

AB 2016/351**HOGE RAAD (STRAFKAMER)**

9 februari 2016, nr. 15/01444

(Mrs. A.J.A. van Dorst, J. de Hullu, E.F. Faase)

m.nt. C. Saris en L. van Boven*

Art. 2 Wav; art. 68, 197a, 197b Sr

RvdW 2016/285

NJB 2016/408

NJ 2016/143

ECLI:NL:PHR:2015:2653

ECLI:NL:HR:2016:222

**Hoge Raad: geen *ne bis in idem* bij strafvervolg-
ing na oplegging van een bestuurlijke boete.**

In het onderhavige geval is zowel het verschil in de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheiden regelingen strekken als het verschil in de maximale straf respectievelijk boete die op de onderscheiden feiten zijn gesteld, dermate groot dat geen sprake is van 'hetzelfde feit' in de zin van art. 68 Sr en art. 243, tweede lid, Sv in verbinding met art. 255, eerste lid, Sv. Het oordeel van het Hof dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk is in de vervolging van de verdachte omdat sprake is van 'hetzelfde feit' als bedoeld in art. 68 Sr, geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 30 januari 2015, nummer 23/000702-14, in de strafzaak tegen verdachte.

1 Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de Advocaat-Generaal bij het Hof. Deze heeft bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; *red.*) en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal P.C. Vegter heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden arrest en tot terugwijzing van de zaak naar het Gerechtshof teneinde op het bestaande hoger beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

2 Beoordeling van het middel

Het middel klaagt over het oordeel van het Hof dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk is in de vervolging omdat sprake is van 'hetzelfde feit' als bedoeld in art. 68 Sr.

2.2.1. Aan de verdachte is tenlastegelegd dat:

"primair:

hij op één of meer tijdstippen in of omstreeks de periode van 13 september 2011 tot en met 20 oktober 2011, in de gemeente Amsterdam en/of de gemeente Lelystad, althans in Nederland, (telkens) alleen, (althans) tezamen en in vereniging met een ander of anderen, (een) ander(en), te weten betrokkene 1 en/of betrokkene 2, uit winstbejag behulpzaam is/zijn geweest bij het zich verschaffen van verblijf in Nederland en/of die voornoemde ander(en) daartoe gelegenheid, middelen of inlichtingen heeft/hebben verschaft, immers heeft/hebben verdachte en/of zijn mededader(s) ervoor gezorgd dat die perso(o)n(en) werk en/of inkomsten had(den), althans ervoor gezorgd dat die perso(o)n(en) arbeid heeft/hebben verricht, terwijl hij wist of ernstige redenen had te vermoeden dat dat verblijf wederrechtelijk was, tot welk(e) feit(en) hij en/of zijn mededader(s) een beroep of gewoonte heeft/hebben gemaakt;

subsidiair:

hij op één of meer tijdstippen gelegen in of omstreeks de periode van 13 september 2011 tot en met 20 oktober 2011, in de gemeente Amsterdam en/of de gemeente Lelystad, althans in Nederland, (telkens) alleen, (althans) tezamen en in vereniging met één of meerdere anderen, (een) ander(en), te weten betrokkene 1 en/of betrokkene 2, welke perso(o)n(en) zich wederrechtelijke toegang tot of verblijf in Nederland heeft/hebben verschaft, (telkens) krachtens overeenkomst of aanstelling arbeid heeft doen verrichten, immers heeft verdachte en/of zijn mededader(s) voornoemd(e) perso(o)n(en) toen en daar arbeid doen verrichten en/of tewerkgesteld, terwijl verdachte en/of zijn mededader(s) (telkens) wist(en) of ernstige redenen had(den) om te vermoeden dat de toegang of dat verblijf wederrechtelijk was, tot welk(e) feit(en) hij en/of zijn mededader(s) een beroep of gewoonte heeft/hebben gemaakt."

