

De Hoge Raad over het *ne bis in idem*-beginsel ten aanzien van het alcoholslotprogramma: een rechtvaardig doch onbevredigend arrest²

DD 2015/41

41.1 HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434

“4.3.1. Art. 68 Sr is op het onderhavige geval niet van toepassing, omdat niet sprake is van – kort gezegd – meerdere onherroepelijke beslissingen van de strafrechter. (...)”

4.3.3. Hoewel het, hiervoor onder 3 sub (iii) weergegeven, internationale kader in een geval als het onderhavige niet van toepassing is, kunnen aan dit kader en de daarbinnen ontwikkelde rechtspraak elementen worden ontleend die voor de beantwoording van de hiervoor in 4.2 gestelde vraag van belang zijn. (...) Van bijzondere betekenis daarbij is dat in internationaal verband niet zonder meer doorslaggevend is of de nationale wetgever een sanctie als bestuursrechtelijk of als strafrechtelijk heeft aangemerkt. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de beslissing van het Europees Hof voor de rechten van de mens (hierna: EHRM) van 13 december 2005 (73661/01, *Nilsson/Zweden*), waarin in het kader van art. 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM een bestuursrechtelijke schorsing van de rijbevoegdheid van 18 maanden vanwege de ernst ervan als een ‘criminal sanction’ werd gezien. Uit diezelfde rechtspraak komt ook naar voren dat het EHRM bij de beoordeling of art. 4 van het Zevende Protocol is geschonden, groot belang toekent aan de vraag of sprake is van een ‘sufficiently close connection’ tussen de betrokken procedures. Indien sprake is van een dergelijke samenhang, kan het gevolg daarvan zijn dat de beide procedures moeten worden beschouwd als één samenhangende reactie op het strafbare feit en niet als twee verschillende procedures in de zin van art. 4 van het Zevende Protocol (vgl. ook EHRM 20 mei 2014, 11828/11, *Nykänen/Finland*). (...)”

4.4. Tegen de achtergrond van het hiervoor overwogene is bij de huidige Nederlandse regelgeving de strafvervolgning van een verdachte ter zake van het rijden onder invloed van alcoholhoudende drank in strijd met de beginselen van een goede procesorde in die gevallen waarin de verdachte op grond van datzelfde feit de onherroepelijk geworden verplichting tot deelname aan het asp is opgelegd. Die beginselen van een goede procesorde kunnen immers meebrengen – en brengen in de hier aan de orde zijnde gevallen ook mee – dat een inbreuk op het beginsel dat iemand niet twee maal kan worden vervolgd en bestraft voor het begaan van hetzelfde feit, de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de strafvervolgning tot gevolg heeft. Dit vervolgingsbeletsel geldt eveneens gedurende een tegen de oplegging van het asp lopende bezwaar- of beroepsprocedure.”

41.2 Hof 's-Gravenhage 22 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3017

“3.11. Naar het oordeel van het hof is het opleggen van de maatregel (...) in alle gevallen aan te merken als een criminal charge in de zin van artikel 6, eerste lid van het EVRM.

3.12. Vervolgens komt de vraag aan de orde welke gevolg verbonden dient te worden aan het oordeel dat de maatregel een criminal charge in de zin van artikel 6, eerste lid van het EVRM is en derhalve als een ‘vervolgning’ dient te worden aangemerkt. Hierbij komen de werking en de reikwijdte van het *ne bis in idem* beginsel in beeld. (...)”

1 Junior Universitair Docent Universiteit Utrecht bij het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen.

2 Citeerwijze: O.S. Pluimer, ‘De Hoge Raad over het *ne bis in idem*-beginsel ten aanzien van het alcoholslotprogramma: een rechtvaardig doch onbevredigend arrest’, DD 2015/41.

4.9. Naar het oordeel van het hof is een strafrechtelijke vervolging als in casu, voor hetzelfde feitencomplex als waarvoor reeds de maatregel van het alcoholslot is opgelegd in strijd met het wettelijk stelsel. Hieraan moet de conclusie worden verbonden dat het openbaar ministerie op grond van artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in de vervolging van de verdachte.”

41.3 Rb. Rotterdam 20 mei 2014, NJFS 2014, 174

“Dit maakt dat ten aanzien van de verdachte de ongeldigverklaring van het rijbewijs voor alle categorieën waarvoor dat rijbewijs geldig was, in samenhang met de verplichting tot deelname aan het ASP, waarbij onder voorwaarden alleen een rijbewijs voor categorie B wordt toegekend, ‘punitief’ van aard is. In casu is de rechtbank daarom van oordeel dat sprake is van een ‘criminal charge’ in de zin van art. 6 EVRM. (...) Het ne bis in idem beginsel heeft, zoals dat in art. 68 van het Wetboek van Strafrecht vorm heeft gekregen, slechts betrekking op beslissingen van strafrechtelijke aard. De omstandigheid dat er al een sanctie van bestuursrechtelijke aard is geweest, is geen beletsel voor het Openbaar Ministerie om tot strafrechtelijke vervolging over te gaan. De officier van justitie is dan ook ontvankelijk in de vervolging.”

41.4 Rb. 's-Gravenhage 13 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7108

“Vaststaat dat de procedure tot het opleggen van een alcoholslotprogramma een bestuursrechtelijke procedure is die geheel los staat van een strafprocedure. Gelet op het beoogde doel, de aard en de zwaarte van de maatregel en het ontbreken van een punitief karakter, is het alcoholslotprogramma naar het oordeel van de politierechter niet aan te merken als een ‘criminal charge’. Dat de deelnemer de kosten van deelname aan het alcoholslotprogramma dient te betalen doet daar niet aan af, nu deze kosten moeten worden voldaan voor de uitvoering van het programma en geen boete betreffen. De politierechter zal deze hoge kosten overigens wel betrekken bij het bepalen van de strafmaat. Van schending van het ne bis in idem-beginsel is derhalve geen sprake.”

41.5 HR 15 mei 2012, NJ 2012/327

“2.3.6. Ofschoon het middel terecht klaagt over het door het hof gekozen uitgangspunt dat onder vervolging van strafbare feiten (waarbij het Hof kennelijk het oog heeft op vervolging in de zin van art. 68 Sr (...)) uitsluitend kan worden verstaan ‘het door het openbaar ministerie betrekken van de strafrechter in een strafzaak’ – welk uitgangspunt in het licht van het in NJ 2011/394 gepubliceerde arrest en van (onder meer) EHRM 8 juni 1976 L/JN AC0387, NJ 1978/223 en EHRM 21 februari 1984, L/JN AC9954, NJ 1988/937 onjuist genoemd moet worden.”

1 Inleiding

Na de invoering van het alcoholslotprogramma (asp) in de Wegenverkeerswet 1994 (WVW 1994) heeft het asp voor de nodige discussie gezorgd. Deze discussie heeft zich lange tijd vooral gericht op de vragen of het asp wel in het bestuursrecht thuishoort, en of het alcoholslotprogramma een ‘criminal charge’ is, in de zin van artikel 6 lid 1 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).³ Die laatste vraag werd tot voor kort

3 E.J. Govaers, ‘De invoering van het alcoholslotprogramma: één teveel?’ VRA 2010, p. 138-140; E.G. Kurtovic en G.J.M. van Spanje, ‘Het alcoholslot; een maatregel of straf?’, *Strafblad* 2013, afl. 3, p. 258-266; H.J.B. Sackers, ‘“Fuzzy law” rondom het alcoholslot’, *TREMA* 2014, afl. 6, p. 188-197; N. de Vries, G.J.M. van Spanje & L.P. Kabel, ‘Straffen horen in het strafrecht thuis. ASP una via’, *NJB* 2014, afl. 13, p. 675-852.

door de strafrechter vrijwel altijd negatief beantwoord. Slechts in specifieke uitzonderingsgevallen werd het asp als *criminal charge* aangemerkt. Daarnaast is in de rechtspraak steeds vaker de vraag gerezen of naast de oplegging van het asp nog wel ruimte is voor strafrechtelijke vervolging, omdat beide plaatsvinden op basis van het besturen van een motorrijtuig onder invloed van alcoholhoudende drank. In dat verband kan concreet de vraag worden gesteld welke gevolgen de oplegging van een alcoholslot door het CBR aan een bestuurder voor het rijden onder invloed van alcoholische drank, heeft voor de strafrechtelijke vervolging vanwege diezelfde gedraging, en *vice versa*. Laatstgenoemde vraag staat centraal in het arrest van de Hoge Raad van 3 maart 2015. In dit zogenoemde 'alcoholslot-arrest' komt de Hoge Raad tot de conclusie dat naast de oplegging van het asp geen ruimte meer bestaat voor een strafrechtelijke vervolging. In deze rubriek wordt die conclusie en de daaraan ten grondslag liggende motivering, aan een nadere bestudering onderworpen.

Daartoe wordt ten eerste het *ne bis in idem*-beginsel nader bestudeerd. Daarbij zal de aandacht worden gericht op zowel de nationale als de (belangrijkste) internationale *ne bis in idem*-bepalingen. Vervolgens wordt in algemene zin ingegaan op de samenloop tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving en de invloed van de *una via*-regeling op een dergelijke samenloop. Ook zal hier worden ingegaan op het *criminal charge*-begrip zoals tot uitdrukking gebracht in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Hierna wordt het wettelijk kader uiteengezet van de bestuursrechtelijke maatregel van het asp en de strafrechtelijke vervolging van het rijden onder invloed van alcoholhoudende drank. Alvorens specifiek het arrest van de Hoge Raad te analyseren, wordt eerst nog ingegaan op de feitenrechtspraak ten aanzien van de oplegging van het asp.

2 Het *ne bis in idem*-beginsel

2.1 Grondslagen van *ne bis in idem*

Ne bis in idem is een klassiek beginsel van het Nederlandse strafrecht.⁴ Het beginsel behelst het verbod om iemand tweemaal te vervolgen voor hetzelfde feit. De gedachte achter het beginsel is vooral gebaseerd op rechtvaardigheid en redelijkheid.⁵ De burger moet worden beschermd tegen onredelijke en onnodige bemoeienis van de overheid. Het beginsel wordt door De Hullu als een algemeen aanvaard uitgangspunt voor een behoorlijke strafrechtelijke vervolging beschouwd.⁶ Voor het *ne bis in idem*-beginsel zijn verschillende grondslagen te onderscheiden. Ten eerste het processuele aspect van het *ne bis in idem*-beginsel dat ziet op het voorkomen van een dubbele aansprakelijkstelling, hetgeen betekent dat een dubbele bestraffing én vervolging moet worden voorkomen.⁷ Daarnaast is de grondslag van het *ne bis in idem*-beginsel te baseren op het gezag van rechterlijke uitspraken. Deze grondslag is gebaseerd op de gedachte dat er op enig moment een einde moet komen aan de rechtsstrijd.⁸ Het is onwenselijk dat rechters steeds opnieuw een oordeel geven over dezelfde zaak, met mogelijk tegenstrijdige vonnissen tot gevolg. Daarmee wordt het gezag van de rechtspraak aangetast en bovendien wordt de rechtszekerheid van de betrokkene(n) onder-

4 Zie voor een uitgebreide analyse van het beginsel W.F. van Hattum, *Non bis in idem. De ontwikkeling van een beginsel*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

5 G.J.M. Corstens en M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 194.

6 J. de Hullu, *Materiaal Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 515.

7 De Hullu 2012, p. 516.

8 Corstens & Borgers 2014, p. 194.

graven. Een inbreuk op het *ne bis in idem*-beginsel leidt tot de niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie (OM).⁹

2.2 Artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht

De wettelijke verankering van het *ne bis in idem*-beginsel in het Nederlandse recht is te vinden in artikel 68 Sr. De essentie van deze bepaling luidt dat ‘niemand andermaal kan worden vervolgd wegens een feit waarover te zijnen aanzien door de Nederlandse rechter onherroepelijk is beslist.’ Op basis van het tweede en derde lid van artikel 68 Sr vallen uitspraken van buitenlandse rechters ook onder het bereik van de Nederlandse *ne bis in idem*-bepaling, hetgeen betekent dat deze bepaling ook van toepassing is op internationale verhoudingen.

