

## University of Groningen

### Case note: ECLI:NL:HR:2020:1893

Lindenberg, Kai

*Published in:*  
 Nederlandse Jurisprudentie

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Lindenberg, K. (2021). Case note: ECLI:NL:HR:2020:1893. NJ 2021/399. Casenote over: Hoge Raad (Strafkamer), 01/12/2020, 17/03472, ECLI:NL:HR:2020:1893 (Ongewenst vreemdeling; illegaal verblijf; inreisverbod). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2021(52), 6822-6836.

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

over beide aspecten zelfstandig een oordeel moeten vellen, maar dit ook moeten motiveren. Op zichzelf is het vervolgens geen onlogische veronderstelling dat in gevallen waarin een verweer met betrekking tot de rechtmatigheid geheel achterwege blijft, de rechtmatigheid kennelijk dermate evident is dat deze geen bijzondere motivering meer behoeft. Toch had het gezien de gevoeligheid van de materie en het feit dat de wettelijke regeling nog geregeld om uitleg vraagt – ook waar het gaat om de rechtmatigheid van de gemaakte afspraken (vgl. HR 23 april 2019, *NJ* 2019/327, m.nt. J.M. Reijntjes) – niet misstaan wanneer de Hoge Raad de zittingsrechter zou hebben verplicht in alle gevallen te motiveren waarom het voorlopige rechtmatigheidsoordeel van de rechter-commissaris kan worden omgezet in een definitief oordeel. Met een dergelijke verplichting zou de Hoge Raad hebben onderstreept dat de eindverantwoordelijkheid voor dit oordeel bij de zittingsrechter ligt.

J.H. Crijns

## NJ 2021/399

### HOGE RAAD (STRAFKAMER)

1 december 2020, nr. 17/03472

(Mrs. V. van den Brink, E.S.G.N.A.I. van de Griend, A.L.J. van Strien, M.J. Borgers, A.E.M. Röttgering; P-G mr. J. Silvis)  
m.nt. K.K. Lindenberg\*

Art. 11 Richtlijn nr. 2008/115/EG (Terugkeerrichtlijn); art. 49 lid 1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; art. 7 lid 1 EVRM; art. 197 Sr; art. 66a Vreemdelingenwet 2000

NJ 2018/480  
TPWS 2019/23  
RvdW 2018/1323  
RvdW 2021/13  
NJB 2018/2310  
NJB 2020/3060  
ECLI:NL:PHR:2020:935  
ECLI:NL:PHR:2018:612  
ECLI:NL:PHR:2018:1019  
ECLI:NL:HR:2018:2192  
ECLI:NL:HR:2020:1893

**Vervolg op NJ 2018/480 (prejudiciële vraag aan HvJ EU). 1. Is strafbaarstelling van verblijf in Nederland in strijd met een inreisverbod verenigbaar met het Unierecht als de betrokkene het land niet heeft verlaten? 2. Kwalificatieklacht. Het bestanddeel dat verdachte ‘wist of ernstige reden had te vermoeden’ dat tegen hem een inreisverbod was uitgevaardigd ontbreekt in de bewezenverklaring.**

\* Prof. mr. dr. K.K. Lindenberg is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

*Ad 1. Gelet op de in art. 197 Sr gebruikte woorden ‘dat inreisverbod is uitgevaardigd’ en de wetsgeschiedenis bij art. 197 Sr; ziet deze bepaling op illegaal verblijf in weerwil van uitvaardiging van een inreisverbod en niet slechts op illegaal verblijf na schending van dat verbod. HR onderschrijft aldus de uitleg van deze bepaling, zoals vermeld in het arrest van 17 september 2020 van het HvJ EU (ECLI:EU:C:2020:724). Het hiervoor bedoelde verblijf is (als het in de wetsgeschiedenis genoemde ‘gekwalificeerd illegaal verblijf’) strafbaar wanneer verdachte weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd. In het bijzonder stelt art. 197 Sr niet als voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid dat de verdachte na het uitgevaardigde inreisverbod het grondgebied van de EU heeft verlaten zodat het inreisverbod ook daadwerkelijk is ingegaan. Evenmin stelt deze bepaling als voorwaarde dat het gegeven inreisverbod is geschonden doordat verdachte (na verlaten van de EU) in strijd met het inreisverbod de EU weer is binnengekomen. Gelet op de bewoordingen van art. 197 Sr en de wetsgeschiedenis bij die bepaling, voorziet art. 197 Sr in toegankelijke, nauwkeurige en voorzienbare strafbaarstelling van ‘gekwalificeerd illegaal verblijf’, zodat deze voldoet aan de vereisten van art. 49 lid 1 van het Handvest van de grondrechten van de EU en art. 7 lid 1 EVRM. Daarbij is van belang dat art. 197 Sr niet schending van het gegeven inreisverbod strafbaar stelt of bij de omschrijving van strafbaar gesteld gedrag verwijst naar schending van dat verbod maar slechts naar de uitvaardiging ervan. Ad 2. In aanmerking genomen dat de bewezenverklaring niet het bestanddeel bevat dat verdachte ‘wist of ernstige reden had te vermoeden’ dat een inreisverbod tegen hem was uitgevaardigd, is het bewezenverklaarde ten onrechte gekwalificeerd als ‘als vreemdeling in Nederland verblijven, terwijl hij weet, dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000’.*

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 4 mei 2017, nummer 23/000266-16, in de strafzaak tegen [verdachte].

### Cassatiemiddel:

Middel zie 3.1; (red.).

### Conclusie P-G mr. J. Silvis:

1. De Hoge Raad heeft mij verzocht om in deze zaak een (tweede) aanvullende conclusie te nemen naar aanleiding van de uitspraak van 17 september 2020 van het Hof van Justitie van de Europese Unie (C-806/18)<sup>1</sup> inzake de prejudiciële vraag die de Hoge Raad in deze zaak bij arrest van 27 november 2018 aan het Hof van Justitie had voorgelegd.

<sup>1</sup> Hof van Justitie van de EU 17 september 2020, nr. C-806/18, ECLI:EU:C:2020:724.

2. Deze conclusie is als volgt opgebouwd. Hieronder volgt eerst een korte beschrijving van de zaak. Dan volgt een samenvatting van mijn conclusie van 12 juni 2018<sup>2</sup> en de aanvullende conclusie van 18 september 2018.<sup>3</sup> Aansluitend volgt een samenvatting van het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2018<sup>4</sup> en de daarin geformuleerde prejudiciële vraag. Vervolgens geef ik weer wat het Hof van Justitie heeft geantwoord op de prejudiciële vraag. Daarop volgt een duiding van het arrest van het Hof van Justitie in verband met de concrete zaak. Daarna volgt een slotsom.

#### *Gang van zaken*

3. De gang van zaken in deze zaak is als volgt. Op 20 april 2000 is aan verdachte in persoon de beschikking uitgereikt waarbij hij ongewenst werd verklaard. Bij beschikking van 19 maart 2013 is de ongewenstverklaring opgeheven. Deze beschikking hield tevens in dat verdachte, nu hij meerdere malen veroordeeld was voor het plegen van verschillende misdrijven en daarmee een gevaar voor de openbare orde was, Nederland op grond van art. 62 lid 2 aanhef en onder c Vreemdelingenwet 2000 onmiddellijk diende te verlaten en dat tegen hem ingevolge art. 66a lid 1 aanhef en onder a Vreemdelingenwet 2000 een inreisverbod voor de duur van vijf jaar was uitgevaardigd. Op 21 oktober 2015 is verdachte aangehouden in een horeca-gelegenheid in Amsterdam omdat hij geen geldig identiteitsbewijs kon overleggen. Aan verdachte is tenlastegelegd dat hij rond 20 oktober te Amsterdam als vreemdeling heeft verbleven, terwijl hij wist of ernstige reden had te vermoeden dat hij op grond van art. 67 van de Vreemdelingenwet 2000 tot ongewenst vreemdeling was verklaard of terwijl tegen hem een inreisverbod was uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a lid 7 van de Vreemdelingenwet 2000. Verdachte is bij arrest van 4 mei 2017 door het hof Amsterdam wegens "als vreemdeling in Nederland verblijven, terwijl hij weet, dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000" veroordeeld tot twee maanden gevangenisstraf met aftrek.

#### *De conclusie van 12 juni 2018 en de aanvullende conclusie van 18 september 2018*

4. In mijn conclusie van 12 juni 2018 (ECLI:NL:PHR:2018:612) heb ik het voorgestelde middel van cassatie besproken. Het middel klaagde over de bewezenverklaring door het hof dat verdachte op 20 oktober 2015 te Amsterdam "als vreemdeling heeft verbleven terwijl tegen hem een inreisverbod was uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid van de Vreemdelingenwet" en tegen de kwalificatie als het strafbare feit als be-

doeld in art. 197 Sr. Ten aanzien van de bewezenverklaring werd aangevoerd dat een essentieel bestanddeel van het tenlastegelegde strafbare feit ontbrak, te weten dat verdachte "wist of ernstige redenen had te vermoeden" dat tegen hem een inreisverbod was uitgevaardigd, en dat deze omstandigheid ook niet kan blijken uit de door het hof gebezigde bewijsmiddelen.

Ten aanzien van de kwalificatie als art. 197 Sr werd aangevoerd dat het hof er wel van is uitgegaan dat verdachte na het uitvaardigen van het inreisverbod de EU nog niet had verlaten, maar heeft miskend dat daardoor het inreisverbod, zijnde het verbod om het grondgebied van de lidstaten van de EU binnen te komen en aldaar te verblijven, nog niet was ingegaan.

5. Ten aanzien van het eerste onderdeel van het middel concludeerde ik dat het middel in zoverre slaagt. Ik overwoog dienaangaande:

"10. Uit de bewijsmiddelen in de onderhavige zaak kan niet volgen dat verdachte op enige manier bekend was geraakt met (de inhoud van) de beschikking waarbij het inreisverbod werd opgelegd. Uit de enkele overweging van het hof in het arrest dat het besluit, bezien naar Nederlands recht, op rechtsgeldige wijze bekend is gemaakt en op de tenlastegelegde datum rechtskracht had, kan niet worden afgeleid dat de verdachte daarvan wist of ernstige reden had dit te vermoeden.<sup>5</sup>

11. De stukken van het geding houden ten aanzien van het vermoeden of de wetenschap bij verdachte nog het volgende in. Blijkens het proces-verbaal van de zitting in hoger beroep heeft de raadsman in aanvulling op zijn pleidooi ten aanzien van bij verdachte aanwezige wetenschap of vermoeden medegedeeld: 'Misschien is technisch de delictomschrijving wel vervuld. Je kunt wel aannemen dat hij het redelijkerwijs moest vermoeden'.

Het hof heeft verder in zijn strafoverwegingen overwogen: 'De verdachte heeft als vreemdeling in Nederland verbleven, terwijl hij wist dat tegen hem een inreisverbod was uitgevaardigd'.

