

Europees strafrecht

DD 2017/53

Deze rubriek bestrijkt de periode 1 januari 2017 – 1 juli 2017. Ontwikkelingen van daarna zijn incidenteel meegenomen. De vorige rubriek werd gepubliceerd in het maartnummer van 2017 (DD 2017/20).

1. Institutioneel en beleidsmatig kader

Als laatste van het trio dat begon met Nederland nam Malta op 1 januari 2017 het voorzitterschap over van Slowakije. Op 1 juli trad Estland aan als voorzitter, als eerste van het nieuwe trio dat naast het Estse bestaat uit het Bulgaarse en Oostenrijkse voorzitterschap.

Oprichting Europees Openbaar Ministerie, 2013/255 (APP)

Sinds 3 april is op basis van een nauwere samenwerking door de Raad verder gewerkt aan het bereiken van een algemene oriëntatie over het voorstel voor een verordening tot oprichting van een Europees Openbaar Ministerie. Tijdens de laatste JBZ-Raad onder voorzitterschap van Malta werd die inderdaad bereikt door 18 lidstaten, en 2 lidstaten hebben aangegeven alsnog mee te willen doen. Landen die vooralsnog *niet* participeren in het EOM zijn Denemarken, Ierland, Malta, Polen, Hongarije, Zweden, het Verenigd Koninkrijk en Nederland. Zie voor de tekst van de algemene oriëntatie van 2 juni Raadsdocument 9545/17 REV 2. De Raad kiest daarin voor Luxemburg als zetel voor het EOM. Artikel 86 VWEU bepaalt dat het EOM wordt opgericht volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, volgens welke het voorstel nu moet worden goedgekeurd door een absolute meerderheid van het Europees Parlement. Het Parlement heeft geen recht van amendement. Nederland heeft vooralsnog niet te kennen gegeven deel te willen nemen aan het EOM, maar kan daar op ieder willekeurig moment

alsnog toe besluiten. Het huidige demissionaire kabinet wil de definitieve beslissing over deelname overlaten aan het nieuw te vormen kabinet, maar heeft niettemin het parlement om een standpunt gevraagd. De Tweede Kamer bevestigde haar eerdere afwijzende houding ten opzichte van het voorstel door zich bij motie uit te spreken tegen deelname (*Kamerstukken II* 2016/17, 32317, 470). De vaste commissies voor Immigratie & Asiel/JBZ-Raad (I&A/JBZ) en voor Veiligheid en Justitie (V&J) van de Eerste Kamer lieten de Minister van Veiligheid en Justitie weten het niet opportuun te achten om zich op dit moment uit te spreken voor dan wel tegen deelname, maar te willen wachten tot het nieuwe kabinet is aangetreden en nader overleg met de opvolger van de minister heeft plaatsgevonden (zie de brief van 7 juni 2017, 157956.17u).

Europol, Verordening 2016/794

Op 1 mei 2017 trad Verordening (EU) 2016/794 van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2016 betreffende het Agentschap van de Europese Unie voor samenwerking op het gebied van rechtshandhaving (Europol) in werking. Daarmee is de positie van Europol versterkt. Het toezicht op de gegevensbescherming wordt nu uitgeoefend door de EDPS (*European Data Protection Supervisor*). Daarnaast krijgen de nationale parlementen en het Europees Parlement gezamenlijk meer toezicht op het functioneren van Europol (zie voor aanbevelingen over de implementatie van dat gezamenlijk parlementair toezicht notitie CM1702 van de Commissie-Meijers). Denemarken heeft net op tijd een bijzondere overeenkomst weten te sluiten met de overige lidstaten over samenwerking met Europol, waar het als gevolg van het afwijzende referendum van 3 december 2015 niet langer aan kan deelnemen. De overeenkomst heeft tot gevolg dat Denemarken als derde land met een bijzondere status redelijk intensief zal kunnen blijven samenwerken met Europol, mits het deel blijft uitmaken van de Schengenzone. Zo zullen de Denen indi-

rect toegang houden tot informatie uit de Europol-databases en zullen zij informatie blijven leveren daaraan. Daarnaast kan Denemarken ook in de toekomst deel uitmaken van *Joint Investigation Teams*.

2. Wet- en regelgeving

2.1 Europese Unie

2.1.1 Materieel strafrecht

Richtlijn strafrechtelijke bestrijding van witwassen, 2016/414 (COD)

Onder Maltees voorzitterschap is in de Raad reeds een algemene oriëntatie bereikt met betrekking tot de Richtlijn inzake de strafrechtelijke bestrijding van het witwassen van geld (zie Raadsdocument 9718/17). De richtlijn is inhoudelijk besproken in de vorige rubriek (DD 2017/20). Op een positiebepaling van het Europees Parlement wordt nog gewacht. De Nederlandse regering beoordeelt het voorstel positief (*Kamerstukken II 2016/17, 22112, 2301*), maar er is wel een parlementair voorbehoud gemaakt. De Commissie-Meijers publiceerde een notitie over het voorstel (CM1704), waarin kritisch wordt gereflecteerd op het ontbreken van een impact assessment, het grote aantal gronddelicten waar witwassen betrekking op kan hebben en de voorgestelde verplichting tot het strafbaarstellen van witwassen van eigen criminele opbrengsten (waar dit meer behelst dan verwerven, bezitten of gebruiken daarvan).

