



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De druppel die de emmer doet overlopen: naar een toekomstbestendige WETS- procedure voor overname van strafexecutie in Nederland: de wetgever aan zet
Ouwerkerk, J.W.

Citation

Ouwerkerk, J. W. (2024). De druppel die de emmer doet overlopen: naar een toekomstbestendige WETS- procedure voor overname van strafexecutie in Nederland: de wetgever aan zet. *Delikt En Delinkwent*, 54(10), 819-832. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4208969>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4208969>

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

De druppel die de emmer doet overlopen

Naar een toekomstbestendige WETS-procedure voor overname van strafexecutie in Nederland: de wetgever aan zet²

DD 2024/57

1. Bij beschikking van 17 juli 2024 verklaarde het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ of het Hof) de penitentiaire kamer van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (hierna: het Gerechtshof A-L) niet-ontvankelijk in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing.³ Het verzoek betrof de uitleg van verscheidene Unierechtelijke bepalingen in de sfeer van de tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen in Nederland – bepalingen die middels de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties (WETS) in de Nederlandse rechtsorde zijn geïmplementeerd.

Met de niet-ontvankelijkverklaring werd bewaarheid wat het Gerechtshof A-L zelf al vermoedde⁴ (al bleek het Gerechtshof Den Haag in een civiele procedure een andere mening toegedaan⁵), namelijk dat het in de procedure waarin het moet oordelen over de erkenning van strafvonnissen uit andere EU-lidstaten (artikel 2:11 WETS) *niet* kan worden beschouwd een ‘rechterlijke instantie’ te zijn die bevoegd is het HvJ te verzoeken om een prejudiciële beslissing.

Hiermee staat thans vast dat er maar weinig mogelijkheden zijn om te (laten) toetsen of in de Nederlandse rechtsorde wel op correcte wijze uitvoering wordt gegeven aan de toepasselijke Unierechtelijke normen – en dát terzake een regeling die mede betrekking heeft op vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking. Dat roept natuurlijk vragen op die verband houden met verplichtingen die Nederland als EU-lidstaat heeft, maar het is des te meer ongelukkig, en mijns inziens inmiddels onhoudbaar, tegen de achtergrond van de veelheid aan serieuze, vaak met elkaar samenhangende, vragen die de inrichting en uitwerking van de erkenningsprocedure voor buitenlandse vrijheidsbenemende sancties keer op keer oproepen, met name betreffende de rechtspositie van veroordeelden. Niet voor niets wendde het Gerechtshof A-L zich – tevergeefs dus – met vragen van dien aard tot het Hof in Luxemburg.

In dit editorial zal ik de beschikking van het HvJ van 17 jl. kwalificeren als de spreekwoordelijke druppel die de emmer doet overlopen, en vervolgens betogen dat nu toch echt *de wetgever* – daar al meermaals toe opgeroepen – aan zet is om de betreffende

1 Hoogleraar Europees strafrecht aan de Universiteit Leiden.

2 Citeerwijze: J.W. Ouwerkerk, ‘De druppel die de emmer doet overlopen. Naar een toekomstbestendige WETS-procedure voor overname van strafexecutie in Nederland: de wetgever aan zet’, DD 2024/57.

3 HvJ EU 17 juli 2024, C-235/24 PPU (Niesker), ECLI:EU:C:2024:624.

4 Dit bleek al uit de bijdrage vanuit het Gerechtshof aan een evaluatierapport uit 2022 over het gebruik in Nederland van EU-instrumenten voor grensoverschrijdende strafrechtelijke samenwerking, waaronder dus het instrument voor overname van strafexecutie, zie het Secretariaat-generaal van de Raad (General Secretariat of the Council), *Evaluation report on the ninth round of mutual evaluations: 9th round of mutual evaluations on mutual recognition legal instruments in the field of deprivation or restriction of liberty. Report on the Netherlands*, Brussel 2 december 2022, raadsdocument 13190/1/22, p. 43. Blijkens de weergegeven stellingname van het Gerechtshof in HvJ EU 17 juli 2024, C-235/24 PPU (Niesker), ECLI:EU:C:2024:624, par. 21 was het Gerechtshof die mening nog steeds toegedaan toen het de prejudiciële verwijzing opstelde.

5 Gerechtshof Den Haag, 5 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1719, par. 5.7 e.v.

erkenningprocedure anders vorm te geven. Daartoe zal in het navolgende allereerst een korte schets worden gegeven van de regeling van de WETS, met uiteraard de focus op de vormgeving van de erkenningprocedure (2). Daarop volgt een weergave van de belangrijkste knelpunten, vragen en zorgen die uit de rechtspraak en de literatuur naar voren komen (3-9), waarna een bespreking volgt van de beschikking van het HvJ van 17 juli 2024 en het daarop volgende eindoordeel van het Gerechtshof A-L (10). Dit alles mondt uit in de reeds aangekondigde aanbeveling aan de wetgever om de procedure anders in te richten, met uiteraard aandacht voor mogelijke leidende gezichtspunten daarbij (11-12).

2. Strafoverdrachten van en naar andere EU-lidstaten vinden sinds ruim tien jaar plaats op grond van de WETS.⁶ Deze wettelijke regeling voorziet in procedures voor het overdragen en overnemen van de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen en andere vrijheidsbenemende sancties (hoofdstuk 2) alsmede in procedures voor het overdragen en overnemen van het toezicht op de naleving van voorwaarden in het kader van voorwaardelijke veroordelingen en voorwaardelijke invrijheidstelling of van de verplichting tot het verrichten van een taakstraf (hoofdstuk 3).

Dit editorial richt zich enkel op de eerste categorie en dat bovendien vanuit het perspectief van Nederland als tenuitvoerleggingsstaat, anders gezegd: op het in Nederland tenuitvoerleggen van een elders in de EU opgelegde gevangenisstraf of andere vrijheidsbenemende sanctie. EU-Kaderbesluit 2008/909 ligt ten grondslag aan wat de WETS daaromtrent bepaalt.⁷ Uitgangspunt van dat kaderbesluit is, om te beginnen, dat personen die waar ook in de EU tot een vrijheidsbenemende sanctie zijn veroordeeld, hun sanctie ondergaan in de lidstaat van verblijf (die als gevolg van vrij verkeer van personen in de EU logischerwijze niet altijd samenvalt met de lidstaat van nationaliteit), opdat de resocialisatie van veroordeelden wordt bevorderd.⁸ Reeds uit de titel van het kaderbesluit volgt, voorts, dat de daarin neergelegde regeling gestoeld is op het beginsel van wederzijdse erkenning, zodat Nederland in principe gehouden is om uitvoering te geven aan de sanctie die door de lidstaat van veroordeling (de beslissingsstaat) aan Nederland wordt overgedragen. De vereenvoudiging en versnelling die daarmee is beoogd, komt onder meer tot uitdrukking in de korte termijn waarbinnen een beslissing over overname en tenuitvoerlegging moet worden genomen (nl. 90 dagen, zie artikel 12 lid 2 Kaderbesluit 2008/909) en artikel 2:10 WETS), in het vaste format voor opstelling van een verzoek tot overname (het certificaat, bijlage I bij Kaderbesluit 2008/909) en in de exclusieve toepassing van de procedure van voortgezette tenuitvoerlegging (artikel 8 Kaderbesluit 2008/909; artikel 2:11 leden 4 en 5 WETS). Ingevolge deze procedure is nadrukkelijk geen sprake van *omzetting* van de buitenlandse sanctie in een Nederlandse sanctie (een procedure waar de WOTS met artikel 31 wel in voorziet), maar slechts van *voortzetting* ervan, met enkel uiterst bescheiden mogelijkheden tot aanpassing (iets meer daarover in 4-5).

