



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
van 12 september 2017<sup>1</sup>

**Gevoegde zaken C-596/16 en C-597/16**

**Enzo Di Puma**  
**tegen**  
**Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) (C-596/16)**  
**en**  
**Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)**  
**tegen**  
**Antonio Zecca (C-597/16)**

[verzoeken van de Corte suprema di cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Richtlijn 2003/6/EG – Meedelen van voorwetenschap – Nationale wettelijke regeling waarin voor hetzelfde feit een bestuursrechtelijke en een strafrechtelijke sanctie wordt opgelegd – Strafrechtelijke vrijspraak waarbij het vermeende strafbare feit niet bewezen is verklaard – Artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Schending van het ne-bis-in-idembeginsel”

1. In de conclusie in de zaak Menci<sup>2</sup>, eveneens van heden, ga ik na in hoeverre het ne-bis-in-idembeginsel wordt gehanteerd wanneer krachtens de wettelijke regelingen van bepaalde lidstaten een combinatie van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties kan worden opgelegd als er geen belasting over de toegevoegde waarde betaald wordt. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op dezelfde problematiek, maar de dubbel bestrafte gedragingen betreffen ditmaal „marktmisbruik” en in het bijzonder handel met voorwetenschap.

2. De in dit verband gebruikelijke bestuursrechtelijke sancties werden geharmoniseerd middels richtlijn 2003/6/EG<sup>3</sup>, die later is ingetrokken bij verordening (EU) nr. 596/2014<sup>4</sup>. Met deze verordening is een volledige harmonisatie van de bestuurlijke bestraffende sancties tot stand gebracht, terwijl ook de door de lidstaten op te leggen strafrechtelijke sancties voor dergelijke gedragingen middels richtlijn 2014/57/EU<sup>5</sup> deels zijn geharmoniseerd.<sup>6</sup>

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 Zaak C-524/15 (hierna: „conclusie Menci”).

3 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik) (PB 2003, L 96, blz. 16).

4 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (verordening marktmisbruik) en houdende intrekking van richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad en richtlijnen 2003/124/EG, 2003/125/EG en 2004/72/EG van de Commissie (PB 2014, L 173, blz. 1). Verordening nr. 596/2014 is per 3 juli 2016 in de plaats gekomen van richtlijn 2003/6.

5 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (richtlijn marktmisbruik) (PB 2014, L 173, blz. 179).

6 Noch verordening nr. 596/2014 noch richtlijn 2014/57 is temporeel van toepassing op de onderhavige zaak, waarvan de feiten dateren uit het jaar 2005.

## **I. Toepasselijke bepalingen**

### **A. EVRM**

3. Artikel 4 van het op 22 november 1984 te Straatsburg ondertekende Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 1950 (hierna: „EVRM”) regelt het „recht om niet tweemaal te worden berecht of gestraft” en luidt:

„1. Niemand wordt opnieuw berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure binnen de rechtsmacht van dezelfde staat voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van die staat.

2. De bepalingen van het voorgaande lid beletten niet de heropening van de zaak overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van de betrokken staat, indien er aanwijzingen zijn van nieuwe of pas aan het licht gekomen feiten, of indien er sprake was van een fundamenteel gebrek in het vorige proces, die [of dat] de uitkomst van de zaak zouden of zou kunnen beïnvloeden.

3. Afwijking van dit artikel krachtens artikel 15 van het verdrag is niet toegestaan.”

### **B. Unierecht**

#### *1. Handvest*

4. Artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) luidt als volgt:

„Niemand wordt opnieuw berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure voor een strafbaar feit waarvoor hij in de Unie reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet.”

5. Artikel 52 van het Handvest bepaalt als volgt over de reikwijdte en uitlegging van de in het Handvest gewaarborgde rechten en beginselen:

„1. Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

[...]

3. Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het [EVRM], zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.

4. Voor zover dit Handvest grondrechten erkent zoals die voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, moeten die rechten in overeenstemming met die tradities worden uitgelegd.

[...]

6. Met de nationale wetgevingen en praktijken moet ten volle rekening worden gehouden, zoals bepaald in dit Handvest.

[...]”

## 2. Afgeleid recht omtrent marktmisbruik

### a) Richtlijn 2003/6

6. Richtlijn 2003/6 bracht een harmonisatie tot stand van de materiële bepalingen met betrekking tot handel met voorwetenschap en marktmanipulatie en legde de lidstaten voorts de verplichting op om dergelijke illegale praktijken bestuursrechtelijk te bestraffen, ongeacht of er strafrechtelijke vervolging plaatsvindt uit hoofde van nationaalrechtelijke bepalingen.

7. Overweging 38 van richtlijn 2003/6 luidt als volgt:

„Om ervoor te zorgen dat een communautair rechtskader tegen marktmisbruik naar behoren functioneert, dient iedere inbreuk op de krachtens deze richtlijn vastgestelde verbodsbepalingen of vereisten onverwijld aan het licht gebracht en bestraft te worden. Daartoe moeten de sancties voldoende afschrikkend zijn en in verhouding tot de ernst van de inbreuk en de gerealiseerde winst staan en consequent worden toegepast.”

8. Artikel 2, lid 1, van deze richtlijn heeft betrekking op handel met voorwetenschap en bepaalt als volgt:

„De lidstaten verbieden de in de tweede alinea bedoelde personen die over voorwetenschap beschikken om gebruik te maken van deze voorwetenschap door, voor eigen rekening of voor rekening van derden, rechtstreeks of middellijk de financiële instrumenten waarop deze voorwetenschap betrekking heeft te verkrijgen of te vervreemden, of te trachten deze te verwerven of te vervreemden.

De eerste alinea is van toepassing op iedere persoon die in het bezit van die informatie is:

- a) vanwege zijn hoedanigheid als lid van de bestuurs-, leidinggevende of toezichthoudende organen van de emittent, of
- b) vanwege zijn deelneming in het kapitaal van de emittent, of
- c) vanwege het feit dat hij toegang heeft tot de informatie vanwege de uitoefening van zijn werk, beroep of functie, of
- d) vanwege criminele activiteiten.”

9. Artikel 2 van richtlijn 2003/6 wordt aangevuld door artikel 3, dat luidt als volgt:

„De lidstaten verbieden iedere persoon [op wie] de verbodsbepaling van artikel 2 van toepassing is:

- a) voorwetenschap aan een derde mede te delen, tenzij dit gebeurt in het kader van de normale uitoefening van [zijn] werk, beroep of functie;
- b) op grond van voorwetenschap een derde aan te bevelen of ertoe aan te zetten om financiële instrumenten waarop die voorwetenschap betrekking heeft, te verkrijgen of te vervreemden, of door een andere persoon te doen verkrijgen of vervreemden.”

10. Artikel 14, lid 1, van deze richtlijn heeft de volgende bewoordingen:

„Onverminderd het recht van de lidstaten tot het opleggen van strafrechtelijke sancties, zorgen de lidstaten ervoor 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. De lidstaten zien erop toe dat deze maatregelen doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.”

*b) Verordening nr. 596/2014*

11. Overweging 71 van verordening nr. 596/2014 luidt als volgt:

„[Er] moet worden voorzien in een aantal administratieve sancties en andere administratieve maatregelen, om een gemeenschappelijke aanpak in de lidstaten zeker te stellen en om het afschrikkende effect ervan te vergroten. De bevoegde autoriteiten moeten de mogelijkheid hebben een verbod op te leggen op de uitoefening van leidinggevende posities binnen beleggingsondernemingen. Bij de vaststelling van sancties die in specifieke gevallen worden opgelegd, moet in voorkomend geval rekening worden gehouden met factoren zoals de terugbetaling van vastgestelde financiële voordelen, de ernst en de duur van de inbreuk, verzwarende of verzachtende omstandigheden, het feit dat boeten een afschrikkend effect moeten hebben en, indien gepast, een korting wegens samenwerking met de bevoegde autoriteit. In het bijzonder mag de hoogte van de in een specifiek geval op te leggen administratieve boeten het in deze verordening vastgestelde maximum bereiken, of, voor zeer ernstige gevallen, het hogere bedrag zoals vastgesteld in de nationale wetgeving, terwijl duidelijk lagere boeten kunnen worden opgelegd voor kleinere inbreuken of wanneer een schikking wordt getroffen. Deze verordening beperkt de lidstaten niet in hun mogelijkheden te voorzien in hogere administratieve sancties of andere administratieve maatregelen.”

