

Delikt en Delinkwent, Europees strafrecht

Vindplaats:	DD 2013/23	Bijgewerkt tot:	18-02-2013
Auteur:	J.G.H. Altena-Davidsen		

Europees strafrecht

Deze rubriek bestrijkt de periode 01-07-2012 tot 01-01-2013. De vorige rubriek Europees strafrecht werd gepubliceerd in het septembernummer van *Delikt en Delinkwent*, p. 222-233.

1. Institutioneel en beleidsmatig kader

Na een turbulente zomer, waarin het Europees Parlement de samenwerking met de Raad in vijf gevoelige dossiers opschortte, zijn in september de onderhandelingen tussen Parlement en Raad hervat onder verwijzing naar de vooruitgang die werd geboekt in de herziening van het Schengen Evaluatiemechanisme. Dit is besloten door de conferentie van voorzitters van het Parlement. Nadien hebben een technische vergadering en enkele triloggen plaatsgevonden over het evaluatiemechanisme en de tijdelijke herinvoering van grenscontroles. Er is in december een nieuwe ontwerp tekst verschenen voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van [Verordening \(EG\) nr. 562/2006](#) teneinde te voorzien in gemeenschappelijke regels inzake de tijdelijke herinvoering van grensoezicht aan de binnengrenzen in uitzonderlijke omstandigheden, Raadsdocument 6161/5/12 REV 6. Daarin worden criteria geïntroduceerd voor grenscontroles alsmede de bevoegdheid voor de Commissie om in algemene zin aan te geven wanneer grenscontroles kunnen worden ingevoerd. De concrete beslissingsbevoegdheid met betrekking tot het herinvoeren van grenscontroles lijkt echter bij de lidstaten te blijven in dit voorstel. Ook werd een herzien voorstel openbaar voor een verordening van de Raad betreffende de instelling van een evaluatiemechanisme voor de controle van de toepassing van het Schengenacquis, neergelegd in Raadsdocument 11846/3/12 REV 3. De onderhandelingen zijn echter nog in volle gang.

In januari was alweer de vierde onderhandelingsbijeenkomst in de 47+1 ad hoc groep voor toetreding van de EU tot de Raad van Europa (CDDH-UE) en de Commissie (die namens de EU onderhandelt). De onderhandelingen in het najaar leverden geen overeenstemming op over het stemrecht van de EU in het Comité van Ministers bij het toezicht op de naleving van de uitspraken van het EHRM. Bovendien wordt onderhandeld over een eventuele uitzondering voor onderwerpen op het gebied van het Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid. Van het voorzitterschap van het Comité van Ministers kwam in januari een voorstel met betrekking tot nog openstaande kwesties, 47+1(2013)1. Dit is besproken tijdens de laatste bijeenkomst op 23 en 24 januari van dit

jaar. Uit het verslag van die bijeenkomst, 47+1(2013)R04 blijkt dat er op onderdelen vooruitgang is geboekt richting overeenstemming, maar dat er nog steeds harde noten moeten worden gekraakt over de precieze rol van de EU in het Comité van Ministers, zowel bij het toezicht op de naleving als in het co-respondentiemechanisme. Dat moet de EU de mogelijkheid geven verweer te voeren in een klacht tegen een EU-lidstaat, indien vragen rijzen over de verenigbaarheid van het Unierecht met het EVRM. Met betrekking tot dat laatste speelt met name de vraag of de EU ook co-respondent kan zijn in zaken tegen staten die geen lid zijn van de EU maar die op basis van internationale overeenkomsten gebonden zijn aan bijvoorbeeld Schengen of de Dublin-verordening. Zie voor meer informatie bovengenoemde documenten en het Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms](#), 47+1(2013)2.

Op 11 december 2012 is het nieuwe strategisch plan van de EU inzake drugs voor 2013-2020 aangenomen. Net als de vorige *Drugs Strategy* zet het de belangrijkste doelstellingen uiteen, die in twee opeenvolgende vierjarenplannen nader worden uitgewerkt. Hierin wordt niet expliciet melding gemaakt van plannen om drugsbestrijding in verdergaande mate te harmoniseren dan nu het geval is, wel van een 'efficiënte toepassing' van het strafrecht.

Het komende half jaar wordt een voorstel van de Commissie verwacht voor een Verordening ter oprichting van een Europees Openbaar Ministerie. Het voorstel zou in juni moeten komen, samen met een voorstel ter herziening van Eurojust.

2. Wet- en regelgeving

2.1. Europese Unie

2.1.1. Materieel strafrecht

Het voorstel van de Commissie voor het bestrijden van fraude met EU-gelden middels het strafrecht, COM(2012)363, is toegezonden aan het Parlement en de Raad. Het controversiële en verstrekkende voorstel beoogt enkele definities te harmoniseren, termijnen in te stellen waarbinnen opsporing en vervolging moet plaatsvinden en minimumstraffen in te stellen. Indien de fraude meer dan 100.000 euro schade oplevert, moeten lidstaten voorzien in een gevangenisstraf van minimaal zes maanden tot vijf jaar, en tien jaar indien sprake is van georganiseerde criminaliteit. De reden voor het voorstel,

