Annotatie

arsaequi.nl/maandblad AA20180067

Eendaadse samenloop en voortgezette handeling

Prof.mr. J.M. ten Voorde

HR 20 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1111, 1112, 1113, 1114 en 1115

1 Het Wetboek van Strafrecht kent sinds zijn inwerkingtreding een regeling van samenloop van strafbare feiten (Titel VI van het Eerste Boek). De wet maakt onderscheid tussen eendaadse en meerdaadse samenloop en voortgezette handeling. Van eendaadse samenloop is op grond van artikel 55 lid 1 Sr sprake wanneer 'een feit valt in meer dan één strafbepaling'. In geval van eendaadse samenloop wordt 'slechts één van die bepalingen toegepast, bij verschil die waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld'. Artikel 57 lid 1 Sr bepaalt ten aanzien van meerdaadse samenloop: 'Bij samenloop van feiten die als op zichzelf staande handelingen moeten worden beschouwd en meer dan één misdrijf opleveren waarop gelijksoortige hoofdstraffen zijn gesteld, wordt één straf opgelegd.' Die straf mag volgens het bepaalde van het tweede lid niet hoger zijn dan 'een derde boven het hoogste maximum'. Artikel 56 Sr bepaalt, net als artikel 55 lid 1 Sr, dat 'één strafbepaling' wordt toegepast, 'bij verschil die waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld', wanneer feiten die op zichzelf misdrijf of overtreding opleveren 'in zodanig verband staan dat zij moeten worden beschouwd als één voortgezette handeling'.

2 De samenloopregeling heeft bij tijd en wijle op veel belangstelling mogen rekenen.[1] Op enig moment is ze echter wat op de achtergrond geraakt met als belangrijke reden dat de rechtspraak van de Hoge Raad, met een strikt uitgelegd feitsbegrip dat inhoudt dat slechts wanneer een feit in meer strafbepalingen valt die dezelfde strekking hebben er sprake is van één feit (zie nader punt 7), leek uitgekristalliseerd. In de loop van het afgelopen decennium is de samenloopregeling weer in de belangstelling komen te staan van wetenschappers, de rechtspraktijk en de wetgever. In de eerste plaats geldt dat voor de regeling van meerdaadse samenloop en artikel 63 Sr, dat de samenloopregeling van toepassing verklaart bij ongelijktijdige berechting. Een bij de Tweede Kamer aanhangig wetsvoorstel, dat deze onderdelen van de samenloopregeling beoogt te wijzigen, ligt al enige tijd op verdere behandeling te wachten.[2] Ook op eendaadse samenloop en voortgezette handeling is het zoeklicht weer gericht. In enkele tamelijk recent verschenen publicaties is ervoor gepleit deze onderdelen van de samenloopregeling onder de loep te nemen. Zo stellen Duker en Ouwerkerk een andere invulling van het feitsbegrip in artikel 55 lid 1 Sr voor.[3] De Graaf heeft op basis van een onderzoek naar feitenrechtspraak de vrees geuit dat een zekere willekeur lijkt te ontstaan door een ruimere uitleg van het feitsbegrip te hanteren dan de theorie (gebaseerd op de rechtspraak van de Hoge Raad) voorschrijft. De Graaf geeft ook aan dat in geval van eendaadse samenloop enkelvoudige kwalificatie 'de regel moet zijn'.[4] Deze opmerkingen wijzen op een bepaalde, overigens reeds langer lopende, discussie over de samenloopregeling. Betreft zij een regeling die enkel betrekking heeft op het strafmaximum, of gaat de samenloopregeling ook over het begrenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid?

1 Zie A.A. Franken, *'Hetzelfde feit'. Over samenloop van strafbare feiten en het non bis in idem-beginsel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1992.

2 *Kamerstukken II* 2014/15, 34126, 2. Zie over meerdaadse samenloop en art. 63 Sr J.M. ten Voorde, C.P.M. Cleiren & P.M. Schuyt, *Meerdaadse samenloop in het strafrecht. Een onderzoek naar doel, grondslag, karakter, strekking en functie van de wettelijke regeling van meerdaadse samenloop (artikel 57-63 Sr)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

3 M.J.A. Duker, 'De samenloopregeling herijkt', *DD* 2011/43; J.W. Ouwerkerk, 'Het feitsbegrip bij ne bis in idem en eendaadse samenloop: tussen nationale uitlegging en internationale verplichtingen', *DD* 2012/47. Mevis pleit voor een wettelijke regeling die 'de verdachte tegen alle vormen van onterechte meervoudigheid van aansprakelijkheid in zijn nadeel beschermt' (annotatie van P.A.M. Mevis bij HR 16 april 2013, *NJ* 2015/125, punt 9).

4 F.C.W. de Graaf, 'De rechtsfiguren eendaadse samenloop en voortgezette handeling nader beschouwd', *DD* 2016/65. Zie ook Duker 2011; P.A.M. Mevis, 'Samenloop', in: H. de Doelder (red.), *Caribisch Wetboek van Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 106.

3 De Hoge Raad heeft op 20 juni 2017 een vijftal arresten gewezen waarin hij telkens aan de beoordeling van het middel dezelfde voorafgaande beschouwing geeft over eendaadse samenloop en voortgezette handeling. Deze arresten worden alle vijf in deze annotatie besproken, omdat elk van de door de Hoge Raad gegeven beoordelingen van de ingediende middelen het inzicht in de voorafgaande beschouwing helpt vergroten. Het lijkt erop dat de Hoge Raad in deze arresten het feitsbegrip een iets andere invulling geeft. De bespreking van de arresten verloopt als volgt. In punt 4 en 5 bespreek ik enkele algemene overwegingen uit de voorafgaande beschouwing. In punt 6, 7 en 8 bespreek ik het doel en de strekking van eendaadse samenloop en voortgezette handeling. In punt 9 richt ik mij op het effect van wijzen van ten laste leggen voor de toepassing van de samenloopregeling en komt de kwalificatie bij eendaadse samenloop en voortgezette handeling aan bod, terwijl in punt 10 de verhouding tot artikel 68 Sr (ne-bis-in-idem-beginsel), in het bijzonder het daarin gehanteerde feitsbegrip, aan de orde komt. In punt 11 rond ik de bespreking af.