Het verbod van een dubbele vervolging in de zin van artikel 68 Sr is alleen van toepassing indien eerder ‘onherroepelijk’ over de zaak is beslist. Artikel 68 Sr komt pas in beeld zodra er tegen de einduitspraak van de strafrechter geen gewone rechtsmiddelen meer openstaan. Daarna is vervolging voor hetzelfde feit uitgesloten, tenzij de onherroepelijke einduitspraak in aanmerking komt voor herziening.¹⁰ Het oordeel van de rechter dient een einduitspraak in de zin van artikel 350 Sv jo artikel 352 Sv te betreffen: vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolging of een veroordeling.¹¹ Voorts moet de eerdere einduitspraak ‘te zijnen aanzien’ zijn geweest; alleen de verdachte die eerder voor hetzelfde feit is veroordeeld komt een beroep op artikel 68 Sr toe. Dat een medepleger voor dat feit eerder onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld is niet relevant.

Daarnaast is artikel 68 Sr, volgens een strikte lezing van de wettekst, slechts van toepassing op einduitspraken van de strafrechter.¹² Dit betekent dat tuchtrechtelijke beslissingen, beslissingen van een burgerlijke of een bestuursrechter en besluiten van bestuursorganen in beginsel niet onder de reikwijdte van artikel 68 Sr vallen. Hieromtrent heeft Borgers een nuancering naar voren gebracht, welke is gebaseerd op het arrest *NJ 2012/327* (41.5). In dit arrest is de desbetreffende verdachte in eerste instantie disciplinair gestraft voor het aanvallen van een medege-detineerde. Daarna is de verdachte strafrechtelijk vervolgd voor hetzelfde gedrag. Het Hof Amsterdam oordeelt dat er geen sprake is van *ne bis in idem*, omdat – kort gezegd – de disciplinaire straf van plaatsing in een isoleercel geen vervolging in de zin van artikel 68 Sr behelst.¹³ De Hoge Raad overweegt dat het cassatiemiddel van de verdediging terecht opkomt tegen dit standpunt van het hof, nu deze een te beperkte betekenis geeft van het begrip ‘vervolging’ in de zin van artikel 68 Sr.¹⁴ Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de jurisprudentie van het EHRM inzake *Engel/Nederland* en *Öztürk/Duitsland*.

Uit deze verwijzing naar de rechtspraak van het Europese Hof leidt Borgers af dat de Hoge Raad voor de invulling van het begrip ‘vervolging’ in de zin van artikel 68 Sr, aansluiting zoekt bij het begrip *criminal charge*. Dat brengt Borgers ertoe te betogen dat de Hoge Raad zijn vaste uitgangspunt – dat artikel 68 lid 1 Sr alleen van toepassing is op einduitspraken

9 Corstens & Borgers 2014, p. 195; De Hullu 2012, p. 516; C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 81.

10 Voor een uitgebreide beschouwing van de problematiek omtrent herziening in verband met het *ne bis in idem*-beginsel wordt hier kortheidshalve verwezen naar Van Hattum 2012 (*Non bis in idem*), p. 426-430; p. 487-494.

11 Indien de eerste vervolging is geëindigd met één van de uitspraken uit artikel 348 Sv, dan is artikel 68 Sr niet van toepassing.

12 Vergelijk Van Hattum 2012 (*Non bis in idem*), p. 422.

13 Volgens het hof kan onder vervolging slechts worden verstaan ‘het door het OM betrekken van de strafrechter in de vervolging’, zie HR 15 mei 2012, *NJ 2012/327*, r.o. 2.2.2.

14 HR 15 mei 2012, *NJ 2012/327*, r.o. 2.3.6, m.nt. Klip (41.5).

van de strafrechter – heeft verlaten.¹⁵ Gaat men uit van deze door Borgers geïntroduceerde benadering dan belet artikel 68 Sr de strafrechtelijke vervolging indien ter zake van hetzelfde feit al een bestraffing heeft plaatsgevonden, ongeacht of die bestraffing door de strafrechter heeft plaatsgevonden.¹⁶ Begrijp ik het standpunt van Borgers goed dan heeft artikel 68 Sr in deze benadering betrekking op alle maatregelen en sancties die kunnen worden aangemerkt als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. Dat betekent een aanzienlijke uitbreiding van de reikwijdte van artikel 68 Sr. Van Hattum heeft betoogd dat een dergelijke uitbreiding van de werkingssfeer van artikel 68 Sr niet in overstemming is met de bedoeling van de wetgever.¹⁷ Opmerkelijk is dan ook dat de benadering van Borgers bij mijn weten in de rechtspraak is bevestigd noch herroepen.

Een laatste factor die de werkingssfeer van artikel 68 Sr bepaalt, is de invulling van het begrip ‘hetzelfde feit’. Daarbij worden over het algemeen twee benaderingen onderscheiden. Ten eerste de feitelijke benadering, waarin de feitelijke, objectieve gebeurtenissen van het eerste, reeds vervolgde feit en het tweede feit met elkaar worden vergeleken. De nadruk ligt op een vergelijking van de tijd en plaats, eenheid van het gedrag en van de omstandigheden waaronder het gedrag heeft plaatsgevonden. Daarnaast wordt de juridische benadering onderscheiden, in welk verband een vergelijking plaatsvindt van de juridische kwalificatie van de feiten. Bij de meest pure vorm van de juridische benadering is slechts sprake van hetzelfde feit indien dezelfde juridische kwalificatie wordt gehanteerd in zowel de eerste als de tweede vervolging.¹⁸ De heersende leer van de Hoge Raad ten aanzien van de beoordeling van hetzelfde feit omvat beide benaderingen. Volgens de Hoge Raad moet enerzijds rekening worden gehouden met de juridische aard van de feiten en anderzijds met de gedraging van de verdachte. Ten aanzien van de juridische aard kan de mate van verschil tussen de strafbare feiten van belang zijn. Daarbij moet meer in het bijzonder worden gelet op de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheidene delictomschrijvingen strekken, en op de strafmaxima die op onderscheiden feiten zijn gesteld. Ook bij de beoordeling van de gedraging van de verdachte is de mate van verschil tussen de gedragingen van belang. Hierbij kan volgens de Hoge Raad worden gekeken naar de aard en de kennelijke strekking van de gedragingen, evenals de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder de gedragingen zijn verricht.¹⁹ De vuistregel is dat een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en of de gedragingen van de verdachte, de conclusie rechtvaardigt dat geen sprake is van hetzelfde feit in de zin van artikel 68 Sr.

2.3 Internationaal kader: artikel 50 van het EU-Handvest

Naast een nationale grondslag is het *ne bis in idem*-beginsel ook internationaal breed onderschreven. In dit verband moet ten eerste worden gewezen op artikel 50 van het EU-Handvest. Deze Europese bepaling luidt:

“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.”

15 Vergelijk Corstens & Borgers 2014, p. 197; M.J. Borgers, ‘De Hoge Raad en het *ne bis in idem*-beginsel: een onbezonnen koers?’, in: J.W. Fokkens e.a., *Ad hunc modum: opstellen over materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 29-30.

16 Zie Corstens & Borgers 2014, p. 197.

17 W.F. van Hattum, ‘Over *criminal charge*, *non bis in idem* en het detentierecht’, *Sancties* 2012, afl. 6, p. 299.

18 J.H.B. Bemelmans, *Tweemaal vervolgd voor hetzelfde feit. De gevolgen en wenselijkheid van een Europa-conform feitsbegrip in de ne bis in idem-regel*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2012, p. 8.

19 HR 1 februari 2011, NJ 2011/394, r.o. 2.9.1, m.nt. Buruma.

Deze bepaling is slechts voor lidstaten van kracht indien zij het Unierecht ten uitvoer leggen.²⁰ Bij de beoordeling van de vraag wat onder het ‘ten uitvoer leggen van het Unierecht’ wordt verstaan, moet worden beoordeeld of de nationale regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt, wat de aard van de nationale regeling is en of de nationale regeling geen andere doelstellingen nastreeft dan die waarop het Unierecht betrekking heeft.²¹ Een nationale maatregel valt onder het bereik van het Unierecht, wanneer de Europese Unie gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheden om specifieke verplichtingen op te leggen aan de lidstaten met betrekking tot het desbetreffende onderwerp.²² Het enkele feit dat een nationale maatregel onder het bereik valt van een situatie die mogelijk wordt geregeld door de Europese Unie kan worden geregeld, is onvoldoende om de maatregel onder het bereik van artikel 51 EU-Handvest te laten vallen.²³

In de literatuur worden drie categorieën van nationale maatregelen of situaties onderscheiden die onder het ten uitvoer leggen van het Unierecht vallen. De eerste categorie heeft betrekking op nationale maatregelen die het Unierecht uitvoeren. In deze categorie kan de lidstaat worden beschouwd als tussenpersoon (agent) voor de Europese Unie.²⁴ Hiervan is onder meer sprake indien lidstaten het primaire of secundaire recht (verordeningen en richtlijnen) van de Unie uitvoeren.²⁵ Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien de lidstaat een richtlijn omzet of een verordening ten uitvoer legt.²⁶

De tweede categorie heeft betrekking op nationale beperkingen van verdragsvrijheden, meer in het bijzonder ten aanzien van inperkingen van de rechten omtrent het vrije verkeer en het Unieburgerschap. Blijkt een nationale maatregel in strijd met een verbodsbepaling van het Unierecht, maar doet de overheid een beroep op een rechtvaardigingsgrond van het Unierecht, dan valt de maatregel onder het bereik van artikel 51 van het EU-Handvest.²⁷

De derde categorie kan worden getypeerd als een restcategorie. Het handelen van de lidstaat valt dan om een andere reden binnen de werkingssfeer van het Unierecht.²⁸ Onder deze categorie vallen alle nationale maatregelen die niet specifiek zijn gereguleerd door het primaire of secundaire recht van de Unie, maar die voor een effectieve juridische bescherming noodzakelijk zijn voor de toepassing en handhaving van dat recht. Typerend voor deze derde categorie is het arrest Åkerberg Fransson.²⁹ In deze zaak gaat het om het verstrekken van onjuiste inlichtingen ten aanzien van belastinggegevens. Het Unierecht bevat als zodanig geen specifieke verplichting omtrent btw-fraude en het nationale recht betreft geen specifieke uitvoering van Europese verplichtingen.³⁰ In het arrest Åkerberg Fransson overweegt het Hof van Justitie dat:

“de door het Handvest gewaarborgde grondrechten moeten worden geëerbiedigd wanneer een nationale regeling binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt, zodat er geen gevallen kunnen zijn waarin het Unierecht geldt zonder dat die grondrechten toepassing vinden. Wanneer

20 Zie artikel 51 van het EU-Handvest.

21 HvJ EG 6 maart 2014, C-206/13, par. 25 (*Siragusa*).

22 HvJ EG 6 maart 2014, C-206/13 (*Siragusa*).

23 HvJ EG 5 juni 2014, C-198/13, par. 34-36 (*Hernandez*).

24 M.A. Fierstra, ‘Åkerberg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten’, *NtEr* 2013, afl. 6, p. 200.

25 T. Nauta, ‘De inroepbaarheid van het Handvest voor de Europese en nationale rechter’, *NtEr* 2012, afl. 1, p. 21.

26 Zie de noot van Eijdsen onder HvJ 26 februari 2013, *BNB* 2014/15 (*Åkerberg Fransson*).

27 Fierstra 2013, p. 200; M. de Mol, A. Pahladsingh & L.R. van Heijningen, ‘Inroepbaarheid in rechte van het Handvest van de Grondrechten van Europese Unie: Toepassingsgebied en het onderscheid tussen “rechten” en “beginselen”’, *SEW* 2012, afl. 6, p. 225-226.

