



Datum van inontvangstneming : 14/04/2022

**Zaak C-175/22**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

8 maart 2022

**Verwijzende rechter:**

Spetsializiran nakazatelen sad (Bulgarije)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

8 maart 2022

**Openbaar ministerie:**

Spetsializirana Prokuratura

**Verdachte:**

BK

---

**BESLISSING**

Datum: 8 maart 2022

Stad: Sofia

Spetsializiran nakazatelen sad (bijzondere strafrechter) [...] [niet vertaald]

[...] [niet vertaald]

- 1 De verwijzende rechter heeft enige moeite met de beoordeling of met het Unierecht verenigbaar is een nationale regeling op grond waarvan een rechter een verdachte schuldig kan verklaren op basis van een tenlastelegging (in de zin van de wettelijke kwalificatie van het strafbare feit) die het openbaar ministerie niet tegen hem heeft ingebracht en waartegen hij zich niet heeft kunnen verweren.
- 2 Om die reden is het nodig het Hof van Justitie te verzoeken om een prejudiciële beslissing.

**Prejudiciële vragen:**

Verzet artikel 6, leden 3 en 4, van richtlijn 2012/13 zich ertegen dat de rechter nationale wettelijke bepalingen – artikel 301, lid 1, punt 2, juncto artikel 287,

lid 1, van het Nakazatelno protsesualen kodeks (wetboek van strafvordering, Bulgarije) – in de rechtspraak aldus uitlegt dat hij in zijn vonnis een van de tenlastelegging afwijkende wettelijke kwalificatie van het strafbare feit kan hanteren, mits er geen sprake is van een kwalificatie als zwaarder gestraft feit, op grond dat de verdachte vóór de uitspraak van het vonnis niet naar behoren in kennis was gesteld van de nieuwe, afwijkende wettelijke kwalificatie en zich daartegen niet heeft kunnen verweren?

Indien de vraag bevestigend wordt beantwoord: Verbiedt artikel 47, lid 2, van het Handvest de rechter om de verdachte ervan in kennis te stellen dat hij zijn beslissing ten gronde zou kunnen nemen op basis van een andere wettelijke kwalificatie van het strafbare feit, en hem tevens in de gelegenheid te stellen zijn verweer dienaangaande voor te bereiden, omdat het initiatief voor die andere wettelijke kwalificatie niet van het openbaar ministerie is uitgegaan?

### **Feiten**

- 3 Op 26 februari 2021 is BK door de Spetsializirana prokuratura (bijzonder openbaar ministerie) gedagvaard voor de verwijzende rechter. De Spetsializirana prokuratura beschuldigt BK ervan zich als opsporingsambtenaar bij de politie schuldig te hebben gemaakt aan corruptie. Meer specifiek voert het openbaar ministerie aan dat BK van twee verdachten een bepaald geldbedrag eiste om 1) een ambtshandeling te verrichten, en met name een positief advies te geven over hun verzoeken om teruggave van bewijsmateriaal (auto's die mogelijk zijn gebruikt als hulpmiddel bij het plegen van een strafbaar feit) en de voertuigen na toestemming van het openbaar ministerie aan hen terug te geven; 2) een ander strafbaar feit te plegen in verband met zijn werkzaamheden als opsporingsambtenaar, en wel het feit van artikel 288 NK, door de verdachten niet het strafbare feit ten laste te leggen waarvan zij werden verdacht. Voorts wordt verklaard dat een van de verdachten – alleen met betrekking tot de eerste ambtshandeling (teruggave van de voertuigen) – aan BK een geldbedrag heeft overhandigd.
- 4 De handeling werd wettelijk gekwalificeerd als een strafbaar feit overeenkomstig artikel 302, punten 1 en 2, onder b), juncto artikel 301, leden 3 en 1, van het Nakazatelen kodeks (wetboek van strafrecht, Bulgarije; hierna: NK), te weten als corruptie gepleegd door een opsporingsambtenaar door middel van afpersing en ambtsmisbruik. Dit strafbare feit wordt bestraft met een „vrijheidsstraf” van 3 tot 15 jaar, een „geldboete” van 25 000 leva (BGN), de „verbeurdverklaring” van de helft van het vermogen en het „verlies van rechten”.