Hoe verloopt nu de procedure in Nederland vanaf het moment dat Nederland van een andere EU-lidstaat een verzoek tot overname ontvangt, en wie worden er in die procedure

6 Wet van 12 juli 2012, *Stb.* 2012, 33, inwerkingtreding op 1 november 2012, *Stb.* 2012, 373. Strafoverdrachten tussen Nederland en niet-EU-lidstaten vinden onverminderd plaats op grond van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen (WOTS, welke uitvoering geeft aan verscheidene multilaterale verdragen (met het Verdrag inzake de overbrenging van gevonnisde personen (VOGP) als meest bekende verdrag, gesloten in het kader van de Raad van Europa) alsmede bilaterale verdragen (zoals met Marokko, Thailand, Peru, etc.).

7 Kaderbesluit 2008/909/JBZ van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 327/5.

8 Idem, overweging 9 van de preambule.

betrokken? Zowel in de WETS zelf (zie met name de artikelen 2:7 tot en met 2:16 WETS) als in verscheidene publicaties is deze procedure uitvoerig en duidelijk weergegeven;⁹ met het oog op de focus van deze bijdrage en vanwege wat hierna nog volgt, volsta ik nu met de volgende summiere schets.

Het is de Minister van Justitie en Veiligheid¹⁰ die, in beginsel dus binnen 90 dagen, de definitieve beslissing neemt over het al dan niet erkennen en tenuitvoerleggen van de buitenlandse vrijheidsbenemende sanctie in Nederland. Een erkenningsprocedure start dan ook met binnenkomst bij de minister van een buitenlands vonnis met ingevuld certificaat. Alvorens daarop te beslissen – en tenzij de minister direct al constateert dat het vonnis niet voor tenuitvoerlegging in Nederland in aanmerking komt – moet het oordeel van de rechter worden gevraagd, om precies te zijn van de penitentiaire kamer van het Gerechtshof A-L. Dat oordeel wordt gevormd in een puur schriftelijke procedure. De veroordeelde wordt niet gehoord en de WETS voorziet evenmin in een andere mogelijkheid om inbreng te leveren. Na ontvangst van het rechterlijk oordeel, neemt de minister ‘met inachtneming’ daarvan zijn definitieve beslissing. Voor de veroordeelde staat daar geen rechtsmiddel tegen open.

Zowel in de consultatiefase als ten tijde van de parlementaire behandeling van het WETS-voorstel werd al vanuit verschillende hoeken behoorlijk kritisch gereageerd op de drie belangrijkste kenmerken van de hierboven beschreven erkenningsprocedure, namelijk: de beperkte, bovendien enigszins ongrijpbare rol van de rechter, het ontbreken van een rol voor veroordeelde en het ontbreken van een rechtsmiddel voor veroordeelde.¹¹ Voor zover op deze kritiek is gereageerd, blijkt die terzijde gelegd.¹² Echter, het is in verband met precies dezelfde kritiekpunten dat er nu, dertien jaar na inwerkingtreding van de WETS, eerder méér dan minder reden is om de houdbaarheid van de erkenningsprocedure ter discussie te stellen.

In het navolgende (3-9) wordt dat nader toegelicht en geïllustreerd, onder verwijzing naar rechtspraak, literatuur en een Brussels evaluatierapport. Zoals zal blijken is de toegenomen urgentie van de al langer uitgeoefende kritiek ten dele een gevolg van hoe de gemaakte keuzes in de praktijk blijken uit te pakken, maar ook van ontwikkelingen in de rechtspraak van het HvJ.

3. Indachtig het beginsel van wederzijdse erkenning is het aan de WETS ten grondslag liggende Kaderbesluit 2008/909 gestoeld op het uitgangspunt dat Nederland positief bevestigt op verzoeken tot overname van strafexecutie die uit eender welke andere EU-lidstaat afkomstig zijn. Daarom is slechts in een beperkt aantal gevallen weigering van een verzoek tot overname voorgeschreven (artikel 2:13 WETS) of toegestaan (artikel 2:14 WETS). Toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning betekent voorts de exclusieve toepassing van de procedure van voortgezette tenuitvoerlegging. Van het buitenlandse strafvonnis mag dus geen Nederlands strafvonnis worden gemaakt – laat staan dat Nederlandse

9 Zie met name F.T.C. Dölle & T. de Boer, ‘De black box van de WETS. Gebrek aan transparantie en rechtsbescherming in de procedure van strafoverdracht’, *NTS* 2021/24, par. 2.1.

10 In de praktijk is dat, namens de minister van Justitie en veiligheid, de afdeling Internationale Overdracht Strafvonnissen (IOS), onderdeel van de Divisie Individuele zaken van de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI).

11 Advies Raad voor de Rechtspraak en Preadvies van de Adviescommissie Strafrecht NOvA, beide opgenomen als bijlage bij *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 885, nr. 3 (MvT). Zelf stipte ik destijds kort de keuze voor de minister als bevoegde autoriteit aan alsmede de mogelijk ingewikkelde verhouding tussen het verbod van strafverzwaring en de niet geringe verschillen tussen uiteenlopende regelingen in de EU-lidstaten op het gebied van voorwaardelijke en vervroegde invrijheidstelling, zie J.W. Ouwerkerk, ‘Van WOTS naar WETS: Overname en overdracht van strafexecutie in de Europese Unie’, *NtEr* 2012-6, p. 220, 226-227.

12 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3 (MvT), p. 6 en p. 22.

straftoemettingsmaatstaven mogen worden meegenomen – zoals in de klassieke *exequatur-procedure* het geval is. Integendeel. Het buitenlandse strafvonnis dient te worden behandeld en uitgevoerd als ware het een in Nederland gewezen strafvonnis.

Bij een dergelijke mate van beoogd automatisme lijkt het wellicht zo'n gekke gedachte niet geweest dat een administratieve, volledig schriftelijke procedure voldoende moest zijn om de betreffende EU-regeling gestalte te geven in de Nederlandse rechtsorde – een procedure namelijk die zowel een initiële toetsing (inclusief de re-integratietoets, artikel 2:8 lid 7 WETS) als de eindbeslissing in handen van de minister heeft gelegd, waarbij daartussenin de rechter schriftelijk adviseert over de toepasselijkheid van dwingende weigeringsgronden, over de vervulling van het dubbele strafbaarheidsvereiste en over de eventuele aanleiding om de buitenlandse straf naar aard of duur aan te passen, dit laatste puur om die feitelijk uitvoerbaar te doen zijn in de Nederlandse rechtsorde (artikel 2:11 WETS).

Dat veroordeelden in de praktijk toch behoefte blijken te hebben aan de mogelijkheid om de eigen zienswijze érgens in de procedure naar voren te brengen, wekt als zodanig wellicht geen verbazing. Welke justitiabele wil níet worden betrokken in een procedure die zijn of haar belangen betreft? Echter, hier moet worden benadrukt dat uit de gepubliceerde rechtspraak – alhoewel relatief schaars, nu gekozen is voor niet-openbare oordelen – reeds het beeld naar voren komt dat er voor veroordeelden serieus iets op het spel kan staan, ook al suggereren de in het Kaderbesluit 2008/909 en in de WETS neergelegde regelingen dat er in de Nederlandse erkenningsprocedure niet tot nauwelijks iets te halen zal zijn voor elders veroordeelden (want: wederzijdse erkenning!).

