



Universiteit
Leiden
The Netherlands

NJ 2022/308 annotatie bij 23 maart 2021 (Deelneming aan een criminele organisatie en ne bis in idem)

Crijns, J.H.

Citation

Crijns, J. H. (2022). NJ 2022/308 annotatie bij 23 maart 2021 (Deelneming aan een criminele organisatie en ne bis in idem). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2022(42), 5883-5894. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3502328>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3502328>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

NJ 2022/308

HOGE RAAD (STRAFKAMER)

23 maart 2021, nr. 19/00603

(Mrs. J. de Hullu, M.J. Borgers, M. Kuijer;

A-G mr. D.J.C. Aben)

m.nt. J.H. Crijns*

Art. 68, 140 Sr

RvdW 2021/381

NJB 2021/993

ECLI:NL:PHR:2021:31

ECLI:NL:HR:2021:387

Deelneming aan een criminele organisatie en ne bis in idem.

Na een vervolging wegens een concreet delict staat het ne bis in idem-beginsel in de weg aan vervolging wegens het deelnemen aan een criminele organisatie als de verdachte op niets anders betrekking heeft dan het begaan van het delict waarvoor hij al is vervolgd. Vervolging t.z.v. art. 140 Sr is in ieder geval mogelijk als de tenlastelegging ook ziet op andere deelnemingsgedragingen dan het begaan van het concrete delict waarvoor de verdachte al is vervolgd en/of op andere delicten waarop het oogmerk van de organisatie is gericht. Een in de eerste vervolging opgelegde straf kan een voor de straftoemeting relevante omstandigheid vormen bij een latere veroordeling t.z.v. het deelnemen aan een criminele organisatie.

Verweer: Het OM is partieel niet-ontvankelijk wegens strijd met het ne bis in idem-beginsel. Aan de verdachte is in Duitsland d.m.v. een 'Strafbefehl' een geldboete opgelegd voor feitelijke handelingen die ook ten grondslag liggen aan de onder 2 en 3 tenlastegelegde feiten.

Hof: De onherroepelijke veroordeling door de Duitse rechter heeft geen betrekking op de onder 2 en 3 tenlastegelegde feiten. Het Duitse strafbevel ziet op een veroordeling t.z.v. fiscale vergrijpen, terwijl de verdachte onder 2 en 3 wordt verweten een gewoonte te hebben gemaakt van witwassen van geldbedragen en deelname aan een criminele organisatie. Daarnaast lopen de door de verschillende delictomschrijvingen beschermde rechtsbelangen van de enerzijds in Nederland en de anderzijds in Duitsland vervolgte feiten uiteen. Er is dan ook geen sprake van 'hetzelfde feit' cfm. art. 68 Sr.

HR: Uit het tegen de verdachte uitgevaardigde 'Strafbefehl' en de strekking van de beslissing van het Amtsgericht Dresden op het door de verdachte ingestelde verzet blijkt dat de verdachte in Duitsland is vervolgd en bestraft wegens het medeplegen van het daar als werkgever niet afdragen van sociale verzekeringspremies in de periode maart 2006 - oktober 2013. In

de toelichting op het cassatiemiddel wordt een beroep gedaan op HR 26 november 1996, NJ 1997/209. De overwegingen in dat arrest hebben betrekking op de situatie waarin een verdachte wordt/is vervolgd voor deelneming aan een criminele organisatie, en diezelfde verdachte nadien ook wordt vervolgd voor een met zijn deelneming aan deze criminele organisatie samenhangend concreet delict. In bijzondere omstandigheden kan zo'n tweede vervolging voor het concrete delict in strijd komen met het ne bis in idem-beginsel. Daarvan is in de kern genomen sprake indien in de eerdere vervolging de deelneming van de verdachte aan de criminele organisatie het begaan van het concrete delict uit de latere vervolging omvatte. Wanneer, zoals i.c., de eerste vervolging betrekking heeft op het door de verdachte begaan zijn van een concreet delict en in de tweede vervolging het deelnemen aan een criminele organisatie betreft, staat het ne bis in idem-beginsel in de weg aan die latere vervolging voor het deelnemen aan een criminele organisatie als die deelneming van de verdachte op niets anders betrekking heeft dan het begaan van het concrete delict waarvoor de verdachte al is vervolgd. Deze situatie doet zich i.c. niet voor.

Het begaan van een concreet delict zal slechts in uitzonderlijke gevallen de deelneming aan een criminele organisatie geheel omvatten. Art. 140 Sr heeft immers betrekking op het deelnemen aan een criminele organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft. Dat betekent dat het deelnemen door de verdachte zeker niet noodzakelijkerwijs hoeft te bestaan uit het door hem begaan zijn van een (enkel) concreet delict, terwijl art. 140 Sr ook niet meer eist dan dat de organisatie het oogmerk heeft misdrijven te plegen. Vervolging wegens het deelnemen aan een criminele organisatie is dus in ieder geval mogelijk indien de tenlastelegging ook ziet op andere deelnemingsgedragingen dan het begaan zijn van het concrete delict waarvoor de verdachte al is vervolgd en/of op andere delicten waarop het oogmerk van de organisatie is gericht. Opmerking verdient dat de eventueel in de eerste vervolging voor het begaan van het concrete delict opgelegde straffen een voor de straftoemeting relevante omstandigheid kunnen vormen bij een latere vervolging en veroordeling voor het deelnemen aan een criminele organisatie.

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 30 januari 2019, nummer 21/000027-15, in de strafzaak tegen [verdachte], adv.: mr. M.E. van der Werf, te Amsterdam.

Cassatiemiddel:

Middel II, zie 3.1; (red.).

Conclusie A-G mr. D.J.C. Aben:

1. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Zwolle, heeft de verdachte bij arrest van 30 januari 2019 wegens 1. "opzettelijk een bij de be-

* Prof. mr. J.H. Crijns is hoogleraar Straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

lastingwet voorziene aangifte niet doen, terwijl het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, meermalen gepleegd”, 2. “medeplegen van van wittassen een gewoonte maken” (kort gezegd: medeplegen gewoontewittassen) en 3. “deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven” veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van vijftien maanden.

2. De zaak hangt samen met een tweede strafzaak en een ontnemingszaak tegen de verdachte (19/00604 en 19/00605), alsmede met de straf-en/of ontnemingszaken van de medeverdachten (19/00597, 19/00528, 19/00529, 19/00576 en 19/00578). In deze zaken zal ik vandaag ook concluderen.

3. Het cassatieberoep is ingesteld namens de verdachte. Mr. M.E. van der Werf, advocaat te Amsterdam, heeft drie middelen van cassatie voorgesteld.

4. Het eerste middel klaagt dat het hof wegens een eerdere veroordeling ten onrechte het Openbaar Ministerie (OM) ontvankelijk heeft geacht in de strafvervolgning van de verdachte ter zake van gewoontewittassen en deelname aan een criminele organisatie (feiten 2 en 3).

5. Aan verdachte is onder 2 en 3 ten laste gelegd dat:

(...)

3. hij op een of meer tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 januari 2006 tot en met 30 mei 2011, in

- de gemeente(n) Nijmegen en/of Wijchen en/of Heumen en/of Beuningen en/of 's-Gravenhage en/of Rotterdam en/of elders in Nederland, en/of

- Kranenburg en/of Cottbus en/of Dresden en/of Berlin en/of Waidhaus en/of Nürnberg en/of Bocholt en/of Kleve en/of Goch en/of Chemnitz en/of elders in Duitsland, en/of

- Gibraltar en/of [E] on Tees en/of Chesterfield-Derbyshire en/of Cardiff en/of elders in Groot-Brittannië, en/of

- Opole en/of Warscha en/of Szczecin en/of elders in Polen,

tezamen en in vereniging met

- [betrokkene 1] en/of [betrokkene 2] en/of

- [medeverdachte 3] en/of

- [medeverdachte 1] en/of

(...)

[U] en/of een of een aantal (andere) (buitenlandse) rechtspers(o)n(en) en/of een of een aantal (andere) natuurlijk(e) pers(o)n(en), heeft deelgenomen aan een organisatie, die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven, te weten onder meer:

- het in Duitsland zonder vergunning uitlenen en/of tewerkstellen van een of meer pers(o)n(en) met een andere dan de Duitse nationaliteit, (hetgeen in Duitsland een misdrijf is volgens paragraaf 15 van het Gesetz zur Rege-

lung der gewerbsmässigen Arbeitnehmerüberlassung), en/of

- het (mede)plegen van sociale verzekeringsfraude en/of belastingfraude, bestaande uit het niet afdragen van sociale verzekeringspremies en/of belastingen in Nederland en/of Duitsland, en/of

- het (mede)plegen van (gewoonte) wittassen en/of een of meer ander(e) misdrijf/misdrijven.”

