

# KENNISGROEP EUROPEES STRAFRECHT

## NIEUWSBRIEF

december 2015

Deze Nieuwsbrief is een uitgave van de Kennisgroep Europees Strafrecht en Mensenrechten (KESM) van de rechtbank Amsterdam. In de Nieuwsbrief vindt u een maandelijkse selectie van de belangrijkste ontwikkelingen, jurisprudentie, annotaties, artikelen en andere publicaties op het gebied van Europees Strafrecht. Klik op de hyperlinks om naar de documenten te gaan.

In deze Nieuwsbrief komen de volgende onderwerpen aan bod:

- [Artikel 6 EVRM: toepassing van de Vidgen jurisprudentie bij een niet traceerbare getuige.](#)
- [Artikel 6 EVRM: het niet tijdig en naar behoren informeren van de verdediging over de inzet van de bijzondere opsporingsmethode leidt tot bewijsuitsluiting.](#)
- [Artikel 8 EVRM: wetgeving omtrent het onderscheppen van telefoongesprekken voldoet niet aan de kwaliteitseisen.](#)
- [Artikel 8 EVRM: nalaten van opmaken eerlijke balans algemeen belang-privéleven leidt tot schending artikel 8 EVRM.](#)
- [Artikel 10 EVRM: uitlatingen van rapper vallen niet onder strafbare belediging.](#)
- [Ne bis in idem: voorbehoud ex artikel 55 SUO is onverenigbaar met unierecht; geen sprake van onherroepelijke berechting a.b.i. artikel 54 SUO.](#)
- [Ne bis in idem: OM niet-ontvankelijk in strafvervolgning voor dezelfde feiten als waarvoor eerder een subsidiekorting is opgelegd.](#)
- [Richtlijnconforme interpretatie bij het toekennen van een immateriële schadevergoeding is contra legem.](#)
- [Ongeldigverklaring datarentierichtlijn leidt niet tot bewijsuitsluiting van door de provider bewaarde telecommunicatiegegevens](#)
- [Speelgoedrichtlijn: het voorhanden hebben van imitatiewapens levert geen strafbaar feit op.](#)
- [WOTS en WETS: kaderbesluitconforme uitleg van het overgangsrecht.](#)
- [Uitlevering: risico op schending van mensenrechten in Turkije en dreiging van de Turkse Hezbollah niet aannemelijk gemaakt.](#)
- [Uitlevering: dreigende flagrante schending artikel 6 EVRM staat uitlevering aan Rwanda in de weg.](#)

### ARTIKEL 6 EVRM: TOEPASSING VAN DE VIDGEN JURISPRUDENTIE BIJ EEN NIET TRACEERBARE GETUIGE.

**Rechtbank Limburg 8 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10196**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden; artikel 6 EVRM, toepassing Vidgen jurisprudentie, gebruik verklaring van niet traceerbare getuige*

In deze zaak staat verdachte terecht voor mensensmokkel en het opzettelijk aanwezig hebben met anderen van grote hoeveelheden hennep en hasjiesj. Ten aanzien van de mensensmokkel bevat het dossier onder meer de verklaringen van een niet traceerbare getuige (degene op wie de mensensmokkel betrekking zou hebben gehad). De verdediging heeft verzocht om de getuige aanvullend te mogen horen. Omdat de getuige op geen enkele wijze nog traceerbaar was, heeft de rechtbank geoordeeld dat het onaannemelijk is dat getuige nogmaals zou kunnen worden gehoord. Om die reden heeft de rechtbank van oproeping van de getuige afgezien. De verdediging heeft aangevoerd dat de veroordeling niet in beslissende mate mag worden gebaseerd op de verklaring van deze getuige, omdat de verdediging het ondervragingsrecht niet heeft kunnen uitoefenen. Anders zou sprake zijn van een schending van het recht op een eerlijk proces. Tevens heeft de verdediging aangevoerd dat de getuigenverklaring niet betrouwbaar genoeg is om als bewijs te kunnen worden gebruikt.

De rechtbank oordeelt dat de verdediging de getuige niet effectief heeft kunnen ondervragen over de door haar afgelegde belastende verklaringen. De rechtbank herhaalt de overwegingen uit het [Vidgen-arrest](#) van het EHRM. In dit arrest heeft het EHRM geoordeeld dat de onmogelijkheid om een getuige te kunnen horen niet tot een schending van het recht op een eerlijk proces leidt, indien de onmogelijkheid om de getuige te horen voldoende wordt gecompenseerd of de betrokkenheid van de verdachte in voldoende mate steun vindt in andere bewijsmiddelen en dit steunbewijs betrekking heeft op die onderdelen van de getuigenverklaringen die door de verdachte zijn betwist. De rechtbank stelt vast dat de verklaring van de getuige essentieel is en dat er in het onderhavige dossier geen andere bewijsmiddelen zitten die het ontbreken van de ondervragingsmogelijkheid kunnen compenseren. Indien de getuigenverklaring zal worden gebruikt als bewijsmiddel, zal dit leiden tot een schending van artikel 6 EVRM. Om die reden concludeert de rechtbank dat de verklaring niet als bewijs mag worden gebruikt. De rechtbank spreekt de verdachte vrij van de mensensmokkel.

**ARTIKEL 6 EVRM: HET NIET TIJDIG EN NAAR BEHOREN INFORMEREN VAN DE VERDEDIGING OVER DE INZET VAN DE BIJZONDERE OPSPORINGSMETHODE LEIDT TOT BEWIJSUITSLUITING.**

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8846**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: vormverzuim, 359a sv, artikel 6 EVRM, bewijsuitsluiting als rechtstatelijke waarborg, 126ij sv.*

Op 8 april 2005 werden verdachte en medeverdachten gearresteerd bij een tankstation, nadat de CIE berichtte dat hier een overdracht plaats zou vinden van een grote partij valse eurobiljetten. Aan deze arrestatie is het een en ander vooraf gegaan, waarbij vooral de initiërende en centrale rol van medeverdachte 6 (hierna: informant) van belang is. Deze informant - bij de CIE bekend als initiatiefrijk, proactief en ervaren – lichtte de CIE-man met wie hij contact had op 8 april 2005 telefonisch in over een overdracht van een partij vals geld op diezelfde dag. Hijzelf zou beschikken over een vals biljet ter waarde van €500.-. Op de vraag van de CIE-man wat de rol van informant was bij de overdracht, antwoordde hij hier geen enkele rol in te spelen. Het observatieteam dat vervolgens werd samengesteld, observeerde diezelfde middag de ontmoeting bij het tankstation. Verdachten werden aangehouden, waarna de politie de betrokken voertuigen doorzocht. De hier gevonden partij van €59.000.- aan valse biljetten van €500.- werd vervolgens in beslag genomen. Uit het CIE-journaal van 8 april 2005 blijkt dat een later telefoongesprek heeft plaatsgevonden, waarin duidelijk werd dat de informant ‘kennelijk meer er bij betrokken’ was dan eerder werd gesuggereerd. De informant is in die hierop volgende periode ongewijzigd werkzaam geweest tot het moment van zijn aanhouding medio september 2005. Pas maanden na de aanhouding van (mede)verdachte(n) – die op dat moment allemaal in voorlopige hechtenis zaten- en dankzij de proceshouding van de informant is de in deze zaak gevolgde bijzondere opsporingsmethode bekend geworden aan (mede)verdacht(n) en hun raadslieden.

Nadat het gerechtshof 's-Gravenhage het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk had verklaard in de strafvervolging van verdachte en alle medeverdachten, heeft de Hoge Raad dit oordeel in cassatie slechts ten aanzien van één van de medeverdachten in stand gelaten. Bij deze medeverdachte was namelijk sprake van een schending van het zogenaamde Tallon-criterium: informant had verdachte gebracht tot andere strafbare feiten dan waarop zijn opzet reeds was gericht. Bij verdachte en de andere medeverdachten was dit echter niet het geval, omdat zij zich reeds bezighielden met het plegen van soortgelijke feiten. De Hoge Raad merkt op dat de omstandigheid dat verdachte over de inzet van het bijzondere opsporingsmiddel niet tijdig en naar behoren is geïnformeerd onvoldoende grond is om het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk te verklaren. Hetzelfde geldt voor de overweging van het hof om ‘zowel de CIE als het OM te doordringen van de ernst van de situatie’. De Hoge Raad benadrukt wederom dat de niet-ontvankelijkheid slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking komt en [casseert](#) de uitspraak van het hof.