12. Overweging 72 van verordening nr. 596/2014 luidt:

„Hoewel niets de lidstaten ervan weerhoudt voor dezelfde inbreuken zowel administratieve als strafrechtelijke sancties te voorzien, moeten zij niet worden verplicht om administratieve sancties vast te stellen voor inbreuken op het bepaalde in deze verordening waarvoor ten laatste 3 juli 2016 reeds nationale strafrechtelijke sancties gelden. Overeenkomstig hun nationale wetgeving zijn de lidstaten niet verplicht zowel administratieve als strafrechtelijke sancties op te leggen voor hetzelfde strafbare feit, maar kunnen zij dat doen indien hun nationale wetgeving zulks toelaat. Het handhaven van strafrechtelijke sancties in plaats van administratieve sancties voor schendingen van deze verordening of van richtlijn [2014/57] mag de bevoegde autoriteiten evenwel niet beperken of anderszins beïnvloeden in hun vermogen om voor de toepassing van deze verordening met bevoegde autoriteiten in andere lidstaten samen te werken, en tijdig toegang te hebben tot informatie en informatie uit te wisselen, ook nadat de desbetreffende inbreuken naar de bevoegde rechterlijke instanties zijn verwezen voor strafrechtelijke vervolging.”

13. Overweging 77 van deze verordening heeft de volgende bewoordingen:

„Deze verordening eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen die zijn erkend in het [Handvest] in acht. Derhalve dient deze verordening te worden uitgelegd en toegepast overeenkomstig deze rechten en beginselen. [...]”

14. Artikel 14 van verordening nr. 596/2014 ziet op het verbod op handel met voorwetenschap en wederrechtelijke mededeling van voorwetenschap en luidt als volgt:

„Het is verboden om:

- a) te handelen met voorwetenschap of trachten te handelen met voorwetenschap;
- b) iemand anders aan te raden om te handelen met voorwetenschap of iemand anders ertoe aan te zetten om te handelen met voorwetenschap, of
- c) voorwetenschap wederrechtelijk mee te delen.”

15. Met betrekking tot handel met voorwetenschap en het aanbevelen van een derde om tot handel met voorwetenschap over te gaan bepaalt artikel 8 van verordening nr. 596/2014 als volgt:

„1. Voor de toepassing van deze verordening doet handel met voorwetenschap zich voor wanneer een persoon die over voorwetenschap beschikt die informatie gebruikt om, voor eigen rekening of voor rekening van derden, rechtstreeks of middellijk financiële instrumenten te verwerven of te vervreemden waarop die informatie betrekking heeft. [...]

2. Voor de toepassing van deze verordening is sprake van het aanbevelen van een derde om tot handel met voorwetenschap over te gaan, of is sprake van het aanzetten van een derde om tot handel met voorwetenschap over te gaan, indien de persoon over voorwetenschap beschikt en:

- a) op basis van die informatie aanbeveelt dat een derde financiële instrumenten waarop die voorwetenschap betrekking heeft verwerft of vervreemdt, of die derde ertoe aanzet die financiële instrumenten te verwerven of te vervreemden, of
- b) op basis van die informatie aanbeveelt dat een derde een order betreffende een financieel instrument waarop die voorwetenschap betrekking heeft annuleert of wijzigt, of die persoon ertoe aanzet een order te annuleren of te wijzigen.

3. Het gebruik van de in lid 2 bedoelde aanbevelingen of aansporingen komt neer op handel met voorwetenschap als bedoeld in dit artikel indien de persoon die de aanbeveling of aansporing gebruikt, weet of zou moeten weten dat deze op voorwetenschap is gebaseerd.

[...]”

16. Artikel 10 van deze verordening betreft wederrechtelijke mededeling van voorwetenschap en bepaalt:

„1. Voor de toepassing van deze verordening is sprake van wederrechtelijke mededeling van voorwetenschap als een persoon die over voorwetenschap beschikt deze voorwetenschap bekendmaakt aan enige andere persoon, tenzij de bekendmaking plaatsvindt uit hoofde van de normale uitoefening van werk, beroep of functie.

[...]”

17. Artikel 30 regelt de administratieve sancties en andere administratieve maatregelen:

„1. Onverminderd strafrechtelijke sancties en onverminderd de toezichtsbevoegdheden van de bevoegde autoriteiten uit hoofde van artikel 23 zorgen de lidstaten er overeenkomstig het nationale recht voor dat de bevoegde autoriteiten de bevoegdheid hebben passende administratieve sancties en administratieve maatregelen te nemen met betrekking tot in ieder geval de volgende inbreuken:

- a) inbreuken op de artikelen 14 en 15, artikel 16, leden 1 en 2, artikel 17, leden 1, 2, 4, 5 en 8, artikel 18, leden 1 tot en met 6, artikel 19, leden 1, 2, 3, 5, 6, 7 en 11, en artikel 20, lid 1, en
- b) weigering om aan een onderzoek of een inspectie mee te werken of gehoor te geven aan een vordering of verzoek zoals bedoeld in artikel 23, lid 2.

De lidstaten kunnen tot 3 juli 2016 besluiten geen bepalingen betreffende administratieve sancties als bedoeld in de eerste alinea vast te stellen indien de onder a) of onder b) van de eerste alinea bedoelde inbreuken in het nationale recht reeds aan strafrechtelijke sancties onderworpen zijn. Indien zij dit besluiten, stellen zij de Commissie en [de Europese Autoriteit voor effecten en markten (ESMA)] in detail in kennis van de strafrechtbepalingen in kwestie.

Uiterlijk op 3 juli 2016 stellen de lidstaten de Commissie en ESMA in detail in kennis van de in de eerste en de tweede alinea bedoelde regels. Zij stellen de Commissie en ESMA onverwijld in kennis van alle verdere wijzigingen ervan.

2. Lidstaten zorgen er overeenkomstig het nationale recht voor dat de bevoegde autoriteiten in het geval van de in lid 1, eerste alinea, onder a), bedoelde inbreuken beschikken over de bevoegdheid ten minste de volgende administratieve sancties op te leggen en ten minste de volgende administratieve maatregelen te nemen:

[...]”

c) *Richtlijn 2014/57*

18. De overwegingen 22, 23 en 27 van richtlijn 2014/57 luiden als volgt:

«(22) De in deze richtlijn opgenomen verplichtingen om in hun nationale wetgeving strafrechtelijke sancties op te nemen voor natuurlijke personen en straffen voor rechtspersonen, ontslaan de lidstaten niet van de verplichting in hun nationale wetgeving te voorzien in administratieve sancties en andere maatregelen voor onder verordening [nr. 596/2014] vallende inbreuken, tenzij de lidstaten overeenkomstig verordening [nr. 596/2014] hebben besloten voor die inbreuken in hun nationale wetgeving alleen in strafrechtelijke sancties te voorzien.

(23) Het toepassingsgebied van deze richtlijn is zodanig afgebakend dat het een aanvulling vormt op en de doeltreffende uitvoering waarborgt van verordening [nr. 596/2014]. Ofschoon strafbare feiten [...], indien opzettelijk gepleegd en ten minste in ernstige gevallen, overeenkomstig deze richtlijn strafbaar behoren te zijn, is voor toepassing van sancties op inbreuken op verordening [nr. 596/2014] niet nodig dat opzet wordt bewezen of dat de inbreuk als ernstig wordt aangemerkt. Bij de toepassing van het recht waarin deze richtlijn is omgezet, moeten de lidstaten ervoor zorgen dat het opleggen van strafrechtelijke sancties [voor] onder deze richtlijn vallende strafbare feiten en van administratieve sancties overeenkomstig verordening [nr. 596/2014] niet leidt tot een schending van het ne-bis-in-idembeginsel.

[...]



(27) Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die zijn erkend in het Handvest [...], zoals verankerd in het VEU. De richtlijn dient in het bijzonder te worden toegepast met inachtneming van [...] het recht om niet tweemaal in een strafrechtelijke procedure voor hetzelfde strafbare feit te worden berecht of gestraft (artikel 50).”