28 Fierstra 2013, p. 200-201, Nauta 2012, p. 21-22.

29 HvJ EG 26 februari 2013, *BNB* 2014/15 (*Åkerberg Fransson*).

30 Fierstra 2013, p. 203.

het Unierecht toepasselijk is, impliceert dit dat de door het Handvest gewaarborgde grondrechten toepassing vinden.”³¹

Het Hof van Justitie komt tot de conclusie dat nationale maatregelen, in de vorm van belastingboetes en strafrechtelijke sancties, ten aanzien van belastingfraude onder het bereik van het Unierecht vallen, omdat de opgelegde boetes mede uitvoering geven aan de (effectieve) toepassing van de btw-richtlijn.³² Derhalve moet de oplegging van dergelijke maatregelen in overeenstemming zijn met de *ne bis in idem*-bepaling van artikel 50 van het EU-Handvest.

2.4 Internationaal kader: artikel 4 van het Zevende Protocol

Voorts is een internationale *ne bis in idem*-bepaling terug te vinden in artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM. De authentieke Engelse tekst van deze bepaling luidt:

“No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.”

Deze bepaling heeft alleen betrekking op een dubbele vervolging in hetzelfde land. Evenals artikel 68 Sr behelst de *ne bis in idem*-bepaling uit het EVRM zowel de dubbele bestraffing als de dubbele vervolging.³³

Het verdient opmerking dat dit protocol thans door Nederland is ondertekend, maar nog niet is geratificeerd. Naar verwachting zal dit in de toekomst plaatsvinden, waardoor het protocol ook voor Nederland bindend wordt.³⁴ In zoverre heeft de *ne bis in idem*-bepaling uit het Zevende Protocol geen directe gevolgen voor de Nederlandse rechtsorde. Desalniettemin heeft de uitleg van het EHRM omtrent artikel 4 van het Zevende Protocol wel betekenis voor de reikwijdte en invulling van de *ne bis in idem*-regel van artikel 68 Sr. In dat verband heeft de Hoge Raad immers met zoveel woorden overwogen dat ‘de rechtspraak van het EHRM over’ artikel 4 van het Zevende Protocol ‘van belang kan zijn voor de gedachtevorming over de toepassing van artikel 68 Sr.’³⁵ Daarnaast dupliceert artikel 50 EU-Handvest de invulling van het *ne bis in idem*-beginsel van het Zevende Protocol bij het EVRM. In de gevallen dat artikel 50 EU-Handvest van toepassing is, heeft de rechtspraak van het EHRM omtrent het *ne bis in idem*-beginsel dus directe toepassing.³⁶

Voorts is van belang dat artikel 4 van het Zevende Protocol alleen van toepassing is indien de eerste, reeds afgeronde procedure een ‘penal procedure’ betreft. Aan dit begrip wordt een autonome betekenis toegekend. Door het EHRM wordt aan het begrip *penal procedure* dezelfde betekenis gegeven als een *criminal charge*.³⁷ Aldus is artikel 4 van het Zevende Protocol van toepassing indien de eerste vervolging kan worden aangemerkt als een *criminal*

31 HvJ EG 26 februari 2013, BNB 2014/15, par. 21 (Åkerberg Fransson).

32 Zie punt 5 van de noot van Eijdsen onder HvJ EG 26 februari 2013, BNB 2014/15 (Åkerberg Fransson).

33 EHRM 29 mei 2001, appl. no. 37950/97, par. 22 (Franz Fischer/Oostenrijk).

34 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2009/10, 32123 V, nr. 27 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 V, nr. 62. Uit deze kamerstukken is op te maken dat werd beoogd het Zevende Protocol in 2010 te ratificeren. De meest recente kamerstukken laten echter zien dat het voorleggen van het Zevende Protocol ter parlementaire goedkeuring op de lange termijn is geschoven. Het *ne bis in idem*-beginsel uit het Zevende Protocol lijkt in ieder geval niet in de weg te staan aan een ratificatie van het protocol, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29800 VI, nr. 9.

35 HR 1 februari 2011, NJ 2011/394, r.o. 2.7.1, m.nt. Buruma.

36 Vergelijk ook conclusie advocaat-generaal Hartevelt bij HR 3 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:8.

37 Bemelmans 2012, p. 25-26; Van Hattum 2012 (*Over criminal charge*), p. 288.

charge. Op welke wijze het EHRM invulling geeft aan het *criminal charge*-begrip wordt in paragraaf 3.3 behandeld.

In de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van het *ne bis in idem*-beginsel spelen twee elementen een rol. Ten eerste de vraag of sprake is van hetzelfde feit ('idem'). In het arrest *Zolotukhin/Rusland* komt naar voren dat het Europese Hof een louter juridische benadering van hetzelfde feit te beperkt vindt, omdat een dergelijke benadering het gevaar herbergt dat de beoogde bescherming van het *ne bis in idem*-beginsel wordt ondermijnd. De *ne bis in idem*-bepaling van het Zevende Protocol moet dan ook zo worden begrepen dat de bestraffing of vervolging van een tweede overtreding is verboden 'in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same'.³⁸ Hieruit is af te leiden dat het EHRM, in tegenstelling tot de Hoge Raad, (meer) de nadruk legt op de feitelijke benadering bij de beoordeling van de vraag of sprake is van hetzelfde feit. In de literatuur bestaat de nodige discussie over de vraag of de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt in overeenstemming is met die van het EHRM.³⁹ Op deze discussie wil ik hier niet ingaan, nu deze van ondergeschikt belang is bij de beoordeling van een mogelijke *ne bis in idem*-werking van het asp. Wel wil ik benadrukken dat de maatstaf van het EHRM over het algemeen als ruimer wordt beschouwd dan het criterium van de Hoge Raad.⁴⁰ Voor een justitiabele biedt het uitgangspunt van het EHRM dus meer rechtsbescherming. Naar mijn mening heeft Ouwerkerk dan ook terecht naar voren gebracht dat een (overwegend) feitelijke toetsing van 'hetzelfde feit', beter aansluit bij het rechtsbeschermende karakter van het *ne bis in idem*-beginsel.⁴¹ Het tweede element van de rechtspraak van het EHRM heeft betrekking op de vraag of sprake is van een tweede vervolging, oftewel de 'bis'. Volgens het EHRM kunnen twee procedures met een verschillend etiket – strafrechtelijk en bestuursrechtelijk – zodanig nauw met elkaar zijn verweven dat zij als één procedure moeten worden gezien, hetgeen betekent dat geen sprake is van een dubbele vervolging. Zo overweegt het EHRM in het arrest *Nilsson/Zweden*:

"While the different sanctions were imposed by two different authorities in different proceedings, there was nevertheless a sufficiently close connection between them, in substance and in time."⁴²

De intrekking van het rijbewijs van Nilsson is een rechtstreeks gevolg van een verwachte of onherroepelijk einduitspraak van de rechter voor een verkeersovertreding. Zodoende vindt het EHRM dat er een voldoende nauw verband bestaat tussen de bestuursrechtelijke procedure van de intrekking van het rijbewijs en de strafrechtelijke vervolging van Nilsson. Derhalve is artikel 4 van het Zevende Protocol volgens het Europese Hof niet geschonden. Ook in het arrest *Nykänen/Finland* heeft het EHRM zich over deze kwestie uitgelaten.⁴³ In deze zaak leidt de administratieve procedure tot een strafheffing voor belastingontduiking.

38 EHRM 10 februari 2009, NJ 2010/36, par. 82 (*Zolotukhin/Rusland*).

39 Zie voor een uitvoerige beschouwing van deze discussie: Corstens & Borgers 2014, p. 202; F. de Graaf, 'Ne bis in idem. Twee keer hetzelfde in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', DD 2013, afl. 5, p. 371-383; Van Hattum (*Non bis in idem*) 2012, p. 398; J.W. Ouwerkerk, 'Het feitsbegrip bij ne bis in idem en eendaadse samenloop: Tussen nationale uitlegging en internationale verplichtingen', DD 2012, afl. 6, p. 490-508; R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestaande bestuursrecht, mede in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2011, p. 657.

40 In dezelfde zin: Bemelmans 2012, p. 36; Corstens & Borgers 2014, p. 201; Van Hattum 2012 (*Over criminal charge*), p. 298.

41 Vergelijk Ouwerkerk 2012, p. 502.

42 EHRM 13 december 2005, AB 2006/285 (*Nilsson/Zweden*), m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

43 Zie in dit verband ook EHRM 20 mei 2014, appl. no. 37394/11 (*Glantz/Finland*); EHRM 20 mei 2014, appl. no. 758/11 (*Hakka/Finland*); EHRM 20 mei 2014, appl. no. 35232/11 (*Pirttimaki/Finland*).

De tweede (strafrechtelijke) procedure mondt uit in een gevangenisstraf voor hetzelfde feit. In tegenstelling tot het arrest *Nilsson/Zweden* neemt het EHRM hier geen voldoende nauw verband tussen procedures aan. In dat verband overweegt het Europese Hof dat:

“the criminal and the administrative sanctions are imposed by different authorities without the proceedings being in any way connected: both sets of proceedings follow their own separate course and become final independently from each other.”⁴⁴

Uit deze overweging zijn de volgende factoren af te leiden die een rol spelen bij de beoordeling of sprake is van een dubbele vervolging:

- of de sancties zijn opgelegd door verschillende autoriteiten;
- of de onderhavige procedures op enige wijze met elkaar in verband staan;
- of de oplegging van de eerdere sanctie een rol speelt bij de oplegging van een andere (tweede) sanctie;
- of de oplegging van de sancties zijn gebaseerd op gescheiden procedures, waarbij de procedures een eigen, afzonderlijke (rechts)gang doorlopen en onafhankelijk van elkaar uitmonden in een eindoordeel ten aanzien van de onderhavige zaak.⁴⁵

Bij nadere bestudering van de arresten *Nykänen/Finland* en *Nilsson/Zweden* moet mijns inziens worden aangenomen dat door het EHRM de laatste factor doorslaggevend wordt geacht. Deze factor bepaalt immers het verschil in uitkomst tussen de twee zaken. Het EHRM concludeert immers dat de *ne bis in idem*-regel van het Zevende Protocol in de zaak van *Nykänen* is geschonden.