In de onderhavige zaak dient het hof daarom de vraag te beantwoorden of de hierboven genoemde omstandigheden – te weten dat verdachte niet tijdig en naar behoren is geïnformeerd over de ingezette bijzondere opsporingsmethode – raken aan de rechtmatigheid van het overheidshandelen en zo ja, welke sanctie aan dit vormverzuim verbonden dient te worden. Ten aanzien van de aanwezigheid van een vormverzuim overweegt het hof het volgende. De regulering en normering van de bijzondere opsporingsbevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering strekken er mede toe een eerlijk proces en het toezicht op integer handelen van de strafvorderlijke autoriteiten te verzekeren, zoals de artikelen 6 en 13 EVRM dat eisen. Centraal staat daarom dat de zittingsrechter in staat is de rechtmatigheid van dit overheidshandelen te toetsen. Dit geldt te meer in het geval van de criminele burgerinformant die, zoals in casu, zijn werkzaamheden tegen betaling verrichtte en mogelijk zelf strafwaardig handelde, nu hij een vals biljet van €500,- voorhanden had. In de onderhavige zaak heeft het Openbaar Ministerie echter de transparantie en de controleerbaarheid achteraf van deze opsporingsmethode belemmerd. Gezien de summiere informatie over de feitelijke rol van informant bij de transactie rustte op de CIE een verzwaarde onderzoeksplicht. In ieder geval toonde de betrokkenheid van informant sterke gelijkenis met die van de burgerpseudokoper ex artikel 126ij Sv. Dit brengt met zich mee dat - hoewel de CIE vanwege het doorlatingsverbod in beginsel inderdaad gehouden was het transport van de valse bankbiljetten te (doen) onderscheppen - de CIE zo spoedig mogelijk het Openbaar Ministerie had moeten inlichten over de gebruikte opsporingsmethode, waarna het Openbaar Ministerie vervolgens de verdachten, hun raadslieden en de zittingsrechter had moeten informeren. Deze informatie had volgens het hof van invloed kunnen zijn op de duur, de inhoud en het verloop van verdachtes strafzaak. Vanwege het niet tijdig en naar behoren informeren over de inzet van het bijzondere opsporingsmiddel is daarom tekort gedaan aan het recht van verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak, waardoor er sprake is van een vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv.

Na de vaststelling van het vormverzuim oordeelt het hof vervolgens - aan de hand van de factoren uit artikel 359a, tweede lid - dat het verzuim zodanig ernstig is, dat niet volstaan kan worden met de enkele constatering hiervan. Het hof overweegt dat het onvoldoende controlerende en onvoldoende informatie verschaffende optreden van de CIE en het Openbaar Ministerie een aanzienlijke schending van artikel 6 EVRM oplevert, wat tot gevolg heeft gehad dat verdachte, die reeds in verzekering was gesteld en in voorlopige hechtenis verbleef zonder dat hij of zijn raadvrouw op de hoogte was van alle

facetten van het optreden van de informant, in ernstige mate in zijn verdediging is geschaad. Het hof oordeelt daarom dat uitsluiting van het bewijs dat door het handelen van de informant is gekregen de enige passende reactie op het verzuim is. Hierbij onderstreept het hof het belang van het rechtstatelijke beginsel dat de uitvoerende macht bij inbreuken op grondrechten bij de opsporing onderworpen is aan wettelijke controle door een hogere autoriteit. Bovendien acht het hof bewijsuitsluiting noodzakelijk om een krachtig signaal te geven tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm om toekomstige soortgelijke vormverzuimen waarbij onrechtmatig bewijs wordt verkregen te voorkomen. Nu na de uitsluiting van de bewijsmiddelen onvoldoende bewijs voorhanden is om tot een veroordeling te komen, spreekt het hof verdachte uiteindelijk vrij.

**ARTIKEL 8 EVRM: RUSSISCHE WETGEVING OMTRENT HET ONDERSCHIPPEN VAN TELEFOONGESPREEKEN VOLDOET NIET AAN DE KWALITEITSEISEN.**

**EHRM (Grote Kamer) 4 december 2015, applicatie nr. 47143/06 (Roman Zakharov t. Rusland)**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: artikel 8 EVRM, (in het geheim) onderscheppen van telefoongesprekken door de veiligheidsdiensten*

In deze zaak heeft klager aangevoerd dat het Russische systeem van het in het geheim onderscheppen van mobiele telefoongesprekken een inbreuk maakt op zijn in artikel 8 EVRM gegarandeerde rechten. Klager voert daarbij aan dat het de Russische veiligheidsdiensten op grond van de relevante nationale wetgeving is toegestaan om zonder voorafgaande rechterlijke toestemming, de communicatie van alle personen te onderscheppen. Een dergelijke wetgeving zou naar mening van klager een onbegrensde onderschepping van communicatie mogelijk maken en daarmee leiden tot een schending van artikel 8 EVRM.

De kwesties waar het Hof zich in deze zaak over moeten buigen vallen in twee onderdelen uiteen. Het eerste onderdeel ziet op de vraag of klager gerechtigd was om een klacht in te dienen en of er sprake is van een inmenging in zijn rechten. Het Hof merkt ten eerste op dat niet in geschil is dat mobiele telefoongesprekken vallen onder het recht op privéleven en correspondentie van artikel 8 EVRM. Vervolgens constateert het Hof dat de nationale wetgeving voorziet in een systeem van geheim toezicht waarbij de mobiele telefooncommunicatie van alle personen die gebruik maken van de mobiele telefoondiensten van een Russische telefoonaanbieder kan worden onderschept. Op die manier raakt de wetgeving in kwestie alle gebruikers van deze telefoondiensten. Voorts constateert het Hof dat de Russische wet niet voorziet in effectieve rechtsmiddelen voor een persoon die vermoedt dat hij onder geheim toezicht staat. Het Hof herhaalt ten aanzien van dit punt dat in het geval een persoon stelt dat er door de geheime toezichtmaatregelen een inmenging in zijn rechten heeft plaatsgevonden, de persoon geen bewijs hoeft aan te voeren dat zijn communicatie daadwerkelijk werd onderschept, indien effectieve rechtsmiddelen om deze inmenging aan te vechten in de nationale wetgeving ontbreken. Om die reden hoeft klager niet aan te tonen dat het risico bestaat dat hij onder geheim toezicht staat. Gelet op de geheime status van de toezichtmaatregelen, de brede toepassing van de maatregelen en het ontbreken van effectieve middelen om de geheime toezichtmaatregelen aan te vechten, is het Hof van oordeel dat een toetsing van de relevante wetgeving *in abstracto* gerechtvaardigd is. Het Hof oordeelt om deze redenen dat klager gerechtigd was om een klacht in te dienen. Het Hof is daarnaast van mening dat het enkele bestaan van de omschreven wetgeving en het ontbreken van een effectief rechtsmiddel om de uitoefening van geheime toezichtmaatregelen aan te vechten leiden tot een inmenging in de rechten van klager.

Het tweede onderdeel betreft de vraag of de inmenging gerechtvaardigd was. Het Hof is van oordeel dat het onderscheppen van mobiele telecommunicatie een basis heeft in de nationale wetgeving en dat het een legitiem doeleinde dient. Het is vervolgens aan het Hof om te beoordelen of de nationale wetgeving ook toegankelijk is en adequate en effectieve waarborgen en garanties biedt waarmee aan de vereisten van 'voorzienbaarheid' en 'noodzakelijk in een democratische samenleving' wordt voldaan.

Het Hof komt aan de hand van verschillende criteria tot de conclusie dat de Russische voorschriften ten aanzien van het onderscheppen van communicatie geen adequate en effectieve garanties bieden tegen willekeur en het risico van misbruik van de bevoegdheden. Ten eerste heeft het Hof geoordeeld dat onvoldoende duidelijk is van welke personen de telefoons mogen worden getapt. Daarnaast bieden de omstandigheden waaronder de toezichtmaatregelen mogen worden ingezet onvoldoende garanties tegen willekeurige inmenging. Verder maakt de nationale wetgeving het mogelijk om data automatisch op te slaan en is de procedure die geldt voor het bewaren en vernietigen van de onderschepte data onvoldoende duidelijk. Daarbij komt dat de toestemmingsprocedure niet kan garanderen dat de toezichtmaatregelen alleen worden ingezet voor zover dat noodzakelijk is in een democratische samenleving. Voorts voldoet de wijze waarop op dit moment het toezicht op het onderscheppen is geregeld niet aan de onafhankelijkheidsvereisten. Tot slot wordt de effectiviteit van de maatregelen tegen het onderscheppen van de communicatie ondermijnd. De maatregelen kunnen alleen worden ingezet, indien iemand kan aantonen dat zijn telefoonverkeer is onderschept. Het leveren van zulk bewijs is niet mogelijk, doordat op geen enkel moment melding wordt gedaan over de onderscheppingen en er geen adequate toegang bestaat tot de documenten die aan de onderschepping zijn gerelateerd. Het Hof concludeert dat de Russische wetgeving niet voldoet aan de kwaliteitseisen en niet in staat is om de inmenging te beperken tot hetgeen noodzakelijk is in een democratische samenleving. Om die reden oordeelt het Hof dat sprake is van een schending van artikel 8 EVRM.