Relevant voor het verzoek om een prejudiciële beslissing is de wettelijke kwalificatie in artikel 301, lid 3, juncto artikel 301, lid 1, NK, die met name het geval betreft waarin een functionaris een voordeel waarop hij geen recht heeft (in casu een geldbedrag), eist of aanneemt om een ambtshandeling te verrichten of een strafbaar feit in de uitoefening van zijn ambt te plegen.

- 5 De Spetsializirana prokuratura baseert zijn tenlastelegging bijgevolg op het feit dat de handelingen die BK aan de twee verdachten had beloofd te zullen verrichten, binnen zijn bevoegdheid als opsporingsambtenaar bij de politie vielen.

Er zijn nog andere beschuldigingen uitgebracht, onder meer tegen een tweede persoon, waarop het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing geen betrekking heeft.

- 6 De verdediging van BK heeft zowel in haar schriftelijke verklaring als ter terechtzitting op 16 maart 2021 bezwaren tegen deze wettelijke kwalificatie aangevoerd. Zij betoogt dat de ten laste gelegde handelingen geen ambtshandelingen van BK zijn, aangezien zij buiten zijn bevoegdheid vallen. Deze handelingen kunnen worden verricht door de officier van justitie, maar niet door de opsporingsambtenaar, die onder toezicht van de officier van justitie handelt en diens instructies opvolgt, aldus de verdediger. Om die reden is er geen sprake van corruptie, maar van fraude in de zin van artikel 209, lid 2, NK.

- 7 De verwijzende rechter wijst erop dat van fraude in de zin van artikel 209, lid 1, NK sprake is wanneer de dader, teneinde geldelijk voordeel te behalen, iemand misleidt en het slachtoffer als gevolg van deze misleiding een financiële handeling verricht (bijvoorbeeld door een geldbedrag te overhandigen) waardoor hij financiële schade lijdt. Op dit strafbare feit staat een gevangenisstraf van één tot zes jaar.

Volgens artikel 209, lid 2, NK van het wetboek van strafrecht is er sprake van fraude wanneer de dader een dergelijke financiële schade veroorzaakt door te profiteren van de misleiding, de onervarenheid of het gebrek aan kennis van het slachtoffer dat een financiële handeling verricht. Op dit strafbare feit staat een gevangenisstraf van maximaal vijf jaar.

- 8 De bezwaren van de verdediging werden door de Spetsializirana prokuratura niet aanvaard. De Spetsializirana prokuratura handhaaft de tenlastelegging van corruptie en stelt dat de handelingen die BK had beloofd te zullen verrichten onder diens ambtsbevoegdheden vielen.

De verwijzende rechter herinnert eraan dat volgens het nationale procesrecht het openbaar ministerie onderzoekt welke feiten ten laste kunnen worden gelegd. De rechter kan het openbaar ministerie daartoe geen instructies geven. Het voorwerp van de procedure is dus uitsluitend de tenlastelegging van corruptie. Eventuele fraude is niet het voorwerp van de procedure.

- 9 Om die reden hebben zowel de procespartijen als de rechter zich tijdens de bewijsverkrijging uitsluitend geconcentreerd op het bewijs dan wel de weerlegging van de tenlastelegging van corruptie.

De mogelijkheid dat het niet om corruptie maar om fraude gaat, is geen voorwerp van de procedure.

- 10 Het betoog van de verdediging van BK is in feite bedoeld als verweer tegen de tenlastelegging van corruptie en vormt geen erkenning van fraude.
- 11 De verwijzende rechter herinnert eraan dat hij zijn beslissing ten gronde dient te baseren op de tenlastelegging zoals geformuleerd door het openbaar ministerie. Mocht hij van oordeel zijn dat de ten laste gelegde feiten niet zijn gepleegd, dan zou hij tot vrijspraak moeten overgaan. Dit zou het geval zijn indien zou blijken dat BK in feite niet bevoegd is om de aan de verdachte beloofde handelingen te verrichten.

