

Transnationale rechtshandhaving in de EU en het *ne bis in idem*-beginsel

99

Mr. M.J.J.P. Luchtman*

In art. 50 van het Grondrechtenhandvest is het ne bis in idem-beginsel neergelegd. In de context van het mededingingsrecht en de strafrechtelijke samenwerking is hierover veel jurisprudentie verschenen. Buiten deze terreinen is de reikwijdte van het beginsel echter onduidelijk. In deze bijdrage wordt verdedigd dat art. 50 Handvest toepasselijk is op alle punitieve sancties die ter uitvoering van EU-recht worden opgelegd, ongeacht of het gaat om straf- dan wel bestuursrechtelijke sancties, en ongeacht of het gaat om nationale, dan wel transnationale feitenconstellaties.

I. Inleiding

Het Europese integratieproces plaatst ook de rechtshandhaving voor problemen. Het gaat daarbij niet alleen om vragen met betrekking tot de effectiviteit van die handhaving, maar ook om de vraag welke rechtsbeginselen, grondrechten inclusief, die handhaving begrenzen en normeren. Deze bijdrage richt zich op een van die grondrechten, namelijk het *ne bis in idem*-beginsel. De vraag in hoeverre dat beginsel ook van toepassing is op de verhoudingen tussen de lidstaten en op de verhouding tussen de lidstaten en de Europese instellingen is een bekende. Het heeft geleid tot veel literatuur en jurisprudentie die zich vooral richt op het mededingingsrecht en, in het kader van art. 54-58 van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst (SUO), het strafrecht. Een van de punten waarover momenteel onduidelijkheid bestaat is of het *ne bis in idem*-beginsel ook toepasselijk is op punitieve bestuursrechtelijke sancties of op combinaties van straf- en bestuursrechtelijke sancties. In de nationale context heeft het EHRM die kwestie al min of meer opgelost en die toepasselijkheid aanvaard.¹ Maar is dat ook het geval in transnationale feitenconstellaties? Die vraag is nog onbeantwoord. Daarop richt zich dit artikel.

Het is niet helemaal duidelijk waarom de zojuist gestelde vraag nog niet aan de orde is geweest. Het kan zijn dat het eenvoudigweg geen reëel probleem is, maar dat lijkt mij – gezien de regelmaat waarmee alleen in Nederland al dergelijke vragen aan de rechter worden voorgelegd – onwaarschijnlijk. Vermoedelijk speelt een rol dat de twee (tot voor kort) voornaamste kenbronnen van het beginsel in de EU – art. 4 van het Zevende Protocol EVRM (P7 EVRM) en art. 54 Schengen Uitvoeringsovereenkomst – beide niet op de hier aan de orde zijnde situatie betrekking hebben. De eerste beperkt zich uitdrukkelijk tot de nationale context, de tweede heeft alleen betrekking op het ‘echte’ strafrecht (strafrecht *sensu stricto*).² Nu art. 50 EU-Grondrechtenhandvest (Handvest) echter bindende status heeft gekregen (art. 6 lid 1 VEU), kan hierin verandering komen. Het aantal potentiële toepassingsvoorbeelden is groot en omvat, in theorie althans, alle terreinen waarop de EU bevoegd is. Het kan gaan om regelgeving met betrekking tot het milieu, de douane, grensoverschrijdende dienstverlening, et cetera. Telkens waar op EU-niveau gedragsnormen worden geformuleerd en de lidstaten tot handhaving ervan worden verplicht, kan zich de omstandigheid voordoen dat de ene lidstaat die norm bestuursrechtelijk handhaaft en de andere kiest voor strafrechtelijke handhaving, terwijl weer een andere lidstaat beide opties openhoudt. Mede afhankelijk van hoe die norm precies is geformuleerd en wat ze beschermt, kunnen al die lidstaten zich gehouden achten tot handhaving ervan. Dat kan tot jurisdictieconflicten leiden. Daarbij komt nog dat als het feitsbegrip (*idem*) een materiële uitleg krijgt,³ er ook overlap ontstaat met commune strafbepalingen die niet direct dienen ter omzetting van EU-recht. Het toepassingsbereik van het *ne bis in idem*-beginsel wordt dan nog groter.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In de volgende paragraaf wordt verder ingegaan op het belang van het onderwerp en wordt op hoofdlijnen geschetst hoe de stand van zaken met betrekking tot het *ne bis in idem*-beginsel op dit moment luidt. Dat zal in paragraaf 3 leiden tot een bespreking van art. 50 van het Handvest waarop het transnationaal *ne bis in idem*-beginsel zal moeten worden gestoeld. Dan zal blijken dat dit artikel op meer-

* Dr. M.J.J.P. Luchtman is als universitair hoofddocent verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht. Dit artikel kwam tot stand in het kader van het door NWO gefinancierde onderzoek ‘Prosecuting cross border crime in the European Union – What role for the legality principle?’.

1 Zie bijvoorbeeld EHRM 10 februari 2009 (*Zolotukhin/Rusland*), NJ 2010, 36, m.nt. Buruma, AB 2009, 309, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

2 Zie verder paragraaf 3.

3 Daarmee wordt bedoeld dat er voor dat feitsbegrip wordt gekeken naar wat er zich in de ‘fysieke werkelijkheid’ heeft voorgedaan (*idem factum*), in plaats van naar wat er in de delictomschrijving staat (*idem crimen*).

dere manieren kan worden uitgelegd. Teneinde te kunnen bepalen welke uitleg de juiste is, ga ik in paragraaf 4 in op de rol en betekenis van het beginsel in het licht van de verdragsvrijheden. De argumenten daarvoor en de gevolgen die deze insteek heeft voor de uitleg van art. 50 Handvest komen in die paragraaf aan de orde. In paragraaf 5 wordt dan ingegaan op de vraag welke beperkingen op het beginsel zouden kunnen worden aanvaard. In de slotbeschouwing (paragraaf 6) zal ik ten slotte trachten mijn bevindingen weer te plaatsen in het grotere geheel dat werd geschetst in paragraaf 2 en aangeven waartoe een en ander zou kunnen leiden.

2. Achtergronden en belang van het *ne bis in idem*-beginsel in de EU

Het *ne bis in idem*-beginsel laat zich niet eenvoudig in een korte typering vangen. Omvang en doeleinden van het beginsel kunnen per lidstaat verschillen. In de nationale context zijn aan het beginsel vele verschillende functies toegekend, die *grosso modo* uiteenvallen in twee categorieën met het rechtszekerheidsbeginsel als centrale notie.⁴ Die rechtszekerheid is enerzijds in het geding bij de formele rechtskracht van rechterlijke uitspraken (*res judicata*), maar krijgt anderzijds ook vorm als een individueel recht van de burger. Onder meer in art. 4 van het Zevende Protocol EVRM is het beginsel als een mensenrecht verwoord, waarop nauwelijks beperkingen mogelijk zijn, ook niet in geval van noodtoestand (art. 15 EVRM). Het *ne bis in idem*-beginsel zoals neergelegd in art. 4 P7 EVRM bestaat uit twee onderdelen: aan de ene kant mag een persoon die al eens onherroepelijk werd berecht niet nogmaals voor hetzelfde feit worden *vervolgd*; aan de andere kant behelst het beginsel ook dat men niet tweemaal voor hetzelfde feit mag worden *bestraft*. De verhouding tussen beide delen is niet erg helder.⁵ Men zou immers verwachten dat wie niet tweemaal mag worden vervolgd, hoe dan ook geen tweemaal kan worden bestraft. Toch zijn nog wel gevallen voorstelbaar waarin zo'n situatie zich voordoet. In het licht van het *ne bis in idem*-beginsel als een mensenrecht kan bijvoorbeeld worden betoogd dat een tweede vervolging die leidt tot een voor de verdachte (aanmerkelijk) gunstiger resultaat dan de eerste

procedure met het eerste onderdeel van art. 4 P7 EVRM niet in strijd is, op voorwaarde uiteraard dat die persoon dan niet dubbel wordt gestraft voor hetzelfde. Dan komt aan het tweede onderdeel wel degelijk zelfstandige betekenis toe.⁶

De zekerheid die het beginsel de burger biedt is een andere dan de eis van rechtszekerheid die voortvloeit uit bijvoorbeeld art. 7 EVRM (het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel).⁷ Dat laatste beginsel brengt onder meer mee dat strafbepalingen vooraf en op duidelijke wijze in de wet moeten zijn neergelegd. Alleen zo bereikt de strafwet zijn generaal- en speciaal-preventieve doeleinden.⁸ Het *ne bis in idem*-beginsel dwingt daarentegen niet op een vergelijkbare wijze tot een wettelijke bevoegdheidsregeling die de burger in staat stelt vooraf te bepalen door wie en op welke wijze een door hem begane normovertreding zal worden afgehandeld.⁹ Het beginsel brengt, als mensenrecht althans, mee dat de burger erop mag vertrouwen dat de zaak tegen hem na een eerste onherroepelijke procedure ook echt is afgehandeld. Het richt zich daarmee tot de overheid zelf.¹⁰ Toch is ook onder deze betekenis van rechtszekerheid de impact van het beginsel op het nationale vervolgingsbeleid enorm. Zodra de overheid een tweede vervolging start voor hetzelfde feit, schendt ze het beginsel. Het *effect* daarvan is dat de maatschappij maar één kans krijgt om tegen geconstateerd onrecht op te treden.¹¹ Dat vergt het nodige van de wetgevende en uitvoerende macht die in geval van overlappende competenties bedacht zullen moeten zijn op het voorkomen van (positieve) competentieconflicten. Daarbij moet worden bedacht dat in de nationale context het begrip 'strafbaar feit' in art. 4 P7 EVRM dezelfde betekenis heeft als in art. 6 EVRM. Het omvat als gezegd zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke sancties. Om onaangename verrassingen – een niet-ontvankelijkheid in de tweede procedure bijvoorbeeld – te voorkomen zullen de bestuurs- en strafrechtelijke rechtshandhaving met elkaar moeten samenwerken. Mede om deze reden is het aantal landen dat het Zevende Protocol in werking heeft laten treden, beperkt. Zij reserveren het *ne bis in idem*-beginsel voor het strafrecht *sensu stricto*. Via het hieronder te bespreken art. 50 van het EU-Grondrechtenhandvest is die kwestie nu echter uitdrukkelijk opnieuw aan de orde.¹² In de *multilevel setting* van de EU krijgen de coördinatie- en afstemmingsproblemen die als gevolg van een trans-

4 W.B. van Bockel, *The 'ne bis in idem' principle in EU law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 25-30; S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 383-384.