3 Samenloop tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijk handhaving

3.1 De bestuurlijke boete

Naast de strafrechtelijke handhaving is het sinds de invoering van de Derde en Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), ook mogelijk dat op bestuursrechtelijk niveau handhavend wordt opgetreden. De algemene regeling die hierdoor in de Awb is geïntroduceerd, heeft voor de bestuursrechtelijke handhaving in veel opzichten eenzelfde functie als de algemene bepalingen van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering.⁴⁶ Meer in het bijzonder moet hier worden gewezen op de introductie van de bestuurlijke boete als handhavingsinstrument in de Awb. Nu de bestuurlijke boete wordt opgelegd door een bestuursorgaan, na een daaraan voorafgaand bestuursrechtelijk onderzoek, betreft de bestuurlijke boete geen strafrecht *pur sang*. Bovendien worden bezwaren tegen de oplegging van de bestuurlijke boete afgedaan door middel van een bestuursrechtelijke procedure.⁴⁷ Veeleer wordt in dit verband gesproken van het (be)straffende be-

44 EHRM 20 mei 2014, appl. no. 11828/11, par. 51 (*Nykänen/Finland*).

45 Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Hartevelt, punt 8.52 bij HR 3 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:8; EHRM 10 februari 2015, appl. no. 53753/12 (*Kiiveri/Finland*); EHRM 27 januari 2015, appl. no. 17039/13 (*Rinas/Finland*).

46 R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman, 'Algemeen', in: F.G.H. Kristen e.a., *Bijzonder Strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma 2011, p. 62-63.

47 Lamp e.a. 2011, p. 64.

stuur.⁴⁸ De bestuurlijke boete wordt omschreven als ‘de bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom’.⁴⁹ Dat de bestuurlijke boete wordt aangemerkt als bestraffende sanctie betekent dat het doel van de sanctie is gericht op het toevoegen van leed.⁵⁰ Dit laatste is van belang in verband met de kwalificatie van de bestuurlijke boete als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM, waarop hieronder zal worden ingegaan.

3.2 *Una via-regeling*

Op de samenloop tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving is artikel 68 Sr niet van toepassing. Deze *ne bis in idem*-bepaling heeft alleen betrekking op de dubbele strafrechtelijke vervolging. Voor de samenloop tussen de bestuursrechtelijk en strafrechtelijke handhaving is evenwel de *una via*-regeling geïntroduceerd. Deze regeling brengt met zich dat een keuze moet worden gemaakt bij een mogelijke gelijktijdige inzet van het strafrecht en de bestuurlijke boete.⁵¹ In algemene zin heeft de regeling een basis gekregen in zowel de Awb als het Wetboek van Strafvordering. Zo schrijft artikel 5:44 lid 1 Awb voor dat geen bestuursrechtelijke boete mag worden opgelegd indien tegen de betrokkene voor dezelfde gedraging reeds een strafrechtelijke vervolging is ingesteld dan wel een strafbeschikking is uitgevaardigd. Dit betekent dat geen bestuurlijke boete meer mag worden opgelegd zodra de strafzaak onder de rechter is. Leidt de strafrechtelijke vervolging uiteindelijk tot een vrijspraak of een niet-ontvankelijkverklaring van het OM dan is het niet alsnog toegestaan een bestuurlijke boete op te leggen. Een spiegelbeeldige regeling is te vinden in artikel 243 Sv. Uit deze bepaling volgt dat de oplegging van een bestuurlijke boete of de mededeling dat geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd, dezelfde gevolgen heeft als een kennisgeving van niet verdere vervolging. Zodoende is in dergelijke gevallen de strafvervolgung ter zake van hetzelfde feit uitgesloten, tenzij er nieuwe bezwaren bekend worden.

3.3 *De criminal charge*

Voorts rijst de vraag of de bestuurlijke boete als *criminal charge* kan worden aangemerkt, omdat deze sanctie een zeker bestraffend karakter heeft. Het EHRM heeft in het Özturk-arrest drie criteria naar voren gebracht aan de hand waarvan moeten worden beoordeeld of er sprake is van een *criminal charge*.⁵² In de eerste plaats wordt beoordeeld of de normschending volgens het nationale recht is aan te merken als strafbaar feit. Ten tweede wordt gekeken naar de aard van de overtreding.⁵³ Het laatste criterium is de aard en zwaarte van de sanctie. Daarbij moet worden gekeken naar de maximumstraf die door de nationale wetgever op de normschending is gesteld.⁵⁴

48 Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, *Het straffende bestuur*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.

49 Artikel 5:40 Awb.

50 Zo blijkt uit artikel 5:2 lid 1 onder c Awb. Zie ook Albers 2012, p. 22-24.

51 M.J.A. Duker, ‘Vervolging en berechting’, in: F.G.H. Kristen e.a., *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma 2011, p. 520.

52 EHRM 21 februari 1984, AA 1985, 145 (*Özturk/Duitsland*), m.nt. Swart. Zie in dit verband ook EHRM 8 juni 1976, appl. no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (*Engel/Nederland*).

53 Hierbij speelt de vraag een rol of de overtreden norm tot alle burgers, eventueel in een bepaalde hoedanigheid (bijvoorbeeld als wegmisbruikers), is gericht, zie: C.L.G.F.H. Albers, ‘Bestraffend bestuur 2014. Naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht?’, in: C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris en F.J.P.M. Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 28-29.

54 EHRM 9 oktober 2003, appl. no. 39665/98 en 40086/98, par. 120 (*Ezeh & Connors/Verenigd Koninkrijk*).

Aan het eerste criterium hecht het EHRM relatief weinig waarde. Doordat het EHRM een autonome betekenis geeft aan het *criminal charge*-begrip is de etikettering van het nationale recht in dit verband niet bepalend.⁵⁵ De nadruk ligt op het tweede en het derde criterium. Deze twee criteria moeten worden gezien als alternatieve criteria. Volgens het EHRM kunnen de aard van de normschending óf de aard en zwaarte van de sanctie die op de desbetreffende normschending staat, ieder op zichzelf de conclusie rechtvaardigen dat de relevante normschending kan worden aangemerkt als 'criminal'.⁵⁶ Dat betekent echter niet dat het tweede en het derde criterium elkaar niet kunnen aanvullen. Is bijvoorbeeld de aard van de normschending in een concreet geval onvoldoende om tot de conclusie te komen dat er sprake is van een normschending, dan kunnen de beide criteria tezamen toch tot het eindoordeel leiden dat de normschending een *criminal charge* is. Na bestudering van de jurisprudentie van het EHRM heeft Albers betoogd dat de aard van de sanctie vaak doorslaggevend blijkt.⁵⁷ Hij brengt naar voren dat 'indien de sanctie bestraffend en afschrikkend van aard is, er in dergelijke gevallen meestal sprake is van een *criminal charge*'.⁵⁸ De bestuurlijke boete wordt aangemerkt als een 'bestraffende sanctie' en beoogt de overtreder leed toe te voegen. Daarmee is duidelijk dat de bestuurlijke boete in beginsel kwalificeert als *criminal charge*, hetgeen betekent dat bij de oplegging van de bestuurlijke boete de rechten zoals opgenomen in artikel 6 en 7 EVRM in acht moeten worden genomen.⁵⁹ Het is evenwel denkbaar dat een bestuursrechtelijke maatregel geen bestuurlijke boete betreft, maar wel is te kwalificeren als *criminal charge*. Ook bij de oplegging van dergelijke bestraffende bestuurlijke maatregelen lijken de rechten uit het EVRM van toepassing.⁶⁰

4 Het alcoholslotprogramma

4.1 Doel en werking asp

Sinds 1 december 2011 is het mogelijk dat bestuurders van personenauto's worden onderworpen aan een asp. Het asp is ingevoerd naar aanleiding van 'de wens en de noodzaak om het aantal verkeersslachtoffers als gevolg van het rijden onder invloed van alcohol terug te dringen'.⁶¹ Het doel van het asp is erin gelegen om de betrokken bestuurder een onderscheid te leren maken tussen het gebruik van alcohol en het besturen van een motorrijtuig.⁶² Concreet houdt het asp in dat de betrokken bestuurder gedurende twee jaar slechts een met een alcoholslot uitgerust motorrijtuig mag besturen.⁶³ Het alcoholslot wordt gevormd door het slot, een startonderbreker en een registratie-eenheid. De startonderbreking kan alleen worden opgeheven door met succes een (verkapte) ademtest af te leggen.⁶⁴ Daarnaast zal het alcoholslot tijdens het rijden met onregelmatige tussenpozen vragen op-

55 Door een normschending niet te etiketteren als strafbaar feit, maar bijvoorbeeld onder het bestuursrecht aan te brengen, voorkomt de nationale wetgever niet dat de normschending op basis van het tweede en derde criterium als *criminal charge* kan worden aangemerkt.

56 EHRM 9 oktober 2003, appl. no. 39665/98 en 40086/98, par. 86 (*Ezeh & Connors/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 23 november 2006, AB 2007/57 (*Jussilia/Finland*), m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

57 Zo leidt hij af uit EHRM 23 november 2006, AB 2007/57 (*Jussilia/Finland*), m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

58 Albers 2014, p. 29. Volledigheidshalve verdient het opmerking dat dit niet betekent dat zeer geringe (bestuurlijke) boetes niet kunnen worden aangemerkt als *criminal charge*, zie bijvoorbeeld EHRM 23 november 2005, AB 2007/57 (*Jussilia/Finland*), m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

59 Albers 2012, p. 28-30; Bemelmans 2012, p. 26; Lamp e.a. 2011, p. 64-65.

60 Vergelijk Albers 2012, p. 36-37.

61 *Kamerstukken II* 2008/09, 31896, nr. 3, p. 1.

62 *Kamerstukken II* 2008/09, 31896, nr. 3, p. 8.

