

# Dezelfde feiten 1

## Ne bis in idem in Europa

.....  
De advocaat moet  
gedetailleerd (laten)  
vastleggen welke feiten  
aan de witwaspraktijken  
ten grondslag liggen,  
een moeilijke opgave  
.....

Wat is de reikwijdte van het verbod op dubbele vervolging van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst? Het Europese Hof van Justitie besliste vorig jaar dat eenzelfde wilsbesluit onvoldoende is om een beroep te doen op *ne bis in idem*. Er moet sprake zijn van feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn naar tijd, plaats en qua voorwerp.<sup>1</sup> Wat dient nu de advocaat in witwaszaken te doen als hij het verbod van dubbele vervolging wil inroepen?

# ... bij witwassen?

Tom van de Laar en Mirthe Kamp  
advocaten te Utrecht respectievelijk Arnhem<sup>2</sup>

**H**et Europees Hof heeft zich meerdere malen uitgelaten over de invulling van het transnationale *ne bis in idem*-beginsel. De rechtsbescherming die van het beginsel uitgaat, hangt enerzijds af van de invulling van *bis*, anderzijds van de interpretatie van *idem*. Het *bis*-aspect ziet op de vraag welke beslissingen of handelingen moeten worden beschouwd als een wijze van afdoening die toepassing van art. 54 Schengen Uitvoeringsovereenkomst (SUO)<sup>3</sup> rechtvaardigt. In de zaken Gözütok en Brügge koos het Europese Hof voor een ruime uitleg van *bis*.<sup>4</sup> Wat zijn ‘dezelfde feiten’ ex art. 54 SUO?

- 1 HvJ EG 18 juli 2007, C-367/05 (Norma Kraaijenbrink).
- 2 Beiden werkzaam op de strafsectie van CMS Derks Star Busmann.
- 3 De SUO is inmiddels in dertien EU-landen en IJsland en Noorwegen in werking getreden.
- 4 HvJ EG 11 februari 2003, C-187/01 (Gözütok) en C-385/01 (Brügge): ook een transactie moet volgens het Hof worden beschouwd als een onherroepelijk vonnis in de zin van art. 54 SUO.

## Art. 54 Schengen Uitvoeringsovereenkomst (SUO)

Een persoon die bij onherroepelijk vonnis door een overeenkomstsluitende partij is berecht, kan door een andere overeenkomstsluitende partij niet worden vervolgd ter zake van dezelfde feiten, op voorwaarde dat ingeval een straf of maatregel is opgelegd, deze reeds is ondergaan of daadwerkelijk ten uitvoer is gelegd, dan wel op grond van de wetten van de veroordelende overeenkomstsluitende partij niet meer ten uitvoer gelegd kan worden.

We beperken ons hier tot de bespreking van *idem*: is het materiële feitencomplex of de ‘juridische kwalificatie’ doorslaggevend? In het laatste geval kan er twee keer worden vervolgd voor hetzelfde feitencomplex als de verboden gedraging twee verschillend te kwalificeren feiten oplevert. De bescherming van het *ne bis in idem*-beginsel is veel groter in het eerste geval.