**ARTIKEL 8 EVRM: OPHEFFEN VAN HET BEROEPSGEHEIM VAN EEN ADVOCaat IS I.C. EEN SCHENDING.**

Trefwoorden: artikel 8 EVRM, beroepsgeheim, toegang tot het bankaccount van een advocaat

Klaagster is advocate. Tijdens het inspecteren van de bankgegevens van haar kantoor, hebben inspecteurs van de belastingdienst ontdekt dat klagster onvoldoende belasting heeft betaald over door haar op haar privérekening ontvangen honoraria. De inspecteurs hebben klagster verzocht haar persoonlijke bankgegevens te overhandigen. Klagster weigerde deze gegevens te overleggen op grond van haar beroeps- en bankgeheim. De vervolgingsautoriteiten hebben in het kader van het strafrechtelijk onderzoek naar de fiscale fraude de onderzoeksrechter verzocht om het beroepsgeheim van klagster op te heffen. Het gerechtshof heeft het beroeps- en bankgeheim opgeheven en heeft daarbij gemotiveerd dat het publieke belang moet prevaleren boven het privébelang. Klagster heeft ten overstaan van het EHRM aangevoerd dat het raadplegen van haar persoonlijke bankafschriften een onevenredige inmenging maakt op haar vertrouwensrecht dat is verbonden aan de relatie tussen een advocaat en zijn cliënt. Daarnaast is zij van mening dat zij niet de mogelijkheid heeft gehad om zichzelf te verdedigen in de procedure en dat zij niet de beschikking over een effectief rechtsmiddel tegen de beslissing van het gerechtshof heeft gehad.

Het Hof constateert dat tussen partijen niet in het geschil is dat bankgegevens persoonlijke informatie bevatten die privé zijn en onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM vallen. Eveneens zijn de partijen het eens dat er sprake is van een inmenging op het recht van privéleven van klagster. De Portugese rechters hebben niet betwist dat de bankgegevens onder het beroepsgeheim vallen, omdat klagster betalingen van haar cliënten op haar privérekening heeft ontvangen. Het Hof ziet geen reden om anders te oordelen. Het Hof herhaalt dat ‘privéleven’ ook professionele of zakelijke activiteiten kan omvatten. Bovendien kent het Hof een bijzonder gewicht toe aan het risico van een inbreuk op het beroepsgeheim van een advocaat, omdat dat geheim de basis vormt voor de vertrouwensrelatie tussen een advocaat en zijn cliënt en nadelige gevolgen kan hebben voor de goede rechtsbedeling. Het Hof stelt vast dat in deze zaak de inmenging op het beroepsgeheim is voorzien in de wet en dat de inmenging een legitiem doeleinde dient. Met betrekking tot de vraag of die inmenging noodzakelijk was in een democratische samenleving herhaalt het Hof dat voorzien moet zijn in voldoende garanties tegen misbruik, waaronder een effectieve controle. Het Hof constateert in dit verband dat de procedure over het opheffen van het beroepsgeheim in de afwezigheid van klagster is afgedaan. Daarnaast is klagster niet in de gelegenheid gesteld om haar argumenten naar voren te brengen. Voorts heeft niet zoals de nationale wet voorschrijft vooraf overleg met de Orde van Advocaten plaatsgevonden. Het Hof oordeelt dat de tussenkomst van zo een onafhankelijk orgaan in deze zaak noodzakelijk was, omdat de gevraagde informatie onder het beroepsgeheim valt. Ten aanzien van het bestaan van een effectieve controle merkt het Hof op dat klagster geen effectieve mogelijkheid heeft gehad om de maatregel aan te vechten. De Hoge Raad heeft klagster immers niet-ontvankelijk verklaard in het rechtsmiddel dat zij had ingesteld tegen de opheffing van het beroepsgeheim. Hierdoor is niet voldaan aan de eis van effectieve controle zoals artikel 8 EVRM die stelt. Het Hof oordeelt dat de Portugese autoriteiten, gelet op het ontbreken van procedurele waarborgen en een effectieve juridische controle, hebben nagelaten om een eerlijke balans op te maken tussen het algemene belang en het recht op een privéleven van klagster. Om die reden concludeert het Hof dat sprake is van een schending van artikel 8 EVRM.

**ARTIKEL 10 EVRM: UITLATINGEN VAN RAPPER VALLEN I.C. NIET ONDER STRAFBARE BELEDIGING.****Rechtbank Zeeland-West-Brant 8 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7768**[Hyperlink](#)

Trefwoorden: artikel 10 EVRM, artikelen 137c en 137e Sr, vrijheid van meningsuiting, artistieke expressie, toetsingskader strafbare belediging

De verdachte in deze zaak is een Bredaase rapper tegen wie aangifte is gedaan omdat zijn rapnummer beledigende teksten voor Joden en homoseksuelen zou bevatten. In de op YouTube geplaatste videoclip zouden de teksten “*Flikkers geef ik geen hand*” en “*Ik haat die fucking joden nog meer dan de nazi’s*” zijn te horen. De verdediging heeft primair aangevoerd dat de uitlatingen van verdacht niet als beledigend voor een groep zijn aan te merken en aldus niet binnen het bereik van artikel 137c of artikel 137e van het Wetboek van Strafrecht (Sr) vallen. Subsidiar is de verdediging van mening dat indien de rechtbank de uitlatingen van verdachte wel als beledigend kwalificeert, de uitlatingen vallen onder het recht op vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM.

De rechtbank past in deze zaak het toetsingskader toe dat Hoge Raad heeft ontwikkeld ter beantwoording van de vraag of een uitlating onder de reikwijdte van de strafbepalingen van artikel 137c of 137e Sr valt. Het toetsingskader bestaat uit drie stappen, te weten:

- is de uitlating op zichzelf beledigend voor een groep mensen?
- zo ja: is de uitlating gedaan in een bepaalde context en zo ja, welke en neemt die context het beledigende karakter van de uitlating weg?
- zo ja: is de uitlating toch onnodig grievend?

De rechtbank geeft aan dat bij de eerste stap, de beoordeling of een uitlating beledigend is voor een groep mensen, een objectieve toets moet plaatsvinden waarbij het van belang is of een uitlating naar algemeen spraakgebruik beledigend is. Of dit het geval is wordt beoordeeld aan de hand van de feitelijke bewoordingen in samenhang met de rest van de tekst. Ten aanzien van de uitlating “*flikkers geef ik geen hand*” oordeelt de rechtbank dat dit op zichzelf beschouwd voor homoseksuelen als beledigend kan worden ervaren, omdat ‘flikker’ in het algemeen spraakgebruik als scheldwoord en minachtende benaming voor homoseksuelen wordt gebruikt. Echter, in dit geval wordt de uitlating gedaan in een videoclip en moet de uitlating in samenhang met de rest van de raptekst worden beschouwd. In de rest van de tekst zijn geen aanwijzingen te vinden dat met ‘flikkers’ in dit geval homoseksuelen worden bedoeld. Uit de rest van de tekst en de uitleg van de verdachte blijkt dat in dit geval een andere betekenis aan het woord flikkers wordt toegekend. Om die reden oordeelt de rechtbank dat de uitlating niet als beledigend voor een groep mensen kan worden aangemerkt. Hierdoor is niet aan de eerste stap van het toetsingskader voldaan en is geen sprake van een strafbare belediging in de zin van artikel 137c of 137e Sr.

