

Ne bis in idem: A-G Hof van Justitie EU adviseert jurisprudentie EHRM niet te volgen

Naar aanleiding van conclusie A-G Sánchez-Bordona van 12 september 2017

Sinds de invoering van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest) zijn nationale rechters indien het EU-recht van toepassing is, in beginsel verplicht vragen over de toepassing of uitleg van de in het Handvest opgenomen grondrechten voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU). In de zaak Menci Luca tegen Italië^[1] heeft Advocaat-Generaal Sánchez-Bordona onderzocht of het HvJ het ne bis in idem beginsel dient uit te leggen conform de nieuwe, beperkende uitleg die het EHRM daaraan in het arrest A en B tegen Noorwegen geeft. De A-G adviseert het HvJ EU die nieuwe beperkende lijn niet te volgen.

Het ne bis in idembeginsel houdt in dat iemand niet tweemaal mag worden bestraft voor hetzelfde feit. Dit beginsel is geregeld in artikel 50 van het Handvest en in artikel 4 Protocol nr. 7 EVRM. Dit protocol is door Nederland niet geratificeerd. Niettemin vormt het ne bis in idembeginsel in Nederland een belangrijke waarborg. Het beginsel is opgenomen in artikel 68 sr en 5:43 Awb.^[2] Daarnaast heeft de strafkamer van de Hoge Raad dit beginsel toegepast als beginsel van een goede procesorde.^[3] Bij de uitleg van dit beginsel sluit de Hoge Raad aan bij de jurisprudentie van het EHRM.

De geschillen die aan het EHRM en tegenwoordig ook aan het HvJ EU worden voorgelegd zien met name op de samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties. Daarbij wordt allereerst aan de hand van de Engel-criteria^[4] beoordeeld of de bestuursrechtelijke sanctie in werkelijkheid een strafrechtelijk karakter heeft. Bij die beoordeling volgt het HvJ EU de lijn die het EHRM in het Engel-arrest heeft uitgezet.^[5]

In artikel 52, lid 3 van het Handvest is bepaald dat de inhoud en reikwijdte van de rechten uit het Handvest die corresponderen met rechten uit het EVRM dezelfde is. Ook is bepaald dat het Unierecht een ruimere bescherming mag bieden. De jurisprudentie van het EHRM vormt de ondergrens voor de bescherming die het HvJ EU moet bieden.

HvJ EU

In het arrest Akerberg^[6] heeft het HvJ EU bij de uitleg van het ne bis in idembeginsel aangesloten bij de jurisprudentie van het EHRM zoals die gold voordat het arrest A en B tegen Noorwegen is geweest. Ten aanzien van het ne bis in idembeginsel overwoog het HvJ EU dat slechts wanneer de fiscale sanctie een strafrechtelijke sanctie is in de zin van artikel 50 van het Handvest en definitief is geworden, deze bepaling eraan in de weg staat dat voor dezelfde feiten strafvervolging wordt ingesteld tegen dezelfde persoon.

EHRM

Het EHRM heeft in het arrest A en B tegen Noorwegen de jurisprudentie inzake het ne bis in idem beginsel restrictiever uitgelegd.^[7]

Er is geen sprake van dubbele procedures of straffen (bis) indien de staat aantoont dat tussen de procedures een temporeel en materiaal verband bestaat. Daaraan is voldaan als de volgende cumulatieve voorwaarden worden vervuld:

1. In tijd en inhoud dient voldoende samenhang te bestaan tussen de procedures;
2. De procedures moeten elkaar aanvullen in de zin dat andere doelen en andere aspecten van het gedrag worden nagestreefd;
3. Het gedrag moet voorzienbaar leiden tot meerdere procedures;
4. Bij strafoplegging dient voldoende rekening te worden gehouden met de eerder opgelegde sanctie;
5. Voorkoming van dubbele bewijsgaring door samenwerking tussen de verschillende instanties.

In het arrest Johannesson e.a. tegen IJsland[8] heeft het EHRM deze leer voortgezet. Het EHRM oordeelde dat er onvoldoende samenhang bestond tussen de fiscale en strafrechtelijke procedure, aangezien de overlap tussen beide procedures aanzienlijk beperkt was en de bewijsvergaring en beoordeling grotendeels onafhankelijk werden uitgevoerd.

