

ANNOTATIE

# **WS (HvJ EU, zaaknr. C-505/19) – Het ne bis in idem-beginsel tegen de achtergrond van een red notice van Interpol inzake dezelfde feiten**

***L.W. Verbeek en D.A.G. van Toor***

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 12-05-2021, ECLI:EU:C:2021:376 (EHRC-2021-0144)*

1. Op 3 juli 2019 heeft het *Verwaltungsgericht* Wiesbaden (bestuursrechter in eerste aanleg) prejudiciële vragen gesteld over de reikwijdte van artikel 54 SUO, artikel 50 Hv, artikel 21 VWEU en richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad. Het verzoek tot deze prejudiciële beslissing werd door het *Verwaltungsgericht* Wiesbaden ingediend naar aanleiding van een geding tussen WS en de Bondsrepubliek Duitsland. WS stelt zich op het standpunt dat Duitsland maatregelen moet nemen om hem te beschermen tegen de negatieve gevolgen op diens recht op vrij verkeer, die kunnen voortvloeien uit de publicatie van een door Interpol uitgevaardigde ‘red notice’. Red notices worden – op verzoek van een nationaal centraal bureau of een internationale entiteit met onderzoeks- en vervolgingsbevoegdheden in strafzaken – gepubliceerd om een gezochte persoon<sup>[1]</sup> te lokaliseren, detineren, aan te houden of in zijn bewegingsvrijheid te beperken met het oog op zijn eventuele uitlevering, overlevering of soortgelijke rechtens geoorloofde handeling (punt 8). Een red notice is het instrument dat het best vergelijkbaar is met een algemeen internationaal aanhoudingsbevel.<sup>[2]</sup> Door de red notice worden alle bij Interpol aangesloten landen gevraagd uit te kijken naar de gezochte persoon. In onderhavige zaak hebben de Verenigde Staten van Amerika Interpol verzocht de red notice uit te vaardigen tegen de Duitse staatsburger WS (een medewerker van Siemens), die in Duitsland verbleef. Doordat WS internationaal staat gesignaleerd, is zijn bewegingsvrijheid enorm beperkt.

2. Het knelpunt in onderhavige zaak is dat, nog vóór de publicatie van de *red notice* in 2012, een onderzoeksprocedure in Duitsland werd ingeleid die betrekking had op dezelfde feiten – fraude door Siemens en zijn bestuurders – als die ten grondslag lagen aan deze *red notice*. Deze onderzoeksprocedure werd in 2010 onherroepelijk beëindigd nadat een schikking was getroffen tussen WS en de Duitse autoriteiten, waarmee het recht op vervolging verloren gaat (naar Nederlands recht is de toepassing van par. 153a Duits Wetboek van Strafvordering (StPO) te vergelijken met een sepot onder voorwaarden). De strafzaak tegen WS maakt deel uit van een groot onderzoek naar Siemens, waarin het bedrijf en drie andere medewerkers, na een vanuit de Verenigde Staten van Amerika gecoördineerde actie, in 2008 1.6 miljoen Amerikaanse dollars betaalden vanwege overtreding van de Amerikaanse *Foreign corrupt Practices Act*.<sup>[3]</sup> In 2011 werden nog eens acht medewerkers van Siemens in de Verenigde Staten van Amerika aangeklaagd.<sup>[4]</sup> Blijkbaar is WS de dans in deze internationale procedure ontsprongen, en heeft hij in de tussentijd een schikking getroffen met de Duitse autoriteiten. Klaarblijkelijk gebeurde dit zonder medeweten van de Amerikaanse autoriteiten: ook de Amerikanen willen WS namelijk voor de fraude vervolgen.