Ten aanzien van de uitlating “*Ik haat die fucking joden nog meer dan de nazi's*” stelt de rechtbank vast dat de verdachte in één zin spreekt over joden en nazi's. De rechtbank oordeelt dat de verdachte hierdoor een relatie legt met de historische werkelijkheid van de Holocaust. De rechtbank geeft aan dat duidelijke referenties aan die historische werkelijkheid al snel een goedkeuring daarvan impliceren. Zulke implicaties zijn beledigend voor mensen van het joodse ras. Om die reden oordeelt de rechtbank dat de uitlating op zichzelf beledigend is voor joodse mensen. Het verweer dat verdachte alleen Zionistische joden zouden hebben bedoeld, schuift de rechtbank terzijde. Volgens de rechtbank is niet aannemelijk dat verdachte alleen deze groep joden zou hebben bedoeld. De rechtbank oordeelt ten aanzien van deze uitlating dat wel aan de eerste stap is voldaan. Bij de tweede stap stelt de rechtbank vast dat verdachte zich tijdens een rap heeft uitgelaten en de uitlating daarmee onder artistieke expressie valt. Bij uitlatingen die onder artistieke expressie vallen, geldt in beginsel dat zij onder het recht van vrije meningsuiting van artikel 10 EVRM vallen. Het is vervolgens aan de rechtbank om te oordelen of de uitlating toch onnodig grievend is. Kunst kan uitdagend en choquerend zijn, wat als snel kan raken aan kwetsen, beledigen of discrimineren. Grove bewoordingen en een zekere mate van overdrijving zijn kenmerkend voor een rap. De rechtbank oordeelt doordat dat verdachte in de rap uiting geeft aan zijn eigen boosheid en slechts één keer de uitlating doet, waardoor de uitlating volledig op zichzelf lijkt te staan, minder betekenis aan de uitlating moet worden toegekend. Om die reden komt de rechtbank tot de conclusie dat er geen sprake is van een onnodig grievende uitlating. Hierdoor is de grens van artikel 10 EVRM niet overschreven en is geen sprake van een belediging in de zin van artikel 137c of 137e Sr. De verdachte wordt vrijgesproken van hetgeen hem ten laste is gelegd.

**NE BIS IN IDEM: VOORBEHOUD EX ARTIKEL 55 SUO IS ONVERENIGBAAR MET UNIERECHT; GEEN  
SPRAKE VAN ONHERROEPELIJKE BERECHTING A.B.I. ARTIKEL 54 SUO**

**Hof van Justitie van de Europese Unie, conclusie Advocaat-Generaal Bot, 15 december 2015, C-486/14, ECLI:EU:C:2015:812 (Kossowski)**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: prejudiciële vraag, voorbehoud artikel 55 lid 1 onder a SUO, artikel 54 SUO, artikel 50 Handvest, ne bis in idem-beginsel*

Het gaat in deze zaak om de Poolse Kossowski die in Duitsland wordt vervolgd voor een *in Duitsland* gepleegde afpersing waarbij het slachtoffer zijn auto moest afstaan. Na het begaan het feit is Kossowski met de auto naar Polen gereden waar hij is aangehouden. Ook het Poolse Openbaar Ministerie (OM) heeft een strafzaak tegen Kossowski geopend op verdenking van afpersing. Op verzoek van Polen hebben de Duitse autoriteiten een kopie van het opsporingsdossier opgestuurd. Het Poolse OM heeft de strafzaak uiteindelijk geseponneerd bij gebrek aan voldoende verdenking: Kossowski weigerde een verklaring af te leggen, het slachtoffer en een getuige konden niet worden ondervraagd, omdat zij in Duitsland woonachtig waren en de verklaring van het slachtoffer was in een aantal opzichten onnauwkeurig gebleken. De Poolse autoriteiten hebben geweigerd een Duits EAB ter zake van de afpersing ten uitvoer te leggen op grond van de definitieve beslissing tot seponering. Nadat Kossowski kennelijk eigener beweging naar Duitsland is teruggekeerd, is hij in Duitsland aangehouden en aangeklaagd. In hoger beroep stelt het *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* een tweetal vragen over het *ne bis in idem*-beginsel. In deze zaak is voor het eerst de vraag aan de orde of, gelet op artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest), het in artikel 55 lid 1 onder a van de Schengenuitvoeringsovereenkomst (SUO) bedoelde voorbehoud bij het *ne bis in idem*-beginsel geldig is. Op grond van art. 55 SUO mag een verdragspartij de verklaring afleggen dat zij niet aan art. 54 SUO gebonden is, indien de feiten zich geheel of gedeeltelijk op haar grondgebied hebben afgespeeld. Duitsland heeft zo een verklaring afgelegd. Indien het voorbehoud niet langer geldig is, wil het *Oberlandesgericht* weten of, gelet op art. 54 SUO en art. 50 Handvest, het Poolse sepot in de weg staat aan strafvervolgung in Duitsland.

De A-G is van mening dat de opnemings van het Schengenacquis in het Unierecht op het eerste gezicht als zodanig niet leidt tot ongeldigheid van artikel 55 lid 1 onder a SUO, omdat de SUO als onderdeel van het Schengenacquis deel uitmaakt van het Unierecht. De vraag is echter of de inhoud van het voorbehoud verenigbaar is met de huidige stand van het

Unierecht zoals die voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof en de tekst van het Handvest en in het bijzonder met de doelstelling van het bevorderen van de ontwikkeling van de Europese Unie als een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Aan het *ne bis in idem*-beginsel ligt het beginsel van wederzijdse erkenning ten grondslag. Als gevolg van het beginsel van wederzijdse erkenning zijn de lidstaten verplicht elkaar wederzijds te vertrouwen, ongeacht de verschillen tussen hun strafrechtssystemen. De A-G stelt vast dat de werking van het voorbehoud tot gevolg heeft dat het *ne bis in idem*-beginsel betekenis verliest en concludeert dat, gelet op het voorgaande, deze vaststelling al voldoende is voor ongeldigheid van het voorbehoud. Volgens de A-G is daarop een uitzondering mogelijk, indien de uitzondering wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om aan het voorbehoud een nuttig effect te verlenen dat verband houdt met een hoger belang. Daarbij komt dat de verlening van een uitzondering geen averechts mag hebben op de ontwikkeling van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.

Volgens Duitsland is het voorbehoud bijvoorbeeld nuttig en noodzakelijk voor gevallen waarin een vreemdeling die in Duitsland een geweldsdelict heeft gepleegd dat is ingegeven door de verheerlijking van het nazisme, in zijn land van herkomst voor die geweldpleging wordt veroordeeld op grond van een wet die geen rekening houdt met die bijzondere omstandigheid. De A-G is het daarmee niet eens. Uit de rechtspraak van het Hof leidt de A-G af dat bij de toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel enkel moet worden gelet op de materiële gelijkheid van de feiten. Indien wordt vastgesteld dat geen sprake is van hetzelfde strafbare feit, dan valt de situatie buiten de werkingssfeer van het *ne bis in idem*-beginsel. Indien wordt aangevoerd dat sprake is van verschillende strafbare feiten, moet ervan uit worden gegaan dat een tweede vervolging geoorloofd is, aangezien het *ne bis in idem*-beginsel dan niet van toepassing is. Aangezien de rechtspraak van het Hof en het Handvest al rekening houden met een wezenlijk verschil tussen strafbare feiten, is het voorbehoud in artikel 55 lid 1 onder a SUO niet langer noodzakelijk. De A-G concludeert dat het voorbehoud niet verenigbaar is met de wezenlijke inhoud van het *ne bis in idem*-beginsel in artikel 50 van het Handvest en om die reden ongeldig is.

Ten aanzien van de tweede vraag overweegt de A-G het volgende. Ten eerste herhaalt de A-G de overweging van het Hof dat bij een onherroepelijk vonnis de beslissing na de beoordeling ten gronde van de zaak moet zijn gegeven en de ingestelde strafvervolging van de dader moet definitief zijn beëindigd. In het geval van een beschikking van buitenvervolginstelling is sprake van een beoordeling ten gronde, indien de beschikking is gegeven na een onderzoek waarbij uiteenlopende bewijsmiddelen zijn vergaard en onderzocht, de beschikking een onherroepelijke beslissing inhoudt over de ontoereikendheid van deze bewijzen en dat elke mogelijkheid dat de zaak op basis van hetzelfde geheel van aanwijzingen wordt heropend, wordt uitgesloten.

De A-G is van mening dat in het onderhavige geval deze rechtspraak niet van toepassing is. De A-G wijst erop dat het *ne bis in idem*-beginsel berust op het beginsel van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen. Dit beginsel heeft tot gevolg dat lidstaten elkaars rechterlijke beslissingen in beginsel erkennen. Het is echter niet zo dat gerechtelijke instanties van een lidstaat de verplichting hebben om elkaars beslissingen ten uitvoer te leggen zonder enige vorm van rechterlijke controle. Immers, indien er geen rechterlijke controle mogelijk zou zijn, zou het ook niet mogelijk zijn om na te gaan of aan de voorwaarden voor de toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel is voldaan. Naar mening van de A-G blijkt uit de motivering van het sepot onmiskenbaar dat de betrokken Poolse gerechtelijke instanties niet de kernelementen die deel uitmaken van de juridische situatie hebben onderzocht.