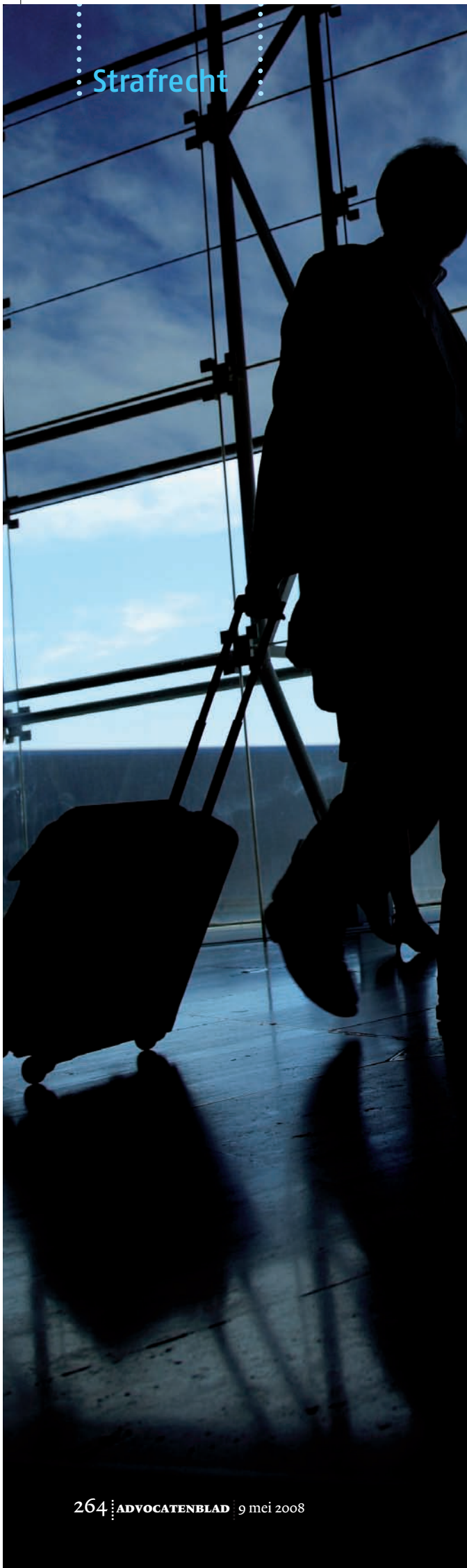
## Onlosmakelijk verbonden feiten

In de zaak-Van Esbroeck liet het Europees Hof zich voor het eerst uit over de

uitleg van het begrip ‘dezelfde feiten’.<sup>5</sup> Nadat de heer Van Esbroeck in Noorwegen was veroordeeld wegens invoer van verdovende middelen, werd hij in België veroordeeld voor de uitvoer van dezelfde partij. Het Hof bepaalde onder meer dat het relevante criterium voor de toepassing van art. 54 SUO de gelijkheid van de materiële feiten is.<sup>6</sup> Daaronder wordt begrepen het bestaan van een geheel van concrete omstandigheden die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn naar tijd, plaats en wat het voorwerp ervan betreft. Andere criteria, zoals de ‘juridische kwalificatie’ of het beschermde rechtsbelang, zijn niet re-

<sup>5</sup> HvJ EG 9 maart 2006, C-436/04 (Van Esbroeck).

<sup>6</sup> Het Hof sprak zich eveneens uit over de verhouding tussen artt. 54 en 71 SUO. Art. 71 SUO schrijft voor dat de lidstaten alle maatregelen dienen te treffen om de handel in verdovende middelen tegen te gaan. Hierin wordt ook verwezen naar het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen, waarin onder meer wordt bepaald dat de in- en uitvoer beschouwd moeten worden als verschillende strafbare feiten. Het Hof stelt dat er geen rangorde bestaat tussen de verschillende bepalingen van de SUO; art. 71 SUO beperkt de werkingssfeer van het *ne bis in idem*-beginsel in art. 54 SUO niet.



levant.<sup>7</sup> Meer in het bijzonder bepaalde het Hof dat de strafbare feiten van in- en uitvoer van dezelfde verdovende middelen in beginsel moeten worden beschouwd als ‘dezelfde feiten’ in de zin van art. 54 SUO, maar dat het uiteindelijk aan de bevoegde nationale instanties is om te beoordelen of er sprake is van een geval dat onlosmakelijk verbonden is naar tijd en plaats en wat het voorwerp ervan betreft.

Een aantal maanden later boog het Hof zich in de zaak-Van Straaten over de vraag of nog steeds sprake is van ‘dezelfde feiten’ indien het materiële feitencomplex niet volledig gelijk is.<sup>8</sup> Na in Nederland te zijn vervolgd wegens het bezit van een bepaalde hoeveelheid drugs die afkomstig was uit een grotere partij, werd Van Straaten in Italië een tweede maal vervolgd voor bezit van de complete partij drugs. Ook waren de medeplichtigen in de eerste zaak niet dezelfde als in de tweede zaak. Voor toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel is echter, zo blijkt uit de uitspraak van het Hof, volledige gelijkheid van materiële feiten niet vereist om te kunnen spreken van een geheel van feiten dat onlosmakelijk met elkaar verbonden is. Het Hof verklaarde voor recht ‘dat, wat delicten in verband met verdovende middelen betreft, niet vereist is dat de hoeveelheden drugs in de twee overeenkomstsluitende staten of de van deelneming aan de feiten in de twee staten verdachte personen, gelijk zijn’.<sup>9</sup>

Het Hof kwam, samenvattend, tot een criterium van het materiële feitencomplex, waarbij feiten onlosmakelijk verbonden moeten zijn naar tijd, plaats en wat het voorwerp betreft. Desondanks hoeven deze feiten en omstandigheden niet volledig gelijk te zijn voor een geslaagd beroep op het *ne bis in idem*-be-

ginsel. Dit heeft, in Nederland althans, niet geleid tot een nieuwe uitleg van het verbod op dubbele vervolging. De reeds bestaande jurisprudentie was in lijn met de uitspraken van het Europese Hof.

