



Onrechtmatig verkregen bewijs

Rechtbank Rotterdam, 21 november 2005, meervoudige kamer voor bestuursrechtelijke zaken, Reg.nr.: BC 05/1749-KRD, X v. De Nederlandsche Bank N.V. (m.nt. mr C.T. Dekker)¹

Deze zaak is interessant voor de lezers van *Markt & Mededinging* omdat de rechtbank een uitspraak doet over het gebruik in een bestuursrechtelijke procedure van in een strafrechtelijke procedure onrechtmatig verkregen bewijs. Het wettelijk kader waarbinnen de zaak zich afspeelt, is daarmee niet gelijk aan dat van de Mededingingswet, waar immers de bewijsverkrijging ook in bestuursrechtelijke context plaatsvindt. Het is daarom goed om te bezien of deze uitspraak ook betekenis heeft voor de mededingingsrechtelijke praktijk.

Achtergronden

Ingevolge artikel 82, eerste lid, van de Wtk 1992 is het een ieder verboden bedrijfsmatig al dan niet op termijn opvorderbare gelden van het publiek aan te trekken, ter beschikking te verkrijgen of ter beschikking te hebben dan wel in enigerlei vorm te bemiddelen ter zake van het bedrijfsmatig van het publiek aantrekken of ter beschikking verkrijgen van al dan niet op termijn opvorderbare gelden.

De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) heeft in april 2002 bij het Openbaar Ministerie aangifte gedaan van overtreding van dit artikel en artikel 83 van de Wtk 1992 door de Schweizer Sparkasse A.G. (hierna: de Sparkasse). Naar aanleiding hiervan heeft de FIOD/ECD een onderzoek ingesteld naar de Sparkasse. Rechercheurs van de FIOD/ECD hebben één van de participanten als getuige gehoord, waarna zij het vermoeden kregen dat X artikel 82, eerste lid, van de Wtk 1992 zou hebben overtreden. Vervolgens hebben zij bij X de administratie over de jaren 1999 tot en met 2002 onderzocht en X in dit verband gehoord. Uit de verschillende rekeningafschriften blijken stortingen van diverse bedragen via diverse rekeninghouders, waaronder de getuige, vanuit Nederland. De deelnemingen van ten minste negen personen blijken uit

contracten en andere overzichten verstrekt door de Euro-American Trading Bank Inc.

De getuige heeft onder meer verklaard dat hij via X, een goede vriend van hem, hoorde dat het mogelijk was geld te beleggen bij een Amerikaanse bank. Vervolgens heeft hij een bedrag van f 50.000,- overgemaakt op een gironummer dat bleek toe te behoren aan de Sparkasse, welk gironummer hem ter beschikking is gesteld door X. Het betreffende contract, waarvan zich bij de stukken een afschrift bevindt, heeft hij ontvangen van X.

X heeft tegenover de rechercheurs van de FIOD/ECD onder meer verklaard dat hij min of meer fungeert als intermediair voor de Bavarian Invest Ltd. Indien X wordt benaderd door een klant die geld wil inleggen wordt een aanvraagformulier ingevuld, door de klant getekend en opgestuurd naar de Sparkasse. De klant maakt het overeengekomen bedrag vervolgens over op rekening van de Sparkasse. X stuurt vervolgens een rekening naar de Trading Bank en ontvangt zijn 'referent fee' van de Sparkasse. Voor die rol zou eiser in 2002 totaal € 12.000,- hebben ontvangen.

X heeft de FIOD/ECD bij brief van 14 november 2002 meegedeeld per direct te zijn gestopt met de referentiewerkzaamheden richting de Sparkasse, dit totdat aan alle formaliteiten is voldaan.

De FIOD/ECD trekt uit de bevindingen de conclusie dat X heeft bemiddeld in het aantrekken van opvorderbaar krediet door de Sparkasse, de BIL of de Trading Bank tot een bedrag van rond de € 300.000,-.

Bij brief van 19 februari 2004 heeft DNB aan X bericht voornemens te zijn hem een boete op te leggen wegens overtreding van artikel 82, eerste lid, van de Wtk 1992. Na in de gelegenheid te zijn gesteld zijn zienswijze te geven heeft verweerster, namens de minister, X onder toepassing van de in artikel 90d, vierde lid, van de Wtk 1992 neergelegde matigingsbevoegdheid een boete opgelegd van € 25.000,-. Die boete heeft verweerster – inmiddels via attributie bevoegd tot boeteoplegging terzake – met het bestreden besluit gehandhaafd.

