



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Rubriek Europees strafrecht maart 2016

Altena, J.G.H.

### Citation

Altena, J. G. H. (2016). Rubriek Europees strafrecht maart 2016. *Delikt En Delinkwent*, 46(3), 150-158. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/43037>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/43037>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## Europees strafrecht

Deze rubriek bestrijkt de periode 1 juli 2015 – 1 januari 2016. De vorige rubriek werd gepubliceerd in het septembernummer van 2015 (DD 2015/55).

DD 2016/12

### 1. Institutioneel en beleidsmatig kader

#### *Nederlands voorzitterschap*

Sinds 1 januari is Nederland voorzitter van de EU. Het Nederlands voorzitterschap wordt ditmaal gekenmerkt door bescheiden ambities. Op het terrein van Justitie en Binnenlandse Zaken legt Nederland de prioriteit bij migratie en terrorismebestrijding. Over de voorstellen met betrekking tot terrorismebestrijding later in deze rubriek meer. Daarnaast zijn op het terrein van cybercriminaliteit nieuwe voorstellen te verwachten. Op strafrechtelijk terrein wil Nederland betere samenwerking stimuleren inzake mensenhandel, mensensmokkel en andere vormen van georganiseerde criminaliteit en slachtofferrechten. Het is op deze terreinen uitdrukkelijk niet de ambitie om nieuwe regelgeving in het leven te roepen, maar om zorg te dragen voor 'consolidatie en implementatie'.

#### *Oprichting Europees Openbaar Ministerie, 2013/255 (APP)*

Nederland zal als voorzitter het komend half jaar ook de complexe onderhandelingen over het Europees Openbaar Ministerie leiden. In een brief van 16 december 2015 brengt de Minister van Veiligheid en Justitie de Eerste Kamer op de hoogte van de stand van de besprekingen (*Kamerstukken I 2015/16, 32317, FQ*). Deze brief bevat ook een bondig inzicht in de stand van zaken in veel andere lopende dossiers, zoals de PIF-richtlijn, het pakket gegevensbescherming en gesubsidieerde rechtsbijstand. Er zijn in het afgelopen half jaar in de Raad gedeeltelijke oriëntaties bereikt over grensover-

schrijdende samenwerking, bewijsgaring, procedurele waarborgen, de bevoegdheid van het EOM, informatieverstrekking aan het EOM en het evocatierecht van het EOM (zie voor de laatste gedeeltelijke algemene oriëntatie Raadsdocument 14718/15). De Minister noemt twee punten waarop onder het vorige voorzitterschap geen overeenstemming kon worden bereikt: de transactiemogelijkheid die het EOM moet krijgen en de mogelijkheid van het Hof van Justitie beslissingen van het EOM te toetsen. Onderwerpen die nog niet aan de orde zijn geweest zijn de relatie tussen het EOM en derden, de bepalingen over databescherming en enkele kleinere onderwerpen.

#### *Europol-verordening, 2013/91 (COD)*

In maart 2013 deed de Commissie een voorstel tot hervorming van Europol. Nadat begin 2014 de controversiële fusie van CEPOL en Europol uit het voorstel werd verwijderd, liet een akkoord nog lang op zich wachten. In december 2015 werd in tweede lezing overeenstemming bereikt tussen de Raad en het Parlement.

### 2. Wet- en regelgeving

#### 2.1 *Europese Unie*

##### 2.1.1 *Materieel strafrecht*

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

In november heeft het Luxemburgse voorzitterschap een overzicht gegeven van de stand van onderhandelingen inzake de PIF-richtlijn (Raadsdocument 14281/15). Hoewel op de meeste terreinen inmiddels overeenstemming was bereikt, bleef onenigheid bestaan tussen de Raad en het Parlement over het al dan niet uitsluiten van btw-fraude van de werkingssfeer van de richtlijn. De Raad stuurt aan op een uitzondering van btw-fraude, het Parlement is het daar niet mee eens. In juni zijn de onderhandelingen opgeschort in afwachting van het *Taricco*-

arrest. Met het arrest van 8 september 2015 (dat hieronder nog zal worden besproken) werd duidelijk dat ook btw-fraude valt onder de reikwijdte van artikel 325 VWEU. Een deel van de lidstaten in de Raad wil desondanks vasthouden aan de algemene oriëntatie van de Raad uit 2013 (Raadsdocument 10232/13), een groter deel is bereid te overwegen of toch deels aan de wensen van het Parlement tegemoet kan worden gekomen. Daartoe wordt eerst op technisch niveau nader gesproken over de definitie van btw-fraude en hoe dit, wellicht vanaf een bepaald drempelbedrag, toch onder de richtlijn kan worden gebracht. De uitkomst van deze discussie is mede relevant voor het vaststellen van de reikwijdte van de bevoegdheden van het Europees Openbaar Ministerie.