5 Van Bockel 2010, p. 33-36.

6 Vgl. J.L. De la Cuesta, 'Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem"-General report', *Revue Internationale de Droit Penal* (73) 2002, p. 714.

7 Ze hangen overigens wel met elkaar samen; zie A.H. Klip en H. Van der Wilt, 'The Netherlands – Non bis in idem', *Revue Internationale de Droit Penal* (73) 2002, p. 1094.

8 Zie verder uitgebreid Kristen in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht – Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom/Lemma 2011.

9 In de Duitse literatuur komt men overigens wel auteurs tegen die in het *ne bis in idem*-beginsel een 'Forderung systemorganisierter Freiheit' lezen; vgl. M. Mansdörfer, *Das Prinzip ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 2004, p. 32-40.

10 Het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel richt zich, hoewel daarover in de literatuur discussie bestaat (vgl. C.J. Enschedé, 'Wetten en rechtens', in: P. Abas e.a., *Non sine causa: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. G. J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam*, Zwolle: Tjeenk Willink 1979; A. Eser, 'Verhaltensregel und Behandlungsnormen – Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht', in: A. Eser, U. Schittenhelm and H. Schumann, *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 1998), primair tot de burger.

11 Vgl. Trechsel 2005, p. 384, 398.

12 Vgl. A. Eser, 'Justizielle Rechte', in: J. Meyer, *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2006, p. 521.

nationaal *ne bis in idem*-beginsel ontstaan uiteraard alleen maar meer gewicht. Het is nog geen uitgemaakte zaak dat voornoemd effect van dit beginsel ook in transnationale constellaties moet worden aanvaard.¹³ Rechtshandhaving heeft immers plaats door de lidstaten, die in de keuze van de manier van handhaven ook na Lissabon een aanzienlijke keuzeruimte hebben, en die tot elkaar in een horizontale relatie staan en elkaars handelen dus niet kunnen beïnvloeden. Men zou om die reden kunnen betogen dat de vervolgingsbeslissing¹⁴ in de Europese Unie, zolang althans geen afspraken als in art. 54 SUO zijn gemaakt, tot de vrije beleidsruimte van de vervolgende instanties moet worden gerekend of dat het beginsel niet kan worden erkend zolang geen voorzieningen zijn getroffen die de ongewenste effecten ervan – competentieconflicten, *races to the bottom* of *forumshopping* door de verdachte bijvoorbeeld – ongedaan maken.

Tegen deze opvatting kunnen echter bezwaren worden ingebracht. Zo is er gewezen op het risico van onnodig dubbel werk dat door het *ne bis in idem*-beginsel wordt verkleind.¹⁵ Dat lijkt mij als zodanig echter geen reden om *ne bis in idem* als mensenrecht te erkennen. Maar ook kan worden tegengeworpen dat de protagonisten van de vrije beleidsruimte nog niet hebben duidelijk gemaakt hoe die beleidsruimte zich verdraagt met bijvoorbeeld het evenredigheidsbeginsel of de vijf (dus inclusief de rechten, verwoord in art. 21 VWEU) verdragsvrijheden. Het is vooral het laatste aspect, in combinatie met de omstandigheid dat het Grondrechtenhandvest nu dezelfde juridische status als de verdragen heeft, dat verklaart waarom de discussie omtrent het transnationale toepassingsbereik van het in art. 50 Handvest neergelegde *ne bis in idem*-beginsel zo'n enorme academische en praktische waarde heeft: de zojuist beschreven beleidsruimte, waarover de nationale vervolgende instanties *de lege lata* al beschikken, is mogelijk niet in overeenstemming met het Handvest. En als dat inderdaad niet het geval is, zal het *ne bis in idem*-beginsel waarschijnlijk leiden tot nieuwe wetgevende initiatieven die de ongewenste gevolgen ervan moeten voorkomen. Die kunnen dan, anders dan nu het

geval is, niet meer uit de weg worden gegaan. De strafrechtelijke samenwerking heeft van die dynamiek al voorbeelden laten zien.¹⁶

3. De interpretatie van art. 50 Handvest

De meest omvattende regeling van het *ne bis in idem*-beginsel in een transnationale setting is op dit moment te vinden in art. 54-58 SUO. Van die artikelen is het toepassingsbereik echter beperkt. Ze maken deel uit van dat deel van het Schengenacquis dat hoort tot de voormalige derde pijler en hebben als rechtsgrondslag art. 31 en 34 (oud) VEU.¹⁷ De bepalingen zijn daarmee niet toepasselijk op punitieve sancties buiten het strafrecht *sensu stricto*.¹⁸ Dat lijkt in ieder geval te gelden voor de bestuursrechtelijke punitieve sancties waartegen beroep op de bestuursrechter is opengesteld.¹⁹ In het mededingingsrecht heeft het beginsel geen wettelijke regeling gekregen. Het is daar echter al lange tijd door het Hof van Justitie erkend en toegepast in de verticale verhouding tussen de Commissie en de lidstaten.²⁰

Buiten het mededingingsrecht en het strafrecht *sensu stricto* is het *ne bis in idem*-beginsel op buitengewoon gefragmenteerde wijze geregeld. In veel gevallen kan het met enige goede wil worden herkend als een (doorgaans facultatieve) weigeringsgrond bij de transnationale bestuursrechtelijke samenwerking.²¹ In andere gevallen komt het in onvolkomen vorm terug als een uitwerking van het Duitse principe van de 'Vorrang des Strafverfahrens', wat betekent dat in geval van samenloop van bestuurs- en strafrechtelijke procedures de eerste rekening moeten houden met de tweede.²² In nog weer andere gevallen is (slechts) bepaald dat bij oplegging van een tweede straf rekening moet worden gehouden met een eerder opgelegde straf (*Anrechnung*).²³ Nergens is het beginsel bij mijn weten met zoveel woorden erkend als een vervolgingsuitsluitingsgrond met transnationale gelding.

- 13 Vgl. A-G Sharpston in HvJ EG 28 september 2006, zaak C-467/04 (*Gasparini*), *Jur.* 2006, p. I-9199, para 76. Mansdörfer 2004, p. 37-39, ziet echter geen principieel verschil met de nationale context.
- 14 Daaronder versta ik de beslissing tot de inleiding van een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke punitieve-sanctieprocedure.
- 15 Zie met name W.P.J. Wils, 'The principle of Ne Bis in Idem in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis', *World Competition* (26) 2003, p. 131-148.
- 16 Zie M.J.J.P. Luchtman, 'Choice of Forum in an Area of Freedom, Security and Justice', *Utrecht Law Review* (7) 2011, p. 78-82.
- 17 Besluit van 20 mei 1999 tot vaststelling van de rechtsgrond van elk van de bepalingen of besluiten die het Schengenacquis vormen (1999/436/EG), *PbEG* 1999, L 176/17; verder Van Bockel 2010, p. 61 e.v.
- 18 Idem, S. Brammer, *Co-operation Between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Oxford: Hart 2008, p. 370-373. Van Bockel 2010, p. 22, 146, is niet helemaal zeker. Zie ook R.M. Kniebühler, *Transnationales 'ne bis in idem': zum Verbot der Mehrfachverfolgung inhorizontaler und vertikaler Dimension*, Berlin: Duncker & Humblot 2005, p. 250-254, die echter aan de rechtsbasis van art. 54-58 SUO geheel voorbijgaat.
- 19 Ten aanzien van de sancties waartegen beroep op een (ook) in strafzaken bevoegde rechter openstaat, kan men twijfelen. Deze zijn enerzijds onder het bereik van de Schengen Overeenkomst gebracht (vgl. het door art. 3 van de EU Rechtshulpovereenkomst, *PbEG* 2000, C 197/3, ingetrokken art. 49 SUO); anderzijds is van strafrecht *sensu stricto* geen sprake. In zijn rechtspraak lijkt het Hof de inbedding in de nationale strafrechtspleging juist belangrijk te achten; vgl. HvJ EG 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01 (*Brügge en Gözütok*), *Jur.* 2003, p. I-5689, para 28.
- 20 Vgl. reeds HvJ EG 13 februari 1969, zaak 14/68 (*Walt Wilhelm/Bundeskartellamt*), *Jur.* 1969, p. 1.
- 21 Vgl. art. 59 aanhef en onder b en c Richtlijn 2004/39/EG betreffende markten voor financiële instrumenten, *PbEU* 2004, L 145/1; art. 15 lid 3 onder c Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, *PbEU* 2004, L 364/1.
- 22 Dat 'rekening houden met' kan overigens vele vormen aannemen; voor een voorbeeld, zie art. 6 Verordening (EG) nr. 2988/95 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, *PbEG* 1995, L 312/1.
- 23 Vgl. A.M. Keessen, *European Administrative Decisions: How the EU Regulates Products on the Internal Market*, Utrecht: Utrecht University 2009, p. 102.

De vraag is als gezegd in hoeverre het Verdrag van Lissabon hierin verandering heeft gebracht. Dat handvest bevat in art. 50 immers een formulering die het *ne bis in idem*-beginsel uitdrukkelijk transnationale gelding verleent. Het bepaalt:

‘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.’