4. Zo kan er bijvoorbeeld behoorlijk veel afhangen van hoe de strafbare feiten die aan de buitenlandse veroordeling ten grondslag hebben gelegen, naar Nederlands recht worden gekwalificeerd. Het is het Gerechtshof A-L die dat beoordeelt. Een oordeel daaromtrent is niet alleen nodig om te onderzoeken of voldaan is aan het vereiste van *dubbele strafbaarheid* (ingevolge artikel 2:13 lid 1 sub f WETS een dwingende weigeringsgrond),¹³ maar ook om na te gaan of en zo ja, in hoeverre, de *duur* van de buitenlandse sanctie naar beneden moet worden aangepast. Wat dit laatste betreft, schrijft artikel 2:11 lid 4 WETS namelijk voor dat een verlaging tot het in Nederland geldende strafmaximum moet plaatsvinden als de buitenlandse sanctie dit strafmaximum te boven gaat.¹⁴ Welnu, onder andere waar het drugsgerelateerde criminaliteit betreft, kan er wel getwist worden over de exacte kwalificatie naar Nederlands recht terwijl de in beeld komende strafbepalingen qua toepasselijke strafmaxima behoorlijk uiteen kunnen lopen. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad (civiele kamer) van 10 juni 2022.¹⁵ Daarin is tot in cassatie geklaagd over het oordeel van het Gerechtshof A-L dat de in Engeland gepleegde 'Conspiracy to Fraudulently Evade a Prohibition on the Importation of a Class A Drug' naar Nederlands recht moesten worden gekwalificeerd als het medeplegen van opzettelijke invoer van verdovende middelen als bedoeld in artikel 2 onder A Opiumwet en artikel 3 onder A Opiumwet, dit laatste terwijl sprake is van een grote hoeveelheid in de zin van artikel 11

13 Het onverkort hanteren van het vereiste van dubbele strafbaarheid staat op gespannen voet met de kerngedachte van het beginsel van wederzijdse erkenning, maar lidstaten werd de mogelijkheid gegeven daar toch voor te kiezen, zie artikel 7 lid 4 Kaderbesluit 2008/909. Nederland heeft ervoor gekozen van die mogelijkheid gebruik te maken, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3 (MvT), p. 10. Dit is officieel medegedeeld aan de Raad, zie: Cover note, *Council Framework Decision 2008/909/JHA on the application of the principle of mutual recognition to judgments in criminal matters imposing custodial sentences or measures involving deprivation of liberty for the purpose of their enforcement in the European Union - Notification of implementation of the above Framework Decision by the Netherlands*, Brussel 1 oktober 2012, raadsdocument 14427/12.

14 Artikel 8 lid 2 Kaderbesluit 2008/909 staat een dergelijke aanpassing toe.

15 HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:858.

lid 5 Opiumwet. Het levert een strafmaximum van zestien jaren op, zodat het Gerechtshof A-L oordeelt dat de in Engeland opgelegde straf van 22 jaren moet worden verlaagd tot zestien jaren. Veroordeelde stelde zich echter op het standpunt dat de gepleegde feiten meest overeenkomen met de strafbare feiten als bedoeld in artikel 11b Opiumwet of artikel 140 Sr (deelneming aan een organisatie die het plegen van Opiumwetmisdrijven resp. misdrijven tot oogmerk heeft), zodat een veel lager strafmaximum van ten hoogste 10 jaren en acht maanden van toepassing zou zijn.¹⁶ Dit standpunt van veroordeelde werd keer op keer niet gevolgd, omdat het oordeel daaromtrent niet aan de civiele rechter geacht wordt te zijn.¹⁷ Het moge niettemin duidelijk zijn dat sprake is van een niet onzinnige kwestie die voor veroordeelde van niet gering belang is.

5. Aanpassing van de buitenlandse sanctie is ook toegestaan voor wat betreft de *aard* van die sanctie in het geval de in het buitenland opgelegde sanctie met het Nederlandse recht onverenigbaar is (artikel 2:11 lid 5 WETS¹⁸). Toepassing van deze aanpassingsmogelijkheid kan blijkens de rechtspraak bijvoorbeeld nodig zijn als veroordeelde in het buitenland een vrijheidsbenemend behandelingstraject heeft opgelegd gekregen. Daarvan was sprake in de zaak die geleid heeft tot de beschikking van het HvJ van 17 juli jl. Aan veroordeelde was door de Zweedse strafrechter een forensisch-psychiatrische behandeling opgelegd van onbepaalde duur; aan eventueel ontslag uit de kliniek moest een speciaal onderzoek voorafgaan. Het Gerechtshof A-L was van oordeel dat de Nederlandse maatregel van tbs met dwangverpleging daarmee het meest overeenstemt. Er ontstond vervolgens echter (onder andere) discussie over het criterium dat het Gerechtshof A-L hanteert om tot die vaststelling te komen en waarin blijkbaar tevens een rol speelt welke sanctie waarschijnlijk zou zijn opgelegd als de berechting van de veroordeelde in kwestie in Nederland zou hebben plaatsgevonden.¹⁹ Deze veroordeelde stelde zich namelijk op het standpunt dat enkel relevant is welke in Nederland bestaande sanctie zoveel mogelijk met de opgelegde sanctie overeenkomt, hetgeen zou vergen dat het Gerechtshof zich nadrukkelijker verdiept in wat die opgelegde buitenlandse sanctie precies behelst;²⁰ volgens veroordeelde zou dan blijken dat de civiele zorgmachtiging er beter mee overeenstemt en levert tenuitvoerlegging van de maatregel van tbs met dwangverpleging een feitelijke strafverzwaring van de buitenlandse sanctie op.²¹ Dat laatste is ingevolge artikel 8 lid 4 Kaderbesluit 2008/909 nadrukkelijk niet toegestaan. Alhoewel het Gerechtshof A-L daarop lijkt toe te geven dat de bewoordingen van het gebruikte criterium onduidelijkheid kunnen oproepen, houdt hij vast aan zijn initiële oordeel dat tbs met dwangverpleging zoveel mogelijk overeenstemt met de in Zweden opgelegde sanctie.²²

Opnieuw moge duidelijk zijn welk niet gering belang er gemoeid kan zijn met een vraagstuk dat opgeld kan doen bij de op zichzelf geringe aanpassingsmogelijkheden waar in de

16 HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:858, weergave onder '2. Uitgangspunten en feiten'.

17 Idem, r.o. 3.2.

18 Vgl. Artikel 8 lid 3 Kaderbesluit 2008/909.

19 Zie bijvoorbeeld de toelichting van het Gerechtshof A-L op een van de prejudiciële vragen die het aan het HvJ stelde, waarin het stelt voor de uitleg van artikel 2:11 lid 5 WETS het criterium te hanteren dat de buitenlandse sanctie wordt gewijzigd in "een maatregel die aan de gevonnenste persoon naar alle waarschijnlijkheid was opgelegd, indien de berechting in Nederland zou hebben plaatsgevonden", Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2534, r.o. 4.2.7.

20 Zie in die zin ook – mogelijk mede over de onderhavige zaak – Dölle & de Boer 2021, p. 77.

21 Zie de weergave van het standpunt van veroordeelde in de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:5819, onder '5 Is er aanleiding om het oordeel (al dan niet op onderdelen) te herzien?'.

22 Idem. Dit betreft overigens de uitspraak die tot stand kwam nadat het HvJ op 17 juli 2024 zijn verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk verklaarde.

erkenningprocedure ruimte voor bestaat – een vraagstuk bovendien dat niet definitief beslecht is nu het Gerechtshof A-L er een prejudiciële vraag voor het HvJ over formuleerde én een vraagstuk dat blijkt te raken aan een fundamentele regel in transnationale afspraken over overdracht en overname van strafexecutie, namelijk het *verbod van verzwaring*.