Ik meen dat de opmerking van de raadsman noch de overweging van het hof in het kader van de strafoplegging het ontbreken in de bewezenverklaring van het bestanddeel dat verdachte 'wist of ernstige reden had te vermoeden dat' tegen hem een inreisverbod was uitgevaardigd kan sauveren in de zin dat het ontbreken van dit bestanddeel als kennelijke verschrijving kan worden opgevat.

12. Ik vind gezien de bewezenverklaring onvoldoende houvast om te adviseren het ervoor te houden dat het hof gezien de bewijsmiddelen het voldoen aan de wetenschapseis kennelijk heeft afgeleid uit de bewijsmiddelen betreffende de wetenschap van de voorafgaande ongewenstheid zodat wel aan de wetenschapseis is

2 ECLI:NL:PHR:2018:612.

3 ECLI:NL:PHR:2018:1019.

4 ECLI:NL:HR:2018:2192.

5 Vgl. HR 16 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:41.

voldaan volgens het criterium dat is aangegeven in ECLI:NL:HR:2016:1116. Deze aarzeling is mede ingegeven doordat het middel in

ECLI:NL:HR:2018:41 doel trof.

Tegen die achtergrond vind ik het aanbevelenswaardig dat de Hoge Raad richting geeft aan de praktijk hoe de vereiste inhoud van de wetenschapseis in art. 197 Sr door de feitenrechter, mits de bewijsmiddelen toereikend zijn, technisch moet worden verwerkt in de omstandigheid dat een ongewenstverklaring op het moment van het tenlastegelegde verblijf al is vervangen door een inreisverbod.”

6. Ten aanzien van het tweede onderdeel van het middel concludeerde ik dat dit onderdeel faalt:

“Wat betreft het tweede onderdeel van het middel merk ik op dat art. 197 Sr strafbaar stelt gekwalificeerd illegaal verblijf na de uitvaardiging tegen hem van een inreisverbod. Hiervoor lijkt niet nodig dat het inreisverbod is ingegaan. In het systeem van de richtlijn (artikel 3, punt 6, en artikel 11, eerste lid, eerste volzin) en ook van artikel 66a, eerste en tweede lid, waarin is bepaald dat het moet gaan om een vreemdeling die Nederland moet verlaten, ligt besloten dat voor de uitvaardiging van een inreisverbod een terugkeerbesluit is vereist. Het inreisverbod wordt derhalve niet gegeven zonder dat er een terugkeerbesluit wordt of is gegeven, in respectievelijk dezelfde of een eerder gegeven beschikking. Wanneer er geen uitreis na oorspronkelijk illegaal verblijf heeft plaatsgevonden, althans kan worden vastgesteld, of tenminste een terugkeerprocedure is doorlopen, komt een toepassing van de strafbaarstelling in dat geval evenwel op gespannen voet te staan met het unierecht (Richtlijn 2008/115, zie HvJEU, 26 juli 2017, *Ouhrami*, C-225/16, overwegingen 54 tot en met 56), omdat het nuttig effect van de richtlijn in de opvatting van het HvJEU niet gediend wordt met handhaving van de strafbaarstelling van illegaal verblijf zonder dat tenminste regulier geprobeerd is de betrokkene te doen terugkeren. Dit vereist beperkt de reikwijdte van art. 197 Sr ten opzichte van hetgeen de wetgever oorspronkelijk voor ogen stond in aanzienlijke mate. Het hof heeft dit niet miskend. Het hof heeft zich in zijn overwegingen t.a.v. de strafoplegging uitdrukkelijk gebogen over de vraag of de terugkeerprocedure was doorlopen en komt dan tot de volgende conclusie: ‘Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de terugkeerprocedure kan worden geacht te zijn doorlopen, zodat de Terugkeerrichtlijn niet in de weg staat aan het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf. Het tweede onderdeel van het middel faalt.’”

7. De aanvullende conclusie van 18 september 2018 (ECLI:NL:PHR:2018:1019) zag op het tweede onderdeel van het middel, met name op de vraag hoe de strafbaarstelling in art. 197 Sr zich verhoudt tot de ruimte voor strafrechtelijke sanctionering die

de Terugkeerrichtlijn<sup>6</sup> biedt, en op, bij twijfel omtrent de beantwoording van die vraag, het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.

8. Ten aanzien van de vraag hoe art. 197 Sr zich verhoudt tot de Terugkeerrichtlijn schreef ik het volgende:

“25. Artikel 197 Sr zegt voor wat betreft het inreisverbod letterlijk dat strafbaar is een vreemdeling die in Nederland verblijft terwijl hij weet of ernstig reden heeft om te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a lid 7 Vreemdelingenwet 2000. Het inreisverbod moet zijn uitgevaardigd, het hoeft (nog) niet in werking te zijn getreden. In het systeem van de richtlijn (artikel 3 lid 6, en artikel 11 lid 1 eerste volzin) en ook in het systeem van artikel 66a lid 1 en 2 Vreemdelingenwet 2000, waarin is bepaald dat het moet gaan om een vreemdeling die Nederland moet verlaten, ligt besloten dat voor de uitvaardiging van een inreisverbod een terugkeerbesluit is vereist. Het inreisverbod wordt derhalve niet gegeven zonder dat er een terugkeerbesluit wordt of is gegeven, in respectievelijk dezelfde of een eerder gegeven beschikking. Met de uitvaardiging van een inreisverbod gaat het ‘gewone illegale verblijf’ over in een gekwalificeerd illegaal verblijf. Wanneer er geen uitreis na oorspronkelijk illegaal verblijf heeft plaatsgevonden, althans kan worden vastgesteld, of tenminste een terugkeerprocedure is doorlopen, komt een toepassing van de strafbaarstelling in dat geval evenwel op gespannen voet te staan met het Unierecht, omdat het nuttig effect van de richtlijn in de opvatting van het Hof van Justitie van de EU niet gediend wordt met handhaving van de strafbaarstelling van illegaal verblijf zonder dat tenminste regulier geprobeerd is de betrokkene te doen terugkeren. Hierdoor wordt de reikwijdte van artikel 197 Sr ten opzichte van hetgeen de wetgever oorspronkelijk voor ogen stond of kan hebben bestaan, in aanzienlijke mate beperkt. Dit staat niet in de weg aan de uitleg van artikel 197 Sr in de zin dat, ook in geval de vreemdeling de EU nog niet heeft verlaten (er nog geen uitreis heeft plaatsgevonden), maar er wel een terugkeerprocedure is doorlopen, de vreemdeling strafbaar is indien hij in Nederland zonder geldige reden verblijft terwijl hij weet of ernstig reden heeft om te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd (of na een ongewenstverklaring). Met de uitvaardiging van het inreisverbod en de daarmee verbonden procedure van het besluit tot onmiddellijke terugkeer ontstond immers de gekwalificeerde vorm van het illegale verblijf welke de wetgever strafbaar beoogde te stellen met de wijziging van art. 197

<sup>6</sup> Richtlijn nr. 2008/115/EG over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (*Staatsblad* 2011, 663).

Sr. Van belang is dat ten aanzien van betrokkene tot de uitvaardiging van een inreisverbod een ongewenstverklaring van kracht was.”

“32. In de door mij voorgestane uitleg van artikel 197 Sr is het onderscheid tussen de uitvaardiging van een inreisverbod en het ingaan van het inreisverbod van belang. Het inreisverbod was nog niet ingegaan, maar de repatriant had geen geldige reden om niet vrijwillig terug te keren. Het feit dat het inreisverbod nog niet was ingegaan maakt niet dat het verblijf legaal was. De geldigheid van het inreisverbod in de zin van art. 66a lid 7 Vreemdelingenwet is niet onverenigbaar met het op een later onzeker tijdstip ingaan van dat uitgevaardigde inreisverbod. Het hof heeft in zijn overwegingen geconcludeerd dat de terugkeerprocedure kan worden geacht te zijn doorlopen. Dit laatste is in cassatie niet betwist.”

9. Ten aanzien van het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie gaf ik de Hoge Raad de volgende vraag in overweging:

“Is de handhaving van een nationale strafbaarstelling van voortgezet illegaal verblijf van een derdelander vreemdeling nadat een voorafgaande ongewenstverklaring van hem is vervangen door de uitvaardiging van een inreisverbod tegen hem, in het geval van de vaststelling van de feitenrechter dat de terugkeerprocedure is of geacht kan worden te zijn doorlopen terwijl feitelijke terugkeer niet heeft plaatsgevonden en zonder dat de vreemdeling een geldige reden heeft om niet vrijwillig gevolg te geven aan de verplichting onmiddellijk te vertrekken, verenigbaar met het Unierecht?”

*Uitspraak Hoge Raad en prejudiciële vraagstelling*

10. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 27 november 2018 (ECLI:NL:HR:2018:2192) omtrent het uitgangspunt bij de te formuleren prejudiciële vraag het volgende overwogen:

“5.6. Uitgangspunt bij het hierna geformuleerde verzoek om een prejudiciële beslissing is dus dat tegen de verdachte op 19 maart 2013 een inreisverbod is uitgevaardigd, dat aan dat inreisverbod ten grondslag ligt het terugkeerbesluit van diezelfde datum alsmede de vaststelling dat de verdachte een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid als bedoeld in artikel 66a, zevende lid aanhef en onder b, Vw 2000, en dat de verdachte na 19 maart 2013 geen rechtmatig verblijf heeft in Nederland. Voorts staat vast dat de verdachte Nederland na 19 maart 2013 niet heeft verlaten, zodat het moment waarop de in artikel 11, lid 2, van de terugkeerrichtlijn bedoelde termijn van vijf jaren ingaat nog niet is verstreken.

De vraag kan derhalve worden gesteld of die laatste omstandigheid meebrengt dat het recht van de Europese Unie – in het bijzonder de terugkeerrichtlijn en de daaraan in voornoemd arrest Ouhrami door het HvJ EU gegeven uitleg –

eraan in de weg staat dat de verdachte zich schuldig kan hebben gemaakt aan niet-rechtmatig verblijf in Nederland nadat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, Vw 2000.

Deze vraag is met name gerezen naar aanleiding van het hiervoor weergegeven arrest Ouhrami waarin onder meer is overwogen dat een inreisverbod pas 'rechtsgevolgen' teweegbrengt na het tijdstip van de daadwerkelijke terugkeer van de vreemdeling naar een land buiten de Europese Unie. Zoals weergegeven in de aanvullende conclusie van de Procureur-Generaal onder 21 tot en met 24 wordt in een deel van de daaraan gewijde Nederlandse vakliteratuur aan deze overweging de consequentie verbonden dat vervolging en bestraffing op grond van handelen in strijd met artikel 197 Sr van een vreemdeling die nog niet daadwerkelijk is teruggekeerd naar een land buiten de Europese Unie, niet mogelijk is. Andere auteurs, alsmede de Procureur-Generaal in die conclusie, stellen zich echter op het standpunt dat deze uitspraak niet die consequentie heeft, nu artikel 197 Sr slechts aanknoopt bij het tijdstip waarop het inreisverbod is uitgevaardigd (en de bekendheid van de vreemdeling met die uitvaardiging). Gelet op de uit deze discussie voortvloeiende onzekerheid over de precieze reikwijdte van voornoemd arrest Ouhrami, zijn bij de Nederlandse gerechten lopende strafzaken tegen vreemdelingen waarin deze kwestie aan de orde is, aangehouden in afwachting van duidelijkheid hieromtrent.