### *Richtlijn terrorismebestrijding, 2015/281 (COD)*

In december deed de Commissie een voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake terrorismebestrijding, die Kaderbesluit 2002/475/JBZ, als gewijzigd bij Kaderbesluit 2008/919 JBZ over hetzelfde onderwerp moet vervangen. De strafbaarstellingen waartoe het Kaderbesluit reeds verplicht zijn volgens de Commissie niet langer afdoende in het licht van het fenomeen *foreign terrorist fighters*, en niet in het licht van VN-Resolutie 2178/2014 (besproken in de vorige rubriek). Dat is voor de Commissie aanleiding om verdergaande strafbaarstelling te verplichten, ondanks het feit dat de Raad van Europa reeds met een nieuw Protocol kwam bij het Verdrag ter voorkoming van terrorisme. De VN-Resolutie verplicht tot strafbaarstelling van het krijgen van een training voor terroristische doeleinden, het reizen naar derde landen met terroristisch oogmerk en het organiseren of anderszins faciliteren van dergelijke reizen. Voor het overige komen de strafbare feiten in de richtlijn goeddeels overeen met die in Kaderbesluit 2002/475/JBZ en Kaderbesluit 2008/919 JBZ (wel is een verruiming van de deelnemingsbepalingen beoogd). Tot slot worden enkele bepalingen

voorgesteld die moeten bijdragen aan het bieden van bescherming, ondersteuning en rechten aan slachtoffers van terrorisme. De rechtsgrondslag van het voorstel is artikel 83 lid 1 alsmede (in verband met de slachtofferrechten) artikel 82 lid 2 VWEU. Nederland verwacht dat de huidige strafbepalingen de in de richtlijn genoemde gedragingen reeds afdoende dekken. Nederland meent dat het voorstel beantwoordt aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit en steunt voorsnog het voorstel (*Kamerstukken II 2015/16, 22112, 2053, BNC-fiche*).

### *Aankondiging maatregelen inzake illegale vuurwapens*

In november gaf de Commissie aan maatregelen te willen nemen die het verwerven van vuurwapens in de Europese Unie moeten bemoeilijken. Het pakket maatregelen bestaat uit een voorstel voor een nieuwe richtlijn tot wijziging van Richtlijn 91/477/EEG van de Raad inzake de controle op de verwerving en het voorhanden hebben van wapens, COM(2015) 750; een uitvoeringsverordening met minimumstandaarden voor het deactiveren van vuurwapens; en een actieplan tegen de illegale handel in vuurwapens en het gebruik van explosieven.

### 2.1.2 *Formeel strafrecht*

#### *Pakket richtlijnen onschuldpresumptie, waarborgen voor kinderen en rechtsbijstand*

De onderhandelingen over de Richtlijn vermoeden van onschuld, 2013/407 (COD) zijn afgerond. Het Parlement nam in januari in eerste lezing een wetgevingsresolutie aan. Het voorstel bevatte oorspronkelijk een bepaling volgens welke bewijsvermoedens toelaatbaar zijn, mits zij weerlegbaar zijn en van voldoende gewicht om een omkering van de bewijslast te rechtvaardigen. Deze bepaling is op verzoek van het Parlement geschrapt. Nu legt artikel 6 lid 1 van de richtlijn de bewijslast zonder voorbehoud bij de vervolgende instantie. Wel is aan overweging 22 van de preambule toegevoegd dat het feit dat de bewijslast

op de vervolgende instantie rust geen afbreuk doet aan het gebruik van wettelijke of feitelijke bewijsvermoedens, mits deze vermoedens weerlegbaar zijn en daarbij de rechten van de verdediging worden gerespecteerd. Het voorstel is op nog meer punten gewijzigd, zie daarvoor de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Eerste Kamer van 5 november 2015 (kenmerk 699876). De trilogie over de Richtlijn procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte zijn in een strafprocedure, 2013/408 (COD), zijn nog gaande, en datzelfde geldt voor de later aangevangen trilogie over de Richtlijn inzake gefinancierde rechtsbijstand bij overleveringsdetentie, 2013/409 (COD).