3. Volgens WS levert het nadien, op verzoek van een derde staat, uitvaardigen van een *red notice* die ziet op dezelfde feiten, echter een schending op van het in artikel 54 SUO gewaarborgde *ne-bis-in-idem*beginsel.<sup>[5]</sup> In artikel 54 SUO is immers bepaald dat een persoon die bij onherroepelijk vonnis door een overeenkomstsluitende partij is berecht door een andere overeenkomstsluitende partij niet kan worden vervolgd ter zake van dezelfde feiten.<sup>[6]</sup> Hij heeft de vervolging in Duitsland namelijk afgekocht, en kan daarom niet nogmaals voor hetzelfde feit worden vervolgd. Het begrip ‘hetzelfde feit’ is een autonoom, Unierechtelijk begrip<sup>[7]</sup> en omvat het geheel van onlosmakelijk met elkaar verbonden concrete omstandigheden, ongeacht de juridische kwalificatie van deze feiten of het beschermde rechtsbelang.<sup>[8]</sup>

4. In onderhavig arrest staat de vraag centraal – en daarop hebben de eerste drie prejudiciële vragen betrekking – of kan worden overgegaan tot de voorlopige aanhouding van een persoon ten aanzien van wie een *red notice* is uitgevaardigd, wanneer aan deze *red notice* mogelijk dezelfde feiten ten grondslag liggen, zodat het *ne bis in idem*-beginsel van toepassing is. In deze zaak gaat het dus om de reikwijdte van artikel 54 SUO: beschermt het *ne bis in idem*-beginsel ook tegen vrijheidsbeperkende of vrijheidsbenemende maatregelen, zoals de voorlopige aanhouding, bij een mogelijke tweede vervolging? Bovendien wenst het *Verwaltungsgericht* Wiesbaden te vernemen (prejudiciële vragen 4 tot en met 6) welke consequentie toepasselijkheid van dit beginsel heeft op de verwerking van de in een *red notice* vervatte persoonsgegevens. Laatstgenoemde vragen zijn echter voor toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel van ondergeschikt belang en worden om die reden in deze annotatie buiten

beschouwing gelaten.

5. Het Reglement van Interpol inzake gegevensverwerking (Reglement) bepaalt dat indien de gezochte persoon wordt gelokaliseerd in een land, dit land het bureau of de entiteit die om de *notice* heeft verzocht hiervan in kennis stelt, met in achtneming van nationale wetgeving en toepasselijke internationale verdragen. Voorts neemt het land maatregelen 'die op grond van zijn nationale wetgeving en toepasselijke internationale verdragen zijn toegestaan, zoals de voorlopige aanhouding van de gezochte persoon dan wel het toezicht op of de beperking van diens verplaatsingen' (punt 10). Volgens het HvJ EU staat het *ne bis in idem*-beginsel in principe niet aan zo'n voorlopige aanhouding in de weg: de autoriteiten van lidstaten en van partijen bij het Schengenakkoord mogen een gezochte persoon te wiens aanzien Interpol een *red notice* heeft gepubliceerd voorlopig aanhouden indien op dat moment nog onduidelijk is of de grondslag voor de *red notice* dezelfde feiten betreft (punt 88). Dit betekent dus dat het *ne bis in idem*-beginsel niet zo ver reikt dat vervolgingshandelingen verboden zijn die, ten behoeve van een verzoek tot uitlevering worden genomen en, de gezochte persoon beperken in zijn vrijheid of zijn vrijheid benemen. De *voorlopige* aanhouding kan namelijk, in de eerste plaats, een onontbeerlijke stap vormen in het onderzoek naar een eventuele schending van het beginsel en kan, in de tweede plaats, voorkomen dat de gezochte persoon vlucht en straffeloos blijft (punt 84). Kortom, in dit stadium is een voorlopige aanhouding niet in strijd met artikel 54 SUO (punt 102).

6. Tot zover heeft de beslissing van het HvJ EU tot gevolg dat een gezochte persoon ook van zijn vrijheid mag worden beroofd wanneer het *ne bis in idem*-beginsel *mogelijk* van toepassing is. Deze beroving is allereerst een ingrijpende inperking op iemands vrijheid en roept bovendien in ieder geval naar Nederlands recht vragen op. Een (voorlopige) aanhouding kan op basis van de rechtspraak van het EHRM immers als een vervolgingshandeling (*charge*) worden gekwalificeerd.[9] Juist zo'n vervolgingshandeling staat op gespannen voet met artikel 54 SUO: na berechting is namelijk *vervolging* voor dezelfde feiten niet langer mogelijk. Desondanks wordt door het HvJ EU voor deze vervolgingshandeling rechtvaardiging gevonden in het feit dat op het moment van aanhouding niet vaststaat óf het *ne bis in idem*-beginsel daadwerkelijk toepassing vindt. Zodra middels een onherroepelijke rechterlijke beslissing komt vast te staan dat dit wel het geval is, is sprake van een schending van het *ne bis in idem*-beginsel en moet de aangehoudene in vrijheid worden gesteld.