2.2.2. Het Hof heeft het vonnis van de Politie-rechter in de Rechtbank Amsterdam met aanvulling van gronden bevestigd. In dat vonnis is het oordeel dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk in de vervolging is, als volgt gemotiveerd:

"Wegens overtreding van de Wet Arbeid Vreemdelingen (verder: Wav) heeft verdachte twee bestuurlijke boetes, van tezamen € 8.000, opgelegd gekregen. In het kader van de ontvankelijkheid van de officier van justitie is de vraag aan de orde of aan verdachte hetzelfde feit wordt ten laste gelegd als waarvoor voornoemde boetes zijn opgelegd.

* Advocaten bij Stibbe.

De officier van justitie heeft zich op het standpunt gesteld dat oplegging van de bestuurlijke boetes de vervolging tegen verdachte niet in de weg staat, omdat geen sprake is van hetzelfde feit als bedoeld in artikel 68 Sr.

De politierechter oordeelt anders en overweegt als volgt.

Blijkens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad moeten bij toetsing van de vraag of van hetzelfde feit in de zin van artikel 68 Sr sprake is, als relevante factoren worden betrokken de juridische aard van de feiten – in het bijzonder de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de delictomschrijvingen strekken en de strafmaxima die op de feiten zijn gesteld – en de gedraging van de verdachte. Verdachte wordt – conform het bepaalde in artikel 197a, tweede lid, Sr primair en artikel 197b Sr subsidiair – verweten dat hij illegale vreemdelingen behulpzaam is geweest bij hun verblijf in Nederland door hen meermalen arbeid te hebben laten verrichten en hen daarvoor te hebben betaald. De essentie van dit verwijt ligt naar het oordeel van de politierechter in hetzelfde vlak als de Wav, die ook de tewerkstelling van illegale vreemdelingen beoogt te bestrijden.

Gelet op het voornoemde moet worden vastgesteld dat de rechtsgoederen die in deze strafzaak en met oplegging van de bestuurlijke boetes worden beschermd, (nagenoeg) dezelfde zijn. Omdat dit ook voor de verdachte verweten gedragingen geldt, is de politierechter van oordeel dat het in deze strafzaak om hetzelfde feit in de zin van artikel 68 Sr gaat als in de bestuurlijke boetes. Dit brengt mee dat sprake is van een dubbele vervolging tegen verdachte, die in strijd is met het “ne bis in idem”-beginsel en leidt tot de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie.”

2.2.3. Het Hof heeft voorts het volgende overwogen:

“Het hof verenigt zich met het vonnis waarvan beroep en zal dit derhalve bevestigen met dien verstande dat het hof verwijst naar het door dit hof gewezen arrest van 10 oktober 2014 (ECLI:GHAMS:2014:4232), in het bijzonder naar de daarin opgenomen overwegingen (blz. 2 tot en met 4). Het hof oordeelt ten aanzien van het laste gelegde artikel 197a Wetboek van Strafrecht eveneens dat het daarin beschermde rechtsgoed niet dermate verschillend is van artikel 2 WAV dat niet gesproken kan worden van hetzelfde feit, nu voornoemde bepalingen zien op (onder meer) het bestrijden van de tewerkstelling van illegale vreemdelingen en deze bepalingen kunnen worden gezien als onderdeel uitmakend

van het vreemdelingenbeleid en de uitvoering daarvan.”

2.2.4. Bij de op de voet van art. 434, eerste lid, Sv aan de Hoge Raad gezonden stukken bevindt zich een in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving opgemaakt boeterapport Wet arbeid vreemdelingen van 20 oktober 2011 waaruit volgt dat door de Arbeidsinspectie tegen de verdachte een proces-verbaal is opgemaakt wegens de tewerkstelling van de in de tenlastelegging genoemde vreemdelingen betrokkene 2 en betrokkene 1 in de periode van 13 september 2011 tot en met 20 oktober 2011. Op 23 april 2012 zijn kennelijk vervolgens aan de verdachte twee bestuurlijke boetes van € 4.000 ter zake van overtreding van art. 2 in verbinding met art. 18 Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav) opgelegd.

2.3.1. In HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, NJ 2011/394 heeft de Hoge Raad de in zijn rechtspraak ontwikkelde maatstaf voor de toepassing van art. 68 Sr over – kort gezegd – ‘hetzelfde feit’ verduidelijkt. In dat verband is ook gewezen op recente wettelijke voorschriften die meer of minder uitdrukkelijk voortbouwen op art. 68 Sr en/of art. 313 Sv en de rechtspraak daarover, zoals de regels in de Awb over de bestuurlijke boete.

