

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

27 november 2014, nr. 7356/10

(Villiger (president), Nussberger, Zupančič, Yudkivska, De Gaetano, Jäderblom, Pejchal)

Noot: mr.dr. J. Uzman en mr.dr. B. van Bockel

[EVRM art. 6, 4 P7]

Ne bis in idem. Temporele werking arresten EHRM. Prospective overruling.

Klaagster exploiteert samen met haar echtgenoot twee restaurants. De Zweedse belastingdienst komt er op enig moment achter zij te weinig inkomstenbelasting en BTW heeft afgedragen. Zowel voor de inkomstenbelasting als voor de BTW worden naheffingen en boetes opgelegd. Daarnaast wordt klaagster op grond van hetzelfde feitencomplex strafrechtelijk vervolgd voor ernstige boekhoudkundige- en belastingvergrijpen. Zij wordt veroordeeld voor boekhoudkundige vergrijpen, maar vrijgesproken van het strafrechtelijke delict belastingontduiking. Klaagster stelt dat zij, in strijd met art. 4 van Protocol 7 bij het EVRM (hierna: art. 4 P7 EVRM), tweemaal is vervolgd voor dezelfde feiten. De regering stelt dat Zweedse autoriteiten niets kwalijk kan worden genomen, nu de nationale procedure zich grotendeels afspeelde voordat het EHRM het arrest Zolotukhin wees. Volgens de stand van de rechtspraak van het EHRM van voor dat arrest zou geen sprake zijn geweest van een schending van art. 4 P7. Het EHRM verwerpt dat verweer. Een dergelijke stellingname zou volgens het Hof leiden tot te grote rigiditeit in de rechtspraak, en ook de beoordeling in Zolotukhin zelf had betrekking op feiten die zich al veel eerder voordeden. Gelet daarop moet de zaak toch worden beoordeeld naar de nieuwe stand van de rechtspraak. Dat is des te meer redelijk omdat de hoogste rechter in Zweden pas uitspraak heeft gedaan in deze zaak nadat Zolotukhin was beslist.

Het Hof stelt vervolgens vast dat waar het gaat om de samenloop van de naheffingen en boetes voor de inkomstenbelasting en de BTW weliswaar sprake was van dezelfde feiten, maar dat de boekhoudkundige onzorgvuldigheden los staan van de belastingaangifte. Daardoor kan hier niet worden gesproken van ‘idem’. Daarnaast bevestigt het Hof dat het ne bis in idem beginsel er niet aan in de weg staat dat gedurende eenzelfde periode procedures aanhangig zijn die betrekking hebben op dezelfde feiten in de zin van “idem”. Slechts dan wanneer de uitkomst van de eerste procedure definitief is geworden, staat het ne bis in idem beginsel in de weg aan de voortzetting van de tweede procedure. In het onderhavige geval zijn de belastingkwesties door verschillende rechters berecht, maar dit leverde geen inbreuk op art. 4 P7 EVRM gedurende de periode waarin beide procedures aanhangig waren. Toen klaagster echter door de Zweedse strafrecht werd vrijgesproken van het belastingvergrijp had de andere procedure moeten worden beëindigd op het moment dat de termijn voor het instellen van hoger beroep tegen die uitspraak verstreek, en de uitspraak een definitief onherroepelijk werd. Nu dat niet is gebeurd is sprake van een schending van het art. 4P 7 EVRM.