Daarnaast is de A-G van mening dat de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen niet ten koste mag gaan van de garantie dat de grondrechten en met name de rechten van het slachtoffer wordt geëerbiedigd. In ieder geval mag de toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel niet leiden tot de erkenning van een beslissing die kennelijk in strijd is met zijn grondrechten. In de onderhavige zaak blijkt onmiskenbaar dat de rechten van het slachtoffer niet zijn gewaarborgd. Het *ne bis in idem*-beginsel in combinatie met het beginsel van wederzijdse erkenning van de rechterlijke beslissingen zou tot gevolg hebben dat het slachtoffer elk recht op schadeloosstelling zou worden ontnomen. Om die reden is het volgens de A-G van belang dat een beslissing pas als een onherroepelijk vonnis wordt aangemerkt, indien de beslissing de genoemde kernelementen bevat.

**NE BIS IN IDEM: OM NIET-ONTVANKELIJK IN STRAFVERVOLGING VOOR DEZELFDE FEITEN ALS WAARVOOR EERDER EEN SUBSIDIEKORTING IS OPGELEGD.**

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25-11-2015, ECLI:NLGHARL:2015:8975.**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: artikel 50 Handvest, artikel 68 Sr, cumulatie bestuurlijke maatregel en strafrechtelijke sanctie, Bondarrest.*

In deze zaak is verdachte, een rechtspersoon, vervolgd vanwege het niet naleven van de regels voor identificatie en registratie van vee. De verdediging voert aan dat het OM niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in de vervolging, omdat deze betrekking heeft op dezelfde feiten als waarvoor de staatssecretaris van Economische zaken aan verdachte reeds een strafkorting op verleende subsidies heeft gegeven. Het OM beroept zich echter op het [Bonda-arrest](#), waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie – kort gezegd - oordeelde dat het intrekken van een landbouwsubsidie bij fraude niet is aan te merken als een strafrechtelijke sanctie, maar als een bestuurlijke maatregel die gericht is op het beschermen van de financiële belangen van de Unie. Het *ne bis in idem*-beginsel zou zich in casu daarom ook niet verzetten tegen een strafrechtelijke vervolging.

Het Hof volgt de redenering van het OM echter niet en overweegt ten eerste dat het *ne bis in idem* beginsel uit artikel 50 Handvest in deze zaak van toepassing is. Nu de beslissing van de Staatssecretaris gebaseerd is op artikel 72, tweede lid, van Verordening (EG) Nr. 1122/2009, is er namelijk sprake van ten uitvoer brengen van het Unierecht, zoals bedoeld in artikel 51 Handvest. Hoewel artikel 68 Sr niet van toepassing is, omdat geen sprake is van meerdere onherroepelijke beslissingen van de strafrechter, overweegt het hof dat zich hier een uitzonderlijke situatie voordoet die op gespannen voet staat met het, aan artikel 68 Sr en artikel 50 Handvest ten grondslag liggende, beginsel dat iemand niet tweemaal kan worden vervolgd en bestraft voor het begaan van hetzelfde feit. In de onderhavige zaak acht het hof de opgelegde bestuurlijke maatregel tevens een strafrechtelijke sanctie, omdat de korting een verdergaande strekking had dan slechts het beëindigen van de overtreding of het herstel van de toestand. Uit de aard van de inbreuk en de aard en de zwaarte van de sanctie, leidt het hof af dat de korting gericht was op toevoeging van verdergaand leed of nadeel. Zo is niet alleen sprake van een wezenlijke betalingsverplichting, ook heeft de staatssecretaris in zijn beslissing onder andere de omstandigheid in aanmerking genomen dat verdachte met opzet heeft gehandeld. Deze constatering heeft geleid tot een hoger bedrag aan korting, wat kenmerkend is voor strafoplegging. Ten slotte merkt het hof op dat de in de onderhavige zaak opgelegde sanctie op meerdere punten verschilt van het Bonda-arrest. In het in die zaak genomen besluit waren geen opzet of andere strafverzwarende omstandigheden geconstateerd. Bovendien had het intrekken van de subsidie in de Bonda-zaak betrekking op de jaren volgend op het jaar waarin de onrechtmatigheden waren vastgesteld, terwijl de korting op de subsidie in de onderhavige zaak betrekking heeft op het jaar van de geconstateerde onrechtmatigheden. In het licht van het bovenstaande oordeelt het hof dan ook dat het OM niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, nu de onderhavige strafvervolging een inbreuk vormt op het *ne bis in idem*-beginsel, zoals dat is neergelegd in artikel 50 Handvest.

#### RICHTLIJNCONFORME INTERPRETATIE BIJ HET TOEKENNEN VAN EEN IMMATERIËLE SCHADEVERGOEDING AAN NABESTAANDEN IS *CONTRA LEGEM*

**Rechtbank Noord-Nederland 24 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5389 en ECLI:NL:RBNNE:2015:5390** <sup>1</sup>  
*Trefwoorden: art 8 EVRM, Richtlijn 2012/29 EU, immateriële schadevergoeding nabestaanden, affectieschade, shockschade, richtlijnconforme interpretatie, contra legem.*

[Hyperlink 1](#)  
[Hyperlink 2](#)

In beide zaken hebben vijf benadeelde partijen zich in het strafproces gevoegd en een vordering ingediend. Drie benadeelde partijen, benadeelde partij 3 – 5, hebben een immateriële schadevergoeding gevorderd. Deze benadeelde partijen zijn de nabestaanden van de slachtoffers van de bewezenverklarde feiten 2 en 3 (medeplegen van moord). De hoogte van ieder van de immateriële schadevergoedingen betrof € 35.000,-. De raadvrouw van de verdachte heeft zich op het standpunt gesteld dat er geen wettelijke basis bestaat voor de toekenning van de door de nabestaanden gevorderde affectieschade.

De rechtbank heeft bij de beoordeling van de vorderingen het volgende overwogen. Ten eerste geeft de rechter aan dat er in het nationale recht slechts een zeer beperkte mogelijkheid bestaat voor de vergoeding van immateriële schade in verband met het verlies van een dierbare. De rechter geeft hierbij aan dat volgens vaste jurisprudentie slechts shockschade zoals opgenomen in art. 6:106 lid 1, aanhef onder a, BW voor vergoeding in aanmerking kan komen. Affectieschade, het verdriet dat is ontstaan vanwege het overlijden/om het leven brengen van een dierbare, valt hier niet onder. De rechter merkt op dat de immateriële schadevergoedingen in deze zaak zijn (vooreerst) gebaseerd op affectieschade.

Bij hun vorderingen hebben de benadeelde partijen tevens op het internationale recht een beroep gedaan. De rechtbank heeft het beroep om de volgende redenen niet gehonoreerd. Het beroep op artikel 8 EVRM gaat niet op omdat dit artikel er niet toe leidt dat in de wetgeving moet worden voorzien in een recht op (immateriële) schadevergoeding aan de nabestaanden van de slachtoffers van een opzettelijk misdrijf. Een beroep op Richtlijn 2012/29/EU inzake de rechten van slachtoffers (die het slachtofferbegrip uitbreidt tot familieleden van slachtoffers) slaagt volgens de rechtbank evenmin.<sup>2</sup> De rechtbank verwijst naar de werking van een Europese richtlijn. Een Europese richtlijn werkt in beginsel tussen burgers

<sup>1</sup> Beide uitspraken zijn eerder besproken in de nieuwsbrief van november 2015 in verband met de overwegingen over levenslange gevangenisstraf.