7. De gezochte persoon moet de aanhoudingsbeslissing (of een andere vrijheidsbeperkende of vrijheidsbenemende maatregel) dus tijdig kunnen toetsen: hij moet een rechter kunnen adieren die beoordeelt of de *red notice* op dezelfde feiten berust als waarvoor hij al onherroepelijk is veroordeeld (of vrijgesproken). Anders gezegd, hij dient over een rechtsmiddel te beschikken dat hem in staat stelt een beslissing te verkrijgen over de vraag of

sprake is van schending van het *ne bis in idem*-beginsel wanneer de *red notice* (en eventueel daarna de vervolging in de verzoekende staat) wordt uitgevoerd. In dit verband rust een verplichting op de lidstaten en de staten die partij zijn bij het Schengenakkoord. Zij dienen erop toe te zien dat de gezochte persoon zo'n rechterlijke procedure kan starten (punt 89, 92).

8. Alhoewel het HvJ EU niet specificiert binnen welke termijn deze procedure dient plaats te vinden, lijkt haast geboden. Immers, als de aangehouden persoon vastzit ter zake van dezelfde feiten, moet hij zo spoedig mogelijk weer in vrijheid kunnen worden gesteld. De staat die de gezochte persoon voorlopig aanhoudt, zal dus snel moeten verifiëren op welke feiten de *red notice* betrekking heeft. In dit verificatieproces is een rol toebedeeld aan het bureau of de entiteit die om de *red notice* heeft verzocht: zij dient ervoor te zorgen dat gegevens en bewijsstukken spoedig worden overgezonden naar het land waar de gezochte persoon zich op dat moment in voorarrest bevindt (punt 10).

9. Concreet betekent dit voor Nederland dat de Nederlandse autoriteiten een persoon ten aanzien van wie een *red notice* is uitgevaardigd – waarop het *ne bis in idem*-beginsel mogelijk van toepassing is – ter noodzakelijke verificatie voorlopig mogen aanhouden, mits zij deze persoon de mogelijkheid bieden om een beslissing te verkrijgen over de vraag of sprake is van een eventuele schending van dit beginsel. Een dergelijke procedure, waarin enkel wordt vastgesteld of sprake is van een schending van het beginsel, bestaat in Nederland nog niet. Onderhavig arrest heeft tot gevolg dat een rechtsmiddel moet worden gecreëerd, dan wel dat een rechtsmiddel moet worden geïncorporeerd in een al bestaand toetsingsmoment. Wij zien hiertoe een tweetal mogelijkheden. Alvorens toe te komen aan bespreking van deze mogelijkheden, verdient nog opmerking dat onzes inziens van het bureau of de entiteit, dat de voorlopige aanhouding verzoekt, mag worden verwacht dat zij uitdrukkelijk motiveert voor welke feiten de persoon te wiens aanzien een *red notice* is uitgevaardigd, wordt vervolgd. Zij heeft een informatieplicht.<sup>[10]</sup> De Nederlandse rechter die beslist over het voortduren van de vrijheidsbeneming van een gezochte persoon, zal in zijn beslissing moeten betrekken of de verzoekende staat aan deze informatieplicht heeft voldaan.