Richtlijn 2017/541/EU inzake terrorismebestrijding

Richtlijn (EU) 2017/541 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2017 inzake terrorismebestrijding en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad en tot wijziging van Besluit 2005/671/JBZ van de Raad is in maart gepubliceerd in het Publicatieblad van de EU. De richtlijn bevat een aantal voor het Unierecht nieuwe verplichtingen tot strafbaarstelling van terroristische misdrijven, misdrijven in verband met

een terroristische groepering, misdrijven in verband met terroristische activiteiten (het ontvangen van training voor terrorisme, het reizen met terroristisch oogmerk en het organiseren of faciliteren van dergelijke reizen, terrorismefinanciering). Die strafbaarstellingen maakten al grotendeels deel uit van het Aanvullend Protocol bij het Verdrag van de Raad van Europa ter voorkoming van terrorisme en zijn in die zin niet geheel nieuw. Op 8 september 2018 moet de richtlijn zijn omgezet in nationaal recht.

Richtlijn strafrechtelijke bestrijding van fraude, 2012/193 (COD)

In de vorige rubriek werd melding gemaakt van het bereikte akkoord tussen Raad en Parlement over de PIF-Richtlijn. Inmiddels is de richtlijn, voluit Richtlijn (EU) 2017/1371 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2017 betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt, gepubliceerd in *PbEU 2017, L 198/29*.

2.1.2 Samenwerking en informatiehuishouding

Verordening wederzijdse erkenning van bevrozings- en confiscatiebevelen, 2016/412 (COD)

Het voorstel voor een verordening inzake wederzijdse erkenning van bevrozings- en confiscatiebevelen (COM(2016) 819), besproken in de vorige rubriek, is in behandeling genomen. Het Nederlandse kabinet heeft in het BNC-fiche aangegeven het voorstel te steunen, ook waar het de uitbreiding (ten opzichte van de huidige richtlijn) van het toepassingsbereik tot alle strafbare feiten betreft (*Kamerstukken II 2016/17, 22112, 2300*). Niettemin heeft het kabinet moeite met de keuze voor een verordening, omdat een richtlijn naar verwachting van het kabinet beter kan worden ingepast in de nationale strafvorderlijke procedures en om die reden meer kan bijdragen aan het verbeteren van wederzijdse erkenning. De gebrekkige implementatie van eerdere ka-

derbesluiten op dit terrein acht het kabinet geen doorslaggevend argument voor de keuze voor een verordening, nu het verwacht dat de harmoniserende werking Richtlijn 2014/42/EU reeds de mogelijkheden voor samenwerking vergroot en nu de Commissie bovendien meer middelen heeft om omzetting af te dwingen dan voorheen. Mocht de Commissie vasthouden aan een verordening, dan zal Nederland pleiten voor een meer gedetailleerde regeling. De proportionaliteit van het voorstel wordt op grond van bovenstaande bezwaren tegen de keuze van het rechtsinstrument negatief beoordeeld. Zie daarnaast het kritische commentaar over dit wetsvoorstel van de Commissie-Meijers, waarin allereerst de keuze voor een verordening als instrument wordt bekritiseerd, alsmede de gevolgen van de verordening voor het legaliteitsbeginsel, de onschuldpresumptie, rechten van derden en het *ne bis in idem*-beginsel (CM1705).

Over de vorderingen op Europees niveau is nog weinig bekend, maar het Estse voorzitterschap heeft dit dossier aangemerkt als één van zijn prioriteiten. In ieder geval is duidelijk dat de discussie ook op Europees niveau mede gaan over de keuze voor een verordening (zie raadsdocument 7435/17 voor een zeer beknopt voortgangsverslag).

2.1.3 Externe dimensie

Op 26 juli verscheen Advies 1/15 van het Hof van Justitie over de voorgenomen PNR-overeenkomst met Canada (ECLI:EU:C:2017:592, zie ook persbericht nr. 84/17 van diezelfde datum). Het Parlement had om een dergelijk advies gevraagd alvorens in te willen stemmen met de overeenkomst. Nadat advocaat-generaal Mengozzi al had geconcludeerd dat delen van de overeenkomst strijdig waren met het Handvest (A-G Mengozzi 8 september 2016, Advies 1/15, ECLI:EU:C:2016:656), stelt nu ook het Hof van Justitie dat de overeenkomst op punten aanpassing behoeft. Het stelselmattig doorgeven, bewaren en gebruiken van passagiersgegevens is op zichzelf welis-

waar toelaatbaar aangezien dit wordt gerechtvaardigd door een doelstelling van algemeen belang, maar de wijze waarop één en ander vorm heeft gekregen in de overeenkomst voldoet op onderdelen niet aan de eisen op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens en het recht op eerbiediging van het privéleven. Met name gaan sommige bepalingen verder dan strikt noodzakelijk en zijn niet alle bepalingen voldoende duidelijk geformuleerd. De sluiting van de overeenkomst moet voorts naast op artikel 87 lid 2 sub a VWEU worden gebaseerd artikel 16 lid 2 VWEU, maar niet op artikel 82 lid 1 sub d VWEU. Dit alles betekent dat de overeenkomst in haar huidige vorm niet gesloten kan worden en de onderhandelaars terug om tafel moeten om deze te laten voldoen aan de voorwaarden die zijn geformuleerd door het Hof van Justitie. Het is nog onduidelijk wat de gevolgen zijn van deze uitspraak voor vergelijkbare overeenkomsten die de EU heeft met Australië en de VS.