¹ Mr C.T. Dekker is advocaat bij Nysingh te Zwolle.

Bij besluit van 19 april 2004 (verzonden op 20 april 2004) heeft De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) namens de minister van Financiën (hierna: de minister) een boete opgelegd van € 25.000,- wegens overtreding van artikel 82, eerste lid, van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (hierna: Wtk 1992). Tegen dit besluit heeft X bezwaar gemaakt, welk bezwaar de minister, gelet op een wijziging van de Wtk 1992 per 15 september 2004 (die de bevoegdheid van de minister tot het verlenen van ontheffing van het verbod van artikel 82, lid 1, Wtk 1992 bij DNB heeft gelegd), ter verdere behandeling overgedragen aan DNB. DNB heeft bij besluit van 24 maart 2005 het bezwaar ongegrond verklaard. Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) heeft X beroep ingesteld.

In het kader van dit beroep heeft X, afgezien van zijn materiële argumenten, aangevoerd dat DNB ten onrechte voorbij is gegaan aan de cautieplicht en dat hij onevenredig is benadeeld door de handelwijze van verweerster.

DNB heeft gesteld dat in het midden kan blijven of aan eiser voorafgaande aan zijn verhoor op 11 november 2002 een cautie verleend had moeten worden. Ook indien sprake is van een dergelijk verzuim kan de verklaring van X voor de bestuurlijke boeteplegging als bewijs dienen, aldus DNB. DNB voert voorts aan dat er voldoende schriftelijk en ander bewijs van de overtreding bestaat naast de verklaring van eiser. Eiser zou derhalve niet in zijn belangen worden geschaad door het gebruik van zijn verklaring.

Overwegingen van de rechtbank

De rechtbank overweegt het volgende ten aanzien van de grief dat aan eiser in het strafrechtelijk onderzoek door de FIOD/ECD is verzuimd hem de cautie te geven voorafgaande aan het verhoor:

Ingevolge artikel 29 van Sv dient de verdachte, ter verzekering van het zwijgrecht, voor het verhoor te worden meegedeeld dat hij niet tot antwoorden is verplicht. Vooraleerst dient derhalve te worden vastgesteld of eiser op 11 november 2002 als verdachte is gehoord. Uit de stukken komt naar voren dat het onderzoek van de FIOD/ECD was gericht op de vraag of de Sparkasse zonder vergunning in Nederland bedrijfsmatig krediet aantrok. Tijdens dit onderzoek kwam uit een giro-overschrijving naar voren dat eiser mogelijk bemiddeld heeft in de krediet aantrekking door de Sparkasse. Dit gegeven, tezamen met de getuigenverklaring van 6 november 2002 van een participant, gaf de rechercheurs het vermoeden dat eiser in strijd handelde met artikel 82 van de Wtk 1992. Een en ander was de aanleiding tot een onderzoek naar de administratie van eiser op 11 november 2002 en het stellen van vragen aan hem bij die gelegenheid. De rechtbank houdt het ervoor dat, gelet op de belastende gegevens waarover de FIOD/ECD reeds beschikte voorafgaande aan het verhoor van eiser op 11 november 2002, eiser ten tijde van dat verhoor als verdachte had moeten worden aangemerkt als bedoeld in artikel 27, eerste lid, van Sv. In het proces-verbaal van bevindingen wordt ook gesproken van het 'Proces-verbaal van verhoor van de verdachte'. Ingevolge artikel 29, tweede lid, van Sv had

derhalve direct voorafgaande aan dat verhoor de cautie moeten worden verleend. Nu uit het proces-verbaal niet blijkt dat de cautie is gegeven moet het er voorts voor worden gehouden dat dit niet is gebeurd. Als vaststaand moet derhalve worden aangenomen dat de rechercheurs van de FIOD/ECD de in artikel 29 van Sv neergelegde cautieplicht niet hebben nageleefd.

Het bewijs dat voortvloeit uit de verklaring van eiser, die er blijkbaar voorafgaande aan dat verhoor ook niet op was bedacht dat hij als verdachte werd gehoord en evenmin tijdens dit verhoor werd bijgestaan door een raadsman, is derhalve – strafrechtelijk gezien – onrechtmatig verkregen.

De vraag is vervolgens of dit verzuim gevolgen dient te hebben voor de voorliggende vraag of verweerster terecht heeft geoordeeld dat eiser artikel 82, eerste lid, van de Wtk 1992 heeft overtreden. De rechtbank beantwoordt die vraag ontkennend en wel op grond van het volgende.

