

# Hof van Cassatie van België

## Arrest

Nr. P.21.1692.N

**PROCUREUR-GENERAAL BIJ HET HOF VAN BEROEP TE GENT,**

eiser,

**tegen**

**J M A B,**

persoon tegen wie een Europees aanhoudingsbevel is uitgevaardigd,

verweerder,

met als raadslieden mr. Paul Bekaert en mr. Simon Bekaert, beiden advocaat bij de balie West-Vlaanderen, met kantoor te 8700 Tielt, Hoogstraat 34, waar de verweerder woonplaats kiest.

### **I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF**

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, van 28 december 2021.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Raadsheer Sidney Berneman heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Alain Winants heeft geconcludeerd.

## II. BESLISSING VAN HET HOF

### *Beoordeling*

#### *Middel*

1. Het middel voert schending aan van de artikelen 5, § 1, 16, § 1, tweede lid, en 17, § 4, eerste lid, Wet Europees Aanhoudingsbevel: het arrest dat de tenuitvoerlegging van de Europese aanhoudingsbevelen uitgevaardigd door de magistraat-voorzitter van de 2<sup>de</sup> sectie strafkamer van het Nationaal Hof (Audiencia Nacional) te Madrid (Spanje) weigert, is niet naar recht verantwoord; het laat na grondig te onderzoeken of de feiten zoals omschreven in de Europese aanhoudingsbevelen en nader toegelicht in de voorgelegde stukken, strafbaar zijn in de Belgische rechtsorde; hieruit volgt dat het arrest niet toelaat te verifiëren op grond van welke redenen werd geoordeeld met betrekking tot de naleving van artikel 5, § 1, Wet Europees Aanhoudingsbevel; uit het feitenrelaas weergegeven in de Europese aanhoudingsbevelen blijkt dat de verweerder niet alleen het terrorisme verheerlijkt, maar er ook toe aanzet, wat naar Belgisch recht onder het toepassingsveld valt van de artikelen 140 en 140bis Strafwetboek; ongeacht het gegeven dat artikel 140bis Strafwetboek nog niet van toepassing was op het ogenblik van de feiten, kan dit artikel wel degelijk worden toegepast op de feiten uit de Europese aanhoudingsbevelen; uit de omschrijving van de feiten blijkt dat ook feiten werden gepleegd na de inwerkingtreding van artikel 140bis Strafwetboek; het arrest heeft dus nagelaten te onderzoeken of het feit A naar Belgisch recht strafbaar kan zijn ingevolge deze bepaling; wat betreft het feit B hadden de appelrechters zich moeten baseren op de feitelijke uiteenzetting en niet alleen op de juridische kwalificatie aangenomen door het Spaanse Nationaal Hof; zij laten na te onderzoeken of dit feit strafbaar is als smaad en beledigingen ten aanzien van een natuurlijke persoon, zoals voorzien in artikel 448 Strafwet-

boek; naast belediging aan de Spaanse kroon worden eveneens ministers en parlementsleden gesmaad en beledigd, zodat de feiten ook kunnen worden gekwalificeerd als inbreuken op artikel 275 Strafwetboek.

*Grond van niet-ontvankelijkheid van het middel*

2. De verweerder werpt op dat het middel niet ontvankelijk is omdat het opkomt tegen de feitelijke beoordeling door het arrest betreffende de vraag of de feiten voorwerp van het Europees aanhoudingsbevel misdrijven uitmaken naar Belgisch recht.

3. Het appelgerecht beperkt zich niet tot een louter feitelijke beoordeling, maar het bepaalt ook wat het toepasselijke recht is en het toetst de feiten aan dat recht. Bovendien staat het aan het Hof te onderzoeken of de appelrechters uit de vastgestelde feiten geen gevolgen afleiden die op grond daarvan onmogelijk kunnen worden aangenomen.

De grond van niet-ontvankelijkheid van het middel wordt verworpen.

*Gegrondeheid van het middel*

4. Artikel 1.2 van het Kaderbesluit 2002/584/JBZ van 13 juni 2002 van de Raad betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (*hierna* Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel) bepaalt dat de lidstaten zich ertoe verbinden om op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning en overeenkomstig de bepalingen van dit kaderbesluit elk Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen.