6. Het hof heeft met betrekking tot de ontvankelijkheid van het OM het volgende overwogen:

“Ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. De raadsman heeft zich, overeenkomstig zijn overgelegde pleitaantekeningen, op het standpunt gesteld dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in de strafvervolgning voor wat betreft de onder 2 en 3 ten laste gelegde feiten, wegens strijd met het ne bis in idem-beginsel. Hij heeft hiertoe – kort weergegeven – aangevoerd dat aan verdachte door de Duitse rechter een ‘Strafbefehl’ d.d. 1 september 2014 is uitgevaardigd, waarbij aan hem een geldboete van € 30.000,- is opgelegd. Tegen dit bevel is vervolgens verzet ingesteld. Bij besluit van 8 december 2015 heeft het Amtsgericht Dresden beslist om de hoogte van de opgelegde geldboete te verminderen tot € 5.400,-. Tegen deze uitspraak van het Amtsgericht is geen rechtsmiddel ingesteld, waardoor die uitspraak op 17 december 2015 onherroepelijk is geworden. De geldboete is inmiddels door verdachte in termijnen betaald, zoals blijkt uit de overgelegde betalingsstukken.

Uit het strafbevel en het overleveringsverzoek blijkt dat verdachte in Duitsland is vervolgd voor het uitzenden van personeel zonder vergunning en het niet betalen van sociale verzekeringspremies in Duitsland. In Nederland wordt hij, voor wat betreft de feiten 2 en 3, vervolgd voor (gewoonte)wittassen en deelname aan een criminele organisatie.

De feitelijke onderbouwing van de verwijten is in de kern echter dezelfde als in de Duitse zaak. Zowel de feitelijke handelingen van verdachte als de juridische aard van de feiten waarvoor hij in Duitsland is vervolgd en in Nederland wordt vervolgd, brengen met zich mee dat sprake is van hetzelfde feit in de zin van artikel 68 Sr, aldus de raadsman.

Het hof overweegt hieromtrent het volgende. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van ‘hetzelfde feit’ in de zin van artikel 68 Sr moet rekening gehouden worden met enerzijds de juridische aard van de feiten en anderzijds de gedragingen van verdachte. Weliswaar staat het vast dat verdachte door de Duitse rechter onherroepelijk is veroordeeld, maar deze veroordeling heeft geen betrekking op de onder 2 en 3 ten laste gelegde strafbare feiten. Het Duitse strafbevel ziet op een veroordeling ter zake van fiscale vergrijpen, terwijl verdachte onder de feiten 2 en 3

wordt verweten een gewoonte te hebben gemaakt van witwassen van geldbedragen en deelname aan een criminele organisatie. Daarnaast lopen de door de verschillende delictomschrijvingen beschermde rechtsbelangen van de enerzijds in Nederland en de anderzijds Duitsland vervolgte feiten uiteen. Het hof is dan ook van oordeel dat geen sprake is van 'hetzelfde feit' in de zin van artikel 68 Sr. Het verweer van de raadsman wordt verworpen. Het hof verklaart het openbaar ministerie ontvankelijk in de vervolging ten aanzien van de onder 2 en 3 ten laste gelegde feiten."

7. Ter terechtzitting in hoger beroep is namens de verdachte in dit kader het volgende aangevoerd (voetnoten weggelaten):

"Ontvankelijkheid feiten 2 en 3

In eerste aanleg is betoogd dat het OM niet ontvankelijk verklaard moet worden in de vervolging van de feiten 2 en 3.

De rechtbank heeft in zijn vonnis geoordeeld dat:

1. De veroordeling van cliënt in Duitsland ten tijde van de vervolging in eerste aanleg nog niet onherroepelijk en volledig ten uitvoer gelegd was, en

2. de juridische aard van het Strafbefehl in Duitsland anders is dan de juridische feiten waarvoor cliënt in Nederland wordt gevolgd, namelijk fiscale vergrijpen in Duitsland versus witwassen en deelname aan een criminele organisatie in Nederland.

Op grond van deze twee argumenten heeft de rechtbank het Openbaar Ministerie ontvankelijk verklaard in de vervolging wegens witwassen en 140. Naar mijn mening kan dit oordeel op dit moment niet meer in stand blijven.

Ad 1.

Het oorspronkelijke Strafbefehl dateert van 1 september 2014. Aan cliënt werd daarin een boete van 30.000 euro opgelegd.

Bij besluit d.d. 8 december 2015 heeft het Ambtsgericht Dresden besloten de hoogte van de boete te verminderen tot € 5400. Bij niet betaling zou cliënt 300 dagen moeten uitzitten. Het besluit is aan deze pleitnota gehecht. Tegen dit besluit van het Ambtsgericht is geen rechtsmiddel ingesteld. Het is derhalve op 17 december 2015 onherroepelijk geworden.

De geldboete is door cliënt in termijnen van € 400 per maand betaald (zie: door cliënt overgelegde stukken).

Daarmee is de beslissing onherroepelijk en is de straf (conform art. 68 lid 2 sub 2 Sr) volledig ten uitvoer gelegd.

Op dit moment betaalt cliënt nog af op de proceskosten, maar die maken geen deel uit van de opgelegde straf en doen dus niet af aan het feit dat de straf geheel is ondergaan.

Ad 2.

Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van dezelfde feiten geldt HR 1 februari 2011,

ECLI:NL:HR:2011:BM9102 als uitgangspunt. De Hoge Raad overweegt daarin dat twee factoren van belang zijn voor die beoordeling: (...) [hier volgt een citaat uit genoemd arrest waarnaar ik hierna ook verwijs, zodat dubbele vermelding achterwege kan blijven]De gedragingen van cliënt zullen het probleem niet zijn. In de Duitse en de Nederlandse procedure gaat het om exact dezelfde handelingen, in dezelfde periode met behulp van dezelfde bedrijven. Deze gelijkheid wordt vrij uitputtend geïllustreerd in het uitgebreide Strafbefehl dat als bijlage aan de pleitnota d.d. 3 en 4 december 2014 is gehecht.

De Rechtbank heeft geoordeeld dat de juridische aard van de feiten niet voldoende gelijk is.

Uit het Strafbefehl en het overleveringsverzoek (zie ook: pleitnota 3 en 4 december 2014) blijkt dat cliënt in Duitsland is vervolgd voor het uitzenden van personeel zonder vergunning en het niet betalen van sociale verzekeringspremies. In Nederland wordt hij vervolgd voor witwassen en deelname aan een criminele organisatie. De feitelijke inhoud van die bij de verwijten is in de kern hetzelfde als in de Duitse zaak. Cliënt zou hebben witgewassen doordat hij personeel zonder vergunning tewerkstelde en de sociale premies niet betaalde.

De criminele organisatie was op diezelfde feiten gericht, aldus de telastelegging.

Het witwassen volgt onvermijdelijk uit het niet betalen van de premies. Je kunt immers niet geen premies betalen terwijl je niet witwast. Het is als de inbreker die een raampje intikt om in de woning te komen. Door het niet betalen van premies wast cliënt automatisch wit. Dat zit geïncorporeerd in die handelingen. Hetzelfde geldt voor het verwijt van deelname aan een criminele organisatie. Inhoudelijk is het verwijt aan cliënt het langdurig samen met anderen frauderen met personeel en sociale premies. Dat levert automatisch een criminele organisatie op. In die gevallen is er sprake van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr en kan er in Nederland niet nogmaals worden vervolgd.

De Duitse autoriteiten hebben ook rekening gehouden met deze feiten. In het Strafbefehl en in het overleveringsverzoek wordt de benadeling van de autoriteiten immers expliciet benoemd, waarmee het witwassen uiteraard is aangeduid (It must be assumed that the suspect contributed to losses of at least 1.166.002,51 to social security institutions). Ook het criminele samenwerkingsverband wordt expliciet benoemd (Jointly with other persons charged and in varying compositions).

Uit het overleveringsverzoek blijkt dat in Duitsland een maximumstraf van 10 jaar op deze feiten staat. De Nederlandse feiten zijn, afhankelijk van de rol die aan de verdachte wordt toebedeeld (Gewoonte of niet; 140 al dan niet als leider), daarmee vergelijkbaar (beiden 8 jaar).

Conclusie is dat zowel de feitelijke handelingen van cliënt als de juridische aard van de feiten waarvoor hij in Duitsland vervolgd is en in Nederland wordt vervolgd met zich meebrengen dat er sprake is van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr en dat in mijn visie het OM niet ontvankelijk verklaard moet worden in de vervolging van de feiten 2 en 3 op de tenlastelegging.”