Het artikel is van toepassing op de Unie als zodanig en niet beperkt tot de afzonderlijke territoria van de lidstaten.²⁴ De formulering doet evenwel ook vermoeden dat het alleen toepasselijk is op het strafrecht *sensu stricto*.²⁵ Over de interpretatie van art. 50 Handvest is dus het laatste woord nog niet gezegd. Aan de tekst van het artikel en de toelichting erbij kan men argumenten ontlenen voor het standpunt dat het in transnationale situaties wel degelijk van toepassing is op *alle* punitieve sancties, maar ook argumenten voor het tegendeel. Voor de eerste interpretatie pleit dat art. 50 Handvest op essentiële onderdelen dezelfde bewoordingen gebruikt als art. 4 P7 EVRM, terwijl het EHRM inmiddels heeft aanvaard dat in de nationale context, in weerwil van de ogenschijnlijk duidelijke bewoordingen van dat artikel, art. 4 P7 EVRM ook de verhouding tussen punitieve bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties normeert.²⁶ Waarom zou dat in een transnationale situatie dan anders zijn?²⁷ Anderen zullen er echter op wijzen dat beide artikelen alleen op gelijke wijze moeten worden uitgelegd, waar ze op gelijke situaties toepasselijk zijn (vgl. art. 52 lid 3 Handvest). Art. 4 P7 EVRM heeft alleen betrekking op de nationale context. In de transnationale context hoeft die ruime uitleg dus niet noodzakelijk te worden gevolgd. Zij zullen ook wijzen op de tekst van de Toelichting bij het Handvest waaruit kan worden afgeleid dat het beginsel ‘met name’ op strafrechtelijke sancties toepasselijk is.²⁸

Het probleem lijkt mij te zijn dat tussen deze tegengestelde opvattingen niet kan worden gekozen, als niet in kaart wordt gebracht *waarom* het *ne bis in idem*-beginsel in een transnationale context een andere (beperkttere) invulling zou moeten krijgen. In het onderstaande zal ik op die vraag trachten een antwoord te geven. Daartoe zal bij wijze van voorbeeld herhaaldelijk worden verwezen naar het consumentenrecht. Onderdelen van dat rechtsgebied zijn in hoge mate geharmoniseerd en dat heeft het be-

langrijke voordeel dat als gevolg daarvan (vermoedelijk) weinig problemen zullen rijzen met betrekking tot art. 51 lid 1 Handvest. Dat artikellid bepaalt dat het handvest alleen op de lidstaten van toepassing is, wanneer zij Unierecht uitvoeren. De aanname is dat, nu het hier gaat om een terrein met een hoge mate van harmonisatie, de eigen ruimte van de lidstaten dienovereenkomstig is afgenomen én dat ook de implementatie (omzetting, uitvoering en handhaving) van *richtlijnen* door de lidstaten uitvoering van EU-recht als bedoeld in art. 51 lid 1 is.²⁹

4. De transnationale gelding van het *ne bis in idem*-beginsel

4.1. Het *ne bis in idem*-beginsel in het licht van de verdragsvrijheden

Anders dan in de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid, waarop art. 54 SUO toepasselijk is, is er in de interne markt geen gebrek aan harmonisatie van nationaal recht. Zodra uiteenlopende nationale rechtssystemen leiden tot concurrentievervalsingen op Europees niveau of ze het vrij verkeer hinderen, kan er reden zijn voor de Europese wetgever om in te grijpen. De geschiedenis laat zien dat van die bevoegdheid veelvuldig gebruik is gemaakt. Op grond van art. 114 VWEU kan die wetgever tot de burgers of economische actoren gerichte gedragsnormen definiëren, die in het nationale recht moeten worden omgezet en die via nationale mechanismen moeten worden gehandhaafd. Zo heeft de Europese Unie op grond van art. 95 EG (thans art. 114 VWEU) richtlijnen uitgevaardigd op het gebied van de consumentenbescherming. In de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is een aantal voor handelaren bestemde gedragsnormen zó omvattend geformuleerd dat ze de lidstaten bij de omzetting van die normen in het nationale recht geen ruimte voor afwijkingen meer laten (art. 5-9).³⁰ Hoe de lidstaten die normen vervolgens handhaven is aan hen zelf, zolang er op overtreding ervan maar afschrikwekkende, doeltreffende en evenredige sancties zijn gesteld (art. 13). Dat betekent dat een lidstaat hier een keuzemogelijkheid krijgt, die past in een systeem van indirecte handhaving. Dat systeem, gebaseerd op het attributiebeginsel (art. 5 lid 1 VEU) in combinatie met een plicht tot loyale samen-

24 PbEU 2007, C 303/13, p. 31.

25 Vgl. P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen en M.L. Emmerik, ‘Het EU-recht en bestuurlijke punitieve sancties’, in: E. Ankaert e.a., *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 35; Van Bockel 2010, p. 18.

26 De bewoordingen van art. 4 P7 EVRM zetten het Hof van Justitie in eerste instantie ook op het verkeerde been; zie HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-436/04 (*Van Esbroeck*), *Jur.* 2006, p. I-2333, para 28. Die uitspraak werd gewezen vóór *Zolotukhin*, *supra* noot 1.

27 Van Bockel 2010, p. 208-209.

28 PbEU 2007, C 303/17, p. 31. Andere taalversies zijn stelliger: ‘Es ist darauf hinzuweisen, dass die Regel des Verbots der Doppelbestrafung sich auf gleichartige Sanktionen, in diesem Fall durch ein Strafgericht verhängte Strafen, bezieht’ en ‘[t]he rule prohibiting cumulation refers to cumulation of two penalties of the same kind, that is to say criminal-law penalties’.

29 Helemaal duidelijk is dat overigens nog niet; ik verwijs verder naar K. Lenaerts en P. Van Nuffel, *European Union Law*, London: Sweet & Maxwell 2011, p. 834-838; R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, Deventer: Kluwer 2008, p. 547-549, en Hatje, aant. 15-19 bij Art. 51 GRC, in: J. Schwarze e.a. (red.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden: Nomos 2009, en naar de Strategie voor een doeltreffende tenuitvoerlegging van het Handvest van de grondrechten door de Europese Unie, COM(2010)573, p. 3, 10-11. Ik kom in paragraaf 5.2 nog terug op de situatie waarin de toepasselijkheid van het Handvest (nog) minder duidelijk is.

30 Richtlijn 2005/29/EG, PbEU 2005, L 149/22.

werking (art. 4 lid 3 VEU),³¹ laat het in beginsel aan de lidstaten om te bepalen wat werkt en wat niet. In de transnationale context zorgt indirecte handhaving zonder coördinatie en samenwerking echter voor problemen, waarop secundair EU-recht lang niet altijd een duidelijk antwoord geeft. Overtredingen van door de lidstaten te implementeren gedragsnormen, bijvoorbeeld op het vlak van de oneerlijke handelspraktijken, kunnen eenvoudig de rechtsordes van meerdere lidstaten beïnvloeden. Zo kunnen dader en slachtoffer(s) van dergelijke handelen zich in verschillende jurisdicties bevinden. Dat kan de betrokken staten ertoe aanzetten handhavend op te treden en sancties op te leggen. In een dergelijke situatie kan uit het secundaire recht vaak niet worden afgeleid wat de afzonderlijke lidstaten te doen staat.³² Ook in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is in art. 3 lid 7 niet meer te lezen dan dat die richtlijn de regels voor de bepaling van (privaatrechtelijke) rechtsmacht onverlet laat. En hoewel in art. 4 een interne-marktclausule is opgenomen die dwingt tot erkenning van de eisen gesteld door het land van oorsprong, bepaalt de richtlijn niet dat dat land bij uitsluiting bevoegd is tot handhavend optreden. Het gevolg hiervan is dat iedere lidstaat zelf moet bepalen of en wanneer hij zal handhaven. Positieve, maar ook negatieve jurisdictieconflicten tussen de lidstaten kunnen daarvan het gevolg zijn. Ook al bestaat er dus overeenstemming over de wenselijkheid en de invulling van een bepaalde gedragsnorm op Europees niveau (we zouden kunnen spreken van een op Europees niveau geformuleerd 'rechtsgoed'), meervoudige bestraffing of vervolging is daarmee bepaald nog niet voorkomen. Het is aannemelijk dat, wanneer secundair EU-recht dergelijke jurisdictieconflicten niet verhindert of uitsluit en de oplossing ervan aan het nationale niveau laat, de toelaatbaarheid van die oplossingen moet worden beoordeeld in het licht van de verdragsvrijheden. Die benadering hanteert het Hof ook op andere terreinen waar secundair EU-recht de lidstaten een beoordelingsmarge laat.³³ Nationale maatregelen die de uitoefening van de in het verdrag gewaarborgde vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, moeten aan strikte voorwaarden voldoen.³⁴ Bezien vanuit de bewoordingen van art. 26 lid 2 VWEU lijkt het mij onjuist om op dit punt onderscheid te maken tussen de situatie waarin een beperking van de vrijheden door een of door meerdere lidstaten wordt veroorzaakt. Waar het om gaat is of de vrijheden worden beperkt. De stelling dat de verdragsvrijheden meervoudige bestraffing voor dezelfde gedraging of omissie door meerdere

staten problematisch doen zijn, ligt bovendien in het verlengde van de jurisprudentie van het Hof waarin is uitgemaakt dat de toepassing van sancties het vrij verkeer niet mag hinderen.³⁵ Toegegeven, ook in die rechtspraak gaat het om situaties waarin de rechtsorde van één lidstaat datgene met straf bedreigt, wat het Europese recht toestaat. In het geval waarover we nu spreken, voeren meerdere lidstaten echter EU-recht uit. Die lidstaten kunnen zelfs ieder afzonderlijk de Europese norm op voorbeeldige wijze hebben omgezet in nationaal recht en haar bovendien met inachtneming van alle eisen die het Hof of secundair recht daaraan stellen handhaven. Het gaat nu dus om het probleem dat niet de nationale omzettingsmaatregelen als zodanig in conflict komen met het verdrag, maar de (ongecoördineerde) toepassing ervan door meerdere lidstaten. Desalniettemin zal, opnieuw redenerend vanuit het perspectief van art. 26 lid 2 VWEU, het startpunt moeten zijn dat waar mogelijk wordt voorkomen dat een onevenredige straf wordt opgelegd, die een belemmering van het vrije verkeer van personen oplevert.