63 Zie artikel 132c lid 1 sub a WVV 1994.

64 Bedraagt het alcoholpromillage in de uitgedemde lucht meer dan 88 ug/l, dan voorkomt het alcoholslot dat de auto wordt gestart.

nieuw een ademtest af te leggen.⁶⁵ Voorts moet de betrokkene het alcoholslot met enige regelmaat laten uitlezen bij een uitleesstation, waardoor de resultaten van de afgelegde ademtests worden geregistreerd. Alle resultaten die uit het alcoholslot worden gelezen, worden toegerekend aan de bestuurder op wiens naam het alcoholslot is ingebouwd. Blijkt uit de testresultaten dat de bestuurder niet correct meewerkt aan het asp dan kan de duur van het programma worden verlengd, of wordt verdere deelname aan het programma ontzegd.⁶⁶ Als laatste omvat het asp de verplichting een begeleidingsprogramma te volgen. Daarbij volgt de betrokkene een motiveringsprogramma verdeeld over drie dagdelen. Het begeleidingsprogramma heeft mede tot doel dat de bestuurder inzicht krijgt in het eigen alcoholgebruik.⁶⁷

4.2 **Het wettelijke kader van het asp: wanneer wordt het asp opgelegd?**

Het asp wordt opgelegd door het CBR, een bestuursorgaan. Daarbij beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid. Dat betekent dat het CBR het asp – behoudens contra-indicaties⁶⁸ – moet opleggen zodra zich één van de gevallen voordoet uit artikel 17 lid 1 onder a tot en met g van de Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011. De belangrijkste gevallen betreffen het rijden onder invloed van alcoholhoudende drank. Het asp wordt opgelegd aan bestuurders die door de politie in het verkeer zijn aangehouden met een ademalcoholgehalte tussen 570 ug/l en 785 ug/l.⁶⁹ Ook beginnende bestuurders – kort gezegd bestuurders die nog geen vijf jaar een rijbewijs hebben – worden onderworpen aan een asp, indien zij zijn aangehouden met een alcoholpromillage tussen de 435 ug/l respectievelijk 785 ug/l.⁷⁰ Het asp is een dwingend bestuursrechtelijke maatregel. Er bestaat dus geen ruimte voor een belangenafweging, bijvoorbeeld ten aanzien van de privéomstandigheden van de betrokken bestuurder.

De duur van het asp bedraagt ten minste twee jaar.⁷¹ Een alcoholslot kan alleen worden ingebouwd in een motorrijtuig van de B-categorie van het rijbewijs. In het wetsvoorstel is te lezen dat de minister het asp heeft beperkt tot personenauto's, omdat 'de regelgeving minder complex is, terwijl eerst ervaring kan worden opgedaan met dit in Nederland nieuwe instrument'.⁷² Voor beroepschauffeurs is het niet mogelijk een alcoholslot in een vrachtwagen of bus te laten inbouwen. In de praktijk heeft dit geleid tot een onevenredige verhouding.⁷³ De wetgever heeft hier op gereageerd door in januari 2014 een noodwet in het leven te roepen.⁷⁴ Als gevolg van deze noodwet komt een betrokkene niet in aanmerking voor een asp indien hij ten tijde van de oplegging van het asp voor zijn inkomen afhankelijk is van een categorie C- of D-rijbewijs.⁷⁵

65 *Kamerstukken II* 2008/09, 31896, nr. 3, p. 17-18.

66 Kurtovic & Van Spanje 2013, p. 259.

67 De Vries e.a. 2014, p. 848.

68 Zoals te vinden in artikel 18 Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011.

69 Gelijk aan een bloedalcoholgehalte van 1,3% respectievelijk 1,8%, zie artikel 17 lid 1 sub a Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011.

70 Gelijk aan een bloedalcoholgehalte van 1,0% respectievelijk 1,8%, zie artikel 17 lid 1 sub b Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011.

71 Artikel 132c lid 4 WvW 1994.

72 *Kamerstukken II* 2008/09, 31896, nr. 3, p. 17.

73 Zie Kurtovic & Van Spanje 2013, p. 260; Sackers 2014, p. 192-193.

74 Regeling van 22 april 2014, *Stcrt.* 2014, 10591.

75 Zie artikel 18 lid 1 sub h Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011. De betrokkene kan dit aantonen door middel van een werkgeversverklaring, loonstrookje(s), een bewijs van inschrijving bij de Kamer van Koophandel waaruit blijkt dat betrokkene is ingeschreven of opdrachten waaruit blijkt dat de betrokkene voor het inkomen van zijn rijbewijs afhankelijk is, zie artikel 18 lid 2 Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011.

Per motorrijtuig kan slechts één alcoholslot worden ingebouwd.⁷⁶ De kosten voor het asp komen in zijn geheel voor rekening van de betrokken bestuurder.⁷⁷ Deze kosten liggen tussen € 4000 en € 5000. Na het laten inbouwen van een alcoholslot kan de bestuurder een speciaal rijbewijs met de code 103 ('rijden met alcoholslot') aanvragen. Daardoor is het de bestuurder toegestaan een personenauto met een op zijn naam ingebouwd alcoholslot te besturen. Op dit speciale rijbewijs zijn (eventuele) andere rijbewijzen ongeldig verklaard, behoudens het AM-rijbewijs (scooter en/of bromfiets). Is de betrokken bestuurder om wat voor reden dan ook niet in staat een alcoholslot in een auto te laten inbouwen, dan worden alle rijbewijzen, wederom met uitzondering van het AM-rijbewijs, ongeldig verklaard voor de duur van vijf jaren.

4.3 Samenloop met het strafrecht

Daarnaast zal de officier van justitie op enig moment een vervolgingsbeslissing moeten nemen ten aanzien van de overtreding van artikel 8 van de WVV 1994, welke bepaling het besturen van een motorrijtuig onder invloed van alcoholhoudende drank strafbaar stelt. In het tweede lid van deze bepaling komt naar voren dat het eenieder is verboden een voertuig te besturen indien het alcoholgehalte van de adem van de bestuurder hoger blijkt te zijn dan 220 µg/l.⁷⁸ Voor een beginnend bestuurder geldt een lager alcoholpromillage, te weten 88 µg/l.⁷⁹ Bestuurders die met een lager alcoholpromillage worden aangehouden kunnen worden vervolgd op grond van artikel 8 lid 1 WVV 1994.⁸⁰

Volgens de wettekst kan degene die schuldig wordt bevonden aan overtreding van artikel 8 WVV 1994 worden gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden en een geldboete van de derde categorie (ten hoogste € 8.100).⁸¹ Daarnaast kan de veroordeelde de maatregel van de ontzegging van de rijbevoegdheid worden opgelegd, zo blijkt uit artikel 179 WVV 1994.⁸² In de praktijk wordt de oplegging van een straf en/of maatregel wegens overtreding van artikel 8 WVV 1994 in belangrijke mate beheerst door een aantal beleidsregels en oriëntatiepunten.⁸³

Deze uit de vervolging voortvloeiende oplegging van straf en/of maatregel, volgt naast de bestuursrechtelijke oplegging van het asp. Een wettelijk regime omtrent de vraag welke procedure – de bestuursrechtelijke of strafrechtelijke – als eerste moet worden doorlopen, ontbreekt. Zodoende is het van het toeval afhankelijk of het CBR dan wel de strafrechter als eerste over het rijden onder invloed van alcoholische drank oordeelt. In de praktijk blijkt veelal dat de bestuursrechtelijke maatregel van het asp eerst wordt opgelegd, alvorens de strafrechter zijn oordeel geeft.⁸⁴

76 Zie artikel 132c lid 2 WVV 1994. Wenst de betrokken bestuurder in meerdere auto's te rijden tijdens de periode dat hij is onderworpen aan het asp, dan dient hij in elk motorrijtuig een alcoholslot te laten inbouwen.

77 Artikel 132c lid 6 WVV 1994.

78 Indien de betrokkene om wat voor reden dan ook niet in staat is met succes een ademanalyse-onderzoek te ondergaan, dan biedt mogelijk een bloedproef uitkomst. Daarbij leidt een alcoholgehalte van 0,5 milligram alcohol per milliliter bloed tot overtreding van artikel 8 lid 2 WVV 1994.

79 Dit staat gelijk aan een alcoholgehalte van 0,2 milligram alcohol per milliliter bloed.

80 J. Rimmelink, *Hoofdwegen door het verkeersrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 129-130.

81 Zie artikel 8 WVV 1994 jo. artikel 176 lid 4 WVV 1994 jo. artikel 23 lid 4 Sr.

82 De rijbevoegdheid van de veroordeelde kan voor de maximale duur van vijf jaren worden ontzegd, artikel 179 lid 1 WVV 1994.

83 Zo maakt het OM gebruik van de Richtlijn voor strafvordering rijden onder invloed van alcohol en/of drugs en rijden tijdens een rijverbod (2015R040), de Aanwijzing onderzoek rijden onder invloed en de Aanwijzing inzake de invordering van rijbewijzen (2011A006). Door de Rechtspraak worden iets afwijkende regels gehanteerd in de Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken.

84 Sackers 2014, p. 194.

4.4 *Het asp: ne bis in idem of una via*

Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat bij het asp sprake is van samenloop tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving ten aanzien van het rijden onder invloed. Nu er sprake is van een zekere overlap tussen een bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedure zal men in eerste instantie geneigd zijn om te zeggen dat een dergelijke samenloop op basis van de *una via*-regeling moet worden beoordeeld. In dat verband hebben De Vries e.a. betoogd dat de strafrechtelijke vervolging na oplegging van het asp op gespannen voet staat met dit beginsel.⁸⁵ Hierboven kwam naar voren dat de *una via*-regeling, zoals neergelegd in artikel 5:44 Awb en artikel 243 Sv, louter van toepassing is op de bestuurlijke boete. Het asp is echter niet aan te merken als een bestuurlijke boete. Immers, de oplegging van het asp behelst niet de primaire verplichting tot betaling van een geldsom. Dat er kosten zijn verbonden aan het programma maakt dit niet anders. Derhalve moet worden geconcludeerd dat het asp niet onder de *una via*-regeling valt in de zin van artikel 5:44 Awb en artikel 243 Sv.

Logischerwijs dient vervolgens te worden onderzocht of de strafrechtelijke vervolging na oplegging van het asp in strijd is met de *ne bis in idem*-bepaling van artikel 68 Sr. Een strikte lezing van die bepaling leert dat artikel 68 Sr slechts van toepassing is op einduitspraken van de strafrechter. De oplegging van het asp geschiedt door een bestuursorgaan en valt derhalve niet onder de werkingssfeer van het *ne bis in idem*-beginsel in de zin van artikel 68 Sr. Aldus lijkt de samenloop tussen de bestuursrechtelijke oplegging van het asp en een gelijktijdige of opeenvolgende strafvervolging, in een wettelijke leemte te vallen. In dat verband verdient het bestudering hoe de strafrechtelijke feitenrechter oordeelt over deze problematiek.

4.5 *Feitenrechter over het asp*

De Nederlandse feitenrechtspraak omtrent de vraag of het *ne bis in idem*-beginsel belet dat na oplegging van het asp een strafvervolging wordt ingezet, is diffuus. Er is een tendens zichtbaar dat de strafrechter steeds kritischer wordt over de strafrechtelijke vervolging na oplegging van het asp. De feitenrechtspraak is in een aantal categorieën in te delen. In de eerste plaats kan worden gewezen op een categorie van uitspraken waarin het asp niet wordt aangemerkt als *criminal charge*, maar waarbij de strafrechter de (hoge) kosten van het asp verdisconteert in de op te leggen straf.⁸⁶ Deze categorie ziet men ook terug in de huidige LOVS-oriëntatiepunten.⁸⁷ In deze categorie is er volgens de strafrechter geen sprake van een dubbele bestraffing in die zin dat het *ne bis in idem*-beginsel of de *una via*-regeling toepassing vindt.