(...)

9. Tegen dit strafbevel is (kennelijk tijdig) verzet ingesteld. De beslissing daarop van 8 december 2015 is gehecht aan de ter terechtzitting in hoger beroep voorgelegde pleitnota. Het verzet is gericht tegen de hoogte van de dagboete (“*Tagessatzhöhe*”).² In die beslissing heeft het Amtsgericht Dresden die dagboete gematigd tot afgerond € 18. Het totaal van de dagboetes (300 x € 18) komt daarmee op € 5.400.
10. Het misdrijf dat de verdachte heeft begaan en waarop de straf onder meer is gebaseerd, houdt in:

“§ 266a Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt StGB

(1) Wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer als Arbeitgeber

1. der für den Einzug der Beiträge zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder

2. die für den Einzug der Beiträge zuständige Stelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dadurch dieser Stelle vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält.”

Algemene beschouwing over het ne bis in idem-beginsel

11. Vooropgesteld zij dat de strafvervolgning van de verdachte ingevolge artikel 68 lid 1 Sr niet-ontvankelijk is indien en voor zover de verdachte wordt vervolgd voor een feit waarover te zijnen aanzien bij gewijsde van een Nederlandse rechter reeds onherroepelijk is beslist.³ Dit betreft dus het geval waarin de rechter onherroepelijk heeft be-

slist op de vragen van artikel 350 Sv over *hetzelfde feit* als waarvoor de verdachte nadien wordt vervolgd. Wat in dit verband onder ‘hetzelfde feit’ wordt verstaan, heeft de Hoge Raad verduidelijkt in het overzichtsarrest van 1 februari 2011, E:BM9102.⁴ De identiteit van een ‘feit’ wordt in beginsel bepaald door de inhoud van de (al dan niet gewijzigde) tenlastelegging. Met andere woorden, de identiteit van het feit hangt af van het verwijt dat in de tenlastelegging is omschreven. Of twee feiten ‘hetzelfde’ verwijt betreffen, vergt dus een vergelijking van de tenlastelegging in de lopende strafvervolgning met de tenlastelegging in de reeds onherroepelijk besliste zaak.⁵ Die vergelijking vindt plaats aan de hand van twee factoren: (A) juridisch: de aard van de feiten en (B) feitelijk: de gedraging van de verdachte. De vraag naar de (eenheid van) tijd en plaats van de gedraging van de verdachte (factor B) spreekt meer voor zich. Maar ook de relevantie van factor A vloeit voort uit het karakter van het rechtsgoed dat artikel 68 Sr beoogt te beschermen. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin de verdachte onherroepelijk is veroordeeld voor het verkopen en verstrekken van cocaïne aan een tiental junks. Pas later komt vast te staan dat de verdachte één van hen met opzet bijna pure cocaïne heeft verstrekt opdat die (daarvan onwetende) man aan een overdosis komt te overlijden, hetgeen geschiedde. Kan de verdachte zich met succes tegen de vervolging voor moord verweren met de stelling dat hij al is veroordeeld voor het opzettelijk verstrekken van de cocaïne aan het slachtoffer?

12. Wat betreft de juridische aard van de feiten kan, als de ten laste gelegde feiten niet onder dezelfde delictsomschrijving vallen (zoals in mijn fictieve voorbeeld), de mate van verschil tussen de strafbare feiten van belang zijn. In die afweging kunnen volgens de Hoge Raad in het bijzonder worden betrokken (verschillen in) (i) de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheidene delictsomschrijvingen strekken en (ii) de strafmaxima die op de onderscheiden feiten zijn gesteld. Wat betreft de gedraging van de verdachte kan de mate van verschil tussen de gedragingen van belang zijn, zowel wat betreft de aard en de kennelijke strekking van de gedragingen als wat betreft de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder zij zijn verricht. De Hoge Raad benadrukt dat reeds uit de bewoordingen van het begrip ‘hetzelfde feit’ voortvloeit dat wat daaronder moet worden verstaan mede wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen kan tot de slotsom leiden dat de tenlasteleggingen

2 Blijkens een verduidelijking van de vertaler in het strafbevel houdt de “*Tagessatz*” in een “aan het rekenkundig inkomen per dag gerelateerd bedrag waaruit de totale boete is opgebouwd”, zie de laatste pagina van het strafbevel. De hoogte van de boete is daarmee dus afhankelijk van het geschatte inkomen van de verdachte.

3 Met ‘Nederlandse rechter’ wordt in deze conclusie bedoeld: een rechter in Nederland, Aruba, Curaçao, Sint Maarten of de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba, kortom een rechter uit een van de vier landen die deel uitmaken van het Koninkrijk der Nederlanden.

4 HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, NJ 2001/394 m.nt. Buruma.

5 In verband met de voorliggende zaak beperk ik mij in het vervolg tot de eerste situatie waarin twee ten laste gelegde feiten worden vergeleken.

niet 'hetzelfde feit' betreffen in de zin van artikel 68 Sr.⁶

13. De vervolging wegens hetzelfde feit is krachtens artikel 68 lid 2 Sr ook uitgesloten in gevallen waarin een 'andere' dan de Nederlandse (dus: een buitenlandse) rechter de verdachte heeft vrijgesproken of ontslagen van rechtsvervolging, dan wel heeft veroordeeld. In dat laatste geval ('heeft veroordeeld') stelt artikel 68 lid 2 aanhef en onder 2^o Sr een additionele voorwaarde voor de rechtsbescherming gelijk aan die van artikel 68 lid 1 Sr. De (eventuele) straf waartoe de verdachte in het buitenland is veroordeeld moet geheel ten uitvoer zijn gelegd.⁷ Overigens wijkt de betekenis van het begrip 'hetzelfde feit' in de gevallen van artikel 68 lid 2 Sr niet af van dat als bedoeld in het eerste lid van artikel 68 Sr.⁸

Toepassing van deze beschouwingen op het voorliggende geval

(...)

22. Het tweede middel spitst zich toe op de vervolging en veroordeling voor feit 3 (deelname aan een criminele organisatie) en betreft nogmaals de klacht dat het hof het OM – vanwege die eerdere veroordeling; ten onrechte – ontvankelijk heeft geacht. Nu wordt aan die klacht ten grondslag gelegd dat hierdoor de beginselen van een behoorlijke procesorde zijn geschonden.

23. De klacht gaat op voor de gedragingen beschreven onder de eerste twee van de drie opsommingstekens in de tenlastelegging van feit 3; voor die delicten is de verdachte volgens de steller van het middel al door de Duitse rechter veroordeeld bij bovengenoemd *Strafbefehl*. Het betreft:

– het in Duitsland zonder vergunning uitlenen en/of tewerkstellen van één of meer perso(o)n(en) met een andere dan de Duitse nationaliteit, (hetgeen in Duitsland een misdrijf is volgens paragraaf 15 van het Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung), en/of

– het (mede) plegen van sociale verzekeringsfraude en/of belastingfraude, bestaande uit het niet afdragen van sociale verzekeringspremies en/of belastingen in Nederland en/of Duitsland."

24. De steller van het middel verwijst ter onderbouwing van de klacht naar HR 26 november 1996, E:ZD0583.¹² In die zaak werd de verdachte eerst vervolgd (en onherroepelijk veroordeeld) voor de deelneming aan een criminele organisatie die

onder meer het plegen van valsheid in geschrift tot oogmerk had. Vervolgens werd hij separaat vervolgd voor valsheid in geschrift. Ik citeer uit die uitspraak van de Hoge Raad:

"6.3. Bij de beoordeling van het middel dient te worden vooropgesteld dat het openbaar ministerie ingevolge het bepaalde in het eerste lid van art. 68 Sr slechts dan niet-ontvankelijk is in zijn vervolging, indien het de verdachte vervolgt ter zake van een feit of feiten waarover te zijnen aanzien bij gewijsde van een rechter in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba reeds onherroepelijk is beslist. Van niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie is op grond van beginselen van een behoorlijke procesorde echter eveneens sprake indien de officier van justitie alvorens over een eerdere dagvaarding door de rechter onherroepelijk is beslist, een tweede dagvaarding of kennisgeving van verdere vervolging uitbrengt ter zake van hetzelfde feit – in de zin van art. 68 Sr – als in die eerdere dagvaarding was telastegelegd.

6.4. Ook al is de strekking van art. 140 Sr een andere dan die van art. 225 Sr, het valt niet uit te sluiten dat met betrekking tot in openvolgende telasteleggingen omschreven feiten, strafbaar ingevolge art. 140 Sr onderscheidenlijk art. 225 Sr, sprake is van omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, dat ook dan beginselen van een behoorlijke procesorde zich ertegen verzetten dat tegen degene die ter zake van art. 140 Sr is of wordt vervolgd, vervolgens ook ter zake van feiten strafbaar ingevolge art. 225 Sr een vervolging wordt ingesteld.