2.2 Omzetting door Nederland

Wetsvoorstel implementatie richtlijn Europees onderzoeksbevel

Het afgelopen half jaar is haast gemaakt met de Wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter implementatie van de richtlijn 2014/41/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken (implementatie richtlijn Europees onderzoeksbevel). De uiterste implementatiedatum was 22 mei, de wet is in werking getreden op 17 juni. De nieuwe bepalingen staan in Titel 4 van Boek 5 van het Wetboek van Strafvordering. Het systeem van (kleine) rechtshulpverzoeken inzake de vergaring en overdracht van bewijsmateriaal en het verstrekken van inlichtingen op grond van het Europees rechtshulpverdrag en de rechtshulpovereenkomst wordt vervangen door een systeem van wederzijdse erkenning van onderzoeksbevelen. Nieuw ten opzichte van het bestaande instrumen-

tarium, met name het Europees Bewijsverkrijgingsbevel, is de mogelijkheid van bewijsvergaring in andere lidstaten: bevelen kunnen betrekking hebben op het verrichten van bepaalde opsporingshandelingen door nationale autoriteiten van een andere lidstaat – voor zover het verrichten van die opsporingshandelingen ook mogelijk is op grond van het nationale recht van de uitvoerende lidstaat. De weigeringsgronden zijn beperkt. Zo is het vereiste van dubbele strafbaarheid afgeschaft voor lijstfeiten zoals genoemd in de bijlage bij de richtlijn, maar ook voor de toepassing van een groot aantal in artikel 5.4.7 lid 3 genoemde handelingen. Wel bevat het artikel inzake weigeringsgronden (artikel 5.4.4) in lijn met de richtlijn een expliciete grondrechtelijke weigeringsgrond. De richtlijn standaardiseert verder de wijze waarop bevelen worden gedaan en de procedures die moeten worden gevolgd en beoogt daarmee ook de gezwindheid van de samenwerking te bevorderen. Zie uitgebreid over de nieuwe wet W. Geelhoed en J. Ouwerkerk, 'Wederzijdse rechtshulp in strafzaken 2.0: implementatie van de Richtlijn Europees onderzoeksbevel', *NTER* 2017-1/2, p. 16-23.

Implementatie richtlijn minimumrechten slachtoffers

Op 1 april 2017 is in werking getreden de Wet van 8 maart 2017, houdende implementatie van richtlijn nr. 2012/29/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/220/JBZ (*PbEU* 2012, L 315) (*Stb.* 2017, 90). De omzettingsdeadline is met bijna 1,5 jaar overschreden, al had de richtlijn op de praktijk al wel haar weerslag. De wet regelt onder meer dat slachtoffers nu meer informatie krijgen over de strafzaak en hun positie daarbinnen, alsmede dat zij op de hoogte worden gesteld van de invrijheidstelling van de verdachte of veroordeelde. Voor minderjarige slachtoffers

worden enkele bijzondere voorzieningen getroffen.

Inwerkingtreding implementatiewet richtlijn toegang tot een raadsman

De wet van 17 november 2016, houdende implementatie van richtlijn nr. 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (*PbEU* L294) is op 1 maart 2017 in werking getreden.

3. Jurisprudentie

In deze paragraaf wordt een selectie van de belangrijkste verschenen rechtspraak op het terrein van het Europees strafrecht besproken, zowel van het Hof van Justitie van de Europese Unie als van de Nederlandse strafrechter.

3.1 Europese Unie

Europees aanhoudingsbevel: facultatieve weigeringsgrond; overmacht

De Rechtbank Amsterdam heeft de laatste tijd voor veel interessante jurisprudentie van het Hof van Justitie gezorgd. Het *Popławski*-arrest is daar het meest recente voorbeeld van (HvJ EU 29 juni 2017, zaak C-579/15, ECLI:EU:C:2017:116). De vragen betreffen de uitleg van artikel 4 lid 6 van kaderbesluit 2002/584/JBZ betreffende het Europees aanhoudingsbevel, met het oog op het beoordelen van de kaderbesluitconformiteit van artikel 6 van de Overleveringswet (OLW). Dit artikel ziet op de overlevering van Nederlanders en met Nederlanders gelijk te stellen personen, zoals de in Nederland woonachtige Poolse *Popławski*, wiens overlevering is bevolen

door Polen met het oog op de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf. Artikel 4 lid 6 van het kaderbesluit voorziet in een facultatieve weigeringsgrond voor gevallen waarin

“het Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd met het oog op de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf [...], terwijl de gezochte persoon verblijft in of onderdaan of ingezetene is van de uitvoerende lidstaat en deze staat zich *ertoe verbindt* die straf of maatregel overeenkomstig zijn nationale recht zelf ten uitvoer te leggen [curs. JGHA].”

De overleveringswet stelt echter slechts de voorwaarde van een *bereidverklaring* om de straf ten uitvoer te leggen. Bovendien is deze facultatieve weigeringsgrond in de overleveringswet omgezet in een categorische weigeringsgrond. Nu doet zich het probleem voor dat in de zaak Popławski Nederland wel bereid is om de tenuitvoerlegging over te nemen, maar dat Polen geen daartoe strekkend verzoek heeft ingediend en bovendien het Poolse recht zich daartegen verzet, nu Popławski een Pools onderdaan is. Indien de rechtbank overlevering weigert, conform artikel 6 OLW, zal de betrokkene waarschijnlijk zijn straf ontlopen. De rechtbank vraagt daarom ten eerste of het toegestaan is facultatieve weigeringsgronden aldus te implementeren dat zij de rechterlijke autoriteiten *verplichten* de overlevering te weigeren in voorkomende gevallen, zoals in de Overleveringswet is gebeurd, en of het stellen van de voorwaarde tot *bereidverklaring* tot overname daarbij afdoende is in het licht van het kaderbesluit. De overige vragen hebben betrekking op de rechtsgevolgen van een eventueel ontkennend antwoord. Het Hof antwoordt als kon worden verwacht: de facultatieve weigeringsgrond van artikel 4 lid 6 Kb EAB beoogt aan *rechterlijke autoriteiten* de *mogelijkheid* te bieden overlevering te weigeren in een concreet geval, mits aan de gestelde voorwaarden is voldaan. Bij de omzetting moet aan de rechter dus een zekere beoordelingsvrijheid worden gelaten