4 Vooropgesteld zij dat de Hoge Raad erkent dat in zijn rechtspraak eendaadse samenloop en voortgezette handeling zelden tot een inhoudelijk oordeel leiden. Dat houdt ermee verband dat de klachten die betrekking hebben op de toepassing van de samenloopregeling 'doorgaans van onvoldoende belang zijn om cassatie te rechtvaardigen omdat – kort gezegd – de opgelegde straf ver onder het strafmaximum ligt dat zou gelden als met de steller van het middel van eendaadse samenloop of voortgezette handeling zou worden uitgegaan' (r.o. 2.2). Met deze arresten wijzigt de Hoge Raad zijn rol niet, zoals hij illustreert in de arresten met nummer 1113 en 1115. De Hoge Raad erkent niettemin het belang van het 'thema' in feitelijke aanleg, daarbij verwijzend naar de soms wel erg ruime vormgeving van (vooral tamelijk recent ingevoerde) delictsomschrijvingen (r.o. 2.6), in het bijzonder die van witwassen (art. 420bis e.v. Sr), en de bestuurlijke boete (r.o. 2.3). Die laatste opmerking begrijp ik aldus dat de Hoge Raad het niet wenselijk acht dat eendaadse samenloop in het strafrecht anders wordt uitgelegd dan in het bestuursboeterecht. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) stelt in de door de Hoge Raad in een voetnoot aangehaalde uitspraak dat van eendaadse samenloop sprake is als de feiten een 'vergelijkbare strekking' hebben en 'wezenlijk' samenhangen.[5] In hoeverre deze omschrijving overeenkomt met de omschrijving van de Hoge Raad zullen we bezien in punt 7.

Erkenning van het belang van het 'thema' betekent niet dat de feitenrechter voortaan ambtshalve meer moet doen dan hij nu reeds doet (veelal slechts neerkomend op het noemen van de toepasselijke samenloopbepalingen in verband met het bepaalde in art. 358 lid 4 Sv). Volgens de Hoge Raad is het aan de verdediging het thema in feitelijke aanleg aan te roeren. In dat geval komt responsie door de rechter in beeld (tenzij het belang daarvan onvoldoende is, gelet op de door de rechter opgelegde straf). Voert de verdediging de samenloopregeling niet aan, dan neemt de Hoge Raad dat in aanmerking wanneer in cassatie (voor het eerst) over de toepassing van de samenloopregeling wordt geklaagd (zie het arrest met nummer 1112).

5 De vraag zou kunnen worden opgeworpen waarom de Hoge Raad juist nu deze overzichtsarresten heeft gewezen. Daarvoor kunnen twee redenen worden gegeven. De eerste reden wordt door de Hoge Raad zelf geformuleerd. De wetgever heeft de laatste jaren bij de invoering van nieuwe strafbaarstellingen in reactie op mogelijke dubbele aansprakelijkheid meermalen gewezen op de begrenzende werking door de samenloopregeling. In reactie daarop stelt de Hoge Raad het volgende:

'2.6 […], onmiskenbaar is dat de samenloopbepalingen een wezenlijke functie vervullen bij het voorkomen van onevenredige aansprakelijkheid en bestraffing in geval van gelijktijdige berechting van sterk samenhangende strafbare feiten. Daarbij wordt onder meer de gedachte tot uitdrukking gebracht dat feiten zo sterk met elkaar in verband kunnen staan dat het ene feit als het ware in het andere opgaat (eendaadse samenloop) dan wel dat de feitelijke en chronologische samenhang zo sterk is dat de voortgezette handeling een functie vervult. Het effect van beide regelingen is identiek doordat in beide regelingen slechts één strafbepaling wordt toegepast – en wel die met het zwaarste strafmaximum.

[…]

2.8 Uit hetgeen hiervoor onder 2.6 is overwogen blijkt dat ook de wetgever zich ervan bewust is dat recente wetgeving aanleiding geeft tot zorg over dubbele bestraffing en dat tegen die zorg wordt ingebracht dat de samenloopregeling waarborgen en oplossingen biedt. Dat betekent dat de samenloopregeling – en dan meer in het bijzonder de eendaadse samenloop en de voortgezette handeling – daarvoor ook daadwerkelijk voldoende ruimte moet bieden.'

De Hoge Raad heeft zich kennelijk gerealiseerd dat de wetgever erop vertrouwt dat de rechter met behulp van de samenloopregeling 'onevenredige aansprakelijkheid en bestraffing in geval van gelijktijdige berechting van sterk samenhangende feiten' voorkomt. Dat kan alleen als de samenloopregeling zo wordt uitgelegd dat zij die situaties helpt voorkomen. Kennelijk zag de Hoge Raad in dat de door hem in de loop van tientallen jaren ontwikkelde uitleg van de samenloopregeling (in het bijzonder van het feitsbegrip) die bescherming niet meer (volledig) kon bieden. Zo bezien is het arrest te beschouwen als een vorm van communicatie tussen de wetgever en de rechter, waarbij het opnieuw de Hoge Raad is die naar aanleiding van wetgeving in beweging is gekomen.

De tweede reden voor bijstelling van de rechtspraak over eendaadse samenloop en voortgezette handeling kan eveneens als een vorm van communicatie met de wetgever worden beschouwd. In punt 2 werd melding gemaakt van het wetsvoorstel herziening regeling meerdaadse samenloop. Onderdeel van dat wetsvoorstel is de verhoging van het strafmaximum in geval van meerdaadse samenloop van een derde naar de helft boven het hoogste maximum (art. 57 lid 2 (nieuw) Sr). Mogelijk houden de onderhavige arresten verband met dit wetsvoorstel. We zouden de arresten ook kunnen zien als een vingerwijzing van

5 ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4284, *AB* 2015/120, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

de Hoge Raad in de richting van de wetgever dat hogere (maximum)straffen in voorkomende gevallen niet zonder meer en niet altijd wenselijk zijn en met een regeling waar de wetgever kennelijk zelf veel vertrouwen in stelt kunnen worden voorkomen. Of met de lijn die in de hier behandelde arresten is neergelegd daadwerkelijk te hoge straffen zullen worden tegengehouden, zal afhangen van de inhoud van de door de Hoge Raad gewezen arresten (en de uitwerking daarvan in de feitenrechtspraak). Bij die inhoud moet nu wat uitgebreider worden stilgestaan.

6 De Hoge Raad wijdt enkele beschouwingen over het doel van de gehele samenloopregeling, en eendaadse samenloop en voortgezette handeling in het bijzonder. Zij luiden, voor zover hier van belang en met weglating van de in de arresten gebruikte voetnoten, als volgt:

'2.1 […] Deze bepalingen vormen tezamen het leerstuk van de samenloop waarbij het gaat om het voorkomen van – kort gezegd – onevenredige aansprakelijkheid en bestraffing bij een gelijktijdige berechting van verschillende, mogelijk sterk samenhangende strafbare feiten.

2.5. De […] samenloopbepalingen zijn sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1886 in essentie niet gewijzigd. De indertijd gegeven toelichting bij de bepalingen is summier, maar geeft voor de eendaadse samenloop en de voortgezette handeling uitdrukking aan de gedachte dat iemand niet twee keer kan worden bestraft voor wat in wezen één strafrechtelijk relevant verwijt oplevert.'