Met betrekking tot de mogelijke beantwoording van de te stellen vraag merkt de Hoge Raad op dat het bepaalde in artikel 197 Sr na 31 december 2011 (en tot dat het HvJ EU voornoemd arrest Ouhrami wees) ook in gevallen als het onderhavige – waarin niet is vastgesteld dat de vreemdeling Nederland na het uitvaardigen van het inreisverbod daadwerkelijk had verlaten – heeft geleid tot vervolging en bestraffing van vreemdelingen tegen wie met toepassing van artikel 66a, zevende lid, Vw 2000 een inreisverbod was uitgevaardigd, indien aan de overige door het Nederlandse recht en het recht van de Europese Unie daaraan gestelde voorwaarden was voldaan.”

11. De Hoge Raad heeft de volgende vraag aan het Hof van Justitie van de EU voorgelegd:

“Is een nationale strafbaarstelling die inhoudt dat strafbaar is verblijf van een onderdaan van een derde land op het grondgebied van Nederland nadat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, Vreemdelingenwet 2000, terwijl op grond van het nationale recht tevens vaststaat dat deze vreemdeling geen rechtmatig verblijf heeft in Nederland en voorts vaststaat dat de stappen van de in de terugkeerrichtlijn vastgelegde terugkeerprocedure zijn doorlopen maar daadwerkelijke terugkeer niet heeft plaatsgevonden, verenigbaar met het

Unierecht, in het bijzonder met het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest van 26 juli 2017 inzake *Ouhrami/Nederland* (zaak C-225/16, ECLI:EU:C:2017:590, onder 49) dat het in artikel 11 van de terugkeerrichtlijn bedoelde inreisverbod pas 'rechtsgevolgen' teweegbrengt vanaf het tijdstip van terugkeer van de vreemdeling naar zijn land van herkomst of een ander derde land?"

*Arrest van 17 september 2020 van het Hof van Justitie van de EU*

12. In zijn arrest van 17 september 2020 heeft het Hof van Justitie van de EU deze vraag als volgt beantwoord:

"Gelet op een [en] ander moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat richtlijn 2008/115, met name artikel 11 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat zij zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die bepaalt dat een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een illegaal verblijvende derdelander jegens wie de stappen van de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure zijn doorlopen zonder dat de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten, wanneer het strafbaar gestelde gedrag is omschreven als illegaal verblijf terwijl de betrokkene kennis heeft van een inreisverbod dat is uitgevaardigd met name vanwege de strafrechtelijke antecedenten van de betrokkene of vanwege het gevaar dat hij vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid, mits het strafbaar gestelde gedrag niet is omschreven door verwijzing naar schending van dat inreisverbod en deze regeling voldoende toegankelijk en nauwkeurig is en de toepassing ervan voldoende voorzienbaar is, teneinde willekeur te voorkomen. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan."

*Betekenis arrest van het Hof van Justitie van de EU voor de onderhavige zaak*

13. Wat betekent het arrest van het Hof van Justitie van de EU concreet voor de onderhavige zaak? Ik meen dat het arrest overeenstemt met de duiding die ik van het Unierecht heb gegeven in de aanvullende conclusie van 18 september 2018 in de onderhavige zaak, met aanhaling van dezelfde rechtspraak.<sup>7</sup> In ieder geval maakt het duidelijk dat art. 197 Sr niet onverenigbaar hoeft te worden geacht met art. 11 van de Terugkeerrichtlijn. Art. 197 Sr stelt niet de schending van het inreisverbod strafbaar, maar het illegaal verblijf in Nederland terwijl

de derdelander weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd. Daarbij komt dat het inreisverbod (mede) is uitgevaardigd vanwege de strafrechtelijke antecedenten van de betrokkene en aldus vanwege het gevaar dat hij vormt voor de openbare orde. In het concrete geval zal moeten worden vastgesteld dat "de betrokkene kennis heeft van een inreisverbod dat tegen hem is uitgevaardigd".

14. Het Hof van Justitie van de EU heeft voorts overwogen dat de regeling voldoende toegankelijk en nauwkeurig dient te zijn en de toepassing ervan voldoende voorzienbaar moet zijn, teneinde willekeur te voorkomen, en dat het aan de verwijzende rechter is om dit na te gaan. In de conclusie voorafgaand aan het arrest van het Hof van Justitie van de EU van de advocaat-generaal Szpunar<sup>8</sup> merkt deze op dat de formulering van artikel 197 Sr ongelukkig is gelet op de bewoordingen van richtlijn 2008/115, omdat in dit artikel het duidelijke onderscheid verwaagt dat in de richtlijn wordt gemaakt tussen een terugkeerbesluit en een inreisverbod; "Zelfs een welwillende lezing van artikel 197 Sr vergt intellectuele pirouettes", aldus de A-G. Volgens de A-G speelt dit met name een rol bij de toetsing van art.197 Sr aan het Handvest.

15. In mijn ogen strijdt artikel 197 Sr niet met het legaliteitsbeginsel. Het feit dat bij de toepassing ervan een beperking ten opzichte van de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever in acht genomen moet worden, is enigszins complicerend maar die strekt niet ten nadele van de verdachte. De strafbaarstelling is toegankelijk, voorzienbaar en nauwkeurig geformuleerd. De hiervoor bedoelde beperking van de reikwijdte vloeit voort uit de verplichting van een uitleg die conform het Unierecht is, zoals ik in de eerste aanvullende conclusie heb betoogd (nr. 25). In de door het Hof aangehaalde zaak EHRM, 21 oktober 2013, *Del Rio Prada tegen Spanje* (CE:ECHR:2013:1021 JUD004275009, § 125), ging het om wijzigingen ten nadele van de betrokkene.

*Slotsom*

16. Ik kom tot de slotsom. Uit het antwoord van het Hof van Justitie van de EU op de prejudiciële vraag volgt dat art. 197 Sr niet strijdig is met de Terugkeerrichtlijn. Dit antwoord heeft wat dat betreft dus geen gevolgen voor mijn bespreking van het middel in mijn conclusie van 12 juni 2018 en de aanvullende conclusie van 18 september 2018. In de conclusie van 12 juni 2018 achtte ik het eerste onderdeel van het middel gegrond, met name in het licht van een eerder arrest van de Hoge raad (ECLI:NL:HR:2018:41), zij het niet zonder aarzeling.

17. Ambtshalve heb ik geen gronden aangetroffen die tot vernietiging van de bestreden uitspraak aanleiding behoren te geven.

18. Deze conclusie strekt tot vernietiging van de bestreden uitspraak en tot terugwijzing van de

<sup>7</sup> Hof van Justitie van de EU 28 april 2011 inzake *El Dridj/Italië* (C-61/11 PPU); Hof van Justitie van de EU 6 december 2011 inzake *Achughbabian/Frankrijk* (C-329/11)10; Hof van Justitie van de EU 6 december 2012 inzake *Sagor/Italië* (C-430/11)11; Hof van Justitie van de EU 19 september 2013 inzake *Filev en Osmani/Duitsland* (C-297/12)12; Hof van Justitie van de EU 1 oktober 2015 inzake *Celaj/Italië* (C-290/14)13; Hof van Justitie van de EU 26 juli 2017 inzake *Ouhrami/Nederland* (C-225/16)14.

<sup>8</sup> Conclusie van Advocaat-Generaal M. Szpunar van 23 april 2020, C-806/18.

zaak naar het hof Amsterdam teneinde op het bestaande hoger beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

### Hoge Raad:

#### 1 *Procesverloop in cassatie*

1.1 Voor het procesverloop tot zover verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest van 27 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2192 (*NJ* 2018/480; *red.*). Bij dit arrest heeft de Hoge Raad het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) verzocht uitspraak te doen over de in dat arrest onder 6 omschreven vraag.

1.2 Bij arrest van 17 september 2020, ECLI:EU:C:2020:724, heeft het HvJEU in de zaak C-806/18 het volgende overwogen:

“Beantwoording van de prejudiciële vraag

23 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2008/115, met name artikel 11 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die bepaalt dat een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een illegaal verblijvende derdelander jegens wie de stappen van de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure zijn doorlopen zonder dat de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten, wanneer het strafbaar gestelde gedrag is omschreven als illegaal verblijf terwijl de betrokkene kennis heeft van een inreisverbod dat is uitgevaardigd met name vanwege de strafrechtelijke antecedenten van de betrokkene of vanwege het gevaar dat hij vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid. In dat verband vraagt de verwijzende rechter zich onder meer af wat de consequenties zijn van het arrest van 26 juli 2017, *Ouhrami* (C-225/16, EU:C:2017:590).

24 In dat verband moet er in de eerste plaats aan worden herinnerd dat richtlijn 2008/115 er volgens overweging 2 toe strekt om op basis van gemeenschappelijke normen een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid te ontwikkelen, zodat mensen op een humane manier, met volledige eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid, teruggezonden kunnen worden. Volgens overweging 4 van deze richtlijn is een dergelijk doeltreffend terugkeerbeleid voorts een onmisbaar onderdeel van een gedegen migratiebeleid. Zoals blijkt uit zowel de titel als artikel 1 ervan stelt richtlijn 2008/115 daartoe ‘gemeenschappelijke normen en procedures’ vast die door de lidstaten moeten worden toegepast bij de terugkeer van illegaal op hun grondgebied verblijvende onderdanen van derde landen (arresten van 28 april 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punten 31 en 32 (*NJ* 2011/247, m.nt. M.R. Mok; *red.*), en 30 mei 2013, *Arslan*, C-534, EU:C:2013:343, punt 42).

25 Richtlijn 2008/115 heeft echter enkel betrekking op de terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen en heeft dus niet

tot doel alle voorschriften van de lidstaten inzake het verblijf van vreemdelingen te harmoniseren. Bijgevolg verzet deze richtlijn zich er niet tegen dat illegaal verblijf in het recht van een lidstaat wordt aangemerkt als een strafbaar feit en dat daarop strafrechtelijke sancties worden gesteld om het plegen van een dergelijk strafbaar feit tegen te gaan en te bestraffen (arresten van 6 december 2011, *Achughbabian*, C-329/11, EU:C:2011:807, punt 28 (*NJ* 2012/108, m.nt. M.R. Mok; *red.*), en 6 december 2012, *Sagor*, C-430/11, EU:C:2012:777, punt 31).