19. Artikel 3 van deze richtlijn ziet op handel met voorwetenschap en het aanbevelen of aanzetten van een ander tot handel met voorwetenschap. Het bepaalt als volgt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat handel met voorwetenschap [en] het aanbevelen of aanzetten van een ander tot handel met voorwetenschap als bedoeld in [de] leden 2 tot en met 8, ten minste in ernstige gevallen en indien opzettelijk gepleegd, als strafbaar feit worden aangemerkt.

2. Voor de toepassing van deze richtlijn is er sprake van handel met voorwetenschap indien een persoon die over voorwetenschap beschikt die informatie gebruikt door, voor eigen rekening of voor rekening van derden, direct of indirect financiële instrumenten te verwerven of te vervreemden waarop die informatie betrekking heeft.

3. Dit artikel is van toepassing op iedere persoon die over voorwetenschap beschikt omdat hij:

[...]

c) toegang heeft tot de informatie uit hoofde van de uitoefening van werk, een beroep of functies, [...]

[...]

Dit artikel is tevens van toepassing op eenieder die voorwetenschap heeft verkregen onder andere omstandigheden dan de in de eerste alinea genoemde omstandigheden en die weet dat het voorwetenschap betreft.

[...]”

20. Artikel 4, lid 1, van richtlijn 2014/57 luidt:

„De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat wederrechtelijke openbaarmaking van voorwetenschap als bedoeld in [de] leden 2 tot en met 5 ten minste in ernstige gevallen en indien opzettelijk gepleegd, als strafbaar feit wordt aangemerkt.”

21. Artikel 7 van deze richtlijn, dat betrekking heeft op strafrechtelijke sancties voor natuurlijke personen, luidt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de in de artikelen 3 tot en met 6 bedoelde feiten strafbaar worden gesteld met doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sancties.

2. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat op de in de artikelen 3 en 5 bedoelde strafbare feiten een maximale gevangenisstraf van ten minste vier jaar wordt gesteld.

3. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat op het in artikel 4 bedoelde strafbare feit een maximale gevangenisstraf van ten minste twee jaar wordt gesteld.”

22. Volgens artikel 13, lid 1, van richtlijn 2014/57 dienen de lidstaten vóór 3 juli 2016 de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen en bekend te maken die nodig zijn om aan de richtlijn te voldoen.

### *C. Italiaans recht*

23. Decreto legislativo n. 58/1998, testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (besluit nr. 58/1998, geconsolideerde tekst inzake diensten van financiële intermediairs; hierna: „TUF”), bepaalde in artikel 184 zoals van toepassing ten tijde van de feiten:

„1. Wordt bestraft met een gevangenisstraf van één tot zes jaar en met een geldboete van twintigduizend tot drie miljoen euro, degene die, daar hij over voorwetenschap beschikt wegens zijn hoedanigheid van lid van de bestuurlijke, leidinggevende of toezichthoudende organen van de uitgevende instelling, wegens zijn deelneming in het kapitaal van de uitgevende instelling of uit hoofde van de uitoefening van werk, een beroep of een (openbare) functie:

- a) financiële instrumenten met gebruikmaking van die wetenschap rechtstreeks of indirect koopt, verkoopt of daarmee andere transacties verricht, voor eigen rekening of voor rekening van derden;
- b) dergelijke voorwetenschap openbaar maakt aan anderen, buiten de normale uitoefening van werk, beroep of functie;
- c) op basis van die voorwetenschap anderen aanbeveelt of ertoe aanzet een van de onder a) genoemde transacties te verrichten.

2. De in lid 1 genoemde straf geldt ook voor eenieder die, daar hij over voorwetenschap beschikt, met het oog op de voorbereiding of de uitvoering van criminele activiteiten een van de in lid 1 genoemde handelingen verricht. [...]

24. Het TUF werd bij legge 18 aprile 2005, n. 62, disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee, legge comunitaria 2004 (wet nr. 62 van 18 april 2005 houdende bepalingen ter nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit het lidmaatschap van Italië van de Europese Gemeenschappen – communautaire wet 2004) gewijzigd om de Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob, nationale vennootschaps- en beursautoriteit) meer bevoegdheden te geven. Zo kreeg de beurstoezichthouder onder meer een eigen bevoegdheid om bestuurlijke sancties op te leggen als er sprake is van handel met voorwetenschap. In het bijzonder is met deze wet artikel 187 bis in het TUF opgenomen, welk artikel de volgende bewoordingen heeft:

„1. Onverminderd de strafrechtelijke sancties wanneer de daad een strafbaar feit vormt, wordt bestraft met een bestuurlijke boete van honderdduizend tot vijftien miljoen euro degene die, daar hij over voorwetenschap beschikt wegens zijn hoedanigheid van lid van de bestuurlijke, leidinggevende of toezichthoudende organen van de uitgevende instelling, wegens zijn deelneming in het kapitaal van de uitgevende instelling of uit hoofde van de uitoefening van werk, een beroep of een (openbare) functie:

- a) financiële instrumenten met gebruikmaking van die wetenschap rechtstreeks of indirect, koopt, verkoopt of daarmee andere transacties verricht, voor eigen rekening of voor rekening van derden;
- b) dergelijke voorwetenschap openbaar maakt aan anderen, buiten de normale uitoefening van werk, beroep of functie;
- c) op basis van die voorwetenschap anderen aanbeveelt of ertoe aanzet een van de onder a) genoemde transacties te verrichten.

2. De in lid 1 genoemde sanctie geldt ook voor eenieder die, daar hij over voorwetenschap beschikt, met het oog op de voorbereiding of de uitvoering van criminele activiteiten een van de in lid 1 genoemde handelingen verricht.



[...]

4. De in lid 1 genoemde sanctie is tevens van toepassing op eenieder die, daar hij over voorwetenschap beschikt, op basis van normale zorgvuldigheid wist of kon weten dat het om voorwetenschap ging en een van de aldaar omschreven feiten pleegt. [...]"

25. Artikel 187 duodecies, lid 1, TUF luidt:

„De administratieve procedure en de bezwaarprocedure als bedoeld in artikel 187 septies kunnen niet worden geschorst op de grond dat een strafprocedure aanhangig is die betrekking heeft op dezelfde feiten dan wel op feiten waarvan de vaststelling bepalend is voor de uitkomst van de zaak.”

26. Artikel 187 terdecies, lid 1, TUF luidt als volgt:

„Wanneer voor dezelfde feiten aan de veroordeelde persoon of entiteit krachtens artikel 187 septies een bestuurlijke geldboete is opgelegd, wordt de invordering van de aan het strafbaar feit gerelateerde geldstraffen en -boeten beperkt tot het deel dat meer bedraagt dan het bedrag dat door de overheidsinstantie is ingevorderd.”

27. Artikel 654 van de codice di procedura penale (wetboek van strafvordering) bepaalt dat ten aanzien van de verdachte, de civiele partij en de civielrechtelijk aansprakelijke partij die zich in de procedure heeft gevoegd of die heeft geïntervenieerd, het onherroepelijke strafrechtelijke vonnis tot veroordeling of tot vrijspraak kracht van gewijsde heeft in de civiele of bestuursrechtelijke procedure.

## II. Hoofdingen en prejudiciële vragen

28. Blijkens de uiteenzetting van de feiten waarvoor Consob bestuurlijke sancties heeft opgelegd<sup>7</sup>, hebben Antonio Zecca en Enzo Di Puma aandelen gekocht met gebruikmaking van voorwetenschap. In het bijzonder beschikte Zecca als hoofd van de afdeling „Transaction Services” van Deloitte Financial Advisory Services S.p.a. over informatie omtrent een voorgenomen openbaar bod op de aandelen van Guala Closures S.p.a. Tevens beschikte hij over vertrouwelijke informatie omtrent een poging tot het verwerven van zeggenschap in Permasteelisa S.p.a.

29. Zecca verstreekte de genoemde informatie in 2008 aan Di Puma en zette hem ertoe aan aandelen in die twee vennootschappen te kopen. Di Puma kocht op 30 september 2008 4 000 aandelen van Guala Closures en op 14 en 17 oktober 2008, met medewerking van Zecca, 2 375 aandelen van Permasteelisa.