### 2.1.3 Samenwerking en informatiehuishouding

*Verordening databescherming 2012/11 (COD) en Richtlijn databescherming, 2012/10 (COD)*

Over het pakket gegevensbescherming is ruim drie jaar onderhandeld, en ongekend veel gelobbyd. In december is in de trilogie politieke overeenstemming bereikt over de verordening en de richtlijn databescherming (zie voor de voorlopige tekst van de verordening Raadsdocument 15039/15). Een beschrijving van de trilogie is te lezen in *Kamerstukken I 2015/16, 33169, AE*. In het voorjaar zullen de instellingen formeel hun goedkeuring verlenen aan de tekst. Het is nog te vroeg om de uitkomsten op waarde te kunnen schatten, maar het pakket moet verplichtingen inzake gegevensbescherming in de lidstaten uniformeren en vereenvoudigen, individuen meer zeggenschap geven over het beheer van hun persoonlijke gegevens en de handhaving van gegevensbeschermingswetgeving verbeteren.

*Richtlijn EU-PNR 2011/23 (COD)*

Nu het stof van het *Digital Rights Ireland*-arrest, waarin de Richtlijn dataretentie nietig werd verklaard, is neergedwarreld en de onderhandelingen over gegevensbescherming zijn afgerond, zijn de belangrijkste obsta-

kels voor het aannemen van de PNR-richtlijn weggenomen. In december 2015 stemde de Commissie burgerlijke vrijheden, justitie en binnenlandse zaken in met een nieuwe compromistekst, begin 2016 wordt het voorstel door de plenaire vergadering behandeld. Een overzicht van de ontwikkelingen en de inhoud van het bereikte compromis is te vinden op de website van het Parlement (REF: 20150123BKG12902). Daarin is te lezen dat het verzamelen en bewaren van gegevens over intra-Europese vluchten optioneel is geworden. Verder is de richtlijn nu van toepassing op terroristische misdrijven en zware (maar niet noodzakelijk transnationale) criminaliteit. De bewaartermijn voor gepersonaliseerde data is zes maanden, en vijf jaar na depersonalisatie. Twee jaar na omzetting van de richtlijn zal een evaluatie plaatsvinden, in het bijzonder om te kijken of persoonsgegevens in de praktijk adequaat worden beschermd.

## 2.2 Omzetting door Nederland

*Implementatie Richtlijn recht op toegang tot een raadsman*

Bij de behandeling van het Wetsvoorstel toegang tot een advocaat in strafprocedures (*Kamerstukken II 2014/15, 34157*) is enige haast geboden na de uitspraak van de Hoge Raad van 22 december 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3608, zie hieronder voor een korte bespreking). De omzettingstermijn van de richtlijn verstrijkt op 27 november 2016, maar de Hoge Raad wil dat Nederland uiterlijk per 1 maart 2016 het recht op verhoorbijstand toepast.

*Wetsvoorstel implementatie Richtlijn minimumrechten slachtoffers*

Richtlijn 2012/29/EU over de minimumrechten, ondersteuning en bescherming van slachtoffers van strafbare feiten had op 16 november 2015 moeten zijn omgezet in nationaal recht, maar het wetsvoorstel ligt nog bij de Tweede Kamer. In de tussentijd wordt getracht in de praktijk al aan de eisen van de richtlijn te voldoen.

## *Wetsvoorstel aanpassing witwaswetgeving*

In deze rubriek wordt de interpretatie van de witwaswetgeving al een aantal jaren gevolgd. De Hoge Raad heeft een kwalificatieuitsluitingsgrond geformuleerd, op grond waarvan het enkele verwerven of voorhanden hebben van voorwerpen afkomstig uit eigen misdrijf niet wordt gezien als witwassen (zie ECLI:NL:HR:2013:BX6910, NJ 2013/266, m.nt. Borgers). De wetgever heeft gereageerd op deze rechtspraak met het Wetsvoorstel aanpassing witwaswetgeving (*Kamerstukken II 2015/16, 34294, nr. 2*). Dit voorstel beoogt het enkele verwerven of voorhanden hebben van voorwerpen die afkomstig zijn uit eigen misdrijf strafbaar te stellen als 'eenvoudig (schuld)witwassen', waaraan een lagere maximumstraf is verbonden dan aan het bestaande witwasmisdrijf. Het voorstel is besproken in dit tijdschrift door Borgers en Kooijmans (*DD 2015/8*).