6.5. Van dergelijke omstandigheden is sprake indien in de op art. 140 Sr toegesneden telastelegging de daarin bedoelde deelneming van de verdachte aan de organisatie aldus is omschreven dat deze (mede) heeft bestaan uit het begaan van concrete misdrijven ingevolge art. 225 Sr, welke vervolgens in een tweede vervolging ingevolge art. 225 Sr afzonderlijk worden telastegelegd. Dat geval doet zich te dezen niet voor.

6.6. Voorts zal, ook indien tussen de door de eerste rechter beoordeelde gedragingen en die welke in de tweede dagvaarding zijn vervat anderszins sprake is van een verband als hiervoor onder 6.4 bedoeld, het openbaar ministerie op grond van beginselen van een behoorlijke procesorde in die tweede vervolging niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Zodanig geval doet zich voor indien de eerste rechter het bewijs van het op overtreding van art. 140 Sr toegesneden telastegelegde klaarblijkelijk mede heeft aangenomen op grond van bepaalde concrete gedragingen van de verdachte en deze gedragingen vervolgens in een tweede op art. 225 Sr toegespitste telastelegging zijn opgenomen."

6 HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, NJ 2001/394 m.nt. Buruma, rov. 2.9.1. en 2.9.2. Zie ook HR 20 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1112, NJ 2019/112 m.nt. Mevis r.o. 2.9. Zie over het leerstuk van *ne bis in idem* ook uitgebreid F.C.W. de Graaf, *Meervoudige aansprakelijkstelling: een analyse van rechtsfiguren die aansprakelijkstelling voor meer dan één feit normeren*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, m.n. p. 224 e.v.

7 Voor de volledigheid: hetzelfde geldt in geval van gratie of verjaring van de straf.

8 HR 13 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9892, NJ 1995/252.

12 HR 26 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0583, NJ 1997/209.

Algemene beschouwingen

25. Onder omstandigheden kunnen de beginselen van een behoorlijke procesorde meebrengen dat de bescherming die ligt besloten in artikel 68 lid 1 Sr ook het geval bestrijkt waarin de bijdrage van de verdachte aan de verwezenlijking van het oogmerk van het criminele samenwerkingsverband heeft bestaan uit het begaan van concrete gedragingen (delicten), en die delicten vervolgens – in het kader van een nieuwe, tweede strafvervolgung – afzonderlijk zijn opgenomen in de tenlastelegging die aan de verdachte is uitgebracht (de situatie die is beschreven onder 6.5 in het geciteerde arrest). Aangezien de tenlastelegging van deelneming aan een criminele organisatie doorgaans slechts vrij globaal is opgesteld en zij alleen melding maakt van de categorieën van strafbare feiten waarop het oogmerk van de betreffende organisatie was gericht, kan onduidelijk blijven of zich het geval voordoet als hiervoor bedoeld. In die situatie kan de motivering van de bewezenverklaring, met inbegrip van de bewijsmiddelencatalogus, eventueel aanwijzingen opleveren dat de eerste rechter het bewijs voor deelneming aan een criminele organisatie heeft aangenomen op grond van bepaalde concrete gedragingen (delicten) die vervolgens – blijkens de tenlastelegging – onderdeel zijn van het verwijt dat de verdachte in de tweede zaak wordt gemaakt (de situatie als beschreven onder 6.6 in het geciteerde arrest). Ik benadruk hier dat kennelijk niet alleen gehele maar ook gedeeltelijke overlap moet worden vermeden. Dit heeft de Hoge Raad uitgedrukt door tweemaal de term 'mede' te gebruiken.

26. Er is geen reden om aan te nemen dat de Hoge Raad – ter beantwoording van de vraag of de verdachte op grond van beginselen van een goede procesorde een gelijke bescherming ten deel valt als die van artikel 68 lid 1 Sr – op het vlak van de identiteit van feiten meer of andere eisen stelt dan de eisen van artikel 68 lid 1 Sr. Het gaat dus nu om een vergelijking – aan de hand van de hierboven genoemde factoren A en B – van enerzijds de concrete gedragingen waarmee de verdachte volgens de rechter heeft bijgedragen aan de verwezenlijking van het oogmerk van de criminele organisatie met anderzijds de concrete gedragingen waarop de tenlastelegging in de tweede vervolging is toegesneden.

27. Het hoeft verder geen betoog dat de overwegingen van de Hoge Raad ook opgaan ingeval de chronologie een andere is. Dat betreft dus het geval waarin de verdachte eerst (onherroepelijk) is veroordeeld voor bepaalde concrete gedragingen, en daarna wordt vervolgd voor deelneming aan een criminele organisatie waarbij de verdachte heeft bijgedragen aan het verwezenlijken van het oogmerk van de organisatie door het begaan van 'dezelfde' concrete gedragingen als die onderwerp waren van de strafvervolgung die leidde tot de onherroepelijke veroordeling.

Toepassing van deze beschouwingen op de voorliggende zaak

28. Het middel mist feitelijke grondslag voor zover ervan wordt uitgegaan dat de verdachte is veroordeeld wegens het in Duitsland zonder vergunning uitlenen en/of tewerkstellen van één of meer personen met een andere dan de Duitse nationaliteit (opgenomen in de bewezenverklaring van feit 3, van de misdrijven waarop het oogmerk van de organisatie was gericht, onder het eerste opsommingsteken). Hoewel dit als zodanig wel is vastgesteld in het strafbevel is de uiteindelijke veroordeling daarop niet gebaseerd, zo begrijp ik uit de kwalificatie van hetgeen de Duitse rechter bewezen heeft verklaard, die slechts een verwijzing betreft naar § 266a lid 1 en 2 StGB.

29. Voor een bespreking van de overige klachten van het middel wijs ik voor zover van belang op de volgende bewijsmiddelen die betrekking hebben op de bedrijven [I], [J], [H] GmbH, [Z] GmbH, [Q] GmbH en de betrokkene. Deze zijn opgenomen in de (53 pagina's tellende) aanvulling bij het arrest:¹³

(...)

30. De beschrijving in het strafbevel bevat een aantal omstandigheden die grote overeenkomsten vertonen met omstandigheden die zijn opgenomen in de bewijsvoering van het bestreden arrest. Het gaat opgesomd om de volgende feitelikheden die zowel in het strafbevel als in (de aanvulling op) het bestreden arrest te vinden zijn:

- (i) De werkzaamheden bestaan uit uitzendactiviteiten met betrekking tot de bouwnijverheid, gedeeltelijk met [betrokkene 1];
- (ii) De uitgeleende werknemers hebben met name de Poolse nationaliteit;
- (iii) Het personeel wordt aangeboden via economisch inactieve vennootschappen;
- (iv) Contact (telefonisch/fax) wordt doorgeleid naar Nederland waar de feitelijke kantoorruimtes zijn gehuisvest;
- (v) Het ingeleende personeel beschikte niet over de benodigde werkvergunning;
- (vi) De werknemers zijn (door hetgeen is opgenomen onder (v)) niet aangemeld voor sociale verzekeringen waardoor de verplichte premies niet werden ingevorderd en de werkgever aldus premies bespaarde;
- (vii) De betrokken bedrijven zijn [I], [J] GmbH, [H] GmbH en [Q] GmbH.

31. Op basis van deze omstandigheden kom ik tot de conclusie dat de feitelijke omstandigheden die kennelijk hebben geleid tot vermelding van de misdrijven waarop het oogmerk van de criminele organisatie ziet, in hoge mate vergelijkbaar zijn met omstandigheden die aan het Duitse strafbevel ten grondslag liggen. De overlap is evenwel gedeeltelijk: twee bedrijven ([V] en [W]) komen in de Neder-

¹³ Hier en daar wordt ook nog in andere bewijsmiddelen op (de betrokkenheid van de verdachte bij) de genoemde bedrijven gewezen. Die bewijsmiddelen heb ik hier laten rusten omdat het punt ook zonder die bewijsmiddelen wordt gemaakt.

landse tenlastelegging niet voor en voor zover het Duitse strafbevel ziet op gedragingen die zijn gepleegd vóór 1 januari 2006 geldt de overlap evenmin. Daarbij komt dat de Nederlandse tenlastelegging (en uiteindelijk ook de bewezenverklaring) een groter aantal bedrijven en natuurlijke personen bevat die betrokken waren bij het strafbare handelen van de verdachte. Bovendien strekken de strafbare handelingen zich in de Nederlandse tenlastelegging niet alleen uit tot hetgeen in Duitsland is voorgevallen, maar ook over wat in Nederland plaatsvond (Nederlandse belastingfraude bijvoorbeeld).