6. Het is deze regel (het verbod van verzwaring) die met enige regelmaat ook complexe rechtsvragen oproept in verband met toepassing van de Nederlandse *v.i.-regeling*. Op de tenuitvoerlegging van een buitenlandse sanctie in Nederland is immers Nederlands recht van toepassing (artikel 2:15 lid 1 WETS), inclusief dus de Nederlandse *v.i.-regeling*. Omdat deze ten opzichte van *v.i.-regelingen* in verscheidene andere EU-lidstaten relatief streng is, ontstaat er gemakkelijk spanning met het al genoemde verbod van verzwaring. Kaderbesluit 2008/909 voorziet in verband met dat verbod in de mogelijkheid om bij tenuitvoerlegging rekening te houden met de eventueel gunstiger *v.i.-regeling* zoals die in de lidstaat van veroordeling geldt (artikel 17 lid 4).²³ Ter implementatie daarvan is aan de minister van Justitie en Veiligheid de bevoegdheid toegekend om in individuele gevallen, en in afwijking van de reguliere *v.i.-voorschriften* van artikel 6.2.10 lid 1 Sv, te bepalen dat de *v.i.* eerder plaatsvindt (artikel 6.2.10 lid 4 Sv (artikel 15 lid 7 Sr oud). In lijn met de bedoelingen van de wetgever – tevens in lijn met wat gebruikelijk is in omzettingsprocedures op grond van de WOTS – geldt daarbij als maatstaf dat “voldoende vaststaat” dat veroordeelde in de lidstaat van veroordeling op het eerdere tijdstip voorwaardelijk of vervroegd zou vrijkomen.²⁴

Maar op welk moment nu precies moet worden onderzocht of er aanleiding is deze bepaling toe te passen, en door welke autoriteit(en), is niet helemaal duidelijk. Voor de voorzieningenrechter in hoger beroep is duidelijk dat de “onderzoeksplicht” van artikel 6.2.10 lid 4 Sv rust op de minister.²⁵ Het Gerechtshof A-L blijkt de elders geldende *v.i.-regeling* niet standaard in zijn overwegingen te betrekken,²⁶ al lijken zich toch ook zaken voor te doen waarin het Gerechtshof A-L de elders geldende *v.i.-regeling* in zijn overwegingen betreft;²⁷ waarom is voor mij onduidelijk en valt niet na te gaan.

Nog minder duidelijkheid bestaat er over de vraag op welk(e) moment(en) de betreffende onderzoeksplicht moet worden uitgevoerd: in de erkenningprocedure of (tevens) op het moment waarop veroordeelde op grond van de *v.i.-regeling* van de lidstaat van veroordeling voor *v.i.* in aanmerking had kunnen komen? De voorzieningenrechter in hoger beroep kan daarover geen uitsluitsel geven, maar hoeft dat ook niet te doen nu zijn oordeel zich beperkt tot de vraag of de staat jegens veroordeelde onrechtmatig heeft gehandeld door enkel in de erkenningprocedure – d.w.z. op het moment dat over erkenning en tenuitvoerlegging moet worden beslist – te onderzoeken of er reden is artikel 6:2:10 lid 4 Sv toe te passen. Van onrechtmatig handelen is volgens deze voorzieningenrechter echter geen sprake. Bij gebreke – zoals in casu – aan informatie over de waarschijnlijke *v.i.-datum* waar in België

23 Zie in navolging daarvan het gestelde in *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3 (MvT), p. 11-12, waarin daarnaast wordt onderkend dat door rekening te houden met de in het buitenland geldende *v.i.-regeling* tevens recht wordt gedaan aan de bedoeling van de rechter aldaar, die immers bij oplegging van de sanctie van die *v.i.-regeling* uitging.

24 Idem, p. 62. In de praktijk wordt gebruik gemaakt van het inhoudelijk daarmee overeenkomende criterium dat “zeker of met grote mate waarschijnlijk is dat...”, zie Gerechtshof Den Haag (KG) 16 mei 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1224, r.o. 6.6; zie tevens Dölle & De Boer 2021, p. 78.

25 Gerechtshof Den Haag (KG) 16 mei 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1224, r.o. 6.7.

26 Zie daarover Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:11124, overwegingen in de laatste alinea. In dezelfde lijn Rb. Den Haag (KG) 27 juni 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:6167, r.o. 4.3 en in het hoger beroep van deze zaak tevens de in de vorige voetnoot aangehaalde uitspraak van het Gerechtshof Den Haag.

27 Zo leid ik althans af uit de beschrijving van een zaak in Dölle & De Boer 2021, p. 78, waarbij zij verwijzen naar een niet-gepubliceerd oordeel van het Gerechtshof A-L.

voor zou zijn gekozen, bestaat weliswaar het risico dat op een later moment in de tenuitvoerlegging zich alsnog een strafverzwarend effect zou verwezenlijken, maar dan biedt de gratieprocedure een voldoende vangnet om dat te voorkomen.²⁸ Het is geenszins uitgesloten dat die benadering te verenigen is met het in dezen toepasselijke EU-recht. Echter, gezien het gewicht van de materie en de gerechtvaardigde belangen van veroordeelde om niet langer dan nodig in onzekerheid te verkeren over de mogelijk strafverzwarende impact van zijn of haar overdracht naar Nederland, is elke onduidelijkheid onwenselijk.

Het behoeft waarschijnlijk al geen toelichting meer dat dit eens te meer geldt in gevallen waarin aan veroordeelde een *levenslange gevangenisstraf* werd opgelegd; dat sprake is van sterk uiteenlopende v.i.-regelingen in de EU geldt voor de levenslange gevangenisstraf namelijk evenzeer.²⁹

7. Het gewicht van de hiervoor besproken vraagstukken in WETS-zaken, en de onduidelijkheden die over sommige ervan (blijven) bestaan, maken het lastig te verteren dat de WETS welbewust niet voorziet in enige mogelijkheid voor veroordeelden om standpunten kenbaar te maken of (mogelijk) relevante informatie naar voren te brengen.

Wat een veroordeelde dan enkel rest is de gang naar de *civiele rechter*. Veroordeelde kan ervoor kiezen middels vordering in kort geding (eerst) een voorlopige voorziening te vragen (o.g.v. artikel 254 Rv), maar evengoed is mogelijk dat direct in een bodemprocedure om een eindbeslissing van de civiele rechter wordt gevraagd (o.g.v. artikel 42 RO). De civiele rechter is uitsluitend bevoegd voor zover sprake is van een vordering uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW, wat in WETS-zaken natuurlijk neerkomt op een vordering uit onrechtmatige *overheidsdaad* nu die is gericht tegen de beslissing van de minister. Nu enkel kan worden getoetst of daarvan sprake is, geldt dus een *beperkte toetsingsmaatstaf*.

Ook overigens beschouwt de civiele (voorzieningen)rechter de eigen *taakopvatting* als bescheiden. Voor de voorzieningenrechter geldt sowieso dat die als restrechter fungeert en enkel in rechtsbescherming voorziet voor zover de toepasselijke strafvorderlijke bepalingen leemten bevatten en er geen andere rechtsingangen bestaan,³⁰ maar ook in een bodemprocedure kwalificeerde het Gerechtshof Den Haag de eigen rol als die van restrechter.³¹ Bovendien expliciteerde dit Hof dat het slechts een beperkte rol voor de civiele rechter in WETS-zaken zag weggelegd, omdat sprake is van een “andere rechter” die wettelijk tot beoordeling bevoegd is, namelijk de “gespecialiseerde, deskundige” penitentiaire kamer van het Gerechtshof A-L – een rechter bovendien die in de praktijk bereid is gebleken op verzoek van de minister een herbeoordeling uit te voeren, waarin bezwaren van veroordeelde worden meegenomen, zodat langs die weg kan worden voldaan aan de eisen van hoor en wederhoor.³² Bij die stand van zaken legde de civiele rechter van het Haagse Hof de zaak die uiteindelijk leidde tot de beschikking van het HvJ van 17 juli jl., dan ook liever eerst terug bij de minister/het Gerechtshof A-L zodat die in een procedure die aan de eisen van artikel 47 HGEU voldoet, een herbeoordeling kan doen; tot die tijd acht het de rol van de civiele rechter beperkt tot beoordeling van de vraag of sprake is van “een kennelijke fout”

28 Gerechtshof Den Haag (KG) 16 mei 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1224, r.o. 6.8-6.14.

29 Zie voor een vergelijking tussen Nederland en België en de (mogelijke) impact daarvan op beslissingen en tenuitvoerlegging in het kader van de WETS: Dölle & de Boer 2021, p. 77-79. Zie voor rechtspraak van na de publicatie van dit artikel, waaruit de impact opnieuw blijkt: Rechtbank Den Haag 19 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:5392 en Gerechtshof A-L 19 april 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2997. Ingewikkeldheden hieromtrent waren reeds ten tijde van het WETS-voorstel al voorzienbaar, zie Ouwerkerk 2012, p. 226-227.

