een strafrechtelijk onderzoek.

In voorkomende gevallen is het denkbaar dat naast een onderzoek door een toezichthouder ook een onderzoek door het Openbaar Ministerie wordt verricht en dat in het kader van dat onderzoek het noodzakelijk wordt geacht door het Openbaar Ministerie om beslag te leggen op activa. Een vergelijkbare situatie is te zien daar waar de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie oog hebben op eenzelfde subject. In geval er door het Openbaar Ministerie beslag is gelegd kan het voorkomen dat het raadzaam is dat beslag beschikbaar te houden en wellicht ook te laten voor de Belastingdienst. De Belastingdienst kan er dan voor kiezen om beslag te leggen onder het Openbaar Ministerie, waarna het Openbaar Ministerie de keus heeft om zelfstandig verder te gaan, dan wel het eigen beslag op te heffen. De zuiverheid van overweging komt niet in het geding, aangezien in geval het Openbaar Ministerie tot de conclusie komt dat er geen strafrechtelijk belang is bij voortdurende van het beslag, zij deze bevoegdheid niet, dan wel beperkt inzet. Het beslag wordt in die gevallen niet gelegd of alsnog opgeheven.



Nu de wetswijziging inhoudt dat het handhavinginstrumentarium wordt versterkt en daartoe ook de maximum sancties worden aangepast, lijkt het aangewezen er zorg voor te dragen dat een door een toezichthouder opgelegde beschikking ook daadwerkelijk kan worden geëxecuteerd. Een van de meest effectieve middelen daartoe is het realiseren van een adequate beslagpositie tijdens de onderzoeksfase (in een zo vroeg mogelijk stadium voorafgaand aan de uitspraak).

Het ontberen van een eigen beslagbevoegdheid van de toezichthouder kan ertoe leiden dat de mogelijkheden van een andere autoriteit voor dat oogmerk worden benut. Het gebruik van die beslagbevoegdheid van die autoriteit wordt even wel beperkt door het doel waarvoor deze wordt ingezet. Zo is het leggen van beslag door het Openbaar Ministerie louter ten behoeve van de belangen van een toezichthouder niet toegestaan (détournement de pouvoir). Maar ook in het geval de beslagbevoegdheid door het Openbaar Ministerie wel wordt ingezet ten behoeve van het strafvorderlijk belang, zal het beslag moeten worden opgeheven als, na overleg tussen beide instanties, besloten zou worden de zaak via de toezichthouder af te wikkelen en niet via het strafrecht. Het op goede gronden en met de juiste grondslag gelegde beslag zal niet kunnen worden gehandhaafd, omdat het dan geen strafvorderlijk doel meer dient, of omdat het opleggen van een geldboete of het opleggen van een maatregel ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel hoogst onwaarschijnlijk is geworden, wat feitelijk niet zal plaatsvinden. Immers, het OM gaat niet over tot vervolging (una via-beginsel). De activa worden teruggegeven aan de beslagene en regie over het daadwerkelijk executeren van een eventuele bestuursrechtelijke boete wordt uit (overheids)handen gegeven.

Met een eigen bevoegdheid tot het leggen van beslag door de toezichthouder, waarmee in bovenvermelde situatie onder het Openbaar Ministerie beslag kan worden gelegd, zou een dergelijke onwenselijke situatie kunnen worden voorkomen. Maar een betere mogelijkheid, immers aansluitend bij een toezichtstructuur die reeds bestaat, is volgens de NVvR het uitbreiden van de grondslag voor het Openbaar Ministerie tot het handhaven van het eenmaal gelegde beslag. Het gaat dan concreet om het creëren van de mogelijkheid van conservatoir beslag ten behoeve van een procedure van een toezichthouder die kan leiden tot het opleggen van een (bestuursrechtelijke) boete. In dat geval ontstaat er geen nieuwe zelfstandige bevoegdheid voor de toezichthouder en behoeft er ook geen aanpassing van de bestaande wettelijke regelingen op dat vlak. Het kunnen leggen van het beslag blijft vallen onder de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie in die gevallen waarin dat nu ook mogelijk is en met toezicht en toetsing door dezelfde rechterlijke instanties. Ook is in dat geval de rechtsbescherming via art. 552a Sv. afdoende gewaarborgd. Ook wordt op deze wijze optreden in onderlinge afstemming tussen Openbaar ministerie en toezichthouder gestimuleerd, iets dat het evenwicht in de sanctionering van optreden door verschillende overheidsorganen zal bevorderen. De NVvR adviseert de minister, gelet op het voorgaande, de grondslag voor het Openbaar Ministerie tot het handhaven van het gelegde beslag uit te breiden zoals hiervoor omschreven.



Omzet-gerelateerde boete

Bij de aanpassing van de op te leggen maximumbedragen aan bestuurlijke boete is de mogelijkheid geïntroduceerd om een omzet-gerelateerde boete op te leggen. De daarbij bepalende netto-omzet is de netto-omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaand aan het vaststellen van de boete. De NVvR wijst erop dat er geruime tijd kan liggen tussen het plegen van de verweten handelingen, het verrichten van het onderzoek en het uiteindelijk opleggen van de boete. Bij de huidige redactie is het voor de betreffende rechtspersoon mogelijk om maatregelen te nemen die ertoe leiden dat er een lagere netto-omzet in het normjaar in de boeken komt.

De NVvR adviseert de minister daarom om aan het wetsvoorstel toe te voegen dat bij toepassing van een omzet-gerelateerde boete gekozen kan worden tussen de netto-omzet in het jaar voorafgaand aan het vaststellen van de boete, dan wel het jaar/jaren waarin de/een van de verweten handeling(en) is/zijn gepleegd.

Openbaarmaking besluit

In artikel 1:97 Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) wordt de mogelijkheid gegeven om, onder voorwaarden, een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of een last onder dwangsom ook openbaar te maken voordat deze onherroepelijk is geworden. Bij een dergelijke vroegtijdige bekendmaking bestaat de mogelijkheid dat het besluit zoals het is gepubliceerd in een latere instantie wordt gewijzigd, vernietigd of herroepen. Weliswaar is het gat in de Wft met betrekking tot de rechtsbescherming tegen een dergelijke vroegtijdige publicatie van een sanctiebesluit gedicht doordat in de rechtspraak aansluiting gezocht is bij de algemene regeling van artikel 8:80a Awb (zie de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 12 mei 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:150)), het verdient vanuit rechtsbeschermingsoptiek de voorkeur om in de betreffende wet, in dit geval dus de Wft, dit als verplichting voor het bestuur op te nemen. Dit kan op eenvoudige wijze door aan artikel 1:97 Wft toe te voegen dat als de bestuursrechter een boete- en daarmee verbonden publicatiebesluit herroept, die uitspraak overeenkomstig artikel 8:80 Awb door de toezichthouder op soortgelijke wijze als de eerdere publicatie van het herroepen besluit dient te worden gepubliceerd. De NVvR adviseert de minister het wetsvoorstel op dit punt aan te vullen.

De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR,

Prof. dr. M.E. de Meijer
voorzitter