De doelstelling van de samenloopregeling lijkt tweeledig te zijn: het voorkomen van onevenredige bestraffing en van onevenredige aansprakelijkheid. Hoewel beide doelen in de kern neerkomen op het voorkomen van disproportionaliteit en met elkaar verband houden (geen straf zonder strafrechtelijke aansprakelijkheid), kunnen ze van elkaar onderscheiden worden. Strafrechtelijke aansprakelijkheid gaat over het verwijt dat iemand wordt gemaakt, bestraffing betreft de consequentie van het gemaakte verwijt.[6] Een straf die disproportioneel is ten opzichte van het gemaakte verwijt wordt niet aanvaardbaar geacht. Wat als er maar één verwijt kan worden gemaakt? In dat geval ligt een straf die zwaarder is dan dat verwijt, gelet op de proportionaliteitseis, niet voor de hand. De wetgever zag dit tijdens de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht al in.[7] Ten aanzien van het voorkomen van onevenredige aansprakelijkheid is de wetgever minder duidelijk geweest. Diverse auteurs menen daarom dat de samenloopregeling enkel tot doel heeft het strafmaximum te beheersen.[8]

Des te opvallender is het dus dat de beide doelen in r.o. 2.1 op één lijn worden gesteld. De Hoge Raad wil kennelijk niet van een hiërarchie weten. Kennelijk beschouwt de Hoge Raad onevenredige aansprakelijkheid als een zelfstandig probleem. Dat kan te maken hebben met de idee dat bij elke strafwaardige gedraging zoveel mogelijk één strafbaar feit moet passen. Wanneer een gedraging onder meerdere strafbare feiten valt, is er bij een nauwe samenhang tussen die feiten voor de strafrechtelijke overheid minder reden om elk van die feiten apart in het vonnis te benoemen. In de justitiële documentatie van de veroordeelde zou dan slechts één verwijt moeten worden vermeld. Er is dan als het ware maar één deuk in de rechtsorde waarvoor de dader slechts één verwijt kan worden gemaakt. Waarom zou voor die ene 'deuk' meerdere keren uitdrukkelijk een verwijt moeten worden gemaakt? Het omschrijven van gedrag in termen van een strafbaar feit heeft tot doel de aan dat strafbare feit ten grondslag liggende norm te benoemen en te bevestigen. Bij van elkaar te onderscheiden feiten ligt het voor de hand die telkens te benoemen, omdat die feiten elk een specifieke norm schenden. Zou die normschending onbenoemd blijven, dan kan dat het gezag van de norm aantasten. Wanneer echter door een gedraging meerdere normen worden overtreden die elkaar zodanig overlappen dat er eigenlijk maar één verwijt overblijft, is er dan een reden om bij meer stil te staan dan bij dat ene verwijt? De bescherming van de onderscheiden normen verlangt volgens mij dan niet al die normschendingen apart te benoemen.

Na lezing van r.o. 2.5 is het op één lijn stellen van beide doelen ten aanzien van eendaadse samenloop en voortgezette handeling echter niet zo heel goed vol te houden. De laatste zin van deze overweging stelt grenzen *aan de bestraffing*. Staat hier nu het begrenzen van de bestraffing voorop of gaat het ook om de omvang van aansprakelijkheid? Helpt het woord 'relevant' de vraag te beantwoorden? We zouden kunnen stellen dat zonder dat woord de samenloopregeling inderdaad ook ziet op de strafrechtelijke aansprakelijkheid (of het strafrechtelijk verwijt). Indien een feit, hoewel vallend onder meerdere strafbepalingen, 'in wezen' één verwijt oplevert, heeft de samenloopregeling telkens ook betrekking op de omvang van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Wanneer de samenloopregeling slechts betrekking heeft op gevallen waarin een feit één strafrechtelijk *relevant* verwijt oplevert, wordt de indruk gewekt dat het verwijt beperkte betekenis toekomt. In dat geval kan worden gesteld dat het doel van de samenloopregeling primair is gelegen in de begrenzing van het strafmaximum en de begrenzing van strafrechtelijke aansprakelijkheid een bijkomend doel is. Zo gelezen, wijkt het arrest van de Hoge Raad weinig af van het standpunt dat in de in voetnoot 8 aangehaalde literatuur over de samenloopregeling wordt betrokken. De vraag is dan wel wat de relevantie bepaalt (en vanuit welk perspectief): alleen de in een concrete zaak maximaal op te leggen straf, of (ook) andere omstandigheden? Ik kom hierop terug in punt 9.

6 Zie over proportionele straffen bij vooral meerdaadse samenloop verschillende bijdragen in: J. Ryberg, J.V. Roberts & J.W. de Keijser (red.), *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford: Oxford University Press 2017.

7 Zie over die parlementaire geschiedenis Ten Voorde, Cleiren en Schuyt 2013, p. 18-41.

8 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 520; G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Ons strafrecht. Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 319; J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 836-837.

7 De strekking van de regeling van eendaadse samenloop en voortgezette handeling zijn vooral in de rechtsoverwegingen 2.7 en 2.8 te vinden. Zij staan door elkaar, mede omdat ze in belangrijke mate op beide figuren betrekking hebben. Om die reden worden de rechtsoverwegingen helemaal weergegeven, waarna eerst de eendaadse samenloop wordt besproken en daarna (in punt 8) de voortgezette handeling.

'2.7. In de rechtspraak van de Hoge Raad over eendaadse samenloop is gaandeweg sterk het accent komen te liggen op de strekking van de aan de orde zijnde strafbepalingen. Indien die strekking uiteenloopt, is geen sprake van "één feit" in de zin van art. 55, eerste lid, Sr. Deze sterk juridisch getinte toetsing met een nadruk op de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheidene delictsomschrijvingen strekken, leidt tot een beperkt bereik van de regeling van de eendaadse samenloop.

Uit die rechtspraak moet echter niet worden afgeleid dat eenzelfde strekking een noodzakelijke voorwaarde is voor het aannemen van eendaadse samenloop, zoals blijkt uit de recente jurisprudentie over het witwassen en de heling van dezelfde voorwerpen. Dat de strafbaarstelling van witwassen in sterkere mate dan bij heling het geval is, strekt ter bescherming van de integriteit van het financiële en economische verkeer, staat aan het aannemen van eendaadse samenloop niet in de weg indien het gaat om – naar de kern genomen – hetzelfde feitencomplex.

Evenmin is uitgesloten dat sprake is van een voortgezette handeling in de zin van art. 56, eerste lid, Sr van heling en witwassen indien aan de gedragingen van de verdachte met betrekking tot hetzelfde voorwerp één ongeoorloofd wilsbesluit ten grondslag ligt. Dat sluit aan bij eerdere rechtspraak over de voortgezette handeling waarin – in overeenstemming met de wetsgeschiedenis – centraal staan de met elkaar samenhangende eisen dat de verschillende strafbare feiten gelijksoortig zijn, en dat zij, chronologisch gezien, een nauw verband hebben, met één ongeoorloofd wilsbesluit als grondslag.