30. Consob startte op 17 september 2009 een administratieve procedure en legde bij besluit van 7 november 2012 aan Zecca wegens het zich schuldig maken aan illegale activiteiten als bedoeld in artikel 187 bis, lid 1, onder a) en c), TUF de volgende sancties op: i) een boete van 100 000 EUR omdat hij Di Puma ertoe had aangezet aandelen van Guala Closures te kopen; ii) een tweede boete van 100 000 EUR omdat hij aan Di Puma voorwetenschap had meegedeeld over de poging tot het verwerven van zeggenschap in Permasteelisa; iii) een derde boete van 100 000 EUR omdat hij 2 375 aandelen had verkregen in Permasteelisa, en iv) een tijdelijk verbod, namelijk gedurende zes maanden, op het bekleden van bepaalde functies in aan de beurs genoteerde ondernemingen.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Zoals later zal worden toegelicht, heeft de Italiaanse strafrechter de twee vermeende plegers van marktmisbruik vrijgesproken.

<sup>8</sup> Voorts werd krachtens artikel 187 bis, lid 4, TUF 23 106,25 EUR aan vermogen in beslag genomen, welk bedrag overeenkomt met de opbrengst die de illegale praktijken hebben opgeleverd.

31. Bij het genoemde besluit legde Consob aan Di Puma op grond van artikel 187 bis, lid 4, en lid 1, onder a), TUF de volgende sancties op: i) een boete van 100 000 EUR omdat hij aandelen van Guala Closures had gekocht; ii) een tweede boete van 100 000 EUR omdat hij aandelen had verkregen in Permasteelisa, en iii) een tijdelijk verbod, namelijk gedurende drie maanden, op het bekleden van bepaalde functies in aan de beurs genoteerde ondernemingen.

32. Zecca en Di Puma vochten met verschillend resultaat het besluit van Consob aan bij de Corte d'appello di Milano – Sezione civile (rechter in tweede aanleg voor civiele zaken Milaan, Italië, die evenwel als rechter in eerste aanleg fungeert met betrekking tot administratieve procedures die zien op de vrije markt en concurrentie). Het beroep van Di Puma werd afgewezen (uitspraak van 4 april 2013), terwijl dat van Zecca werd toegewezen (uitspraak van 23 augustus 2013) wegens een vormfout bij de kennisgeving van de verweten gedragingen, om welke reden de aan Zecca opgelegde sancties kwamen te vervallen.

33. Tegen beide uitspraken is beroep in cassatie ingesteld, in het eerste geval door Di Puma en in het tweede geval door Consob. De Corte suprema di cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië) legt, alvorens uitspraak te doen op de beroepen, een aantal prejudiciële vragen voor aan het Hof.

34. Bovendien had Consob op 2 december 2011 aan het openbaar ministerie van Milaan een rapport doen toekomen met de resultaten van het onderzoek naar de gedragingen van Zecca en Di Puma. In de naar aanleiding daarvan aangespannen strafrechtelijke procedure werden Zecca en Di Puma door de Tribunale di Milano – Sezione penale (rechter in eerste aanleg voor strafzaken Milaan) van het strafbare feit als bedoeld in artikel 184 TUF vrijgesproken op de grond dat de verweten feiten niet zijn bewezen. Het openbaar ministerie was niet in hoger beroep gegaan, met als gevolg dat het strafvonnis (nr. 6625 van 2014) onherroepelijk was geworden.<sup>9</sup>

35. Zecca en Di Puma beroepen zich op deze strafrechtelijke vrijspraak in de cassatieberoepen tegen de door Consob opgelegde sancties. Zij betogen met name dat de Tribunale di Milano – Sezione penale hen had vrijgesproken van het strafbaar feit als bedoeld in artikel 184 TUF omdat de verweten feiten niet zijn bewezen, en dat het strafvonnis onherroepelijk was geworden. Daar de in dat artikel strafbaar gestelde handeling identiek is aan de handelwijze die bestuursrechtelijk bestraft wordt krachtens artikel 187 bis TUF<sup>10</sup>, welk artikel ten grondslag ligt aan de door Consob opgelegde sancties, zijn Zecca en Di Puma van mening dat sprake is van twee procedures die betrekking hebben op dezelfde feiten, en daarmee van schending van het ne-bis-in-idembeginsel als neergelegd in artikel 4 van Protocol nr. 7 en artikel 50 van het Handvest.

36. De Corte suprema di cassazione aanvaardt het beroep op de strafrechtelijke vrijspraak en de daarmee gevraagde beoordeling of het gezag van gewijsde van het strafvonnis kan worden ingeroepen tegen de door Consob opgelegde sancties, en wijst erop dat het EHRM in het arrest van 4 maart 2014, Grande Stevens e.a. tegen Italië<sup>11</sup>, heeft overwogen dat de Italiaanse bepalingen waarbij marktmisbruik bestuursrechtelijk bestraft wordt, indruisen tegen het recht om niet twee keer te worden bestraft voor handelingen die materieel beschouwd identiek zijn.

37. De verwijzende rechter heeft, gelet op het arrest van het Hof van 26 februari 2013, Åkerberg Fransson<sup>12</sup>, evenwel twijfel in hoeverre die rechtspraak van het EHRM ook geldt ten aanzien van artikel 50 van het Handvest.

<sup>9</sup> Consob had zich als civiele partij in de strafzaak gevoegd en ging wel in hoger beroep, maar volgens de verwijzende rechter had dit geen gevolgen voor de onherroepelijkheid van het vonnis.

<sup>10</sup> In de twee genoemde bepalingen wordt de aankoop en de verkoop van aandelen van een vennootschap na in het bezit te zijn gekomen van bepaalde voorwetenschap over die vennootschap bestraft, in het ene geval strafrechtelijk en in het andere geval bestuursrechtelijk.

<sup>11</sup> CE:ECHR:2014:0304JUD001864010.

<sup>12</sup> Zaak C-617/10, EU:C:2013:105; hierna: „Åkerberg Fransson-arrest”.

38. Tegen deze achtergrond wordt het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende twee vragen, die identiek zijn voor beide bij de Corte suprema di cassazione aanhangige zaken:

- „1) Moet artikel 50 van het [Handvest] in die zin worden uitgelegd dat wanneer onherroepelijk is vastgesteld dat de handelwijze die het strafrechtelijke feit oplevert, niet is bewezen, het dan uitgesloten is, zonder dat de nationale rechter een verdere beoordeling hoeft te verrichten, dat nog een procedure wordt gestart of voortgezet voor dezelfde feiten teneinde sancties op te leggen die naar de aard en zwaarte ervan als strafrechtelijk moeten worden aangemerkt?
- 2) Moet de nationale rechter bij de beoordeling of de sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, teneinde vast te stellen of het in artikel 50 van het [Handvest] vervatte ne-bis-in-idembeginsel is geschonden, rekening houden met de bij richtlijn [2014/57] gestelde strafgrenzen?”

39. Zecca, Di Puma, de Italiaanse, de Duitse en de Portugese regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. De twee zaken zijn gevoegd en naar de Grote kamer van het Hof verwezen. Op 30 mei 2017 heeft een met de zaak Menci (C-524/15) en de zaak Garlsson Real State e.a. (C-537/16) gevoegde zitting plaatsgevonden. Ter terechtzitting hebben de raadsman van Zecca, de raadsman van Di Puma, Consob, de Italiaanse en de Duitse regering en de Commissie met betrekking tot de onderhavige gevoegde zaken pleidooi gehouden.

### III. Beoordeling van de prejudiciële vragen

40. Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een onherroepelijk strafvonnis waarbij vermeend marktmisbruik niet bewezen is verklaard, ingevolge artikel 50 van het Handvest zonder meer inhoudt dat met betrekking tot hetzelfde feit niet nog een punitieve procedure kan worden gestart of voortgezet als die procedure kan leiden tot sancties die naar hun aard en zwaarte zijn aan te merken als strafrechtelijk.

41. Bij de tweede vraag heeft de verwijzende rechter twijfel of de nationale rechter, bij de beoordeling of de sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, rekening moet houden met de bij richtlijn 2014/57 gestelde grenzen.

42. Alvorens een antwoord op deze vragen in overweging te geven, wil ik stilstaan bij drie zaken. Ten eerste staat vast dat artikel 50 van het Handvest van toepassing is op de hier aan de orde zijnde gevallen aangezien de nationale regeling omtrent marktmisbruik, op grond waarvan de bestreden sancties zijn opgelegd, door de Italiaanse Staat is vastgesteld om richtlijn 2003/6 om te zetten in het nationale recht.