*Lucky Dev
tegen
Zweden*

Noot

1. De onderhavige uitspraak is om twee (hoofd-) redenen van belang. Ten eerste is *Lucky Dev* interessant vanwege het aspect van de temporele werking van rechterlijke uitspraken; daarnaast verduidelijkt de uitspraak dat het gelijktijdig voeren van verschillende procedures ten aanzien van dezelfde feiten (in de zin van “*idem*”) geen inbreuk maakt op het *ne bis in idem* beginsel van art. 4 P7 EVRM. Dit laatste volgt weliswaar de logica die de invulling die art. 4 P7 EVRM tot dusver heeft gekregen in de rechtspraak van het EHRM, maar het werd nog niet eerder in die rechtspraak bevestigd. In deze bijdrage zal vooreerst dieper worden ingegaan op de problematiek die de temporele werking van rechterlijke uitspraken oproept, alvorens aandacht te besteden aan de gelijktijdige samenloop van strafrechtelijke en belastingrechtelijke procedures in het licht van art. 4 P7 EVRM.
2. Tot het arrest *Zolotukhin* in 2009 ging het Zweedse Hooggerechtshof er vanuit dat het eigen systeem niet in strijd was met art. 4 P7 EVRM. Men baseerde zich daarbij op *Rosenquist t. Zweden* (EHRM (ontv.) 14 september 2004, nr. 60619/00). Het onderzoek en de procedures tegen *Lucky Dev* begonnen in datzelfde jaar. Vrijwel de gehele rechtsgang speelde zich af vóórdat de Grote Kamer in 2009 een nieuwe weg insloeg. Hoe redelijk was het, zo vroeg de Zweedse regering zich af, om dan tot een schending te concluderen? Het Hof heeft geworsteld met die vraag. Daarvan getuigt de *concurring opinion* van drie van de zeven rechters, die wel wat in het Zweedse argument zagen. Het probleem is dat het argument op gespannen voet staat met de traditionele, maar nog altijd invloedrijke declaratoire theorie van rechtsvinding die inhoudt dat rechters geen recht vormen. De rechtsgevolgen van rechterlijke uitspraken treden dan van rechtswege in. De rechter zelf heeft daarover niets te zeggen.
3. Toch is het niet ongebruikelijk voor hoogste of constitutionele rechters om aan de temporele effecten van de eigen rechtspraak te sleutelen. Beroemd is het arrest *Defrenne/Sabena* van het Hof van Justitie (HvJEU 8 april 1976, Zaak 43/75, ECLI:EU:C:1976:56). Onze eigen Hoge Raad is terughoudend als het er om gaat de terugwerkende kracht van de eigen jurisprudentie te beperken, maar men acht zich daartoe wel bevoegd, getuige – bijvoorbeeld – HR 27 november 1981, NJ 1982/503 m.nt. WHH en EAAL (*Pensioenverrekening*). Recenter beperkten lagere rechters de temporele effecten van de zogenaamde *Salduz*-jurisprudentie van het EHRM (zie o.a. Hof Arnhem 8 oktober 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK4147). Vooral onder constitutionele hoven in Europa is rechterlijke bemoeienis met de temporele effecten van de eigen rechtspraak de trend (vgl. het Duitse en het Tsjechische constitutionele hof: arresten van van 7 mei 2013, 2 BvR 909/06, respectievelijk 14 december 2010, no. Pl. ÚS-st. 31/10). In sommige gevallen wordt de terugwerkende kracht zelfs al bij wetgeving beperkt (vgl. artikel 79 van het Duitse *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*).
4. Al dit geknutsel met de temporele gevolgen van het rechterlijk oordeel, roept de vraag op waar rechters de bevoegdheid daartoe vandaan halen. Eén antwoord kan zijn, dat de declaratoire theorie wordt ingeruild voor de constitutieve: de rechterlijke uitspraak schept dan nieuwe rechtsbetrekkingen en dat maakt de rechter een zelfstandige actor in het proces van rechtsvorming (zie J. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden: Nomos 1980). De toegenomen erkenning van de rechtsvormende taak van de rechter de afgelopen jaren past daarbij. Toch omarmt de rechtspraak de constitutieve theorie niet volledig. Uit de spaarzame keren dat een rechter zich uitliet over de filosofie achter zijn temporele geknutsel, valt af te leiden dat de declaratoire theorie nog altijd de norm is. Alleen wordt een uitzondering

gemaakt voor gevallen waarin niet om wordt gegaan vanwege een eerdere onjuiste interpretatie, maar vanwege veranderde omstandigheden of opvattingen (illustratief: *Canada v. Hislop*, Supreme Court of Canada 1 maart 2007, [2007] SCR 429). Zoals we hierna zullen zien past dat criterium goed bij de benadering die het EHRM in het verleden koos, geënt op de nadruk die dit Hof legt op het EVRM als *living instrument*.