2.8. […] ook de wetgever [is] zich ervan bewust […] dat recente wetgeving aanleiding geeft tot zorg over dubbele bestraffing en dat tegen die zorg wordt ingebracht dat de samenloopregeling waarborgen en oplossingen biedt. Dat betekent dat de samenloopregeling – en dan meer in het bijzonder de eendaadse samenloop en de voortgezette handeling – daarvoor ook daadwerkelijk voldoende ruimte moet bieden.

Daarom moet worden benadrukt dat naar huidig inzicht een enigszins uiteenlopen van de strekking van de desbetreffende strafbepalingen niet in de weg staat aan het aannemen van eendaadse samenloop indien het in essentie om hetzelfde feitencomplex gaat. Een dergelijk uiteenlopen is evenmin een blokkade voor het aannemen van een voortgezette handeling.

In het bijzonder verdient dus aandacht dat de rechter ruimte heeft voor het aannemen van eendaadse samenloop of een voortgezette handeling, ook indien de bewezenverklaring valt onder meerdere strafbepalingen met een enigszins uiteenlopende strekking.

Vervolgens komt het voor de eendaadse samenloop vooral aan op de vraag of de bewezenverklaarde gedragingen in die mate een samenhangend, zich min of meer op dezelfde tijd en plaats afspelend feitencomplex opleveren dat de verdachte daarvan (in wezen) één verwijt wordt gemaakt. Voor de voortgezette handeling komt het erop aan of de verschillende bewezenverklaarde, elkaar in de tijd opvolgende gedragingen (ook met betrekking tot het "wilsbesluit") zo nauw met elkaar samenhangen dat de verdachte daarvan (in wezen) één verwijt wordt gemaakt.

Het voorgaande brengt mee dat het toepassingsbereik van deze regelingen ruimer is dan wellicht kon worden afgeleid uit eerdere rechtspraak waarin vooral de verschillen in de strekking van de betrokken strafbepalingen centraal stonden.'

In artikel 55 lid 1 Sr staat het onderdeel 'feit' centraal. We kunnen drie omschrijvingen onderscheiden: het feit als 'materieel gebeuren' (fysiek handelingsbegrip), het feit in zijn strafrechtelijke betekenis (juridisch handelingsbegrip) en een gemengde omschrijving waarin voor de omschrijving van het feit de strafrechtelijke betekenis en het materieel gebeuren van belang zijn. De Hoge Raad heeft in het befaamde arrest *Oude Kijk in 't Jatstraat* van een puur fysiek handelingsbegrip afscheid genomen.[9] In de literatuur is aangenomen dat de Hoge Raad sindsdien voor de omschrijving van het feit (in art. 55 lid 1 Sr) het juridisch handelingsbegrip hanteert.[10] In het onderhavige arrest onderschrijft de Hoge Raad deze conclusie, waar hij aangeeft dat het accent 'sterk [...] [is] komen te liggen op de strekking van de aan de orde zijnde strafbepalingen'. De strekking kan worden ingevuld aan de hand van de rechtsbelangen die de verschillende strafbepalingen beogen te beschermen.[11] Het centraal stellen van de strekking vermindert de invloed van het materieel gebeuren. Materieel nauwelijks te onderscheiden feiten leverden vanwege verschil in strekking van de verschillende strafbepalingen toch geen eendaadse samenloop op.[12] Dat hoeft geen bezwaar te zijn wanneer het doel van de samenloopregeling zich beperkt tot het garanderen van evenredige straffen. Een straftoemetingspraktijk waarin het strafmaximum zelden in beeld is, ongeacht het te hanteren feitsbegrip, geeft de discussie daarover een tamelijk hoog theoretisch gehalte, ook in een concrete rechtszaak.[13] Wanneer aan het voorkomen van dubbele aansprakelijkheid groter belang wordt gehecht, krijgt de betekenis van het feitsbegrip, ongeacht de op te leggen straf, wat meer gewicht.[14] Het lijkt het risico van dubbele aansprakelijkheid te zijn die de Hoge Raad in de onderhavige arresten ertoe brengt te overwegen dat 'eenzelfde strekking' geen noodzakelijke voorwaarde is voor het aannemen van eendaadse samenloop. Wanneer het 'in essentie' gaat om 'hetzelfde feitencomplex' kan er volgens de Hoge Raad sprake zijn van eendaadse samenloop.

In het geval het feitencomplex in essentie hetzelfde is, hoeft dat niet aan het aannemen van eendaadse samenloop in de weg te staan wanneer de strekking van de strafbepalingen 'enigszins' uiteenloopt.[15] De feitenrechter wordt hier een zekere vrijheid gelaten. Niet alleen zal hij moeten bepalen in welke gevallen het feitencomplex in essentie hetzelfde is, ook moet hij een beslissing nemen over de mate waarin de strekking van strafbepalingen uiteenloopt. Een enigszins uiteenlopende strekking wijst niet op een groot verschil in strekking, maar op een tamelijk subtiel verschil. Dat geeft de feitenrechter betrekkelijk weinig houvast. Gelet op de door De Graaf gesignaleerde

9 HR 15 februari 1932, *NJ* 1932/289, m.nt. B.M. Taverne.

10 Remmelink 1996, p. 839; De Hullu 2015, p. 524; Knigge & Wolswijk 2015, p. 317.

11 Strekking en rechtsbelang zijn geen synoniemen: vgl. HR 17 mei 2011, *NJ* 2011/243.

12 Een berucht voorbeeld is HR 22 september 1981, *NJ* 1981/644, waarover Van Veen in zijn annotatie stelde: 'Wat in deze casus gebeurt is te gekunsteld.'

13 J.M. van Bemmelen & W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht. Deel I. Algemene leerstukken* (door W.F.C. van Hattum), Arnhem/'s-Gravenhage: Gouda Quint en Brouwer/Martinus Nijhoff 1953, p. 515-516. Dat is anders bij bestraffing van overtredingen door de strafrechter, omdat eendaadse samenloop daar het verschil maakt tussen één straf of straf voor elk feit afzonderlijk (art. 62 Sr). Omdat het aantal kantonzaken de afgelopen jaren sterk is gedaald (168.000 in 2005, 64.000 in 2015), is het goed denkbaar dat het aantal gevallen waar samenloop een punt van discussie was, de laatste jaren ook fors is gedaald.