Daarnaast is er een categorie van uitspraken waarin de strafrechter aanneemt dat sprake is van een *criminal charge* gelet op de specifieke persoonlijke omstandigheden van de betrokkene. Zo overweegt de Rechtbank 's-Gravenhage dat de oplegging van het asp een *criminal charge* is, indien de ongeldigverklaring van het rijbewijs voor de duur van vijf jaren het gevolg is van een zwaarwegende onmogelijkheid aan het alcoholslotprogramma deel te

⁸⁵ De Vries e.a. 2014, p. 852.

⁸⁶ Zo oordeelde de Rb. 's-Gravenhage dat de kosten die de bestuurder moet maken voor het volgen van het asp er niet aan af doen dat de maatregel in algemene zin niet als *criminal charge* is aan te merken, nu die kosten zijn bedoeld voor het uitvoeren van het programma en geen boete behelzen. Desalniettemin werd de geldboete, volgens de LOVS-richtlijnen € 1.000, gematigd tot € 500 en werd slechts een voorwaardelijke ontzegging van de rijbevoegdheid opgelegd, zie: 41.4. Zie voorts: Rb. Gelderland 9 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:5372, Hof Amsterdam 3 februari 2014, NJFS 2014/71.

⁸⁷ Ten aanzien van het rijden onder invloed (artikel 8 WVV 1994) is thans in die oriëntatiepunten te lezen dat deelname aan het asp matigend kan werken op de op te leggen straf, zie toelichting oriëntatiepunten artikel 8 WVV 1994 rijden onder invloed van de oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken.

nemen.⁸⁸ De rechtbank komt niet toe aan de vraag of het *ne bis in idem*-beginsel vervolgens de strafrechtelijke vervolging belet na oplegging van een asp, omdat in casu nader onderzoek naar deze zwaarwegende omstandigheden van de desbetreffende bestuurder moet worden verricht. Na deze uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage is ook de Rechtbank Rotterdam tot de conclusie gekomen dat het asp een *criminal charge* is, gelet op het financiële onvermogen van de betrokkene om deel te nemen aan het programma. De Rotterdamse strafrechter oordeelt echter dat het *ne bis in idem*-beginsel niet van toepassing is, omdat het beginsel alleen betrekking heeft op beslissingen van strafrechtelijke aard. De enkele omstandigheid dat er al een sanctie met een bestuursrechtelijke karakter is opgelegd brengt volgens de Rechtbank Rotterdam niet met zich dat het OM niet-ontvankelijk is.⁸⁹ In de laatste categorie wordt het asp in alle gevallen aangemerkt als *criminal charge* en wordt de strafvervolging na oplegging van het asp in strijd geacht met het *ne bis in idem*-beginsel. Het Hof 's-Gravenhage lijkt de eerste te zijn die tot dit oordeel komt. Volgens het hof is de oplegging van het asp in alle gevallen een *criminal charge*, omdat het niet deelnemen aan het asp leidt tot een aanzienlijke beperking van rijbevoegdheid, er op geen enkele wijze rekening wordt gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene en omdat het asp gepaard gaat met hoge kosten.⁹⁰ Vervolgens oordeelt het Hof 's-Gravenhage vrij eenvoudig dat een strafrechtelijke vervolging voor hetzelfde feitencomplex als waarvoor reeds de maatregel van het asp is opgelegd, in strijd is met het wettelijk stelsel. Aldus wordt het OM op grond van artikel 68 Sr niet-ontvankelijk verklaard.⁹¹ In navolging van het Hof 's-Gravenhage verklaren meer gerechten het OM niet-ontvankelijk in de strafvervolging van bestuurders die reeds een asp hebben opgelegd gekregen, omdat een dergelijke handelswijze in strijd is met het *ne bis in idem*-beginsel.⁹²

5 Analyse van het alcoholslot-arrest van de Hoge Raad

5.1 Werkingssfeer artikel 68 Sr

Tegen het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 22 september 2014 heeft het OM cassatie ingesteld. In het cassatiemiddel wordt door het OM betoogd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat artikel 68 Sr in de weg staat aan de strafrechtelijke vervolging indien aan de betrokkene reeds de verplichting is opgelegd tot deelname aan het asp. Voorts behelst het

88 Rb. 's-Gravenhage 16 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14150.

89 Rb. Rotterdam 20 mei 2014, *NJFS* 2014, 174.

90 Hof 's-Gravenhage 22 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3017; *JB* 2014, 209, r.o. 3.2-3.11, m.nt. De Kam (41.2).

91 Hof 's-Gravenhage 22 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3017; *JB* 2014, 209, r.o. 4.9, m.nt. De Kam (41.2).

92 Rb. Gelderland 12 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8033, Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8499 en Hof Amsterdam 20 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4807. Vooral het standpunt van het Hof Amsterdam is in dit verband opmerkelijk te noemen. Op 16 september 2014 had het Amsterdamse Hof nog geoordeeld dat het asp in beginsel niet als punitief kan worden beschouwd, maar dat een andersluidend oordeel evenwel in individuele gevallen mogelijk is indien de oplegging van het programma onevenredig zwaar is, zie Hof Amsterdam 16 september 2014, *NbSr* 2014, 251. Hetzelfde Hof heeft vervolgens op 20 november 2014 geoordeeld dat 'het opleggen van de maatregel van het aan de verdachte opgelegde alcoholslotprogramma, mede gelet op de verplichting tot betaling van de met die maatregel gemoeide kosten, de ongeldigverklaring van het (codevrije) rijbewijs van de verdachte en de verdere mogelijk (zeer) vergaande gevolgen van de maatregel, in het licht van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, vanwege de aard en zwaarte ervan als punitief moeten worden beschouwd en dit mitsdien moet worden aangemerkt als *criminal charge* in de zin van artikel 6, eerste lid, van het EVRM', zie Hof Amsterdam 20 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4807. Uit deze uitspraak is af te leiden dat ook het Hof Amsterdam de maatregel van het asp in alle gevallen aanmerkt als *criminal charge*, waarmee het zijn standpunt van twee maanden daarvoor heeft verlaten.

cassatiemiddel de klacht dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de oplegging van de bestuursrechtelijke maatregel een *criminal charge* is.

Bij de beoordeling van het cassatiemiddel stelt de Hoge Raad voorop dat artikel 68 Sr op de onderhavige zaak niet van toepassing is, omdat geen sprake is van meerdere onherroepelijke beslissingen van de strafrechter.⁹³ Hierboven kwam naar voren dat naar de letter van de wet, artikel 68 Sr inderdaad slechts van toepassing is op eindspraken van de strafrechter en dat het asp hier niet onder valt nu deze wordt opgelegd door een bestuursorgaan. Op basis van een strikte lezing van de wet heeft de Hoge Raad dus terecht geoordeeld dat artikel 68 Sr in de alcoholslot-zaak niet van toepassing is.

Hierboven kwam echter ook naar voren dat Borgers heeft betoogd dat op grond van het arrest NJ 2012/327 (41.5) de Hoge Raad een ruimere werkingssfeer aan artikel 68 Sr lijkt toe te kennen. In deze benadering van Borgers wordt het vervolgingsbegrip van artikel 68 Sr gelijkgesteld aan de *criminal charge*, hetgeen betekent dat het eerste lid van artikel 68 Sr de strafrechtelijke vervolging van hetzelfde feit belet waarvoor in een eerdere procedure een 'determination of a criminal charge' heeft plaatsgevonden.⁹⁴ Een dergelijke benadering brengt met zich dat het asp onder het bereik van artikel 68 Sr valt, indien de oplegging van deze maatregel is aan te merken als een *criminal charge*.

5.2 Het asp wel of geen *criminal charge*?

In dit verband is het opmerkelijk dat de Hoge Raad in het alcoholslot-arrest verwijst naar rechtspraak van het EHRM ten aanzien van de uitleg van het begrip 'criminal charge'. Zo overweegt de Hoge Raad onder meer dat in internationaal verband niet zonder meer van doorslaggevende betekenis is of de nationale wetgever een sanctie als bestuursrechtelijk of als strafrechtelijk aanmerkt. Dit is een duidelijke verwijzing naar de Özturk-jurisprudentie van het EHRM, ook al benoemt de Hoge Raad dit arrest niet met zoveel woorden. Voorts haalt de Hoge Raad expliciet het arrest *Nilsson/Zweden* aan. In dit arrest heeft het EHRM bepaald dat de intrekking van het rijbewijs voor de duur van 18 maanden is te kwalificeren als *criminal charge*.⁹⁵ De Hoge Raad geeft echter niet aan hoe het arrest *Nilsson/Zweden* zich verhoudt ten opzichte van de alcoholslot-zaak. Daardoor blijft de vraag onbeantwoord of de Hoge Raad het asp als *criminal charge* aanmerkt. Enerzijds kan namelijk worden betoogd dat de zwaarte van de oplegging van de sanctie bij de oplegging van een asp op zichzelf voldoende is voor de kwalificatie als *criminal charge*, aangezien de ongeldigverklaring van het rijbewijs voor de duur van vijf jaren (60 maanden) bij het niet volgen van het asp van aanzienlijk langere duur is dan de 18 maanden die het EHRM in *Nilsson/Zweden* hanteert. Anderzijds leidt het correct volgen van het asp tot het behoud van het rijbewijs en biedt het *Nilsson/Zweden*-arrest geen grondslag om te betogen dat het asp een *criminal charge* is.⁹⁶ Dan geldt alleen voor de beroepschauffeur dat het asp is aan te merken als een *criminal charge*, omdat het niet mogelijk is een alcoholslot in zijn bus of vrachtwagen te laten inbouwen. Daardoor zal deze zijn C- of D-rijbewijs kwijt zijn voor de duur van 24 maanden, wat wederom langer is dan de intrekking voor de duur van 18 maanden die door het EHRM als *criminal charge* wordt gekwalificeerd.

Naar mijn mening kan uit het onderhavige arrest wel worden afgeleid dat de Hoge Raad de oplegging van het asp kwalificeert als *criminal charge*. De eindconclusie van het arrest is

93 41.1, r.o. 4.3.1.

94 Zie conclusie advocaat-generaal Hartevelt voor HR 3 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:8, punt 8.30.