26 Volgens vaste rechtspraak mag een lidstaat niettemin geen strafrechtelijke bepalingen toepassen die de verwezenlijking van de door richtlijn 2008/115 nagestreefde doelstellingen in gevaar kunnen brengen en deze derhalve haar nuttig effect kunnen ontnemen. Het strafrecht en het strafprocesrecht behoren weliswaar in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten, maar dit rechtsgebied kan desalniettemin worden beïnvloed door het Unierecht. Hoewel dus noch artikel 63, eerste alinea, punt 3, onder b), EG — bepaling die is overgenomen in artikel 79, lid 2, onder c), VWEU — noch de met name op basis van die bepaling in het EG-Verdrag vastgestelde richtlijn 2008/115 de strafrechtelijke bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van illegale immigratie en illegaal verblijf uitsluit, moeten de lidstaten hun wetgeving op dat gebied zodanig inrichten dat de eerbiediging van het Unierecht wordt gewaarborgd (zie in die zin arresten van 28 april 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punten 53-55 (*NJ* 2011/247, m.nt. M.R. Mok; *red.*); 6 december 2011, *Achughbabian*, C-329/11, EU:C:2011:807, punt 33 (*NJ* 2012/108, m.nt. M.R. Mok; *red.*), en 6 december 2012, *Sagor*, C-430/11, EU:C:2012:777, punt 32).

27 Het Hof heeft aldus geoordeeld dat richtlijn 2008/115 zich verzet tegen een regeling van een lidstaat waarbij illegaal verblijf wordt tegengegaan met strafrechtelijke sancties, voor zover op grond van deze regeling een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een onderdaan van een derde land die weliswaar illegaal op het grondgebied van die lidstaat verblijft en niet bereid is dit grondgebied vrijwillig te verlaten, maar op wie niet de in artikel 8 van deze richtlijn bedoelde dwangmaatregelen zijn toegepast en voor wie, in geval van vreemdelingenbewaring met het oog op de voorbereiding en de uitvoering van zijn verwijdering, de maximale duur van deze bewaring nog niet is verstreken (arrest van 6 december 2011, *Achughbabian*, C-329/11, EU:C:2011:807, punt 50 (*NJ* 2012/108, m.nt. M.R. Mok; *red.*)).

28 Volgens het Hof sluit dat niet de bevoegdheid uit van de lidstaten om — eventueel strafrechtelijke — bepalingen vast te stellen of te handhaven die, met inachtneming van de beginselen van richtlijn 2008/115 en de doelstelling ervan, de situatie regelen waarin dwangmaatregelen

niet hebben kunnen leiden tot verwijdering van een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land. Deze richtlijn verzet zich dientengevolge niet tegen een nationale regeling op grond waarvan een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een onderdaan van een derde land jegens wie de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal op het grondgebied van de betrokken lidstaat verblijft (arrest van 6 december 2011, Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, punten 46, 48 en 50 (NJ 2012/108, m.nt. M.R. Mok; red.)).

29 Derhalve moet worden vastgesteld dat Nederland met toepassing van deze rechtspraak in beginsel in de wet de mogelijkheid kan opnemen om een onderdaan van een derde land een gevangenisstraf op te leggen in een situatie als in het hoofdgeding, waarin, volgens de gegevens in het verwijzingsarrest, de in richtlijn 2008/115 ingestelde terugkeerprocedure is doorlopen maar de betrokkene, zonder geldige reden om niet terug te keren, zijn illegale verblijf op het grondgebied voortzet.

30 In de tweede plaats moet worden onderzocht of het verenigbaar is met richtlijn 2008/115 dat de gedraging waardoor een dergelijk illegaal verblijf van een derdelander na vruchteloos doorlopen van de terugkeerprocedure strafbaar wordt, wordt omschreven door verwijzing naar het feit dat die derdelander er kennis van heeft dat er een inreisverbod tegen hem is uitgevaardigd, met name vanwege zijn strafrechtelijke antecedenten of vanwege het gevaar dat hij vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid. 31 In dat verband moet erop worden gewezen dat een terugkeerbesluit ingevolge artikel 11, lid 1, van richtlijn 2008/115 gepaard gaat met een inreisverbod indien er geen termijn voor vrijwillig vertrek is toegekend of indien niet aan de terugkeerplichting is voldaan. In alle andere gevallen kan een terugkeerbesluit gepaard gaan met een inreisverbod.

32 In de punten 45 tot en met 51 van het arrest van 26 juli 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590), waarvan de verwijzende rechter zich afvraagt wat de strekking is, heeft het Hof in wezen opgemerkt dat uit de uitdrukking 'inreisverbod', de bewoordingen van artikel 3, punten 4 en 6, van richtlijn 2008/115 en de bewoordingen en het doel van artikel 11, lid 1, alsmede uit de opzet van de richtlijn – waarin een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen het terugkeerbesluit en een eventueel verwijderingsbesluit, enerzijds, en het inreisverbod, anderzijds – voortvloeit dat een dergelijk verbod wordt geacht een terugkeerbesluit aan te vullen door het de betrokkene te verbieden gedurende een bepaalde tijd na zijn 'terugkeer', en dus na zijn vertrek van het grondgebied van de lidstaten, dat grondgebied opnieuw te betreden en er vervolgens te verblijven. Een eventueel inreis-

verbod vormt aldus een middel om de doeltreffendheid van het terugkeerbeleid van de Unie te vergroten, door te waarborgen dat gedurende een bepaalde periode na de verwijdering van een illegaal verblijvende derdelander, deze persoon niet legaal kan terugkeren op het grondgebied van de lidstaten. Voor het ingaan van een dergelijk verbod wordt dus verondersteld dat de betrokkene dat grondgebied eerst heeft verlaten. 33 Daaruit volgt dat het illegale verblijf van een onderdaan van een derde land tot het tijdstip van de vrijwillige of gedwongen uitvoering van de terugkeerplichting wordt beheerst door het terugkeerbesluit en niet door het inreisverbod, dat pas rechtsgevolgen teweegbrengt vanaf het tijdstip dat die onderdaan het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk verlaat.

34 In een situatie als in het hoofdgeding, waarin de betrokkene Nederland na de vaststelling van het terugkeerbesluit niet heeft verlaten en aan de daarbij opgelegde terugkeerplichting bijgevolg nooit is voldaan, bevindt deze betrokkene zich in een illegale situatie die voortvloeit uit een oorspronkelijk illegaal verblijf en niet uit een later illegaal verblijf dat het gevolg is van een overtreding van een inreisverbod in de zin van artikel 11 van richtlijn 2008/115 (zie in die zin arrest van 26 juli 2017, Ouhrami, C-225/16, EU:C:2017:590, punt 55).

35 In een dergelijke situatie kan de betrokkene niet worden bestraft wegens schending van een inreisverbod, aangezien een dergelijke schending nu juist ontbreekt.

36 Volgens JZ blijkt met name uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 197 Sr dat deze bepaling enkel de schending van een inreisverbod beoogt te bestraffen en niet een oorspronkelijk illegaal verblijf. Indien dat daadwerkelijk het geval is – hetgeen de verwijzende rechter dient vast te stellen – zou richtlijn 2008/115, en in het bijzonder artikel 11 ervan, zich ertegen verzetten dat die nationale bepaling wordt toegepast in een situatie als in het hoofdgeding, waarin de betrokkene het grondgebied van de lidstaten nooit heeft verlaten.

37 Volgens de Nederlandse regering daarentegen beoogt artikel 197 Sr elk illegaal verblijf te bestraffen van een derdelander indien die derdelander er kennis van heeft dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd, ongeacht of de betrokken derdelander dit verbod daadwerkelijk heeft geschonden. De Nederlandse wetgever heeft er namelijk voor gekozen met deze bepaling 'gekwalificeerd illegaal verblijf' strafbaar te stellen, dat wil zeggen elk illegaal verblijf van een onderdaan van een derde land die weet of ernstige redenen heeft te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, lid 7, Vw, terwijl 'eenvoudig illegaal verblijf' naar Nederlands recht niet strafbaar is. Dat artikel 66a, lid 7, is van toepassing wanneer de derdelander bij onherroe-



pelijk geworden rechterlijk vonnis is veroordeeld wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd, wanneer hij een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid of een ernstige bedreiging in de zin van dat artikel 66a, lid 4, of wanneer ieder verblijf hem moet worden geweigerd ingevolge een verdrag of in het belang van de internationale betrekkingen van Nederland.

38 Voor het geval de verwijzende rechter deze laatste uitlegging van artikel 197 Sr volgt, moet worden opgemerkt dat, voor zover het de lidstaten op grond van de in punt 28 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak in beginsel vrijstaat om aan iedere derdelander op wie de terugkeerprocedure is toegepast en die zonder geldige reden om niet terug te keren zijn illegaal verblijf op hun grondgebied voortzet, een gevangenisstraf op te leggen, het hun a fortiori vrijstaat een dergelijke straf op te leggen aan enkel die derdelanders die bijvoorbeeld strafrechtelijke antecedenten hebben of een gevaar vormen voor de openbare orde of de nationale veiligheid.

39 Bovendien is het in beginsel niet onvereenbaar met richtlijn 2008/115, en in het bijzonder met artikel 11 ervan, dat het nationale recht voor de omschrijving van het strafbare gedrag van een derdelander verwijst naar zijn illegale verblijf in de betrokken lidstaat terwijl hij er kennis van heeft dat jegens hem een inreisverbod is uitgevaardigd wegens dergelijk gedrag of een dergelijk gevaar.

40 Zoals in de punten 32 tot en met 36 van het onderhavige arrest is opgemerkt, heeft een inreisverbod echter geen gevolgen wanneer de terugkeerplichting niet wordt nagekomen, zodat het niet kan worden geacht te zijn geschonden in een situatie als in het hoofdgeding, waarin de betrokkene het grondgebied van de lidstaten nooit heeft verlaten. Voor toepassing ervan in deze situatie kan de delictomschrijving dus niet aldus worden verwoord dat een dergelijke schending er bestanddeel van is.

41 Tot slot is van belang dat strafrechtelijke sancties enkel kunnen worden opgelegd aan onderdanen van derde landen op wie de terugkeerprocedure is toegepast en die zonder geldige reden om niet terug te keren illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven indien de fundamentele rechten, en met name de rechten die worden gegarandeerd door het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, volledig worden gerespecteerd (arrest van 6 december 2011, *Achughbabian*, C-329/11, EU:C:2011:807, punt 49 (*NJ* 2012/108, m.nt. M.R. Mok; *red.*)). Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens moet een wet op grond waarvan een rechter iemand zijn vrijheid kan benemen, evenwel voldoende toegankelijk en

nauwkeurig zijn en moet de toepassing ervan voldoende voorzienbaar zijn, teneinde willekeur te voorkomen (EHRM, 21 oktober 2013, *Del Río Prada* tegen Spanje, CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, § 125).