<sup>2</sup> De implementatietermijn is op 16 november 2015 verstreken. Het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn is aanhangig bij de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2014/15, 34236, 2).

en de overheid en niet tussen burgers onderling. Slechts indien sprake is van een algemeen beginsel van Unierecht, werkt een richtlijn ook tussen burgers, zoals het [Hof van Justitie van de EU](#) heeft geoordeeld. In deze zaak is daar naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van. Bovendien is het nog maar de vraag of de richtlijn op het kwestieuze punt voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk is om rechtstreekse werking te kunnen hebben. De partijen hebben daarnaast gewezen op richtlijnconforme interpretatie. De rechtbank erkent dat, indien geen sprake is van rechtstreekse werking van een richtlijn of indien het gaat om de vaststelling van rechten tussen burgers onderling, een richtlijnconforme interpretatie onder omstandigheden uitkomst kan bieden. Dit kan alleen, indien een richtlijnconforme interpretatie niet tot een oplossing leidt die *contra legem* is. De Hoge Raad heeft echter steeds geoordeeld dat binnen het gesloten systeem van de artikel 6.106 e.v. BW het toekennen van enige vorm van overlijdensschade, anders dan in de huidige wet is voorzien, door middel van wetsinterpretatie de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat. Een richtlijnconforme interpretatie in dus niet toegestaan, omdat zo een interpretatie zal leiden tot een oplossing die in strijd is met de huidige wet. Onlangs is een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend dat beoogt de mogelijkheden om affectieschade te vergoeden te verruimen.<sup>3</sup> Het is voor de rechter echter niet mogelijk om op grond van een wetsvoorstel een vergoeding toe te kennen. De rechtbank heeft de vorderingen tot schadevergoedingen als gevolg van affectieschade dan ook niet-ontvankelijk verklaard.

**ONGELDIGVERKLARING DATARETENTIERICHTLIJN LEIDT NIET TOT BEWIJSUITSLUITING VAN DOOR DE PROVIDER BEWAARDE TELECOMMUNICATIEGEGEVENS.**

**Rechtbank Limburg 9 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10222**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: Daretentierichtlijn, artikel 126n Sv, artikel 7 en 8 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, bewaren telecommunicatie.*

Op 9 december 2015 heeft de rechtbank Limburg verdachte veroordeeld tot 22 maanden gevangenisstraf wegens het meermalen handelen in cocaïne en het in zijn woning aanwezig hebben van een aanzienlijke hoeveelheid cocaïne en hasjiesj. De rechtbank heeft in deze zaak het beroep van de raadsman op bewijsuitsluiting verworpen. De raadsman voerde aan dat al de bewijsmiddelen in deze zaak - de belastende getuigenverklaringen en de blokken hasj en cocaïne die werden aangetroffen in de woning van verdachte – direct of indirect zijn verkregen door informatie die afkomstig is van de historische telefoongegevens van verdachte. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft echter in zijn [arrest](#) van 8 april 2014 de zogenaamde Daretentierichtlijn ongeldig verklaard, omdat deze – kort gezegd – in strijd is met de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (recht op privacy; recht op bescherming van persoonsgegevens). Volgens het Hof zorgde de wijze waarop het bewaren van telecommunicatiegegevens was geregeld, met name het gebrek aan privacy-waarborgen hierbij, ervoor dat een disproportionele inbreuk zou plaatsvinden op de privacy van diegenen wier gegevens werden opgeslagen. In navolging hiervan heeft de kortgedingrechter te Den Haag op 11 maart 2015 de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens buiten werking gesteld.<sup>4</sup> De raadsman voerde daarom aan dat - gezien deze ongeldigverklaring en buitenwerkingstelling - de provider de telecommunicatiegegevens van verdachte dus helemaal niet (meer) had mogen bewaren en dat er sprake is van een inbreuk op de privacy van verdachte. Nu het openbaar ministerie deze gegevens toch heeft gebruikt zou dit een vormverzuim opleveren, wat volgens de raadsman tot bewijsuitsluiting en – als gevolg van een gebrek aan wettig bewijs – tot vrijspraak zou moeten leiden. De rechtbank gaat niet mee met het betoog van de raadsman. Inderdaad brengt de ongeldigverklaring van de Daretentierichtlijn mee dat de telecommunicatiegegevens van verdachte zijn bewaard op een dusdanige manier dat inbreuk is gemaakt op diens privacy. De ongeldigverklaring heeft namelijk terugwerkende kracht, waardoor de Daretentierichtlijn geacht moet worden volledig te zijn verdwenen uit de communautaire rechtsorde. Vervolgens bespreekt de rechtbank wat de gevolgen hiervan moeten zijn voor de onderhavige zaak. De rechtbank stelt voorop dat de ongeldigverklaring en buitenwerkingstelling de strafvorderlijke bepalingen inzake het vorderen van gegevens – in casu artikel 126n Sv – onverlet laten. De gegevens mochten dus door het openbaar ministerie worden opgevraagd en dit opvragen is op correcte wijze geschied. In ieder geval kan artikel 359a Sv – dat ziet op vormverzuimen in het *voorbereidend onderzoek* - geen grond vormen voor bewijsuitsluiting, omdat de telecommunicatiegegevens van verdachte niet bewaard zijn in het kader van een opsporingsonderzoek en de opsporingsambtenaren ook verder geen bemoeienis met de opslag hebben gehad. Ook ziet de rechtbank geen aanleiding om aan te nemen dat sprake is van een andere reden waarom de gegevens toch niet gebruikt zouden mogen worden door de politie en/of het openbaar ministerie. Hiertoe overweegt de rechtbank dat gegevens die buiten het opsporingsonderzoek door particulieren of rechtspersonen in strijd met de regels zijn verkregen, alleen dan niet gebruikt mogen worden, indien dit gebruik een zodanige schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde, dan wel een zodanige veronachtzaming van de rechten van de verdediging, zou inhouden, dat toch bewijsuitsluiting zou moeten volgen. De rechtbank merkt op dat het Hof van Justitie nooit heeft geoordeeld dat providers onder geen enkele omstandigheid de telecommunicatiegegevens van hun klanten zouden mogen bewaren. Het betrof dus geen absolute schending van de artikelen 7 en 8 Handvest; de Daretentierichtlijn biedt slechts te weinig

<sup>3</sup> *Kamerstukken II 2015/16, 34257, 2.*

<sup>4</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498.



privacy-waarborgen. De rechtbank oordeelt daarom dat geen sprake is van een dusdanige schending van de privacy, dat toch bewijsuitsluiting moet volgen.

### **SPEELGOEDRICHTLIJN: HET VOORHANDEN HEBBEN VAN IMITATIEWAPENS LEVERT GEEN STRAFBAAR FEIT OP.**

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5221.**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: Speelgoedrichtlijn, Wet wapens en munitie, bewezenverklaarde niet strafbaar, artikel 1 lid 2 Sr, toepassing meest gunstige bepaling.*

In deze zaak is aan verdachte ten laste gelegd dat hij een imitatiepistool en een imitatierevolver – die zijn vermeld op lijst a of lijst b van de bij de Regeling Wapens en Munitie behorende bijlage I – voorhanden heeft gehad op 7 september 2013. De rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft verdachte daarvoor veroordeeld tot een geldboete van € 500,00. In hoger beroep acht ook het hof 's Hertogenbosch wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het ten laste gelegde heeft begaan, maar oordeelt dat het bewezenverklaarde niet strafbaar is. De verdediging heeft het hof gewezen op de zogenaamde Speelgoedrichtlijn ([Richtlijn 2009/48/EG](#)) en heeft daarbij, met behulp van de meegebrachte gids van Intertoys en de overgelegde uitdraaien van Google, aangetoond dat verdachtes imitatiewapens gewoon in de speelgoedwinkel te koop waren. Als gevolg van deze Speelgoedrichtlijn is per 2 juli 2014 bijlage a en b van de Regeling wapens en munitie te komen vervallen, waardoor het niet langer strafbaar is om dergelijke speelgoedwapens voorhanden te hebben. Het hof gaat mee in de redenering van de raadsman en overweegt hieromtrent het volgende. Hoewel het voorhanden hebben van de imitatiewapens ten tijde van de ten laste gelegde datum nog strafbaar was, moet, gelet op artikel 1 lid 2 Sr, de voor verdachte meest gunstige bepaling worden toegepast.<sup>5</sup> Dit brengt mee dat het bewezenverklaarde niet strafbaar is, nu onder de huidige regeling in dit geval geen sprake is van wapens in de zin van de WWM. Ten slotte wijst het hof nog op Kamervragen die zijn gesteld over de kwestie van speelgoedwapens. Uit het antwoord van de Minister van Veiligheid en Justitie bij brief van [16 maart 2015](#) volgt dat het verkopen en dragen van speelgoed dat op een wapen lijkt of kan lijken, niet verboden is op grond van de WWM, tenzij sprake is van een voorwerp dat als een wapen wordt aangemerkt, omdat gelet op de aard of omstandigheden waaronder het voorwerp wordt aangetroffen redelijkerwijs kan worden aangenomen dat het bestemd is om letsel aan personen toe te brengen of te dreigen. In dat geval is sprake van een wapen in de zin van artikel 2 lid 1 onder categorie IV sub 7 WWM, waarvan het dragen is verboden op grond van artikel 27 lid 1 WWM en strafbaar gesteld in artikel 54 WWM. Het hof overweegt dat er ook in die zin geen sprake is van wapens, omdat de imitatiewapens onder verdachtes bed zijn gevonden. Dit maakt het niet aannemelijk dat de imitatiewapens bestemd waren om letsel aan personen toe te brengen of te dreigen en eigenlijk is dat ook niet van belang: alleen het *dragen* van dergelijke wapens is strafbaar en niet het enkele *voorhanden hebben* zoals in casu ten laste gelegd is. Het hof oordeelt daarom dat verdachte dient te worden ontslagen van alle rechtsvervolgning en gelast de teruggave van de imitatiewapens.