BK zou dan worden vrijgesproken van de tenlastelegging van corruptie.

- 12 Indien de verwijzende rechter echter aanvaardt dat de andere door het openbaar ministerie aangevoerde feiten zich hebben voorgedaan, zou hij moeten onderzoeken of dit een ander strafbaar feit oplevert dat niet zwaarder wordt bestraft. In dat geval zou de verwijzende rechter overeenkomstig artikel 301, lid 1, punt 2, juncto artikel 287, lid 1, van het Nakazatelno protsesualen kodeks (wetboek van strafvordering) (zie hieronder, punten 28 en 29) bevoegd zijn om – voor het eerst in zijn beslissing ten gronde – vast te stellen dat een ander strafbaar feit is gepleegd, en de verdachte dienovereenkomstig te veroordelen.
- 13 Er zou dan sprake kunnen zijn van het strafbaar feit van fraude, in de zin van artikel 209 NK, zoals door de verdediging wordt gesteld.

Er is echter ook een andere wettelijke kwalificatie denkbaar, bijvoorbeeld die van artikel 304b, lid 1, NK (ongoorloofde beïnvloeding), volgens welke de dader een voordeel eist of aanvaardt waarop hij geen recht heeft, om invloed uit te oefenen op de beslissing van een functionaris in het kader van zijn werkzaamheden. In het onderhavige geval zou BK een geldbedrag hebben geëist om de officier van justitie ertoe te bewegen de voertuigen terug te geven en geen tenlastelegging op te stellen. Op het strafbare feit staat een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaar of een geldboete van ten hoogste 5 000 BGN; het wordt derhalve niet zwaarder gestraft dan het door het openbaar ministerie ten laste gelegde strafbare feit.

- 14 In dit geval zou de verwijzende rechter, wat de wettelijke kwalificatie betreft, geen overeenkomstige tenlastelegging van het openbaar ministerie nodig hebben voor een veroordeling; het zou volstaan dat het openbaar ministerie voor dezelfde feiten een tenlastelegging heeft opgesteld en dat de voorziene straf niet zwaarder is.
- 15 De verwijzende rechter zou de verdachte ook niet voorafgaand aan een dergelijke veroordeling in kennis stellen van de mogelijkheid van deze andere wettelijke kwalificatie. De verdachte zal dus niet de gelegenheid hebben gehad om de toepassing of niet-toepassing van deze kwalificatie te betwisten, noch om zijn beweringen met bewijsmateriaal te staven. In feite zou hij verstoken zijn van iedere vorm van verweer tegen de nieuwe wettelijke kwalificatie.

Het bestaan van deze kwalificatie wordt hem pas bij zijn veroordeling duidelijk.

## Nationaal recht

- 16 Nakazatelno protsesualen kodeks (wetboek van strafvordering, hierna: NPK) (DV nr. 86/05, huidige versie: DV 85/21).
- 17 Volgens artikel 46, lid 1, NPK stelt het openbaar ministerie de tenlastelegging op en treedt het op als aanklager. De tenlastelegging wordt op een bijzondere wijze opgesteld (artikel 246 NPK); zij bevat een feitelijk deel (dat wil zeggen een uiteenzetting van de tenlastelegging in feitelijk opzicht, artikel 246, lid 2, NPK) en een dispositief (dat wil zeggen een uiteenzetting van de wettelijke kwalificatie van de tenlastelegging, artikel 246, lid 3, NPK).
- 18 Overeenkomstig artikel 46, lid 2, punt 3, NPK neemt de officier van justitie als openbare aanklager deel aan de terechtzitting. Op grond van artikel 287 NPK is hij bevoegd de tenlastelegging te wijzigen.
- 19 Volgens artikel 287 NPK is een dergelijke wijziging in twee gevallen toegestaan.

Ten eerste wanneer het openbaar ministerie in het kader van de bewijsverkrijging vaststelt dat de feitelijke omstandigheden wezenlijk anders zijn. In dat geval wijzigt de officier van justitie de tenlastelegging in feitelijk opzicht.