42 Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of de toepassing van artikel 197 Sr op een situatie als in het hoofdgeding aan deze vereisten voldoet.

43 Gelet op een ander moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat richtlijn 2008/115, met name artikel 11 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat zij zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die bepaalt dat een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een illegaal verblijvende derdelander jegens wie de stappen van de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure zijn doorlopen zonder dat de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten, wanneer het strafbaar gestelde gedrag is omschreven als illegaal verblijf terwijl de betrokkene kennis heeft van een inreisverbod dat is uitgevaardigd met name vanwege de strafrechtelijke antecedenten van de betrokkene of vanwege het gevaar dat hij vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid, mits het strafbaar gestelde gedrag niet is omschreven door verwijzing naar schending van dat inreisverbod en deze regeling voldoende toegankelijk en nauwkeurig is en de toepassing ervan voldoende voorzienbaar is, teneinde willekeur te voorkomen. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

(...)

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht: Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, met name artikel 11 ervan, moet aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die bepaalt dat een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een illegaal verblijvende derdelander jegens wie de stappen van de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure zijn doorlopen zonder dat de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten, wanneer het strafbaar gestelde gedrag is omschreven als illegaal verblijf terwijl de betrokkene kennis heeft van een inreisverbod dat is uitgevaardigd met name vanwege de strafrechtelijke antecedenten van de betrokkene of vanwege het gevaar dat hij vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid, mits het strafbaar gestelde gedrag niet is omschreven door verwijzing naar schending van dat inreisverbod en deze regeling voldoende toegankelijk en nauwkeurig is en de toepassing ervan voldoende voorzienbaar is, teneinde willekeur te voorkomen. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan."

1.3 De procureur-generaal J. Silvis heeft nader geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden uitspraak en tot terugwijzing van de zaak naar het hof Amsterdam teneinde op het bestaande hoger beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

1.4 De raadsman heeft daarop schriftelijk gereageerd.

2 *Tenlastelegging, bewezenverklaring, bewijsvoering en kwalificatie*

2.1 Aan de verdachte is tenlastegelegd dat:

“hij op of omstreeks 20 oktober 2015 te Amsterdam, in elk geval in Nederland, als vreemdeling heeft verbleven, terwijl hij wist of ernstige reden had te vermoeden dat hij op grond van artikel 67 van de Vreemdelingenwet 2000, in elk geval op grond van enig wettelijk voorschrift, tot ongewenst vreemdeling was verklaard, OF terwijl tegen hem een inreisverbod was uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000.”

2.2 Daarvan is bewezenverklaard dat:

“hij op 20 oktober 2015 te Amsterdam als vreemdeling heeft verbleven terwijl tegen hem een inreisverbod was uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000.”

2.3 Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsmiddelen:

“1. Een proces-verbaal van aanhouding met nummer PL1300-2015044408-57 van 22 oktober 2015, in de wettelijke vorm opgemaakt door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaren [verbalisant 1] en [verbalisant 2].

Dit proces-verbaal houdt onder meer in als verklaring van voornoemde verbalisanten:

Op 22 oktober 2015 hielden wij te Amsterdam als verdachte aan: [verdachte].

Hij was op 21 oktober 2015 om 19.55 uur aangehouden ter zake de Wet op de Identificatieplicht.

2. Een proces-verbaal van aanhouding met nummer PL1300-2015044408-83 van 23 oktober 2015, in de wettelijke vorm opgemaakt door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaar [verbalisant 3].

Dit proces-verbaal houdt onder meer in als verklaring van de verbalisant:

Op 21 oktober 2015 was ik belast met het uitvoeren van een horecacontrole in [A], [a-straat 1] te Amsterdam. Daar werd aangetroffen [verdachte], geboren op [geboortedatum] 1969 te [geboorteplaats], die geen geldig identiteitsbewijs kon overleggen. Hierop is hij aangehouden op grond van de Wet op de Identificatieplicht.

3. Een proces-verbaal van verhoor met nummer PL1300-2015044408-55 van 22 oktober 2015 in de wettelijke vorm opgemaakt door de daartoe bevoegde opsporingsambtenaren [verbalisant 2] en [verbalisant 1].

Dit proces-verbaal houdt onder meer in als verklaring van de verdachte afgelegd op 22 oktober 2015:

Vraag verbalisanten: Hoe lang bent u al in Nederland?

Antwoord verdachte: 22 jaar.

4. Een geschrift te weten een kopie van een beschikking met nummer 9601-05- 4007, genomen namens de Staatssecretaris van Justitie van 14 april 2000.

Dit geschrift houdt onder meer in:

Op 28 februari 2000 heeft de korpschef van politieregio Amsterdam-Amstelland een voorstel ingediend om de vreemdeling [verdachte] ongewenst te verklaren ex artikel 21 van de Vreemdelingenwet.

(...)

BESLUIT

betrokkene ongewenst te verklaren ex artikel 21 van de Vreemdelingenwet.

5. Een geschrift te weten een voorblad behorende bij de beschikking 9601-05- 4007.

Dit geschrift houdt onder meer in:

Hierbij ontvangt u mijn beschikking.

Mijn beschikking houdt in dat u ongewenst wordt verklaard op grond van het bepaalde in artikel 21 van de Vreemdelingenwet (...).

U dient Nederland onmiddellijk te verlaten.

Deze beschikking is op 20-04-2000 in persoon uitgereikt, waarbij het bovenstaande met de hulp van een tolk in een voor de vreemdeling begrijpelijke taal is meegedeeld.

6. Een geschrift te weten een kopie van een beschikking met V-nummer 2757616759, genomen namens de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 19 maart 2013.

Dit geschrift houdt onder meer in:

Besluit

De aanvraag tot opheffing van de ongewenst verklaring van betrokkene wordt ingewilligd. Betrokkene moet Nederland onmiddellijk verlaten. Tegen betrokkene wordt ingevolge artikel 66a, eerste lid, aanhef en onder a van de Vreemdelingenwet [2000] een inreisverbod uitgevaardigd voor de duur van vijf jaren.”

2.4 Het hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring verder het volgende overwogen:

“Nadere bewijsoverweging

Standpunt raadsman

De raadsman heeft ter terechtzitting in hoger beroep het volgende aangevoerd.

In de procedure inzake Ouhrami/Nederland (Hof van Justitie Europese Unie C-225/16) heeft de Europese Commissie het standpunt ingenomen dat een inreisverbod veronderstelt dat de betrokkene het grondgebied van de lidstaten eerst heeft verlaten.

Nu het Hof van Justitie van de Europese Unie veelal volgt wordt namens de verdachte het standpunt ingenomen dat een inreisverbod pas effectief in werking treedt wanneer de betrokkene het grondgebied van de lidstaten heeft verlaten. Ook het rechtsgevolg dat het verblijf van de verdachte strafbaar is kan dus pas na zijn vertrek bestaan en worden gehandhaafd.

Artikel 197 is dan ook in strijd met de Terugkeer-richtlijn en onverbindend voor zover het verblijf in Nederland van onderdanen van een derde land, die het grondgebied van de EU nog niet hebben verlaten, strafbaar gesteld is op de enkele grond dat tegen hen een inreisverbod is uitgevaardigd.

Overwegingen hof

Het hof zal het verweer van de raadsman dat blijkens zijn mededeling ter terechtzitting in hoger beroep is gevoerd in het kader van de strafbaarstelling van het feit ambtshalve mede beschouwen als een verweer in het kader van de bewijsbeslissing en overweegt als volgt.

Bij besluit van 19 maart 2013 is aan de verdachte een inreisverbod opgelegd. Bij schrijven van 19 maart 2013 is de gemachtigde hierover bericht en op 25 maart 2013 volgde publicatie in de Staatscourant.

Daarom gaat het hof ervan uit dat het besluit, bezien naar Nederlands recht, op rechtsgeldige wijze bekend is gemaakt en op de tenlastegelegde datum rechtskracht had.

Het hof ziet in de door de raadsman bedoelde schriftelijke opmerkingen van de Europese Commissie vooralsnog onvoldoende concrete aanknopingspunten om, met doorbreking van de wettelijke systematiek als tot op heden uitgelegd door de Hoge Raad en de Raad van State, uit te gaan van het tegendeel.

Het hof komt daarom, mede op grond van de overige te bezigen bewijsmiddelen, tot een be-  
wezenverklaring van het tenlastegelegde.”

2.5 Het hof heeft het bezeugenverklaarde gekwalificeerd als “als vreemdeling in Nederland verblijven, terwijl hij weet, dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000”.

### 3 Beoordeling van het cassatiemiddel

3.1 Het cassatiemiddel komt met verschillende klachten op tegen het oordeel van het hof dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan “als vreemdeling in Nederland verblijven, terwijl hij weet, dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000” (hierna: Vw 2000).

3.2.1 De tenlastelegging en bezeugenverklaring zijn toegesneden op artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr). Artikel 197 Sr luidt:

“Een vreemdeling die in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden, dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenste vreemdeling is verklaard of tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.”

3.2.2 De geschiedenis van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 15 december 2011 tot

wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter implementatie van de richtlijn nr. 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (*PbEU* L 348/98) (*Stb.* 2011, 663), waarbij artikel 197 Sr is komen te luiden zoals hiervoor weergegeven, houdt onder meer het volgende in:

- de tweede nota van wijziging:

“ARTIKEL II

In artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht wordt »tot ongewenste vreemdeling is verklaard« vervangen door: tot ongewenste vreemdeling is verklaard of tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000.

Toelichting

(...)

Het onderhavige wetsvoorstel en mitsdien ook deze (tweede) nota van wijziging strekken uitsluitend tot implementatie van de richtlijn.

Niettemin brengt de gemeenschapstrouw met zich dat het nuttig effect van een richtlijn als de onderhavige moet worden gewaarborgd en in dat kader wordt een sanctie gesteld op het overtreden van het Europese inreisverbod.

Met het oog daarop worden de artikelen 108 van de wet en 197 van het Wetboek van Strafrecht aangepast, door middel van respectievelijk onderdeel 4 en onderdeel 6 van deze nota. Daarmee wordt een gekwalificeerde vorm van illegaal verblijf strafbaar gesteld, namelijk verblijf in weerwil van een inreisverbod.

(...)

2. Met het thans voorgestelde artikel 66a wordt nauwer aangesloten bij het systeem van artikel 11 van de richtlijn, waar het gaat om de verplichte uitvaardiging van het inreisverbod (artikel 66a, eerste, tweede en achtste lid) en de duur daarvan (vierde lid).

(...)