5. Het EHRM zelf heeft twee petten op als het gaat om de rechterlijke beperking van de temporele effecten van de eigen rechtspraak. Enerzijds kan het, zoals in *Lucky Dev*, zelf gevraagd worden deze effecten te beperken (zie volgende punt). Anderzijds kan het geroepen zijn zich uit te spreken over de (on-)wenselijkheid van dit soort praktijken op nationaal niveau. Op dat laatste terrein opereert het EHRM behoedzaam. Het kan zich soms voorstellen dat de nationale rechter de temporele gevolgen van zijn uitspraak beperkt, ook als een schending van het EVRM daarmee in stand blijft. Zo billijkte het Hof in *Walden t. Liechtenstein*, de beslissing van de nationale rechter om geen rechtsgevolgen te verbinden aan de vaststelling dat sociale zekerheidswetgeving in strijd kwam met het EVRM. De wetgever werd, in het belang van de rechtszekerheid, een termijn gegund om de wetgeving aan te passen (EHRM (ontv.) 16 maart 2000, nr. 33916/96). Anderzijds vindt het Hof het zelden nodig om nationale rechters, in het kader van artikel 6 EVRM, te *verplichten* tot het beperken van de temporele gevolgen van rechtsvorming. Zie *Legrand t. Frankrijk*, EHRM 26 mei 2011, nr. 23228/08, «EHRC» 2011/110 m.nt. Tjong Tjin Tai. Het grijpt slechts in als een koerswijziging van de nationale rechter volstrekt onvoorzienbaar is, en dus wezenlijk verder gaat dan het verduidelijken van divergerende jurisprudentielijnen of de stapsgewijze ontwikkeling van het recht (*Petkov t. Roemenië*, EHRM 19 februari 2013, «EHRC» 2013/102 m.nt. Tjong Tjin Tai).
6. In de eigen toetsingspraktijk laat het EHRM meestal in het midden of een nieuwe interpretatie relevant wordt (vgl. *J.M. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 28 september 2010, nr. 37060 «EHRC» 2010/140 m.nt. Gerards). Slechts in een enkel geval overweegt het Hof in het arrest waarin de nieuwe uitleg voor het eerst wordt aangenomen, dat deze geen terugwerkende kracht heeft. Ongetwijfeld het bekendste voorbeeld is *Marckx t. België* (EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, NJ 1980/462 m.nt. EAA). In dat arrest, waarin het Hof de verschillende rechtsposities van wettelijk en buitenwettelijk geboren kinderen discriminatoir achtte, bepaalde het Hof dat het rechtszekerheidsbeginsel er aan in de weg stond dat, ten tijde van het arrest reeds afgesloten zaken of reeds tot stand gekomen rechtsbetrekkingen ‘heropend’ moesten worden. Dat is nog een relatief bescheiden uitzondering op het declaratoire uitgangspunt. Het ziet er concreet alleen op dat reeds vastgestelde erfenissen en voogdijschappen niet onmiddellijk op de tocht komen te staan. Iets verder leek het Hof te gaan in *Goodwin* (EHRM 11 juli 2002 «EHRC» 2002/74, m.nt. Janssen en Van der Velde). Onder artikel 41 EVRM overwoog het dat de situatie ‘niet langer’ onder de *margin of appreciation* viel en dat het aan de staat was om ‘*in due course*’ maatregelen te treffen (par. 120). In *Grant* verduidelijkte het Hof wat dat betekende: de rechtsgevolgen van *Goodwin* traden pas in vanaf de datum van dat arrest. Niet eerder, maar ook niet later (EHRM 23 mei 2006, nr. 32570/03, «EHRC» 2006/96 m.nt. Griffioen). Het Hof is dus, samengevat, bereid om de terugwerkende kracht, in het belang van de rechtszekerheid, te beperken, maar het ging nog niet zover de werking van de eigen jurisprudentie *pro futura* te beperken. In *Marckx* en *Goodwin* ging het bovendien om zaken waarin de evolutieve interpretatie een essentiële rol vervulde.