Ten tweede wanneer het openbaar ministerie gedurende de procedure vaststelt dat het strafbare feit wettelijk anders moet worden gekwalificeerd, hetgeen tot gevolg heeft dat een zwaardere straf wordt opgelegd. In dat geval wijzigt de officier van justitie de wettelijke kwalificatie van de tenlastelegging.

Beide wijzigingen kunnen tegelijkertijd worden uitgevoerd.

- 20 Artikel 287, lid 1, NPK luidt als volgt:

„Het openbaar ministerie stelt een nieuwe tenlastelegging op indien het tijdens het gerechtelijk onderzoek vaststelt dat er redenen zijn voor een wezenlijke wijziging in het feitelijke deel van de tenlastelegging of voor de oplegging van een zwaardere straf.”

- 21 De wijziging van de tenlastelegging is onderworpen aan bijzondere waarborgen. De nieuwe tenlastelegging wordt formeel meegedeeld aan de verdediging. De zaak wordt op verzoek van de verdediging uitgesteld indien de verdediging daarom verzoekt om zich te kunnen voorbereiden op de gewijzigde tenlastelegging (artikel 287, lid 3, NPK), tenzij de zaak wordt verwezen naar een andere bevoegde rechter, die de zaak van begin af aan opnieuw zal behandelen (artikel 287, lid 2, NPK).

Op die manier kan de verdachte zijn verweer tegen de nieuwe wettelijke kwalificatie organiseren. Zo kan hij om een nieuwe bewijsverkrijging vragen, zich beroepen op andere rechtspraak en argumenten aanvoeren met betrekking tot de toepasselijkheid of niet-toepasselijkheid van de nieuwe wettelijke kwalificatie.

- 22 Indien het openbaar ministerie het echter noodzakelijk acht om de wettelijke kwalificatie te wijzigen, kan het de tenlastelegging niet wijzigen indien de nieuwe wettelijke kwalificatie de toepassing van een even zware of mildere straf inhoudt. Artikel 287, lid 1, NPK staat een wijziging van de tenlastelegging immers alleen toe indien de nieuwe wettelijke kwalificatie een zwaardere straf tot gevolg zou hebben.
- 23 Of de wijziging van de tenlastelegging toelaatbaar is, wordt dus alleen bepaald door het criterium van de zwaarte van de voorziene straf. Dit criterium houdt geen verband met de specifieke kenmerken van de nieuwe tenlastelegging.
- 24 Volgens artikel 301, lid 1, punt 2, NPK beslist de rechter in zijn beslissing ten gronde – de strafbeschikking – of het feit een strafbaar feit is en hoe het wettelijk moet worden gekwalificeerd.

Artikel 301, lid 1, punt 2, NPK luidt als volgt:

„Bij de oordeelsvorming zal de rechter de volgende vragen toetsen en beantwoorden:

[...]

2. of de handeling een strafbaar feit is en hoe deze wettelijk moet worden gekwalificeerd”.

- 25 In het kader van deze beslissing is de rechter gebonden aan de door het openbaar ministerie opgestelde tenlastelegging. Hij kan hiervan niet afwijken, tenzij er sprake is van de uitzondering zoals bedoeld in punt 28.
- 26 Alvorens vonnis te wijzen, stelt de rechter de verdachte in de gelegenheid zijn verweer voor te bereiden. Dit gebeurt door de verdachte formeel in kennis te stellen van de tenlastelegging, zowel wat betreft de feiten van de zaak als wat betreft de wettelijke kwalificatie; de verdachte wordt in de gelegenheid gesteld zijn beweringen met bewijsmateriaal te staven en juridische argumenten aan te voeren, ook met betrekking tot de relevante juridische overwegingen.
- 27 In het geval van wijziging van de tenlastelegging zijn deze waarborgen van overeenkomstige toepassing (punt 21). De verdachte wordt dan in een positie geplaatst alsof het openbaar ministerie deze tenlastelegging van het begin af aan had opgesteld.
- 28 In de rechtspraak wordt artikel 301, lid 1, punt 2, juncto artikel 287, lid 1, NPK als volgt uitgelegd:

Volgens de wet (artikel 287, lid 1, NPK) mag de officier van justitie de wettelijke kwalificatie van de tenlastelegging niet wijzigen indien de nieuwe wettelijke kwalificatie niet leidt tot een zwaardere straf. Het openbaar ministerie beschikt niet over deze mogelijkheid, aangezien deze niet noodzakelijk is voor de

verdediging van de rechten van de verdachte. Zijn rechten worden niet aangetast omdat de nieuwe wettelijke kwalificatie geen zwaardere straf inhoudt.