Door middel van het zesde lid is geborgd dat het inreisverbod zoveel mogelijk dezelfde of vergelijkbare gevolgen heeft voor de rechtmatigheid van het verblijf als een ongewenstverklaring. Daartoe is aangesloten bij artikel 67, derde lid, waarin is bepaald dat de vreemdeling die ongewenst is verklaard, in afwijking van artikel 8, geen rechtmatig verblijf kan hebben.

(...)

Door middel van het zevende lid wordt gewaarborgd dat de rechtsgevolgen van het inreisverbod voor het rechtmatig verblijf vergelijkbaar zijn met de gevolgen voor het rechtmatig verblijf in geval de vreemdeling ongewenst zou zijn verklaard.

(...)

Voor het overige is gewaarborgd dat het inreisverbod in vergelijkbare gevallen kan worden ge-

geven als waarin een ongewenstverklaring kan worden gegeven, doordat in het zevende lid de gronden voor de ongewenstverklaring, beschreven in artikel 67, eerste lid, onder b tot en met e, zijn overgenomen in artikel 66a, zevende lid, onderdelen a tot en met d.

Het betreft de vreemdeling die bij onherroepelijk geworden rechtelijk vonnis is veroordeeld wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd dan wel hem ter zake de maatregel als bedoeld in artikel 37a van het Wetboek van Strafrecht is opgelegd (onderdeel a), de vreemdeling die een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid (onderdeel b), de vreemdeling aan wie ingevolge een verdrag of in het belang van de internationale betrekkingen van Nederland ieder verblijf dient te worden ontzegd (onderdeel d), aangevuld met: de vreemdeling die naar het oordeel van de Minister voor Immigratie en Asiel een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid (onderdeel c).

(...)

3. Teneinde eventuele samenloop van het inreisverbod met de ongewenstverklaring uit te sluiten is artikel 67, eerste lid, aldus gewijzigd dat, voor zover hier van belang, de Minister voor Immigratie en Asiel de vreemdeling ongewenst kan verklaren, tenzij afdeling 3 (Inreisverbod) van toepassing is. Daarmee is veilig gesteld dat er, in geval er een Europees inreisverbod wordt of kan worden uitgevaardigd, namelijk in geval de vreemdeling tot de doelgroep van de richtlijn behoort, geen nationale ongewenstverklaring kan worden uitgevaardigd.

(...)

4. en 6. Vorenbedoelde uitsluiting van de samenloop van het inreisverbod en de ongewenstverklaring heeft mede tot gevolg dat op overtreding van het inreisverbod direct sancties moeten worden gesteld. Ook de gemeenschapstrouw vereist dat bij de implementatie van Europese richtlijnen daarin wordt voorzien. Overtreding van het inreisverbod wordt derhalve niet indirect, via een ongewenstverklaring, gesancioneerd, maar direct.

Daartoe is enerzijds aangesloten bij het bestaande artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht. Indien het inreisverbod is uitgevaardigd in geval een of meer van de gevallen, bedoeld in artikel 66a, zevende lid, van toepassing zijn, is artikel 197 Wetboek van Strafrecht van toepassing.

Indien het inreisverbod is uitgevaardigd in geval geen van de in artikel 66a, zevende lid, vermelde gevallen van toepassing is, is artikel 108, eerste lid, van de wet van toepassing.

Indien de in artikel 66a, zevende lid, vermelde onderdelen niet van toepassing zijn, is overtreding van het inreisverbod strafbaar gesteld gelijk overtreding van andere verplichtingen op grond

van de wet, zoals het zich niet aanmelden of niet doorgeven van een verhuizing.

Indien het inreisverbod is gegeven onder toepassing van een of meer van de gevallen, bedoeld in artikel 66a, zevende lid, wordt overtreding daarvan gesancioneerd gelijk verblijf in Nederland in weerwil van een ongewenstverklaring, derhalve als misdrijf. Deze komen, zoals gezegd, overeen met de gevallen die zijn vermeld in artikel 67, eerste lid, onder b, c, d en e, alsmede het geval waarin de vreemdeling naar het oordeel van de Minister voor Immigratie en Asiel een ernstige bedreiging voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid vormt (artikel 66a, zevende lid, onderdeel c, dat verwijst naar het vierde lid)."

(Kamerstukken II 2010/11, 32420, nr. 9, p. 3-7)

- de memorie van antwoord (Eerste Kamer):

"De strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod houdt, zoals gezegd, rechtstreeks verband met de terugkeerrichtlijn en vloeit voort uit het Unierecht.

(...)

Indien een meerderjarige vreemdeling illegaal verblijvend in Nederland wordt aangetroffen, worden in beginsel, uiteraard rekening houdend met de individuele omstandigheden van het geval, de volgende stappen doorlopen:

(...)

- Als de inzet van de in de terugkeerrichtlijn bedoelde (dwang)maatregelen zonder resultaat is gebleven, dat wil zeggen niet tot verwijdering (uitzetting) heeft geleid, mogen volgens het El Dridi-arrest strafrechtelijke sancties worden opgelegd die bijdragen aan het doel van de richtlijn. Dat betekent dat de vreemdeling in dat geval, omdat hij na beëindiging van de bewaring nog steeds in Nederland verblijft, kan worden gestraft wegens verblijf in weerwil van het opgelegde inreisverbod. De overheid moet desondanks blijven trachten om de illegaal verblijvende vreemdeling te verwijderen (uit te zetten).

- Ook ingeval de vreemdeling uit eigen beweging uit Nederland is vertrokken of met succes is verwijderd (uitgezet), maar hij naderhand wederom illegaal in Nederland wordt aangetroffen, kan hij, zolang het inreisverbod geldt, worden gestraft wegens verblijf in weerwil van het inreisverbod.

(...)

De ervaring met het Nederlandse beleid is dat terugkeer een weerbarstig proces blijft. De mogelijkheid om terugkeer te realiseren, staat of valt uiteindelijk vaak met de bereidheid van de vreemdeling om hieraan zijn medewerking te verlenen. Het is dan ook van belang dat het beleid zoveel mogelijk prikkels bevat om vreemdelingen te bewegen tot vertrek. Het inreisverbod dat voortvloeit uit de terugkeerrichtlijn, biedt een extra prikkel tot zelfstandig vertrek. Het maakt duidelijk aan de vreemdeling dat het voor hem daadwerkelijk consequenties heeft indien

hij zich niet houdt aan de vertrekplicht. Hij krijgt dan namelijk gedurende een bepaalde periode een verbod om in de Europese Unie te verblijven. Bovendien is hij strafbaar indien hij in weerwil van een opgelegd inreisverbod toch in Nederland blijft.”

(Kamerstukken I 2011/12, 32420, D, p. 5-7, 12)

3.3 Artikel 197 Sr stelt onder meer strafbaar het als vreemdeling in Nederland verblijven terwijl de verdachte weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat tegen hem — met toepassing van artikel 66a lid 7 Vw 2000 — een inreisverbod is uitgevaardigd. Gelet op de in artikel 197 Sr gebruikte woorden ‘dat een inreisverbod is uitgevaardigd’ en de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis, ziet deze bepaling op illegaal verblijf in weerwil van de uitvaardiging van een inreisverbod en niet slechts op illegaal verblijf na schending van dat verbod. De Hoge Raad onderschrijft aldus de uitleg van artikel 197 Sr, zoals vermeld in het hiervoor onder 1.2 weergegeven arrest van het HvJEU van 17 september 2020 onder 37. Dat in de wetsgeschiedenis daarnaast ten onrechte ook enkele malen wordt gesproken over “overtreding van het inreisverbod” doet daaraan niet af. Het hiervoor bedoelde verblijf is — als het in de wetsgeschiedenis genoemde ‘gekwalficeerd illegaal verblijf’ — strafbaar wanneer de verdachte weet, of ernstige reden heeft te vermoeden, dat tegen hem het inreisverbod is uitgevaardigd.

3.4.1 In het bijzonder stelt artikel 197 Sr niet als voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid dat de verdachte na het uitgevaardigde inreisverbod het grondgebied van de Europese Unie (hierna: EU) heeft verlaten zodat het inreisverbod ook daadwerkelijk is ingegaan. Evenmin stelt deze bepaling als voorwaarde dat het gegeven inreisverbod is geschonden doordat de verdachte — na het verlaten van de EU — in strijd met het inreisverbod de EU weer is binnengekomen. Voor zover het cassatiemiddel van een andere opvatting uitgaat, faalt het.

3.4.2 Voor zover het cassatiemiddel betoogt dat de hiervoor gegeven uitleg van artikel 197 Sr in strijd is met Richtlijn 2008/115/EG van 16 december 2008 (hierna ook: de terugkeerrichtlijn), berust het op een onjuiste rechtsopvatting. In het hiervoor onder 1.2 weergegeven arrest van 17 september 2020 heeft het HvJEU immers overwogen dat in beginsel niet onverenigbaar is met in het bijzonder artikel 11 van de terugkeerrichtlijn “dat het nationale recht van de omschrijving van het strafbare gedrag van een derdelander verwijst naar zijn illegale verblijf in de betrokken lidstaat terwijl hij er kennis van heeft dat jegens hem een inreisverbod is uitgevaardigd wegens dergelijk gedrag of een dergelijk gevaar.” Mede op basis daarvan heeft het HvJEU voor recht verklaard dat de terugkeerrichtlijn “zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die bepaalt dat een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een illegaal verblijvende derdelander jegens wie de stappen van de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure zijn doorlopen zonder dat de betrokkene het grondgebied van de lidstaten

daadwerkelijk heeft verlaten, wanneer het strafbaar gestelde gedrag is omschreven als illegaal verblijf terwijl de betrokkene kennis heeft van een inreisverbod dat is uitgevaardigd met name vanwege de strafrechtelijke antecedenten van de betrokkene of vanwege het gevaar dat hij vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid, mits het strafbaar gestelde gedrag niet is omschreven door verwijzing naar schending van dat inreisverbod en deze regeling voldoende toegankelijk en nauwkeurig is en de toepassing ervan voldoende voorzienbaar is, teneinde willekeur te voorkomen.”

3.4.3 Gelet op de bewoordingen van artikel 197 Sr en de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis, voorziet artikel 197 Sr in een toegankelijke, nauwkeurige en voorzienbare strafbaarstelling van ‘gekwalficeerd illegaal verblijf’ zodat deze voldoet aan de vereisten van artikel 49 lid 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 7 lid 1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Daarbij is ook van belang dat — zoals hiervoor in 3.4.1 al is overwogen — artikel 197 Sr niet de schending van het gegeven inreisverbod strafbaar stelt of bij de omschrijving van het strafbaar gestelde gedrag verwijst naar de schending van dat verbod, maar slechts naar de uitvaardiging daarvan.

3.5 Het cassatiemiddel is in zoverre tevergeefs voorgesteld.

3.6.1 Het cassatiemiddel klaagt voorts dat het bewezenverklaarde door het hof niet kan worden gekwalificeerd zoals hiervoor onder 2.5 is weergegeven nu het bewezenverklaarde niet alle bestanddelen van artikel 197 Sr bevat.