5. Volgens artikel 2.1 Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel is onder de in die bepaling vermelde voorwaarden overlevering op grond van een Europees aanhoudingsbevel mogelijk zonder toetsing van de dubbele strafbaarheid van het feit.

6. Artikel 2.4 Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel bepaalt als uitzondering op het in artikel 2.1 geformuleerde principe dat ten aanzien van andere dan de in lid 2 van dit artikel bedoelde strafbare feiten de overlevering afhankelijk kan worden gesteld van de voorwaarde dat het Europees aanhoudingsbevel berust op

een naar het recht van de uitvoerende lidstaat strafbaar feit en dit ongeacht de bestanddelen of de kwalificatie ervan.

7. Artikel 5, § 1, Wet Europees Aanhoudingsbevel bepaalt dat de tenuitvoerlegging wordt geweigerd ingeval het feit waarop het Europees aanhoudingsbevel betrekking heeft krachtens het Belgische recht niet strafbaar is. Artikel 5, § 2, Wet Europees Aanhoudingsbevel bepaalt dat paragraaf 1 niet van toepassing is ingeval het gaat om één van de in paragraaf 2 vermelde strafbare feiten, voor zover deze in de uitvaardigende lidstaat met een maximale vrijheidsbenemende straf van minimaal drie jaar worden bestraft.

8. Uit de artikelen 16, § 1, tweede lid, en 17, § 4, eerste lid, laatste zin, Wet Europees Aanhoudingsbevel volgt dat het onderzoeksgerecht dat uitspraak moet doen over de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel, daartoe onder meer nagaat of een van de weigeringsgronden omschreven in de artikelen 4 tot 6 moet worden toegepast.

9. De bevoegde autoriteit van de uitvoerende lidstaat moet de strafbaarheid van het feit volgens het recht van de uitvoerende lidstaat beoordelen op het tijdstip van de beslissing over de tenuitvoerlegging van het Europees aanhoudingsbevel. Dit volgt uit het in artikel 1, lid 2, Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel vervatte principe van de verplichting tot overlevering en het uitgangspunt van de wederzijdse erkenning, alsook uit het gebruik van de respectieve begrippen “*constituent*” en “*constitute*” in de Franse en Engelse tekst van artikel 2.4 Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel. In de Franse versie wordt immers bepaald dat: “*les faits pour lesquels le mandat d’arrêt européen a été émis constituent une infraction au regard du droit de l’Etat membre d’exécution*”. In de Engelse versie wordt bepaald dat “*the acts for which the European warrant has been issued constitute an offence under the law of the executing Member State*”.

10. De door artikel 5, § 1, Wet Europees Aanhoudingsbevel gestelde vereiste van dubbele incriminatie houdt in dat het feit waarvoor de uitvaardigende staat een Europees aanhoudingsbevel heeft verleend ook door de Belgische wet strafbaar is gesteld. De dubbele strafbaarstelling bedoelt de essentie van het feit. Het is niet vereist dat de kwalificatie van het feit in de beide wetgevingen dezelfde is

noch dat het strafbare feit volgens de beide wetgevingen een misdrijf oplevert met dezelfde constitutieve bestanddelen.

11. Die beoordeling moet abstract gebeuren in die zin dat de strafbaarheid van de feitelijke gedraging los staat van de mogelijkheid tot bestraffing van de dader. Er moet geen rekening worden gehouden met strafuitsluitings- of strafverschoningsgronden of met vervolgingsbeletsels. Evenmin moet bij dat onderzoek enige strafdrempel in acht worden genomen.

12. De bevoegde overheid van de uitvoerende lidstaat moet onderzoeken of in geval van een Europees aanhoudingsbevel uitgevaardigd met het oog op strafuitvoering de feitelijke elementen die aan de oorsprong liggen van de strafbare feiten die hebben geleid tot het in de uitvaardigende lidstaat uitgesproken veroordelend vonnis, kunnen worden bestraft volgens het recht van de uitvoerende staat. Daaruit volgt dat de autoriteit van de uitvoerende lidstaat zich voor dat onderzoek dient te steunen op de feitelijke elementen weergegeven in het veroordelend vonnis.

13. Het onderzoeksgerecht dient het onderzoek naar de dubbele strafbaarheid ambtshalve te verrichten en dus ongeacht of het daartoe uitdrukkelijk is gevorderd door het openbaar ministerie. Het kan dat onderzoek ook niet beperken tot die misdrijven waaruit volgens het openbaar ministerie het voldaan zijn aan de vereiste van de dubbele strafbaarheid volgt.