14 Vgl. P.A.M. Mevis in zijn annotatie onder HR 16 april 2013, *NJ* 2015/125, punt 7.

15 Vgl. HR 3 maart 2015, *NJ* 2017/169, m.nt. P.A.M. Mevis.

verschillen in rechtspraak, is de vraag of dit 'criterium' de verschillen tussen feitenrechters zal verkleinen. Verschillende van de op 20 juni 2017 en eerder gewezen arresten geven met betrekking tot dit punt echter iets meer duidelijkheid. Allereerst is de strekking van doodslag en zware mishandeling 'niet dusdanig' verschillend dat zij meer dan 'enigszins' uiteenlopen (arrest met nummer 1111). In beide gevallen gaat het in de kern om de lichamelijke integriteit van het slachtoffer. Daarnaast loopt de strekking van strafbaarstellingen niet meer dan 'enigszins' uiteen als ze een 'vergelijkbare strekking' hebben. Blijkens het arrest met nummer 1114, is dat het geval bij het opzettelijk binnen het grondgebied brengen van lijst I-middelen (art. 2 jo. 10 lid 4 Opiumwet) en de voorbereiding van *dat* feit (art. 10a Opiumwet). Met deze woordkeuze sluit de Hoge Raad aan bij de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Afdeling. Als laatste kan worden gewezen op een arrest uit 2015 waarin werd bepaald dat ook al strekt de ene strafbaarstelling (witwassen) 'in sterkere mate' tot bescherming van een bepaald rechtsgoed (in casu de integriteit van het financiële en economische verkeer) dan de andere strafbaarstelling (heling), dat verschil niet zo groot is dat er geen sprake kan zijn van eendaadse samenloop.[16] Hoewel in de genoemde arresten telkens verschillende woorden werden gehanteerd om het verschil in strekking tussen de strafbepalingen uit te drukken, blijkt ook dat het verschil niet heel erg groot mag zijn.[17]

Het arrest eindigend op nummer 1113 wijst erop dat van het 'wellicht' ruimere toepassingsbereik van eendaadse samenloop niet al te veel moet worden verwacht. In de zaak die aan dit arrest ten grondslag ligt, is bewezenverklaard zowel beroeps- of bedrijfsmatige hennepteelt als deelneming aan een criminele organisatie die beroeps- of bedrijfsmatige hennepteelt tot oogmerk had. Tijd en plaats van de bewezenverklaarde feiten zijn dezelfde, terwijl het oogmerk van de organisatie is gericht op beroeps- of bedrijfsmatige hennepteelt. Het hof oordeelt niettemin dat er sprake is van meerdaadse samenloop, een oordeel dat de Hoge Raad in stand laat, daarbij onder andere wijzend op de 'mate waarin de strekking' van de strafbepalingen (hoewel beide in de Opiumwet vermeld) uiteenlopen (r.o. 3.4). Kennelijk loopt de strekking hier meer dan 'enigszins' uiteen. Dat laat zich verklaren doordat artikel 11b Ow werd ingevoerd vanwege Europese verplichtingen en naar artikel 140 Sr werd gemodelleerd. Artikel 140 Sr strekt ter bescherming van de samenleving tegen criminele organisaties. Aangenomen kan worden dat ook artikel 11b Ow die strekking heeft. Daarin verschilt deze bepaling van de (andere) strafbaarstellingen in de Opiumwet die onder meer strekken tot bescherming van de volksgezondheid.

Om te bepalen of het feitencomplex in essentie hetzelfde is, komt het volgens de Hoge Raad 'vooral aan op de vraag of de bewezenverklaarde gedragingen in die mate een samenhangend, zich min of meer op dezelfde tijd en plaats afspelend feitencomplex opleveren dat de verdachte daarvan (in wezen) één verwijt wordt gemaakt'. Het gaat om beoordeling van de verschillende bewezenverklaarde gedragingen, de tijd en plaats waar die gedragingen plaatsvonden en in hoeverre daaruit de conclusie kan worden getrokken dat een en ander neerkomt op (in wezen) één verwijt. Het arrest eindigend op nummer 1112 illustreert de betekenis van dit onderdeel. In de zaak die aan dit arrest ten grondslag lag, was ten laste van verdachte bewezenverklaard twee gekwalificeerde diefstallen: diefstal met braak in een woning, waarbij onder andere waren weggenomen horloges, tafelzilver, een autosleutel en autopapieren, en diefstal van een auto met valse sleutel. Beide diefstallen vonden plaats op dezelfde dag en plaats en volgden kort op elkaar: met de uit de woning weggenomen autosleutel werd de auto, die op de oprit voor de woning stond, geopend en weggenomen. Het hof oordeelde dat er sprake was van meerdaadse samenloop, welk oordeel door de Hoge Raad in stand werd gelaten, onder meer gelet op verschillen wat betreft tijd en plaats en dat bij de eerste diefstal meer goederen waren weggenomen dan alleen een autosleutel. Het laatste wijst erop dat het verwijt dat met beide bewezenverklaringen wordt gemaakt niet hetzelfde is, ook al leidde het wegnemen van de autosleutel tot het met die (valse) sleutel wegnemen van de auto. Een in essentie zelfde feitencomplex vereist dus niet al te veel verschillen in de bewezenverklaarde gedragingen en tijd en plaats van die gedragingen, alsook de in de tenlastegelegde typering ('het verwijt') van de gedragingen. Of in essentie van hetzelfde feitencomplex sprake is, zal daarom mede afhangen van de vormgeving van de tenlastelegging en daarop gebaseerde bewezenverklaring. Zie daarover verder punt 9.

8 Ook voor voortgezette handeling geldt dat de zorg voor dubbele aansprakelijkheid 'daadwerkelijk voldoende ruimte moet bieden' voor toepassing van deze vorm van samenloop. Net als bij eendaadse samenloop kan voortgezette handeling volgens de Hoge Raad worden aangenomen wanneer de strekking van de desbetreffende strafbepalingen enigszins uiteenloopt. Dan komt het er bij voortgezette handeling op aan 'of de verschillende bewezenverklaarde, elkaar in de tijd opvolgende gedragingen (ook met betrekking tot het "wilsbesluit") zo nauw met elkaar samenhangen dat de verdachte daarvan (in wezen) één verwijt wordt gemaakt'. De Hoge Raad merkt ook over voortgezette handeling op dat deze omschrijving het toepassingsbereik 'ruimer' maakt 'dan wellicht kon worden afgeleid uit eerdere rechtspraak'. Waarin verschilt de gewijzigde omschrijving van de vroegere?

De Hoge Raad legde lange tijd de nadruk op het gelijksoortigheidsvereiste, dat 'duidelijke gelijkenis vertoont met het strekkingscriterium voor de eendaadse samenloop'.[18] Gelijksoortig zijn bijvoorbeeld afpersing en diefstal

16 HR 3 maart 2015, *NJ* 2017/169, m.nt. P.A.M. Mevis.

17 De Hoge Raad gunt zich hier wel de nodige vrijheid. Over het verschil in strekking tussen bijvoorbeeld witwassen en heling kan ook anders worden gedacht (zie Mevis onder HR 3 maart 2015, *NJ* 2017/169, punt 7).