43. Het toepassingsgebied van het Handvest, wat het optreden van de lidstaten betreft, is omschreven in artikel 51, lid 1, van het Handvest, dat bepaalt dat de bepalingen ervan tot de lidstaten zijn gericht uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. De door het Handvest gewaarborgde grondrechten moeten dan ook worden geëerbiedigd wanneer nationale bepalingen worden toegepast die aansluiten bij of voortvloeien uit Unierechtelijke bepalingen.<sup>13</sup> Het Hof is echter niet bevoegd om zich uit te laten over een rechtssituatie die buiten de werkingssfeer van het Handvest ligt, en de bepalingen ervan kunnen op zich niet de grondslag vormen voor die bevoegdheid.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Åkerberg Fransson-arrest, punten 18-22.

<sup>14</sup> Zo is in Italië geen sprake van uitvoering van Unierecht in de zin van artikel 51, lid 1, van het Handvest wanneer fiscale en strafrechtelijke sancties worden opgelegd omdat geen inkomstenbelasting is betaald. Om die reden heeft het Hof zich bij beschikking van 15 april 2015, Burzio (C-497/14, EU:C:2015:251), onbevoegd verklaard om een in dit verband voorgelegde prejudiciële vraag te beantwoorden.

44. Ten tweede heeft de Italiaanse wetgever er in 2005 voor gekozen om een systeem met dubbele procedures en sancties (bestuurlijk en strafrechtelijk) op te zetten ter bestraffing van marktmisbruik uit hoofde van richtlijn 2003/6.

45. Dit systeem van dubbele bestraffing (*doppio binario sanzionatorio*), namelijk bestuurlijk en strafrechtelijk, heeft kenmerken die maken dat het zich moeilijk verdraagt met het in artikel 50 van het Handvest neergelegde ne-bis-in-idembeginsel, zoals de verwijzende rechter opmerkt. Mocht een dergelijk systeem besloten liggen in richtlijn 2003/6, dan zou dit de vraag opwerpen of overgegaan zou moeten worden tot nietigverklaring van die richtlijn, juist omdat mogelijk sprake is van schending van artikel 50 van het Handvest.

46. Ik meen echter dat richtlijn 2003/6 de lidstaten niet verplicht om een dubbele bestraffing, bestuurlijk en strafrechtelijk, te hanteren om onrechtmatig marktgedrag tegen te gaan. Deze richtlijn is mijns inziens dan ook niet strijdig met artikel 50 van het Handvest.

47. In mijn conclusie in de zaak *Garlsson Real State e.a.*<sup>15</sup> ga ik nader in op de vraag of richtlijn 2003/6 verenigbaar is met artikel 50 van het Handvest. Ik sta tevens stil bij de nieuwe sanctieregeling ter zake van marktmisbruik, welke regeling is neergelegd in verordening nr. 596/2014 en richtlijn 2014/57, die de lidstaten evenmin verplichten om bij het bestraffen van marktmisbruik een duale handhaving te hanteren en dus niet strijdig zijn met het ne-bis-in-idembeginsel.

48. Ten derde is er het beroep op richtlijn 2014/57 en de omstandigheid dat de tweede prejudiciële vraag mogelijk niet kan worden behandeld. Volgens de Italiaanse regering is die richtlijn temporeel niet van toepassing op de onderhavige zaken, hetgeen juist is aangezien de bestrafte feiten zich in 2008 afspeelden en de termijn voor het omzetten van richtlijn 2014/57 in het nationale recht op 3 juli 2016 afliep.

49. Uiteraard onderkent de verwijzende rechter dat richtlijn 2014/57 temporeel niet van toepassing is. Om die reden heeft zijn (tweede) vraag aan het Hof geen betrekking op de uitlegging van die richtlijn, maar is aan de orde of de nieuwe sanctieregeling (richtlijn 2014/57 en verordening nr. 596/2014) bij de toetsing of er sprake is van schending van het ne-bis-in-idembeginsel nuttige inzichten kan bieden voor de beoordeling of de sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.<sup>16</sup> Wordt de tweede vraag aldus opgevat, dan kan zij volgens mij in behandeling worden genomen.

***A. Eerste prejudiciële vraag: toepassing van het in artikel 50 van het Handvest neergelegde ne-bis-in-idembeginsel op het naast elkaar bestaan van een strafrechtelijke en een administratieve procedure wegens handel met voorwetenschap***

50. In de conclusie *Menci* ben ik uitvoerig ingegaan op:

- de toepassing van artikel 50 van het Handvest op de combinatie van een fiscale en een strafrechtelijke sanctie, en dit in het licht van de rechtspraak van het Hof, met name het *Åkerberg Fransson*-arrest en een aantal eerdere arresten<sup>17</sup>;
- de rechtspraak van het EHRM omtrent het ne-bis-in-idembeginsel, zowel met betrekking tot de omstandigheid dat de feiten dezelfde zijn als met betrekking tot de omstandigheid dat er sprake is van dubbele strafprocedures<sup>18</sup>;

<sup>15</sup> Conclusie van 12 september 2017, C-537/16, punten 41-51.

<sup>16</sup> In dit verband wordt erop gewezen dat bij een voorschrift van het nationale recht dat een hogere strafrechtelijke maximumsanctie stelt dan het in de richtlijn vastgestelde maximum, de doeltreffendheid van het Unierecht zou worden verzekerd en een latere administratieve sanctie dus zou leiden tot schending van artikel 50 van het Handvest.

<sup>17</sup> Conclusie *Menci*, punten 27-34.

<sup>18</sup> *Ibidem*, punten 35-56.

- de doorwerking van het arrest van het EHRM van 15 november 2016, A en B tegen Noorwegen<sup>19</sup>, in het Unierecht<sup>20</sup>;
- het mogelijke beroep op artikel 52, lid 1, eerste zin, van het Handvest ter beperking van het recht om niet tweemaal in een strafrechtelijke procedure voor hetzelfde delict te worden berecht of gestraft.<sup>21</sup>

51. De in die conclusie gegeven toelichting geldt mijns inziens mutatis mutandis ook als wordt gekeken naar de omvang van de bescherming die artikel 50 van het Handvest biedt tegen een systeem met dubbele procedures en sancties, strafrechtelijk en bestuurlijk, voor hetzelfde, als handel met voorwetenschap aan te merken feit. Ik verwijs derhalve naar die toelichting.

52. De verwijzende rechter wenst met zijn eerste prejudiciële vraag te vernemen of artikel 50 van het Handvest er niet aan in de weg staat dat een administratieve procedure plaatsvindt ter bestraffing van personen die zich schuldig hebben gemaakt aan handel met voorwetenschap, wanneer eerder bij onherroepelijk strafvonnis dergelijk onrechtmatig gedrag niet bewezen is verklaard.

53. Wil op grond van artikel 50 van het Handvest het ne-bis-in-idembeginsel worden toegepast, dan moet worden voldaan aan vier voorwaarden: 1) de vervolgte of gestrafte persoon is dezelfde; 2) de berechte feiten zijn dezelfde (idem); 3) er is sprake van dubbele strafprocedures (bis), en 4) een van de twee beslissingen is onherroepelijk komen vast te staan.

54. In de hoofdgedingen lijkt voor de verwijzende rechter vast te staan dat de twee voor handel met voorwetenschap vervolgte of gestrafte personen dezelfde zijn, namelijk Zecca en Di Puma. Op hen hadden de strafprocedures die hebben geleid tot vrijspraak, betrekking, wat ook het geval is met de administratieve procedures die resulteerden in het door Consob opleggen van de reeds genoemde boeten en verboden.

55. De omstandigheid dat een beslissing die een einde maakt aan een van de procedures (in dit geval de strafrechtelijke procedure) onherroepelijk is komen vast te staan, wordt ook niet betwist. In de door het openbaar ministerie tegen Zecca en Di Puma aangespannen strafrechtelijke procedure werden zij door de Tribunale di Milano –Sezione penale van het strafbare feit als bedoeld in artikel 184 TUF vrijgesproken op de grond dat de verweten feiten niet zijn bewezen. Het vonnis is onherroepelijk geworden.<sup>22</sup>

56. Dat de berechte feiten dezelfde zijn (idem) lijkt evenmin ter discussie te staan of tot twijfel te leiden bij de verwijzende rechter. De feiten waarvoor Zecca en Di Puma strafrechtelijk werden vervolgd en onschuldig werden bevonden, zijn dezelfde feiten (handel met voorwetenschap) als die waarvoor zij van Consob bestuurlijke sancties kregen opgelegd.