opdat de rechter rekening kan houden met het doel van de weigeringsgrond, te weten de mogelijkheid van sociale re-integratie van de betrokkene na tenuitvoerlegging van de sanctie. Daarbij is een *bereidverklaring* van de uitvoerende lidstaat onvoldoende om aan de voorwaarde van artikel 4 lid 6 Kb EAB te voldoen: de rechter moet beoordelen of het nationale recht tenuitvoerlegging van de straf ook daadwerkelijk mogelijk maakt, en ‘[i]ndien het voor de uitvoerende lidstaat onmogelijk is zich ertoe te verbinden de straf daadwerkelijk ten uitvoer te leggen, dient de uitvoerende rechterlijke autoriteit het EAB ten uitvoer te leggen en de gezochte persoon derhalve over te leveren aan de uitvoerende lidstaat’ (r.o. 22). Op grond van het kaderbesluit zou de rechter derhalve niet de overlevering moeten weigeren zonder dat de garantie bestaat dat de tenuitvoerlegging daadwerkelijk zal worden overgenomen of zonder dat de weigering kan worden heroverwogen indien overname van de tenuitvoerlegging achteraf onmogelijk is gebleken. De tweede en derde vraag naar de rechtsgevolgen van dit antwoord worden gezamenlijk beantwoord. Het Hof geeft eerst een korte samenvatting van de staande rechtspraak over de verplichting tot conforme interpretatie, maar gaat dan over tot een zeer concrete suggestie met betrekking tot de uitleg van de OLW. Nadat het Hof heeft vastgesteld dat het niet bevoegd is het nationale recht uit te leggen, stelt het zich wel bevoegd te achten ‘om op basis van het dossier van het hoofdgeding en de ingediende schriftelijke en mondelinge opmerkingen aanwijzingen te geven die de verwijzende rechter in staat stellen uitspraak te doen’ (r.o. 40). De hier toepasselijke oude versie van de OLW stelde in artikel 6 lid 3 dat de Nederlandse autoriteiten de autoriteiten in de uitvoerende lidstaat op de hoogte stellen van de bereidheid om de tenuitvoerlegging van het vonnis over te nemen, ‘overeenkomstig de procedure voorzien in artikel 11 van het op 21 maart 1983 te Straatsburg tot stand gekomen Verdrag inzake de overbrenging van gevonnisde personen [...], of op basis van een ander toepas-

selijk verdrag'. Het Hof van Justitie wijst erop dat onder 'een ander toepasselijk verdrag' wellicht het kaderbesluit zou kunnen vallen, althans dat het kaderbesluit zich niet tegen een dergelijke lezing zou verzetten. In dat geval moet artikel 6 lid 3 OLW aldus worden gelezen dat het overeenkomstig het kaderbesluit moet worden toegepast. De conclusie in r.o. 43 is vervolgens tamelijk stellig:

“Bijgevolg moet op de tweede en de derde vraag worden geantwoord dat kaderbesluit 2002/584 geen rechtstreekse werking heeft. Niettemin dient de bevoegde nationale rechter, met inachtneming van het gehele interne recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale voorschriften zo veel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van dit kaderbesluit uit te leggen, wat in casu inhoudt dat de rechterlijke autoriteiten van de uitvoerende lidstaat, wanneer zij weigeren om een EAB ten uitvoer te leggen dat is uitgevaardigd met het oog op de overlevering van een persoon die in de uitvaardigende lidstaat bij een onherroepelijk vonnis is veroordeeld tot een vrijheidsstraf, zelf moeten garanderen dat de aan die persoon opgelegde straf daadwerkelijk ten uitvoer zal worden gelegd.”

De laatste oplossing die de rechtbank in de vierde vraag had voorgelegd, namelijk de overlevering weigeren op de grond dat de uitvoerende lidstaat voornemens is zelf vervolging in te stellen wegens de strafbare feiten die voorwerp zijn van het ten uitvoer te leggen vonnis, wordt door het Hof van Justitie niet geaccepteerd.