Hier dringt zich ook de parallel op met de rechtspraak inzake art. 54 SUO. De ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid vormt bepaald geen terrein met een hoge mate van harmonisatie. Dat is door het Hof uitdrukkelijk onder ogen gezien.³⁶ Toch benadrukt het Hof in inmiddels vaste jurisprudentie dat een meervoudige bestraffing in het licht van een vrij verkeer [van personen] problematisch is. Het overweegt in *Van Esbroeck* dat art. 54 SUO 'beoogt te voorkomen dat een persoon die gebruik maakt van zijn recht van vrij verkeer, daardoor voor dezelfde feiten wordt vervolgd op het grondgebied van verschillende overeenkomstsluitende staten,' en 'dit recht van vrij verkeer slechts met succes [wordt] gewaarborgd indien de dader van een handeling weet dat hij na zijn veroordeling en het ondergaan van zijn straf of, in voorkomend geval, na de onherroepelijke vrijspraak in een lidstaat, zich binnen de Schengen-ruimte kan verplaatsen zonder te hoeven vrezen dat hij wordt vervolgd in een andere lidstaat, die aanvoert dat deze handeling in zijn rechtsorde een ander delict oplevert'.³⁷

In deze overwegingen wordt de kerngedachte van het *ne bis in idem*-beginsel vanuit de nationale context vertaald naar de geïntegreerde rechtsorde die de EU is en gekoppeld aan het vrij verkeer van personen. Het in art. 54 SUO besloten liggende rechtszekerheidsbeginsel krijgt daardoor een invulling die de territoria van de afzonderlijke lidstaten overstijgt; ze omvat de gehele ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.³⁸ Juist die laatste stap maakt

31 E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer 2004.

32 Dat is, zeker wat betreft het toezicht op de naleving en de sanctionering, ook de conclusie van Keessen 2009.

33 Vgl. A. Klip, *European criminal law*, Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia 2009, p. 95, 106-109.

34 Vgl. HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01 (*Inspire Art*), *Jur.* 2003, p. I-10155, para 133; W.T. Eijssbouts e.a. (red.), *Europees recht – Algemeen deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 129.

35 Vgl. HvJ EG 29 februari 1996, zaak C-193/94 (*Skanavi en Chryssanthakopoulos*), *Jur.* 1996, p. I-929, para 36; HvJ EG 29 oktober 1998, zaak C-230/97 (*Awoyemi*), *Jur.* 1998, p. I-6781, para 26; HvJ EG 21 september 1999, zaak C-378/97 (*Wijsenbeek*), *Jur.* 1999, p. I-6207, para 44.

36 HvJ EG 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01 (*Brügge en Gözütok*), *Jur.* 2003, p. I-5689, para 31-33.

37 HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-436/04 (*Van Esbroeck*), *Jur.* 2006, p. I-2333, para 33 en 34.

38 Zie J.A.E. Vervaele, 'Fundamental Rights in the European Space for Freedom, Security and Justice: the Praetorian *ne bis in idem* principle of the Court of Justice', in: E.J. Hollo, *National Law and Europeanisation*, Helsinki: 2009; V. Mitsilegas, *EU criminal law*, Oxford/Portland, Oregon: Hart 2009, p. 143, 147; Luchtman 2011, p. 76, 92-95.

deze redenering ook geschikt voor toepassing buiten het raamwerk van art. 54-58 SUO,³⁹ al is dan – ik kom daarop in de volgende paragraaf terug – nog niet gezegd dat de rechtsgevolgen die art. 54 SUO daaraan verbindt zonder meer toepassing kunnen vinden buiten het toepassingsgebied van dat artikel. Uiteraard is ook in de interne markt het vrij verkeer in het geding wanneer als gevolg van, bijvoorbeeld, het verrichten van werkzaamheden in een andere lidstaat, het grensoverschrijdend aanbieden van diensten of verkopen van goederen de betrokkene achtereenvolgens door meerdere lidstaten wordt vervolgd voor dezelfde gedraging of hetzelfde nalaten.⁴⁰ Hij wordt dan meervoudig vervolgd en/of gestraft, omdat hij van de door het verdrag gegarandeerde vrijheden gebruikmaakte.

Iets anders is vervolgens of op de onverkorte uitoefening van die vrijheden beperkingen moeten worden aanvaard en zo ja, welke precies. In dat geval gaat het echter niet meer om de vraag of meervoudige bestraffing in strijd komt met de vrijheden, maar om de vraag of daarvoor rechtvaardigingen bestaan. Er zal dan een algemeen belang moeten kunnen worden aangewezen dat die tweede vervolging kan rechtvaardigen. Dat belang zal met de vrijheden in evenwicht moeten worden gebracht; de uitkomst ervan moet redelijk zijn en mag niet meer beperkingen op de vrijheden aanbrengen dan nodig.

4.2. De grenzen van de analogie met de verdragsvrijheden

De zojuist bepleite analogie met de Schengenjurisprudentie gaat niet helemaal op. De meerwaarde van art. 54 SUO ligt in het feit dat dit artikel de toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel verzekert en zulks onafhankelijk van eventuele begeleidende voorzieningen op het vlak van de harmonisatie van materieel of formeel strafrecht of de strafrechtelijke samenwerking (inclusief jurisdictiekeuze). Met andere woorden, art. 54 SUO is een *rechtsregel* die de vraag naar rechtvaardigingen voor meervoudige vervolgingen voor hetzelfde feit niet zal toestaan.⁴¹ Aldus hebben de lidstaten uitdrukkelijk het vertrouwen in elkaars strafrechtspleging uitgesproken. Daarmee is evenwel nog niet gezegd dat er buiten het toepassingsgebied van art. 54-58 SUO (het strafrecht *sensu stricto*) geen rechtvaardiging kan zijn voor beperkingen op de onverkorte uitoefening van verdragsvrijheden. Die vrijheden zijn in het Europese recht immers geen onaantastbare grootheden.

Welke overwegingen zouden een beperking van de verdragsvrijheden kunnen rechtvaardigen? Mijns inziens zullen verschillen in de waardering van het achterliggende rechtsgoed slechts een geringe rol kunnen spelen. Die verschillen zijn, in ons voorbeeld van het consumentenrecht althans, als gevolg van harmoniserende maatregelen immers klein of zelfs afwezig. Het overkoepelende belang

van een effectieve rechtshandhaving zou wel op een andere manier in het geding kunnen zijn en zo'n rechtvaardiging kunnen vormen. Het kan worden uitgesplitst in twee deelargumenten. Het eerste richt zich op het gebrek aan afstemming tussen de rechtsordes van de lidstaten als zodanig; het tweede op keuzeruimte die de lidstaten toekomt bij de keuze tussen straf- of bestuursrechtelijke handhaving.

Wat betreft het eerste argument kan worden betoogd dat de staat die het eerst vervolgt als het ware het gras voor de voeten van de tweede wegmaait en zulks mogelijk zonder nadere afstemming of overleg, dus zonder dat die tweede staat daar iets aan kan doen of zonder dat de belangen die hij beoogt te beschermen, volledig in de afweging betrokken zijn geweest. De lidstaten van de EU staan in dat opzicht tot elkaar in een horizontale, gelijkwaardige relatie. Anders dan de in de vorige paragraaf genoemde gevallen waarin nationaal recht wegens strijd met Unierecht buiten toepassing moet worden gelaten, heeft die tweede lidstaat hier te maken met een omstandigheid waarop hij nauwelijks tot geen invloed kan uitoefenen. In dat geval rijst dus de vraag wie er verantwoordelijk is voor de ontstane situatie. Is dat alleen de staat die de tweede veroordeling start? Of mogelijk toch (ook) de staat van de eerste veroordeling, omdat die het gras voor de voeten van de tweede staat heeft weggemaaid? Of allebei? Mogelijk zelfs de EU als geheel, omdat die heeft nagelaten te coördineren? Als die verantwoordelijkheid niet goed is te benoemen, is ook niet duidelijk waarom precies de tweede staat door het verbod op dubbele vervolging wordt geraakt.

Ook bij het tweede argument draait het om de vraag of de Europese Unie en haar lidstaten niet worden overvraagd bij een transnationale toepassing van art. 50 Handvest. De Europese Unie is weliswaar een geïntegreerde rechtsorde, maar ook een waarbij de bevoegdheden worden verdeeld via het attributie- en het subsidiariteitsbeginsel. Of zij een op Europees niveau geharmoniseerde norm strafrechtelijk, bestuursrechtelijk en/of privaatrechtelijk handhaven, is, binnen bepaalde Europese randvoorwaarden,⁴² aan henzelf. Anders dan in de nationale context, waar het EHRM als rechtvaardiging voor de toepassing van het beginsel op straf- én quasistrafrechtelijke procedures aanvoert dat '[o]therwise, the application of this provision would be left to the discretion of the Contracting States to a degree that might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention',⁴³ ligt de beslissingsmacht in de EU op meerdere niveaus. Het is dan bepaald nog geen uitgemaakte zaak dat in die meerlagige rechtsorde het effect van het *ne bis in idem*-beginsel, namelijk dat 'de' maatschappij maar één kans krijgt om onrecht te berechten, onverkort gel-

39 Anders klaarblijkelijk: Brammer 2008, p. 372.

40 Vgl. HvJ EG 10 maart 2005, zaak C-469/03 (*Miraglia*), para 32.

41 Behoudens uiteraard de uitzonderingen in de daaropvolgende artikelen.

42 Ik doel uiteraard op de Griekse maïs-jurisprudentie; HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88 (*Commissie/Griekenland*), *Jur.* 1989, p. 2965.

43 EHRM 10 februari 2009 (*Zolotukhin/Rusland*), *NJ* 2010, 36, m.nt. Buruma, *AB* 2009, 309, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, para 52.

ding moet hebben.⁴⁴ Dat geldt ook nu art. 82 lid 2 VWEU de EU de bevoegdheid geeft om de lidstaten tot strafrechtelijke handhaving van EU-beleidsterreinen te dwingen. Die bevoegdheid zal de keuzevrijheid van de lidstaten niet elimineren, maar het aantal dubbele vervolgingen zelfs kunnen doen toenemen.⁴⁵

Kortom, de vraag is niet alleen of de wens tot een onverkorte uitoefening van de verdragsvrijheden hier stuit op institutionele beperkingen, maar ook of een ontkennende beantwoording van die vraag tot gevolg moet hebben dat de staat die de tweede vervolging wil starten, geen vervolgingsrecht meer heeft.⁴⁶ Dat laatste hoeft niet *per se* de uitkomst te zijn van de belangenafweging tussen – kort gezegd – de vrijheden en een effectieve criminaliteitsbestrijding. Andere uitkomsten zijn ook denkbaar, bijvoorbeeld die waarin de tweede staat – in geval van bestraffing – de eerder opgelegde sanctie in mindering brengt (*Anrechnung*). Ook al heeft in dat geval dubbele vervolging én bestraffing plaats, op die manier kunnen de vrijheden mogelijk ook in evenwicht worden gebracht met de eisen van een effectieve rechtshandhaving.⁴⁷ In dit artikel wordt echter een andere lijn gevolgd. Daarover gaat de volgende paragraaf.