2.3.2. Art. 243, tweede lid (oud), Sv luidt, voor zover hier van belang:

“Indien terzake van het feit aan de verdachte een bestuurlijke boete is opgelegd (...) heeft dit dezelfde rechtsgevolgen als een kennisgeving van niet verdere vervolging, met dien verstande dat artikel 245a niet van toepassing is.”

Art. 255, eerste lid, Sv luidt, voor zover hier van belang:

“De verdachte kan na zijn buitenvervolginstelling, na de hem betekende beschikking, houdende verklaring dat de zaak geëindigd is, of na de hem betekende kennisgeving van niet verdere vervolging, in het laatste geval behoudens artikel 12i of artikel 246, ter zake van hetzelfde feit niet opnieuw in rechten worden betrokken tenzij nieuwe bezwaren bekend zijn geworden.”

2.3.3. Bij de toetsing of sprake is van ‘hetzelfde feit’, dient de rechter in de situatie waarop art. 68 Sr en art. 243, tweede lid, Sv in verbinding met art. 255, eerste lid, Sv zien, de in de tenlastelegging respectievelijk het boeterapport omschreven verwijten te vergelijken. Bij die toetsing dienen de volgende gegevens als relevante vergelijkingsfactoren te worden betrokken.

(A) De juridische aard van de feiten. Indien de feiten niet onder dezelfde wettelijke omschrijving vallen, kan de mate van verschil tussen de feiten van belang zijn, in het bijzonder wat betreft (i) de rechtsgoederen ter bescherming waarvan

de onderscheiden wettelijke omschrijvingen strekken, en (ii) de maximale straf respectievelijk boete die op de onderscheiden feiten is gesteld, in welke maxima onder meer tot uitdrukking komt de aard van het verwijt en de kwalificatie als misdrijf dan wel overtreding.

(B) De gedraging van de verdachte. Indien de tenlastelegging en het boeterapport niet dezelfde gedraging beschrijven, 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.

Uit de bewoordingen van het begrip 'hetzelfde feit' vloeit reeds voort dat de beantwoording van de vraag wat daaronder moet worden verstaan, mede wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Vuistregel is nochtans 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 art. 68 Sr (vgl. HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, NJ 2011/394).

2.4. Bij de beoordeling van het middel zijn de volgende wettelijke bepalingen van belang:

- art. 197a, tweede en vierde lid, Sr:

"2. Hij die een ander uit winstbejag behulpzaam is bij het zich verschaffen van verblijf in Nederland, een andere lidstaat van de Europese Unie, IJsland, Noorwegen of een staat die is toegetreden tot het in het eerste lid genoemde protocol, of hem daartoe gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaft, terwijl hij weet of ernstige redenen heeft te vermoeden dat dat verblijf wederrechtelijk is, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.

(...)

4. Indien een van de feiten, omschreven in het eerste en tweede lid, wordt begaan door een persoon die daarvan een beroep of gewoonte maakt of in vereniging wordt begaan door meerdere personen, wordt gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

(...)"

- art. 197b Sr:

"Hij die een ander, die zich wederrechtelijk toegang tot of verblijf in Nederland heeft verschaft, krachtens overeenkomst of aanstelling arbeid doet verrichten, terwijl hij weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden dat de toegang of dat verblijf wederrechtelijk is, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie."