meer in het bijzonder voor de introductie van minimumstraffen, is de grote verscheidenheid in definities maar ook in strafmaat in de verschillende lidstaten. De effectiviteit van de bescherming van EU-middelen is daarmee niet in alle lidstaten afdoende gegarandeerd, aldus de Commissie. De rechtsbasis van het voorstel [artikel 325 lid 4](#) VWEU, en bij de motivering van de keuze voor een richtlijn merkt de Commissie op dat een richtlijn het aangewezen instrument is voor de harmonisatie van het strafrecht, vanwege de wenselijke ruimte die daarmee wordt gelaten aan de lidstaten voor strengere regelgeving. Met die overweging lijkt zij zich het recht voor te behouden ook strafrechtelijke verordeningen uit te vaardigen op basis van artikel 325 lid 4 VWEU. Nog afgezien van die opmerking is de keuze voor artikel 325 lid 4 VWEU als rechtsbasis omstreden. Immers, alleen in [artikel 83](#) VWEU is een expliciete grondslag opgenomen tot het harmoniseren van materieel strafrecht. De Juridische Dienst publiceerde in oktober Raadsdocument 15309/12, waarin wordt betoogd dat [artikel 83 lid 2](#) VWEU de aangewezen rechtsbasis is. In de Raad van 6-7 december is besloten dat eerst zal moeten worden onderzocht wat de rechtsbasis zou moeten zijn, alvorens het voorstel verder zal worden besproken. De keuze voor een rechtsbasis is niet zonder gevolgen, nu de noodremprocedure niet van toepassing is op artikel 325 lid 4 VWEU en bovendien het Verenigd Koninkrijk, Denemarken en Ierland een uitzonderingspositie innemen bij maatregelen die worden genomen met betrekking tot de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Rechtvaardigheid. In die verdere besprekingen zal ook het controversiële voorstel tot de invoering van minimumstraffen aan de orde moeten komen. Nederland heeft daar zoals verwacht kritisch op gereageerd, evenals elf andere lidstaten, en de kans lijkt klein dat die minimumstraffen daadwerkelijk de richtlijn zullen halen. De Commissie heeft aangekondigd dat het voorstel dit jaar zal worden aangevuld met een voorstel tot harmonisatie van het strafprocesrecht met het doel bewijsregels te harmoniseren en de samenwerking en communicatie tussen nationale autoriteiten en [OLAF](#) te verbeteren.

In december werd in de Raad overeenstemming bereikt over de voorgestelde nieuwe Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende strafrechtelijke sancties voor handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (COM(2011), 654), kortweg de [richtlijn marktmisbruik](#). Op 25 juli 2012 zond de Commissie een gewijzigd voorstel in, naar aanleiding van een onderzoek naar de manipulatie door banken van EURIBOR- en LIBOR-benchmarks voor interbancaire leningtarieven. Het toepassingsbereik van de richtlijn is uitgebreid tot manipulatie of pogingen daartoe van benchmarktarieven. Onder Cypriotisch voorzitterschap heeft de Raad dit voorstel weer opgepakt, in weerwil van het oorspronkelijke plan dit te laten rusten in afwachting van de Verordening

Marktmisbruik. Het standpunt van de Raad is te vinden in Raadsdocument 16820/12 en dient als uitgangspunt voor de onderhandelingen met het Parlement. De Raad kon geen overeenstemming bereiken over de noodzaak tot harmonisatie van sancties en stelde voor om na vier jaar nogmaals die noodzaak te evalueren, de commissie economische en monetaire zaken van het Parlement wil echter wel een minimum-maximumstraf opnemen. Stemming hierover in het Parlement wordt verwacht in mei van dit jaar. Mocht het Parlement inderdaad het voorstel aldus wijzigen dat de richtlijn voorziet in minimum-maximumsancties, dan zal het nog niet makkelijk worden hierover overeenstemming te bereiken met de Raad.

2.1.2. Formeel strafrecht

Uitvoering van de Routekaart inzake procedurele rechten

In de onderhandelingen over de ontwerprichtlijn betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en betreffende het recht op communicatie bij aanhouding, COM(2011)326, is het afgelopen half jaar geen significante vooruitgang geboekt. De laatste concepttekst dateert van december 2012 en is te vinden in Raadsdocument 16521/12 waarin het voorzitterschap de laatste stand van zaken uiteenzet. Daarbij merkt hij op dat het concept nog in de Raad en in het Parlement wordt besproken en dat 'nothing is agreed until everything is agreed'. De Commissie-Meijers uitte in een brief van 28 november 2012, kenmerk CM1219, zorgen over de steun voor Nederland voor het plan lichte strafbare feiten (*minor offences*) uit te sluiten van de richtlijn. Met name bestond de zorg dat alle feiten die worden afgedaan met het ZSM-beleid (dat staat voor het zo snel mogelijk afdoen van zaken) buiten de toepassing van de richtlijn zouden worden gehouden. De minister heeft in zijn antwoord van 15 januari 2013 ([Kamerstukken II 2012-13, 32 317, nr. 152](#)) verzekerd dat wat Nederland betreft de misdrijven hier per definitie niet onder vallen, maar alleen overtredingen die ofwel buitengerechtelijk worden afgedaan, ofwel niet worden bedreigd met een vrijheidsbenemende sanctie. Zodra een verdachte echter is aangehouden en dus van zijn vrijheid is beroofd, geldt het recht op toegang tot een raadsman. Nu de ZSM-aanpak begint met de aanhouding van de verdachte, zal de verdachte in die gevallen steeds recht hebben op toegang tot een advocaat, ook als het feit buitengerechtelijk wordt afgedaan. Uiteindelijk zal het Hof van Justitie autonoom uitleggen welke overtredingen als *minor offences* moeten worden geclassificeerd, en kan Nederland zich dus niet aan de werking van de richtlijn onttrekken met behulp van, kort gezegd, etikettenzwendel.

