

ANNOTATIE

Wijziging tenlastelegging en ne bis in idem

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 28-02-2017, ECLI:NL:HR:2017:323 (SR-2017-0130)

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie deelnemen aan een criminele organisatie en verduistering, meermalen gepleegd, is bewezenverklaard, erover dat het hof ten onrechte de vordering tot wijziging van de tenlastelegging heeft toegewezen. Het hof heeft daartoe overwogen dat het ECLI:NL:HR:2008:BC7913 in samenhang gezien met ECLI:NL:HR:2011:BP2709 als uitgangspunt heeft genomen. Met betrekking tot de diverse bezwaren die de raadslieden naar voren hebben gebracht ten aanzien van de vorderingen tot wijziging van de tenlasteleggingen, overweegt het hof als volgt. In ECLI:NL:HR:2011:BM9102 is de maatstaf opgenomen aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of sprake is van een toelaatbare vordering tot wijziging van de tenlastelegging. Na het aanhalen van deze maatstaf overweegt het hof dat diverse nietigheidsverweren zijn gevoerd tegen de tenlastelegging in eerste aanleg, waaronder het verweer dat oplichting niet cumulatief naast verduistering ten laste gelegd mag worden. Dit verweer is verworpen door de rechtbank. De rechtbank heeft weliswaar erkend dat ten aanzien van één en hetzelfde bedrag oplichting en verduistering niet tegelijk bewezen verklaard kunnen worden, nu deze feiten elkaar uitsluiten, maar de rechtbank heeft verwezen naar hetgeen de steller van de tenlastelegging in eerste aanleg kennelijk heeft beoogd. In eerste aanleg volgde vervolgens vrijspraak van de verduisteringen en bewezenverklaring van de oplichtingen. Aan de hand van de te hanteren maatstaf en indachtig de achtergrond van de tenlastelegging in eerste aanleg heeft het hof de bezwaren van de raadslieden ten aanzien van de vorderingen tot wijziging van de tenlasteleggingen beoordeeld. Ten aanzien van de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit' als bedoeld in artikel 68 Sr verdient het opmerking dat reeds uit de bewoordingen van het begrip 'hetzelfde feit' voortvloeit dat de beantwoording van de vraag wat daaronder moet worden verstaan, mede

wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Uit ECLI:NL:HR:2011:BM9102 vloeit voort dat een vuistregel is dat een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen tot de slotsom kan leiden dat geen sprake is van 'hetzelfde feit' in de zin van artikel 68 Sr. Het hof oordeelt dat de delictsomschrijvingen van oplichting en verduistering naar hun strekking niet wezenlijk uiteen lopen. Nu bovendien voor wat betreft tijd, plaats van de gedragingen, de medeverdachten en de benadeelden de oplichtingen niet afwijken van de verduisteringen, oordeelt het hof, onder verwijzing naar ECLI:NL:HR:2004:AQ1086, dat geen sprake is van een ander feit in de zin van artikel 68 Sr. Het hof overweegt dat voorts is aangevoerd dat de vordering tot wijziging van de tenlastelegging strijd oplevert met het 'ne bis in idem'-beginsel. Het hof ziet zich gesteld voor de vraag of indien de vordering zou worden toegewezen, verdachte door het Openbaar Ministerie 'andermaal wordt vervolgd' als bedoeld in artikel 68 Sr voor vrijspraken die in kracht van gewijsde zijn gegaan, hetgeen de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie zou kunnen raken, en beantwoordt deze vraag ontkennend. Het hof overweegt dienaangaande dat onder 'andermaal vervolgen' in de zin van artikel 68 Sr dient te worden verstaan, een nieuwe vervolging instellen dan wel opnieuw een vervolging op gang brengen. In de onderhavige zaak is echter sprake van een voortgezette vervolging in hoger beroep, hetgeen naar het oordeel van het hof niet is aan te merken als het 'andermaal vervolgen'. Verdachte wordt immers ook in hoger beroep nog vervolgd voor hetzelfde feitencomplex, zij het onder de juridische kwalificatie van oplichting. De aangevoerde bezwaren die betrekking hebben op het 'ne bis in idem'-beginsel worden derhalve verworpen. Het hof overweegt tot slot dat betoogd is dat de vordering tot wijziging van de tenlastelegging in strijd is met de beginselen van een behoorlijke procesorde. Het hof overweegt dienaangaande dat het Openbaar Ministerie het in deze vrijstaat om door middel van een wijziging van de tenlastelegging een reeds in hoger beroep aangevangen vervolging ter zake van oplichting voort te zetten met als alternatief verduistering, zulks ongeacht of het Openbaar Ministerie hoger beroep heeft ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank. Om die reden kon en mocht bij de verdachten niet de gerechtvaardigde – en dus in rechte te eerbiedigen – verwachting zijn gewekt dat zij ter terechtzitting in hoger beroep ter zake van hetzelfde feitencomplex niet tevens zouden worden vervolgd ter zake van verduistering. Het hof verwijst in dit verband naar ECLI:NL:HR:2003:AF1271 en ECLI:NL:HR:2000:AA5531. Het hof oordeelt dat tegen de achtergrond van hetgeen in eerste aanleg door de steller van de tenlastelegging is betoogd met betrekking tot het willen voorleggen van een keuze dat de vorderingen zoals die zijn gedaan, toegewezen kunnen worden. Het hof oordeelt dat geen sprake is van inbreuken op de beginselen van een behoorlijke procesorde. De Hoge Raad overweegt dat in deze zaak in eerste aanleg het handelen van de verdachte ten aanzien van één en hetzelfde geldbedrag onder 2 primair tenlastegelegd is als – kort gezegd – (medeplegen van) oplichting en onder 3 primair als – kort gezegd – (medeplegen van) verduistering. De