## *Implementatie Richtlijn valsemunterij*

Op 1 januari trad in werking de wet van 1 juli 2015 tot implementatie van de Richtlijn 2014/62/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de strafrechtelijke bescherming van de euro en andere munten tegen valsemunterij en ter vervanging van Kaderbesluit 2000/383/JBZ van de Raad (*PbEU L 151/1*) (*Stb. 2015, 280*).

## *Conceptwetsvoorstel implementatie Richtlijn Europees onderzoeksbevel*

Op 22 mei 2017 moet Richtlijn 2014/41/EU betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken zijn omgezet in nationale wetgeving. Een conceptwetsvoorstel is ter consultatie voorgelegd aan adviserende instanties.

## 3. Jurisprudentie

### 3.1 Europese Unie

#### *Buitentoepassinglating verjaringstermijn*

Het meest belangwekkende arrest van het afgelopen half jaar was het *Taricco*-arrest (HvJ EU 25 september 2015, ECLI:EU:C:2015:555, C-105/14). Het is om twee redenen van belang. Ten eerste omdat btw-fraude met het arrest onder het bereik van artikel 325 VWEU, het artikel inzake fraudebestrijding, is geplaatst. Ten tweede omdat het Hof bepaalt, in overeenstemming met de reeds in de vorige rubriek besproken conclusie van A-G Kokott, dat verjaringstermijnen die afbreuk doen aan de verplichting fraude met EU-middelen te bestrijden buiten toepassing moeten worden gelaten door de nationale rechter. Het gaat om een grootschalige Italiaanse fraudezaak waarin meerdere personen worden verdacht van miljoenenfraude. De prejudiciële vragen zijn gesteld door een Italiaanse rechter, die voorziet dat deze strafzaak niet tot een einde zal komen voordat de feiten definitief zullen zijn verjaard. De verjaringstermijnen zijn kort, en worden bij stuiting hoogstens met een kwart verlengd. De verwijzende rechter wijst erop dat hierdoor in complexe fiscale-fraudezaken 'feitelijke straffeloosheid in Italië geen uitzondering, maar de norm is.' Volgens de Italiaanse rechter leidt dit tot oneerlijke concurrentie. Het Hof van Justitie gooit het over een andere boeg en wijst op artikel 325 VWEU, dat lidstaten verplicht van afschrikkende en doeltreffende maatregelen te nemen om fraude die de financiële belangen van de EU schaadt te bestrijden, en zich dezelfde inspanningen te getroosten als bij de bestrijding van fraude die hun eigen financiële belangen schaadt. Het Hof oordeelt vervolgens dat btw-fraude valt onder de definitie van fraude zoals die deel uitmaakt van de PIF-overeenkomst en dus dat de verplichtingen op grond van artikel 325 VWEU ook gelden ten aanzien van btw-fraude. Dit oordeel heeft gevolgen

voor de onderhandelingen tussen de Raad en het Parlement over de door de Raad gewenste uitzondering van btw-fraude in de PIF-richtlijn (hierboven besproken).

Na de vaststelling dat de zaak onder de reikwijdte van artikel 325 VWEU valt, wijst het Hof erop dat dit artikel een maatregel van primair Unierecht is die de lidstaten een nauwkeurige verplichting oplegt. Als de nationale rechter tot het oordeel komt dat de verjaringstermijnen in de weg staan aan een doeltreffende en afschrikkende bestrijding van fraude, of zorgen voor een ongelijkwaardige bescherming van de financiële belangen van de EU ten opzichte van de belangen van Italië, zal hij de betreffende bepalingen buiten toepassing moeten laten krachtens het voorrangsbeginsel. Een dergelijke buitentoe-passinglating is niet in strijd met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel zoals dat wordt gewaarborgd in artikel 49 Handvest en artikel 7 EVRM, aangezien geen straf wordt opgelegd voor een handelen of nalaten dat ten tijde daarvan niet strafbaar was gesteld naar nationaal recht.