30 A.Th.M. ten Broeke, in: *Handboek Strafzaken* 86.4.1 (online, bijgewerkt 28 juni 2012).

31 Gerechtshof Den Haag 5 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1719, r.o. 5.19.

32 Idem, r.o. 5.19 et seq.

in het oorspronkelijke oordeel van het Gerechtshof A-L.³³ Van een regulier rechtsmiddel is voorsnogen dan ook geen sprake.³⁴

Uit het voorgaande volgt op zichzelf dat de soep op dit punt niet zo heet wordt gegeten als die destijds werd opgediend. Immers, in de erkenningsprocedure ontbreekt weliswaar elke wettelijke grondslag voor enige rol voor veroordeelde, toch is in de afgelopen jaren een praktijk ontstaan waarin veroordeelden in sommige gevallen ruimte wordt geboden voor schriftelijke inbreng in die procedure.³⁵ Uit de beschikbare rechtspraak valt voorts af te leiden dat veroordeelden zich wel eens per brief met een verzoek tot herbeoordeling tot de minister of tot het Gerechtshof A-L wenden nadat zij door de minister zijn geïnformeerd over de beslissing tot erkenning en tenuitvoerlegging; tevens blijkt dat het voorkomt dat met zo'n verzoek wordt ingestemd, al is voor het Gerechtshof A-L niet duidelijk of de minister hierin selecteert.³⁶ Verzoeken tot herbeoordeling kunnen daarnaast volgen op uitspraken van de civiele rechter; in het arrest dat in de vorige alinea werd besproken, droeg het Gerechtshof Den Haag de Staat op om de eerdere beslissing te heroverwegen na een (door de minister, JO) te verzoeken herbeoordeling door het Gerechtshof A-L.³⁷

Deze wijze van omgang met verzoeken van veroordeelden suggereert op zijn minst dat bij de betrokken instanties (minister en rechtspraak) bij tijd en wijle begrip, wellicht zelfs steun bestaat voor de behoefte van veroordeelden om inbreng te hebben in de erkenningsprocedure.

8. Maar hoe fideel de geboden ruimte voor inbreng ook is, van een toekomstbestendige situatie is op dit punt geen sprake, vooral omdat de beginselen van rechtszekerheid en rechtseenheid danig in het gedrang (kunnen) komen. Immers, bij gebreke aan een wettelijke grondslag voor inbreng in de erkenningsprocedure zelf zijn veroordeelden op dit moment in hoge mate afhankelijk van de bereidwilligheid van de betrokken instanties. Dat er (mogelijk zelfs op papier) afspraken zijn gemaakt over het toestaan van inbreng,³⁸ maakt dat niet werkelijk anders, want het betreft afspraken tussen instanties waar veroordeelden op geen enkele wijze rechten aan zullen kunnen ontleen. Dit wordt onderstreept door het ontbreken van transparantie over het al dan niet toekennen van verzoeken om inbreng/herbeoordeling en de redenen die daaraan ten grondslag liggen – zelfs het Gerechtshof A-L weet niet of de minister selecteert.

33 Idem, r.o. 5.21, 5.36. Zie tevens Gerechtshof Den Haag 26 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:341, r.o. 6.5-6.7. In cassatie laat de Hoge Raad vervolgens in het midden of dit de juiste maatstaf en taakopvatting betreft; omdat het in deze procedure veroordeelde niet aan hoor en wederhoor had ontbroken, miste de klacht daarover feitelijke grondslag, aldus de Hoge Raad op 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:858, r.o. 3.2.

34 In zijn advies over het WETS-voorstel stelde de Raad voor de Rechtspraak zich destijds al op het standpunt dat met de keuze voor de civiele rechter “van een volwaardig rechtsmiddel geen sprake [is]”, zie Advies Raad voor de Rechtspraak, bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3 (MvT).

35 Het evaluatierapport uit 2022 (voetnoot 4) rapporteert op p. 42 dat “The Court (het Gerechtshof A-L, JO) made an arrangement with the Ministry that if the sentenced person has a lawyer at this stage – which does not happen very often – the lawyer may send in written comments of which the chamber will take note”.

36 Zie met name de beschrijving van de erkenningsprocedure door het Gerechtshof A-L in zijn tussenuitspraak van 29 maart 2023, ECLI:GHARL:2024:2534, r.o. 3.15-3.16. Zie ook de weergave in r.o. 3.2. in Hoge Raad op 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:858, r.o. 3.2.

37 Gerechtshof Den Haag 5 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1719, r.o. 5.36.

38 Zoals een “arrangement” waar het evaluatierapport uit 2022 (n 35) over spreekt.

Het maakt allemaal dat de wél wettelijke basis om als veroordeelde mee te praten – de gang naar de civiele rechter – des te belangrijker is, althans kan zijn.³⁹ En als dat dan het eerste moment is waarop de inbreng van veroordeelde wordt meegenomen, dan is niet vreemd dat in die civiele rechtspraak onder meer aan bod komt of en zo ja, in hoeverre de civiele rechter (al dan niet in kort geding) nu bevoegd kan worden geacht zich uit te laten over de beslissing van de minister en/of het oordeel van het Gerechtshof A-L; de wetgever zwijgt daar namelijk over. Dat minister en Gerechtshof in voorkomende gevallen openstaan voor een heroverweging als veroordeelde daar om verzoekt, draagt intussen bij aan de complexiteit van deze vraag.⁴⁰ Bovendien zijn hiermee, al met al, behoorlijk wat instanties betrokken bij de Nederlandse procedure voor overname van vrijheidsbenemende sancties uit EU-lidstaten.⁴¹ De betrokken instanties zijn bovendien heel verschillend van aard en functie (uitvoerende macht, rechtsprekende macht (civiel) en het Gerechtshof A-L met een eigen, bijzondere functie) en bezitten een zeer uiteenlopende mate van expertise, waarbij opvalt dat de instantie waar de echte expertise huist (de penitentiaire kamer van het Gerechtshof A-L) de minste beslissingsmacht heeft. Vanuit de perspectieven van rechtszekerheid en rechtseenheid is dat verre van optimaal. Dölle en De Boer hebben er daarnaast terecht op gewezen dat de weg van de civiele procedure voor veroordeelden relatief duur en tijdrovend is.⁴²

9. Het voorgaande onderstreept hoezeer het van belang is om te weten aan welke vereisten de met de WETS ingerichte erkenningsprocedure nu eigenlijk moet voldoen. Dat geldt in de eerste plaats voor veroordeelden, maar uiteraard ook voor de instanties die in die procedure bevoegd zijn. In dit verband heeft zich met name de steeds terugkerende vraag voorgedaan in hoeverre de erkenningsprocedure moet voldoen aan de vereisten van artikel 47 van het EU-Grondrechtenhandvest (HGEU of Handvest). De memorie van toelichting bij het WETS-voorstel is er weliswaar stellig in dat artikel 47 HGEU *niet* van toepassing is, maar die stellingname berust op een bijzondere redenering die – zoals Dölle en De Boer al hebben aangetoond⁴³ – zo duidelijk niet verenigbaar is met het toepassingsbereik van het Handvest,⁴⁴ dat ik meen daar verder aan voorbij te kunnen gaan. Mogelijk laat ook de discussie die er in de Nederlandse rechtspraak over is gevoerd, reeds zien dat de beantwoording van die vraag op andere argumenten dient te berusten.⁴⁵

39 Een voorzichtige formulering is hier passend nu – mede als gevolg van het feit dat de oordelen van het Gerechtshof A-L niet worden gepubliceerd, maar natuurlijk ook omdat op rechtspraak.nl niet alle rechterlijke uitspraken worden gepubliceerd – voor mij niet is na te gaan in hoeveel gevallen veroordeelden zich uiteindelijk tot de civiele rechter wenden en waarom precies, en in hoeverre er een verband bestaat met een afwijzing van een verzoek tot herbeoordeling dat aan de minister of het Gerechtshof was gericht.