14. Artikel 140, § 1, Strafwetboek, zoals laatst gewijzigd door artikel 2 van de wet van 14 december 2016, bestraft iedere persoon die deelneemt aan enige activiteit van een terroristische groep, zij het ook door het verstrekken van gegevens of materiële middelen aan een terroristische groep of door het in enigerlei vorm financieren van enige activiteit van een terroristische groep, terwijl hij wist of moest weten dat zijn deelname zou kunnen bijdragen tot het plegen van een misdaad of wanbedrijf door de terroristische groep, met opsluiting van vijf jaar tot tien jaar en met een geldboete van honderd euro tot vijfduizend euro. Artikel 140, § 1/1, Strafwetboek, zoals ingevoegd bij artikel 75 van de wet van 5 mei 2019, bestraft iedere persoon die deelneemt aan het nemen van welke beslissing dan ook in het raam van de activiteiten van de terroristische groep, terwijl hij wist of moest weten dat zijn deelname zou kunnen bijdragen tot het plegen van een misdaad of een wanbedrijf door deze terroristische groep, met opsluiting van tien jaar tot vijf-

tien jaar en met een geldboete van duizend euro tot tweehonderdduizend euro of met een van die straffen alleen.

15. Hoewel de rechter het verheerlijken van terrorisme en de vernedering van slachtoffers ervan kan betrekken bij een onderzoek naar het bewezen zijn van het door artikel 140, § 1, en § 1/1, Strafwetboek bedoelde misdrijf, levert het enkele feit van de verheerlijking van terrorisme en de vernedering van de slachtoffers ervan niet het door deze strafbepaling bedoelde misdrijf op.

16. Artikel 5 van de Richtlijn (EU) 2017/541 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2017 inzake terrorismebestrijding en ter vervanging van Kadbesluit 2002/475/JBZ van de Raad en tot wijziging van Besluit 2005/671/JBZ van de Raad (*hierna Richtlijn (EU) 2017/541*) bepaalt met betrekking tot het publiekelijk uitlokken van een terroristisch misdrijf: *“De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de verspreiding of het op andere wijze met enigerlei middel, online zowel als offline, beschikbaar maken van een boodschap aan het publiek, met het oogmerk aan te zetten tot het plegen van een van de in artikel 3, lid 1, onder a) tot en met i), genoemde misdrijven, strafbaar wordt gesteld indien er sprake is van opzet en door een dergelijke handeling het plegen van terroristische misdrijven direct of indirect, zoals door het verheerlijken van terroristische daden, wordt bepleit, waardoor het gevaar ontstaat dat een of meer van dergelijke misdrijven gepleegd zouden kunnen worden”*.

17. In de overweging 10 bij de Richtlijn (EU) 2017/541 wordt verduidelijkt: *“Het misdrijf “publiekelijk uitlokken van het plegen van een terroristisch misdrijf” omvat onder meer de verheerlijking of rechtvaardiging van terrorisme en de verspreiding online of offline van boodschappen of beelden, onder meer boodschappen of beelden die betrekking hebben op de terrorismeslachtoffers, als middel om steun te vergaren voor de terroristische zaak of de bevolking ernstig vrees aan te jagen (...)”*.

18. Artikel 140bis Strafwetboek, zoals laatst gewijzigd bij artikel 76, 1° en 2°, van de wet van 5 mei 2019, bepaalt:

*“Onverminderd de toepassing van artikel 140 wordt iedere persoon die een boodschap verspreidt of anderszins publiekelijk ter beschikking stelt met het oogmerk aan te zetten tot het plegen van één van de in de artikelen 137 of 140sexies be-*

*doelde misdrijven, met uitzondering van het in artikel 137, § 3, 6°, bedoelde misdrijf, gestraft met opsluiting van vijf jaar tot tien jaar en met een geldboete van honderd euro tot vijfduizend euro, wanneer dergelijk gedrag, ongeacht of het al dan niet rechtstreeks aanstuurt op het plegen van terroristische misdrijven, het risico oplevert dat één of meer van deze misdrijven mogelijk wordt gepleegd.*