### Relevantie wilsbesluit

Het Hof heeft zich in Van Esbroeck en Van Straaten uitgelaten over zaken waarbij de feiten gelijk respectievelijk niet volledig gelijk zijn. Waar ligt echter de grens? Kan er ook nog sprake zijn van ‘dezelfde feiten’ in de zin van art. 54 SUO indien vaststaat dat de feiten verbonden zijn door hetzelfde misdadig opzet (subjectief verband), terwijl geenszins zeker is dat er sprake is van dezelfde materiële feiten (objectief verband)? Wat is, met andere woorden, de relevantie van het wilsbesluit dat ten grondslag ligt aan opeenvolgende strafbare feiten? Nadat Kraaijenbrink<sup>10</sup> in Nederland was vervolgd wegens opzetheling van de opbrengsten uit drugshandel, werd zij andermaal in België veroordeeld voor het witwassen van geldsommen afkomstig uit de handel in verdovende middelen. In cassatie betoogde Kraaijenbrink dat er sprake was van schending van het *ne bis in idem*-beginsel. Hierin zag het Belgische Hof van Cassatie aanleiding om prejudiciële vragen te stellen. Anders dan in Van Esbroeck en Van Straaten was het in deze zaak niet duidelijk of aan de twee veroordelingen dezelfde feiten ten grondslag lagen.<sup>11</sup> Niet is vast komen te staan dat de geldsommen in verband waarmee Kraaijenbrink tot twee keer toe werd vervolgd, afkomstig waren uit dezelfde drugstransactie. Wel werd aangenomen dat de feiten de opeenvolgende en voortgezette uitvoering waren van hetzelfde misdadig opzet.<sup>12</sup>

7 HvJ EG 9 maart 2006, C-436/04 (Van Esbroeck), r.o. 35 en 36.

8 HvJ EG 28 september 2006, C-150/05 (Van Straaten).

9 HvJ EG 28 september 2006, C-150/05 (Van Straaten), r.o. 53.

10 HvJ EG 18 juli 2007, C-367/05 (Norma Kraaijenbrink).

11 Hoewel het Hof van Beroep bepaalt dat er sprake is van verschillende feiten, stelt het Hof van Cassatie dat het niet noodzakelijkerwijs om de zelfde-feiten gaat.

12 Naar Belgisch recht zouden feiten die verbonden zijn door ‘eenzelfde misdadig opzet’ één juridisch feit opleveren.

## De vraag of het subjectieve verband kan meewegen in de strafmaat, kan aan de nationale rechter worden voorgelegd

Indien de materiële feiten niet een geheel vormen, kan 'eenheid van opzet' volgens het Europese Hof niet als zelfstandig criterium dienen bij beantwoording van de vraag of er sprake is van 'dezelfde feiten'. De enkele omstandigheid dat iemand hetzelfde misdadig opzet heeft, volstaat niet. De feiten moeten tevens naar tijd en plaats en wat het voorwerp ervan betreft met elkaar verbonden zijn.<sup>13</sup> In beginsel kan dus pas gesproken worden van 'dezelfde feiten' als tussen de geldsommen in de twee procedures een objectief verband kan worden aangetoond. Het is aan de Belgische rechter om te beoordelen of sprake is van gelijkheid en verbondenheid van alle feitelijke omstandigheden in de twee procedures.

### Witwassen

Het uitgangspunt voor de beoordeling van 'dezelfde feiten' is, aldus het Hof in

13 Op 18 juli 2007 wees het Hof, naast Kraaijenbrink, eveneens arrest in Kretzinger (C-288/05). De Duitse rechter vroeg het Hof onder andere naar de relevantie van 'eenheid van opzet'. Aangezien hier – anders dan in Kraaijenbrink – vastgesteld kon worden dat er sprake was van dezelfde materiële feiten, bleef in het midden wat het afzonderlijke belang van 'eenheid van opzet' was.