- art. 197c Sr:

"Hij die van het in artikel 197b omschreven feit een beroep of gewoonte maakt wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie."
- art. 2, eerste lid (oud), Wav:

"Het is een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning."
- art. 18 eerste lid (oud), Wav:

"Als overtreding wordt aangemerkt het niet naleven van de artikelen 2, eerste lid (...)"
- art. 19d, eerste en tweede lid (oud), Wav:

"1. De hoogte van de bestuurlijke boete, die voor een overtreding kan worden opgelegd, is, indien begaan door:

 - a. een natuurlijk persoon, gelijk aan de geldsom van ten hoogste € 11.250,
 - b. een rechtspersoon, gelijk aan de geldsom van ten hoogste € 45.000.
 2. Onverminderd het eerste lid verhoogt de aangewezen ambtenaar, bedoeld in het eerste lid, de op te leggen bestuurlijke boete met 50%, indien op de dag van het constateren van de overtreding nog geen 24 maanden zijn verstreken nadat een eerdere overtreding bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting is geconstateerd en de bestuurlijke boete wegens de eerdere overtreding onherroepelijk is geworden."
- 2.5. Het primair tenlastegelegde art. 197a, tweede lid, Sr houdt — kort gezegd — in het verbod om een ander uit winstbejag behulpzaam te zijn bij het zich verschaffen van verblijf in Nederland of een van de andere in art. 197a Sr genoemde landen, of hem daartoe gelegenheid, middelen of inlichtingen te verschaffen, terwijl hij weet of ernstige redenen heeft te vermoeden dat die toegang wederrechtelijk is. Het subsidiair tenlastegelegde art. 197b Sr (in verbinding met art. 197c Sr) houdt — kort gezegd — in het verbod om een ander die zich wederrechtelijk toegang tot of verblijf in Nederland heeft verschaft, krachtens overeenkomst of aanstelling arbeid te doen verrichten, terwijl hij weet of ernstige redenen heeft te vermoeden dat die toegang of dat verblijf wederrechtelijk is. Art. 2 Wav houdt — kort gezegd — in het verbod een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.
- 2.6.1. Bij de art. 197a en art. 197b Sr — waarin gedragingen zijn omschreven die als misdrijven strafbaar zijn gesteld — gaat het, blijkens de door de Advocaat-Generaal in zijn conclusie onder 15 weergegeven wetsgeschiedenis, om vergrijpen die het beleid om illegaal verblijf in Nederland tegen te gaan, frustreren en een acute gevaarstelling opleveren voor de publieke kas. Art. 2 Wav strekt,

blijkens de door de Advocaat-Generaal in zijn conclusie onder 14 weergegeven wetsgeschiedenis, tot het tegengaan van verdringing van legaal arbeidsaanbod, overtreding van normen op het gebied van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden en concurrentievervalsing.

2.6.2. In het onderhavige geval is zowel het verschil in de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheiden regelingen strekken als het verschil in de maximale straf respectievelijk boete die op de onderscheiden feiten zijn gesteld, dermate groot dat geen sprake is van 'hetzelfde feit' in de zin van art. 68 Sr en art. 243, tweede lid, Sv in verbinding met art. 255, eerste lid, Sv. Het oordeel van het Hof dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk is in de vervolging van de verdachte omdat sprake is van 'hetzelfde feit' als bedoeld in art. 68 Sr, geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

2.7. Het middel slaagt.

3 Slotsom

Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat als volgt moet worden beslist.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak;

wijst de zaak terug naar het Gerechtshof Amsterdam, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Noot

1. In dit arrest heeft de Hoge Raad zijn oordeel in het standaardarrest van 1 februari 2011 over '*ne bis in idem*' herhaald (ECLI:NL:HR:2011:BM9102, NJ 2011/394, m.nt. Y. Buruma, AB 2011/225, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen). De Hoge Raad komt tot de conclusie dat er geen sprake is van een dubbele vervolging in de zin van art. 68 Sr. Dit, om te beginnen vanwege het verschil in rechtsgoederen ter bescherming waarvan art. 197a Sr (mensensmokkel) en 197b Sr (het arbeid doen verrichten door illegalen) enerzijds en art. 2 Wav dienen. Daarnaast vanwege het grote verschil in de maximale gevangenisstraf respectievelijk de bestuurlijke boete die met betrekking tot de onderscheiden feiten aan de orde is. In deze noot gaan wij eerst kort in op de achtergrond van de zaak. Vervolgens geven we een toelichting op het arrest, waarbij wij de uitkomst plaatsen in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie.