10. De Uitleveringswet voorziet op dit moment niet in een mogelijkheid om de voorlopige aanhouding van verdachten direct te toetsen,<sup>[11]</sup> terwijl een *red notice* wel voldoende grond kan zijn om de opgeëiste persoon voorlopig aan te houden<sup>[12]</sup>. De wetgever kan, om de behandeling van een *red notice* in lijn te brengen met de beslissing van het HvJ EU, een rechtsmiddel creëren (de eerste mogelijkheid) waarmee de verdediging de gelegenheid krijgt om de aanhouding van een opgeëiste persoon te toetsen, zodat kan worden vastgesteld of het *ne bis in idem*-beginsel wordt geschonden bij vervolging van de feiten zoals die in de *red notice* zijn vermeld. Zodra deze persoon tijdens het verhoor na de voorlopige aanhouding stelt dat hij voor dezelfde feiten al is berecht, moet hij de mogelijkheid krijgen deze stelling te laten

toetsen. Immers, als zijn stelling juist is, wordt hij ten onrechte in zijn bewegingsvrijheid beperkt of onterecht van zijn vrijheid beroofd. De mogelijkheid van directe toetsing van de voorlopige aanhouding heeft als nadeel dat de voorlopige aanhouding niet gebonden is aan een termijn. Zij mag slechts zolang duren als nodig is om de persoon naar een plaats van verhoor te brengen. De (hulp)officier van justitie kan na het verhoor direct de in verzekeringstelling bevelen (art. 14 lid 3 UW). Dit kan een te krappe termijn zijn om (i) een rechter-commissaris (ii) de documenten te laten beoordelen afkomstig van het verzoekende bureau of de entiteit met de vraag of (iii) de eventuele vervolging van de feiten uit de *red notice* een schending van het *ne-bis-in-idem*beginsel oplevert.

11. Of dit mogelijk is, is afhankelijk van het overzicht van de feiten zoals dat is toegevoegd aan de *red notice*. Omdat de verzoekende staat geen rechtstreeks verzoek tot de voorlopige aanhouding aan de aangezochte staat richt, maar een intermediair gebruikt, is het onduidelijk of aan de *red notice* dezelfde eisen worden gesteld zoals een verzoek tot voorlopige aanhouding in de zin van het uitleveringsrecht (zie bijv. art. 13 UW en art. 11 Uitleveringsverdrag NL-USA). In het Uitleveringsverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten van Amerika staat namelijk dat aan het verzoek tot voorlopige aanhouding ‘een kort overzicht van de desbetreffende feiten, met inbegrip, indien mogelijk, van het tijdstip waarop en de plaats waar het feit werd gepleegd’ moet worden toegevoegd. In de op de website van Interpol gepubliceerde *red notices* staat alleen aangegeven voor welk strafbaar feit de personen worden gezocht. Dit is een ontoereikende beschrijving voor de toetsing van de mogelijke schending van het *ne bis in idem*-beginsel.

12. Een tweede mogelijkheid is dat de voorlopige aanhoudingsbeslissing wordt getoetst wanneer de opgeëiste persoon wordt voorgeleid bij de rechter-commissaris, nadat deze persoon door de (hulp)officier van justitie voor een termijn van (hoogstens twee keer) drie dagen in verzekering is gesteld (artt. 14 en 15 UW). Vanwege de korte termijn van de voorlopige aanhouding en in verzekeringstelling lijkt dit praktisch gezien de enige reële mogelijkheid te zijn. In de tussentijd kan namelijk (mogelijk met succes) worden geprobeerd extra informatie te vergaren van de verzoekende staat. Het is echter de vraag of met deze termijn wordt voldaan aan de verplichting ‘van de lidstaten en van de staten die partij zijn bij het Akkoord, om ervoor te zorgen dat de betrokken personen over rechtsmiddelen beschikken die hen in staat stellen om een beslissing als wordt bedoeld in punt 89 van dit arrest te verkrijgen, te weten een onherroepelijke rechterlijke beslissing waarbij wordt vastgesteld dat het *ne-bis-in-idem*beginsel van toepassing is’ (punt 92).

13. Twee scenario’s kunnen zich dan voordoen. In het eerste scenario blijkt tijdens de voorgeleiding dat het bureau of de entiteit niet, dan wel onvoldoende, aan de reeds geschetste informatieplicht heeft voldaan. Wat ons betreft, zou de rechter-commissaris dan de vordering

tot inbewaringstelling van de officier van justitie kunnen afwijzen en de onmiddellijke invrijheidstelling van de gezochte persoon bevelen, indien gegronde redenen bestaan voor een mogelijke schending van het *ne bis in idem*-beginsel na uitlevering. Immers, schending van het *ne-bis-in-idem*beginsel is ook een imperatieve weigeringsgrond in de Uitleveringswet (art. 9).