Kraaijenbrink, 'het geheel van de concrete strafbare gedragingen die aanleiding hebben gevormd voor de strafrechtelijke vervolgingen voor de gerechten van de twee overeenkomstsluitende staten'. Dit zal niet altijd eenvoudig zijn. De rechter moet zich een oordeel vormen over alle concrete omstandigheden waaronder de strafbare gedragingen in zowel de eerste als de tweede procedure zijn begaan, om te kunnen beoordelen of deze feiten met elkaar verbonden zijn naar tijd, plaats en wat het voorwerp ervan betreft. Deze feitelijke omstandigheden zullen, met name wat de eerste buitenlandse vervolging betreft, veelal lastig te achterhalen zijn. De rechter is in belangrijke mate afhankelijk van de nauwkeurigheid van de vaststellingen van zijn buitenlandse collega.

Dit levert in het bijzonder moeilijkheden op indien er reeds een eerste maal in Nederland is vervolgd wegens witwassen. Bij de totstandkoming van de strafbaarstelling van witwassen bepaalde de wetgever dat voor het bewijs niet noodzakelijk is om de herkomst van de opbrengsten aan te tonen.<sup>14</sup> De rechter kan volstaan met de constatering dat hij aan de hand van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft dat het om een voorwerp gaat dat afkomstig is uit een misdrijf. Dit werd ook bevestigd door de Hoge Raad.<sup>15</sup> Niet vereist is dat de rechter identificeert welk misdrijf precies aan het voorwerp ten grondslag ligt. Vaak zal dit niet mogelijk zijn, terwijl het ook niet relevant is voor de strafwaardigheid van het witwassen.<sup>16</sup> In de tweede procedure is dit echter wel relevant voor een geslaagd beroep op de schending van het *ne bis in idem*-beginsel ex art. 54 SUO.

### De advocaat in de eerste procedure

14 Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en enkele andere wetten in verband met de strafbaarstelling van het witwassen van opbrengsten van misdrijven, TK 1999-2000, 27 159, nr. 3, p. 16.  
15 HR 20 december 2005, m.nt. Machielse, en ook HR 28 september 2004, NJ 2007, 278, LJN AP2124.  
16 TK 1999-2000, 27 159, nr. 3, p. 16.

doet er dus goed aan om bij een grensoverschrijdende zaak te anticiperen op een eventuele tweede vervolging in het buitenland. Het kan dus raadzaam zijn om zo nauwkeurig en gedetailleerd mogelijk vast te (laten) leggen welke feitelijke omstandigheden aan de witwaspraktijken ten grondslag liggen. In de praktijk is dit vaak niet eenvoudig. Het witwassen omvat in de regel een reeks financiële transacties juist om de herkomst van het geld te verbergen. Het ontbreken van een deugdelijke administratie is welhaast inherent aan witwassen.

### Strafmaat

Nu kan zich de situatie voordoen waarin het niet haalbaar is een objectief verband aan te tonen, terwijl wel duidelijk is dat de gedragingen uit hetzelfde wilsbesluit voortkomen. Een beroep op *ne bis in idem* wordt dan, conform Kraaijenbrink, afgewezen. Wel doet zich, gelijk aan de voortgezette handeling uit art. 56 Sr, de vraag voor of eenzelfde wilsbesluit dan toch mee kan wegen in de strafmaat.<sup>17</sup> Uit de SUO volgt geen verplichting tot verrekening indien er slechts een subjectief verband bestaat.<sup>18</sup> De vraag of dit subjectieve verband kan meewegen in de strafmaat, zou aan de nationale rechter kunnen worden voorgelegd.

Want daar ligt weer de bal sinds de uitspraak in de zaak-Norma Kraaijenbrink: het is de nationale rechter die uiteindelijk moet beoordelen of er sprake is van 'dezelfde feiten'.<sup>19</sup>

17 Uit art. 56 Sr volgt dat indien uit één ongeoorloofd wilsbesluit verschillend te kwalificeren feiten voortvloeien, slechts één strafbepaling wordt toegepast, waarbij de zwaarste hoofdstraf voorrang heeft.

18 Art. 56 SUO, zie ook conclusie bij arrest Kraaijenbrink van A-G Sharpston, 5 december 2006, zaak C-367/05.

19 Onlangs heeft de Nederlandse rechter in een overleveringszaak bij de beoordeling van de vraag of er sprake was van 'dezelfde feiten', verwezen naar de jurisprudentie van het Hof. De Rechtbank Amsterdam vulde het door het Hof genoemde criterium feitelijk in (Rb. Amsterdam, Internationale Rechtshulpkamer, 8 augustus 2007, LJN BC0869).