### **WOTS EN WETS: KADERBESLUITCONFORME UITLEG VAN HET OVERGANGSRECHT**

**Conclusie A-G Aben 17 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2407, bij Hoge Raad 15 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3586**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: WOTS, WETS, overgangsrecht, kaderbesluitconforme uitleg*

Het beroep in cassatie is gericht tegen een WOTS-uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 21 mei 2015 houdende verlot tot tenuitvoerlegging van een Duitse vrijheidsstraf. A-G Aben stelt ambtshalve het overgangsrecht van de WETS aan de orde. De gevonniste persoon is op 21 november 2013 onder de terugkeergarantie van art. 6 lid 1 Overleveringswet overgeleverd aan Duitsland. In Duitsland is hij op 20 maart 2014 veroordeeld. Ter uitvoering van de terugkeergarantie heeft Duitsland op 23 oktober 2014 Nederland verzocht de tenuitvoerlegging van de Duitse straf over te nemen. Het ministerie van Veiligheid en Justitie heeft dat verzoek op 31 oktober 2014 ontvangen. Toentertijd was de WOTS nog van toepassing, omdat Duitsland Kaderbesluit 2008/909/JBZ (inzake wederzijdse erkenning van vrijheidsstraffen) nog niet had geïmplementeerd (zie art. 5:2 leden 1 en 2 WETS).<sup>6</sup> De rechtbank Rotterdam heeft het verzoek dan ook in behandeling genomen op grond van de WOTS.

<sup>5</sup> Vgl. echter HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6878, r.o. 3.6.2 (“De Hoge Raad blijft echter bij zijn bestendige rechtspraak met betrekking tot veranderingen die verband houden met delictomschrijvingen, waaronder begrepen veranderingen in de bestanddelen alsmede het vervallen van strafbaarstellingen, bijvoorbeeld in verband met de invoering van een ander handhavingsregime. (...), omdat de strafrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel wordt bepaald door de regelgeving die geldt ten tijde van het plegen van het strafbare feit. Een uitzondering daarop wordt echter gerechtvaardigd ingeval sprake is van een verandering van inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van de vóór de wetswijziging begane strafbare feiten”).

<sup>6</sup> [Artikel 5:2](#)

1. Deze wet treedt in de relatie met de lidstaten van de Europese Unie in de plaats van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen.

2. Het eerste lid is niet van toepassing in relatie tot een andere lidstaat van de Europese Unie voor zover en voor zolang die lidstaat niet de maatregelen heeft getroffen die noodzakelijk zijn om te voldoen aan het kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van de Europese Unie 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 tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie (PbEU L 327) of het kaderbesluit 2008/947/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel

Met ingang van 25 juli 2015 heeft Duitsland Kaderbesluit 2008/909/JBZ geïmplementeerd, hetgeen zou betekenen dat de WOTS niet meer van toepassing is, maar de WETS. De A-G constateert dat de WETS geen regeling bevat voor een geval als het onderhavige waarin het verzoek in behandeling is genomen onder het regime van de WOTS, terwijl de Staat van veroordeling hangende de behandeling van dat verzoek Kaderbesluit 2008/909/JBZ implementeert. Dat kaderbesluit bevat wel een aanknopingspunt voor de oplossing van zo een geval: volgens art. 28 lid 1 worden vóór 5 december 2011 verzoeken afgedaan ‘volgens de bestaande instrumenten’, terwijl na die datum ontvangen verzoeken worden afgedaan op grond van de nationale wetten die tot implementatie van het kaderbesluit strekken. De A-G stelt daarom de volgende kaderbesluitconforme lezing van art. 5:2 lid 2 WETS voor: de WETS is niet van toepassing, indien het verzoek tot overname van de tenuitvoerlegging is ontvangen vóórdat de betreffende lidstaat Kaderbesluit 2008/909/JBZ heeft geïmplementeerd. Die uitleg brengt in deze zaak mee dat de WOTS van toepassing is.

De Hoge Raad doet het middel af met art. 81 RO.

### UITLEVERING: RISICO OP SCHENDING VAN MENSENRECHTEN IN TURKIJE EN DREIGING VAN DE TURKSE HEZBOLLAH NIET AANNEMELIJK GEMAAKT.

**Rechtbank Den Haag 9 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14090.**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: uitlevering Turkije, kort geding, artikel 3 en 6 EVRM, interstatelijk vertrouwensbeginsel, dreiging Hezbollah.*

Op 29 januari 2014 hebben de Turkse autoriteiten om uitlevering van eiser verzocht in verband met een verdenking van het deelnemen aan een criminele organisatie en het medeplegen van een poging tot invoer van een partij heroïne in Nederland. De rechtbank Amsterdam heeft vervolgens op 22 augustus 2014 de uitlevering toelaatbaar verklaard en heeft de Minister van Veiligheid en Justitie geadviseerd de uitlevering toe te staan, hetgeen de minister ook heeft gedaan. In dit kort geding staat de vraag centraal of de minister, als orgaan van de staat, onrechtmatig jegens eiser heeft gehandeld door het verzoek van Turkije om uitlevering van eiser te honoreren. Eiser vordert – o.m. – dat het de Staat zal worden verboden om eiser aan Turkije uit te leveren. Eiser stelt namelijk dat hij in het geval van uitlevering aan Turkije het risico loopt te worden blootgesteld aan een schending van de artikelen 3 en 6 EVRM. Hiertoe voert hij verschillende omstandigheden aan. Ten eerste is eiser van Koerdische afkomst, is hij atheïst en heeft hij door zijn betrokkenheid bij de jongerenafdeling van de PKK en de oprichting van de organisatie YCK in het verleden politieke activiteiten ontplooid in Koerdische kring. Volgens eiser betekent dit dat hij in Turkije gevaar zal lopen, nu de Turkse overheid de PKK als terroristisch beschouwt en er alles aan doet om haar leden uit te schakelen. De tweede omstandigheid die eiser aanvoert is het feit dat de Turkse Hezbollah in 1999 een niet geslaagde bomaanslag op hem heeft gepleegd en dat hij om die reden thans nog altijd op een dodenlijst staat. De Turkse overheid zou hem niet voldoende willen en kunnen beschermen tegen Hezbollah, ook niet in de Turkse gevangenis.

Volgens de voorzieningenrechter kunnen deze omstandigheden echter niet leiden tot toewijzing van de vordering. De verplichting tot uitlevering – zoals in beginsel aanwezig tegenover Turkije op grond van het Europees uitleveringsverdrag (EUV) – kan slechts dan wijken voor de (ingevolge artikel 1 EVRM) op de Staat rustende verplichting om de rechten van het EVRM te verzekeren, indien blijkt dat de uit te leveren persoon door zijn uitlevering wordt blootgesteld aan het risico van een schending van een aan hem (ingevolge het EVRM) toekomend recht én wanneer naar aanleiding van een voldoende onderbouwd betoog is komen vast te staan dat hem na zijn uitlevering ter zake van die inbreuk niet een rechtsmiddel als bedoel in artikel 13 EVRM ter beschikking staat. Eiser heeft dit niet voldoende kunnen aantonen.