32. Dit leidt tot het volgende. Wat betreft hetgeen is opgenomen in de bewezenverklaring van feit 3, van de misdrijven waarop het oogmerk van de organisatie was gericht, het eerste opsommingssteken, te weten *“het in Duitsland zonder vergunning uitlenen en/of tewerkstellen van één of meer perso(o)n(en) met een andere dan de Duitse nationaliteit”*), heeft de Nederlandse rechter het bewijs van deelneming aan een criminele organisatie klaarblijkelijk mede aangenomen op grond van bepaalde concrete gedragingen van de verdachte, terwijl deze gedragingen ook zijn opgenomen in de eerste tenlastelegging van een feit, in dit geval het Duitse misdrijf § 266a StGB (*Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt*).

33. Wat betreft hetgeen is opgenomen in de bewezenverklaring van feit 3, van de misdrijven waarop het oogmerk van de organisatie was gericht, het tweede opsommingssteken, te weten *“het (mede)plegen van sociale verzekeringsfraude en/of belastingfraude, bestaande uit het niet afdragen van sociale verzekeringspremies en/of belastingen in Nederland en/of Duitsland”*, is de op artikel 140 Sr toegesneden tenlastelegging en met name de daarin bedoelde deelneming van de verdachte aan de organisatie aldus omschreven dat deze volgens de bewijsvoering mede heeft bestaan uit het begaan van concrete misdrijven die eerder in een vervolging in gevolge artikel § 266a StGB in Duitsland afzonderlijk zijn tenlastegelegd en waarvoor de verdachte aldaar blijkens het strafbevel is veroordeeld.

34. Dergelijke omstandigheden, die blijk geven van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, leiden ertoe dat beginselen van een behoorlijke procesorde zich ertegen verzetten indien tegen degene die ter zake van de delicten die zijn opgenomen in het strafbevel is vervolgd, in zoverre vervolgens ook ter zake van deelneming aan een criminele organisatie strafvervolging wordt ingesteld.

35. Het middel slaagt.

(...)

40. Deze conclusie strekt tot vernietiging van de bestreden uitspraak, maar uitsluitend wat betreft de beslissingen ter zake van het onder 3 ten laste gelegde en de strafoplegging, tot terugwijzing van de zaak naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en tot verwerping van het beroep voor het overige.

Hoge Raad:

3 *Beoordeling van het tweede cassatiemiddel*

3.1 Het cassatiemiddel klaagt in de kern dat het hof het openbaar ministerie ontvankelijk heeft verklaard in de vervolging wegens deelneming aan een criminele organisatie, ook voor zover die vervolging verband houdt met door de verdachte begane misdrijven die al voorwerp zijn geweest van een jegens hem uitgevaardigd ‘Strafbefehl’.

3.2.1 Aan de verdachte is onder 3 tenlastegelegd dat:

“hij op een of meer tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 januari 2006 tot en met 30 mei 2011, in

- de gemeente(n) Nijmegen en/of Wijchen en/of Heumen en/of Beuningen en/of 's-Gravenhage en/of Rotterdam en/of elders in Nederland, en/of

- Kranenburg en/of Cottbus en/of Dresden en/of Berlin en/of Waidhaus en/of Nürnberg en/of Bocholt en/of Kleve en/of Goch en/of Chemnitz en/of elders in Duitsland, en/of

- Gibraltar en/of Stockton on Tees en/of Chesterfield-Derbyshire en/of Cardiff en/of elders in Groot Britannië, en/of

- Opole en/of Warscha en/of Szczecin en/of elders in Polen,

tezamen en in vereniging met

- [betrokkene 1] en/of

- [betrokkene 2] en/of

- [medeverdachte 3] en/of

- [medeverdachte 1] en/of

- [A] B.V. en/of

- [B] B.V. en/of

- [C] B.V. en/of

- [D] B.V. en/of

- [R] B.V. en/of

- [S] en/of

- [E] Ltd en/of

- [T] Ltd en/of

- [F] GmbH en/of

- [G] en/of

- [Q] GmbH en/of

- [H] GmbH en/of

- [I] en/of

- [J] GmbH en/of

- [K] GmbH en/of

- [H] GmbH en/of

- [L] GmbH en/of

- [M] GmbH en/of

- [N] Sp.z.o.o. en/of

- [P] Sp.z.o.o. en/of

- [U] en/of

een of een aantal (andere) (buitenlandse) rechtsperso(o)n(en) en/of een of een aantal (andere) natuurlijk(e) perso(o)n(en), heeft deelgenomen aan een organisatie, die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven, te weten onder meer:

- het in Duitsland zonder vergunning uitlenen en/of tewerkstellen van een of meer perso(o)n(en) met een andere dan de Duitse nationaliteit (hetgeen in Duitsland een misdrijf is volgens paragraaf 15 van het Gesetz zur Regelung der gewerbsmässigen Arbeitnehmerüberlassung), en/of
- het (mede)plegen van sociale verzekeringsfraude en/of belastingfraude, bestaande uit het niet afdragen van sociale verzekeringspremies en/of belastingen in Nederland en/of Duitsland, en/of
- het (mede)plegen van (gewoonte) witwassen en/of een of meer ander(e) misdrijf/misdrijven.”

3.2.2 Het hof heeft het verweer waarop het cassatiemiddel doelt, als volgt samengevat en verworpen:

“Ontvankelijkheid van het openbaar ministerie De raadsman heeft zich, overeenkomstig zijn overgelegde pleitaantekeningen, op het standpunt gesteld dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in de strafvervolgning voor wat betreft de onder 2 en 3 ten laste gelede feiten, wegens strijd met het ne bis in idem beginsel. Hij heeft hiertoe – kort weergegeven – aangevoerd dat aan verdachte door de Duitse rechter een ‘Strafbefehl’ d.d. 1 september 2014 is uitgevaardigd, waarbij aan hem een geldboete van € 30.000,- is opgelegd. Tegen dit bevel is vervolgens verzet ingesteld. Bij besluit van 8 december 2015 heeft het Amtsgericht Dresden beslist om de hoogte van de opgelegde geldboete te verminderen tot € 5.400,-. Tegen deze uitspraak van het Amtsgericht is geen rechtsmiddel ingesteld, waardoor die uitspraak op 17 december 2015 onherroepelijk is geworden. De geldboete is inmiddels door verdachte in termijnen betaald, zoals blijkt uit de overgelegde betalingsstukken.

Uit het strafbevel en het overleveringsverzoek blijkt dat verdachte in Duitsland is vervolgd voor het uitzenden van personeel zonder vergunning en het niet betalen van sociale verzekeringspremies in Duitsland. In Nederland wordt hij, voor wat betreft de feiten 2 en 3, vervolgd voor (gewoonte)witwassen en deelname aan een criminele organisatie.

De feitelijke onderbouwing van de verwijten is in de kern echter dezelfde als in de Duitse zaak. Zowel de feitelijke handelingen van verdachte als de juridische aard van de feiten waarvoor hij in Duitsland is vervolgd en in Nederland wordt vervolgd, brengen met zich mee dat sprake is van hetzelfde feit in de zin van artikel 68 Sr, aldus de raadsman.

Het hof overweegt hieromtrent het volgende. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van ‘hetzelfde feit’ in de zin van artikel 68 Sr moet rekening gehouden worden met enerzijds de juridische aard van de feiten en anderzijds de gedragingen van verdachte. Weliswaar staat het vast

dat verdachte door de Duitse rechter onherroepelijk is veroordeeld, maar deze veroordeling heeft geen betrekking op de onder 2 en 3 ten laste gelede strafbare feiten. Het Duitse strafbevel ziet op een veroordeling ter zake van fiscale vergrijpen, terwijl verdachte onder de feiten 2 en 3 wordt verweten een gewoonte te hebben gemaakt van witwassen van geldbedragen en deelname aan een criminele organisatie. Daarnaast lopen de door de verschillende delictomschrijvingen beschermde rechtsbelangen van de enerzijds in Nederland en de anderzijds in Duitsland vervolgde feiten uiteen. Het hof is dan ook van oordeel dat geen sprake is van ‘hetzelfde feit’ in de zin van artikel 68 Sr. Het verweer van de raadsman wordt verworpen. Het hof verklaart het openbaar ministerie ontvankelijk in de vervolging ten aanzien van de onder 2 en 3 ten laste gelede feiten.”