57. De twijfel van de verwijzende rechter betreft dus de vraag of er sprake is van dubbele strafprocedures (bis). Nagegaan moet worden of artikel 50 van het Handvest wordt geschonden als ten aanzien van de persoon die bij onherroepelijk strafvonnis wordt vrijgesproken omdat de strafbare gedragingen niet bewezen zijn, Consob voor dezelfde feiten nog een punitieve procedure kan starten (of voortzetten indien die procedure reeds was gestart), welke procedure kan resulteren in sancties die formeel gezien bestuurlijk van aard zijn, maar in werkelijkheid echte straffen zijn.

19 CE:ECHR:2016:1115JUD002413011.

20 Punten 57-77 van de conclusie Menci.

21 Ibidem, punten 78-94.

22 Consob had zich als civiele partij gevoegd en was in hoger beroep gegaan, maar de Corte suprema di cassazione heeft duidelijk aangegeven dat „het strafrechtelijke vonnis tot vrijspraak van verweerder[s] onherroepelijk is geworden” (punt 8 van de samenvatting van het door de verwijzende rechter ingediende verzoek om een prejudiciële beslissing).



58. Zoals ik aangeef in de conclusie Menci<sup>23</sup>, heeft het Hof voor de toepassing van artikel 50 van het Handvest de zogenoemde Engel-criteria gehanteerd om te bepalen wanneer een procedure of sanctie die in beginsel bestuurlijk van aard is, een strafrechtelijke procedure of sanctie is.<sup>24</sup>

59. Het eerste Engel-criterium (juridische kwalificatie van de overtreden norm naar nationaal recht) is hier nauwelijks relevant. De door Consob gestarte procedures en opgelegde sancties worden naar Italiaans recht immers als bestuurlijk aangemerkt. Die procedures en sancties kunnen echter wel nader worden bekeken in het licht van de andere twee criteria.<sup>25</sup>

60. Het tweede Engel-criterium betreft de juridische aard van de overtreden norm. Een zogenaamde bestuurlijke overtreding is in werkelijkheid strafrechtelijk van aard wanneer een aantal factoren aanwezig zijn (zoals het feit dat de overtreding van de norm wordt bestraft met een sanctie die niet slechts vergoeding van de vermogensschade, maar leedtoevoeging en afschrikking beoogt, en het feit dat met die sanctie belangen worden beschermd die normaal langs strafrechtelijke weg worden beschermd). Ik vermeld deze factoren in de conclusie Menci.<sup>26</sup>

61. De verwijzende rechter is, gelet op de aard van de overtreden norm, van oordeel dat de door Consob bestrafte bestuurlijke overtredingen in wezen strafrechtelijk van aard zijn, en dit op basis van het tweede Engel-criterium. Ik ben het hier mee eens. De met de bestuurlijke handhaving beschermde belangen (artikel 187 bis TUF) zijn dezelfde als die welke worden beschermd met de handhaving van de strafbare feiten die dezelfde leiding dekken (artikel 184 TUF). Zowel met de bestuurlijke als met de strafrechtelijke handhaving wordt beoogd de integriteit van de financiële markten te beschermen en het vertrouwen van het publiek in de veiligheid van transacties te waarborgen. De sanctiebevoegdheid van Consob om overtredingen te bestraffen beoogt enerzijds afschrikking (toekomstige overtreders ontmoedigen zodat zij zich niet schuldig maken aan handel met voorwetenschap) en anderzijds leedtoevoeging (overtreders bestraffen en herhaling voorkomen).<sup>27</sup>

62. Het derde Engel-criterium heeft betrekking op de aard en zwaarte van de opgelegde sanctie. Ter beoordeling hiervan kan gebruik worden gemaakt van de criteria die ik ook heb genoemd in de conclusie Menci.<sup>28</sup> Vanwege de verschillende sancties en met name de hoge boetebedragen die Consob kan opleggen, erkent de verwijzende rechter dat het gaat om sancties met duidelijke strafrechtelijke kenmerken.

63. De zwaarte van de sanctie moet worden beoordeeld op basis van hetgeen a priori kan worden opgelegd aan de betrokkene, en niet op basis van hetgeen uiteindelijk is opgelegd of uitgevoerd. Met een latere strafvermindering of strafkwijtschelding nadat gratie is verleend, mag geen rekening worden gehouden.<sup>29</sup> Voorts is het niet zo dat artikel 50 van het Handvest slechts kan worden toegepast als een van de procedures heeft geresulteerd in een onherroepelijke beslissing waarbij de betrokkene aansprakelijk wordt gesteld voor de strafbare gedraging en een sanctie wordt opgelegd. Zoals de verwijzende rechter opmerkt in de verwijzingsbeslissing, moet de doeltreffendheid van de sanctiebepalingen steeds worden beoordeeld in het licht van de vaststelling dat het strafbare feit is gepleegd, zodat wanneer is vastgesteld dat dit feit niet is bewezen, de vraag naar de doeltreffendheid van de sancties niet aan de orde is.

23 Punt 31.

24 Åkerberg Fransson-arrest, punt 35, en arrest van 5 juni 2012, Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319, punt 37).

25 Punten 46 en 111 van de conclusie Menci.

26 Ibidem, punten 47 en 112-115.

27 Zie in die zin EHRM, arrest van 4 maart 2014, Grande Stevens e.a. tegen Italië (CE:ECHR:2014:0304JUD001864010), § 96.

28 Punten 48 en 119.

29 EHRM, arrest van 4 maart 2014, Grande Stevens e.a. tegen Italië (CE:ECHR:2014:0304JUD001864010), §§ 97 en 98.



64. Naar mijn oordeel staat de toepassing van het in artikel 50 van het Handvest neergelegde ne-bis-in-idembeginsel eraan in de weg dat voor dezelfde feiten een punitieve bestuurlijke procedure gestart of voortgezet wordt nadat de overtreeders bij onherroepelijk vonnis zijn vrijgesproken in een strafrechtelijke procedure. Aan de wezenlijke inhoud van artikel 50 van het Handvest zou afbreuk worden gedaan indien bij de beoordeling van schendingen van het ne-bis-in-idembeginsel slechts rekening zou worden gehouden met opgelegde sancties en niet met vrijspraken.

65. Wordt aanvaard dat vrijspraken niet relevant zijn voor de toepassing van het ne-bis-in-idembeginsel, dan kan niemand zich beroepen op de rechtszekerheid die dit beginsel biedt. Het betreft de waarborg dat een persoon niet opnieuw wordt vervolgd of bestraft na onherroepelijk vrijgesproken te zijn in een strafrechtelijke procedure. De staat kan voor hetzelfde feit niet opnieuw tot handhaving overgaan jegens iemand die onherroepelijk is vrijgesproken in de strafprocedure. Dit verbod ziet zowel op een nieuwe strafrechtelijke procedure als op een administratieve procedure die resulteert in sancties die in wezen strafrechtelijk van aard zijn.

66. Volgens het EHRM geldt de door het ne-bis-in-idembeginsel geboden bescherming niet alleen wanneer sprake is van dubbele bestraffing, maar ook als het gaat om dubbele vervolging, dus ten aanzien van personen die zijn vervolgd, maar niet veroordeeld. Het heeft tevens geoordeeld dat het geen verschil maakt of de administratieve procedure vóór of na de strafrechtelijke procedure plaatsvindt, of bij de in de tweede procedure opgelegde sanctie rekening wordt gehouden met de eerste sanctie, en of de betrokkene wordt vrijgesproken in de tweede of de eerste procedure.<sup>30</sup>

67. Vanuit een ander perspectief bekeken beschermt het in artikel 50 van het Handvest neergelegde ne-bis-in-idembeginsel de rechtszekerheid van personen, zodat voor hen gunstige rechterlijke beslissingen die onherroepelijk zijn geworden, niet kunnen worden ondermijnd door latere overheids-handelingen met bestraffend karakter. Er zou afbreuk worden gedaan aan het gezag van gewijsde van (onherroepelijke) strafrechtelijke vrijspraken als een overheidsinstantie zoals Consob geen rekening hoeft te houden met een gegeven vrijspraak en zich mag baseren op feiten die door de strafrechter niet bewezen zijn verklaard.