Overige voorstellen

Het Ierse voorzitterschap wil graag vooruitgang boeken in de onderhandelingen over het Europees Onderzoeksbevel, interinstitutioneel dossier 2010/817(COD). In de vorige rubriek werd al gewag gemaakt van onenigheid hierover tussen Parlement en Raad, waarbij interessant genoeg het Parlement op de rem staat en aandacht vraagt voor de bescherming van nationale grondrechten. Het volhardt in de wens expliciet in de richtlijn op te nemen dat lidstaten geen maatregelen hoeven te nemen die indruisen tegen hun constitutie. Het Parlement verwijst daarbij naar de les die is getrokken uit de ervaringen met het Europees Arrestatiebevel, namelijk dat wederzijdse erkenning niet moet worden toegepast indien de rechtssystemen te verschillend zijn omdat dit kan leiden tot onvoldoende rechtsbescherming voor verdachten. De rechter moet daarom de mogelijkheid krijgen de tenuitvoerlegging van een onderzoeksbevel te weigeren indien het bevel leidt tot een schending van het EVRM, het Handvest *of nationale constitutionele beginselen*. In de Raad was juist besloten deze zin te verwijderen, aangezien deze strijdt met het beginsel dat Unierecht voorrang heeft boven het nationale recht, inclusief de constitutie. Zie Raadsdocument 16120/12 van 25 november 2012 voor de bespreking van de controversiële issues door de Raad.

Het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bevrozing en confiscatie van opbrengsten van misdrijven in de Europese Unie, COM(2012)85, is besproken in de laatste JBZ-Raad van 2012 op 6 en 7 december. De Raad heeft een algemene oriëntatie bereikt, zie daarvoor Raadsdocument 17117/12, dat als uitgangspunt zal dienen voor de onderhandelingen met het Parlement. In het Parlement heeft de commissie voor burgerlijke vrijheden, justitie en binnenlandse zaken een conceptrapport opgesteld, PE494.663. Het Ierse voorzitterschap verwacht het komende jaar vooruitgang te boeken in dit dossier.

Op 14 november werd in het Publicatieblad van de EU [Richtlijn 2012/29/EU](#) van het Parlement en de Raad tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten en de bescherming van slachtoffers van misdrijven en voor slachtofferhulp gepubliceerd, zie *PbEU* 2012, L 315/87. Als verwacht ging het Europees Parlement in september hiermee akkoord in eerste lezing. Het kaderbesluit Slachtofferzorg is hiermee vervallen en vervangen door een meer gedetailleerde richtlijn. Op 16 november 2015 moet de richtlijn zijn geïmplementeerd in het nationale recht.

2.1.3. Samenwerking en informatiehuishouding

Eurodac is de Europese database met dactyloscopische informatie (vingerafdrukken) van

asielzoekers die wordt gebruikt bij de uitvoering van het gemeenschappelijk asielbeleid en de Dublin-verordening. In 2009 is in een herzieningsvoorstel voorgesteld rechtshandavingsinstanties in de lidstaten en Europol toegang te verlenen tot deze database, om de opsporing van terroristische misdrijven en ernstige criminaliteit te vergemakkelijken. Over deze toegang kon geen overeenstemming worden bereikt en het voorstel tot toegang is ingetrokken om de hervorming van Eurodac wel door te kunnen voeren. In mei vorig jaar kwam de Commissie opnieuw met een herzieningsvoorstel, waarin opnieuw gebruik van de gegevens ten behoeve van strafrechtelijke opsporing wordt bepleit. Uit de toelichting bij het voorstel blijkt dat rechtshandavingsinstanties Eurodac kunnen vragen of gegevens beschikbaar zijn om zekerheid over de identiteit van of 'nadere informatie' over een verdachte of slachtoffer te krijgen. De informatie die Eurodac geeft betreft alleen een *hit/no hit*-resultaat. Bij een *hit*, dus indien gegevens aanwezig zijn in de gegevensbank van een andere lidstaat, kunnen de gegevens doorgaans uitgewisseld worden op basis van bestaande instrumenten voor gegevensuitwisseling. Nederland heeft eerdere versies van het voorstel gesteund, evenals een merendeel van lidstaten. De *European Data Protection Supervisor* en de Commissie-Meijers zijn zeer kritisch over de proportionaliteit en de noodzaak van gegevensuitwisseling, die in het voorstel niet worden onderbouwd met verwijzing naar de ontoereikendheid van de huidige instrumenten. Bovendien gaat er volgens hen een stigmatiserende werking uit van het structureel doorzoeken van gegevens van asielzoekers ten behoeve van de opsporing terwijl die gegevens van andere groepen mensen niet beschikbaar zijn. De Raad kwam in oktober tot een standpuntbepaling, onderhandelingen vinden nu plaats in de trilog. Gezien de hoeveelheid voorstellen en documenten volsta ik hier met een verwijzing naar het laatste voorstel, COM(2012)254 final en het interinstitutionele dossiernummer: 2008/242(COD).