Het tweede scenario doet zich voor wanneer de rechter-commissaris van oordeel is dat de voorlopige aanhouding moet worden verlengd. Bijvoorbeeld omdat de verzoekende staat wel aan zijn informatieplicht heeft voldaan, maar tot op heden nog in onvoldoende mate is komen vast te staan of sprake is van dezelfde feiten waarop het *ne bis in idem*-beginsel betrekking heeft. De rechter-commissaris kan in dat geval op vordering van de officier van justitie de inbewaringstelling bevelen. De bewaring op basis van de Uitleveringswet eindigt van rechtswege na twintig dagen (art. 16 UW) (of eerder als daarover iets in het Uitleveringsverdrag tussen twee of meerdere landen is geregeld). Artikel 16 UW regelt ook dat de opgeëiste persoon, op elk moment gedurende de bewaring, aan de rechtbank of de rechter-commissaris kan verzoeken de invrijheidstelling te gelasten.

14. Het moge duidelijk zijn: het verdient de voorkeur om de beoordeling van eventuele schending van het *ne bis in idem*-beginsel vroegtijdig te toetsen, niet pas bij het onderzoek door de rechtbank naar de toelaatbaarheid van de uitlevering. Voor het toepassen van de voorlopige aanhouding en andere vrijheidsbenemende maatregelen (te nemen in een later stadium van de procedure) is de kans van slagen van het uitleveringsverzoek van belang,<sup>[13]</sup> en uitlevering is uitgesloten bij een tweede vervolging voor hetzelfde feit. Het is dus zaak zo snel mogelijk vast te stellen of sprake is van hetzelfde feit, nu de vrijheidsberoving ten behoeve van de *red notice* slechts tot doel heeft om te verifiëren of, op basis van door het bureau of de entiteit geleverde informatie, inderdaad sprake is van dezelfde feiten in de zin van het *ne bis in idem*-beginsel. Als dat het geval is dan dient het voortduren van de voorlopige aanhouding geen redelijk doel. De opgeëiste persoon heeft op basis van het huidige wettelijke kader van de Uitleveringswet (i) de mogelijkheid om tijdens het verhoor voorafgaand aan de inverzekeringstelling bij de (hulp)officier van justitie te klagen over schending van het *ne bis in idem*-beginsel; (ii) daarover tijdens het verhoor ten behoeve van de beoordeling van de inbewaringstelling door de rechter-commissaris te klagen; of (iii) om invrijheidstelling te verzoeken tijdens de inbewaringstelling vanwege schending van het *ne bis in idem*-beginsel. De opgeëiste persoon heeft dus mogelijkheden om zijn bezwaren (ten overstaan van een rechter) naar voren te brengen, maar kan geen rechtsmiddel indienen om een rechterlijke beslissing enkel betreffende de toepasselijkheid van het *ne bis in idem*-beginsel uit te lokken. Het lijkt in het licht van onderhavige zaak wenselijk en noodzakelijk zo'n rechtsmiddel te creëren. Hiermee kan in een zo vroeg mogelijk stadium onderzoek worden gedaan naar de aanwezigheid van een schending van het *ne bis in idem*-beginsel, zodat daarmee ook

vrijheidsbenemende maatregelen worden voorkomen.