3.6.2 In aanmerking genomen dat de bewezenverklaring niet het bestanddeel bevat dat de verdachte “wist of ernstige reden had te vermoeden” dat een inreisverbod tegen hem was uitgevaardigd, heeft het hof het bewezenverklaarde ten onrechte gekwalificeerd als “als vreemdeling in Nederland verblijven, terwijl hij weet, dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000”.

3.6.3 Het cassatiemiddel klaagt hierover terecht.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de uitspraak van het hof;
- wijst de zaak terug naar het gerechtshof Amsterdam, opdat de zaak opnieuw wordt berecht en afgedaan.

#### Noot

1. Door de oogharen bezien, lijken strafzaken in het kader van art. 197 Sr (gekwalficeerd illegaal verblijf) vaak vrij eenvoudig, zoals in dit geval. Een man van Algerijnse afkomst wordt in 2015 in een Amsterdamse horecazaak aangetroffen, en daarbij blijkt dat hem eerder een inreisverbod is opgelegd

in de zin van art. 66a lid 7 Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000). Dat leidt in termen van art. 197 Sr tot het verwijt dat hij (i) als vreemdeling in Nederland heeft verbleven (ii) terwijl hij wist of ernstige reden had te vermoeden (iii) dat tegen hem een inreisverbod was uitgevaardigd met toepassing van art. 66a lid 7 Vw 2000.

2. Dat het toch niet eenvoudig verliep, is in de eerste plaats te wijten aan de wijze waarop in feitelijke aanleg uitvoering was gegeven aan onderdeel (ii). Dit subjectieve deel werd gebrekkig ten laste gelegd, in het geheel niet bewezen verklaard, en verscheen als sluitstuk van twee afzonderlijke prejudiciële vragen van de Hoge Raad aan het Hof van Justitie, met bijbehorende antwoorden van het Hof. De vragen waren gerezen door de moeizame relatie tussen de delictsvariant in art. 197 Sr die het inreisverbod betreft, het vreemdelingenrecht en het Unierecht, in het bijzonder de Terugkeerrichtlijn (Richtlijn 2008/115/EG). In verband met die Richtlijn werd in 2011 de genoemde delictsvariant aan art. 197 Sr toegevoegd en sindsdien gaat er eigenlijk geen jaar voorbij zonder dat zich nieuwe fundamentele rechtsvragen over deze variant opdringen.

3. Nog ingewikkelder – en interessanter – is deze zaak door terugkerende complicaties bij onderdeel (iii): dat tegen de vreemdeling een inreisverbod was uitgevaardigd met toepassing van art. 66a lid 7 Vw 2000. Het voorliggende arrest kan worden gezien als sluitstuk van twee afzonderlijke prejudiciële vragen van de Hoge Raad aan het Hof van Justitie, met bijbehorende antwoorden van het Hof. De vragen waren gerezen door de moeizame relatie tussen de delictsvariant in art. 197 Sr die het inreisverbod betreft, het vreemdelingenrecht en het Unierecht, in het bijzonder de Terugkeerrichtlijn (Richtlijn 2008/115/EG). In verband met die Richtlijn werd in 2011 de genoemde delictsvariant aan art. 197 Sr toegevoegd en sindsdien gaat er eigenlijk geen jaar voorbij zonder dat zich nieuwe fundamentele rechtsvragen over deze variant opdringen.

4. De kiem van de prejudiciële vragen lag hierin, dat een inreisverbod – in tegenstelling tot de ongewenstverklaring – van meet af aan is gebonden aan een bepaalde termijn (art. 11 lid 2 Tri en art. 66a lid 4 Vw 2000). Als die termijn is verstreken, moet worden aangenomen dat het inreisverbod niet meer bestaat en dat art. 197 Sr toepassing mist.<sup>1</sup> En als het eindmoment van het verbod belangrijk is, dan is het beginmoment dat evengoed. Er waren echter twijfels gerezen over dat beginmoment. Start de duur van het inreisverbod reeds met de uitvaardiging ervan of eerst met het tijdstip dat de vreemdeling daadwerkelijk terugkeert? Dit laatste wil globaal zeggen: terugkeert naar een land buiten de EU (art. 3 Tri). Omdat het Hof van Justitie tot dan toe verre van helder was geweest, zag de Hoge Raad aanleiding voor zijn eerste prejudiciële vraag in dit verband (HR 29 maart 2016, NJ 2018/215, m.nt. A.H. Klip). Het Hof antwoordde in het arrest *Ouhrami* dat een inreisverbod pas ingaat vanaf het moment van terugkeer (HvJ EU 26 juli 2017, C-225/16, RvdW 2017/926).

5. Het twistpunt in de voorliggende zaak is terug te voeren op dit uitgangspunt in *Ouhrami*, in het bijzonder op een aanvullende overweging daarin.

<sup>1</sup> Vgl. *Kamerstukken I 2011/12, 32420, D, p. 7*. Het niet-verstreken zijn van de verbodstermijn dient aldus in art. 197 Sr te worden ingelezen, analoog aan het inlezen van het niet-ingetrokken en niet-vervallen zijn van een ongewenstverklaring, vgl. HR 30 maart 2010, NJ 2010/200.

Het Hof stelde tevens dat een inreisverbod pas vanaf het moment van terugkeer 'rechtsgevolgen tweewebrengt'. Als dat dwingend is bedoeld (in de zin van: enig rechtsgevolg mag tweewebrengen) zet dat de Unierechtelijke conformiteit van art. 197 Sr op scherp. Deze bepaling – althans: het gebruik hiervan tot nu toe – laat de strafbaarheid namelijk al beginnen vanaf het moment van uitvaardiging van het inreisverbod. Daarmee raakt de bepaling niet alleen de situatie van nieuw-verblijf (verblijf na eerst te zijn teruggekeerd, dus verblijf na *schending* van het inreisverbod), maar ook die van voortgezet-verblijf (het verdere verblijf zonder te zijn teruggekeerd, dus ook zonder dat het verbod zelfs is ingegaan). Zou het Unierecht dan in de weg staan aan het ontstaan van nationale (straf)rechtsgevolgen bij voortgezet-verblijf na uitvaardiging van een inreisverbod?

6. Het oordeel in *Ouhrami* zorgde voor discussies in de vakliteratuur, en voor talrijke aanhoudingen van zaken in feitelijke aanleg. De ontstane onrust gaf de Hoge Raad het nodige zetje om een op deze kwestie toegespitste, nieuwe prejudiciële vraag te stellen bij de onderhavige zaak, een situatie van voortgezet-verblijf (HR 27 november 2018, NJ 2018/480). Het antwoord uit Luxemburg volgde in het arrest *JZ* (HvJ EU 17 september 2020, C-806/18, RvdW 2021/367) en was in essentie ontkennend. Wel verbond het Hof hieraan twee voorwaarden: de delictsomschrijving mag niet verwijzen naar schending van het inreisverbod (want dat is bij voortgezet-verblijf nog niet ingegaan) en moet voldoen aan de eisen van legaliteit. Het was aan de Hoge Raad om na te gaan of deze voorwaarden worden vervuld (zie de opname van *JZ* in het voorliggende arrest, onder r.o. 2.1, HvJ-randnummers 36-43).

7. Van de hem opgedragen taak kwijt de Hoge Raad zich in r.o. 3.2.2-3.4.3. Gezien de hoge drempel voor strijdigheid met legaliteit is zijn conclusie niet verrassend, hoewel juristen die met art. 197 Sr moeten werken deze maar moeilijk over de lippen zullen krijgen: het artikel 'voorziet (...) in een toegankelijk, nauwkeurige en voorzienbare strafbaarstelling van 'gekwalificeerd illegaal verblijf' (r.o. 3.4.3). De grondslag hiervoor vindt de Hoge Raad in de wetsgeschiedenis en de tekst van art. 197 Sr. Inderdaad: wie de wetsgeschiedenis als geheel goed op zich laat inwerken, moet tot de slotsom komen dat de strafwetgever voortgezet-verblijf eveneens wilde treffen, ook al wordt veel te vaak misleidend en EU-contrair gesproken van 'overtreding van het inreisverbod' of verblijf 'in weerwil van een inreisverbod'. Straffbaar is verblijf in weerwil van de *uitvaardiging* van een inreisverbod, zo leidt de Hoge Raad af uit de wetsgeschiedenis, en – verhip – zo staat het ook precies in de tekst van art. 197 Sr (r.o. 3.3).

8. Deze ogenschijnlijke duidelijkheid verhult evenwel de onderliggende systeemarmoede in art. 197 Sr en het daaraan verbonden vreemdelingenrecht. Waarom is een verwijzing naar de uitvaardiging van een inreisverbod eigenlijk voldoende om gekwalificeerd illegaal voortgezet-verblijf te omvat-

ten? Dat is omdat de Nederlandse wetgever weliswaar EU-conform het systeem van een terugkeerbesluit met terugkeerverplichting heeft geïntroduceerd – vanaf welk besluit sprake is van illegaal verblijf – maar in dat kader geen vreemdelingenrechtelijke modaliteit van gekwalificeerd illegaal verblijf heeft gemaakt. Vreemdelingenrechtelijk gezien ontstaat gekwalificeerd illegaal voortgezet-verblijf eerst bij toepassing (uitvaardiging) van het inreisverbod (art. 66a Vw 2000).<sup>2</sup> Aldus zit het benodigde stukje gekwalificeerd terugkeerbesluit verstopt in de regeling van het inreisverbod (iets wat schuurt met de Terugkeerrichtlijn). Vanaf de uitvaardiging van dit inreisverbod is dus juridisch indirect, maar feitelijk direct en per definitie sprake van gekwalificeerd illegaal verblijf. Bij gebrek aan beter wordt daarom in art. 197 Sr (en in art. 108 Vw 2000 voor minder ernstige gevallen) alleen verwezen naar de uitvaardiging van het bedoelde inreisverbod. Zolang het inreisverbod niet is uitgewerkt of ingetrokken, raakt die uitvaardiging zowel voortgezet-verblijf als nieuw-verblijf.<sup>3</sup>

9. Als in de toekomst blijkt dat deze eigenaardigheid in het vreemdelingen(straf)recht problemen blijft geven, is er gerede aanleiding voor de wetgever om een inzichtelijker systeem te ontwerpen. Meer problemen lijken in ieder geval al te kunnen worden vermeden door de voorlichting van de IND te verduidelijken. In de brochure over het inreisverbod staat onder meer: "Een inreisverbod heeft een paar gevolgen: In Nederland zijn is strafbaar. Ook naar Nederland komen is strafbaar. (...) Start inreisverbod. Uw inreisverbod duurt 1, 2 of meer jaren. Deze periode start op: de dag (datum) dat u echt weggaat uit de EU/EER (...)."<sup>4</sup> Deze tekst drukt bepaald niet uit dat het eerstgenoemd gevolg van het verbod geheel losstaat van de start van het verbod. Dat illustreert ook de kwetsbaarheid van het grammaticale, tekstuele argument dat de Hoge Raad aandraagt in het kader van de legaliteitstoets bij art. 197 Sr zelf. Het is begrijpelijk dat de Hoge Raad de tekstuele opname van 'uitvaardiging' accentueert, maar het is toch wat ironisch dat de legaliteit wordt gegrond op een tekst die de meeste mensen volstrekt tegenovergesteld zullen lezen: *verblijf* terwijl ... een *inreisverbod* is uitgevaardigd. Dat leest als: verblijf ondanks een inreisverbod, of-

tewel als schending van een inreisverbod. De bijzondere relevantie van de fase 'uitgevaardigd maar nog niet ingegaan' is slechts systeemimmanent, en zal mensen blijven verrassen.