Het arrest in de zaak Vilkas (HvJ EU 25 januari 2017, zaak C-640/15, ECLI:EU:C:2017:39) gaat over de vraag welke mogelijkheden en verantwoordelijkheden lidstaten hebben bij een herhaaldelijk mislukte overlevering als gevolg van het gedrag van de betrokkene. Litouwen heeft Ierland tweemaal verzocht om de overlevering van Vilkas. Ierland heeft de overlevering toegestaan en ook tweemaal

gepoogd Vilkas daadwerkelijk over te leveren, maar deze heeft daarbij dusdanig verzet gepleegd dat de vluchtleiding hem weigerde mee te nemen. Daardoor vond de overlevering niet plaats binnen de daarvoor gestelde termijnen. De Ierse Minister van Justitie en Rechtsgelijkheid heeft de rechter verzocht om een derde poging toe te staan, ditmaal over land en zee, maar de Ierse appelrechter twijfelt of artikel 23 van Kaderbesluit 2002/584/JBZ betreffende het Europees aanhoudingsbevel het herhaaldelijk vaststellen van een datum voor overlevering toestaat. Artikel 23 bepaalt in lid 1 en 2 dat de lidstaten een datum voor overlevering overeenkomen binnen een termijn van maximaal 10 dagen na de beslissing tot overlevering, en lid 3 bepaalt dat indien de uitvoerende lidstaat 'door omstandigheden buiten de macht van enige lidstaat' niet kan overleveren, een nieuwe datum zal worden vastgesteld, waarna de overlevering alsnog binnen tien dagen plaats moet vinden. Het Hof van Justitie geeft aan dat artikel 23 lid 3 geen beperkingen stelt aan het aantal malen dat een nieuwe overleveringsdatum kan worden vastgesteld. Bovendien zou het beperken van de mogelijkheid tot het stellen van een nieuwe termijn niet bijdragen aan het bespoedigen van de justitiële samenwerking, aangezien de tenuitvoerleggende lidstaat daarmee zou worden onderworpen aan een verplichting waar hij niet aan kan voldoen (r.o. 33). De rechter moet dus een nieuwe datum voor overlevering vaststellen, ondanks het eventueel verstrijken van de termijnen van artikel 23. De vervolgvraag is wel wat er dan met de over te leveren persoon moet gebeuren. Of de voorlopige hechtenis mag voortduren moet concreet worden getoetst door de autoriteiten. Voor die concrete toets acht het Hof de uitleg van de 'omstandigheden buiten de macht van enige lidstaat' relevant, mede aangezien sommige taalversies in plaats daarvan spreken van 'overmacht'. Het Hof benadrukt dat de wetgever slechts op situaties van overmacht heeft gedoeld, welk begrip in de rechtspraak is uitgelegd als 'abnormale en onvoorzienbare omstan-

digheden die zich hebben voorgedaan buiten toedoen van degene die zich erop beroept, en waarvan de gevolgen ondanks alle voorzorgsmaatregelen niet konden worden vermeden' (r.o. 53, met verdere verwijzingen). Dit begrip moet bovendien in de context van het kaderbesluit eng worden uitgelegd. Deze aanloop heeft het Hof nodig om duidelijk te maken dat Ierland zich de nodige inspanningen had moeten getroosten om Vilkas over te leveren, en niet te snel tot de conclusie mag komen dat overlevering niet mogelijk is geweest. Dat een betrokkene zich verzet tegen overlevering is weliswaar abnormaal, maar niet onvoorzienbaar, zeker niet wanneer deze zich reeds eenmaal met succes heeft verzet. De lidstaat zal dan op zoek moeten gaan naar andere manieren om alsnog tot overlevering over te gaan, zoals de uiteindelijk door Ierland voorgestelde overlevering over land en zee. De nationale rechterlijke autoriteiten moeten uiteindelijk beoordelen of in het concrete geval sprake is geweest van uitzonderlijke omstandigheden waaronder ook het herhaaldelijke verzet van de verdachte onvoorzien was voor de autoriteiten en de gevolgen daarvan ondanks genomen voorzorgsmaatregelen niet konden worden vermeden. Indien dat het geval was kan de voorlopige hechtenis in beginsel voortduren, ondanks het verstrijken van de termijn in artikel 23, en wordt alsnog overeenkomstig artikel 23 lid 3 van het kaderbesluit een nieuwe datum voor overlevering vastgesteld. Indien er geen sprake was van overmacht, blijft de plicht tot overlevering bestaan maar is de lidstaat gehouden conform artikel 23 lid 5 de voorlopige hechtenis te beëindigen na het verstrijken van de termijnen uit lid 2-4.

Wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsstraffen en vrijheidsbenemende maatregelen: overgangsrecht; dubbele strafbaarheid

Eveneens op 25 januari 2017 beantwoordde het Hof van Justitie prejudiciële vragen van de Rechtbank Amsterdam over artikel 28 lid 2 van kaderbesluit 2008/909/

JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie (zaak C-582/15, ECLI:EU:C:2017:37, *Van Vemde*). Artikel 28 lid 1 bepaalt dat het kaderbesluit wordt toegepast op verzoeken ontvangen na 5 december 2011, tenzij (lid 2) een lidstaat een verklaring afgeeft inhoudende dat hij 'in gevallen waarin het onherroepelijke vonnis vóór de door hem bepaalde datum is gegeven, de bestaande, vóór 5 december 2011 toepasselijke, rechtsinstrumenten inzake de overbrenging van gevonnisse personen zal blijven toepassen.' Nederland heeft een dergelijke verklaring afgelegd en deze in artikel 5:2 lid 3 van de WETS aldus vertaald dat de WETS niet van toepassing is op uitspraken die onherroepelijk zijn geworden voor 5 december 2011. Van Vemde is in België in zijn afwezigheid veroordeeld tot een vrijheidsstraf van 3 jaar. Deze beslissing is gegeven op 28 februari 2011 en onherroepelijk geworden op 6 december 2011. De verwijzende rechter vraagt zich af of de uitzondering zoals geformuleerd in de WETS van toepassing is (gelet op de kaderbesluitconformiteit daarvan): nu het vonnis *onherroepelijk* is geworden na 5 december 2011 lijkt gelet op artikel 5:2 lid 3 van de WETS het kaderbesluit toegepast te moeten worden. Echter, artikel 28 lid 2 van het kaderbesluit kan ook zo worden uitgelegd dat ook zijn uitgezonderd van toepassing alle beslissingen die voor 5 december 2011 zijn gegeven, ongeacht wanneer zij onherroepelijk zijn geworden. Het hof gaat uit van de eerste lezing, die leidt tot de ruimere toepassing van het kaderbesluit: artikel 28 lid 2 van het Kaderbesluit ziet slechts op vonnissen die *onherroepelijk* zijn geworden voor de door de lidstaat aangegeven datum. Dit betekent dat de bepaling in de WETS aansluit bij het kaderbesluit.