Het integraal doorvoeren van een pakket aan maatregelen over databescherming met zowel een algemene verordening (COM(2011)11) als een richtlijn met betrekking tot rechtshandhaving (COM(2011)10) lijkt niet te gaan lukken. Mede vanwege de beoogde bewaartermijn van zes maanden tot twee jaar van internet- en telefoonverkeersgegevens ten behoeve van de justitiële samenwerking in strafzaken is de richtlijn controversieel. De onderhandelingen richten zich daarom nu in eerste instantie op het ontwerpen van het algemene kader voor databescherming in de verordening, daarna zal databescherming in het kader van rechtshandhaving op basis van die verordening nader worden besproken.

2.1.4. Externe dimensie

Over de onderhandelingen met Canada over de te sluiten nieuwe overeenkomst inzake de uitwisseling en het gebruik van PNR-gegevens is niets bekend.

2.2. Omzetting door Nederland

Een wetsvoorstel ter implementatie van richtlijn 2010/64/EU betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures is op 29 augustus 2012 ingediend bij de Tweede Kamer, zie [Kamerstukken II 2011/12, 33 355, nr. 2](#) en 5. Hiermee wordt het recht op bijstand van een tolk en vertaling van processtukken geregeld voor verdachten of opgeëiste personen die de Nederlandse taal onvoldoende beheersen. Uit het verslag van de vaste commissie voor veiligheid en justitie zijn geen grote bezwaren tegen dit voorstel gebleken, dat volstaat met het implementeren van de minimumnormen uit de richtlijn. Op 27 oktober van dit jaar moet de nationale wetgeving van de lidstaten voldoen aan de richtlijn.

Het wetsvoorstel ter implementatie van kaderbesluit 2009/829/JBZ inzake de wederzijdse erkenning van beslissingen inzake toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis is in oktober 2012 aanhangig gemaakt bij de Tweede Kamer, zie [Kamerstukken II 2011/12, 33 422, nr. 2](#). De bedoeling hiervan is het terugdringen van de toepassing van voorlopige hechtenis op verdachten zonder vaste woon- of verblijfplaats. De lidstaat waar het strafproces plaatsvindt kan voorwaarden opleggen voor de schorsing van of als alternatief voor voorlopige hechtenis, die vervolgens erkend en gehandhaafd moeten worden door de lidstaat waar de verdachte woont of verblijft. In het implementatievoorstel krijgt het OM de bevoegdheid te beslissen over de erkenning, die overigens uitsluitend op limitatief in het kaderbesluit geformuleerde gronden kan worden geweigerd. In de memorie van toelichting (nr. 3 in dossier 33 422) wordt echter benadrukt dat de rol voor de rechter – waarvan de Raad voor de Rechtspraak meende dat deze onaanvaardbaar werd uitgedeed – in de besluitvorming over de voorlopige hechtenis dezelfde blijft. Het is immers de rechter die over de schorsing van de voorlopige hechtenis beslist die een toezichtbevel kan uitvaardigen.

Met de implementatie van dit kaderbesluit vindt ook een herstructurering plaats binnen het Wetboek van Strafvordering. Hierin wordt een nieuw Vijfde Boek geïntroduceerd: 'internationale en Europese strafvorderlijke samenwerking', met drie titels. De eerste twee titels zijn gereserveerd voor de huidige Titels X (internationale rechtshulp) en XI (wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van strafvorderlijke bevelen) van Boek Vier. De derde titel zal de wederzijdse erkenning van toezichtmaatregelen bevatten.

Er is een conceptwetsvoorstel ter consultatie aangeboden aan adviserende instanties tot implementatie van

richtlijn 2011/91/EU ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie. Dit zal waarschijnlijk binnenkort aanhangig worden gemaakt, waarna het inhoudelijk zal worden besproken in de volgende rubriek.

Het wetsvoorstel Implementatie kaderbesluit Europees bewijsverkrijgingsbevel is aangenomen door de Eerste Kamer en verschenen in het Staatsblad. Inmiddels wordt er gewerkt aan de hierboven besproken richtlijn over een onderzoeksbevel, die weer een stuk verder gaat en die het kaderbesluit moet vervangen.

Op 1 november 2012 trad de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van strafvonnissen (WETS) en wederzijdse erkenning van proeftijdbeslissingen in werking. Deze wordt alleen toegepast indien de andere EU-lidstaat het Kaderbesluit ook heeft toegepast en indien het vonnis op of na 5 december 2011 onherroepelijk is geworden. In andere gevallen blijft de WOTS van toepassing. De WOTS blijft ook van toepassing op gedetineerden die op grond van een EAB aan een andere lidstaat zijn overgeleverd ten behoeve van strafvervolgung. Het belangrijkste verschil tussen de WOTS en de WETS is dat in de WETS het strafvonnis opgelegd in de andere lidstaat zonder meer wordt erkend en dus niet langer wordt omgezet in een straf die naar nationaal recht zou zijn opgelegd middels de exequatur-procedure. Hierdoor wordt bevorderd dat veroordeelden hun straf uit kunnen zitten in hun eigen lidstaat, hetgeen de resocialisatie moet vergemakkelijken.