18 De Hullu 2015, p. 533.

met geweld. Het feitelijk oordeel, het op basis van het ongeoorloofde wilsbesluit bestaande verband tussen de feiten, komt pas aan de orde als de feiten gelijksoortig zijn. Het wilsbesluit is in de loop van de rechtspraak teruggebracht tot een vraag naar het tijdsverloop: hoe langer het tijdsverloop, hoe minder snel wordt aangenomen dat er sprake is van één wilsbesluit. De eis van tijdsverloop brengt met zich mee dat gelijktijdig begane feiten geen voortgezette handeling kunnen opleveren (r.o. 2.8). Het met een mes bedreigen van een buschauffeur, het hem dwingen tot afgifte en vervolgens bij hem wegnemen van geld levert voortgezette handeling op van afpersing en diefstal met geweld.[19] De onderhavige arresten brengen aan de eis van tijdsverloop ogenschijnlijk geen verandering. Zo staat de feitelijke vaststelling dat sprake is geweest van 'één geweldsuitbarsting' aan het aannemen van voortgezette handeling in de weg (1111). In het geval de bewezenverklaarde feiten chronologisch 'geen nauw verband met elkaar hebben', kan voortgezette handeling volgens de Hoge Raad evenmin worden aangenomen (1115). In die gevallen hangen de 'elkaar in de tijd opvolgende gedragingen (ook met betrekking tot het "wilsbesluit")', niet 'zo nauw' met elkaar samen dat de verdachte daarvan '(in wezen) één verwijt wordt gemaakt.' Deze formulering roept met betrekking tot het woordje 'ook' wel de vraag op naar het belang van het wilsbesluit bij het vaststellen van voortgezette handeling. In de literatuur zijn wel suggesties gedaan het als 'houterig' omschreven wilsbesluit te vervangen, bijvoorbeeld door 'eenheid van verwijtbaarheid'.[20] Zet de Hoge Raad in deze arresten een stap in het vervangen van het wilsbesluit door een ander criterium? Het komt mij voor dat het ene wilsbesluit niet langer vooropstaat; centraal staat naar het zich laat aanzien of (in wezen) één verwijt kan worden gemaakt. Dat ene verwijt kan volgens de Hoge Raad worden aangenomen bij een sterke 'feitelijke en chronologische samenhang' van de bewezenverklaarde feiten.

Anders dan met betrekking tot het wilsbesluit, brengt de Hoge Raad tot uitdrukking dat hij afscheid neemt van een al te juridische invulling van het gelijksoortigheidsvereiste. Dat kon ook niet anders, gezien de eerder gememoreerde verbondenheid met het feitsbegrip uit artikel 55 Sr. De Hoge Raad laat de suggestie van een 'duidelijke gelijkenis' los en opteert thans voor eenheid van begrip: ook voor voortgezette handeling geldt dat een 'enigszins uiteenlopende strekking' niet aan het aannemen daarvan in de weg staat. Ik volsta hier met verwijzing naar de eerder gemelde vaagheid van deze bewoordingen.

9 In de aan het middel voorafgaande beschouwing lezen we ook een overweging die betrekking heeft op de relatie tussen samenloop en de wijze van ten laste leggen. Die wijze bepaalt (mede) of de samenloopregeling bij de kwalificatie van toepassing is. Een tweede overweging betreft de kwalificatie zelf.

'2.4. […] Daarnaast kan ook de wijze van tenlasteleggen van belang zijn voor de samenloop. Wanneer meerdere feiten niet cumulatief, maar enkelvoudig zijn tenlastegelegd als één samenhangend feitencomplex, bijvoorbeeld mishandeling door het toedienen van meerdere slagen aan hetzelfde slachtoffer of diefstal met braak door het stelen van meerdere voorwerpen bij een inbraak, rijst in beginsel geen vraag van samenloop omdat enkelvoudige kwalificatie al uit de tenlastelegging voortvloeit. Anderzijds behoeft een cumulatieve tenlastelegging de rechter niet af te houden van toepassing van de regels over eendaadse samenloop en voortgezette handeling.

[…]

2.10. Wat betreft de kwalificatie van het bewezenverklaarde in geval van eendaadse samenloop heeft de Hoge Raad al eerder geoordeeld dat het in beginsel aan de feitenrechter is om de vraag te beantwoorden of hij in geval van eendaadse samenloop het bewezenverklaarde enkelvoudig kwalificeert (onder de zwaarste strafbepaling) dan wel of hij meervoudig kwalificeert en vervolgens de zwaarste strafbepaling toepast bij de straftoemeting. Denkbaar is dat de feitenrechter, teneinde onevenredige aansprakelijkheid te voorkomen, een enkelvoudige kwalificatie aangewezen acht. Bij een voortgezette handeling ligt dat echter niet in de rede.'

Ten laste leggen kan op meerdere manieren: cumulatief, primair/subsidiair en alternatief. Binnen een tenlastelegging zijn eveneens variaties mogelijk. Een voorbeeld vinden we in de tenlastelegging, die werd gebruikt in de zaak die leidde tot het arrest met het nummer 1112. We zagen dat daarin ten laste gelegd waren twee gekwalificeerde diefstallen. De beide feiten waren cumulatief ten laste gelegd. De samenloopregeling ziet enkel op deze feiten, niet op de omstandigheid dat feit 1 een pluraliteit van weggenomen goederen betrof. Iets gelijkaardigs vinden we in het arrest eindigend op nummer 1115, waarin – althans in de weergegeven tenlasteleggingen – meerdere feiten cumulatief ten laste waren gelegd, die elk een pluraliteit van feiten betroffen. Het is de officier van justitie die met een bepaalde wijze van ten laste leggen bepaalt of de samenloopregeling van toepassing is, en zo ja, tevens preludeert op de beslissing over de in casu toepasselijke samenloopbepaling.[21] Het aanduiden van verschillen in tijd en plaats en in het in de tenlastelegging tot uitdrukking gebrachte verwijt, kunnen gelet op de onderhavige arresten tamelijk relevant worden voor het door de rechter beantwoorden van de vraag welke samenloopregeling hij dient toe te passen en in zijn einduitspraak dient te vermelden, in die gevallen waarin de strekking van de strafbaarstellingen niet meer dan 'enigszins' uiteenloopt.

Mevis wijst in zijn annotatie bij het eerder aangehaalde arrest uit 2015 erop dat in de gevallen die in dat arrest aan de orde waren (de gedragingen kunnen worden ten laste gelegd als heling en witwassen) de officier van justitie 'niet moet kiezen voor het cumulatief ten laste leggen van witwassen en heling'.[22] De Hoge Raad wil zover niet gaan. Hij merkt slechts op dat een cumulatieve

19 Hof Amsterdam 14 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4510.

20 Noyon-Langemeijer-Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 5 en 6 bij art. 56 (digitale bewerking door A.J. Machielse, bijgewerkt tot en met 2 oktober 2015).