40 Zo laten de overwegingen van het Haagse Gerechtshof (civiele bodemprocedure) m.i. goed zien, waarbij bovendien nog valt aan te tekenen dat zijn eindoordeel dat het Hof zich in de fase van onderhavige niet bevoegd acht een inhoudelijk oordeel te geven over het oordeel van het Gerechtshof A-L, afwijkt van het oordeel in eerste aanleg dat een volle toets (en geen marginale toets) moet worden aangelegd, om een “doeltreffende voorziening in rechte” (in de zin van artikel 47 EU-Grondrechtenhandvest) te waarborgen. Zie Gerechtshof Den Haag 5 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1719, m.n. r.o. 5.30; Rechtbank Den Haag 29 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15089, m.n. r.o. 4.22-4.23.

41 Idem, p. 44.

42 Dölle & De Boer 2021, p. 82-83.

43 Idem, p. 81.

44 Het betreft de redenering dat “in het Unierecht geen recht is vastgelegd om een opgelegde straf in een andere lidstaat dan de lidstaat van veroordeling te ondergaan”, terwijl artikel 47 enkel geldt “voor die rechten die worden gewaarborgd door het Unierecht”, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3 (MvT), p. 24.

45 Voor de duidelijkheid merk ik op dat ingevolge vaste rechtspraak van het EHRM, artikel 6 EVRM (waarvan de inhoud ten dele overeenkomt met de in artikel 47 HGEU neergelegde rechten – niet van toepassing is op procedures die strekken tot overname van buitenlandse sancties, nu deze de tenuitvoerlegging betreffen. Zie EHRM 18 december 2008, appl. no. 69917/01 (*Saccoccia t. Oostenrijk*).

Dit editorial strekt er niet toe een antwoord te formuleren op de eventuele toepasselijkheid van artikel 47 HGEU op de erkenningsprocedure zoals die thans is vormgegeven, althans op dát onderdeel van de procedure waar het Gerechtshof A-L bij betrokken is. In het bestek van deze bijdrage is vooreerst wel van belang te benoemen dat de vraag naar toepasselijkheid regelmatig aan de orde lijkt te worden gesteld in zowel de erkennings- als de civiele procedure, en inmiddels ook al eenmaal in cassatie aan de orde is gesteld – maar dat de discussie nog altijd niet is beslecht. Dat is bij de huidige constellatie behoorlijk problematisch. Immers, het antwoord op de vraag of artikel 47 HGEU van toepassing is, bepaalt mede de precieze toetsingsmaatstaf die de civiele rechter als restrechter kan of moet aanleggen, maar uiteraard ook welke rechten veroordeelden toekomen in de erkenningsprocedure zelf. Zoals ik in het voorgaande heb getracht te laten zien, is duidelijkheid omtrent deze kwesties zeer gewenst.

De vraag naar toepasselijkheid van artikel 47 HGEU kwam, als ik het goed zie, in eerste instantie voornamelijk voort uit klachten van veroordeelden over het ontbreken van hoor en wederhoor in de erkenningsprocedure. Dat gold ook in de zaak die in cassatie aan de Hoge Raad werd voorgelegd, nadat de voorzieningenrechter zich er in twee instanties over had gebogen.⁴⁶ Het was in cassatie de verdediging die de vraag naar de betekenis van artikel 47 HGEU aan de orde stelde, als mogelijke grondslag van een recht op hoor en wederhoor in de erkenningsprocedure.⁴⁷ Echter, omdat in deze zaak eerder een herbeoordeling door het Gerechtshof A-L had plaatsgevonden (volgens gebruik dus, niet op wettelijke grondslag, zie 7), oordeelde de Hoge Raad dat de klacht van veroordeelde feitelijke grondslag mistte. Daardoor kon in het midden blijven of artikel 47 HGEU de erkenningsprocedure mede behoort te normeren.⁴⁸

Het Gerechtshof Den Haag liet de kwestie vorig jaar – in de al meermaals aangehaalde uitspraak die later resulteerde in de prejudiciële verwijzing van het Gerechtshof A-L – helemaal niet in het midden. Het oordeelde dat de procedure bij het Gerechtshof wel degelijk onderworpen is aan de vereisten van artikel 47 HGEU (waaronder dus het vereiste van hoor en wederhoor). Het baseerde zijn oordeel op de eigen conclusie dat het Gerechtshof in die procedure “optreedt als een gerechtelijke instantie naar nationaal recht”.⁴⁹ Zoals we inmiddels weten kan de toepasselijkheid van artikel 47 HGEU echter niet op die basis berusten. Immers, met de beschikking van het HvJ van 17 juli 2024 werd aan bovenstaande discussie een nieuw hoofdstuk toegevoegd – één die mijns inziens eens te meer onderstreept hoezeer de huidige procedure aan aanpassing toe is.

10. Als het goed is, is inmiddels duidelijk geworden hoe sterk de procedurele bijzonderheden van de Nederlandse erkenningsprocedure ingrijpen op de inhoudelijke vraagstukken die zich in deze procedure kunnen voordoen. In de complexe werkelijkheid die dat oplevert en waarvan niet met zekerheid kan worden gesteld dat die op alle onderdelen verenigbaar is met toepasselijk Unierecht, ligt het voor de hand het HvJ om uitleg te vragen. Die stap zet het Gerechtshof A-L op 29 maart 2024,⁵⁰ nadat het Haagse Gerechtshof hem op 5 september 2023 heeft opgedragen om in een procedure die voldoet aan de vereisten van hoor en wederhoor, en in meer algemene zin aan de vereisten van artikel 47 EU-Grondrechtenhandvest,

46 Gerechtshof 26 januari 2021 (hoger beroep kort geding), ECLI:NL:GHDHA:2021:341, grief zoals omschreven in 5.2 en Rechtbank Den Haag 13 februari 2020 (kort geding), ECLI:NL:RBDHA:2020:1858.

47 Dat valt meest duidelijk af te leiden uit de weergave van het cassatiemiddel in par. 3.1 van: Conclusie A-G 18 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:160.

48 HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:858, r.o. 3.2

49 Gerechtshof Den Haag 5 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1719, r.o. 5.27.

50 ECLI:NL:GHARL:2024:2534.

zijn eerdere oordeel te heroverwegen dat de Zweedse forensisch-psychiatrische behandeling in Nederland moet worden tenuitvoergelegd in de vorm van tbs met dwangverpleging.⁵¹ De prejudiciële vragen die het Gerechtshof A-L aan het HvJ voorlegt, laten andermaal zien hoezeer in de Nederlandse erkenningsprocedure het inhoudelijke door het procedurele wordt beïnvloed. Met zijn eerste vraag beoogt het Gerechtshof A-L namelijk van het HvJ te vernemen of het in de erkenningsprocedure als “rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) kan worden aangemerkt en dus bevoegd is tot het stellen van prejudiciële vragen over de uitleg van de aan die procedure ten grondslag liggende normen van Unierecht.