*De straf is opsluiting van tien jaar tot vijftien jaar en een geldboete van vijfduizend euro tot tienduizend euro indien de verspreiding of de publiekelijke terbeschikkingstelling bedoeld in het eerste lid specifiek gericht is op minderjarigen.”*

19. Uit de wetsgeschiedenis van deze bepaling volgt dat het de bedoeling is het Belgische interne recht in overeenstemming te brengen met de Richtlijn (EU) 2017/541 en dat de wetgever van oordeel was dat de verheerlijking een vorm van onrechtstreekse aanzetting kan zijn, voor zover voldaan is aan de voorwaarden van artikel 140*bis* Strafwetboek. Het werd evenwel niet opportuun geacht om de verwijzing naar de verheerlijking als een voorbeeld in artikel 140*bis* Strafwetboek op te nemen omdat dit niet optimaal werd geacht voor het definiëren van misdrijven. Uit deze wetsgeschiedenis en de arresten nr. 9/2015 van 28 januari 2015 (B.9-B.26) en nr. 31/2018 van 15 maart 2018 (B.7.2-B.8) van het Grondwettelijk Hof volgt dat het door artikel 140*bis* Strafwetboek bedoelde misdrijf een bijzonder opzet vereist bestaande in het aanzetten tot het plegen van terroristische misdrijven en dat dit misdrijf bovendien vereist dat de handelingen het risico opleveren dat een terroristisch misdrijf mogelijk wordt gepleegd.

20. Daaruit volgt dat naar Belgisch recht de verheerlijking van terrorisme en de vernedering van de slachtoffers ervan als dusdanig niet strafbaar zijn, maar slechts een door artikel 140*bis* Strafwetboek bedoeld misdrijf kunnen opleveren mits is voldaan aan de vereisten van bijzonder opzet en risico.

21. In zoverre het middel uitgaat van andere rechtsopvattingen, faalt het naar recht.

22. Het arrest oordeelt voor wat betreft het feit A, namelijk de verheerlijking van terrorisme en de vernedering van de slachtoffers, als volgt:

- de verweerder werd bij arrest van het Spaans Nationaal Hof veroordeeld tot een gevangenisstraf van twee jaar voor het verheerlijken van terrorisme en de

vernedering van de slachtoffers ervan, strafbaar gesteld door de artikelen 578 en 579 Spaans Strafwetboek (arrest, p. 8);

- in het arrest van het Spaans Nationaal Hof is onder de titel “rechtsgronden” met betrekking tot de feiten van verheerlijking van terrorisme en vernedering van de slachtoffers het volgende te lezen: *“Feitelijk hebben de nader omschreven talloze uitdrukkingen in het factum en die in de songteksten staan – waarvan [de verweerder] de auteur is, door hemzelf verspreid via internet, vrij te ontvangen op de diverse sociale media en pagina’s met openbare toegang, gezongen door hemzelf in zijn soloconcerten – een onmiskenbare lovende inhoud over de terroristische organisaties ETA en GRAPO, hun leden en de gewelddadige acties die door hen aan de dag zijn gelegd. Hij rechtvaardigt ze en zet zelfs aan tot herhaling. Anderzijds impliceren de teksten minachting en vernedering van de terrorismeslachtoffers, wat valt binnen het gerefereerde misdrijf, tweeledig onder verheerlijking van terrorisme en vernedering van het slachtoffer”,* alsook *“Hij moedigt haat zaaien en geweld aan: ik word moe van zoveel stilte te midden van deze oorlog”, “één brullende man maakt meer lawaai dan een heel passief, zwijgend en dienend leger”,* alsook *“Hij verlangt dat deze collectieven bang zijn: Dat ze bang zijn als een guardia civil in Baskenland”, “We willen dat de angst aan hun deur klopt met vuur”, “of dat een bus van de PP explodeert, vol met nitroglycerine”, “Voor iedereen die bang is als hij zijn auto start, weet dat als je ribben openbarsten, exploderen, we met champagne klinken”, “Wij zijn zo geducht als clusterbommen”, “Kapitalisten onthoofden in het centrum van Cuba, iemand wil me de mond snoeren maar dat kon hij niet”* (arrest, p. 10-11);
- alhoewel uit de uiteenzetting van de feiten door de Spaanse gerechtelijke autoriteiten blijkt dat de verweerder ook werd verweten dat hij ernstig aanzette tot haat en geweld, werd in hoofdzaak de verheerlijking van die haat en dat geweld en de vernedering van de slachtoffers als strafbaar omschreven (arrest, p.11);
- dit blijkt ook uit de expliciete vermelding in het veroordelend arrest dat de feiten deel uitmaken van een misdrijf van verheerlijking van terrorisme, en hun plegers en van de vernedering van slachtoffers, zoals bestraft door de artikelen 578 en 579 Spaans Strafwetboek en die door het Spaans Nationaal Hof ook als dusdanig werden gekwalificeerd (arrest, p. 11);