Op 11 januari 2017 wees het Hof van Justitie arrest waarin het nader uitleg gaf aan het vereiste van dubbele strafbaarheid in artikel 7 lid 3 van datzelfde kaderbesluit 2008/909/JBZ (zaak C-289/15, ECLI:EU:C:2017:4, *Grundza*). Ten aanzien van de erkenning van vrijheidsstraffen opgelegd voor niet-lijstfeiten stelt het kaderbesluit dat daaraan de voorwaarde kan worden gesteld 'dat de daaraan ten grondslag liggende feiten ook naar het recht van de tenuitvoerleggingsstaat een strafbaar feit vormen, ongeacht de bestanddelen of de kwalificatie ervan.' De zaak betrof de erkenning door Slowakije van een in Tsjechië opgelegde vrijheidsstraf aan een Slowaaks onderdaan, onder andere wegens 'belemmering van de tenuitvoerlegging van een beslissing van een overheidsorgaan, te weten het niet naleven van het tijdelijk rijverbod dat hem was opgelegd bij beslissing van de Magistrát mesta Přerov (gemeente Přerov, Tsjechië)". Het Slowaaks recht stelt echter slechts strafbaar het belemmeren van beslissingen van *Slowaakse* instanties die uitvoerbaar zijn op Slowaaks grondgebied. De Slowaakse rechter vraagt zich af of in dit geval aan het vereiste van dubbele strafbaarheid is voldaan of niet. Het Hof van Justitie wijst erop dat de strafbare feiten niet identiek hoeven te zijn, aangezien het kaderbesluit slechts vereist dat het een strafbaar feit betreft, 'ongeacht de bestanddelen of de kwalificatie ervan' (r.o. 33-37). Daaruit, alsmede uit de context en doelstelling van het kaderbesluit, leidt het Hof af dat de tenuitvoerleggende staat moet beoordelen of de feiten zoals ze zijn omschreven in het vonnis ook hadden kunnen worden bestraft op grond van het recht van de tenuitvoerleggende staat, 'indien zij zouden hebben plaatsgevonden op het grondgebied van de tenuitvoerleggingsstaat' (r.o. 38). Aan dat vereiste lijkt in casu inderdaad te zijn voldaan. Het arrest vond snel zijn weg naar de Nederlandse jurisprudentie: zie Rb Amsterdam 17 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:312 en 9 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1578.

Recht op informatie: verzetstermijn bij strafbeschikking

Op 22 maart 2017 wees het Hof van Justitie arrest in de zaken Tranca, Reiter en Opria (ECLI:EU:C:2017:228, gevoegde zaken C-124/16, C-188/16 en C-213/16), naar aanleiding van vervolgvragen op de zaak Covaci (HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:686, zaak C-216/14), in 2016 besproken in deze rubriek (*DD* 2016/12). In dat arrest had het Hof – voor zover hier relevant – geoordeeld dat personen tegen wie een strafbeschikking is uitgevaardigd in de gelegenheid moeten worden gesteld om de volledige termijn die openstaat voor het aantekenen van verzet te benutten. Die termijn mag derhalve niet worden verkort met de tijd tussen het moment dat de strafbeschikking is betekend aan de gemachtigde en het moment dat de gemachtigde deze daadwerkelijk aan de betrokkene doet toekomen. In de drie voorliggende strafzaken worstelt het Amtsgericht München met de vraag of dit ook betekent dat de verzetsstermijn überhaupt niet mag gaan lopen, of dat het voldoende is indien alsnog een mogelijkheid tot verzet wordt geboden. Naar Duits recht is een beklaagde die niet in Duitsland verblijft en geen vaste woonplaats heeft in Duitsland of in zijn lidstaat van herkomst, verplicht een gemachtigde aan te wijzen voor het in ontvangst nemen van een betekening van een strafbeschikking. Een strafbeschikking kan daarmee aan de gemachtigde worden betekend, waarna de verzetstermijn ingaat en de beschikking kracht van gewijsde krijgt. Daarmee kan (zoals ook het geval zou zijn in de zaken tegen Tranca en Reiter) soms worden voorkomen dat het meer ingrijpende middel van voorlopige hechtenis wordt ingezet. De Duitse rechter doet het voorstel het nationale recht aldus uit te leggen dat de verzetstermijn wel gaat lopen, maar dat de betrokkene herstel in de vorige toestand kan vorderen om alsnog verzet in te stellen. De strafbeschikking wordt daardoor wel uitvoerbaar, maar vanaf het moment dat de betrokkene daadwerkelijk op de hoogte