De regering heeft een wetsvoorstel gemaakt ter 'Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de strafbaarstelling van illegaal verblijf van vreemdelingen in Nederland' ([Kamerstukken II 2012/13, 33 512 nr. 2](#) en 3). Deze voorgestelde generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf voorziet in een veel ruimere aansprakelijkheid dan huidige de strafbaarstelling van illegaal verblijf in weerwil van een 'zwaar' inreisverbod neergelegd in [artikel 197](#) Sr. Artikel 197 Sr betreft een zwaarder feit (gekwalificeerd als misdrijf, terwijl illegaal verblijf *an sich* een overtreding wordt), omdat verdachte na het uitvaardigen van een inreisverbod opnieuw op Nederlands grondgebied wordt aangehouden. Strafbaarstelling en de tenuitvoerlegging van de straf zijn blijkens de jurisprudentie in dit geval pas mogelijk na het doorlopen van de gehele terugkeerprocedure om aan de [Terugkeerrichtlijn](#) niet het nuttig effect te ontnemen – zie ook de bespreking van twee recente conclusies van advocaten-generaal Machielse en Aben hieronder. De strafbaarstelling van illegaal verblijf in het algemeen vereist echter niet dat de terugkeerprocedure is doorlopen, aangezien het enkele zich bevinden op Nederlands grondgebied zonder geldige verblijfstitel al is aangemerkt als strafbaar feit. In de regel zal hierna wel een inreisverbod worden uitgevaardigd. Bij herhaalde overtreding van [artikel 108a](#) Vreemdelingenwet (illegaal verblijf), krijgt de betrokkene een 'zwaar inreisverbod' en maakt hij zich schuldig

aan het misdrijf van artikel 197 Sr indien hij opnieuw op Nederlands grondgebied wordt aangetroffen. Met de bevoegdheid tot het uitvaardigen van een zwaar inreisverbod zal volgens de memorie van toelichting ‘terughoudend’ worden omgegaan.

In de memorie van toelichting wordt de verenigbaarheid van dit voorstel met de [Terugkeerrichtlijn](#) en het *Sagor*-arrest van het Hof van Justitie, dat ook betrekking had op de strafbaarstelling van enkel illegaal verblijf, besproken. Dit arrest, dat hieronder nog aan bod komt, lijkt inderdaad ruimte te bieden voor strafoplegging tijdens de terugkeerprocedure. De regering voorziet dan ook geen problemen. Daarbij is wel de vooronderstelling dat de relevante uitspraken van het Hof in *Sagor* over het vervangende huisarrest mutatis mutandis van toepassing zijn op de vervangende hechtenis. In het wetsvoorstel is in het beoogde [artikel 108a lid 5](#) Vreemdelingenwet opgenomen dat de tenuitvoerlegging van een strafbeschikking of rechterlijke uitspraak op grond van lid 1 van dat artikel niet in de weg staat aan de uitzetting of het daadwerkelijk vertrek van de vreemdeling uit Nederland. Hiermee wordt invulling gegeven aan de in het *Sagor*-arrest vereiste garantie dat terugkeer nooit mag worden gefrustreerd door strafrechtelijke maatregelen. Naar aanleiding van de jurisprudentie van het Hof van Justitie is bovendien uitsluitend voorzien in een geldboete van de tweede categorie en eventueel vervangende hechtenis, terwijl eerder ook hechtenis als hoofdstraf was voorgeschreven.

3. Jurisprudentie

3.1. Europese Unie

Het Europees Aanhoudingsbevel

Het Europees aanhoudingsbevel en de verhouding daarvan tot fundamentele rechten blijven tot vragen en jurisprudentie leiden. Het afgelopen jaar werd arrest gewezen in de zaken *Lopes da Silva Jorge* en *Radu* en werd een conclusie gepubliceerd in de zaak *Melloni*. Op 5 september deed de Grote Kamer van het Hof van Justitie uitspraak in Zaak C-42/11 (*Lopes da Silva Jorge*), waarin door Portugal een aanhoudingsbevel was uitgevaardigd om de gevangenisstraf opgelegd aan de Portugees Lopes da Silva Jorge ten uitvoer te kunnen leggen in Portugal in plaats van in Frankrijk. Lopes da Silva Jorge heeft de Franse rechter verzocht tenuitvoerlegging van het aanhoudingsbevel te weigeren opdat hij zijn straf in Frankrijk kon uitzitten. Lopes da Silva Jorge woont en werkt sinds het plegen van de feiten in Frankrijk en is getrouwd met een Franse onderdaan, en meent dat tenuitvoerlegging van de straf in Portugal een onevenredige schending van [artikel](#)

