

Artikel

De Overleveringswet op de helling: de herimplementatie van Kaderbesluit 2002/584/JBZ

Prof. mr. dr. V.H. (Vincent) Glerum*

274

NTS 2021/76

1. Inleiding

Op 12 mei 2004 heeft Nederland Kaderbesluit 2002/584/JBZ betreffende het Europees aanhoudingsbevel¹ (EAB) omgezet. Het resultaat daarvan, de Overleveringswet (OLW), is op 1 april 2021 ingrijpend gewijzigd. Op die datum trad de wet van 3 maart 2021 tot herimplementatie van onderdelen van het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie (wijziging van de Overleveringswet)² in werking.³ De aanleiding voor deze Herimplementatiewet waren arresten van het Hof van Justitie waarin het uitleg gaf aan het kaderbesluit of aan daarmee samenhangende regelingen en waaruit volgde dat de OLW op een aantal punten

niet in overeenstemming was met het Unierecht. De OLW moest daarom op de helling worden gezet.

In deze bijdrage zullen de belangrijkste wijzigingen worden besproken en zal worden onderzocht of de omzettingswetgeving door die wijzigingen alsnog in overeenstemming is met het Unierecht. Eerst zal de nieuwe regeling van de overlevering van Nederlanders en gelijkgestelde vreemdelingen worden besproken (par. 2). Deze regeling komt een ereplaats toe, omdat zij het product is van maar liefst vijf Nederlandse prejudiciële verwijzingen. Daarbij komt dat het Hof van Justitie in het kader van die verwijzingen voor het eerst heeft geoordeeld dat de omzetting van een facultatieve grond tot weigering van artikel 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ als een volledig dwingende weigeringsgrond niet is toegestaan. Dat is de rode draad die het eerste onderwerp verbindt met de nieuwe (facultatieve) regelingen inzake dubbele strafbaarheid (par. 3), *ne bis in idem* en (extra)territorialiteit (par. 4) en verstekveroordelingen (par. 5). Daarna wordt de nieuwe regeling van grondrechtenschendingen als overleveringsobstakel besproken (par. 6). Aansluitend komen twee procedurele onderwerpen aan de orde – verlenging van de beslistermijnen en van de vrijheidsbeneming – die nauw samenhangen met het vorige onderwerp (par. 7). De bijdrage wordt afgrond met een slotbeschouwing (par. 8). De wijzigingen als gevolg van de rechtspraak over het begrip ‘rechterlijke autoriteit’ zijn elders besproken.⁴ De wijzigingen die het gevolg zijn van de rechtspraak over (ongelijke

* Prof. mr. dr. V.H. (Vincent) Glerum is bijzonder hoogleraar internationaal en Europees strafrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en stafjurist Europees strafrecht bij de rechtbank Amsterdam.

1. Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, *PbEG* 2002, L 190/1, zoals gewijzigd bij Kaderbesluit 2009/299/JBZ, *PbEU* 2009, L 81/24.

2. *Stb.* 2021, 125.

3. *Stb.* 2021, 156.

4. Zie V.H. Glerum, ‘Van stenen, monniken en kappen: het begrip ‘uitvoerende rechterlijke autoriteit’, het arrest *Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)* en de gevolgen voor de Nederlandse overleveringsprocedure’, *SEW* 2021, afl. 6, p. 232-246.

behandeling bij) uitlevering van onderdanen van andere lidstaten aan derde landen (*Petruhhin*,⁵ *Pisciotti*,⁶ *Raugevicius*,⁷ *Ruska Federacija*⁸ en *Generalstaatsanwaltschaft Berlin (Uitlevering aan Oekraïne)*⁹) blijven buiten beschouwing, omdat zij hoofdzakelijk uitleveringsrechtelijk van aard zijn.

2. Overlevering van Nederlanders en gelijkgestelde vreemdelingen

2.1 Inleiding

De Nederlandse omzetting van de weigeringsgrond inzake de overlevering van onderdanen en ingezetenen van de uitvoerende lidstaat (art. 4, punt 6, en art. 5, punt 3, Kaderbesluit 2002/584/JBZ) en van regelingen die daarmee verband houden, heeft, zoals gezegd, tot vijf arresten van het Hof van Justitie aanleiding gegeven (*Wolzenburg*,¹⁰ *Van Vemde*,¹¹ *Poplawski I*,¹² *Poplawski II*¹³ en *SF (Europees aanhoudingsbevel – Garantie tot terugzending naar de tenuitvoerleggingsstaat)*).¹⁴