95 EHRM 13 december 2005, AB 2005/285 (*Nilsson/Zweden*), m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

96 Mogelijk bieden de hoge kosten van het asp dan een grondslag voor de conclusie dat het asp een *criminal charge* is. Dat is echter niet de factor die in het arrest *Nilsson/Zweden* in de ogen van het EHRM beslissend is om te oordelen dat de desbetreffende intrekking van het rijbewijs een *criminal charge* is.

dat naast de oplegging geen ruimte is voor een strafvervolging, aangezien dit een inbreuk vormt op het beginsel dat iemand niet tweemaal voor hetzelfde feit mag worden vervolgd of bestraft. Deze overweging impliceert dat de oplegging van het asp in de ogen van de Hoge Raad in ieder geval enig bestraffend karakter valt toe te dichten. Voorts is deze uitleg in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM, waarin naar voren komt dat bij de zwaarte van de sanctie moet worden gekeken naar de maximumstraf die door de wetgever op de normschending is gesteld. Bij de oplegging van het asp betreft dat de intrekking van het rijbewijs voor de duur van 60 maanden. Gelet op het arrest *Nilsson/Zweden* staat het naar mijn mening buiten kijf dat een dergelijke intrekking van het rijbewijs een *criminal charge* is. Ook Barkhuysen en Van Emmerik hebben naar voren gebracht dat de bestuursrechtelijke maatregel van het asp door de Hoge Raad wordt aangemerkt als bestraffende sanctie en kennelijk kwalificeert als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.⁹⁷ Mijns inziens blijft het evenwel een kwestie van gissen of de Hoge Raad met de verwijzing naar *Nilsson/Zweden* daadwerkelijk heeft bedoeld dat het asp kwalificeert als *criminal charge*, omdat een duidelijke overweging hieromtrent ontbreekt. Enige terughoudend is hier dan ook op zijn plaats. Dat de Hoge Raad een dergelijke overweging in het onderhavige arrest achterwege heeft gelaten, is naar mijn mening hoogst onbevredigend, mede gelet op de cruciale rol die deze vraag in de feitenrechtspraak heeft gespeeld.

De conclusie dat de Hoge Raad het asp aanmerkt als *criminal charge* heeft overigens vergaande gevolgen voor de benadering van Borgers ten aanzien van werkingssfeer van artikel 68 Sr. Als uit het onderhavige alcoholslot-arrest inderdaad mag worden afgeleid dat het asp een *criminal charge* is, dan zou dat in de benadering van Borgers betekenen dat artikel 68 Sr van toepassing is. De Hoge Raad heeft in het alcoholslot-arrest echter nadrukkelijk overwogen dat artikel 68 Sr niet van toepassing is. Daaruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad de werkingssfeer van artikel 68 Sr, in tegenstelling tot het arrest *NJ 2012/327*, beperkt tot de dubbele strafrechtelijke vervolging. Dit illustreert naar mijn mening dat de rechtspraak omtrent de precieze werkingssfeer van artikel 68 Sr diffuus is. De vraag is of de Hoge Raad deze beperking van zijn redenering heeft overzien en of hem een dergelijke beperking voor ogen staat. In dat verband kan de vraag worden gesteld of het wenselijk is dat halsstarrig wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat artikel 68 Sr slechts van toepassing is op einduitspraken van de strafrechter. Mijns inziens behoeft de benadering van Borgers dan ook niet naar het land der fabelen te worden verworpen. Daarbij dient naar mijn mening in ogenschouw te worden gehouden dat bij een toekomstige ratificatie van het Zevende Protocol bij het EVRM, in Nederland een *ne bis in idem*-bepaling toepassing vindt zodra een maatregel als *criminal charge* kan worden gekwalificeerd. In zoverre is het een kwestie van tijd voordat bestuursrechtelijke maatregelen die thans in een zekere wettelijke leemte vallen – omdat zowel het *ne bis in idem*-beginsel als de *una via*-regeling op deze maatregelen niet van toepassing zijn – onder de bescherming van het *ne bis in idem*-beginsel vallen. Bezien vanuit het standpunt van de rechtsbescherming van de betrokken burger is dat naar mijn mening allesbehalve onwenselijk. Een spoedige ratificatie van het Zevende Protocol is in dat verband naar mijn mening geen overbodige luxe, maar dat terzijde.

5.3 Artikel 50 van het EU-Handvest niet van toepassing

Voorts komt in de overwegingen van de Hoge Raad naar voren dat hij ook de internationale *ne bis in idem*-bepalingen, waaronder artikel 50 van het EU-Handvest, niet van toepassing vindt in de onderhavige alcoholslot-zaak. De Hoge Raad moet naar mijn mening worden

⁹⁷ T. Barkhuysen en M. van Emmerik, 'Alcoholslot exit. Lessen voor nieuwe en ook oude gevallen?', *NJB* 2015/11, p. 676.

tegengeworpen dat de niet-toepasselijkheid van artikel 50 van het EU-Handvest, genuanceerder ligt dan hij doet voorkomen. Zoals gezegd, artikel 50 van het EU-Handvest behoeft slechts door lidstaten in acht te worden genomen indien zij het Unierecht ten uitvoer leggen. In dat verband moet mijns inziens worden gewezen op artikel 7 lid 3 van de Derde Rijbewijsrichtlijn.⁹⁸ Deze bepaling schrijft voor dat lidstaten de individuele rijbewijzen van verkeersovertreders mogen onderwerpen aan specifieke maatregelen die betrekking hebben op de geldigheidsduur van het rijbewijs. Zowel de intrekking van het rijbewijs ten gevolge van de niet-naleving van een opgelegd asp als de intrekking van het rijbewijs op basis van de strafrechtelijke maatregel van de ontzegging van rijbevoegdheid, zijn naar mening te typeren als specifieke maatregelen in de zin van artikel 7 lid 3 Derde Rijbewijsrichtlijn. Beide maatregelen worden immers opgelegd aan verkeersovertreders, namelijk aan personen die onder invloed van alcoholhoudende drank een motorvoertuig hebben bestuurd. Zodoende lijkt het er mijns inziens op dat deze maatregelen zijn aan te merken als het ten uitvoer leggen van het Unierecht, hetgeen betekent dat artikel 50 van het EU-Handvest toepassing vindt. Ook advocaat-generaal Hartevelt heeft overwogen dat deze Europese *ne bis in idem*-bepaling van toepassing is in de onderhavige zaak, omdat bij zowel de ongeldigverklaring van het rijbewijs ten gevolge van het niet deelnemen aan het asp als de intrekking van het rijbewijs op basis van de ontzegging van de rijbevoegdheid, een verband met het Unierecht bestaat.⁹⁹ Ook het Hof Arnhem-Leeuwarden en het Hof Amsterdam hebben geoordeeld dat artikel 50 van het EU-Handvest een grondslag vormt om te beletten dat na oplegging van het asp dezelfde betrokkene nog strafrechtelijk wordt vervolgd.¹⁰⁰

Door slechts te overwegen dat alle internationale bepalingen in de onderhavige zaak niet van toepassing zijn, gaat de Hoge Raad mijns inziens te gemakkelijk voorbij aan artikel 50 van het EU-Handvest. In dit verband had het in de rede gelegen dat de Hoge Raad aan het al dan niet van toepassing zijn van artikel 50 EU-Handvest enkele woorden had gewijd. Mijns inziens had het zelfs voor de hand gelegen dat de Hoge Raad deze kwestie had voorgelegd aan het Hof van Justitie, door middel van een prejudiciële vraag. Door simpelweg te stellen dat de internationale *ne bis in idem*-bepalingen – waaronder dus ook artikel 50 van het EU-Handvest – niet van toepassing zijn, heeft de Hoge Raad zich deze moeite naar mijn mening te gemakkelijk bespaard. Gelet op het belang van de vraag of artikel 50 EU-Handvest op de asp-problematiek van toepassing is, is het uitblijven van enige prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie door de strafkamer van de Hoge Raad een gemiste kans. Dat geldt des te meer als men in ogenschouw neemt dat de uiteindelijk door de Hoge Raad gevonden grondslag voor de *ne bis in idem*-werking van het asp, niet is gestoeld op een wettelijke bepaling.

5.4 *De oplegging van het asp en de strafrechtelijke vervolging: ‘a sufficiently close connection’?*

Alvorens in te gaan op deze door de Hoge Raad geformuleerde grondslag, licht ik eerst nog een ander element van de rechtspraak van het EHRM uit, dat door de Hoge Raad wordt aangehaald. Dit element heeft betrekking op de vraag of sprake is van een tweede vervolging, oftewel de ‘bis’. Hieromtrent benoemt de Hoge Raad de eis van een ‘sufficiently close connection’ en verwijst hij naar de zaken *Nilsson/Zweden* en *Nykänen/Finland*. Evenals bij het eerder behandelde element van de *criminal charge*, geeft de Hoge Raad niet aan hoe deze rechtspraak van het Europese Hof zich verhoudt tot de alcoholslot-problematiek. Zodoende rijst de vraag of er volgens de Hoge Raad wel of geen sprake is van een dubbele vervolging

98 Richtlijn 2006/126/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 betreffende het rijbewijs.

99 Zie conclusie advocaat-generaal Hartevelt voor HR 3 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:8, punt 8.15.

100 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8499 en Hof Amsterdam 20 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4807.

bij de oplegging van een asp en een gelijktijdige of achtereenvolgende strafvervolging. Die vraag knelt des te meer nu de Hoge Raad verwijst naar twee zaken van het EHRM waarin de eindconclusies uiteenlopen. Zoals gezegd, het EHRM oordeelt in de zaak *Nilsson/Zweden* dat er geen sprake is van een dubbele vervolging en in het arrest *Nykänen/Finland* wel. Door zo nadrukkelijk deze twee arresten aan te halen, en niet expliciet aan te geven of er bij de oplegging van het asp en een gelijktijdige of opeenvolgende strafvervolging sprake is van een dubbele vervolging, veroorzaakt de Hoge Raad mijns inziens vooral verwarring.

Gelet op de eindconclusie van de Hoge Raad – naast het asp is geen ruimte voor een strafvervolging – moet naar mijn mening worden geconcludeerd dat de Hoge Raad van mening is dat er geen voldoende nauwe samenhang bestaat tussen de procedure van de oplegging van het asp en de strafprocedure en dat er dus sprake is van een dubbele vervolging. Dat lijkt ook een logische conclusie te zijn. Het is namelijk evident dat de sancties door twee verschillende autoriteiten worden opgelegd: enerzijds het alcoholslot door het CBR en anderzijds een strafrechtelijke sanctie en/of maatregel die wordt opgelegd door de strafrechter. Daarbij vormt het CBR geheel zelfstandig een oordeel of aan de vereisten voor de oplegging van het alcoholslot is voldaan. De uitkomst van de strafrechtelijke vervolging staat daar geheel los van. Op geen enkele manier is sprake van enige vorm van interactie tussen de twee procedures bij de oplegging van de sancties.¹⁰¹ In dit verband is typerend dat een strafrechtelijke vrijspraak geen beletsel voor het CBR is om nadien een alcoholslot aan de betrokkene op te leggen. Naar mijn mening bestaat er bij de oplegging van het asp dan ook geen dusdanig nauw verband tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedure, in die zin dat niet kan worden gesproken van een dubbele vervolging.

Het blijft echter wederom, net zoals bij de verwijzing van de Hoge Raad naar de rechtspraak van het EHRM omtrent het *criminal charge*-begrip, een kwestie van gissen wat de Hoge Raad precies heeft bedoeld met het benoemen van de jurisprudentie van het Europese Hof omtrent het element van de dubbele vervolging (*bis*). Gelet op het belang van het alcoholslot-arrest en de mogelijke invloed van de *ne bis in idem*-bepaling uit het Zevende Protocol, was het wenselijk geweest dat de Hoge Raad ook hier expliciet had aangegeven hoe de rechtspraak van het EHRM naar zijn mening op de asp-problematiek had moeten worden toegepast. Door zich slechts te beperken tot het aanhalen van deze rechtspraak blijft dit ongewis. De motivering van de Hoge Raad ten aanzien van de rechtspraak van het EHRM is mijns inziens dan ook teleurstellend.