4.3. De (onvolkomen) netwerkstructuur van de Europese Unie

Het is precies het systeem van indirecte handhaving geweest dat heeft geleid tot een sterke opkomst van Europese netwerken waarin in toenemende mate ook handhavingskwesties aan de orde komen.⁴⁸ Dat heeft uiteraard te maken met de tweede pijler waarop het systeem van indirecte handhaving is gebaseerd: de verplichting tot loyale samenwerking (art. 4 lid 3 VEU). Terugkomend op het voorbeeld van het consumentenrecht kan worden gewezen op het netwerk van consumententoezichthouders,⁴⁹ dat het beginsel van loyale samenwerking invult

via voorschriften op het vlak van informatie-uitwisseling, operationele samenwerking en interstatelijke coördinatie van handavingsinspanningen, inclusief sanctionering.⁵⁰ In dergelijke netwerken kunnen zaken over de lidstaten worden verdeeld. Vaak blijft daarbij voor ‘outsiders’⁵¹ enigszins onduidelijk wat de begin- en eindtermen voor dergelijk overleg zijn.⁵² Hetzelfde geldt voor de besluitvormingsprocedures of -criteria. Maar ook al hebben dergelijke netwerken daardoor het karakter van een *black box*, waardoor nog maar moet worden afgewacht welk land zal gaan vervolgen, ze illustreren ook dat de transnationale rechtshandhaving wel degelijk als een gezamenlijke verantwoordelijkheid wordt gezien,⁵³ waarvoor, vaak op de grondslag van art. 114 VWEU, de benodigde structuren zijn gecreëerd. Die structuren maken onderlinge afstemming en coördinatie mogelijk. Zo wordt in het verslag van de Commissie over de toepassing van Verordening (EG) nr. 2006/2004 melding gemaakt van een samenwerking tussen de Spaanse en Franse autoriteiten waardoor in april 2008 87 personen worden gearresteerd en een einde kon worden gemaakt aan een vanuit Spanje opgezette loterijzwendel.⁵⁴ Het lijkt mij vervolgens van tweeën een te zijn: waar dergelijke netwerken een forum bieden om jurisdictieconflicten te voorkomen, moet ook worden erkend dat een mislukte coördinatie (of zelfs een totaal gebrek daaraan) niet ten laste van de burger kan komen.

Nu zijn dergelijke netwerken vaak georganiseerd langs organieke lijnen: bestuursrechtelijke autoriteiten werken met elkaar samen, terwijl de strafrechtelijke autoriteiten hun eigen netwerken hebben.⁵⁵ Dat zou tot een beperking van de onverkorte toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel kunnen dwingen. Het kan dan immers niet worden uitgesloten dat ondanks de netwerkstructuur de bevoegde autoriteiten elkaar niet bereiken. Verordening (EG) nr. 2006/2004 bepaalt ter zake in art. 2 lid 3 enkel dat die verordening de toepassing van justitiële samenwerking in strafzaken onverlet laat.⁵⁶ In dergelijke gevallen kan

44 *Supra* noot 13.

45 Dat komt, omdat verplichte strafrechtelijke handhaving bestuursrechtelijke handhaving niet uitsluit; vgl. de preambule, onder 8, van Richtlijn 2009/123/EG tot wijziging van Richtlijn 2005/35/EG inzake verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties voor inbreuken, *PbEU* 2009, L 280/52.

46 A-G Sharpston in HvJ EG 28 september 2006, zaak C-467/04 (*Gasparini*), *Jur.* 2006, p. I-9199, para 84.

47 Om die reden volg ik ook niet de kritiek dat het Hof van Justitie in zijn Schengenjurisprudentie *ne bis in idem* heeft gereduceerd tot een kwestie van vrij verkeer; vgl. R. Löff, ‘54 CISA and the Principles of *ne bis in idem*’, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (15) 2007, p. 324-325. Het *ne bis in idem*-beginsel heeft, zo hoop ik hieronder aan te tonen, een eigen plaats en betekenis. Omgekeerd kan het vrij verkeer, anders dan *ne bis in idem*, ook in het geding zijn wanneer één dader meerdere strafbare feiten pleegt of meerdere daders één strafbaar feit. Het gaat dus om leerstukken die elkaar slechts ten dele overlappen.

48 Voor een prachtig voorbeeld op het vlak van het financieel toezicht (de CITI Group-affaire) leze men P. De Sousa Mendes, ‘Was tun im Falle von transnationalem Marktmissbrauch? – Der Fall Citigroup’, *ZIS* 2009, p. 55-58, en Verordening (EU) nr. 1095/2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten/ESMA), *PbEU* 2010, L 331/84. Verder kan worden gewezen op – uiteraard – Eurojust, maar ook op het net opgerichte Eurofisc, zie Verordening (EU) nr. 904/2010 betreffende de administratieve samenwerking en de bestrijding van fraude op het gebied van de belasting over de toegevoegde waarde, *PbEU* 2010, L 268/1.

49 Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende de samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming, *PbEU* 2004, L 364/1.

50 Zie in het bijzonder art. 9 van de verordening, nader uitgewerkt in een Beschikking van de Commissie, *PbEU* 2007, L 132/192.

51 Dus iedereen die er niet aan deelneemt, inclusief de verdachte, maar ook andere overheidsorganen met een taak op het vlak van de rechtshandhaving (bijvoorbeeld een Openbaar Ministerie).

52 Met begintermen bedoel ik de voorwaarden waaronder zaken bij de netwerken moeten worden aangemeld, met eindtermen tot welke uitkomsten dat overleg kan leiden, meer in het bijzonder hoe zaken over de lidstaten worden verdeeld.

53 Vgl. A-G Bot spreekt in zijn conclusie in de zaak *Wolzenburg* over een hoofdelijke aansprakelijkheid van de lidstaten; zie zaak C-123/08 (*Wolzenburg*), para 105.

54 COM(2009)336, p. 10.

55 Vgl. M.J.P. Luchtman, *Grensoverschrijdende sfeercumulatie: over de handhavingssamenwerking tussen financiële toezichthouders, fiscale autoriteiten en justitiële autoriteiten in EU-verband*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 651-656.

56 Omgekeerd besteedt het (gewijzigde) Eurojust-besluit aan de samenwerking met bestuursrechtelijke netwerken geen aandacht; zie Besluit 2009/426/JBZ, *PbEU* 2009, L 138/14.

hoogstens via de vertegenwoordiger van de lidstaat die wel in het netwerk zitting heeft, de andere betrokken nationale autoriteit worden bereikt.⁵⁷ Ervan uitgaande dat de bestuursrechtelijke autoriteiten, als toezichthouder op het betrokken terrein, doorgaans als eerste van misstanden op de hoogte raken, zullen in het overgrote deel van de gevallen de bestuursrechtelijke netwerken zo de strafrechtelijke autoriteiten aansturen. De deelnemers aan zo'n netwerk kunnen afspreken wie van hen 'zijn' OM of politie inschakelt. Zo bepalen zij – in plaats van bijvoorbeeld Eurojust – feitelijk welk land strafrechtelijk zal vervolgen.⁵⁸ Die gang van zaken kan enerzijds worden gezien als praktisch, anderzijds roept ze ook vragen op over de controleerbaarheid ervan.

De *huidige* netwerkstructuur dicht dus niet alle gaten (positieve en negatieve jurisdictieconflicten) die in het Europese systeem van indirecte handhaving kunnen voorkomen. Interstatelijke coördinatie van handhavingsspanningen is *de lege lata* niet altijd mogelijk. Dat probleem speelt met name op het raakvlak van straf- en bestuursrechtelijke handhaving en kan een argument zijn tegen de onverkorte toepassing van het beginsel buiten de context van Schengen. Dwingend is die conclusie echter niet. Hier kunnen twee zienswijzen worden onderscheiden die beide het rechtszekerheidsbeginsel tot uitgangspunt nemen.

Enerzijds kan worden betoogd dat juist het huidige wetgevende kader (inclusief zijn beperkingen) de betrokkene in staat stelt zich een oordeel te vormen over wat hij mag verwachten als hij voor een bepaald feit wordt vervolgd. Als de toepasselijke instrumenten aangeven dat – bijvoorbeeld – de samenwerking in strafrechtelijke zaken door een verordening onaangetast blijft,⁵⁹ of dat in een bepaalde richtlijn of verordening geen strafrechtelijke sancties worden voorgeschreven,⁶⁰ of dat – omgekeerd – een instrument inzake strafrechtelijke samenwerking niet van toepassing is op bijvoorbeeld het mededingingsrecht,⁶¹ zou daaruit kunnen worden afgeleid dat het beroep van die betrokkene op het vertrouwen dat hij niet nogmaals wordt vervolgd, wat dat betreft niet opgaat. Dat heeft de wetgever nu juist vooraf uitgesloten.

Anderzijds kan ook worden gesteld dat de mate waarin de wetgever actief is geworden, c.q. de keuzes die hij daarbij heeft gemaakt, niet doorslaggevend mag zijn. In deze tweede lezing wordt het rechtszekerheidsbeginsel niet begrensd door wat de wetgever feitelijk heeft gedaan of nagelaten, maar wat deze heeft kunnen doen. Deze lezing wordt hier verdedigd. Voor de onderbouwing daarvan moet worden gewezen op de ratio van de inhoudelijke gelijkschakeling van art. 6 EVRM en art. 4 P7 EVRM. Waar het EHRM de punitieve tak van art. 6 EVRM autonoom definieert teneinde de toepassing van

de verdragswaarborgen niet afhankelijk te doen zijn van het handelen van de wetgever,⁶² ligt het voor de hand om, op grond van datzelfde argument, aan art. 4 P7 EVRM dezelfde invulling te geven, ook al verwijst de tekst van dat artikel, net als art. 50 Handvest, uitdrukkelijk naar 'strafrechtelijke procedures'.