Volgens de rechtspraak staat het de rechter dus vrij om de verdachte niet op grond van de door het openbaar ministerie aangegeven wettelijke kwalificatie schuldig te verklaren, maar op grond van een andere wettelijke kwalificatie die de rechter ambtshalve juist acht. Deze aanpak is wettig als: 1) er geen sprake is van een substantiële wijziging van de tenlastelegging in feitelijk opzicht en 2) de nieuwe wettelijke kwalificatie geen betrekking heeft op een zwaarder bestraft strafbaar feit.

- 29 Indien de toepassing van een zwaardere straf niet aan de orde is, zijn de waarborgen inzake de wijziging van de tenlastelegging dus niet van toepassing. Ten eerste is het niet nodig dat het openbaar ministerie het initiatief neemt en de rechter verzoekt om op basis van een andere wettelijke kwalificatie te beslissen; in plaats daarvan kan de rechter deze wettelijke kwalificatie ambtshalve verrichten, zolang deze geen zwaardere straf inhoudt dan in de tenlastelegging is vermeld. Ten tweede hoeft de verdediging niet te worden ingelicht of in de gelegenheid te worden gesteld zich voor te bereiden op en zich te verdedigen tegen de nieuwe wettelijke kwalificatie. In feite verneemt de verdediging pas met het vonnis van het bestaan van die kwalificatie.
- 30 Artikel 337, lid 1, punt 2, NPK, dat betrekking heeft op het hoger beroep, en artikel 354, lid 2, punt 2, NPK, dat betrekking heeft op het beroep in cassatie, zijn met die rechtsopvatting in overeenstemming. Op grond van deze bepalingen kan de rechter de uitspraak ambtshalve wijzigen indien hij „dezelfde, een even zware of een lichtere straf” moet opleggen. Dit is mogelijk indien de tenlastelegging geen substantiële wijziging van de feiten bevat.

De rechten van de verdachte worden geacht niet te zijn geschonden omdat de straf niet is verzwaard.

Het feit dat de verdachte niet de gelegenheid heeft gehad zich tegen de nieuwe wettelijke kwalificatie te verweren, is niet relevant. In feite verneemt hij pas met de rechterlijke beslissing van het bestaan van die kwalificatie.

### **Unierecht**

- 31 Richtlijn 2012/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het recht op informatie in strafprocedures (PB 2012, L 142, blz. 1) (hierna: richtlijn 2012/13)

Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (PB 2016, L 65, blz. 1) (hierna: richtlijn 2016/343)



Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PB 2016, C 202, blz. 389) (hierna: Handvest)

### **EVRM-recht**

- 32 EHRM, D.M.T. en D.K.I. tegen Bulgarije (klacht nr. 29476/06, arrest van 24 juli 2012, CE:ECHR:2012:0724JUD002947606, punten 73 tot en met 84); ████████ tegen Bulgarije (klacht nr. 20494/04, arrest van 7 januari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002049404, punten 33 tot en met 45).