2. Eerst iets meer over de zaak. De minister van SZW heeft aan een marktkoopman in 2012 twee bestuurlijke boetes van € 4.000 opgelegd,

nadat in september 2011 was geconstateerd dat hij twee vreemdelingen werkzaamheden liet verrichten zonder de vereiste tewerkstellingsvergunningen. Het gaat daarbij om twee overtredingen van art. 2 Wav. Bij de bestuurlijke boetes bleef het niet: de marktkoopman is vervolgens gedagvaard voor de politierechter. De marktkoopman wordt ervan verdacht dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan mensensmokkel (art. 197a lid 2 Sr) en het arbeid doen verrichten door illegale vreemdelingen (art. 197b Sr). De Hoge Raad staat voor de vraag of het hof het OM terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard in de vervolging van de marktkoopman, omdat volgens het hof sprake is van vervolging voor dezelfde feiten (art. 68 Sr).

3. De Hoge Raad komt, anders dan het hof en de politierechter, tot de conclusie dat in dit geval geen sprake is van 'hetzelfde feit'. Ter onderbouwing van zijn oordeel gebruikt de Hoge Raad het toetsingskader uit het genoemde arrest van 1 februari 2011. Deze maatstaf houdt – kort gezegd – in dat zowel naar de juridische aard van de feiten als naar de gedraging van de verdachte wordt gekeken. Van belang zijn de mate van verschil tussen de strafbare feiten (doel en strafmaxima) en de mate van verschil tussen de gedragingen (indien het gaat om meerdere gedragingen).

4. Onder verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal overweegt de Hoge Raad dat het bij de aan de orde zijnde strafrechtelijke overtredingen gaat om vergrijpen die het beleid om illegaal verblijf in Nederland tegen te gaan, frustreren en een acute gevaarstelling opleveren voor de publieke kas. De Wav strekt volgens de Hoge Raad tot het tegengaan van verdringing van legaal arbeidsaanbod, overtreding van normen op het gebied van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden en concurrentievervalsing. De Hoge Raad komt gelet daarop tot de conclusie dat zowel het verschil in rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheiden regelingen strekken als het verschil in de maximale straf respectievelijk boete die op de onderscheiden feiten zijn gesteld, dermate groot is dat geen sprake is van 'hetzelfde feit'. Schending van art. 2 Wav levert een bestuurlijke boete op en overtreding van de aan de orde zijnde strafbepalingen levert gevangenisstraf op. Gelet daarop heeft het Hof het OM volgens de Hoge Raad ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. De Hoge Raad lijkt er met deze overwegingen echter aan voorbij te gaan dat de Wav tevens tot doelstelling heeft het tegengaan van voortgezet verblijf van illegale vreemdelingen (*Kamerstukken II* 1993/94, 23574, nr. 3, p. 10). Daarnaast zijn nog de volgende kanttekeningen te maken.

5. De *ne bis in idem*-regel vloeit, naast art. 68 Sr en art. 5:44 Awb, tevens voort uit art. 50

van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie ("Handvest"). Let wel: lidstaten zijn slechts gebonden aan het Handvest wanneer zij optreden binnen het toepassingsgebied van het Unierecht (art. 51 Handvest). Lidstaten zijn dus niet gebonden aan het Handvest wanneer zij geheel onafhankelijk van het Unierecht opereren. In die situatie zal een beroep moeten worden gedaan op het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. De *ne bis in idem*-regel is ook in art. 4 van het Zevende Protocol EVRM neergelegd, maar Nederland heeft dit protocol niet geratificeerd.

6. Voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door het EVRM aan worden toegekend (art. 52 lid 3 Handvest). Uit de toelichting bij de bepaling volgt dat deze verwijzing tevens geldt voor de protocollen bij het EVRM, waarbij niet lijkt uit te maken of deze protocollen al dan niet door alle lidstaten zijn geratificeerd. Art. 50 Handvest correspondeert met art. 4 Zevende Protocol EVRM, zo volgt uit de toelichting bij artikel 52 Handvest. Voor wat betreft de interpretatie van artikel 50 Handvest is dus relevant de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ("Hof") met betrekking tot artikel 4 Zevende Protocol EVRM.