7. Hoe *Lucky Dev* te plaatsen in deze context? Om te beginnen loopt het arrest, op het punt van de temporele werking, met een sisser af. De principiële discussie tussen meerderheid en ‘*concurrers*’ wordt vertroebeld door het gegeven dat de hoogste bestuursrechter een half jaar ná *Zolotukhin* uitspraak deed. In theorie kon deze dus nog met het arrest rekening houden. Voor de *concurrers* is dat element cruciaal, voor de meerderheid alleen een bijkomend argument. Haar redenering rust (ook nog) op twee principiële pijlers: de Grote Kamer beperkte de terugwerkende kracht zelf ook niet in in *Zolotukhin*. Het veroordeelde Rusland immers op grond van feiten die onder de oude jurisprudentie hadden plaatsgevonden. En als een feitencomplex steeds moet worden beoordeeld aan de hand van de stand van de jurisprudentie *ex tunc*, dan was ‘omgaan’ niet mogelijk. Dat laatste is waar, maar niet het hele verhaal. Men kan ook gefaseerd omgaan: het voorliggende geval wordt dan beslecht volgens de ‘oude’ jurisprudentie, maar de nieuwe regel wordt reeds aangekondigd (*prospective overruling*). Het Duitse constitutionele hof deed dat weleens in zogenaamde *Appellentscheidungen* (vgl.: J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2013, p. 404-415).
8. Wat daar ook van zij, de Grote Kamer kondigde in *Zolotukhin* geen *prospective overruling* aan. Het zou dan merkwaardig zijn als Zweden nu opeens wél op coulance had kunnen rekenen. Had *prospective overruling* dan niet reeds in *Zolotukhin* voor de hand gelegen? Ik denk het niet. Zó gemakkelijk laat het verschijnsel zich nog niet in de Straatsburgse doctrine inpassen. Dat het Hof zich in *Marckx* en *Grant* bereid toonde de temporele gevolgen van die uitspraken te beperken, wil niet zeggen dat het daarin om *prospective overruling* ging. Het maakt verschil of men een staat weliswaar een schending van het EVRM verwijt, maar deze niet verplicht om met terugwerkende kracht allerhande contracten, erfenissen en afgesloten rechtszaken overhoop te halen, of dat in het geheel geen schending wordt aangenomen. Zulke coulance past ook niet bij het subsidiaire karakter van de Straatsburgse toetsing. Het is primair aan de staat om de grondrechten in eigen land bij de tijd te houden. Doet men dat niet, of legt men onduidelijkheden in de jurisprudentie van het EHRM in het eigen voordeel uit, dan komt het risico van dreigende schendingen voor eigen rekening. Dat laat uiteraard onverlet dat het Hof in sommige zaken waarin mogelijke jurisprudentiewissels, anders dan in *Zolotukhin*, vooral een kwestie zijn van veranderende opvattingen (zoals ten aanzien van de rechtspositie van transeksuelen of paren van gelijk geslacht), uiteraard wel kan onderstrepen dat de grenzen van de *margin of appreciation* langzaamaan in zicht komen (zie o.a. *Schalk & Kopf*, EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04 «EHRC» 2010/92 m.nt. Koffeman, *Sheffield & Horsham*, EHRM 30 juli 1998, nr. 22985/93, par. 60, en *Christine Goodwin*, par. 92). *Prospective overruling* is dat echter nog niet.
9. Wat te denken van het belang om de rechtsgevolgen van *Zolotukhin* te beperken? De *concurrers* sluiten aan bij de, in *Marckx* genoemde rechtszekerheid. Vraag is echter om wiens of welke rechtszekerheid het dan gaat in *Lucky Dev*. In *Marckx* ging het om de rechten van derden die hun rechtspositie in gevaar zagen komen. In *Grant* ging het om de Britse schatkist: die zou in de problemen zijn gekomen als de staat met terugwerkende kracht vele jaren aan pensioenrechten had moeten honoreren. Maar om welk belang gaat het in *Lucky Dev*? De Zweedse belastingbetaler wordt niet ernstig benadeeld door het arrest en derden zijn bij de procedure niet betrokken. Waar het de *concurrers* om gaat, is dat nationale rechters niet onheus bejegend worden. Loyale medewerking uit die hoek is immers essentieel voor het EHRM. Dan gaat het niet aan