[8](#) EVRM inhoudt, het recht op eerbieding van het privé-, familie- en gezinsleven. In [Kaderbesluit 2002/584/JBZ](#) van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten is in de facultatieve weigeringsgronden van artikel 4 in lid 6 de mogelijkheid geboden overlevering te weigeren ten aanzien van iemand die 'verblijft in of onderdaan of ingezetene is' van de aangezochte lidstaat, indien die staat die straf dan overeenkomstig zijn eigen recht ten uitvoer legt. Frankrijk had deze weigeringsgrond aldus geïmplementeerd dat deze weigering alleen mogelijk was ten aanzien van onderdanen en niet van ingezetenen. Het Hof van Justitie moet de vraag beantwoorden of deze discriminatie op grond van nationaliteit objectief gerechtvaardigd is. Onder verwijzing naar het *Wolzenburg*-arrest stelt het Hof dat aan de toepassing van de weigeringsgrond, die ten doel heeft het bevorderen van de sociale re-integratie, de voorwaarde kan worden gesteld dat de gezochte persoon gedurende een bepaalde periode rechtmatig op het grondgebied van de aangezochte lidstaat heeft verbleven. Het 'volledig en automatisch' uitsluiten van ingezetenen zonder de Franse nationaliteit, ongeacht hun banden met de staat, is niet toegestaan: de uitvoerende rechterlijke autoriteit moet kunnen nagaan of er een rechtvaardig belang is bij weigering van het arrestatiebevel (rechtsoverweging 50-51). Evenmin is hij dus gehouden de tenuitvoerlegging van het arrestatiebevel te weigeren; beperkingen van de gevallen waarop de facultatieve weigeringsgrond van toepassing is zijn toegestaan, mits ze niet automatisch niet-onderdanen uitsluiten daarvan. De rechter moet daartoe zijn nationale recht conform interpreteren, waarbij het Hof aangeeft dat naast de omzettingsregels van het kaderbesluit, ook het nationale recht inzake verboden discriminatie en de bevoegdheden van de rechter bij discriminatoire rechtsregels in acht moeten worden genomen.

Ook in de Conclusie van 18 oktober 2012 van advocaat-generaal Sharpston bij Zaak C-396/101 (*Radu*) staan de mogelijkheden tot het weigeren van een overlevering bij een Europees aanhoudingsbevel centraal. De vragen zijn gesteld door een Roemeense appelrechter, naar aanleiding van vier arrestatiebevelen uitgevaardigd door Duitsland ter zake van diefstal door de verdachte Radu. Radu voerde drie fundamentele argumenten aan tegen de tenuitvoerlegging van de aanhoudingsbevelen, die leidden tot de vragen van de verwijzende rechter (voor zover hier relevant) of het EVRM en het Handvest moeten worden gezien als primair verdragsrecht en of daaruit volgt dat de overleveringsdetentie gerechtvaardigd, niet-willekeurig en evenredig moet zijn naar de normen van [artikel 5](#) EVRM en artikel 6 Handvest. Deze vragen worden bevestigend beantwoord door advocaat-generaal Sharpston. De volgende vraag is nu of een aanhoudingsbevel in concreto aan deze verdragsbepalingen moet worden getoetst en eventueel kan worden geweigerd. Deze vraag beantwoordt Sharpston eveneens bevestigend, onder verwijzing naar artikel 1 lid 3

van het kaderbesluit dat bepaalt dat het kaderbesluit de verplichting tot het eerbiedigen van grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen niet aantast. De vraag is nu, aldus de advocaat-generaal, of de jurisprudentie van het EHRM inzake uitlevering en artikel 5 EVRM moet worden gevolgd, of dat het Unierecht een ruimere bescherming moet bieden. Sharpston legt naar eigen zeggen een iets soepelere toets aan voor de claim dat mensenrechten zijn geschonden met betrekking tot de bewijslast (de schending hoeft niet *beyond reasonable doubt* te worden vastgesteld), bovendien acht zij het criterium dat de schending 'overduidelijk' moet zijn te ongrijpbaar om in de hele EU eenduidig te worden uitgelegd. Het criterium dat zij aan het Hof van Justitie voorstelt is dat 'dat de gezochte persoon degene die beslist ervan moet overtuigen dat zijn bezwaren tegen de overdracht terdege gegrond zijn' (overweging 85). Die bezwaren moeten betrekking hebben op mensenrechtenschendingen tijdens of na de overleveringsprocedure, niet op schendingen uit het verleden die hersteld kunnen worden. Het Hof wordt dus uitgenodigd te oordelen dat mensenrechtenschendingen in uitzonderlijke gevallen inderdaad grond kunnen zijn tot weigering van de tenuitvoerlegging van een arrestatiebevel. Dit zou een belangrijk mensenrechtelijk ventiel kunnen vormen voor de zaken waarin het wederzijds vertrouwen apert ongegrond is.

Door advocaten werd halsreikend uitgekeken naar het arrest, dat verscheen op 29 januari 2013. Het Hof van Justitie gaat niet in op de uitnodiging van Sharpston om zeer algemene uitspraken te doen, en perkt de reikwijdte van de vragen sterk in. Omdat de verwijzende rechter de vragen over een eventuele schending van de fundamentele rechten niet toelicht, heeft het Hof uit de bijlagen afgeleid waar volgens Radu de vermeende schending uit bestaat. De enige vraag die het Hof uiteindelijk – ontkennend – beantwoordt is of de tenuitvoerlegging van een EAB mag worden geweigerd omdat de gezochte persoon niet is gehoord voorafgaand aan de uitvaardiging daarvan. De klacht over de schending van [artikel 5](#) EVRM en artikel 6 Handvest leest het Hof als klachten wegens de schending van het recht van verdediging, dus artikel 47-48 Handvest (het Hof merkt op dat naar het Handvest dient te worden verwezen en niet naar het EVRM). Hiervoor wijst het Hof op het systeem van de wederzijdse erkenning en de hoge mate van vertrouwen dat er tussen de lidstaten dient te bestaan. De rechten neergelegd in het Handvest zijn volgens het Hof verwerkt in het kaderbesluit in de weigeringsgronden, de tenuitvoerlegging van een EAB mag daarom uitsluitend afhankelijk worden gesteld van in het Kaderbesluit genoemde voorwaarden. Indien de betrokkene zou moeten worden gehoord voorafgaand aan de uitvaardiging van een aanhoudingsbevel, zou bovendien het risico bestaan dat hij vlucht, waardoor het uitvaardigen van een aanhoudingsbevel praktisch zinloos zou worden.