raakt van de strafbeschikking krijgt hij alsnog twee weken de tijd om verzet aan te tekenen. Het Amtsgericht vraagt aan het Hof van Justitie of die uitleg in overeenstemming is met artikel 2, artikel 3 lid 1 en artikel 6 lid 1 en 3 van de Richtlijn 2012/13/EU betreffende het recht op informatie. Het hof antwoordt dat gezien de doelstelling van de richtlijn, het verzekeren van de mogelijkheid voor de verdachte om zijn zaak voor te bereiden en zich te verdedigen en het vermijden van discriminatie, de verdachte inderdaad twee weken de tijd moet hebben voor het instellen van verzet vanaf het moment dat hij daadwerkelijk op de hoogte raakt van de strafbeschikking. Tegelijkertijd zijn de voorwaarden voor het uitvoerbaar worden van een strafbeschikking onderwerp van nationaal recht, zolang dit het Unierecht respecteert. De Duitse rechter moet daarom het nationale recht op het punt van de procedure en voorwaarden van herstel in de vorige toestand uitleggen in overeenstemming met artikel 6 van de Richtlijn. Dit betekent dat de Duitse regeling niet op zichzelf in strijd is met het Unierecht, mits deze aldus wordt uitgelegd dat de door de richtlijn voorgeschreven termijn voor het aantekenen van verzet daadwerkelijk kan worden benut.

Artikel 50 Handvest; ne bis in idem

Het arrest *Orsi en Baldetti* (HvJ EU 5 april 2017, gevoegde zaken C-217/15, C-350/15 en C-524/15, ECLI:EU:C:2017:264) gaat over de toelaatbaarheid van samenloop van fiscale en strafrechtelijke sancties in het kader van het *ne bis in idem*-beginsel zoals verankerd in artikel 50 Handvest. Orsi en Baldetti zijn betrokken in een strafzaak wegens het als wettelijke vertegenwoordigers van een vennootschap niet betalen van btw. De belastingdienst had echter reeds ter zake van dezelfde niet-betaalde btw een aanslag opgelegd, inclusief een fiscale boete van 30% van de verschuldigde btw. De betrokkenen kunnen zich echter niet op het *ne bis in idem*-beginsel beroepen. Uit de verwijzingsbeslissingen blijkt namelijk dat de fis-

cale boete is opgelegd aan de vennootschap zelf, terwijl de strafrechtelijke vervolging is ingezet tegen natuurlijke personen. Het *ne bis in idem*-beginsel biedt bescherming tegen herhaalde berechting of bestraffing van dezelfde persoon en daarvan is in dit geval geen sprake.

Twee conclusies over het legaliteitsbeginsel

Tot slot zijn twee aanhangige zaken het vermelden waard. De eerste is zaak C-42/17, M.A.S. en M.B. Deze zaak wordt behandeld in de spoedprocedure aangezien de antwoorden relevant zijn voor een groot aantal aanhangige strafzaken. De conclusie van advocaat-generaal Bot werd gepubliceerd op 18 juli (ECLI:EU:C:2017:564), de uitspraak van het hof wordt nog verwacht. De Italiaanse *Corte costituzionale* vraagt naar de precieze implicaties van het *Taricco*-arrest (HvJ EU 25 september 2015, ECLI:EU:C:2015:555, C-105/14, besproken in deze rubriek in het maartnummer van 2016, DD 2016/12). Het Italiaanse Hof stelt dat de verplichting die in dat arrest werd geformuleerd om met artikel 325 VWEU strijdige nationale bepalingen inzake de stuiting van de verjaring (die een doeltreffende bestrijding van fraude met EU-middelen in de praktijk zeer hinderen) buiten toepassing te laten, in strijd is met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel zoals dat deel uitmaakt van de Italiaanse constitutionele orde. Daarin wordt, anders dan in het Handvest, de verjaring als een materieelrechtelijk leerstuk beschouwd dat wordt beheerst door het legaliteitsbeginsel. Het constitutionele hof zet hoog in door te stellen dat de voorrang van het Europees recht slechts onder voorwaarden wordt erkend en dat in het geval van constitutioneel conflict de nationale wet tot ratificatie van het Verdrag van Lissabon ongrondwettig moet worden verklaard. Hoewel A-G Bot het Italiaanse hof op één punt gelijk geeft (de voorwaarden waaronder de betreffende bepalingen buiten toepassing moeten worden gelaten zouden duidelijker moeten worden geformuleerd), adviseert hij het

hof om in grote lijnen bij zijn beslissing te blijven. Nu sprake is van uitvoeringshandelingen van het Unierecht is het Handvest van toepassing. Weliswaar is, anders dan in het Melloni-arrest waar het Italiaanse hof ook naar verwees (HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107), niet op Unie-niveau bepaald welk niveau van grondrechtenbescherming moet worden gehanteerd in het kader van artikel 325 VWEU, nog steeds geldt dat een hoger niveau nationale grondrechtenbescherming slechts kan worden toegepast 'op voorwaarde dat dat hogere niveau de voorrang en de doeltreffendheid van het recht van de Unie waarborgt' (punt 163), hetgeen in casu niet het geval zou zijn, aldus de A-G. Artikel 53 van het Handvest kan derhalve niet worden ingeroepen. Datzelfde lot is het beroep op artikel 4 lid 2 VWEU beschoren, aangezien de A-G er niet van overtuigd is dat de nationale identiteit van Italië zou worden geschaad door navolging van het Taricco-arrest. Een uitgebreide bespreking van het arrest van het hof volgt hopelijk in de eerstvolgende rubriek.