### **Motivering van de vragen**

- 33 De eerste vraag betreft de mogelijkheid voor de rechter om de verdachte te veroordelen op grond van een wettelijke kwalificatie waarvan deze niet vooraf formeel in kennis is gesteld. De verdachte verneemt dan pas met de rechterlijke beslissing waarbij hij schuldig wordt verklaard, wat hem ten laste is gelegd.
- 34 Overeenkomstig artikel 6, lid 3, van richtlijn 2012/13 moet uiterlijk op het moment dat het gerecht wordt verzocht een beslissing te nemen over de gegrondheid van de tenlastelegging, gedetailleerde informatie over de tenlastelegging worden verstrekt, met inbegrip van de wettelijke kwalificatie van het strafbare feit. Zoals het Hof van Justitie reeds heeft vastgesteld (arrest van 5 juni 2018, ████████ e.a., C-612/15, ECLI:EU:C:2018:392, punten 92 en 93), dient dit te gebeuren voordat de rechter met het onderzoek ten gronde aanvangt en uitspraak doet.
- 35 Het is de vraag of aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan indien de verdachte formeel in kennis wordt gesteld van een wettelijke kwalificatie en vervolgens pas met het vonnis verneemt dat hij op grond van een andere wettelijke kwalificatie is veroordeeld.

In dit geval is op het eerste gezicht voldaan aan de voorwaarden van artikel 6, lid 3, van richtlijn 2012/13, omdat de verdachte informatie heeft ontvangen over de wettelijke kwalificatie van het strafbare feit. Bij nader inzien is deze informatie echter ontoereikend gebleken. Hoewel hij is vrijgesproken met betrekking tot de hem formeel meegedeelde wettelijke kwalificatie, is hij immers daarnaast veroordeeld op grond van een andere wettelijke kwalificatie, waarvoor hij niet was gewaarschuwd dat hij zou kunnen worden veroordeeld.

- 36 Overeenkomstig artikel 6, lid 4, van richtlijn 2012/13 moeten verdachten onverwijld in kennis worden gesteld van wijzigingen in de verstrekte informatie, met inbegrip van die welke betrekking heeft op de wettelijke kwalificatie van het strafbare feit, indien dit nodig is om een eerlijk verloop van de procedure te waarborgen.

- 37 Het is de vraag of aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan wanneer de verdachte pas bij zijn veroordeling kennis krijgt van de nieuwe, andere wettelijke kwalificatie van het strafbare feit. Is dit voldoende om een eerlijk verloop van de procedure gewaarborgd te achten, gelet op het feit dat de verdachte de facto elke mogelijkheid werd ontnomen om zich in rechte te verdedigen tegen de nieuwe wettelijke kwalificatie?
- 38 Volgens de rechtspraak van het Hof moet bij een wijziging van de wettelijke kwalificatie de verdachte daarvan in kennis worden gesteld „op een tijdstip waarop hij nog de gelegenheid [heeft] om daadwerkelijk te reageren, vóór de beraadslaging” (arrest van 13 juni 2019 in zaak C-646/17, ██████ ECLI:EU:C:2019:489, punt 52); hem moet „voldoende tijd worden toegekend om kennis te nemen van die informatie en [hij moet] in staat worden gesteld om het verweer doeltreffend voor te bereiden, [zijn] eventuele opmerkingen in te dienen en, in voorkomend geval, de verzoeken te formuleren, met name een verzoek tot een onderzoek, die [hij] op grond van het nationale recht [zou] kunnen indienen” (punt 53 van het arrest).

Voorts overweegt het Hof van Justitie: „Hoewel de feitenrechters over de mogelijkheid beschikken om, wanneer een dergelijk recht in het nationale recht wordt erkend, de volgens de regels aan hen voorgelegde feiten te herkwaltificeren, moeten zij zich ervan vergewissen dat de verdachten de gelegenheid hebben gehad hun rechten van de verdediging in dit verband concreet en doeltreffend uit te oefenen, doordat zij tijdig in kennis zijn gesteld van de oorzaak van de beschuldiging, dat wil zeggen van de materiële feiten waarvoor zij verantwoordelijk worden gehouden en waarop de beschuldiging is gebaseerd, maar ook, op een gedetailleerde manier, van de juridische kwalificatie die aan deze feiten wordt gegeven” (arrest van 13 juni 2019 in zaak C-646/17, ██████ ECLI:EU:C:2019:489, punt 55).