de nationale rechter een mensenrechtenschending te verwijten, als deze vertrouwde op rechtspraak van het EHRM. Dat argument is begrijpelijk, maar daarmee wordt de rechtszekerheid wel heel ver uitgerekt. Het gaat in Straatsburg uiteindelijk niet om de gevoelens van nationale rechters. Maar belangrijker: zo verwordt de aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen tot een schuldkwestie, terwijl dat toch vooral tot de risico's van het rechtersambt behoort. De Hoge Raad laat toch ook niet na om arresten van gerechtshoven te casseren omdat zij gerechtvaardigd vertrouwden op eerdere jurisprudentie? Bovendien is het, vanuit het Straatsburgse perspectief, een keuze van de nationale rechter om aan te sluiten bij de meest minimale lezing van de Europese rechtspraak (of dat nationaalrechtelijk ook zo is, staat overigens te bezien: zie J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *TvCR* 2010, p. 224-255). Eerder is voorstelbaar dat de schuldkwestie een rol speelt bij het bepalen van het redres na vaststelling van de schending. Zo'n benadering sluit aan bij de werkwijze van diverse constitutionele rechters (zie o.a. het onder 2 genoemde arrest van het BVerfG). De wijze waarop de artikelen 41 en 46 worden toegepast laat bovendien ruimte voor rechterlijk beleid ten aanzien van het redres (zie o.a. *Henryk Urban & Ryszard Urban t. Polen*, EHRM 30 november 2011, nr. 23614/08, EHRC» 2011/22 m.nt. Gerards). Dan gaat het zowel om het al dan niet toekennen van compensatie aan de klaagster, als om het beperken van de plicht voor de staat om eerdere gevallen van *ne bis in idem* opnieuw te behandelen.

10. Hieronder nader worden ingegaan op de samenloop van de belastingrechtelijke en strafrechtelijke procedures in het licht van het *ne bis in idem* beginsel. Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat het *ne bis in idem* beginsel van art. 4 P7 EVRM ziet op situaties waarin een eerdere vervolging is *onherroepelijk* is beëindigd. Dit betekent dat verschillende procedures die betrekking hebben op dezelfde feiten gelijktijdig en los van elkaar plaats kunnen vinden, zonder dat dit inbreuk maakt op art. 4 P7 EVRM. Echter, zodra een der beide procedures *onherroepelijk* is beëindigd dient de andere, nog lopende procedure te worden gestaakt; voortzetting daarvan levert vanaf dat moment wel strijd op met het *ne bis in idem* beginsel. Het belang van het onderhavige arrest voor de uitlegging en toepassing van het *ne bis in idem* beginsel van art. 4 P7 EVRM is er vooral in gelegen dat dit laatste nog niet eerder uitdrukkelijk werd bevestigd in de rechtspraak van het EHRM. Het was om die reden niet ondenkbaar dat slechts het initiëren van een nieuwe procedure, en niet het voortzetten van een reeds lopende procedure -uiteraard nadat een eerdere procedure *onherroepelijk* is beëindigd- door het EHRM aangemerkt zou worden als een inbreuk op het *ne bis in idem* beginsel. Het verdient opmerking dat deze problematiek in Nederland en veel andere lidstaten van de Raad van Europa (deels) wordt ondervangen door procedurele regels en beginselen die de verschillende mogelijke rechtsgangen onderling coördineren. Daarbij valt in een zaak als de onderhavige bijvoorbeeld te denken aan de toepassing van de *una via*-regel in het Nederlandse belastingrecht.
11. Het *ne bis in idem* beginsel heeft in potentie verstrekkende gevolgen. Als een eerdere rechtsgang definitief is beëindigd is er (behoudens de uitzonderingsmogelijkheid van het tweede lid van art. 4 P7 EVRM) geen verdere vervolging meer mogelijk, zelfs niet als belangrijke aspecten van de litigieuze handeling in de eerste procedure nog niet aan de orde zijn geweest. Het lijkt om die reden wellicht wat tegenstrijdig dat deze regel niet van toepassing is in situaties waarin twee verschillende procedures gelijktijdig worden gevoerd: ook in een dergelijke situatie is er immers sprake van een "dubbele vervolging". Het *ne bis in idem* beginsel heeft echter (onder andere) tot doel heeft om

te verzekeren dat een subject slechts eenmaal wordt geconfronteerd met de juridische gevolgen van zijn of haar handelen (zie hierover onder meer: A. Huet & R. Koering-Joulin, *Droit Penal International*, Parijs: Presses Universitaires de France, p. 256; en ook: B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law*, diss. Leiden, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 25-30). Of het daarbij om een enkele procedure gaat, of om meerdere gecoördineerde procedures maakt in dat opzicht weinig verschil. Ook indien twee onderscheidenlijke procedures op hetzelfde moment definitief worden beëindigd, levert dit geen strijd op met het *ne bis in idem* beginsel. Zulks vergt echter een zeer hoge mate van coördinatie tussen verschillende procedures in verschillende rechtsgebieden, zodat de concentratie van procedures of de toepassing van een beginsel als *una via* meer zekerheid biedt.