Dit editorial begon ermee dat het Hof die vraag ontkennend heeft beantwoord. Aanhakend bij zijn eerdere rechtspraak hieromtrent, heeft het Hof rekening gehouden met een verscheidenheid aan factoren, teneinde op basis daarvan te kunnen vaststellen of “bij hem (het Gerechtshof A-L, JO) een geding aanhangig is gemaakt en hij uitspraak moet doen in het kader van een procedure die moet leiden tot een rechterlijke beslissing”.⁵² Het Hof stelt vast dat weliswaar aan een aantal relevante criteria is voldaan om voor de kwalificatie rechterlijke instantie in aanmerking te komen,⁵³ maar dat dit voor enkele andere criteria niet het geval is. Tezamen genomen komt het er in de woorden van het Hof op neer dat:

“ten eerste, [...] het oordeel van de bijzondere kamer (de penitentiaire kamer van het Gerechtshof A-L, JO) kennelijk onderdeel is van een niet-contradictoire procedure die niet bedoeld is om een geschil te beslechten. Ten tweede heeft dit oordeel noch de vorm, noch de benaming, noch de inhoud van een in het kader van de uitoefening van een rechterlijke functie gewezen vonnis, maar maakt het deel uit van de procedure voor de vaststelling van een bestuursrechtelijke beslissing van de minister”.⁵⁴

Dientengevolge verklaart het HvJ het Gerechtshof A-L niet-ontvankelijk in de prejudiciële procedure. De overige prejudiciële vragen die door het verwijzende Gerechtshof waren geformuleerd, komen dan niet meer voor beantwoording door het HvJ in aanmerking. Enkele belangwekkende kwesties blijven daarmee voorlopig onopgehelderd. De gestelde vragen hadden namelijk betrekking op:

- De toepasselijkheid van artikel 47 HGEU en de eventuele betekenis daarvan voor, ten eerste, het kunnen volstaan met een schriftelijke zienswijze van veroordeelde, voorafgaande danwel na afloop van de erkenningsbeslissing en, ten tweede, het recht op rechtsbijstand voor mindervermogenende veroordeelden;
- De uitlegging van artikel 8 lid 3 van Kaderbesluit 2008/909, meer precies het criterium voor aanpassing van de aard van de buitenlandse vrijheidsbenemende sanctie;⁵⁵ en
- De uitleg van het verbod van strafverzwaring in de zin van artikel 8 lid 4 Kaderbesluit 2008/909, om precies te zijn de eventuele wijze waarop, en mate waarin bij een eventuele herbeoordeling rekening moet worden gehouden met ontwikkelingen en informatie die pas beschikbaar komt na de initiële erkenningsbeslissing.⁵⁶

51 Gerechtshof Den Haag 5 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1719.

52 HvJ EU 17 juli 2024, C-235/24 PPU (*Niesker*), ECLI:EU:C:2024:624, par. 36.

53 Idem, par. 40. Het betreft de volgende criteria: zijn wettelijke grondslag; zijn permanente karakter; de toepassing van rechtsregels; en zijn onafhankelijkheid.

54 Idem, par. 47.

55 Zie daarover nader punt 3, in het bijzonder de tekst behorende bij voetnoot 18.

56 HvJ EU 17 juli 2024, C-235/24 PPU (*Niesker*), ECLI:EU:C:2024:624, par. 24.

Bij de huidige stand van zaken zullen deze vragen natuurlijk ook niet op een later moment door het Gerechtshof A-L aan het HvJ kunnen worden voorgelegd. Zijn eindoordeel na de beschikking van het HvJ behelst daarom een afwijzing van het (door het Haagse Gerechtshof opgedragen) verzoek van de minister tot herbeoordeling in een procedure die voldoet aan de eisen van artikel 47 HGEU; nu het niet opereert als rechterlijke instantie in de zin van het Unierecht, kan het Gerechtshof A-L naar eigen oordeel evenmin voorzien in een procedure “in rechte”, zoals in die bepaling bedoeld, zodat die bepaling niet van toepassing is op de procedure die ingevolge de WETS (zie m.n. artikel 2:11) bij het Gerechtshof plaatsheeft. Het alsnog zodanig inrichten van de procedure dat die toch aan de eisen van artikel 47 HGEU voldoet zou, zoals het Gerechtshof A-L onderkent, zijn taak te buiten gaan; dat ligt op de weg van de wetgever.⁵⁷ In verband met de overige punten ziet het Gerechtshof voorts evenmin aanleiding om zijn initiële oordeel in de betreffende zaak te herzien.⁵⁸

Wat dan overblijft is de mogelijkheid dat de civiele rechter er in een aanhangige of toekomstige procedure toe besluit de nog openliggende en/of soortgelijke vragen te verwijzen naar het Hof. Dat de civiele rechter daar wél toe bevoegd is, staat volgens het Hof vast.⁵⁹ In het licht echter van diens rol als restrechter, die bovendien nog wat zoekende blijkt naar de eigen precieze taakopvatting, is het nog wel afwachten of de civiele rechter daar inderdaad toe gaat besluiten, al is ook deze rechter vanzelfsprekend onderworpen aan de verplichting om – bij gebreke van een gewoon rechtsmiddel – prejudiciële vragen te stellen als zich nog niet eerder beantwoorde vragen betreffende de toepasselijkheid of uitlegging van Unierecht voordoen.⁶⁰

11. Het moge inmiddels meer dan duidelijk zijn dat ik verschillende, en met elkaar samenhangende, redenen zie om de erkenningsprocedure van de WETS anders in te richten. Deze oproep is niet nieuw, maar wel des te urgenter sinds de beschikking van het HvJ van 17 juli jl. Het is één ding dat een nationale procedure verschillende grote vragen oproept over de verenigbaarheid met het daaraan ten grondslag liggende Unierecht, maar het is een heel ander ding dat, naar nu gebleken is, de geëigende instantie (de gespecialiseerde penitentiaire kamer van het Gerechtshof A-L) die verenigbaarheid niet bij het daartoe gemandateerde Hof van Justitie van de EU kan toetsen. Die druppel heeft de emmer doen overlopen. Het is daarom tijd dat de wetgever in actie komt en een toekomstbestendige WETS-procedure inricht ter beoordeling van buitenlandse verzoeken voor tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende sancties in Nederland.

12. Het voert te ver om in dit editorial een gedetailleerd voorstel neer te leggen voor hoe die procedure er uit zou kunnen of moeten zien. Wel is mijns inziens duidelijk dat in het kader van de nodige toekomstbestendigheid enkele specifieke gezichtspunten leidend moeten zijn bij een eventuele herinrichting van de erkenningsprocedure van de WETS. Ter afsluiting van dit editorial zet ik in het navolgende die gezichtspunten op een rij:

- Teneinde de naleving van de voorschriften uit Kaderbesluit 2008/909 en overig toepasselijk Unierecht te verzekeren, en uniforme toepassing daarvan te waarborgen, is

57 Gerechtshof A-L 30 augustus 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:5819, onder ‘4 (Her)beoordeling WETVVS en artikel 47 Handvest’.

58 Idem. Hierop geldt een voor deze bijdrage niet relevante uitzondering, namelijk dat het Hof in tegenstelling tot zijn eerdere oordeel thans uitgaat van volledige ontoerekeningsvatbaarheid, in plaats van verminderde toerekeningsvatbaarheid, hetgeen mogelijk voor de tenuitvoerlegging verschil maakt. Zie onder ‘5 Is er aanleiding om het oordeel (al dan niet op onderdelen) te herzien?’