Ingeval gesproken kan worden van jegens de belanghebbende strafrechtelijk op onrechtmatige wijze verkregen bewijsmiddelen, als hier aan de orde, hoeft dit voor verweerster geen beletsel te zijn om daarvan gebruik te maken. Gelet op de uitspraak van de Hoge Raad van 1 juli 1992 (NJ 1994/621) zal in een dergelijk geval, met inachtneming van alle ter zake dienende omstandigheden, nader moeten worden beoordeeld of verweerster handelt in strijd met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, en meer in het bijzonder met het thans in artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) neergelegde zorgvuldigheidsbeginsel, door ter vaststelling of ter ondersteuning van een bestuurlijke boete van dit strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijsmiddel gebruik te maken.

Voorts heeft te gelden dat in de jurisprudentie met betrekking tot artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) evenmin een cautieplicht wordt gekoppeld aan het zwijgrecht. Immers, slechts het onder dwang verkrijgen van een verklaring die niet los van de wil van de belanghebbende kan worden verkregen wordt als strijdig met de verdragsrechten aangemerkt.

Ten slotte heeft naar het oordeel van de rechtbank, naar verweerster terecht heeft aangenomen, te gelden dat eiser niet in zijn belangen wordt geschaad door het gebruik van de door hem afgelegde verklaring, nu die volledig wordt ondersteund door de overige bewijsmiddelen, te weten de getuigenverklaring van een participant en de schriftelijke stukken waarover de FIOD/ECD beschikte.

De rechtbank is gelet op een en ander niet gebleken dat verweerster in strijd met artikel 3:2 van de Awb heeft gehandeld door eisers eigen verklaring mede ten grondslag te leggen aan de vaststelling van de overtreding.

De rechtbank oordeelt vervolgens dat X op enigerlei wijze een bemiddelende rol heeft gespeeld in het bedrijfsmatig aantrekken van opvorderbare gelden van het publiek, en dat daarmee vaststaat dat eiser artikel 82, eerste lid, van de Wtk 1992 heeft overtreden.

Voorts wijdt de rechtbank nog enige overwegingen aan de vraag of de boete gematigd moet worden in verband met een *undue delay*, dat zich volgens de rechtbank heeft voorgedaan nu tussen de aanvang van de redelijke termijn op 11 november 2002 (de datum van het eerste verhoor van de verdachte) en de afdoening in eerste aanleg meer dan twee jaren zijn verstreken. Niettemin vond de rechtbank dat met deze vertraging bij de primaire sanctieoplegging reeds voldoende rekening was gehouden, zodat verdere matiging niet aan de orde was.²

Commentaar

In deze uitspraak komen zowel de ook voor het mededingingsrecht van belang zijnde vragen inzake het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs aan de orde, als die inzake het moment waarop een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM aanvangt.

De rechtbank constateert dat het bewijs dat voortvloeit uit de verklaring van X, onrechtmatig verkregen is. Daartoe moest de rechtbank wel eerst vaststellen of X op 11 november 2002 als *verdachte* werd gehoord. Deze beoordeling vindt plaats in het strafrechtelijke wettelijke kader, daar het verhoor ook in dat kader plaatsvond. Het bestuursrechtelijke kader dat gevormd wordt door artikel 90e van de Wtk 1992 was op dat moment niet van toepassing. Genoemd artikel bepaalt dat degene jegens wie door de minister, dan wel door DNB, voor zover zij bevoegd is een boete op te leggen, een handeling is verricht waaraan hij in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat hem wegens een overtreding een boete zal worden opgelegd, niet verplicht is ter zake daarvan enige verklaring af te leggen. Hij wordt hiervan in kennis gesteld alvorens hem mondeling om informatie wordt gevraagd.