De derde zaak over het EAB, zaak C-399/11 (*Melloni*), heeft betrekking op tenuitvoerlegging van een

aanhoudingsbevel voor de uitvoering van een verstekvonnis. In deze zaak is alleen nog een conclusie beschikbaar van advocaat-generaal Bot van 2 oktober 2012 die eveneens ingaat op de betekenis van het Handvest, met name artikel 53 daarvan dat bepaalt dat het Handvest niet zo mag worden uitgelegd dat afbreuk wordt gedaan aan bestaande mensenrechtenbescherming. De zaak betrof een uitlevering door Spanje naar Italië voor de vervolging wegens faillissementsfraude van Melloni, die zich in Spanje bevond. Melloni werd op borgtocht vrijgelaten en vluchtte, waarna hij in Italië bij verstek werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van tien jaar. Italië vaardigde een arrestatiebevel uit aan Spanje ten behoeve van de tenuitvoerlegging van de straf. De weigeringsgronden in de Spaanse Grondwet bij verstekveroordelingen zijn ruimer geformuleerd dan in het kaderbesluit. [Artikel 4bis](#) van kaderbesluit 2009/299/JBZ staat weigering van overlevering bij een verstekveroordeling niet toe indien de betrokkene 'op de hoogte was van het voorgenomen proces, een zelf gekozen of van overheidswege toegewezen raadsman heeft gemachtigd zijn verdediging op het proces te voeren, en op het proces ook werkelijk door die raadsman is verdedigd'. Melloni had twee advocaten, die hem hebben verdedigd. In het Spaanse recht op een eerlijk proces, dat is verankerd in de Grondwet, wordt aan overlevering bij een verstekveroordeling wegens een zwaar misdrijf de voorwaarde gesteld dat de verdachte kan opkomen tegen deze veroordeling. De verwijzende rechter stelt de vraag of het kaderbesluit eraan in de weg staat dat de Spaanse rechterlijke instanties de overlevering afhankelijk stellen van de mogelijkheid dat de veroordeling wordt herzien. Kan Spanje aan artikel 53 van het Handvest de mogelijkheid ontnemen om meer mensenrechtenbescherming te bieden dan vereist op basis van Unierecht? Bot verwerpt de uitleg dat het Handvest uitsluitend minimumnormen voor mensenrechtenbescherming biedt zoals het EVRM dat doet. De redenering van de advocaat-generaal komt er in de kern op neer dat het Handvest een zeker niveau van grondrechtenbescherming bindend voorschrijft voor het toepassingsgebied van het Unierecht, maar geen invloed uitoefent op de overige grondrechtenbescherming binnen lidstaten. Feitelijk is het Handvest daarmee niet alleen een minimumnorm, maar ook een maximumnorm. Dit leidt tot de conclusie dat Spanje de uitlevering niet kan weigeren met een verwijzing naar de strengere bescherming van grondrechten in de eigen grondwet.

De [Terugkeerrichtlijn](#)

Op 6 december 2012 wees het Hof van Justitie opnieuw een arrest, in zaak C-430/11 (*Sago*), dat van belang is voor de verenigbaarheid van strafbaarstelling van illegaal verblijf met de [Terugkeerrichtlijn](#) (richtlijn 2008/115/EG). Het Hof oordeelde al dat strafrechtelijke sancties in zichzelf niet onverenigbaar zijn met de

Terugkeerrichtlijn (Zaak C 329/11, *Achughbabian*), maar dat de oplegging van een gevangenisstraf tijdens de terugkeerprocedure of voorafgaand aan de vaststelling van een terugkeerbesluit de nuttige werking aan de richtlijn ontnemt (Zaak C 61/11, *El Dridi*). Terugkeer kan immers niet plaatsvinden zolang de persoon zonder geldige verblijfstitel is gehecht. In het *Sagor*-arrest staat een regeling uit het Italiaanse recht centraal waarin illegaal verblijf strafbaar is gesteld met een geldboete, die bij niet-betalen kan worden vervangen door uitwijzing (indien mogelijk) of huisarrest. Huisarrest kan de terugkeer of maatregelen in verband daarmee belemmeren en is alleen toegestaan indien 'nationale regelgeving een bepaling bevat die de verwijdering van de betrokkene voorrang geeft boven de uitvoering van het bevel tot huisarrest' (rechtsoverweging 46). Kortom, indien de tenuitvoerlegging van de vrijheidsbenemende sanctie onmiddellijk wordt beëindigd zodra terugkeer mogelijk is, belemmert deze niet de effectieve werking van de richtlijn. In het *El Dridi*-arrest leek het Hof nog een striktere mening toegedaan, waar hij stelde dat de richtlijn zich verzet tegen de oplegging van gevangenisstraf jegens een illegaal verblijvende persoon 'op de enkele grond dat die persoon, in strijd met een bevel om het grondgebied van die staat binnen een bepaalde termijn te verlaten, zonder geldige reden zijn verblijf op dat grondgebied voortzet' (rechtsoverweging 58). Desondanks is steeds de kern van de rechtspraak geweest dat de Terugkeerrichtlijn beoogt de terugkeerprocedure te harmoniseren en dat lidstaten vrij zijn strafrechtelijke sancties op te leggen wegens illegaal verblijf, zolang deze aan de Terugkeerrichtlijn niet het nuttig effect ontnemen. Het lijkt erop dat het Hof lidstaten vrijlaat in het voorschrijven en opleggen van strafrechtelijke sancties ook al *tijdens* de terugkeerprocedure, zolang dit maar nooit in de weg staat aan daadwerkelijke terugkeer. Dit betekent dat het nationale recht expliciet moet garanderen dat de tenuitvoerlegging van de straf wordt gestaakt zodra fysieke verwijdering van de betrokkene mogelijk is. Bovendien mag een strafprocedure niet leiden tot uitstel van het nemen van het terugkeerbesluit. Van deze mogelijkheid wil het kabinet nu gebruik maken, blijktens het besproken voorstel strafbaarstelling van illegaliteit.