3.2.3 De inhoud van het tegen de verdachte uitgevaardigde ‘Strafbefehl’ als ook de strekking van de beslissing van het Amtsgericht Dresden die volgde op het door de verdachte ingestelde verzet tegen dat ‘Strafbefehl’, zijn weergegeven in de conclusie van de advocaat-generaal onder 8 en 9. Daaruit blijkt dat de verdachte in Duitsland is vervolgd en bestraft wegens – kort gezegd – het medeplegen van het daar als werkgever niet afdragen van sociale verzekeringspremies in de periode maart 2006 – oktober 2013.

3.3.1 In de toelichting op het cassatiemiddel wordt een beroep gedaan op een arrest van de Hoge Raad van 26 november 1996,

ECLI:NL:HR:1996:ZD0583 (*NJ* 1997/209; *red.*). De overwegingen in dat arrest hebben betrekking op de situatie waarin een verdachte wordt of is vervolgd voor deelneming aan een criminele organisatie, en diezelfde verdachte nadien ook wordt vervolgd voor een met zijn deelneming aan deze criminele organisatie samenhangend concreet delict. In bijzondere omstandigheden kan zo’n tweede vervolging voor het concrete delict in strijd komen met het ne bis in idem-beginsel. Daarvan is in de kern genomen sprake indien in de eerdere vervolging de deelneming van de verdachte aan de criminele organisatie het begaan van het concrete delict uit de latere vervolging omvatte.

3.3.2 Wanneer, zoals in het onderhavige geval, de eerste vervolging betrekking heeft op het door de verdachte begaan zijn van een concreet delict en de tweede vervolging het deelnemen aan een criminele organisatie betreft, staat het ne bis in idem-beginsel in de weg aan die latere vervolging voor het deelnemen aan een criminele organisatie als die deelneming van de verdachte op niets anders betrekking heeft dan het begaan van het concrete delict waarvoor de verdachte al is vervolgd. Het begaan van een concreet delict zal echter slechts in uitzonderlijke gevallen de deelneming aan een criminele organisatie geheel omvatten. Artikel 140 Sr heeft immers betrekking op het deelnemen aan een criminele organisatie die het plegen van misdrijven

tot oogmerk heeft. Dat betekent dat het deelnemen door de verdachte zeker niet noodzakelijkerwijs hoeft te bestaan uit het door hem begaan zijn van een (enkel) concreet delict, terwijl artikel 140 Sr ook niet meer eist dan dat de organisatie het oogmerk heeft misdrijven te plegen.

3.3.3 Vervolging wegens het deelnemen aan een criminele organisatie is dus in ieder geval wel mogelijk indien de tenlastelegging ook ziet op andere deelnemingsgedragingen dan het begaan zijn van het concrete delict waarvoor de verdachte al is vervolgd en/of op andere delicten waarop het oogmerk van de organisatie is gericht. Opmerking verdient dat de eventueel in de eerste vervolging voor het begaan van het concrete delict opgelegde straffen een voor de straftoemeting relevante omstandigheid kunnen vormen bij een latere vervolging en veroordeling voor het deelnemen aan een criminele organisatie.

3.4 Hier doet zich niet de onder 3.3.2 bedoelde situatie voor. Het cassatiemiddel, dat klaagt over de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging met betrekking tot het deelnemen aan een organisatie voor zover die organisatie het oogmerk had van het (mede)plegen van het niet afdragen van sociale verzekeringspremies in Duitsland, faalt daarom.

(...)

5 *Beslissing*

De Hoge Raad:

- vernietigt de uitspraak van het hof, maar uitsluitend wat betreft de duur van de opgelegde gevangenisstraf;
- vermindert deze in die zin dat deze veertien maanden belooft;
- verworpt het beroep voor het overige.

Noot

1. De strafbaarstelling van art. 140 Sr geeft geregeld aanleiding tot discussie. Dit hangt deels samen met de ruime reikwijdte van de strafbaarstelling zelf, maar ook met het gegeven dat een vervolging ter zake van art. 140 Sr doorgaans wordt gecombineerd met een vervolging ter zake van een of meer concrete delicten die in meer of mindere mate in verband staan met de tenlastegelegde deelneming aan een criminele organisatie. In de praktijk hebben justitiabelen dan ook niet zelden het idee een vervolging wegens art. 140 Sr 'er gratis bij te krijgen'. Vanuit het perspectief van het Openbaar Ministerie is de meerwaarde van het cumulatief ten laste leggen van het tamelijk abstract geformuleerde delict deelneming aan een criminele organisatie er niet zelden in gelegen dat aldus een vangnet wordt gecreëerd voor het geval vrijspraak volgt voor een of meer van de concreet ten laste gelegde gedragingen. In geval van gelijktijdige vervolging en berechting levert dit niet zulke complexe rechtsvragen op, terwijl eventuele overlap in strafrechtelijk ver-

wij als gevolg van de meerdaadse samenloop kan worden opgevangen in de straftoemeting. In het onderhavige arrest speelt vergelijkbare materie, zij het dat het hier problematischer wordt, nu de vervolging ter zake van de concrete delicten en de daarmee samenhangende vervolging wegens deelneming aan een criminele organisatie niet gelijktijdig maar consecutief plaatsvindt. Een extra complicerend element in de onderhavige casus is het feit dat de eerste vervolging zich in het buitenland heeft afgespeeld.

2. Wat was er aan de hand? In 2014 heeft verdachte in Duitsland een Strafbefehl gekregen wegens het gedurende meerdere jaren (in de woorden van de Hoge Raad, r.o. 3.2.3) medeplegen van het daar als werkgever niet afdragen van sociale verzekeringspremies. De verdachte ging tegen dit Strafbefehl in verzet bij het Amtsgericht Dresden, wat erin resulteerde dat de veroordeling werd gehandhaafd maar de opgelegde geldboete substantieel werd verlaagd. In Nederland werd verdachte – deels gelijktijdig aan het traject in Duitsland – vervolgd voor een drietal feiten, waaronder het medeplegen van gewoontewitwassen (feit 2) en deelneming aan een criminele organisatie in onder meer Nederland en Duitsland (feit 3), waarbij voor wat betreft dit laatste feit de in de tenlastelegging opgenomen deelnemingsgedragingen mede bestonden uit voornoemd feit van het als werkgever niet afdragen van sociale verzekeringspremies waarvoor verdachte in Duitsland al een Strafbefehl had gekregen. Toen de Duitse boete inmiddels volledig door verdachte was betaald, betoogde zijn raadsman in hoger beroep dat de vervolging ter zake van gewoontewitwassen en deelneming aan een criminele organisatie in strijd was met het in art. 68 Sr opgenomen verbod van dubbele vervolging. Volgens de raadsman ging het feitelijk bezien immers om dezelfde gedragingen als waarvoor hij in Duitsland al was bestraft, zij het met een ander strafrechtelijk label. Het hof verwierp dit verweer zonder veel omhaal van woorden; gebruikmakend van het vaste jurisprudentiële kader van HR 1 februari 2011, NJ 2001/394 m.nt. Y. Buruma, oordeelde het hof dat de door de verschillende delictomschrijvingen beschermde rechtsbelangen van de enerzijds in Nederland en de anderzijds in Duitsland vervolgte feiten uiteenliepen, hetgeen maakte dat niet kon worden gesproken van 'hetzelfde feit' in de zin van art. 68 Sr en dus ook niet van een met het verbod van dubbele vervolging strijdige situatie. Tegen dit oordeel richtten twee van de drie cassatiemiddelen zich. Het meer algemeen ingestoken eerste middel kwam op teel dit oordeel van het hof als zodanig, welk middel door de Hoge Raad met toepassing van art. 81 RO werd verworpen. Het tweede middel gaf daarentegen wel aanleiding tot een inhoudelijk oordeel van de Hoge Raad door de meer specifieke vraag op te werpen of een latere vervolging ter zake van deelneming aan een criminele organisatie niet in strijd is met de beginselen van een behoorlijke procesorde wanneer daarin

deelnemingsgedragingen zijn opgenomen waarvoor verdachte al eerder is vervolgd en bestraft (in dit geval in het buitenland, terwijl de opgelegde straf al geheel ten uitvoer is gegaan).