68. De verwijzende rechter gaat in de verwijzingsbeslissing in op de interactie tussen het ne-bis-in-idembeginsel en het gezag van gewijsde. Hij wijst op het risico dat er wat de gedragingen van Zecca en Di Puma betreft aan het gezag van gewijsde wordt getornd indien de onherroepelijke vrijspraak door de Italiaanse strafrechter niet eraan in de weg staat dat Consob aan hen bestuurlijke sancties oplegt voor dezelfde feiten met betrekking tot handel met voorwetenschap.<sup>31</sup>

69. In dit verband moet worden herinnerd aan de vaste rechtspraak van het Hof over het belang van het gezag van gewijsde naar Unierecht en naar nationaal recht. Om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtsbedeling te waarborgen, is het van belang dat rechterlijke beslissingen die onherroepelijk zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of nadat de beroepstermijnen zijn verstreken, niet opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld.<sup>32</sup>

30 Naar het oordeel van het EHRM is het ne-bis-in-idembeginsel geschonden doordat de belastingdienst een boete heeft opgelegd en de strafrechter de overtreeders heeft vrijgesproken in tezelfdertijd aanhangige of achtereenvolgende procedures (arresten van 30 april 2015, Kapetanios e.a. tegen Griekenland, CE:ECHR:2015:0430JUD000345312, en 9 juni 2016, Sismanidis en Sitaridis tegen Griekenland, CE:ECHR:2016:0609JUD006660209).

31 De verwijzende rechter wijst erop dat zou de tweede procedure plaatsvinden ook al is definitief vastgesteld dat het strafbare feit niet is bewezen, teneinde het mogelijk te maken om andere sancties op te leggen, de uitkomst daarvan zou zijn dat er een risico ontstaat dat aan het gezag van gewijsde binnen de lidstaat wordt getornd, daar een strafrechtelijke uitspraak tot vrijspraak voor dezelfde feiten zou kunnen worden gevolgd door een uitspraak tot veroordeling met betrekking tot de administratieve overtreding en de desbetreffende sancties.

32 Zie onder meer arresten van 3 september 2009, Fallimento Olimpiclub, (C-2/08, EU:C:2009:506, punt 22); 6 oktober 2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, punt 28), en 11 november 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, punt 38).

70. Het Unierecht gebiedt een nationale rechterlijke instantie niet in alle gevallen om nationale procedureregels die een beslissing gezag van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al kan daardoor een door de betrokken beslissing gedane schending van het Unierecht worden hersteld.<sup>33</sup> Bij gebreke van een desbetreffende Unieregeling is de wijze waarop het beginsel van het gezag van gewijsde ten uitvoer wordt gelegd, krachtens het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten een zaak van hun interne rechtsorde.<sup>34</sup>

71. Deze rechtspraak van het Hof biedt steun aan de hiervoor genoemde opvatting dat het in artikel 50 van het Handvest neergelegde ne-bis-in-idembeginsel leidt tot een betere naleving van het beginsel van gezag van gewijsde van nationale strafvonnissen, doordat in een later stadium geen met een nationaal strafvonnis strijdige sancties kunnen worden opgelegd voor dezelfde feiten. De in artikel 14, lid 1, van richtlijn 2003/6 of in de rechtspraak van het Hof gestelde eis dat doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties worden opgelegd, behelst voor de nationale rechter dus niet de verplichting om voorbij te gaan aan het gezag van gewijsde van een onherroepelijke, strafrechtelijke vrijspraak.

72. Ten slotte moet ik stilstaan bij de mogelijke gevolgen die de omslag in de rechtspraak van het EHRM in het arrest A en B tegen Noorwegen<sup>35</sup> voor de onderhavige zaken kan hebben. Dat arrest van het EHRM is geweest nadat de verzoeken om een prejudiciële beslissing waren ingediend. Volgens dat arrest is bij de combinatie van een punitieve bestuurlijke procedure en een strafrechtelijke procedure geen sprake van schending van artikel 4 van Protocol nr. 7 wanneer beide procedures materieel en temporeel voldoende nauw met elkaar verbonden zijn. Sommige partijen hebben in hun schriftelijke en mondelinge opmerkingen, ter verdediging van het Italiaanse stelsel van duale handhaving om marktmisbruik aan te pakken, betoogd dat die rechtspraak naar analogie moet worden toegepast wat artikel 50 van het Handvest betreft.

73. Ik ben het hier niet mee eens en heb in de conclusie Menci<sup>36</sup> de redenen hiervoor nader toegelicht. Ik herhaal dat het Hof niet zou mogen uitgaan van een restrictieve uitlegging van het in artikel 50 van het Handvest neergelegde ne-bis-in-idembeginsel en geen aansluiting zou mogen zoeken bij de omslag die heeft plaatsgevonden in de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot artikel 4 van Protocol nr. 7. Het Hof zou integendeel een hoger beschermingsniveau moeten blijven hanteren voor dat beginsel, voortbouwend op de tot op heden gewezen arresten over artikel 50 van het Handvest.

74. In de onderhavige zaken stelt de verwijzende rechter, die het best in staat is om te beoordelen of de bestuurlijke sancties waarover hij zich moet uitlaten, in werkelijkheid strafrechtelijk van aard zijn, zich op het standpunt dat de door Consob aan Zecca en Di Puma opgelegde sancties strafrechtelijk zijn en dat de bestrafte gedragingen hetzelfde doel beogen als de op marktmisbruik betrekking hebbende strafbare feiten. Indien dit juist is, leidt de toepassing van de Engel-criteria op de hoofdgedingen tot de constatering dat artikel 50 van het Handvest is geschonden.

75. Op basis van het voorgaande is de meest voor de hand liggende conclusie dat met de Italiaanse regeling omtrent marktmisbruik dezelfde onrechtmatige gedragingen zowel bestuurlijk (maar in wezen strafrechtelijk) als strafrechtelijk worden bestraft en er sprake is van dubbele handhaving zonder dat duidelijke procesrechtelijke bepalingen in het leven zijn geroepen om dubbele vervolging en dubbele bestraffing van overtreders te voorkomen. De Italiaanse regeling levert aldus schending op van het door

33 Arresten van 16 maart 2006, Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178, punt 22); 3 september 2009, Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506, punt 23); 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 59), en 6 oktober 2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, punt 29).

34 De procesregels mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale situaties gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten mag in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt (doeltreffendheidsbeginsel). Zie de in de voorgaande voetnoot aangehaalde arresten en het arrest van 11 november 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, punt 40).

35 CE:ECHR:2016:1115JUD002413011.

36 Punten 63-73.

artikel 50 van het Handvest beschermde ne-bis-in-idembeginsel, aangezien een administratieve procedure kan plaatsvinden om sancties op te leggen aan personen die zich schuldig hebben gemaakt aan handel met voorwetenschap, wanneer eerder bij onherroepelijk strafvonnis de vermeende feiten niet bewezen zijn verklaard.

***B. Tweede prejudiciële vraag: vereiste omtrent de doeltreffendheid van sancties als mogelijke beperking van het ne-bis-in-idembeginsel van artikel 50 van het Handvest***

76. Met de tweede vraag wenst de Corte suprema di cassazione te vernemen of de nationale rechter bij de beoordeling of de sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, rekening moet houden met de bij richtlijn 2014/57 gestelde strafgrenzen en op basis daarvan moet bepalen of artikel 50 van het Handvest geschonden is.