#### *Terugkeerrichtlijn*

Als een vreemdeling na aanvankelijke verwijdering in overeenstemming met de terugkeerprocedure, waarbij een inreisverbod is afgegeven, in weerwil van dat inreisverbod *opnieuw* de lidstaat betreft, staat de Terugkeerrichtlijn dan in de weg aan het opleggen van een gevangenisstraf? Het Hof meent in het *Celaj*-arrest dat in die gevallen de terugkeerprocedure niet opnieuw hoeft te worden gevolgd, en dat het de lidstaat vrijstaat straffen op te leggen wegens het betreden van de lidstaat in weerwil van een inreisverbod (HvJ EU 1 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:640, C-290/14). Het Hof stelt dat de situatie waarin de terugkeerprocedure reeds een keer is toegepast duidelijk verschilt van gevallen waarin dat niet zo is, en dus van de feitencomplexen in *Achughbaban* (C-329/11) en *El Dridi* (C-61/11 PPU). Het Hof gaat hiermee in tegen het advies van A-G Szpunar. Het arrest betekent dat de rechtspraak van de Hoge Raad op

dit punt (zie ECLI:NL:HR:014:3091) in stand kan blijven.

#### *Overlevering ter zake van lichte strafbare feiten*

In september gaf het Hof van Justitie antwoord op prejudiciële vragen van de Rechtbank Amsterdam. De rechtbank moest oordelen over de overlevering naar België met het oog op de tenuitvoerlegging van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf ter zake van drie feiten. Artikel 7 lid 1 OLW bepaalt dat overlevering ter zake van niet-lijstfeiten slechts wordt toegestaan indien deze wordt gevraagd ten aanzien van een feit waar naar Nederlands recht een gevangenisstraf van ten minste twaalf maanden op staat. Eén van de genoemde feiten voldeed niet aan dit vereiste, en tot op heden leidde een dergelijke situatie tot een gedeeltelijke weigering van de overlevering. De rechtbank stelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie om de verenigbaarheid van artikel 7 lid 1 OLW te kunnen beoordelen (Rb. Amsterdam 2 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5712). De uitleg van het Hof volgde ruim drie weken later (HvJ EU 25 september 2015, ECLI:EU:C:2015:634, C-463/15 PPU (A.)). Het Kaderbesluit staat wel toe dat strafbaarheid naar nationaal recht van de uitvoerende lidstaat wordt vereist, maar vermeldt niet dat ook de overlevering kan worden geweigerd indien het feit wel strafbaar is, maar met een gevangenisstraf van minder dan twaalf maanden wordt bedreigd. Het Hof van Justitie oordeelt, weinig verrassend, dat de strafmaat in de *uitvaardigende* lidstaat relevant is, en niet die in de uitvoerende. Het is derhalve lidstaten niet toegestaan een dergelijke extra voorwaarde te stellen aan de overlevering.

De rechtbank moest vervolgens bedenken welke consequenties deze uitspraak heeft voor de uitleg en toepassing van de Overleveringswet (Rb. Amsterdam 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7460). De Rechtbank Amsterdam is tot op heden niet bereid geweest deze op onderdelen buiten toepassing

te laten wegens strijd met het Kaderbesluit, en beperkt zich tot een onderzoek naar de mogelijkheid van conforme interpretatie. De rechtbank komt op grond van een systematische interpretatie tot een kaderbesluitconforme uitleg van de Overleveringswet, zowel ten aanzien van executieoverlevering als vervolgingsoverlevering ter zake van niet-lijstfeiten door Nederland aan een andere lidstaat. Bij executieoverleveringen is vereist dat een sanctie van minimaal vier maanden is opgelegd en het feit in Nederland strafbaar is, en bij vervolgingsoverlevering dat het feit in de uitvaardigende lidstaat met ten minste twaalf jaar wordt bedreigd en het feit in Nederland strafbaar is. Met de antwoorden van het Hof kon de rechtbank ook een uitspraak doen in Rb. Amsterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8440. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft inmiddels aangegeven artikel 7 lid 1 OLW te zullen aanpassen.