A-G HvJ EU

Naar aanleiding van deze nieuwe, restrictievere lijn van het EHRM gaat de A-G van het HvJ EU na of het raadzaam is voor het HvJ EU om deze lijn te volgen. De A-G overweegt dat het Unierecht een hogere mate van bescherming van het ne bis in idem beginsel mag bieden dan het EVRM. De A-G acht van belang dat de beperking die het EHRM heeft aangebracht mede wordt veroorzaakt door de terughoudendheid van staten om het ne bis in idem beginsel te aanvaarden door ratificatie van het Protocol. Bovendien vindt de A-G dat de nieuwe lijn van het EHRM het ne bis in idem beginsel complexer maakt waardoor de rechtszekerheid afneemt. De A-G concludeert dat artikel 50 van het EU Handvest een uitleg toekomt die in lijn is met eerdere jurisprudentie van het HvJ EU en adviseert het ne bis in idem beginsel niet te beperken in de zin van het arrest A en B tegen Noorwegen van het EHRM.

De A-G kiest met deze benadering een richting waarmee duidelijk wordt afgeweken van de jurisprudentie van het EHRM.

De autonomie van het Unierecht staat voorop. Nu het Handvest meebrengt dat de jurisprudentie van het EHRM de onderlijn is van de borging van grondrechten, mag het HvJ EU van de lijn van het EHRM afwijken voor zover de grondrechten beter worden gewaarborgd. Daarvan is hier sprake indien de oude lijn wordt aangehouden. Dit zou een goede ontwikkeling zijn voor de toepassing van het ne bis in idem beginsel voor de gevallen waarin het Unierecht van toepassing is.

Echter, indien het HvJ EU de jurisprudentie van het EHRM niet volgt, brengt dit onduidelijkheid en dus ook onzekerheid met zich mee. Zaken die onder het EU-recht vallen genieten een hogere bescherming tegen dubbele vervolging vanwege hetzelfde feit dan zaken die daar niet onder vallen. Nederland heeft het zevende protocol bij het EVRM niet geratificeerd. Gelet daarop zal nadat Protocol nr. 16 EVRM in werking is getreden[9] de Hoge Raad niet aan het EHRM om advies kunnen vragen over de uitleg van het ne bis in idem beginsel. Deze mogelijkheid gaat wel bestaan voor grondrechten die in het EVRM zijn opgenomen. Indien aan die grondrechten door het HvJ EU en het EHRM een verschillende uitleg wordt gegeven, is de uitleg van het grondrecht afhankelijk van de vraag of de Hoge Raad een prejudiciële vraag voorlegt aan het HvJ dan wel advies vraagt aan het EHRM.[10]

Nu het zevende protocol niet is geratificeerd, is de Hoge Raad niet gebonden aan de jurisprudentie van het EHRM. Bovendien is de Hoge Raad in zijn algemeenheid bevoegd het ne bis in idem beginsel ruimer uit te leggen dan het EHRM dat doet. Het zou in het kader van

de rechtszekerheid en rechtseenheid goed zijn als de Hoge Raad – indien het HvJ EU de conclusie van de A-G volgt – de ruime uitleg toepast in alle gevallen, dus ook als het Unierecht niet van toepassing is. Voor nu is het boeiend om te zien hoe het HvJ EU hier mee om zal gaan; wordt het EHRM gevolgd of gaat het HvJ EU afwijken van het EHRM?

[1] Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona 12 september 2017, nr. C-524/15 (Menci Luca t. Italië).

[2] Het beginsel wordt gewaarborgd door de una via beginsel dat is geregeld in artikel 243, lid 2, sv en in artikel 5:44 awb.

[3] De Hoge Raad oordeelde dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk is in de vervolging. Dit arrest betreft een onherroepelijk opgelegde verplichte deelname aan het alcoholslotprogramma en strafrechtelijke vervolging wegens dezelfde feiten. HR 3 maart 2015, [ECLI:NL:HR:2015:434](#).

[4] EHRM 8 juni 1976, nrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (Engel e.a. t. Nederland).

[5] HvJ EU 5 juni 2012, nr. C-489/10 (Bonda). Het gaat daarbij volgens het HvJ om 1) de juridische kwalificatie van de inbreuk in het nationale recht, 2) de aard van de inbreuk en 3) de aard en de zwaarte van de sanctie die aan betrokkene kan worden opgelegd.

[6] HvJ EU 26 februari 2013, nr. C-617/10 (Akerberg Fransson).

[7] EHRM 15 november 2016, nr. 24130/11 en nr. 29758/11 (A and B t. Noorwegen).

[8] EHRM 18 mei 2017, nr. 22007/11 (Johannesson e.a. t. IJsland).

[9] Protocol nr. 16 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Trb. 2013, 241 en Trb. 2014, 74).

[10] Zie meer hierover A.J.C. Perdaems, 'Hoge Raad en grondrechten: EHRM of Hof van Justitie EU?', WFR 2017/15.