- 39 Het lijkt geen twijfel dat in casu niet aan deze voorwaarden is voldaan. De verwijzende rechter benadrukt echter dat de verdachte zich voor de hogere rechter zou kunnen verdedigen tegen de nieuwe, andere wettelijke kwalificatie waarvan hij pas bij de veroordeling kennisneemt. Hij zou met name in hoger beroep kunnen gaan tegen een eventuele veroordeling en zijn rechten kunnen verdedigen in de procedure voor de rechter in tweede aanleg, door argumenten aan te voeren en verzoeken in te dienen in verband met de nieuwe, andere wettelijke kwalificatie. Zou dat voldoende zijn om aan te nemen dat een eerlijk verloop van de procedure gewaarborgd is?
- 40 De nationale wettelijke oplossing, volgens welke de verdachte in feite het recht kan worden ontnomen om zich tegen de andere wettelijke kwalificatie te verdedigen, berust op het feit dat deze kwalificatie niet op een zwaardere straf neerkomt. Kan dit rechtvaardigen dat artikel 6, leden 3 en 4, van richtlijn 2012/13 niet wordt toegepast?

41 Tweede vraag: Het is mogelijk dat het Hof zal antwoorden dat artikel 6, leden 3 en 4, van richtlijn 2012/13 eraan in de weg staat dat een nationale wet aldus wordt uitgelegd dat het toelaatbaar is om te komen tot een veroordeling op grond van een wettelijke kwalificatie van een strafbaar feit waarover de verdachte niet naar behoren is geïnformeerd en waartegen hij zich in rechte niet heeft kunnen verdedigen.

42 In dat geval zou de verwijzende rechter krachtens artikel 6, leden 3 en 4, van richtlijn 2012/13 verplicht zijn BK in kennis te stellen van de mogelijkheid van een veroordeling op grond van een andere wettelijke kwalificatie dan die welke door het openbaar ministerie is aangevoerd. Ook zou hij in de gelegenheid moeten worden gesteld zijn verweer voor te bereiden om een eerlijk verloop van de procedure te waarborgen.

Zodoende zou de verwijzende rechter artikel 6, leden 3 en 4, van richtlijn 2012/13 toepassen. Dit zou ook de toepassing van het Handvest vereisen (zie artikel 51, lid 1, van het Handvest).

43 Kenmerkend voor het hoofdgeding is het feit dat de nieuwe, andere wettelijke kwalificatie van het door BK gepleegde feit die in aanmerking komt, niet afkomstig is van het openbaar ministerie, maar van de verdediging (mogelijke toepassing van artikel 209, lid 1, NK, zie hierboven, punt 6) respectievelijk de rechter (mogelijke toepassing van artikel 304b, lid 1, NK, zie hierboven, punt 13).

44 In deze situatie is de onpartijdigheid van de rechter in het geding. Deze moet een onpartijdige arbiter zijn en „elk belang bij de oplossing van het geschil [moet] ontbreken. De regels waarmee wordt beoogd deze onafhankelijkheid en onpartijdigheid te waarborgen moeten geschikt zijn om bij de justitiabelen elke legitieme twijfel erover weg te nemen dat deze instantie zich niet laat beïnvloeden [...] ten opzichte van de met elkaar strijdende belangen” (arrest van 24 juni 2019 in zaak C-619/18, Commissie/Polen, ECLI:EU:C:2019:531, punt 108).

De verwijzende rechter mag geen van de partijen in het geding steunen, en zeker niet het openbaar ministerie.

45 Indien de verwijzende rechter artikel 6, leden 3 en 4, van richtlijn 2012/13 zou toepassen, zou hij de verdachte ervan in kennis moeten stellen dat er sprake is van een andere wettelijke kwalificatie, namelijk op grond van artikel 209 of artikel 304b, lid 1, NK. De verwijzende rechter zou dit echter op eigen initiatief en zonder een overeenkomstig verzoek van het openbaar ministerie doen. Hij zou dus de facto de taak van de openbare aanklager vervullen. Uiteindelijk zou hij de tenlastelegging formuleren.