### *Artikel 39 en 49 Handvest*

In oktober wees het Hof van Justitie het *Delvigne*-arrest (HvJ EU 6 oktober 2015, C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648) in antwoord op vragen van een Franse rechter over artikel 39 en 49 van het Handvest. Het Franse recht bevatte tot 1994 een bepaling op grond waarvan een strafrechtelijke veroordeling wegens een misdrijf leidde tot ontneming van het actief en passief kiesrecht. Bij de invoering van het nieuwe strafwetboek werd bepaald dat de strafrechter een ontneming van burgerrechten *kan* uitspreken, voor een duur van ten hoogste tien jaar bij veroordeling wegens een ernstig misdrijf. Daarbij werd bepaald dat reeds onder de oude wet opgelegde ontnemingen van kracht bleven. Wel heeft degene wiens burgerrechten zijn ontnomen, de mogelijkheid te verzoeken tot opheffing van die maatregel. *Delvigne*, die in 1988 is veroordeeld wegens een 'ernstig misdrijf' en wiens actief en passief kiesrecht is ontnomen, kan door de overgangsmaatregel in beginsel niet profiteren van de voor hem mogelijk gunstige wetswijziging. Volgens het Hof

van Justitie is dit een situatie die onder de reikwijdte van het Handvest valt voor zover aan *Delvigne* het kiesrecht voor het Europees Parlement is ontnomen, aangezien artikel 39 Hv alle Unieburgers actief en passief kiesrecht toekent. De beperking van dit recht moet worden getoetst aan artikel 52 lid 1 Hv, welke toets het Franse recht doorstaat: de beperking is bij wet gesteld, doet geen afbreuk aan het recht als zodanig en is proportioneel. Artikel 49 Hv bevat het beginsel van toepassing met terugwerkende kracht van lichtere sancties. Dit beginsel hoeft volgens het Hof niet te worden toegepast op veroordelingen die reeds onherroepelijk zijn geworden bij het inwerking-treden van de lichtere sanctie. *Delvigne* kan dus verzoeken om een ontheffing van de maatregel, maar het mildheidsgebod geeft hem niet het recht op toepassing van de latere strafwet.

### *Richtlijn vertolking en vertaling*

In het *Covaci*-arrest gaf het Hof uitleg aan Richtlijn 2010/64/EU inzake het recht op vertolking en vertaling (HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:686, zaak C-216/14). Het arrest is in lijn met de conclusie van A-G Bot, reeds besproken in de vorige rubriek. Lidstaten mogen inderdaad bepalen dat hoger beroep slechts in de taal van de lidstaat kan worden ingesteld. Als de rechter echter vindt dat het document waarmee verzet moet worden aangetekend een 'essentieel processtuk' is in de zin van de richtlijn, moet het worden vertaald. In antwoord op de tweede vraag stelt het Hof dat de termijn voor het aantekenen van verzet tegen een *Strafbefehl* ook volledig door de verdachte moet kunnen worden gebruikt: indien de termijn ingaat zodra het *Strafbefehl* is betekend aan de gemachtigde van de verdachte, mag de tijd die de gemachtigde nodig heeft om het *Strafbefehl* aan de verdachte te doen toekomen niet van die termijn worden afgetrokken. Het arrest bevat een tamelijk uitgebreide uitleg van met name artikel 2 en 3 van de richtlijn in het licht van de doelstellingen daarvan.

### 3.2 *Nederland*

#### *Drie prejudiciële vragen van de Rechtbank Amsterdam*

De Rechtbank Amsterdam stelde het afgelopen najaar maar liefst drie maal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Twee keer gingen deze vragen over het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel. De omzetting daarvan in de Overleveringswet sluit op punten niet goed aan bij het Kaderbesluit, en dat leidt al enkele jaren tot lastige vragen voor de rechtspraak. De eerste vragen hebben reeds geleid tot een uitspraak van het Hof van Justitie (het arrest A, hierboven besproken).

De Rechtbank Amsterdam heeft daarnaast vragen gesteld over de overlevering van met Nederlanders gelijk te stellen vreemdelingen (Rb. Amsterdam 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7463). Zoals reeds meermalen aan de orde is geweest in deze rubriek, vormt artikel 6 lid 5 OLW geen correcte omzetting van artikel 4 lid 6 van het Kaderbesluit. Polen vraagt om overlevering van een met een Nederlander gelijk te stellen Poolse verdachte in verband met de tenuitvoerlegging van een onherroepelijk geworden vrijheidsstraf. Als aan de vereisten van artikel 6 lid 5 OLW wordt voldaan, kan de overlevering worden geweigerd. Het springende punt is dat de Overleveringswet stelt dat Nederland zich in een dergelijk geval *bereid verklaart* de tenuitvoerlegging over te nemen, terwijl artikel 4 lid 6 Kaderbesluit eist dat de uitvaardigende staat zich ertoe *verbindt* de straf naar nationaal recht ten uitvoer te leggen. Nu doet zich meermalen de situatie voor dat Nederland wel tot overname bereid is, maar dat dit feitelijk onmogelijk blijkt, bijvoorbeeld omdat het recht van de uitvaardigende lidstaat dit niet toestaat. Het gevolg daarvan is dat sommige verdachten niet kunnen worden overgeleverd, maar ook niet kunnen worden vervolgd. De bereidverklaring van de OLW is niet een *voorwaarde*, maar een *gevolg* van de weigering, waardoor het probleem niet kan worden opgelost door de bereidverklaring te interpreteren als een