verdachte is in eerste aanleg veroordeeld voor het onder 2 primair tenlastegelegde en vrijgesproken van het onder 3 tenlastegelegde. De verdachte heeft tegen (onder meer) de veroordeling van feit 2 primair hoger beroep ingesteld. Het Openbaar Ministerie heeft tegen het vonnis geen hoger beroep ingesteld zodat feit 3 in hoger beroep niet meer aan het oordeel van het Hof was onderworpen. In hoger beroep heeft het Openbaar Ministerie een vordering tot wijziging van de tenlastelegging ingediend. De Hoge Raad overweegt, na het aanhalen van artikel 68, eerste lid, Sr en artikel 313 Sv dat de klacht betoogt dat de toewijzing door het hof van de vordering tot wijziging van de tenlastelegging met betrekking tot feit 2 onjuist is op de enkele grond dat zij onverenigbaar is met het bepaalde in genoemde bepalingen en daartoe aanvoert dat de gewijzigde tenlastelegging onder 2B primair hetzelfde feit betreft als in eerste aanleg aan de verdachte onder 3 primair was tenlastegelegd, terwijl de verdachte van dit feit door de rechtbank is vrijgesproken en het Openbaar Ministerie daartegen geen hoger beroep heeft ingesteld. De Hoge Raad overweegt dat de klacht kennelijk op de opvatting berust dat de toewijzing van een vordering tot wijziging van de tenlastelegging reeds ontoelaatbaar moet worden geacht omdat deze wijziging tot gevolg heeft dat de verdachte 'andermaal' wordt vervolgd ter zake van het feit waarvan hij in eerste aanleg onherroepelijk is vrijgesproken. Daarmee wordt echter miskend dat het in het onderhavige geval in essentie gaat om een voortzetting in hoger beroep van de vervolging ter zake van het onder 2 tenlastegelegde, zodat van 'andermaal vervolgen' geen sprake is door het vorderen en toewijzen van deze wijziging van de tenlastelegging van de onder 2 bedoelde feiten (vgl. ECLI:NL:HR:1965:AB5309). De Hoge Raad oordeelt dat het hof zonder schending van artikel 68, eerste lid, Sr en artikel 313, tweede lid, Sv de vordering tot wijziging van de tenlastelegging heeft kunnen toewijzen (zie ook SR 2017-0131).