15. Tot slot: Alhoewel *ne bis in idem*-bepalingen over het algemeen slechts beperkte reikwijdte hebben, bevestigt het HvJ EU met deze zaak dat het beginsel ook geldt voor derde landen die niet zijn gebonden aan Unierecht, maar via een *red notice* wel medewerking vragen aan EU lidstaten. Daarmee wordt in onderhavig arrest – onzes inziens het gewenste effect van – de extraterritoriale werking van het *ne bis in idem*-beginsel benadrukt.[14] Dit is in lijn met de Uitleveringswet, welke ook extraterritoriale werking heeft. Een keerzijde van het extraterritoriale karakter van het *ne bis in idem*-beginsel – en daarmee volgens ons een ongewenst effect van onderhavig arrest – is echter dat personen te wiens aanzien Interpol een *red notice* heeft uitgevaardigd, bewust op zoek kunnen gaan naar mogelijkheden om een tegen hen ingesteld onderzoek in een lidstaat te beëindigen. Beëindiging van het onderzoek in een lidstaat, bijvoorbeeld via het betalen van een transactie, belet vervolging in een derde land dat niet is gebonden aan Unierecht.[15]

L.W. (Lune) Verbeek

Junior docente straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

D.A.G. (Dave) van Toor

Universitair docent straf(proces)recht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Universiteit Utrecht

[1] Omwille van de leesbaarheid worden gezochte personen aangeduid met ‘hij’.

[2] <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-611-interpol-red-notice>, laatst geraadpleegd op 24 juni 2021.

[3] <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>, laatst geraadpleegd op 24 juni 2021.

[4] <https://www.justice.gov/opa/pr/eight-former-senior-executives-and-agents-siemens-charged-alleged-100-million-foreign-bribe>, laatst geraadpleegd op 24 juni 2021.

[5] WS stelt zich op het standpunt dat het uitvaardigen van de *red notice* die ziet op dezelfde feiten tevens een schending oplevert van het in artikel 21 VWEU gewaarborgde recht op vrij verkeer en dat de verwerking van zijn in die *red notice* vervatte persoonsgegevens in strijd is met richtlijn 2016/680 betreffende de bescherming van persoonsgegevens in strafzaken (punt

32).

[6] Voorwaarde voor toepassing van het *ne-bis-in-idem* beginsel is dat ingeval een straf of maatregel is opgelegd, deze reeds is ondergaan of daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, dan wel op grond van de wetten van de veroordelende overeenkomstsluitende partij niet meer ten uitvoer gelegd kan worden.

[7] *Kozłowski*, HvJ EG (GK) 17 juli 2008, C|66/08, ECLI:EU:C:2008:437, punten 41, 42.

[8] *Van Esbroeck*, HvJ EU (GK) 9 maart 2006, C|436/04, ECLI:EU:C:2006:165, «EHRC» 2006/56, punten 27, 32, 36; *Van Straaten*, HvJ EU 8 september 2006, C|150/05, ECLI:EU:C:2006:614, punten 41, 47, 48; *Mantello*, HvJ EU (GK) 16 november 2010, C-261/09, ECLI:EU:C:2010:683, punt 39.

[9] *Foti e.a. t. Italië*, EHRM 10 december 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:1210JUD000760476, par. 52; *I.J.L., G.M.R. & A.K.P. t. Verenigd Koninkrijk* EHRM 19 september 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0919JUD002952295, par. 131.

[10] Vgl. artikel 11 Uitleveringsverdrag NL-USA: het verzoek tot voorlopige aanhouding moet mede 'een kort overzicht van de desbetreffende feiten, met inbegrip, indien mogelijk, van het tijdstip waarop en de plaats waar het feit werd gepleegd' omvatten.

[11] Het toepasselijke verdrag kan dat wel bevatten. Artikel 13 UW vereist ook naar het toepasselijke verdrag met betrekking tot de wettelijke grondslag voor de voorlopige aanhouding.

[12] H.D. Sanders, *Handboek Uitleverings- en overleveringsrecht*, I.2.1.2.3 De voorlopige aanhouding (actueel tot 30 juni 2014).

[13] H.D. Sanders, *Handboek Uitleverings- en overleveringsrecht*, I.2.1.2.3 De voorlopige aanhouding (actueel tot 30 juni 2014).

[14] <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=833c1181-cd7b-4e75-b58f-9137fa77cf4a>, laatst geraadpleegd op 25 juni 2021.

[15] <https://eucrim.eu/news/cjeu-judgment-on-compatibility-of-interpol-searches-and-arrests-with-ne-bis-in-idem-principle/>, laatst geraadpleegd op 25 juni 2021.