verbintenis. De rechtbank vraagt het Hof van Justitie of gezien het Kaderbesluit een bepaling als die in de Nederlandse Overleveringswet toelaatbaar is. Voor het geval dat dit niet zo is heeft de rechtbank nog drie vragen over de wijze waarop zij het conflict tussen de Overleveringswet en het Kaderbesluit kan oplossen.

De derde serie prejudiciële vragen is gesteld over de overgang van het systeem van overdracht van tenuitvoerlegging van strafvonnissen (op grond van de WOTS) naar het systeem van wederzijdse erkenning van strafvonnissen (op grond van de WETS). Het Kaderbesluit staat toe dat lidstaten toepassing van de wederzijdse erkenning uitzonderen indien het onherroepelijk vonnis is gewezen voor een bepaalde datum, die niet later mag liggen dan 5 december 2011. Nederland heeft in artikel 5 lid 2 WETS de toepassing uitgezonderd voor straffen die reeds voor 5 december onherroepelijk zijn geworden. Waar het Kaderbesluit dus aanknoopt bij de datum waarop het vonnis is gewezen, gaat de WETS uit van de datum waarop het onherroepelijk is geworden. De rechtbank vraagt nu of artikel 28 lid 2 Kaderbesluit inderdaad zo moet worden gelezen dat de relevante datum is die van het wijzen van het vonnis, ongeacht de datum waarop het vonnis onherroepelijk is geworden, of dat de uitzondering alleen mag worden toegepast op vonnissen die ook onherroepelijk zijn geworden voor 5 december 2011.

#### *Advocaat bij politieverhoor*

In december 2015 deed de Hoge Raad een uitspraak met grote consequenties voor de rechtspraak over de mogelijkheid van verdachten zich tijdens het politieverhoor te laten bijstaan door een raadsman (HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608). Eerder had de Hoge Raad de wetgever de tijd gegeven tot 27 november 2016 om te zorgen dat de wetgeving geheel conform het EVRM en het Europees recht zou zijn, het moment dat de Richtlijn toegang tot een advocaat moet zijn omgezet in nationaal recht. In de cassatiemiddelen wordt

bepleit dat wellicht uit de grondrechten die het Europees recht eerbiedigt, dus los van de richtlijn, een recht op verhoorbijstand kan worden afgeleid. Daarbij kan worden gedacht aan artikel 47 of 48 lid 2 Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie. Omdat de verdachte in de aan het arrest ten grondslag liggende strafzaak is vervolgd wegens het bezit van kinderpornografie als strafbaar gesteld in artikel 240b Sr, welk artikel Richtlijn 2011/93/EU inzake kinderpornografie implementeert, is volgens de verdediging het EU-recht van toepassing op deze zaak. Advocaat-Generaal Knigge meent met de verdediging dat prejudiciële vragen zouden moeten worden gesteld aan het Hof van Justitie over de rechten voortvloeiend uit artikel 6 EVRM en artikel 48 lid 2 Hv. De Hoge Raad ziet in het concrete geval geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen (er is hoe dan ook voldoende bewijs voor een veroordeling), en benadrukt dat de verhouding tussen het EVRM en het nationale recht geen kwestie van EU-recht is. De Hoge Raad meent nog steeds dat ‘het EHRM nimmer uitdrukkelijk en zonder voorbehoud heeft beslist dat onder alle omstandigheden sprake is van een dergelijke schending ingeval de raadsman van de verdachte niet aanwezig is bij het verhoor,’ maar acht niettemin ‘in het licht van de bedoelde casuïstische rechtspraak van het EHRM de rechtszekerheid ermee gediend dat de Hoge Raad thans overgaat tot een aanscherping van de regels betreffende de rechtsbijstand die in HR 1 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:770, NJ 2014/268 zijn uiteengezet.’ Die aanscherping is mede gebaseerd op het gegeven dat indien in de toekomst wel prejudiciële vragen zouden moeten worden gesteld, de uitkomst daarvan relevant zou kunnen zijn voor een groot aantal zaken, waardoor de afdoening van strafzaken ‘langdurig en onaanvaardbaar dreigt te vertragen’. De Hoge Raad scherpt daarom de eerder genoemde termijn van 27 november 2016 aanzienlijk aan: per 1 maart 2016 gaat de Hoge Raad ervan uit dat verdachten het recht hebben op bijstand bij