3.2. Nederland

De [Terugkeerrichtlijn](#)

Bovenvermeld *Sagor*-arrest is van betekenis voor het Nederlandse strafrecht. Om de toepassing van [artikel 197](#) Sr in het licht van de [Terugkeerrichtlijn](#) is nog steeds veel te doen. In november en december verschenen twee conclusies over dit onderwerp, de eerste van advocaat-generaal Machielse (13 november 2012, [LJN BY3151](#)), de tweede van advocaat-generaal Aben (18 december 2012, [LJN BY6906](#)). Deze

kwamen helaas net te vroeg om ook de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Sagor* te bespreken, en gaan derhalve alleen in op *El Dridi* en *Achughbabian*.

De feitenrechtspraak laat zien dat er nog veel onduidelijk is, hoewel de algemene vraag of [artikel 197](#) Sr verenigbaar is met de [Terugkeerrichtlijn](#) doorgaans bevestigend wordt beantwoord. Bovendien lijken de rechters het eens dat voor strafbaarstelling op grond van artikel 197 Sr de terugkeerprocedure doorlopen zal moeten zijn (zie bijvoorbeeld [LJN BW8103](#) en BW8104, besproken in deze rubriek in *D&D* september 2012). Indien iemand na een geslaagde terugkeerprocedure opnieuw wordt aangetroffen op Nederlands grondgebied zonder geldige verblijfstitel, is echter onduidelijk of deze terugkeerprocedure *opnieuw* moet worden doorlopen alvorens strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden vastgesteld. Ook is niet helder hoe ongewenstverklaringen met onbeperkte duur moeten worden geconverteerd in inreisverboden met een begrensde termijn (zie voor deze beide punten Conclusie advocaat-generaal Machielse bij [LJN BY3151](#)).

Zowel Machielse als Aben sluit zich aan bij de feitenrechtspraak in die zin dat [artikel 197](#) Sr onder de reikwijdte van de [Terugkeerrichtlijn](#) valt en hier niet mee in strijd is, zolang de terugkeerprocedure is afgerond voordat tot strafoplegging wordt overgegaan. Aben legt met name de nadruk op een casuïstische benadering, waarbij de rechter van geval tot geval moet bekijken of de staat zich voldoende inspanningen heeft getroost om betrokkene uit de lidstaat te verwijderen met behulp van de nodige (dwang)maatregelen. Wanneer deze inspanningen zonder resultaat blijven en de vreemdeling geen gegronde reden heeft zijn illegaal verblijf voort te zetten, kan een gevangenisstraf worden opgelegd.

De vraag is of deze rechtspraak herziening behoeft in het licht van het *Sagor*-arrest, nu het Hof van Justitie daarin ook strafrechtelijke sancties toestaat voor het beëindigen van de terugkeerprocedure. Mijns inziens, maar de praktijk zal dit moeten uitwijzen, is dat niet het geval nu op dit moment niet bij wet is geregeld dat de executie van de straf op basis van [artikel 197](#) Sr zal worden beëindigd zodra uitzetting mogelijk is. Zolang dat niet het geval is, kan executie van de straf het nuttig effect ontnemen aan de richtlijn.

Er is inmiddels één uitspraak gepubliceerd van de rechtbank Amsterdam van 9 november 2012 ([LJN BY2931](#)) over de toepassing van de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van strafvonnissen (WETS). Bij de vervolgingsoverlevering van Nederlanders hoeft alleen nog de garantie te worden gegeven dat de verdachte zijn straf in Nederland kan uitzitten, niet dat deze ook zal worden omgezet. Voorheen was een zogenaamde 'dubbele garantie' vereist bij overleveringszaken. Tegen de Nederlandse verdachte was door België een EAB uitgevaardigd ten behoeve van vervolging. De Belgische procureur had de garantie gegeven dat de verdachte bij veroordeling in Nederland zijn straf uit zou kunnen zitting, waarna de rechtbank

alleen nog toetst aan het vereiste van dubbele strafbaarheid. 'In het kader van de teruglevering aan Nederland op grond van een dergelijke – enkelvoudige – garantie, wordt gezien of de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidsbenemende sanctie overeenkomt met de sanctie die in Nederland voor het desbetreffende feit zou zijn opgelegd, en wordt deze sanctie, voor zover nodig, dienovereenkomstig aangepast, zo blijkt uit artikel 2:11, vijfde lid, WETS', aldus de rechtbank. De rechtbank is echter uitsluitend gehouden en bevoegd te beoordelen of de garantie tot teruglevering is verleend.

J. Altena-Davidsen