77. De verwijzende rechter legt het Åkerberg Fransson-arrest aldus uit dat de nationale rechter, wat artikel 50 van het Handvest betreft, verplicht is de vraag of de „overblijvende” sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, te beoordelen na het ne-bis-in-idembeginsel te hanteren. Om die beoordeling uit te voeren moet duidelijkheid worden verkregen over de vraag of kan worden gekeken naar de strafgrenzen die bij richtlijn 2014/57 zijn gesteld.<sup>37</sup>

78. Op basis van deze lezing van het Åkerberg Fransson-arrest stelt de verwijzende rechter zich op het standpunt dat, aangezien een strafrechtelijke vrijspraak (zoals die van Zecca en Di Puma) impliceert dat geen sancties worden opgelegd in strafrechtelijke procedures, artikel 50 van het Handvest zich mogelijk niet tegen het in een later stadium opleggen van bestuurlijke sancties (die strafrechtelijk van aard zijn), zoals de door Consob opgelegde sancties, verzet.<sup>38</sup>

79. Ik ben het niet eens met deze uitlegging van het Åkerberg Fransson-arrest. Naar mijn mening kan uit punt 36 van dat arrest<sup>39</sup> niet worden afgeleid dat het ne-bis-in-idembeginsel van artikel 50 van het Handvest slechts kan worden gehanteerd als, bij strafrechtelijke vrijspraak, andere doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties kunnen worden opgelegd voor dezelfde feiten. Deze voorwaarde kan ook niet worden afgeleid uit artikel 14, lid 1, van richtlijn 2003/6 of artikel 7, lid 1, van richtlijn 2014/57.

80. Ik ben, net als de Commissie, van mening dat de eis dat de sancties doeltreffend zijn, geen beperking behelst van het in artikel 50 van het Handvest neergelegde ne-bis-in-idembeginsel. Op de lidstaten rust de algemene verplichting om doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties te hanteren, welke verplichting losstaat van een dubbele handhaving (zowel strafrechtelijk als bestuurlijk) dan wel handhaving langs één spoor (strafrechtelijk) om marktmisbruik aan te pakken. Ongeacht de gemaakte keuze moet de handhaving doeltreffend zijn en in elk geval in overeenstemming zijn met het ne-bis-in-idembeginsel van artikel 50 van het Handvest.

<sup>37</sup> Richtlijn 2014/57 is weliswaar temporeel niet van toepassing op de hoofdgedingen, maar kan ook bij de uitlegging worden gebruikt (zie punten 49 en 50).

<sup>38</sup> Er wordt op gewezen dat het Italiaanse stelsel van dubbele handhaving is ingegeven door de noodzaak dat sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, zodat marktmisbruik wordt tegengegaan. De Italiaanse, de Duitse en de Portugese regering en Consob hebben in hun opmerkingen aangevoerd dat de vereiste kenmerken van de sancties mogelijk maken dat de werkingssfeer van artikel 50 van het Handvest wordt ingeperkt, zodat met de duale handhaving, strafrechtelijk en bestuurlijk, marktmisbruik beter kan worden tegengegaan.

<sup>39</sup> „Het staat aan de verwijzende rechter om tegen de achtergrond van die criteria [het betreft de Engel-criteria] te beoordelen of de in de nationale regelgeving voorgeschreven combinatie van fiscale en strafrechtelijke sancties moet worden getoetst aan de nationale maatstaven als bedoeld in punt 29 van [dat] arrest. In voorkomend geval kan hij – op voorwaarde dat de overblijvende sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn – tot het oordeel komen dat deze combinatie in strijd is met deze maatstaven [...]”

81. Zoals ik opmerk in de conclusies Menci<sup>40</sup> en Garlsson Real State e.a.<sup>41</sup> kan alleen met een beroep op de horizontale bepaling van artikel 52, lid 1, van het Handvest worden beoordeeld of de doeltreffendheid van de tegen marktmisbruik opgelegde sancties kan worden aangemerkt als een „doelstelling van algemeen belang”, die een afwijking van artikel 50 van het Handvest kan rechtvaardigen.<sup>42</sup>

82. Ingevolge de horizontale bepaling van artikel 52, lid 1, eerste zin, van het Handvest dienen beperkingen op het ne-bis-in-idembeginsel bij wet te worden gesteld en de wezenlijke inhoud van dat beginsel te eerbiedigen. Blijkens de tweede zin van dit lid kunnen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel slechts beperkingen aan het ne-bis-in-idembeginsel worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.<sup>43</sup>

83. Van de vier voorwaarden ter rechtvaardiging van een aan een grondrecht gestelde beperking leveren de eerste en de laatste voorwaarde hier geen bijzondere problemen op. Het nationale recht biedt grondslag voor dubbele vervolging, en de dubbele vervolging beantwoordt aan een door het Unierecht erkende doelstelling van algemeen belang (de integriteit van de financiële markten beschermen).

84. Ik betwijfel echter of onder deze omstandigheden de wezenlijke inhoud van het recht om niet tweemaal in een strafrechtelijke procedure voor hetzelfde delict te worden berecht of gestraft wordt geëerbiedigd. Nog belangrijker is dat de hier aan de orde zijnde beperking mijns inziens geenszins noodzakelijk is in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest.

85. Dit blijkt naar mijn oordeel reeds uit het feit dat de lidstaten uiteenlopende regelgevende benaderingen hanteren. Mocht een beperking op grond van artikel 52, lid 1, van het Handvest echt noodzakelijk zijn, dan zou dit niet slechts voor enkele, maar voor alle lidstaten gelden. Sommige lidstaten hebben gekozen voor handhaving langs één spoor om marktmisbruik aan te pakken en andere lidstaten hebben vastgehouden aan dubbele handhaving, maar een procedurele regeling (zoals de zogenoemde *aiguillage* in Frankrijk) opgezet die dubbele bestraffing voorkomt.<sup>44</sup>

86. De afschrikkende werking die een sanctie heeft, is afhankelijk van de zwaarte van de sanctie: gevangenisstraffen (dus de op strafbare feiten gestelde straffen) schrikken ongetwijfeld meer af dan geldboeten (die gebruikelijk zijn in het bestuursrecht). Aannemelijk is dat een systeem waarbij sprake is van een combinatie, maar geen verdubbeling, van geldboeten voor minder ernstige feiten en gevangenisstraffen voor ernstige feiten in overeenstemming is met het doel om de toename van marktmisbruik te voorkomen.

40 Punten 78-93.

41 Zaak C-537/16, punten 74-80.

42 Zie het arrest van 27 mei 2014, Spasic (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, punt 55).

43 Ibidem, punt 56.

44 Zie de grondige rechtsvergelijkende studie van verschillende auteurs in *Revue internationale des services financiers/International Journal for Financial Services*, 2015, nr. 1; Lecoq, A., „Principe non bis in idem: vers l’esquisse d’une standardisation de l’Una Via procédural – expériences belges et françaises”, *Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap/Revue pratique des sociétés* 2016, nr. 6, blz. 645-668, en Le Club des juristes, *Poursuite et sanction des abus de marché: le droit français à l’épreuve des textes communautaires et des jurisprudences récentes (CEDH, CJUE, Conseil constitutionnel)*, mei 2015, [www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/rapport-poursuite-et-sanction-des-abus-de-marche/](http://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/rapport-poursuite-et-sanction-des-abus-de-marche/).

87. Wat de doeltreffendheid betreft, zie ik niet in waarom, als sprake is van sancties die in wezen strafrechtelijk van aard zijn en dus onderworpen zijn aan de waarborgen van het strafrecht, het optreden van bestuurlijke overheidsinstanties noodzakelijkerwijs doortastender moet zijn dan dat van rechterlijke instanties. Het is aan de lidstaten om geschikte (wetgevende, bestuurlijke en rechterlijke) maatregelen te nemen om marktmisbruik aan te pakken, en om de doeltreffendheid van die maatregelen en de eerbiediging van de door het Handvest beschermde rechten met elkaar in overeenstemming te brengen.

88. Het vereiste dat sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, behelst dus geen beperking van de werkingssfeer van het door artikel 50 van het Handvest beschermde ne-bis-in-idembeginsel.

#### **IV. Conclusie**

89. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de door de Corte suprema di cassazione voorgelegde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„Artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie:

- 1) staat in de weg aan een nationale regeling op grond waarvan een procedure kan plaatsvinden om bestuurlijke sancties die in wezen strafrechtelijk van aard zijn, op te leggen aan personen die zich schuldig zouden hebben gemaakt aan marktmisbruik, wanneer eerder bij onherroepelijke vrijspraak dergelijk misbruik strafrechtelijk niet bewezen is verklaard ten aanzien van dezelfde feiten en dezelfde personen;
- 2) kan in omstandigheden als in de hoofdgedingen niet worden ingeperkt om te voldoen aan het vereiste dat de voor marktmisbruik opgelegde sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.”