12. Het Hof merkt op dat indien er een voldoende nauw verband is tussen verschillende procedures in “onderwerp en tijd” (“*substance and time*”), dit ook tot de conclusie kan leiden dat er ook geen sprake is van een nieuwe vervolging (zie overwegingen 61 en 62 van het arrest). Hier wekt het arrest onnodige verwarring. Het Hof verwijst hier onder meer naar de arresten *R.T. t. Zwitserland* (EHRM 30 mei 2000, nr. 31982/96), en *Nilsson t. Zweden* (EHRM 13 december 2005, nr. 73661/01). In die laatste zaak ging het echter om de vraag of het intrekken van het rijbewijs van klager een “*criminal charge*” vormde in de zin van de Engel-criteria, welke het materiële toepassingsbereik van art. 6 en 4 P7 EVRM bepalen (zie: *Zolotukhin t. Rusland*, EHRM 10 februari 2009, nr. 1493/03, para. 78). Omdat het intrekken van het rijbewijs van Nilsson niet “automatisch” en “onmiddellijk en voorzienbaar” volgde op zijn veroordeling voor een strafrechtelijk verkeersdelict, en er bovendien enige tijd verstreek tussen de strafrechtelijke veroordeling van Nilsson en de procedure die leidde tot de intrekking van zijn rijbewijs, kwam het Hof in die zaak tot de conclusie dat deze maatregel “tenminste gedeeltelijk” bestraffend van aard moest zijn, en daarom onder het materiële toepassingsbereik van art. 4 P7 EVRM viel. In *Lucky Dev* speelt de vraag naar de omvang van het materiële toepassingsbereik van art. 4 P7 EVRM echter niet, en het was om die reden wellicht beter geweest als deze nadere “verduidelijking” -die op een ander leerstuk ziet, en geen verband houdt met de feiten in de onderhavige zaak- achterwege was gebleven.
13. Ten aanzien van het element “*idem*” oarmde de Grote Kamer van het EHRM in *Zolotukhin t. Rusland* een brede, objectieve uitlegging als feiten die wezenlijk hetzelfde zijn en die deel uitmaken van een “samenhangend complex van feitelijkheden” welke in het licht van tijd en plaats onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden (*Zolotukhin t. Rusland*, EHRM 10 februari 2009, nr. 1493/03, para. 84). In de onderhavige zaak concludeert het EHRM dat het boekhoudkundige vergrijp en het vergrijp ter zake van de belastingaangifte van klaagster aangemerkt kunnen worden als twee afzonderlijke feiten in de zin van “*idem*” omdat het mogelijk is om een juiste belastingaangifte te doen zonder de boeken correct bij te houden, en andersom. Daarbij komt, aldus het Hof, dat het correct bijhouden van de boeken en het doen van een juiste belastingaangifte onderscheidenlijke wettelijke verplichtingen vormen waar een ondernemer aan moet voldoen (para. 55 van het arrest). Hoewel het Hof hier dus, naast louter ‘objectieve’ feiten, belang toekent aan een juridische verplichting wijkt de gekozen benadering niet af van de lijn die in *Zolotukhin t. Rusland* is uitgezet. Zoals ook onze Hoge Raad onderkent laat de door het EHRM in *Zolotukhin* gekozen benadering enige ruimte voor “juridische elementen”, zoals in dit geval de onderscheidenlijke juridische verplichtingen van het correct bijhouden van de boeken

en het doen van een juiste belastingaangifte (zie: HR 1 februari 2011, NJ 2011, 394 m.nt. Buruma, r.o. 2.8.). Wel vereist het de regel uit *Zolotukhin* dat aan de “feitelijke component”, zoals onze Hoge Raad dat noemt, veruit het meeste gewicht toekomt bij de vaststelling van *idem*, en dat is hier het geval. *Lucky Dev* laat dan ook zien dat de uitlegging van het element “*idem*” uit *Zolotukhin* in verschillende soorten zaken een werkbaar en inzichtelijk uitgangspunt biedt.