10. Zoals aangekondigd strandde de onderhavige zaak niet op gronden van legaliteit, maar op heel andere. Het begon ermee dat het OM ongetwijfeld alle varianten van art. 197 Sr ten laste wilde leggen, maar dat dit in de tenlastelegging anders uitpakte (zie r.o. 2.1). Het concrete verwijt luidt dat hij in Nederland als vreemdeling heeft verbleven 'terwijl hij wist of ernstige reden had te vermoeden dat hij (...) tot ongewenst vreemdeling was verklaard, OF terwijl tegen hem een inreisverbod was uitgevaardigd (...).' Het valt op dat na de tweede 'terwijl', de subjectieve bestanddelen ontbreken, maar dat deze tegelijkertijd in beginsel onmisbaar zijn door de gekozen redactie ('terwijl... OF terwijl...'). Met betrekking tot het inreisverbod biedt de tekst van de tenlastelegging dus geen variant die met art. 197 Sr correspondeert.

11. Het had het hof ongetwijfeld vrijgestaan de tenlastelegging zo te interpreteren dat deze alle varianten van art. 197 Sr volwaardig bevat (vgl. over de interpretatie van de tenlastelegging: B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, 14<sup>e</sup> druk, par. 12.5.3). Dat zou mogelijk zijn door 'OF terwijl' op te vatten als kennelijke verschrijving, en hiervoor in de plaats 'OF dat' te lezen. Deze weg bewandelde het hof evenwel niet, gelet op de bewezenverklaring (zie r.o. 2.2). Het hof sprak partieel vrij van de variant met betrekking tot de ongewenstverklaring (met daarin de subjectieve bestanddelen) en verklaarde het overige (zonder subjectieve bestanddelen) bewezen. Zo'n bewezenverklaring levert evenwel geen strafbaar feit op, waardoor ontslag van rechtsvervolgning mocht worden verwacht. Het hof kwam echter tot een kwalificatie, met steun van de eigenhandige toevoeging dat verdachte van het inreisverbod *wist* (zie r.o. 2.5).

12. Het cassatiemiddel verzocht de Hoge Raad zich onder meer te buigen over de houdbaarheid van deze kwalificatie, en dat deed hij ook (r.o. 3.6.1-3.6.3). Omdat de bewezenverklaring inderdaad niet het bestanddeel 'wist of ernstige reden had te vermoeden' bevatte, heeft het hof het bewezenverklarde volgens de Hoge Raad ten onrechte gekwalificeerd als overtreding van art. 197 Sr, met daarin de wetenschap van de verdachte.

13. Het cassatiemiddel gaat ervan uit dat het ontbreken van subjectieve bestanddelen in de bewezenverklaring is toe te schrijven aan een partiële vrijspraak die het hof bij vergissing zou hebben gegeven. Ikzelf zie dit anders, op grond van de redactie van de tenlastelegging: als de tenlastelegging met betrekking tot het inreisverbod geen subjectieve bestanddelen bevat, kan daarvan niet worden vrijgesproken, ook niet per ongeluk. Dat zou eveneens verklaren waarom de Hoge Raad geen gebrek ziet in de bewezenverklaring zelf. Als het hof immers had vrijgesproken van essentiële subjectieve bestanddelen – iets waarover het cassatiemiddel primair klaagde – dan zou reeds daarin een grond voor cas-

2 Als ik het goed zie, is dit ook wat zowel Waasdorp & Pahladsingh als Cornelisse in wat andere bewoordingen betogen (J.R.K.A.M. Waasdorp & A. Pahladsingh, *Het inreisverbod*, Den Haag: Sdu uitgevers 2018, p. 148, 214-217 respectievelijk G. Cornelisse, 'Inreisverboden die (nog) geen rechtsgevolgen hebben', *NJB* 2017/2034 (onder 4)).

3 Tegen de hier geschetste achtergrond heb ik mij nog afgevraagd of toch niet gewoon gezegd moet worden dat art. 197 Sr strijdig is met Unierecht. Het Hof geeft immers in JZ aan dat strijdigheid met de Terugkeerrichtlijn ontbreekt 'wanneer het strafbaar gestelde gedrag is omschreven als *illegaal verblijf* terwijl de betrokkene kennis heeft van [etc.]' (HvJ-randnummer 43; mijn cursivering). Zo is het in art. 197 Sr nou juist niet omschreven (*verblijf* terwijl etc., waarbij de illegaliteit pas later, indirect, is ingebakken). De Hoge Raad valt hier niet over, maar het is op zijn zachtst gezegd opvallend.

4 Zie <https://ind.nl/paginas/inreisverbod.aspxl> (geraadpleegd op 3 december 2021).

satie hebben gelegen (vgl. HR 24 juni 1975, NJ 1975/450, m.nt. G.E. Mulder).

14. De benadering van P-G Silvis is ten slotte net wat anders (onder punt 5). In het kader van zijn vraag of het ontbreken van de subjectieve bestanddelen in de bewezenverklaring mag worden opgevat als kennelijke verschrijving, ziet hij een gebrek in de bewijsbaarheid c.q. motivering van de aan te nemen wetenschap. De Hoge Raad heeft in HR 17 juni 2016, NJ 2016/345, m.nt. N. Keijzer laten doorschemeren dat wetenschap van een eerdere ongewenstverklaring van betekenis kan zijn voor het bewezen verklaren van wetenschap van een later, ter vervanging opgelegd inreisverbod. Dat is ook hier relevant: de Algerijnse verdachte ontving al in 2000 een ongewenstverklaring in persoon, maar van het zogeheten 'omklappen' naar een inreisverbod in 2013 bleek uit de bewijsmiddelen alleen dat dit rechtsgeldig bekend was gemaakt. Gezien RvdW 2018/176 (cassatie omdat uit de bewijsvoering geen wetenschap kon volgen) is het voor de praktijk van belang welke eisen worden gesteld aan de (motivering van) wetenschap en culpa bij omgeklapte ongewenstverklaringen. Dat kregen wij in het onderhavige arrest niet te zien, en zo blijft er voor de toepassing van art. 197 Sr altijd wat te wensen over.

K.K. Lindenberg

## NJ 2021/400

### HOGE RAAD (STRAFKAMER)

19 mei 2020, nr. 19/02861

(Mrs. W.A.M. van Schendel, Y. Buruma, J.C.A.M. Claassens; A-G mr. G. Knigge)  
m.nt. A.H. Klip onder NJ 2021/401

Art. 359 lid 5 en lid 6 Sv; art. 69 AWR

V-N 2020/27.27

RvdW 2020/665

NJB 2020/1395

V-N Vandaag 2020/1369

ECLI:NL:PHR:2020:139

ECLI:NL:HR:2020:896

### **Straftoemeting in geval van grootschalige fiscale fraude. Het hof kon ook niet tenlastegelegde feiten – onjuiste belastingaangiften – in aanmerking nemen bij de strafoplegging.**

*Het cassatiemiddel klaagt dat het hof bij de strafoplegging naast 9 bewezenverklaarde onjuiste belastingaangiften ten onrechte ook rekening heeft gehouden met 23 onjuiste belastingaangiften die niet aan de verdachte ten laste zijn gelegd.*

*Het middel faalt. De Hoge Raad herhaalt de relevante overwegingen uit HR 26 oktober 2010, NJ 2010/586 met betrekking tot de vraag in welke gevallen de rechter strafbare feiten die niet zijn tenlastegelegd, bij de strafoplegging in aanmerking mag nemen.*

*Voorts geldt dat in zaken als de onderhavige, waarin het in het bijzonder gaat om verdenking van grootschalige fiscale fraude, dat grootschalige karakter van het delict een voor de straftoemeting relevante omstandigheid kan betreffen, ook al volstaat de tenlastelegging met de beschrijving van een beperkt aantal strafbare feiten. Dat grootschalige karakter dient op grond van het verhandelde ter terechtzitting aanmerkelijk te zijn geworden.*

*Het hof heeft de 23 aangiften waarop de bewezenverklaring geen betrekking had, kennelijk beschouwd als omstandigheden waaronder het bewezenverklaarde feit is begaan. Dat oordeel is niet onjuist en, mede gelet op hetgeen de verdachte omtrent die aangiften heeft aangevoerd, evenmin onbegrijpelijk.*

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 15 november 2017, nummer 23/001919-17, in de strafzaak tegen [verdachte], adv.: mr. A.A. Kan, te Amsterdam.

### Cassatiemiddel:

Middel zie 2.1; (red.).

### Conclusie A-G mr. G. Knigge:

#### 1. Het geding in cassatie

1.1. De verdachte is bij arrest van 15 november 2017 door het gerechtshof Amsterdam wegens "feitelijk leiding geven aan het medeplegen van door een rechtspersoon begaan opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist of onvolledig doen, terwijl het feit er toe strekt dat te weinig belasting wordt geheven", veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 15 maanden, waarvan 5 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren.

1.2. Het cassatieberoep is ingesteld namens de verdachte en mr. A.A. Kan, advocaat te Amsterdam, heeft één middel van cassatie voorgesteld.

1.3. Het middel klaagt over de strafmotivering. Het stelt de vraag aan de orde of met de grootschaligheid van de bewezenverklaarde Btw-fraude op dezelfde wijze rekening mag worden gehouden als de Hoge Raad aangewezen acht met betrekking tot de grootschaligheid van kinderporno. Die vraag is van breder belang. In de lagere jurisprudentie wordt daarover verschillend gedacht.<sup>1</sup>

#### 2. Bewezenverklaring en strafmotivering

2.1. Voordat ik over ga tot de bespreking van het middel, geef ik voor een goed begrip eerst de bewezenverklaring en de strafmotivering van het hof weer.

2.2. Ten laste van de verdachte is bewezenverklaard dat:

<sup>1</sup> Zie o.m. hof 's-Hertogenbosch 2 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1242 en rechtbank Amsterdam 12 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7256.