Over het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is verder aanhangig de zaak C-574/15, *Scialdone*. Ook daarin is een conclusie verschenen, ditmaal van advocaat-generaal Bobek (13 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:553), waarin enkele algemene overwegingen over het beginsel van retroactieve toepassing van de mildere strafwet (ook wel het *lex mitior*-beginsel of het mildheidsgebod) worden gegeven. In beginsel acht de A-G de vragen over het legaliteitsbeginsel en het *lex mitior*-beginsel niet relevant, aangezien hij geen conflict constateert tussen het Italiaanse recht en het Unierecht. Subsidiar gaat hij echter toch in op de vraag of met het Unierecht strijdige strafbepalingen, die zijn geïntroduceerd na het plegen van de strafbare feiten, buiten toepassing moeten worden gelaten. Wat deze zaak interessant maakt is dat verband is dat ditmaal geen sprake is van strijd met bepalingen van een richtlijn (zoals in het *Berlusconi*-arrest wel het geval was, en wat ook een belangrijke rol speelde in de

motivering van dat arrest, zie HvJ EG 3 mei 2005, gevoegde zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270, *Berlusconi*), maar van strijd met primair recht, te weten art. 325 VWEU. Dat maakt volgens de A-G niet uit: buitentoepassinglating van nationale bepalingen kan volgens hem niet leiden tot toepassing van een oudere, strengere strafwet, zelfs al was dat de geldende bepaling ten tijde van het begaan van de gedraging. "[O]ude doctrinaire hokjes" moeten volgens de A-G niet bepalend zijn voor de vraag of er strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gevestigd (punt 178).

3.2 Nederland

Artikel 50 Handvest; ne bis in idem

In een arrest van 14 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:241) gaat de Hoge Raad in op de toepasbaarheid van het *ne bis in idem*-beginsel zoals neergelegd in artikel 50 Handvest op een strafvervolgning volgend op een opgelegde korting op Europese inkomenssteun. De verdachte heeft oormerkvoorschriften overschreden, hetgeen een strafbaar feit is op grond van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren en de WED. Deze gedragingen leverden tevens een overtreding van de randvoorwaarden voor het ontvangen van inkomenssteun in het kader van het Gemeenschappelijk Landbouw Beleid (GLB) op. Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft het openbaar ministerie niet-ontvankelijk verklaard in zijn vervolging omdat deze vervolging een inbreuk zou opleveren op artikel 50 Handvest. Het openbaar ministerie heeft daarop cassatie ingesteld. De Hoge Raad oordeelt, in lijn met het *Bonda*-arrest van het Hof van Justitie (HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319), dat de opgelegde korting geen strafrechtelijke sanctie betrof en dat strafrechtelijke vervolging daarom nog steeds mogelijk is, omdat

“(i) de op grond van de verordeningen betreffende het GLB opgelegde sancties niet als van strafrechtelijke aard worden aange-

merkt, (ii) dergelijke sancties slechts kunnen worden opgelegd aan marktdeelnemers die in alle vrijheid een beroep doen op de bij die verordeningen ingestelde steunregeling en die sancties slechts tot gevolg hebben dat de betrokkene de aanspraak of het vooruitzicht op ingevolge de steunregeling te ontvangen inkomenssteun verliest, en (iii) het opleggen van die sancties verband houdt met de niet-naleving van aan die regeling verbonden beheerseisen, alsmede dat het met de opgelegde sancties nagestreefde doel niet repressief is, maar in essentie strekt tot het bevorderen van de naleving van de aan de steunregeling verbonden voorwaarden en het verzekeren van een goed beheer van de middelen van de Unie.”

Dat in dit geval, anders dan in de zaak Bonda, de strafverkorting was verhoogd omdat de betrokkene opzet had en dat de korting was toegepast op de subsidie uit het jaar van de overtredingen (waar die in Bonda betrekking had op toekomstige jaren) – de twee redenen voor het Hof Arnhem-Leeuwarden om voor een andere uitkomst dan in de Bonda-zaak te kiezen – leidt voor de Hoge Raad niet tot een andere uitkomst.

Recht op rechtsbijstand

In een arrest van 4 april 2017 geeft de Hoge Raad enkele algemene overwegingen over het recht op rechtsbijstand (ECLI:NL:HR:2017:1233). In de moordzaak die leidde tot het arrest werd namens de verdachte aangevoerd dat zijn recht op rechtsbijstand was geschonden. De Hoge Raad herhaalt ten eerste zijn vaste rechtspraak dat indien de aangehouden verdachte niet in de gelegenheid is gesteld voorafgaand aan zijn politieverhoor een raadsman te consulteren, dit in beginsel een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv oplevert dat leidt tot bewijsuitsluiting. Aan de motivering van een verweer met die strekking mogen geen extra eisen worden gesteld, anders dan aan andere verweren in het kader van artikel 359a Sv. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de temporele werking van

het recht op rechtsbijstand: dit recht bestaat sinds het arrest van de Hoge Raad van 22 december 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3608, NJ 2016/52). Ten aanzien van verhoren die reeds daarvoor hebben plaatsgevonden kan daar dus geen beroep op worden gedaan. Nu de verhoren van de in dit arrest betrokken verdachte hebben plaatsgevonden voor het verstrijken van de omzettingstermijn van de richtlijn, kan een beroep op de rechtstreekse werking daarvan de verdachte evenmin baten. Ten tijde van de politie-verhoren was er derhalve geen sprake van het ten uitvoer brengen van Europees recht, hetgeen met zich brengt dat evenmin een beroep kan worden gedaan op het Handvest.

J.G.H. Altena-Davidsen