4.4. *Het ne bis in idem-beginsel als bouwsteen van de meerlagige Europese rechtsorde*

In de zojuist ontwikkelde gedachtegang zou art. 50 Handvest van toepassing zijn op alle punitieve sancties, ongeacht of het gaat om bestuursrecht of strafrecht, of om de toepassing in een nationale context of transnationaal. Er zou mee worden benadrukt dat ook in een systeem van indirecte handhaving de gevolgen van de (nationale) keuze voor een bepaald handhavingssysteem niet volledig tot de 'vrije ruimte' van de lidstaten behoren, maar door rechtsbeginselen worden genormeerd. Ze brengt immers mee dat de lidstaten niet met een beroep op die keuzeruimte de samenwerking met andere lidstaten kunnen blokkeren en zo ook de rechtspositie van de burger door meervoudige bestraffing voor hetzelfde feit kunnen uithollen. Daarmee haalt men de tweede pijler van het systeem van indirecte handhaving – loyale samenwerking – onderuit. Het voordeel van de hier gekozen benadering is bovendien dat ze aansluit bij een criterium waarover op Europees niveau meer overeenstemming bestaat dan over wat tot het strafrecht *sensu stricto* behoort en wat niet. Het *criminal charge*-begrip moet autonoom worden ingevuld.

Tegelijk moet wel onder ogen worden gezien dat, ook al gelden de rationes achter het *ne bis in idem*-beginsel onverkort in een transnationale context, het systeem van bevoegdheidstoedeling in de EU wezenlijk verschilt van de nationale context. Daarop werd hierboven ook al gewezen. De nationale wetgever heeft *Kompetenz-Kompetenz*; de Europese wetgever niet, ook al zijn de grenzen van art. 114 VWEU lastig aan te geven. De bevoegdheden van de EU zijn beperkt. Op een terrein dat valt buiten die bevoegdheden brengt die beperking dan met zich dat de EU de betrokkene die al een keer is berecht niet de zekerheid kan bieden dat deze niet nogmaals door een andere rechtsorde wordt vervolgd. Omgekeerd kan in zo'n geval de EU ook niet bewerkstelligen dat de rechtsorde die de betrokkene wil vervolgen rekening houdt met de omstandigheid dat een andere rechtsorde mogelijk ook een vervolgingsbelang heeft. De rechtszekerheid vindt dus haar begrenzing waar deze door de EU niet meer *kan* worden geboden. Het institutionele (en niet het geldende wettelijke) raamwerk is daarvoor bepalend.

57 Terecht hebben de Nederlandse Consumentenautoriteit en het OM afspraken gemaakt met het oog op de onderlinge verdeling van werkzaamheden op dit vlak, zie de bijlage bij *Kamerstukken I 2008/09*, 30 928, G.

58 Dat gebeurde bijvoorbeeld in de hierboven genoemde *CITI Group*-zaak, *supra* noot 48.

59 Vgl. art. 2 lid 3 Verordening (EG) nr. 2006/2004.

60 Vgl. art. 23 lid Verordening (EG) nr. 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2003, L 1/1.

61 Vgl. art. 2 lid 2 Kaderbesluit 2009/948/JBZ over het voorkomen en beslechten van geschillen over de uitoefening van rechtsmacht bij strafprocedures, *PbEU* 2009, L 328/42.

62 *Supra* noot 43.

Hoewel het Hof zelf dat niet met zoveel woorden zegt, kan vanuit dit gezichtspunt mogelijk de ogenschijnlijk wat formalistische rechtspraak van het Hof van Justitie op het vlak van het mededingingsrecht worden verklaard. Het zou in het bijzonder kunnen verklaren waarom het Hof bij zijn uitleg van het feitbegrip in het mededingingsrecht ook het beschermde rechtsgoed in de beoordeling meeneemt,⁶³ terwijl het daarvan afziet in zijn jurisprudentie ex art. 54 SUO.⁶⁴ Weliswaar zijn nationaal mededingingsrecht en Europees mededingingsrecht tegenwoordig nog nauwelijks van elkaar te scheiden, dat laat onverlet dat ze vanuit institutioneel oogpunt wel degelijk moeten worden onderscheiden.⁶⁵ Het gebruik van de term 'rechtsgoed' dient dan ertoe de toepassing van het EU-mededingingsrecht te onderscheiden van die van de lidstaten en van derde landen. Juist omdat het *ne bis in idem*-beginsel geen wettelijke uitwerking heeft gevonden in het mededingingsrecht, maar als beginsel de acties van de autoriteiten normeert, is het nodig deze beperking aan te brengen. In de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid daarentegen is door de bewoordingen en context van art. 54-58 SUO duidelijk dat het beginsel (alleen) moet worden toegepast in de transnationale verhoudingen van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Aan een afgrenzing ten opzichte van het Europese niveau (die in het strafrecht ontbreekt) of derde staten is geen behoefte, omdat de genoemde artikelen daarop geen betrekking hebben. Aldus gezien is de discrepantie tussen beide jurisprudentielijnen niet groot of mogelijk zelfs afwezig.

Waarover moet die institutionele bevoegdheid van de EU zich dan uitstrekken? Vooreerst moet worden opgemerkt dat met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon de EU niet alleen de bevoegdheid bezit om de lidstaten tot bestuursrechtelijke sanctiëring te dwingen, maar dat ze hetzelfde kan doen wat betreft de strafrechtelijke sanctiëring van EU-beleid (art. 83 lid 2 VWEU). De procedure die dan moet worden gevolgd is gelijk aan die voor de vaststelling van de betrokken harmonisatiemaatregelen. In art. 81 lid 1 sub d VWEU is bovendien te lezen dat de EU zichzelf tot taak heeft gesteld (strafrechtelijke) jurisdictieconflicten op te lossen.⁶⁶

De EU beschikt dus niet alleen over de bevoegdheid om de materiële gedragsnormen te definiëren, maar kan de lidstaten ook dwingen tot handhaving daarvan en kan zelfs de handhavingsmodaliteiten voorschrijven. Die voorschriften worden doorgaans uitgevaardigd om de

werking van de interne markt in evenwicht te brengen met andere daarmee conflicterende doeleinden van algemeen belang. Zo is wetgevend ingrijpen een eerste stap in het creëren van een gelijk speelveld. Waar het vervolgens op aankomt, is of de EU ook de onvermijdelijke jurisdictieconflicten op het raakvlak van de straf- en bestuursrechtelijke handhaving kan normeren. Een ontkennde beantwoording van die vraag is moeilijk te aanvaarden. Het zou betekenen dat, na de fase van omzetting van dat EU-recht, de EU bij de wetsuitvoering en de rechtshandhaving moet aanvaarden dat de lidstaten ieder hun eigen weg gaan, met evenzovele jurisdictieconflicten als gevolg. Dat ondermijnt de werking van dat gelijke speelveld net zozeer als uiteenlopende nationale regelgevende kaders en valt daarmee evengoed onder de werking van (in dit geval) art. 114 VWEU.

Bovendien lijkt het ontkennen van het bestaan van zo'n bevoegdheid niet in overeenstemming met de praktijk, al laat die juist op dit terrein een grote diversiteit aan oplossingen zien.⁶⁷ Een voorbeeld van een terrein waar het Europese recht in vrij vergaande mate ook de taken op het vlak van de rechtshandhaving over de lidstaten verdeelt (en zo de kans op jurisdictieconflicten en eenvoudige bestraffing tegengaat) is te vinden in het financiële recht. Daar is op de voet van art. 47 lid 2 EG (oud) het toezicht op beleggingsondernemingen in vergaande mate een Europese aangelegenheid geworden. Weliswaar zijn de lidstaten verantwoordelijk voor de rechtshandhaving, de EU heeft hier een grote invloed. In het door de Richtlijn 2004/39/EG (MiFID-richtlijn) opgetuigde systeem is de lidstaat van herkomst niet alleen exclusief bevoegd tot het verlenen van een vergunning tot toegang tot de Europese markt (de *European license*), maar, als het gaat om het grensoverschrijdend verlenen van diensten of het opereren vanuit bijkantoren in andere lidstaten, in beginsel ook belast met het toezicht op de naleving en de sanctiëring.⁶⁸ Die werkzaamheden worden vanuit de ESMA ondersteund.⁶⁹

De MiFID-richtlijn laat de lidstaten de keuze hoe zij overtredingen van de gedragsnormen wensen te bestraffen. Toch zal in dat systeem, als een lidstaat kiest voor strafrechtelijke handhaving, de nationale strafrechtspleging die Europese bevoegdheidsverdeling niet kunnen doorkruisen. De lidstaat van ontvangst zal niet door inschakeling van zijn Openbaar Ministerie opeens bevoegd worden in een zaak waarvoor de richtlijn de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst aanwijst. Daarmee

63 Vgl. HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P e.a. (*Aalborg Portland A/S e.a./Commissie*), *Jur.* 2004, p. I-123, para 338: 'Wat de eerbiediging van het beginsel non bis in idem betreft, zij eraan herinnerd dat de toepassing van dit beginsel afhankelijk is van de drievoudige voorwaarde dat de feiten, de overtreder en het beschermde rechtsgoed dezelfde zijn.' Onder de nieuwe Verordening (EG) nr. 1/2003 en ondanks de koerswijziging van het EHRM in *Zolotukhin* herhaald in GvEA EG 1 juli 2009, zaak T-24/07 (*ThyssenKrupp Stainless AG*), para 179.

64 Vgl. recent nog HvJ EU 16 november 2010, zaak C-261/09 (*Gaetano Mantello*), para 39: 'In het kader van [art. 54 SUO] is dat begrip [dezelfde feiten] aldus uitgelegd dat het alleen betrekking heeft op de feiten zelf en een geheel van onlosmakelijk met elkaar verbonden concrete omstandigheden omvat, ongeacht de juridische kwalificatie van deze feiten of het beschermde rechtsbelang.'