21 De wetgever loopt op de toepassing van de samenloopregeling vooruit wanneer een delictsomschrijving een pluraliteit van feiten omvat. Ook in dat geval is de samenloopregeling niet van toepassing, tenzij dit feit cumulatief (met andere feiten) ten laste wordt gelegd.

22 HR 3 maart 2015, *NJ* 2017/169, m.nt. P.A.M. Mevis, punt 3.

tenlastelegging niet aan het toepassen van de regels over eendaadse samenloop en voortgezette handeling in de weg staat. Heel verrassend is dat niet. De Hoge Raad heeft in een andere zaak waarin witwassen en heling cumulatief ten laste waren gelegd, geoordeeld dat de opvatting 'dat ingeval een verdachte ter zake van een (identiek) feitencomplex vervolgd zou kunnen worden voor zowel (schuld)heling als (schuld)witwassen, het openbaar ministerie – op straffe van niet-ontvankelijkheid in de vervolging – gehouden is bij het opstellen van de tenlastelegging een keuze te maken tussen die heling en dat witwassen' onjuist is.[23] De wetsgeschiedenis van witwassen dwingt volgens de Hoge Raad niet tot een keuze bij de tenlastelegging. Hij wil ten aanzien van dit onderwerp, en getuige de onderhavige arresten in het algemeen, niet aan het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie tornen, terwijl het aan de wetgever is om de mogelijkheid te benutten om daaraan in specifieke gevallen bij wet (of in de toelichting daarop) beperkingen te stellen. Bij deze stand van zaken is de opmerking van de Hoge Raad over de toepassing van eendaadse samenloop en voortgezette handeling bij cumulatieve tenlastelegging het maximaal haalbare; de vingerwijzing richting de feitenrechter is echter veelzeggend.

Eerder deze annotatie wees ik erop dat verschillende auteurs ten aanzien van de kwalificatie in geval van eendaadse samenloop pleiten voor één kwalificatie, namelijk die van het delict met het hoogste strafmaximum. Deze opvatting sluit mijns inziens aan bij de gedachte dat de samenloopregeling niet alleen beoogt het strafmaximum te beperken, maar ook de omvang van de aansprakelijkheid. De Hoge Raad heeft deze laatste stap niet heel erg duidelijk willen zetten. Enerzijds zijn er passages in de arresten aan te wijzen waaruit blijkt dat ook voor de Hoge Raad de samenloopregeling meer is dan alleen een strafbegrenzer, anderzijds is de Hoge Raad ten aanzien van dit punt tamelijk terughoudend. Dat blijkt ook uit r.o. 2.10. De Hoge Raad laat zijn rechtspraak in stand waarin hij bepaalde dat het niet aan de Hoge Raad is de feitenrechter te dwingen voor slechts één kwalificatie te kiezen. De Hoge Raad acht het wel 'denkbaar' in voorkomende gevallen voor een enkelvoudige kwalificatie te kiezen 'teneinde onevenredige aansprakelijkheid te voorkomen'.[24] Net als in r.o. 2.5 zien we hier het omarmen van de opvatting dat de samenloopregeling ook de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid bewaakt. Het noemen van deze rechtsoverweging brengt me bij de term 'relevant' die de Hoge Raad in deze overweging munt. Enkelvoudige kwalificatie is wellicht aangewezen wanneer van 'in wezen één strafrechtelijk relevant verwijt' kan worden gesproken. Wellicht kunnen we 'relevant' in het licht van het al dan niet enkelvoudige kwalificeren als volgt duiden. Aansprakelijkheidstelling kan worden beschouwd als communicatie in de richting van dader, slachtoffer (en nabestaanden) en de samenleving. Gecommuniceerd wordt namelijk het verwijt dat de dader wordt gemaakt door het begaan van een strafbaar feit. Wanneer dat ook met het slachtoffer (en nabestaanden) en de samenleving wordt gecommuniceerd, kan het wenselijk zijn om voor een meervoudige kwalificatie te kiezen in geval van eendaadse samenloop. Slachtoffers kunnen zich benadeeld voelen wanneer 'hun' feit niet expliciet in het vonnis als strafrechtelijk verwijt tot uitdrukking wordt gebracht. Zeker bij ernstige gewelds- en levensdelicten laat dergelijk onbegrip zich denken. Voor het slachtoffer is goed denkbaar dat het 'relevant' is dat het verwijt meervoudig is, en dus ook op 'zijn' zaak betrekking heeft en als zodanig in het vonnis tot uitdrukking wordt gebracht. Bij slachtofferloze delicten is het eerder denkbaar dat bij één strafrechtelijk *relevant* verwijt enkelvoudige kwalificatie sneller in beeld komt. Ook bij slachtofferloze delicten moet het kennelijk mogelijk zijn dat de feitenrechter voor meervoudige kwalificatie kiest, bijvoorbeeld uit oogpunt van norminprenting.

10 Duker en Ouwerkerk stellen voor het feitsbegrip in artikel 55 lid 1 Sr te laten samenvallen met het feitsbegrip in artikel 68 Sr (*ne bis in idem*). Waarom zou voor feiten die niet consecutief mogen worden vervolgd, omdat zij hetzelfde feit zijn in de zin van artikel 68 Sr, wel de regeling van meerdaadse samenloop mogen worden toegepast omdat zij niet één feit opleveren in de zin van artikel 55 lid 1 Sr?[25] Een dergelijke onduidelijkheid in het wettelijk systeem achten zij ongewenst. De Hoge Raad heeft het voorstel niet overgenomen, getuige de volgende rechtsoverweging:

'2.9. De hierboven aangeduide ruimte voor eendaadse samenloop en voortgezette handeling vindt mede steun in het vooral met art. 55, eerste lid, Sr verwante art. 68 Sr dat ook dubbele bestraffing wil voorkomen. Ook in dat verband is immers bij de beantwoording van de vraag of sprake is van "hetzelfde feit" – naast de aan de orde zijnde gedraging van de verdachte – de juridische aard van de aan de orde zijnde feiten relevant, waarbij geen identieke strekking van de desbetreffende strafbepalingen is vereist, maar waarbij vooral van belang is of hun strekking niet wezenlijk uiteenloopt.

Het hiervoor onder 2.8 weergegeven toetsingskader voor "één feit" als bedoeld in art. 55, eerste lid, Sr kan echter niet worden gelijkgeschakeld met het toetsingskader voor "hetzelfde feit" in de zin van art. 68 Sr. Bij art. 68 Sr staat de vervolgbaarheid voorop, in die zin dat de verdachte niet opnieuw in rechte mag worden betrokken na een eerdere onherroepelijke rechterlijke einduitspraak over hetzelfde feit, en dat de tenlastelegging niet op de voet van art. 313 Sv aldus kan worden gewijzigd dat de verdachte alsnog wordt vervolgd voor een ander feit dan hem is tenlastegelegd. Bovendien wordt het ne bis in idem-beginsel dat aan art. 68 Sr ten grondslag ligt – anders dan de samenloop – mede bepaald door Europese regelgeving en rechtspraak.'