5.5 De toverhoed van de Hoge Raad: de beginselen van een goede procesorde

Nu de Hoge Raad zowel artikel 68 Sr als de diverse, internationale *ne bis in idem*-bepalingen in de onderhavige alcoholslot-zaak niet van toepassing acht, dringt de vraag zich op welke grondslag de Hoge Raad dan wél gebruikt om te oordelen dat naast de oplegging van het asp geen ruimte meer is voor een strafvervolging. Volgens de Hoge Raad is deze grondslag gelegen in de beginselen van een goede procesorde. Deze brengen naar de mening van de Hoge Raad met zich, dat een inbreuk op het beginsel dat iemand niet tweemaal kan worden vervolgd of bestraft voor hetzelfde feitencomplex, dient te leiden tot de niet-ontvankelijkverklaring van het OM in de strafvervolging. Hiermee verwijst de Hoge Raad duidelijk naar de ratio van het *ne bis in idem*-beginsel. Dat sluit aan bij een eerdere overweging van de Hoge Raad in het onderhavige arrest, waarin hij aangeeft dat de oplegging van het asp en de strafrechtelijke vervolging plaatsvinden naar aanleiding van 'hetzelfde feit'. De verweten gedraging (het rijden onder invloed van alcoholhoudende drank) is in beide

¹⁰¹ Vergelijk EHRM 10 februari 2015, appl. no. 53753/12, par. 45 (*Kiiveri/Finland*); EHRM 27 januari 2015, appl. no. 17039/13, par. 54 (*Rinas/Finland*).

procedures identiek en beide procedures strekken ter bevordering van de verkeersveiligheid. Daarnaast zijn de gevolgen van zowel de oplegging van het asp als de strafrechtelijke vervolging volgens de Hoge Raad nagenoeg gelijk, te weten een ingrijpende beperking van de rijbevoegdheid en een wezenlijke betalingsverplichting.¹⁰²

Het is niet de eerste keer dat de Hoge Raad heeft bepaald dat het handelen in strijd met de ratio van het *ne bis in idem*-beginsel op zichzelf kan leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het OM, ook indien dat handelen strikt genomen niet onder het bereik van artikel 68 Sr valt. De niet-ontvankelijkheid van het OM berust dan niet op een geschreven regel. De handelswijze van het OM wordt in een dergelijk geval geacht in strijd te zijn met het systeem van het Wetboek van Strafvordering. Borgers en Corstens spreken in dit verband van een wetssystematisch vervolgingsbeletsel.¹⁰³ Een dergelijke strijdigheid doet zich onder andere voor bij de vervolging na een voeging *ad informandum*. Daarvoor geldt dat het OM niet-ontvankelijk moet worden verklaard indien het besluit een *ad informandum* gevoegde zaak die bij een bestraffing heeft meegeteld, daarna nog apart te vervolgen. Een dergelijke handelswijze valt niet onder de reikwijdte van artikel 68 Sr, maar is desalniettemin in strijd met de *ne bis in idem*-gedachte.¹⁰⁴ Ook de zogenoemde inhaaldagvaarding is in strijd met de ratio van het *ne bis in idem*-beginsel en leidt tot de niet-ontvankelijkverklaring van het OM, ook al is strikt genomen artikel 68 Sr hier niet van toepassing.¹⁰⁵

Nu de Hoge Raad in het alcoholslot-arrest heeft overwogen dat een strafvervolging na oplegging van een asp in strijd is met de ratio van het *ne bis in idem*-beginsel, maar artikel 68 Sr niet van toepassing is, berust de daaruit voortvloeiende niet-ontvankelijkheid van het OM dus op de strijdigheid met het systeem van de wet. In zoverre kan de conclusie van de Hoge Raad worden getypeerd als een analogische toepassing van artikel 68 Sr.

De door Borgers en Corstens benoemde categorie van wetssystematische vervolgingsbeletselen lijkt beperkt te blijven tot enkele uitzonderingsgevallen. Ook de door de Hoge Raad toegekende *ne bis in idem*-werking aan het asp moet mijns inziens als een uitzonderingsgeval worden gezien. Door de toevoeging dat zich bij oplegging van het asp een 'uitzonderlijke, afwijkende situatie' voordoet, staat immers vast dat de Hoge Raad niet van mening is dat elke samenloop tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedures, in strijd is met de *ne bis in idem*-gedachte. Dit betekent dat geen analogische toepassing van artikel 68 Sr mogelijk is op andere bestuursrechtelijke maatregelen die ingrijpende gevolgen hebben en waarna of gelijktijdig een strafvervolging plaatsvindt, zoals bijvoorbeeld de EMA- of AMA-maatregel.

5.6 Afstemming Hoge Raad en Raad van State

Voorts laat een nauwkeurige lezing van de eindconclusie van de Hoge Raad nog één vraag onbeantwoord, namelijk of het na een strafrechtelijke vervolging eveneens niet is toegestaan dat dezelfde betrokkene door het CBR nog een asp krijgt opgelegd. Een positieve beantwoording van die vraag ligt naar mijn mening in de rede, omdat de ratio van het *ne bis in idem*-beginsel is gelegen in de bescherming van de burger tegen een onredelijke en onnodige bemoeienis van de overheid. Overigens is deze vraag thans minder van belang, omdat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op 4 maart 2015 heeft beslist dat op grond van de huidige regelgeving het CBR niet langer een asp mag opleggen.¹⁰⁶ Als gevolg van de uitspraak van de Raad van State bestaat er voor het CBR voorlopig geen

102 Zie nader 41.1, r.o. 4.3.2.

103 Corstens & Borgers 2014, p. 217-218.

104 Corstens & Borgers 2014, p. 217.

105 HR 15 februari 1949, NJ 1949/305, m.nt. Röling.

106 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

grondslag meer om een alcoholslot op te leggen aan bestuurders die te diep in het glaasje hebben gekeken.

Hierbij kan worden opgemerkt dat het erop lijkt dat de twee hoogste rechtscolleges de uitspraken sterk op elkaar hebben afgestemd.¹⁰⁷ In dit verband valt op dat de Hoge Raad expliciet overweegt dat slechts op basis van de huidige Nederlandse regelgeving de strafvervolgning naast oplegging van het asp in strijd is met de ratio van *ne bis in idem*. Op basis van een dergelijke afstemming is mijns inziens ook voor een groot te verklaren waarom de Hoge Raad zoveel vragen in het alcoholslot-arrest onbeantwoord laat. Waarom zou de Hoge Raad een uitgebreid richtinggevend arrest wijzen als hij weet dat een dag later de hoogste bestuursrechter gaat beslissen dat het asp op basis van de huidige regelgeving voorlopig niet meer mag worden opgelegd? Voorts voorkomt de door de strafkamer van de Hoge Raad toegepaste motivering, dat hij op een later moment verantwoording moet af leggen aan het Hof van Justitie of het EHRM omtrent de toepassing van de Europese rechtspraak.

6 Afronding

Afsluitend stel ik vast dat in het arrest van de Hoge Raad van 3 maart 2015 één aspect wel duidelijk wordt, namelijk dat na oplegging van het asp geen ruimte meer bestaat om de betrokkene nog strafrechtelijk te vervolgen. In zoverre zullen een hoop bestuurders opgelucht adem halen dat het asp, en de bijhorende astronomisch hoge kosten van deze maatregel, niet langer als het zwaard van Damocles boven hun hoofd hangt.¹⁰⁸ Het arrest is ook een duidelijke vingerwijzing naar de wetgever, hetgeen onder andere blijkt uit de overweging van de Hoge Raad dat 'de wetgever de samenhang tussen de procedure die leidt tot de oplegging van het asp en de strafvervolgning niet heeft geregeld.'¹⁰⁹ De Hoge Raad wijst er naar mijn mening terecht op dat dit de grootste weeffout is van de wetgever ten aanzien van het asp. In dat verband is de eindconclusie van de Hoge Raad in het alcoholslot-arrest naar mijn mening rechtvaardig te noemen. Overigens zullen de bestuurders die de afgelopen jaren netjes hebben deelgenomen aan het asp, daarvoor de nodige euro's hebben afgetikt bij het CBR en vervolgens strafrechtelijk zijn veroordeeld, daar iets anders over denken.¹¹⁰

Het arrest van de Hoge Raad en het arrest van de Raad van State brengen met zich dat de bal nu bij de wetgever ligt om gedegen wetgeving tot stand te brengen omtrent het asp. Mocht de wetgever kiezen het alcoholslot opnieuw als bestuursrechtelijke maatregel in te voeren, dan kan een specifieke *ne bis in idem*-bepaling die louter ziet op de samenloop tussen de bestuursrechtelijke oplegging van het asp en de strafrechtelijke vervolging, mogelijkwijs uitkomst bieden.¹¹¹ Een andere mogelijkheid is dat de *una via*-regeling wordt uitgebreid, in die zin dat niet alleen bestuurlijke boetes onder het bereik van deze regeling vallen, maar ook andere bestraffende bestuursrechtelijke maatregelen. Bij het uitblijven van een specifieke regeling omtrent de samenloop tussen de bestuursrechtelijke oplegging van het asp

107 Zie in gelijke zin Barkhuysen en Van Emmerik 2015, p. 677.

108 Na de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 22 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3017 (41.2) is door de Minister van Infrastructuur en Milieu besloten geen asp's meer op te leggen totdat de hoogste bestuur- en strafrechter arrest zouden wijzen. In die tussenliggende periode hebben ongeveer 1600 automobilisten geen alcoholslot hoeven in te bouwen, terwijl zij volgens de regelgeving daar wel toe in aanmerking kwamen, zie <<http://www.nu.nl/algemeen/4000037/1600-drankrijders-afgelopen-maanden-ontsnapt-alcoholslot.html>>.

109 41.1, r.o. 4.3.4.

110 De Hoge Raad heeft immers in een overweging ten overvloede aangegeven dat de bestuurders die in het verleden een asp hebben opgelegd gekregen en daarna strafrechtelijk (onherroepelijk) zijn veroordeeld niet met succes een herzieningsverzoek kunnen indienen op basis van het arrest van 3 maart 2015.

111 Zoals bijvoorbeeld thans bestaat voor de buitengerechtelijke afdoening van de transactie en de strafbeschikking, zie artikel 74 Sr respectievelijk artikel 257a Sv jo. artikel 255a lid 1 Sv.

en de strafrechtelijke vervolging voor het rijden onder invloed, is de kans groot dat de hierboven beschreven discussie van vooraf aan zal plaatsvinden. De Hoge Raad heeft immers overwogen dat alleen bij de huidige stand van de regelgeving de beginselen van een goede procesorde beletten dat naast de oplegging van het asp een strafvervolging volgt. Ook in dit verband was het dus wenselijk geweest als de Hoge Raad een algemeen, richtinggevend arrest had gewezen. Concluderend vind ik het onderhavige alcoholslot-arrest dan ook onbevredigend, meer in het bijzonder gelet op de motivering van de Hoge Raad die enkele cruciale vragen omtrent de *ne bis in idem*-werking van het asp, zoals in het bestek van deze rubriek naar voren gebracht, onbeantwoord laat.