Ten aanzien van de omstandigheden die verband houden met eisers afkomst, geloofsovertuiging en de in het verleden ontplooid politieke activiteiten in Koerdische kring, oordeelt de voorzieningenrechter dat niet kan worden vastgesteld dat eiser enig concreet risico loopt te worden blootgesteld aan een schending van zijn door het EVRM beschermde rechten, omdat het onvoldoende aannemelijk is dat deze omstandigheden in de Turkse strafrechtelijke procedure enige rol van betekenis zullen spelen. Er is namelijk in het kader van het uitleveringsverzoek door de Turkse autoriteiten een garantie afgegeven dat de feiten waarvoor eiser in Turkije wordt vervolgd niet van politieke, militaire of financiële aard zijn. Gelet op het interstatelijke vertrouwensbeginsel mag er op worden vertrouwd dat deze garantie ook feitelijk zal worden nageleefd. Bovendien merkt de voorzieningenrechter op dat mag worden aangenomen dat eiser in ieder geval een rechtsmiddel als bedoel in artikel 13 EVRM ter beschikking zal staan in het geval dat hij toch mocht worden geconfronteerd met een (dreigende) schending van een aan hem ingevolge het EVRM toekomend recht.

Voor wat betreft de omstandigheid dat eiser thans nog immer op de dodenlijst van Hezbollah staat na de mislukte aanslag op diens leven, overweegt de voorzieningenrechter dat in dit verband volstrekt onvoldoende gesteld is om te kunnen spreken van een concrete dreiging van een schending van enig aan eiser toekomend EVRM-recht. Niet is namelijk komen vast te staan dat eiser thans daadwerkelijk nog op de dodenlijst staat. Eiser heeft na de aanslag geen problemen meer ondervonden van de zijde van Hezbollah. Zo is hij in Istanbul gaan wonen en werken en heeft hij zonder problemen zijn

---

van de wederzijdse erkenning op vonnissen en proeftijdbeslissingen met het oog op het toezicht op proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen (PbEU L 337).

militaire dienstplicht kunnen vervullen. Nu de Turkse Hezbollah in 2004 het gebruik van geweld heeft afgezworen, vormt deze omstandigheid evenmin een reden voor de voorzieningenrechter om eisers vordering toe te wijzen.

## UITLEVERING: DREIGENDE FLAGRANTE SCHENDING ARTIKEL 6 EVRM STAAT AAN UITLEVERING AAN RWANDA IN DE WEG

**Rechtbank Den Haag 27 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13904**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: uitlevering, dreigende flagrante schending van artikel 6 EVRM, recht op rechtsbijstand, genocidezaken.*

Rwandese autoriteiten hebben Nederland om de uitlevering van eiser gevraagd ter vervolging voor genocidefeiten, oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en lidmaatschap van een criminele organisatie met als doel schade toe te brengen aan personen of hun eigendommen. Op 11 juli 2014 heeft de uitleveringskamer van de rechtbank Den Haag de uitlevering deels gegrond en deels ongegrond verklaard. Voor zover de uitlevering gegrond is verklaard, heeft de uitleveringskamer de Minister van Veiligheid en Justitie (minister) geadviseerd om onder bepaalde voorwaarden, te weten het inwinnen van aanvullende inlichtingen en het bedingen van garanties, aan het verzoek tot uitlevering gevolg te geven. De minister heeft geoordeeld dat de Transfer Law het recht op een eerlijk proces op verschillende wijzen garandeert. De minister verwerpt om die reden het verweer van eiser dat hij geen eerlijk proces zou kunnen krijgen indien hij aan Rwanda wordt uitgeleverd. Daarnaast heeft de minister de toezegging gedaan dat het strafproces door de Nederlandse ambassade in Rwanda zal worden gevolgd en dat de verkregen rapporten openbaar zullen worden gemaakt. De minister heeft dan ook besloten om aan de uitlevering gevolg te geven.

Eiser heeft ter voorkoming van zijn uitlevering een kort geding tegen de Staat aangespannen. In deze zaak staat de rechtmatigheid van het besluit van de minister tot inwilliging van het uitleveringsverzoek centraal. Aan de stellingen van eiser over de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal voor de feiten waarvan hij wordt verdacht gaat de voorzieningenrechter voorbij. De voorzieningenrechter geeft aan dat bewijsbeoordeling niet tot zijn taken behoort. Ten aanzien van het onschuldverweer stelt de rechtbank vast dat de uitleveringskamer dit uitvoerig heeft behandeld en dat er geen nieuwe feiten en omstandigheden zijn aangevoerd die tot een ander oordeel kunnen leiden. Eiser beroept zich vervolgens op artikel 6 EVRM. Eiser is van mening dat hij door zijn uitlevering aan een dreigende flagrante schending van artikel 6 EVRM zal worden blootgesteld. Eiser heeft geen nieuwe argumenten aangevoerd die leiden tot de conclusie dat de algemene politiek situatie in Rwanda een eerlijk proces onmogelijk maakt. De voorzieningenrechter oordeelt dat de minister niet onrechtmatig handelt door de uitlevering van eiser toe te staan en te oordelen dat de Transfer Law voldoende garanties biedt die het recht op een eerlijk proces waarborgen.

In de huidige procedure heeft eiser ter onderbouwing van zijn stelling dat er in Rwanda geen adequate rechtsbijstand is een beroep gedaan op het rapport van Witteveen. Witteveen concludeert in zijn rapport dat in Rwanda het recht op rechtsbijstand in genocidezaken in de praktijk onvoldoende is verzekerd. De voorzieningenrechter hecht grote waarde aan de conclusie van Witteveen, omdat zijn rapport op zijn waarnemingen in de praktijk is gebaseerd. De conclusie van Witteveen is naar oordeel van de voorzieningenrechter een gegronde reden om aan te nemen dat de uitlevering van eiser aan Rwanda tot een flagrante schending van artikel 6 EVRM zal leiden. Het standpunt van de Staat dat de onderhavige zaak afgegeven garanties een eerlijk proces garanderen (bijstand door een buitenlandse advocaat; vergoeding van de kosten daarvan; monitoring via de Nederlandse ambassade) wordt door de voorzieningenrechter verworpen. De voorzieningenrechter oordeelt op basis van de rapportage van Witteveen dat in andere zaken afgegeven vergelijkbare garanties in de praktijk kennelijk niet worden uitgevoerd. Om die reden concludeert de voorzieningenrechter dat eiser niet aan Rwanda mag worden uitgeleverd, tenzij de Staat de bezwaren van Witteveen op adequate wijze wegneemt.

## KORTE SIGNALERINGEN

**Artikel, J.M. Reijntjes, ‘De internationale rechtshulp in het vernieuwde wetboek van strafvordering’, in: *Delikt en Delinkwent*, november 2015**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: herziening Wetboek van Strafvordering, internationale rechtshulp, Europees Rechtshulp Verdrag*

**Artikel, W.E.C.A. Valkenburg & A.A. Feenstra, ‘Fiscaal strafrecht’, in *Delikt en Delinkwent* 2015/75**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: nemo tenetur-beginsel, EHRM, artikel 69 AWR, fiscaal strafrecht, inlichtingenverplichting jegens fiscus.*

**Artikel, T. Spronken, ‘Onder druk wordt alles vloeibaar’, in: *NJB* 2015/2106.**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: terrorisme, ticking bomb scenario, ontzegging recht op bijstand advocaat, artikel 6 EVRM, Salduz, Richtlijn 2013/48/EU.*

**Artikel, M. van Noorloos, ‘Het strafrecht en de bescherming van minderheden’, in: *NJB* 2015/2108.**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: haat, discriminatie, vrijheid van meningsuiting, gemeenschapsdenken in het strafrecht.*

**Overzichtsnotitie, A. Kuijer, ‘De strafrechtelijke vervolging van vreemdelingen wegens verblijf in weerwil van**

**een ongewenstverklaring of een inreisverbod', november 2015.**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: overzichtsnotitie, actueel en volledig, artikel 197 Sr, Terugkeerrichtlijn, relevante rechtspraak.*

**Nieuwsbericht, Expertise centrum Europees Recht, 'Dialogo nationale rechter en EU-Hof moet beter, 11 december 2015.**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: volledige tekst oratie Jurian Langer, artikel 267 VWEU, prejudiciële procedure, belang van rechterlijke samenwerking en dialoog.*

**Oratie, M. de Werd, 'Der Lauf der Dinge - Problemen van rechtspraak in een Europese context', 9 december 2015.**

[Hyperlink](#)

*Trefwoorden: volledige tekst oratie Marc de Werd, rechtspreken in een internationale context, werkbaarheid van het Europese recht, toekomst van het Europese recht, rol voor juristen en rechters.*

**Artikel, P. van Es, 'De OM-straftbesikking en de minderjarige bestrafte', PROCES 2015, p. 359-374. [Hyperlink](#)**

*Trefwoorden: strafbesikking, minderjarigen, recht op eerlijk proces, artikel 6 EVRM, onvoldoende juridische en praktische waarborgen OM-afdoening, aanbevelingen.*