7. In het arrest *Zolotukhin* heeft het Straatsburgse Hof uiteen gezet hoe de *ne bis in idem*-regel in art. 50 van het Handvest moet worden geïnterpreteerd (EHRM 10 februari 2009, AB 2009/309, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik). In dit arrest overwoog dat Hof dat de regel zo moet worden uitgelegd dat vervolging c.q. bestraffing van een tweede overtreding verboden is, voor zover die overtreding voortvloeit uit dezelfde feiten of wezenlijk dezelfde feiten (r.o. 82). Voor de beoordeling hiervan moet worden gekeken naar "*those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings*" (r.o. 84). Als startpunt noemt het Hof de feiten die ten grondslag zijn gelegd aan de eerdere (onherroepelijke) sanctiebeslissing en de beschuldigingen in de tweede procedure (r.o. 83).

8. Zowel het *Zolotukhin*-arrest van het Hof als het hierboven genoemde arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2011 heeft veel pennen in beweging gebracht. Buruma wierp in zijn annotatie bij *Zolotukhin* (NJ 2010/36) de vraag op of het arrest aanleiding moest zijn voor het opnieuw overdenken van onze opvattingen over *ne bis in idem*. Barkhuysen en Van Emmerik constateerden

in hun annotatie bij *Zolotukhin* (AB 2009/309) dat het criterium dat in Nederland wordt gehanteerd om te bepalen of sprake is van 'hetzelfde feit' niet lijkt te sporen met het arrest van het Hof, nu op basis van dat arrest slechts de feitenconstellatie bepalend zou moeten zijn. Ook wierpen zij de vraag op of er, indien zou blijken dat sprake is van een verschillende benadering die tot materieel verschillende uitkomsten leidt, wellicht een aanpassing zou moeten plaatsvinden aan de Straatsburgse lijn. In zijn annotatie bij het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2011 (NJ 2011/394) schrijft Buruma dat het nadrukkelijk vasthouden aan het gemengde feitebegrip door de Hoge Raad er op het eerste gezicht nogal 'dwers' uit ziet.

9. Zowel art. 2 Wav als art. 197b Sr valt binnen het toepassingsbereik van het Unierecht, zodat het Handvest in casu van toepassing is. Dit volgt uit de implementatie van Richtlijn 2009/52/EG (*PbEU* 2009, L 168/24) tot vaststelling van minimumnormen met betrekking tot sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen. Volgens de wetgever is art. 3 van de richtlijn, dat het verbod regelt op illegale tewerkstelling, in art. 2 Wav en onder meer in art. 197b Sr geïmplementeerd (*Kamerstukken II*, 2010/2011, 32843, nr. 3, p. 3).

10. Het Handvest en de door het Hof ontwikkelde jurisprudentie komen echter in het arrest van de Hoge Raad en de conclusie van de advocaat-generaal niet aan bod. De Hoge Raad legt in het onderhavige geval de nadruk op de *juridische aard* van de feiten, terwijl op basis van het *Zolotukhin*-arrest slechts de feiten in het boeterapport en de tenlastelegging bepalend zouden moeten zijn voor beantwoording van de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit'. De advocaat-generaal schrijft in zijn conclusie dat niet ter discussie staat dat de feitelijke gedragingen ter zake waarvan de marktkoopman is beboet en ter zake waarvan hij wordt vervolgd niet verschillen en dat uit de stukken blijkt dat het om één en hetzelfde feitencomplex gaat. Zowel de boete als de tenlastelegging volgen dus uit één set omstandigheden, namelijk het tewerkstellen van twee illegale vreemdelingen. Wij achten het dan ook aannemelijk dat het arrest tot een andere uitkomst zou hebben geleid indien de Hoge Raad de Straatsburgse lijn had gevolgd. Een gemiste kans naar ons idee om de standaardjurisprudentie in lijn te brengen met die lijn, die overigens ook meer recht doet aan het rechtsgevoel.

11. Dit arrest is ook gepubliceerd in *NJB* 2016/408, *RvdW* 2016/28, *JV* 2016/68, *NJ* 2016/143, m.nt. T. Kooijmans en *NBSTRAF* 2016/78, m.nt. C.W. Noorduyen.

C. Saris en L. van Boven