- uit de verduidelijking van de voorzitter van de tweede sectie van de strafkamer van het Spaans Nationaal Hof van 27 augustus 2018 blijkt dat de veroordeling is gebaseerd op de op de datum van de feiten toepasselijke versie van het Spaans Strafwetboek, die de verheerlijking of rechtvaardiging van terrorisme of het realiseren van handelingen van diskrediet, minachting of vernedering van slachtoffers van terroristische misdrijven bestraft (arrest, p. 11-12).

23. Daaruit volgt dat de appelrechters het onderzoek naar de dubbele strafbaarstelling voor het feit A niet enkel en alleen steunen op de juridische kwalificatie door het Spaans Nationaal Hof, maar dat zij hierbij wel degelijk de feitelijke elementen in aanmerking nemen die ten grondslag liggen van het met het oog op strafuitvoering uitgevaardigde Europees aanhoudingsbevel. Op grond van die redenen en zonder enige tegenstrijdigheid kunnen de appelrechters wettig oordelen dat de aan het met het oog op strafuitvoering uitgevaardigde Europees aanhoudingsbevel onderliggende feitelijke elementen enkel bestaan in de verheerlijking van terrorisme en vernedering van de slachtoffers ervan en dus niet in het aanzetten tot terrorisme en dat die feiten naar Belgisch recht niet strafbaar zijn.

24. In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

25. Uit het arrest nr. 157/2021 van het Grondwettelijk Hof van 28 oktober 2021 (B.18.1 tot B.20) volgt dat een verdergaande strafrechtelijke bescherming van de reputatie van de Koning door artikel 1 van de wet van 6 april 1847 “*tot bestrafing van de beledigingen aan den Koning*”, in vergelijking met de strafrechtelijke bescherming van de reputatie van andere personen, zoals die wordt verzekerd door de artikelen 275 tot en met 277 en 444, 445, 448 en 449 Strafwetboek, niet bestaanbaar is met artikel 19 Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 10 EVRM.

26. De appelrechters stellen vast dat de verweerder werd veroordeeld voor smaad en beledigingen van de Spaanse Kroon (feit B). Zij oordelen dat die feiten in het interne Belgische recht door geen enkel andere bepaling dan door de wet van 6 april 1847 worden bestraft, zonder evenwel te onderzoeken of die feiten in het licht van het voormelde arrest nr. 157/2021 van het Grondwettelijk Hof van 28 oktober 2021 niet strafbaar zijn volgens de artikelen 275 tot en met 277 en 444, 445, 448 en 449 Strafwetboek.

In zoverre is het middel gegrond.

*Overige grieven*

27. De grieven kunnen niet leiden tot ruimere cassatie en behoeven dan ook geen antwoord.

*Ambtshalve onderzoek voor het overige*

28. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet gewezen.

***Dictum***

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het de tenuitvoerlegging weigert van de Europese aanhoudingsbevelen uitgevaardigd op 25 mei 2018 en op 27 juni 2018 met betrekking tot de verweerder voor het feit B.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

Laat twee derden van de kosten ten laste van de Staat.

Houdt de beslissing over de overige kosten aan en laat die over aan de rechter op verwijzing.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, anders samengesteld.

Bepaalt de kosten op 212,03 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, tweede kamer, samengesteld uit raadsheer Filip Van Volsem, als waarnemend voorzitter, de raadsheren Erwin Francis, Sidney Berneman, Eric Van Dooren en Steven Van Overbeke, en in openbare rechtszitting van 18 januari 2022 uitgesproken door

waarnemend voorzitter Filip Van Volsem, in aanwezigheid van advocaat-generaal Bart De Smet, met bijstand van griffier Ayse Birant.

A. Birant

S. Van Overbeke

E. Van Dooren

S. Berneman

E. Francis

F. Van Volsem