65 Het nationale mededingingsrecht is immers als zodanig geen bevoegdheidsterrein van de EU. Op het terrein van het Europese mededingingsrecht is de EU juist exclusief bevoegd (art. 3 lid 1 onder b VWEU). Daaraan doet niet af dat de EU de handhaving van dit rechtsgebied inmiddels grotendeels heeft 'gedeconcentreerd'. Hierover ook Van Bockel 2010, p. 139 e.v.; Brammer 2008, p. 359 e.v.

66 Zie hierover ook Luchtman 2011.

67 Voor een aantal voorbeelden op zeer uiteenlopende terreinen leze men Keessen 2009 en P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: WODC 2008, i.h.b. p. 337 e.v.

68 Zie daarvoor bijvoorbeeld de preambule, overweging 32 ('de lidstaat van herkomst [is] verantwoordelijk voor de vergunningverlening, het toezicht en de handhaving van de verplichtingen'), en art. 31, 32 (i.h.b. lid 7) en 62, van de MiFID-richtlijn, *PbEU* 2004, L 145/1.

69 Zie ook noot 48.

zou dat systeem immers worden ondergraven. In die zin heeft deze bevoegdheidsregeling ook gevolgen voor de strafrechtelijke handhaving in de vorm van een negatieve verplichting om dit systeem niet met strafrechtelijke maatregelen te doorkruisen. Het komt mij voor dat als dat op het vlak van de nationale strafrechtspleging tot problemen leidt, aanvullende wetgevende maatregelen op de voet van – bijvoorbeeld – art. 83 lid 2 (harmonisatie van materieel strafrecht, inclusief jurisdictierecht), art. 85 (Eurojust) en/of zelfs art. 86 (Europees openbaar ministerie) VWEU nodig zijn. Maar hoe men het draait of keert, feit is dat de verdragen de EU het institutionele kader bieden om dergelijke jurisdictieconflicten op te lossen en dat dit in de praktijk ook wordt erkend. Dat dit kader niet altijd wordt gebruikt, is een andere zaak.

4.5. Conclusie

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat art. 50 Handvest en de toelichting erop aldus moeten worden verstaan dat het *ne bis in idem*-beginsel, in aanvulling op zijn gelding in de nationale rechtsordes, niet alleen de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid (dus het strafrecht *sensu stricto*), maar ook de interne markt normeert. Het is in dat kader van toepassing op alle punitieve sancties. Die ruime, autonome uitleg stelt het genot van de verdragsvrijheden op het Europese territorium voorop en voorkomt dat dat genot door wetgevend ingrijpen (of juist stilzitten) op Europees of nationaal niveau wordt gefrustreerd. In zekere zin staan we nu in de Europese Unie dus voor een herhaling van het debat dat zich ook in de nationale context afspeelde. Nu de Europese Unie ook het strafrecht tot haar beleidsterreinen mag rekenen, kan de gevolgtrekking dat het *ne bis in idem*-beginsel alleen het strafrecht *sensu stricto* normeert eigenaardige gevolgen hebben. Aangezien het aan de (nationale en in toenemende mate de Europese) wetgever is om te kiezen hoe men een uit het Europese recht afkomstige norm handhaaft, zou dit beginsel, mogelijk zelfs doelbewust, eenvoudig buitenspel kunnen worden gezet. In het licht van de vrijheden is die lezing moeilijk te aanvaarden. Ze draait immers het uitgangspunt om: in plaats van dat de overheid motiveert waarom een beperking van die vrijheden nodig is en daarover controle kan worden uitgeoefend, komt haar de exclusieve beslissingsmacht toe. Als we aanvaarden dat de EU de bevoegdheid toekomt om interstatelijke bevoegdheidsconflicten te normeren, behoeven beperkingen van de verdragsvrijheden een bijzondere rechtvaardiging. Het feit dat de Europese en nationale wetgevers niet hebben voorzien in afdoende samenwerkings- en coördinatiemechanismen kan naar mijn mening niet als een dergelijke rechtvaardiging worden beschouwd. Ze zijn daartoe namelijk wel bevoegd.

5. De grenzen van het transnationale *ne bis in idem*-beginsel

5.1. De beperkingssystematiek van het Handvest

Er passen nog een paar opmerkingen over twee mogelijke grenzen van een transnationaal *ne bis in idem*-beginsel. Die zijn ten eerste gelegen in art. 52 lid 1 Handvest, waarin is bepaald dat op de uitoefening van grondrechten onder omstandigheden uitzonderingen mogen worden aanvaard. Die uitzonderingen moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Ze moeten verder het evenredigheidsbeginsel respecteren. In de toelichting bij het Handvest wordt gesteld dat de beperkingen op het *ne bis in idem*-beginsel in bijvoorbeeld art. 55 SUO onder dit artikel kunnen worden gebracht.⁷⁰

Het is voorstelbaar dat van deze beperkingsbevoegdheid gebruik gaat worden gemaakt, als de toepasselijkheid van *ne bis in idem*-beginsel op alle punitieve sancties wordt erkend. Zeker als het Hof van Justitie – en dat lijkt mij aannemelijk – in dat geval zou blijven vasthouden aan het ruime feitbegrip dat het nu gebruikt onder art. 54-58 SUO,⁷¹ kunnen zich bij een onverkorte werking van het beginsel ongewenste situaties voordoen. Dan kan het bijvoorbeeld voorkomen dat een bepaald feitencomplex dat in staat A ernstige fraude oplevert in staat B eerder is afgedaan als een eenvoudige administratieve onregelmatigheid. Een dergelijke praktijk zal bovendien forumshopping door verdachten in de hand werken. Deze laten zich dan bestraffen in het land met de lichtste sancties en zijn daarna bevrijd van verdere zorgen.

Het is mede om deze reden waarom sommige landen de onverkorte gelding van het *ne bis in idem*-beginsel op alle punitieve sancties zelfs in de nationale context problematisch vinden. Duitsland heeft bijvoorbeeld bij art. 4 P7 EVRM (dat voor Duitsland overigens niet in werking trad) een voorbehoud gemaakt, waarin het de reikwijdte van dat artikel beperkt tot het strafrecht *strictu sensu*. Ook art. 103 van de Duitse grondwet is daartoe beperkt.⁷² In de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursstrafrecht hanteert Duitsland het beginsel van de '*Vorrang des Strafverfahrens*'. Ten opzichte van het bestuursstrafrecht gaat het strafrecht voor. Als bijvoorbeeld al eerder een bestuursrechtelijke geldelijke sanctie werd opgelegd, verhindert dat, tenzij er inmiddels ook een onherroepelijk rechterlijk oordeel over de boetebeschikking is, niet de start van een tweede strafrechtelijke procedure. Dan wordt het reeds betaalde bedrag met een latere strafrechtelijke sanctie verrekend (*Anrechnung*).⁷³

Gelet op hetgeen het Hof daarover in de zaak *Brügge en Gözütok* opmerkte, ligt het in de verwachting dat het een dergelijk systeem op Europees niveau niet zonder slag

70 *PbEU* 2007, C 303/17, p. 31.

71 *Zie supra* noot 64.

72 Kniebühler 2005, p. 32.

73 *Zie Kniebühler* 2005, p. 249-250; Luchtman 2007, p. 293-294, met verdere verwijzingen.

of stoot zal aanvaarden. Als de voorgaande overwegingen zouden leiden tot beperkingen van het beginsel in de transnationale context zou immers, zoals het Hof ten aanzien van art. 54 SUO overwoog, het beginsel ‘enkel toepasselijk [zijn] op beslissingen tot beëindiging van strafvervolging die zijn genomen door een rechterlijke instantie of in de vorm van een vonnis,’ waardoor ‘het in dit artikel neergelegde beginsel *ne bis in idem* en daarmee het vrije verkeer dat door deze bepaling moet worden vergemakkelijkt, alleen ten goede komen aan verdachten die zich schuldig hebben gemaakt aan strafbare feiten waarvoor wegens de ernst ervan of de sancties die erop zijn gesteld, geen beroep kan worden gedaan op de vereenvoudigde afwikkeling van bepaalde strafzaken zoals die plaatsvindt in een procedure tot beëindiging van strafvervolging als aan de orde in de hoofdzaken’.⁷⁴

Daarbij komt dan nog dat op Europees niveau niet duidelijk kan worden gedefinieerd wat precies onder een ‘Strafverfahren’ moet worden verstaan. In Duitsland hebben we het dan over de procedure ingeleid door het OM, die – in de regel – de zaak voor de strafrechter brengt. In andere landen kunnen bestuursorganen in de strafrechtspleging een vergelijkbare rol innemen. Aan hen komt dan de taak toe van het OM. Maar dan worden de gedachten achter dat voorrangsbeginsel – voorrang voor de zwaardere procedure vanwege de ernst van de achterliggende feiten⁷⁵ – niet zonder meer nog waargemaakt, terwijl aldus wel een substantiële inbreuk op de reikwijdte van het *ne bis in idem*-beginsel zou worden aanvaard.

Het moet dus worden toegegeven dat de onverkorte gelding van het *ne bis in idem*-beginsel tot problemen kan leiden. Uitzonderingen kunnen daarom nodig zijn, bijvoorbeeld als blijkt dat de eerste procedure oneerlijk is geweest of als nieuw bewijsmateriaal wordt ontdekt. Hoe dit ook zij, op dit moment is de precieze invulling van deze denkoefening nog niet het meest wezenlijke punt. Dat punt lijkt mij te zijn dat met de aanvaarding van het *ne bis in idem*-beginsel de bal weer op het bord van de wetgever wordt gelegd. Als deze beperkingen van het beginsel wenst is het aan hem om daaraan invulling te geven, maar zulks dan wel met inachtneming van de eisen van art. 52 lid 1 Handvest.

5.2. De grenzen van het Grondrechtenhandvest

In het voorgaande ging het om de toepasselijkheid van art. 50 Handvest op situaties waarin duidelijk is dat de autoriteiten van de lidstaten Unierecht uitvoeren. Dan is immers buiten redelijke twijfel dat het Handvest toepasselijk is (vgl. art. 51 lid 1 Handvest).⁷⁶ Daarom werd herhaaldelijk verwezen naar het consumentenrecht en het financiële toezicht. Op beide terreinen oefent het Europese recht grote invloed uit en is de bevoegdheid van de

lidstaten dienovereenkomstig beperkt. Maar gelden de bovenstaande conclusies ook wanneer slechts een van beide staten Unierecht uitvoert? Of wanneer geen van beide staten Unierecht uitvoert, maar de betrokkene zich door de meervoudige sanctionering toch in zijn bewegingsvrijheid beperkt weet? Of wanneer beide lidstaten bezig zijn met de uitvoering van verschillende terreinen van Unierecht?