verhoren door de politie, waarop zij voorafgaand aan het verhoor moeten worden gewezen. Slechts om ‘dwingende redenen’ mag dit recht worden beperkt. Wanneer niet aan het recht op verhoorbijstand wordt voldaan, is sprake van een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv, maar hoeft niet noodzakelijk bewijsuitsluiting te volgen. De Hoge Raad veronderstelt dat de nodige ‘beleidsmatige, organisatorische en financiële keuzes’ die de wetgever moet maken bij het vormgeven van dit recht – reden waarom de Hoge Raad in zijn eerdere rechtspraak terughoudend was – inmiddels zijn gemaakt, waardoor het mogelijk is dit recht ook daadwerkelijk te effectueren.

### *Overlevering en detentieomstandigheden*

Door een Duitse rechter zijn het afgelopen najaar prejudiciële vragen gesteld over de toelaatbaarheid van een vervolgingsoverlevering wanneer ‘ernstige aanwijzingen bestaan dat de detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat inbreuk maken op de grondrechten van de betrokkene en de algemene rechtsbeginselen’ zoals die door het Europees recht worden gewaarborgd. De vragen waren gesteld naar aanleiding van een rapport van het CPT waaruit blijkt dat de detentieomstandigheden in sommige Hongaarse gevangenissen ‘zorgwekkend’ is. De Duitse rechter vraagt welke gevolgen dergelijke informatie heeft voor de overlevering. De Rechtbank Amsterdam laat intussen in een zaak waarin om overlevering naar Hongarije is gevraagd nader onderzoek verrichten naar de gevangenis waar de opgeëiste persoon na overlevering zal worden gedetineerd (Rb. Amsterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7977).

### *Inreisverbod ‘principeel onrechtmatig’*

In twee strafzaken acht het Hof Amsterdam uitgevaardigde inreisverboden ‘principeel onrechtmatig’, hetgeen leidt tot vrijspraak van overtreding van artikel 197 Sr. (Hof Amsterdam 17 novem-

ber 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4751; Hof Amsterdam 16 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5264). Artikel 11 lid 2 Terugkeerrichtlijn stelt dat een inreisverbod slechts kan worden uitgevaardigd voor een duur van meer dan vijf jaar indien de derdelander een gevaar vormt voor de openbare orde. Op grond van de Vreemdelingencirculaire wordt in Nederland iedereen die verdacht of veroordeeld is ter zake van een misdrijf geacht een gevaar voor de openbare orde te vormen. In de zaak *Zh. en O.* gaf het Hof van Justitie in antwoord op prejudiciële vragen van de Raad van State aan dat de Terugkeerrichtlijn zich verzet tegen een praktijk als de Nederlandse, waarbij een verdenking van of veroordeling wegens een misdrijf automatisch ertoe leidt dat de betrokkene als een gevaar voor de openbare orde wordt gezien (HvJ EU 11 juni 2015, C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377). Of iemand een gevaar voor de openbare orde vormt, moet door de lidstaat per geval worden beoordeeld 'teneinde na te gaan of de persoonlijke gedragingen van de betrokken derdelander een daadwerkelijk en actueel gevaar voor de openbare orde vormen' (r.o. 50). Bij die vaststelling moet het evenredigheidsbeginsel worden geëerbiedigd. Deze uitspraak deed het Hof van Justitie ten aanzien van het begrip 'openbare orde' in artikel 7 lid 4 Terugkeerrichtlijn, maar het Hof Amsterdam betreft haar ook op de vereisten voor het uitvaardigen van een inreisverbod als bedoeld in artikel 11 lid 2 Terugkeerrichtlijn. Het hof meent dat het toetsingskader dat is toegepast bij het uitvaardigen van het inreisverbod niet voldoet aan de criteria die het Hof daaraan stelt. De motivering is onvoldoende om de conclusie te dragen dat sprake is van een bedreiging van de openbare orde, en daarom is het besluit niet rechtmatig genomen.

*J. Altena-Davidsen*