Voor het moment waarop X een beroep mocht doen op het zwijgrecht – en hem de cautie moest worden gegeven – acht de rechtbank bepalend de belastende gegevens waarover de FIOD/ECD beschikte voorafgaand aan het verhoor van 11 november 2002. Dit past in het kader van artikel 27 Sv dat aansluit bij het redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit. Voor het mededingingsrecht, dat met artikel 53 Mededingingswet eveneens aansluit bij het redelijk vermoeden dat een onderneming een overtreding heeft begaan, zal dan ook eenzelfde beoordeling gemaakt kunnen worden, zij het dat hier niet alleen het ‘verhoor’ (het verzoek om inlichtingen), maar ook het betreden van een plaats (met het oog op het vorderen van inzage in de daar aanwezige documenten) als ‘daad van vervolging’ kan worden aangemerkt, zoals in deze zaak de rechtbank het verhoor als eerste vervolgingsmoment als bedoeld in artikel 6, lid 1, EVRM aanduidt. Praktisch betekent dit dat een onderneming reeds vanaf dat moment een beroep kan doen op artikel 6, lid 1,

EVRM, dat een verdergaand zwijgrecht lijkt in te houden dan artikel 53 Mw.³

Ten aanzien van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in een bestuursrechtelijke (sanctie)procedure geldt als standaardoverweging hetgeen de Hoge Raad in een arrest uit 1992 aangaf:

‘Met betrekking tot bewijsmiddelen waarvan de inspecteur, ook indien de onrechtmatige handelingen van de vervolgende instanties niet hadden plaatsgevonden, zonder wettelijke belemmeringen kennis had kunnen nemen, kan in het algemeen van strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet worden gesproken, zo de inspecteur van deze bewijsmiddelen gebruik maakt.’

De Hoge Raad wijst er vervolgens op dat ingevolge art. 47 e.v. AWR belastingplichtigen verplicht zijn om desgevoerd aan de inspecteur gegevens en inlichtingen te verschaffen dan wel boeken en andere bescheiden ter inzage te verstrekken.

De Hoge Raad voegt hier nog een overweging aan toe: gebruik van vorenbedoelde bewijsmiddelen door de inspecteur is slechts dan niet toegestaan, indien zij zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. Deze laatste zin is een standaardformule geworden,⁴ maar wordt overigens door de rechtbank in de besproken uitspraak niet als zodanig gebruikt. Niettemin is het oordeel van de rechtbank dat het bewijs dat voortvloeit uit de verklaring van eiser weliswaar onrechtmatig is verkregen, maar dat gebruik van dit bewijs niet in strijd komt met het zorgvuldigheidsbeginsel van art. 3:2 Awb in lijn met vaste bestuursrechtelijke jurisprudentie.

Waar de rechtbank aan voorbij lijkt te gaan is dat het volgens de eerste aangehaalde overweging van de Hoge Raad hoe dan ook steeds moet gaan om bewijsmiddelen waarvan de inspecteur, ook indien de onrechtmatige handelingen van de vervolgende instanties niet hadden plaatsgevonden, zonder wettelijke belemmeringen kennis had kunnen nemen. Dat gaat op voor stukken die de justitiabele verplicht is te verstrekken (in bestuursrechtelijke context: ter inzage te geven), maar naar mijn idee niet voor verklaringen die de betrokkene, met een beroep op zijn zwijgrecht, niet had hoeven af te leggen.

Opmerkelijk is de overweging van de rechtbank dat X niet in zijn belangen wordt geschaad door het gebruik van

² Ik ga op dit punt van de uitspraak niet in. Inmiddels heeft de rechtbank Rotterdam zich uitgelaten over *undue delay* in mededingingszaken in de uitspraken 22 mei 2006 in de zaak Aesculaap, (LJN-nr. AX8428) en in de zaak AUV (LJN-nr. AX8425).

³ Zie hierover uitgebreider C.T. Dekker, *Nederlands Mededingingsprocesrecht*, Kluwer, 2002, p. 280 e.v.

de door hem afgelegde verklaring, nu die volledig wordt ondersteund door de overige bewijsmiddelen. Ik meen dat dit een onjuiste benadering is: ofwel de verklaring is onrechtmatig verkregen en had ook niet op een rechtmatige wijze verkregen kunnen worden, zodat zij niet voor het bewijs gebruikt mag worden, ofwel zij is rechtmatig verkregen of had rechtmatig verkregen kunnen worden, zodat zij *wel* voor het bewijs gebruikt kan worden. Als het eerste het geval is, dient het bestuursorgaan, wil het een overtreding bewijzen, volledig te kunnen steunen op de overige bewijsmiddelen. Is daarmee het bewijs niet rond, dan is de overtreding niet bewezen. *Ondersteuning* door de overige bewijsmiddelen van het onrechtmatig verkregen bewijs, zoals de rechtbank het uitdrukt, is mijns inziens echter niet aan de orde. Ik heb de indruk dat de rechtbank met een andere benadering (de overige bewijsmiddelen zijn voldoende, zodat hoe dan ook geen acht geslagen behoeft te worden op het bewijs waarvan X zegt dat het onrechtmatig verkregen is) niet tot een ander resultaat was gekomen.