De Hoge Raad onderbouwt zijn oordeel met twee argumenten: artikel 68 Sr ziet op een ander thema dan eendaadse samenloop, waarbij in het bijzonder acht geslagen moet worden op de mogelijkheid tot wijziging van de tenlastelegging op de voet van artikel 313 Sv, en de invulling van het feitsbegrip in artikel 68 Sr wordt mede bepaald door Europese regelgeving en rechtspraak, waarmee de Europese Unie en het EVRM worden bedoeld. Met betrekking tot het laatste argument kan met de Hoge Raad worden gesteld dat samenloop, anders dan *ne bis in idem*, in de rechtspraak van het Europees Hof voor de

23 HR 1 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2445. 24 Vgl. HR 16 november 2004, *NJ* 2005/43. 25 Duker 2011, p. 647-648; Ouwerkerk 2012.

Rechten van de Mens, geen prominente plaats heeft. De regeling van samenloop is in de rechtspraak van dit hof slechts zijdelings aan de orde geweest.[26] Op het niveau van de Europese Unie is aan eendaadse samenloop (nog) geen aandacht besteed. Het op Europese rechtspraak en regelgeving gefundeerde pleidooi van Ouwerkerk voor een wijziging van het feitsbegrip bij *ne bis in idem* en daaruit voortvloeiend wijziging van het in artikel 55 lid 1 Sr gehanteerde feitsbegrip, waarbij zou moeten worden teruggekeerd naar een fysiek handelingsbegrip,[27] wordt door de Hoge Raad niet overgenomen. Dat is niet verrassend, gelet op zijn voorzichtige (of: terughoudende) vertaling van Europese rechtspraak over het feitsbegrip in artikel 68 Sr.[28] Daarbij kan met De Graaf de vraag worden gesteld of in Europese rechtspraak inderdaad van het fysieke handelingsbegrip wordt uitgegaan en voor het juridisch handelingsbegrip geen plaats meer is.[29] In het licht hiervan is het niet verbazend dat de Hoge Raad vooral nationale ontwikkelingen noemt om het feitsbegrip bij eendaadse samenloop en voortgezette handeling onder de loep te nemen. Als we ons vervolgens realiseren waar we met samenloop vandaan komen, dan is de stap die de Hoge Raad met deze arresten zet al heel wat.

Met het eerste argument verzet de Hoge Raad zich tegen eenheid van feitsbegrip. Volgens de Hoge Raad ziet artikel 68 Sr ook op iets anders dan artikel 55 e.v. Sr. Artikel 68 Sr omvat immers niet alleen het beginsel *ne bis in idem* (geen dubbele bestraffing), maar ook het beginsel *nemo debet bis vexari* (geen dubbele vervolging). De verwantschap tussen de samenloopregeling en artikel 68 Sr is volgens de Hoge Raad gelegen in het voorkomen van dubbele bestraffing. Doordat het bij artikel 68 Sr niet alleen om dubbele bestraffing gaat maar ook, of gelet op de overwegingen van de Hoge Raad zelfs in het bijzonder, om het voorkomen van dubbele vervolging, creëert de Hoge Raad afstand tussen beide leerstukken en die afstand rechtvaardigt zijns inziens het verschil in gehanteerd feitsbegrip. De nadruk op dubbele vervolging laat zich verklaren: op die manier wordt beoogd de verdachte een hem belastend strafproces te besparen over een feit waarvoor hij reeds terecht heeft gestaan.[30] Dat zou niet het geval zijn wanneer de nadruk ligt op het voorkomen van dubbele bestraffing. Aan dat punt komt de rechter immers pas toe wanneer voor het(zelfde) feit is vervolgd. De vraag die de nadruk op het voorkomen van dubbele vervolging oproept, is of er niet tenminste enige verwantschap bestaat met het voorkomen van dubbele aansprakelijkheid en zo ja,[31] of dat er niet voor zou pleiten dat het feitsbegrip van artikel 55 e.v. Sr en artikel 68 Sr verder naar elkaar toe zouden moeten groeien, of zelfs weer gelijkluidend moeten worden, zoals Duker en Ouwerkerk voorstellen. Dat de Hoge Raad daar kennelijk niet aan wil, wijst er (opnieuw) op dat hij het voorkomen van dubbele bestraffing als (enige of voornaamste) doel van de samenloopregeling beschouwt, ondanks alle vingerwijzingen die op een andere richting zouden kunnen wijzen. Het gevolg is dat uitspraken, zoals het arrest met nummer 1113, ook in de toekomst denkbaar blijven: artikel 11b en artikel 3, onder B, Opiumwet kunnen wel hetzelfde feit opleveren bij ongelijktijdige berechting (art. 68 Sr), maar niet hetzelfde feit in geval van gelijktijdige berechting. Waarom dubbele vervolging in een dergelijk geval wel onwenselijk is en dubbele aansprakelijkheid niet, vermag ik op dit moment niet in te zien. Is de belasting van een dubbel strafproces echt altijd zoveel zwaarder dan van dubbele aansprakelijkheid?

11 De samenloopregeling is een complexe regeling die in de loop van de geschiedenis tot de nodige discussie heeft geleid. Een tijd lang leek die discussie wat verstomd. Met de arresten van 20 juni 2017 wordt ook een nieuwe generatie juristen zich bewust van de samenloopregeling, onder meer van het doel en de strekking die de regeling heeft en zou kunnen hebben. De arresten wijzen op een voorzichtige koerswijziging van de Hoge Raad met betrekking tot het feitsbegrip. Zij leiden echter tot vragen over de (precieze) inhoud ervan en de betekenis voor de feitenrechtspraak. De komende tijd zal niet alleen zichtbaar moeten worden of de arresten in de feitenrechtspraak tot verandering leiden, maar ook in hoeverre de Hoge Raad de naar aanleiding van de arresten gerezen onduidelijkheden zal verhelderen. ■

26 EHRM 7 februari 2012 (*Alimuçaj t. Albanië*), *EHRC* 2012/102, m.nt. G.K. Schoep.
27 Ouwerkerk 2012.
28 HR 1 februari 2011, *NJ* 2011/394, m.nt. Y. Buruma.
29 F.C.W. 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* 2013/34.
30 Vgl. Röling in zijn annotatie onder HR 4 juni 1957, *NJ* 1957/480. Historisch is de eis dubbele vervolging te voorkomen goed verklaarbaar. Zie W.F. van Hattum, *Ne bis in idem. De ontwikkeling van een beginsel* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.
31 De Hullu 2015, p. 537.