3. Over een vergelijkbare situatie had de Hoge Raad zich al eens eerder uitgelaten (HR 26 november 1996, NJ 1997/209), zij het dat toen de volgorde andersom was: eerst een vervolging voor deelneming aan een criminele organisatie gericht op valsheid in geschrifte, waarna een inhaaladvaarding volgde voor het met zijn deelneming aan die criminele organisatie samenhangende concrete delict van valsheid in geschrifte. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat ondanks de uiteenlopende strekking van art. 140 Sr en art. 225 Sr een dergelijke gang van zaken in strijd kan komen met de beginselen van een behoorlijke procesorde, namelijk wanneer sprake is van 'omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte dat ook dan beginselen van een behoorlijke procesorde zich er tegen verzetten dat tegen degene die ter zake van art. 140 Sr is of wordt vervolgd, vervolgens ook ter zake van feiten strafbaar ingevolge art. 225 Sr een vervolging wordt ingesteld'. De Hoge Raad vervolgde: "Van dergelijke omstandigheden is sprake indien in de op art. 140 Sr toegesneden telastelegging de daarin bedoelde deelneming van de verdachte aan de organisatie aldus is omschreven dat deze (*mede*) [curs. JHC] heeft bestaan uit het begaan van concrete misdrijven ingevolge art. 225 Sr, welke vervolgens in een tweede vervolging ingevolge art. 225 Sr afzonderlijk worden telastegelegd." Daaraan voegde de Hoge Raad toe: "Voorts zal, ook indien tussen de door de eerste rechter beoordeelde gedragingen en die welke in de tweede dagvaarding zijn vervat anderszins sprake is van een verband als hiervoor [...] bedoeld, het openbaar ministerie op grond van beginselen van een behoorlijke procesorde in die tweede vervolging niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Zodanig geval doet zich voor indien de eerste rechter het bewijs van het op overtreding van art. 140 Sr toegesneden telastegelegde klaarblijkelijk *mede* [curs. JHC] heeft aangenomen op grond van bepaalde concrete gedragingen van de verdachte en deze gedragingen vervolgens in een tweede op art. 225 Sr toegespitste telastelegging zijn opgenomen." Het door de Hoge Raad bedoelde (feitelijke) verband kan dus zowel (direct) uit de tekst van de beide tenlasteleggingen volgen als (meer indirect) uit de eerdere bewijsmotivering en de latere tenlastelegging. Nadien heeft de Hoge Raad zich niet meer over een dergelijke situatie uitgelaten, anders dan de overweging ten overvloede uit een arrest uit 2017 met verwijzing naar voornoemd arrest uit 1996 dat een niet-gelijktijdige vervolging van het beroeps- of bedrijfsmatig telen van hennep en deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van dit feit 'vragen kan oproepen in verband met art. 68 Sr en/of de beginselen van een behoorlijke procesorde' (HR 20 juni

2017, NJ 2019/113 m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.6); zie nader over deze arresten en een bespreking van feitenrechtspraak op basis daarvan A.N. Kesteloo, 'Niet-gelijktijdig (consecutief) vervolgen binnen hetzelfde feitencomplex. De gevolgen van het niet-gelijktijdig vervolgen, meer specifiek in het geval van artikel 140 Sr', NTS 2021/27; en F.C.W. de Graaf, 'Deelneming aan een criminele organisatie en ne bis in idem. De toepasselijkheid van het ne bis in idem-beginsel bij vervolging wegens deelneming aan een criminele organisatie na vervolging wegens een concreet misdrijf en vice versa', NTS 2021/58). Wellicht interessanter dan deze overweging ten overvloede uit 2017 is de wijze waarop de Hoge Raad het eerdere oordeel uit 1996 in het onderhavige arrest samenvat (r.o. 3.3.1): "In bijzondere omstandigheden kan zo'n tweede vervolging voor het concrete delict in strijd komen met het ne bis in idem-beginsel. Daarvan is in de kern genomen sprake indien in de eerdere vervolging de deelneming van de verdachte aan de criminele organisatie het begaan van het concrete delict uit de latere vervolging *omvatte* [curs. JHC]." De Graaf spreekt in dit verband van het 'opslokken' van het concrete delict door de deelneming aan de criminele organisatie (zie De Graaf, NTS 2021/58, p. 220, met verwijzing naar M.J.H.J. de Vries-Leemans, 'Art. 140 Sr: recente ontwikkelingen', DD 1999, p. 155).

4. Met dit oordeel uit 1996 – dat nadien is bevestigd in 2017 – heeft de Hoge Raad voor gevallen waarin sprake is van een niet-gelijktijdige vervolging ter zake van art. 140 Sr en een of meer concrete delicten in zekere zin een uitzondering geformuleerd op de uitkomst die zou mogen worden verwacht op basis van het jurisprudentiële kader van wat heeft te gelden als 'hetzelfde feit' in het kader van ne bis in idem. Sinds het eerdergenoemde standaardarrest uit 2011 is immers helder dat zowel een feitelijke als een juridische toets moet worden aangelegd, waarbij met name deze laatste ervoor zorgt dat twee feiten die op basis van de feitelijke toets hetzelfde feit lijken te zijn toch als twee verschillende feiten moeten worden beschouwd, wat een afzonderlijke vervolging voor beide feiten mogelijk maakt. Wanneer wordt gekeken naar de verhouding van de strafbaarstelling van art. 140 Sr en een willekeurig concreet delict dat daarmee samenhangt, zal doorgaans tot de conclusie kunnen worden gekomen dat zij voor wat betreft hun strekking dermate uiteenlopend zijn dat van verschillende feiten kan worden gesproken (zie in gelijke zin De Graaf, NTS 2021/8, p. 217). Toch kan dit onder omstandigheden anders liggen, zoals de Hoge Raad in voornoemde arresten heeft laten zien. Ondanks de verschillende strekking als gevolg van uiteenlopende te beschermen rechtsbelangen kan de feitelijke overlap dermate groot zijn, dat een consecutieve vervolging wegens art. 140 Sr en een of meer daarmee samenhangende concrete delicten wel degelijk in strijd kan komen met de beginselen van een behoorlijke procesorde.

5. Bij deze stand van zaken gaf de aan het onderhavige arrest ten grondslag liggende casus aanleiding tot twee vragen. Ten eerste de vraag of de rechtsregel zoals de Hoge Raad die in 1996 heeft geformuleerd ook geldt in de spiegelbeeldige situatie, waarin de vervolging ter zake van een of meer concrete delicten voorafgaat aan de vervolging ter zake van deelneming aan een criminele organisatie. En ten tweede de vraag hoe groot de overlap in feitelijke gedragingen tussen beide vervolgingen moet zijn, willen de beginselen van een behoorlijke procesorde in de weg staan aan een dergelijke consecutieve vervolging. De eerste vraag kan na het onderhavige arrest volmondig bevestigend worden beantwoord, waarmee we kunnen vaststellen dat de volgorde bij een consecutieve vervolging ter zake van art. 140 Sr en een daarmee samenhangend concreet delict in die zin niet uitmaakt dat in beide gevallen een situatie kan rijzen waarin er – ondanks de doorgaans uiteenlopende strekking van de betrokken strafbepalingen – toch strijd ontstaat met de beginselen van een behoorlijke procesorde. A-G Aben had hier weinig woorden voor nodig door te stellen dat het verder geen betoog behoef dat de overwegingen van de Hoge Raad uit 1996 ook opgaan in geval de chronologie een andere is. Ook de Hoge Raad maakt van de volgorde geen uitgebreid punt door zonder nadere toelichting eenvoudigweg een rechtsregel te formuleren voor de situatie die spiegelbeeldig is aan de casus uit het arrest van 1996. De feitenrechtspraak ging hiervan al vanuit (zie hierover nader Kesteloo, *NTS* 2021/27 en De Graaf, *NTS* 2021/58); de Hoge Raad heeft dit nu ook bevestigd.

6. Dan de vraag naar de omvang van de overlap in feitelijke gedragingen. Die blijkt ingewikkelder te beantwoorden. In 1996 lijkt de Hoge Raad de rechtsregel namelijk best ruim te hebben geformuleerd door tot tweemaal toe het hiervoor gecursiveerd weergegeven woord 'mede' te gebruiken, wat impliceert dat de vervolging voor deelneming aan een criminele organisatie niet exclusief hoeft te zijn gestoeld op het concrete delict waarvoor later afzonderlijk vervolging wordt ingesteld, wil een met de beginselen van een behoorlijke procesorde strijdige situatie zich (kunnen) voordoen, maar dat deze situatie zich ook kan voordoen wanneer in het kader van de vervolging wegens art. 140 Sr ook andere deelnemingsgedragingen zijn tenlastegelegd. Of de Hoge Raad daar destijds ook duidelijke bedoelingen mee heeft gehad, laat zich moeilijk beoordelen, ook omdat de hiervoor geciteerde samenvatting van dit oordeel uit 1996 zoals de Hoge Raad die in het onderhavige arrest geeft (r.o. 3.3.1) op dit punt weinig houvast biedt. Daar stelt de Hoge Raad immers dat het gaat om de situatie 'dat in de eerdere vervolging de deelneming van de verdachte aan de criminele organisatie het begaan van het concrete delict uit de latere vervolging omvatte', wat in het midden laat of voor het opgeld doen van een (potentieel) met de beginselen van een behoorlijke procesorde strijdige situatie de deelneming aan de criminele organisatie

daarnaast ook heeft mogen bestaan uit andere gedragingen.