59 HvJ EU 17 juli 2024, C-235/24 PPU (*Niesker*), ECLI:EU:C:2024:624, par. 48.

60 HvJ EU 6 oktober 1982, C-283/81 (*Cilfit*), ECLI:EU:C:1982:335.

essentieel dat de Nederlandse rechter prejudiciële vragen kan stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over zowel de uitlegging als de toepasselijkheid van Unierecht op de erkenningsprocedure in de zin van de WETS;

- Het ligt voor de hand deze mogelijkheid te bieden aan de instantie wiens rechterlijk oordeel de wetgever nadrukkelijk heeft gewenst (inzake de kwalificatie van het strafbare feit naar Nederlands recht; de eventuele aanpassing van de duur of de aard van de buitenlandse sanctie; en de toetsing van weigeringsgronden), namelijk: de penitentiare kamer van het Gerechtshof A-L, inderdaad een kamer met bijzondere deskundigheid, die bovendien tevens is belast met vergelijkbare procedures in het kader van de WOTS;⁶¹
- Dat vergt wel dat bij deze instantie een openbare procedure op tegenspraak⁶² plaatsvindt die uitmondt in een rechterlijke beslissing. Blijkens de beschikking van het HvJ vereist dat een rechterlijke beslissing die “bedoeld is om een geschil te beslechten”, en niet slechts deel uitmaakt van een procedure die moet uitmonden in een bestuursrechtelijke beslissing van de minister van Justitie en Veiligheid, zoals thans het geval is;⁶³
- Ook overigens is er aanleiding de rol van de minister in de erkenningsprocedure van de WETS te beëindigen, althans niet langer beslissend te doen zijn. Op verschillende manieren en momenten neemt de minister namelijk beslissingen die, ook al is het buitenlandse strafvonnis bepalend, toch raken aan het recht op vrijheid van in het buitenland veroordeelden. Het standpunt anderszins dat daaromtrent door de minister bij herhaling is ingenomen,⁶⁴ behoeft op zijn minst nuancering nu het HvJ de beslissingsbevoegdheid van de minister als een “eigen beoordelingsbevoegdheid”⁶⁵ beschouwt. Het plaatst dat wat we al wisten – namelijk dat uitoefening van deze bevoegdheid, zowel in de erkenningsprocedure zelf als lopende de tenuitvoerlegging, potentieel van niet geringe invloed is op de feitelijke duur van de alhier te ondergane straf, en dus raakt aan het recht op vrijheid – in een ander licht. Daarin is relevant dat het HvJ in zijn jurisprudentie inzake uitvaardiging en uitvoering van Europees aanhoudingsbevelen (EAB's) hoge eisen stelt aan de mate van onafhankelijkheid van de betrokken autoriteiten voor zover hun beslissingen (in potentie) de vrijheid van de opgeëiste of overgeleverde persoon aantasten. Deze jurisprudentie is tot stand gekomen ná de vaststelling van Kaderbesluit 2008/909 en inwerkingtreding van de WETS. Dus ook al vereist Kaderbesluit 2008/909 inderdaad niet dat de aan te wijzen bevoegde autoriteit een “rechterlijke autoriteit” is (zoals artikel 6 lid 2 van het Kaderbesluit EAB⁶⁶ wel vereist), de mogelijke impact van

61 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 885, nr. 3 (MvT), p. 13.

62 Zie in deze zin reeds, zij het voornamelijk op basis van een analyse over toepasselijkheid van artikel 47 HGEU: Dölle & de Boer 2021, p. 82-83.

63 HvJ EU 17 juli 2024, C-235/24 PPU (*Niesker*), ECLI:EU:C:2024:624, par. 47.

64 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 885, nr. 3 (MvT), p. 6, 22; *Kamerstukken II* 2021-2022, 29 279, nr. 729 (brief van de minister van Justitie en Veiligheid), p. 5. Dit laatste betreft een reactie van de minister op een WODC-rapport waar ik aan meewerkte: J.W. Ouwerkerk, S.M.A. Lestrade, K.M. Pitcher, J.H. Crijns & J.M. ten Voorde, *De rol en positie van het openbaar ministerie als justitiële autoriteit in Europees strafrecht. Een verkennende studie naar een toekomstbestendige vormgeving van de rol en de positie van het openbaar ministerie in de EU-brede justitiële samenwerking in strafzaken*, Den Haag: WODC 2021.

65 Daar doet niet aan af dat de minister gehouden is het oordeel van het Gerechtshof A-L te volgen, ook op de onderdelen die raken aan het recht op vrijheid, zo volgt uit HvJ EU 17 juli 2024, C-235/24 PPU (*Niesker*), ECLI:EU:C:2024:624, par. 42. Dientengevolge zegt de stellingname van de minister dat die onderdelen “zijn onderworpen aan een beoordeling door de rechter” niet zo veel, vgl. in *Kamerstukken II* 2021/22, 29 279, nr. 729 (brief van de minister van Justitie en Veiligheid), p. 5.

66 Kaderbesluit 2002/584 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, huidige versie gepubliceerd in *PbEU* 2009, L81/24.

beslissingen in de erkenningsprocedure op het recht op vrijheid van de veroordeelden, vormt een belangrijke aanleiding om die jurisprudentie van het HvJ mee te nemen bij de herinrichting van de erkenningsprocedure van de WETS, en zet de keuze voor de minister als beslissingsbevoegde in een administratieve procedure danig op de tocht.⁶⁷

- De keuze om tegen de beslissing over erkenning en tenuitvoerlegging geen rechtsmiddel open te stellen, zou in geval van een openbare procedure op tegenspraak meerdere kritiekpunten adresseren die thans tegen die keuze zijn opgeworpen, waaronder in deze bijdrage. Dat neemt niet weg dat een herinrichting van de huidige erkenningsprocedure en uitstekende aanleiding kan zijn om te overwegen alsnog een regulier rechtsmiddel open te stellen. Daartegen kan mijns inziens in elk geval niet worden ingebracht dat daarmee de maximale beslistermijn van 90 dagen⁶⁸ in het gedrang zou komen, nu dat ook geldt, en wellicht zelfs des te meer, in de huidige situatie waarin voor een definitieve rechterlijke beslissing de gang naar de civiele rechter moet worden gemaakt.
- Mocht de wetgever om wat voor (politieke) reden(en) ook willen blijven vasthouden aan de keuze geen rechtsmiddel open te stellen, dan vormen de knelpunten die in deze bijdrage zijn benoemd (mede onder verwijzing naar die welke eerder door anderen werden geïdentificeerd) volgens mij goede redenen om te overwegen of wettelijk kan worden vastgelegd welke toetsingsmaatstaf de civiele rechter dient te hanteren bij de beoordeling van vorderingen tegen onrechtmatige overheidsdaad in erkenningsprocedures.
- In de literatuur is er reeds op gewezen dat in verscheidene andere EU-lidstaten (genoemd zijn België, Frankrijk en Duitsland) openbare procedures op tegenspraak bestaan en beroeps- of cassatiemogelijkheden openstaan.⁶⁹ Ten behoeve van het maken van goed geïnformeerde keuzes zou tot inspiratie kunnen dienen hoe andere EU-lidstaten de erkenningsprocedure hebben ingericht en welke gevolgen dat heeft, bijvoorbeeld voor de termijn waarbinnen een onherroepelijke beslissing valt.

67 Zie in die zin reeds Ouwerkerk e.a. 2021, waar in par. 4.9.2 wordt ingegaan op implicaties voor de overname van tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende sancties ingevolge de WETS. Tevens het al eerder aangehaalde evaluatierapport uit 2022 (voetnoot 35), p. 40.

68 Zie artikel 12 lid 2 Kaderbesluit 2008/909. Zie tevens overweging 22 van de preambule bij dit kaderbesluit die voorschrijft dat de termijn van 90 dagen “met inbegrip van de beroepsprocedure” geldt.

69 Zie bijvoorbeeld Dölle & de Boer 2021, p. 80.