Men kan zich afvragen of de door de rechtbank gehanteerde regel ook opgaat voor door de NMa op onrechtmatige wijze verkregen bewijs. In de onderhavige zaak – en overigens ook in andere zaken waarin de bovenvermelde formule wordt gehanteerd – is het bewijs niet vergaard door het bestuursorgaan dat de sanctie oplegt, maar is het verkregen van een opsporingsdienst. Men zou kunnen betogen dat het gebruik door een bestuursorgaan van bewijs dat is verkregen door onrechtmatig optreden van datzelfde bestuursorgaan, hoe dan ook al zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik ontoelaatbaar moet worden geacht. Daartegen pleit dat in de aangehaalde formule niet wordt gesproken over wat van een *bestuursorgaan* mag worden verwacht, maar van wat van de *overheid* mag worden verwacht. Niettemin zal ook in de mededingingsrechtelijke sfeer in ieder geval een onderscheid moeten worden gemaakt naar bewijsmiddelen waarvan de NMa, ook indien zij niet onrechtmatig gehandeld had, zonder wettelijke belemmeringen kennis had kunnen nemen en bewijsmiddelen waarvoor dat niet geldt. Zoals gezegd is dat laatste in ieder geval aan de orde bij verklaringen waarop het zwijgrecht van toepassing is.

House of Lords 19 juli 2006, *Inntrepreneur Pub Company and others v. Crehan*

(m.nt. mr P.J. Kreijger)¹

Inleiding

Inmiddels al weer enige jaren geleden besliste het Hof van Justitie in de zaak *Courage vs. Crehan* dat aan de werking van art. 81, lid 1, EG afbreuk zou worden gedaan wanneer niet eenieder vergoeding zou kunnen vorderen van schade die hem is berokkend door een mededingingsbeperkende overeenkomst of gedraging. Een dergelijk recht op schadevergoeding maakt, aldus het Hof, de communautaire mededingingsregels immers gemakkelijker toepasbaar, waardoor verborgen overeenkomsten of praktijken die de mededinging kunnen beperken of vervalsen, minder aantrekkelijk worden. Schadevorderingen bij de nationale rechter kunnen in de visie van het Hof wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap. De regel van Engels burgerlijk recht die in de zaak *Courage vs. Crehan* aan de orde was en die een partij bij een mededingingsbeperkende overeenkomst een beroep op het mededingingsrecht onthield (*in pari delicto*), was derhalve in strijd met art. 81 EG.²

De sindsdien steeds warmer wordende belangstelling voor private handhaving van het mededingingsrecht heeft geleid tot evenzeer warme pleidooien voor uitbreiding van het civiele handhavingsinstrumentarium dat (werkelijke of vermeende) slachtoffers van inbreuken op het mededingingsrecht ten dienste staat. De minister van Economische Zaken heeft nog onlangs een inventarisatie van dit instrumentarium laten uitvoeren en kreeg van de Tweede Kamer de opdracht mee om op korte termijn met concrete voorstellen te komen om private handhaving te verbeteren. In de pleidooien voor private handhaving staat onder meer de bewijspositie van de eiser centraal, meer in het bijzonder de vraag in hoeverre deze gebaseerd kan worden op beschikkingen van mededingingsautoriteiten waarin inbreuken zijn vastgesteld.

De zaak *Courage vs. Crehan* betrof een prejudiciële verwijzing in een zaak die eerst onlangs is uitgemond in de hier te bespreken einduitspraak van het House of Lords.³ Nadat het Hof de weg had vrijgemaakt voor de inhoudelijke behandeling van deze procedure, kwam de bewijspositie van de eiser, die in belangrijke mate was gebaseerd op beschikkingen van de Commissie met betrekking tot de relevante markt, centraal te staan: kon eiser Bernard Crehan volstaan met verwijzing naar de feitenvaststelling van de Commissie in andere zaken met betrekking tot dezelfde markt, teneinde aan te tonen dat de door hem gewraak-

¹ Paul Kreijger is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

² HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, Jur. 2001, p. I-6297, met noot M.A. de Jong, *M&M* 2002, nr. 1, p. 29.

³ De tekst is beschikbaar op www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2006/38.html.

⁴ Zie bijvoorbeeld: ABRvSt 4 februari 2000, *AB* 2000, 242.