46 Men kan moeilijk onpartijdigheid verwachten van een rechter die op eigen initiatief een bepaalde wettelijke kwalificatie denkbaar acht en vervolgens op basis van deze kwalificatie een veroordeling uitspreekt, zelfs indien hij de verdediging vooraf in de gelegenheid heeft gesteld zich hierop voor te bereiden. De rechter kan niet neutraal blijven ten aanzien van de met elkaar strijdende

belangen indien hij zelf een van deze belangen heeft geformuleerd, met name ten aanzien van de mogelijke wettelijke kwalificatie van het strafbare feit.

- 47 De verdachte heeft het recht om zichzelf niet te belasten (artikel 7, lid 2, van richtlijn 2016/343). In het hoofdgeding heeft de verdediging ervoor gepleit [de feiten] wettelijk te kwalificeren als fraude (artikel 209, lid 2, NK), teneinde juridisch verweer te voeren tegen de in de tenlastelegging opgenomen wettelijke kwalificatie als vragen van steekpenningen (artikel 303, lid 1, punten 1 en 2, NK). De verdediging erkent geen schuld ten aanzien van de fraude, maar trekt de juridische juistheid van de wettelijke kwalificatie als corruptie in twijfel.

Indien de verwijzende rechter de verdediging naar behoren zou informeren over de mogelijk andere wettelijke kwalificatie volgens artikel 209, lid 2, NK, zoals bedoeld in artikel 6, leden 3 en 4, van richtlijn 2012/13, zou de verdediging dus uiteindelijk de tenlastelegging tegen zichzelf hebben geformuleerd. Het is de vraag of dit in overeenstemming is met de regels van een eerlijk verloop van de procedure.

- 48 Tot slot moet worden vastgesteld dat aan de verplichting van de rechter krachtens artikel 6, leden 3 en 4, van richtlijn 2012/13 om de verdachte in kennis te stellen van de wettelijke kwalificatie van de tegen hem ingebrachte tenlastelegging, moet worden voldaan in overeenstemming met artikel 47 van het Handvest. Maar is dit mogelijk als de tenlastelegging is bijgewerkt op basis van een initiatief dat niet van het openbaar ministerie is uitgegaan?

### **Standpunt van de verwijzende rechter**

- 49 Ten aanzien van de eerste vraag: Overeenkomstig artikel 6, leden 3 en 4, van richtlijn 2012/13 moet de verdachte in kennis worden gesteld van de tenlastelegging, met inbegrip van de wettelijke kwalificatie ervan, op een moment in de procedure waarop hij zich hiertegen kan verdedigen. De rechter kan de verdachte dus niet veroordelen op grond van een wettelijke kwalificatie die wezenlijk verschilt van die waarvan hij formeel in kennis is gesteld. De hoogte van de straf waarin de nieuwe wettelijke kwalificatie voorziet, is niet van belang.

Ten aanzien van de tweede vraag: De formele kennisgeving door de rechter aan de verdediging van een mogelijke andere wettelijke kwalificatie in het vonnis, maakt van die wettelijke kwalificatie nog geen tenlastelegging in de zin van artikel 6, leden 3 en 4, van richtlijn 2012/13. Daartoe moet deze mogelijke wettelijke kwalificatie naar voren worden gebracht door het openbaar ministerie, dat de rechter moet verzoeken om zich in zijn beslissing ten gronde ook over deze kwalificatie uit te spreken.

Zonder een overeenkomstig verzoek van het openbaar ministerie is er geen sprake van een tenlastelegging in juridische zin, zodat de voorschriften inzake informatieverstrekking aan de verdediging overeenkomstig artikel 6, leden 3 en 4, van richtlijn 2012/13 niet van toepassing zijn.

**Noodzaak van de prejudiciële verwijzing**

- 50 Op basis van het antwoord van het Hof van Justitie zal de verwijzende rechter kunnen bepalen of hij de verdediging ervan in kennis moet stellen dat hij het strafbare feit in zijn vonnis wettelijk anders kan kwalificeren dan het openbaar ministerie.

Om deze redenen wordt als volgt

**BESLIST:**

Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt een VERZOEK OM EEN PREJUDICIËLE BESLISSING met de in punt 2 hierboven vermelde inhoud voorgelegd.

[...] [niet vertaald]