Het probleem dat in dergelijke gevallen rijst, kan opnieuw worden geïllustreerd met een verwijzing naar de tenuitvoerlegging van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen die richtlijn privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk te handhaven. De richtlijn is niet omgezet in strafbepalingen. Dat laat echter onverlet dat oneerlijke handelspraktijken, zoals gedefinieerd in de richtlijn, bijna automatisch ook een strafrechtelijke connotatie hebben, waarbij kan worden gedacht aan *commune delicten* als valsheid in geschrift (art. 225 Sr), verkopersbedrog (art. 329 Sr) of mishandeling (art. 300 Sr).⁷⁷ Als Nederland nu een persoon op grond van deze bepalingen zou vervolgen, terwijl die persoon in een ander land daarvoor op de voet van wetgeving ter uitvoering van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken al beboet is, is art. 50 Handvest dan toepasselijk? In dergelijke gevallen staat immers nog niet zonder meer vast dat Nederland, in een strikte interpretatie van art. 51 lid 1 Handvest althans, Unierecht heeft uitgevoerd. De betrokkene wordt vervolgd op basis van artikelen die niet direct dienen tot omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en bovendien een veel breder bereik hebben.⁷⁸

Omdat de onduidelijkheid omtrent de interpretatie van art. 51 lid 1 Handvest een onderwerp is dat het onderwerp van deze bijdrage te buiten gaat, wil ik hierop niet verder ingaan. Het probleem schuilt immers niet zozeer in de omstandigheid dat de hierboven ontwikkelde redenering niet meer opgeld zou doen, maar in de interpretatie van art. 51 lid 1 Handvest zelf. Zodra men dit artikel zou uitleggen in overeenstemming met 's Hof's bestaande jurisprudentie dat ook nationaal handelen dat binnen de werkingssfeer van het Unierecht komt aan de grondrechten mag worden getoetst, lijken de meeste problemen opgelost. Waar men dan nog moet erkennen dat de EU ter zake geen bevoegdheden heeft, zouden de ongewenste gevolgen van een dubbele bestraffing kunnen worden gecompenseerd via een op billijkheidsoverwegingen gestoelde bevoegdheid tot matiging van de sanctie.⁷⁹

6. Slotbeschouwing

In deze bijdrage is verdedigd dat het in art. 50 Handvest verwoorde *ne bis in idem*-beginsel zo moet worden uitge-

74 HvJ EG 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01 (*Brügge en Gözütok*), *Jur.* 2003, p. 1-5689, para 40.

75 Vgl. Kniebühler 2005, p. 32.

76 *Supra* noot 29.

77 Vgl. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 9.

78 De vraag of hier mogelijk sprake is van impliciete omzetting laat ik rusten.

79 Vgl. HvJ EG 13 februari 1969, zaak 14/68 (*Walt Wilhelm/Bundeskartellamt*), *Jur.* 1969, p. 1.

legd dat het toepasselijk is op alle punitieve sancties die ter uitvoering van EU-recht worden opgelegd, ongeacht of het gaat om straf- dan wel bestuursrechtelijke sancties, en ongeacht of het gaat om nationale, dan wel transnationale feitenconstellaties. Dat heeft in potentie verreikende gevolgen voor wat de organisatie van de transnationale rechtshandhaving zou kunnen worden genoemd. Dat hangt samen met de omstandigheid dat *ne bis in idem* tot gevolg heeft dat de autoriteit die het eerst komt, ook het eerst maalt. Het kan leiden tot een herhaling van het debat dat ook in het kader van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht wordt gevoerd. Tegelijk zal het dat debat compliceren. Een bepaling als art. 2 lid 2 van het Kaderbesluit voorkoming jurisdictiegeschillen,⁸⁰ waarin staat dat het kaderbesluit niet van toepassing is op procedures die vallen onder Verordening (EG) nr. 1/2003, zal bijvoorbeeld niet meer volstaan.

De toepasselijkheid van het beginsel heeft dus in potentie grote gevolgen. Veel hangt daarbij af van de uitleg die wordt gegeven aan sleutelconcepten als ‘bis’ en ‘idem’. Die kwesties bleven in deze bijdrage noodgedwongen wat aan de zijlijn. Het lijkt mij evenwel voor de hand te liggen dat ook voor wat betreft het feitsbegrip van art. 50 Handvest een autonome, materiële uitleg is aangewezen. Dat is niet noodzakelijk het geval voor het begrip ‘bis’, waarover het Hof onlangs uitspraak deed in de zaak *Mantello*.⁸¹ Uit die uitspraak komt naar voren dat het niet zonder meer in strijd met *ne bis in idem* is om een onderzoek om tactische redenen op te knippen en op verschillende momenten aan te brengen. Dat geldt zelfs als belangrijk bewijsmateriaal ten tijde van de eerste vervolging al in handen van de autoriteiten was. Of er in zo’n geval sprake is van een ‘bis’, is een zaak die dan naar nationaal recht wordt bepaald.

In welke richting zou het debat kunnen gaan als het beginsel inderdaad op de hier verdedigde manier moet worden uitgelegd? Het *ne bis in idem*-beginsel brengt niet met zich dat vooraf duidelijk moet zijn welke autoriteit tot bestraffing bevoegd is.⁸² Het hoeft niet te leiden tot een harmonisatie van jurisdictierecht. Het *ex post*⁸³ registreren en aanwijzen van de bevoegde autoriteit volstaat ook en biedt meer flexibiliteit. Mijn inschatting is dan ook dat een transnationale toepassing van *ne bis in idem* vooral de rol van netwerken bij de onderlinge afstemming van punitieve-sanctieonderzoeken enorm zal bevorderen. Netwerken van toezichthouders en justitiële autoriteiten zullen dan, voor zover ze dat niet al zijn, in toenemende mate betrokken raken bij de coördinatie van operationele acties.

Tegelijk zal het debat niet meer per beleidsterrein afzonderlijk kunnen worden gevoerd. Het lijkt mij onvermijdelijk dat de onderlinge verhoudingen tussen de verschillende netwerken – bijvoorbeeld tussen het ECN en Eurojust (en daarmee het mededingingsrecht én het strafrecht) – in het geheel moeten worden betrokken. Dat kan leiden tot vele verschillende uitkomsten. Denkbaar is bijvoorbeeld een Europese *una via*-voorziening (vgl. art. 5:44 Awb en art. 243 Sv), maar ook een verdergaande optie waarin de verantwoordelijke autoriteiten gezamenlijk beslissen wie van hen de betrokkene zal vervolgen. Zelfs is voorstelbaar de minimale optie dat alleen in wederzijdse kennisgevings- en consultatieplichten wordt voorzien, zoals dat nu gebeurt onder het voornoemde kaderbesluit.⁸⁴ Die laatste optie zal uiteindelijk evenwel ontoereikend blijken om de ongewenste gevolgen van een *ne bis in idem*-beginsel te keren. Kennisgeving alleen verhindert immers niet dat een staat (als eerste) een vervolging start en afrondt.

Ten slotte, *ne bis in idem* kan ook een nieuwe impuls geven aan de discussie omtrent de institutionele inbedding van dergelijke rechtshandavingsnetwerken. Als ik het wel heb, richt die discussie zich momenteel sterk op het ‘hoe en waarom’ van transparantie en verantwoording door die netwerken die functioneren in de toch wat unieke institutionele structuur van de Europese Unie. Naarmate het coördineren van punitieve sancties meer tot hun taak wordt gerekend, rijst echter de vraag of de discussie daartoe kan worden beperkt. Weliswaar zullen het in veel gevallen formeel de autoriteiten van de lidstaten (en niet het netwerk zelf) zijn die beslissen of zij een punitief onderzoek starten of niet, dat laat onverlet dat binnen die netwerken, bij het maken van de keuze welke lidstaat vervolgt en welke niet, de rechtspositie van de verdachte in belangrijke mate wordt bepaald. De rechtssystemen van de lidstaten laten immers grote verschillen zien. Of de verdachte in staat X of Y wordt berecht, is voor hem dus van groot belang.⁸⁵ Tegelijkertijd is hij nauwelijks in staat te beoordelen wat er in die netwerken gebeurt.⁸⁶ Soortgelijke opmerkingen gelden ten aanzien van andere ‘outsiders’: als binnen een netwerk van toezichthouders bijvoorbeeld wordt bepaald dat staat A, dan wel staat B een zaak opneemt, wordt indirect ook de positie van de betrokken strafvorderlijke autoriteiten aldaar geraakt (als die landen tenminste strafrechtelijk handhaven). Het gaat dan niet alleen meer om de legitimiteit van die netwerken en hun werkzaamheden, maar ook om de legaliteit daarvan.⁸⁷ Die vraag wint aan belang naarmate de rol van netwerken groter wordt.

80 *Supra* noot 61.

81 HvJ EU 16 november 2010, zaak C-261/09 (*Gaetano Mantello*).

82 Zie paragraaf 2.

83 Dat wil zeggen: nadat het straf- of beboetbare feit is geconstateerd.

84 Zie verder M. Luchtman, ‘De normering van de strafrechtelijke forumkeuze in de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid’, *DD* 2009, p. 945-951.

85 Vgl. Luchtman 2011, met verdere verwijzingen.

86 Paragraaf 4.2.

87 Vgl. Kristen, p. 339-341, in: Kristen e.a. (eds.) 2011. Kristen behandelt vooral het materieel-strafrechtelijke legaliteitsbeginsel. Soortgelijke opmerkingen zijn te maken over het formeelrechtelijke legaliteitsbeginsel. Vgl. ook M. Busuioc, *The Accountability of European Agencies – Legal Provisions and Ongoing Practices*, Delft: Eburon 2010, p. 35-49, die het verschil tussen legitimiteit en legaliteit verwoordt in termen van ‘*accountability*’ versus ‘*control*’.