7. Met de hierna verder uit te werken kanttekening dat we hier te maken hebben met de spiegelbeeldige situatie waarin de vervolging ter zake van het concrete delict voorafgaat aan de vervolging wegens deelneming aan een criminele organisatie, is het onderhavige arrest op dit punt in ieder geval duidelijk. In de onderhavige casus is de overlap tussen de eerste en de tweede vervolging immers niet volledig. Aan de latere vervolging ter zake van deelneming aan een criminele organisatie zijn immers ook andere deelnemingsgedragingen ten grondslag gelegd dan alleen die gedragingen waarvoor de verdachte eerder al bij wijze van concreet delict afzonderlijk is vervolgd. Dat geldt immers alleen voor de sociale verzekeringsfraude in Duitsland, niet voor het zonder vergunning tewerkstellen van personen met een niet-Duitse nationaliteit en het gewoontewitwassen. Aanhakend bij het arrest uit 1996 betekent dit volgens A-G Aben dat de sociale verzekeringsfraude niet later nog eens onderdeel mag uitmaken van een vervolging ter zake van deelneming aan criminele organisatie. De A-G gaat er aldus vanuit dat de beginselen van een goede procesorde zich ertegen verzetten als gedragingen waarvoor iemand eerder al zelfstandig is veroordeeld later ten laste worden gelegd als deelnemingsgedragingen in het kader van een vervolging ter zake van deelneming aan een criminele organisatie, althans indien en zolang sprake is van een nauwe feitelijke samenhang daartussen. Anders dan wellicht mocht worden verwacht in het licht van het eerdere arrest uit 1996, is de Hoge Raad in het onderhavige arrest echter minder strikt door te stellen dat er alleen sprake is van een met het ne bis in idem-beginsel strijdige situatie wanneer er sprake is van een volledige overlap, in de zin dat de deelneming aan de criminele organisatie volledig wordt geconstitueerd door het concrete delict waarvoor verdachte al eerder is vervolgd. Dit zal volgens de Hoge Raad echter niet snel het geval zijn, mede gezien de zelfstandige aard van art. 140 Sr (r.o. 3.3.2): "Artikel 140 Sr heeft immers betrekking op het deelnemen aan een criminele organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft. Dat betekent dat het deelnemen door de verdachte zeker niet noodzakelijkerwijs hoeft te bestaan uit het door hem begaan zijn van een (enkel) concreet delict, terwijl artikel 140 Sr ook niet meer eist dan dat de organisatie het oogmerk heeft misdrijven te plegen." Daar voegt de Hoge Raad voor de duidelijkheid nog aan toe dat (consecutieve) vervolging wegens deelneming aan een criminele organisatie dus in ieder geval wel mogelijk is indien de tenlastelegging ook ziet op andere deelnemingsgedragingen dan het begaan zijn van het concrete delict waarvoor de verdachte al is vervolgd en/of op andere delicten waarop het oogmerk van de organisatie is gericht. Kortom, de Hoge Raad is van oordeel dat gedragingen waarvoor iemand eerder al zelfstandig is veroordeeld wel degelijk ook ten grondslag kunnen worden gelegd aan een vervolging ter

zake van een criminele organisatie, mits deze laatste vervolging ook mede is gebaseerd op andere deelnemingsgedragingen.

8. Aldus kan het onderhavige arrest enerzijds worden gelezen als een aanvulling op de in 1996 geformuleerde rechtsregel, nu dit arrest klip en klaar duidelijk maakt dat deze ook opgeld kan doen in de spiegelbeeldige situatie waarin de vervolging wegens het concrete delict voorafgaat aan de vervolging ter zake van deelneming aan een criminele organisatie. Anderzijds kan zij in zekere zin ook worden gelezen als een aanscherping van de eerder geformuleerde rechtsregel, nu deze erop leek te doelen dat ook in geval van gedeeltelijke overlap zich een met het ne bis in idem-beginsel strijdige situatie kon voordoen, terwijl het onderhavige arrest duidelijk maakt dat deze situatie zich alleen voordoet in geval van volledige overlap (zie in deze zin ook De Graaf, *NTS* 2021/58, p. 221). Toch lijkt het er niet op dat het arrest zo moet worden gelezen. Kijkend naar de opbouw van de overwegingen van de Hoge Raad in het onderhavige arrest, is er niet zozeer sprake van een aanscherping van de eerder geformuleerde rechtsregel; veeleer lijkt de Hoge Raad ervoor te hebben gekozen voor beide situaties een eigen, iets afwijkende formulering te kiezen, waarbij de Hoge Raad eerder strijd met het ne bis in idem-beginsel aanneemt wanneer de vervolging wegens deelneming aan een criminele organisatie voorafgaat aan de vervolging ter zake van een daarmee samenhangend concreet delict (want: ook bij gedeeltelijke overlap) dan wanneer de vervolging wegens deelneming aan een criminele organisatie volgt op de vervolging ter zake van een of meer daarmee samenhangende concrete delicten (want: volledige overlap vereist). In die zin is er veeleer sprake van een aanvulling op de overwegingen uit 1996 dan van een aanscherping daarvan, waarbij de Hoge Raad kennelijk tot op zekere hoogte heeft willen differentiëren tussen beide situaties. Bij gebreke van een op dit punt toegesneden motivering is het echter lastig vast te stellen wat de precieze ratio is voor dit onderscheid. In geval van gedeeltelijke overlap tussen concreet delict en deelnemingsgedragingen in het kader van een vervolging op grond van art. 140 Sr ontstaat kennelijk alleen een met het ne bis in idem-beginsel strijdige situatie wanneer de vervolging ter zake van de deelneming aan een criminele organisatie voorafgaat aan die van het concrete delict, niet wanneer sprake is van de spiegelbeeldige situatie. De Graaf zoekt de rechtvaardiging hiervoor in het feit dat in eerstgenoemde situatie sneller een verwijt aan het Openbaar Ministerie kan worden gemaakt dat het beide feiten maar tegelijkertijd had moeten vervolgen, welk verwijt in de spiegelbeeldige situatie niet altijd zal kunnen worden gemaakt (zie De Graaf, *NTS* 2021/58, p. 221). Of dit ook voor de Hoge Raad de ratio is geweest voor het maken van bedoeld onderscheid, valt niet goed te beoordelen. Duidelijk is evenwel dat het perspectief van de justitiabele hierbij niet voorop heeft gestaan; vanuit diens perspectief zullen beide situaties

immers evenzeer worden ervaren als een dubbele vervolging, waarbij het niet uitmaakt of hij eerst door de kat en dan door de hond wordt gebeten dan wel in omgekeerde volgorde.

9. Per saldo levert het onderhavige arrest voor de verdachte dan ook niet al te veel goed nieuws op. Van volledige overlap tussen een concreet delict(en) en deelnemingsgedragingen in het kader van een vervolging op grond van art. 140 Sr zal immers niet snel sprake zijn, wat betekent dat ook na vervolging ter zake van een of meer concrete delicten een latere vervolging voor deelneming aan een criminele organisatie op de loer kan blijven liggen. Het ligt weliswaar niet in de lijn der verwachting dat het Openbaar Ministerie hier te pas en te onpas gebruik van zal maken, maar zeker in een geval als het onderhavige – waarin de eerdere bestrafning in het buitenland heeft plaatsgevonden en er kennelijk nog een behoefte tot afzonderlijke vervolging in Nederland bestaat – behoort dit dus wel tot de mogelijkheden. De geruststellende woorden van de Hoge Raad 'dat de eventueel in de eerste vervolging voor het begaan van het concrete delict opgelegde straffen een voor de straftoemeting relevante omstandigheid kunnen vormen bij een latere vervolging en veroordeling voor het deelnemen aan een criminele organisatie', vormen bij die stand van zaken niet meer dan een doekje voor het bloeden. In het licht van het geldende jurisprudentiële kader voor de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van hetzelfde feit en de in de basis doorgaans uiteenlopende strekking van art. 140 Sr en de daarmee samenhangende concrete delicten, hoeft het op zichzelf niet te verbazen dat de Hoge Raad niet snel aanneemt dat er gezien de nauwe feitelijke samenhang toch sprake is van een met het ne bis in idem-beginsel strijdige situatie. Tegelijkertijd valt te hopen dat het Openbaar Ministerie twee keer nadenkt over de opportuniteit van het consecutief vervolgen van een verdachte ter zake van (in willekeurige volgorde) deelneming aan een criminele organisatie en de daaraan ten grondslag liggende concrete delicten, in geval deze in substantiële mate met elkaar overlappen.

J.H. Crijns