Kaderbesluit 2002/584/JBZ kent twee regelingen inzake de overlevering van onderdanen en ingezetenen van de uitvoerende lidstaat. De uitvoerende rechterlijke autoriteit ‘kan’ de *executie*-overlevering van een onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat dan wel van een persoon die in die lidstaat verblijft, weigeren, mits de uitvoerende lidstaat ‘zich ertoe verbindt die straf of maatregel overeenkomstig zijn nationale recht zelf ten uitvoer te leggen’ (art. 4, punt 6, Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Verder kan zij de *vervolgings*-overlevering van een onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat afhankelijk stellen van de garantie dat de betrokkene ‘na te zijn gehoord,¹⁵ wordt teruggezonden naar de uitvoerende lidstaat om daar de vrijheidsstraf of de tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel te ondergaan die hem eventueel wordt opgelegd in de uitvaardigende lidstaat’ (art. 5, punt 3, Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Beide bepalingen hebben tot doel ‘om de uitvoerende rechterlijke autoriteit in staat te stellen bijzonder gewicht te hechten aan de mogelijkheid tot verhoging van de kansen op sociale re-integratie van de gezochte

persoon na het einde van de straf waartoe deze is veroordeeld’.¹⁶

‘(T)eneinde straffeloosheid te voorkomen’, verklaart artikel 25 Kaderbesluit 2008/909/JBZ (inzake wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van vrijheidssancties)¹⁷ de regeling van dat kaderbesluit van overeenkomstige toepassing op de effectuering van de terugkeergarantie en van de verbintenis tot tenuitvoerlegging. Zoals volgt uit de preambule heeft de uitvoerende rechterlijke autoriteit bij toepassing van de weigeringsgrond van artikel 4, punt 6, Kaderbesluit 2002/584/JBZ de keuze tussen tenuitvoerlegging in de uitvaardigende lidstaat (overlevering) of tenuitvoerlegging in de uitvoerende lidstaat (weigering van de overlevering), zodat weigering van de overlevering niet kan leiden tot straffeloosheid.

Artikel 28 lid 2 Kaderbesluit 2008/909/JBZ gaf de lidstaten de mogelijkheid om ten tijde van de aanneming van dat kaderbesluit – te weten op 27 november 2008 – een verklaring af te leggen over het overgangsregime. Een lidstaat kon verklaren dat hij dat hij in gevallen waarin het onherroepelijke vonnis vóór de door hem bepaalde datum was gegeven – die niet later dan 5 december 2011 mocht liggen – het bestaande, vóór 5 december 2011 toepasselijke juridische regime inzake de overbrenging van gevonniste personen zou blijven toepassen.

De Nederlandse regeling van dit samenstel van bepalingen kwam erop neer dat (1) een Nederlandse onderdaan alleen werd overgeleverd ter fine van *strafvervolg*ing op voorwaarde dat de tenuitvoerlegging in Nederland van de eventueel in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidsstraf was gegarandeerd (art. 6 lid 1 OLW) – de zogenoemde terugkeergarantie¹⁸ – en dat (2) een Nederlandse onderdaan niet werd overgeleverd ter fine van *executie van een onherroepelijke vrijheidsstraf* (art. 6 lid 2 (oud) OLW). Beide regelingen waren van overeenkomstige toepassing op vreemdelingen voor zover zij (1) in het bezit waren van een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd, (2) in Nederland konden worden vervolgd voor de feiten die aan het EAB ten grondslag lagen en (3) ten aanzien van hen de verwachting bestond dat zij niet hun recht van verblijf in Nederland verloren ten gevolge van een hun na overlevering opgelegde straf of maatregel (art. 6 lid 5 (oud) OLW).

5. HvJ EU 6 september 2016, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630.

6. HvJ EU 10 april 2018, C-191/16, ECLI:EU:C:2018:222.

7. HvJ EU 13 november 2018, C-247/17, ECLI:EU:C:2018:898.

8. HvJ EU 2 april 2020, C-897/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:262.

9. HvJ EU 17 december 2020, C-389/19, ECLI:EU:C:2020:1032.

10. HvJ EG 6 oktober 2009, C-123/08, ECLI:EU:C:2009:616 (*Wolzenburg*).

11. HvJ EU 25 januari 2017, C-582/15, ECLI:EU:C:2017:37 (*Van Vemde*).

12. HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Poplawski I*).

13. HvJ EU 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Poplawski II*).

14. HvJ EU 11 maart 2020, C-314/18, ECLI:EU:C:2020:191 (*SF (Europees aanhoudingsbevel – Garantie tot terugzending naar de tenuitvoerleggingsstaat)*).

15. Oorspronkelijk sprak de bepaling van ‘na te zijn berecht’, maar deze zinsnede strookte niet met de andere taalversies. In 2020 is de Nederlandse taalversie op dit punt gerectificeerd: *PbEU* 2020, L 118/39.

16. HvJ EU 28 juni 2012, C-192/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:404 (*West*), punt 70.

17. Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad 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 327/27, zoals gewijzigd bij Kaderbesluit 2009/299/JBZ, *PbEU* 2009, L 81/24.

18. Vóór de inwerkingtreding van de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties werd ook de garantie geëist dat Nederland de buitenlandse straf of maatregel mocht omzetten naar Nederlandse maatstaven: Rb. Amsterdam 1 oktober 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AR4214.

In geval van vervolgingsoverlevering onder een terugkeergarantie werd in het kader van de effectuering van die garantie ‘bezien’ of de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde vrijheidssanctie ‘overeenkomt met de sanctie die in Nederland voor het desbetreffende feit zou zijn opgelegd’ en werd, ‘(v)oor zover nodig (...) de sanctie dienovereenkomstig aangepast, waarbij rekening wordt gehouden met de in de uitvaardigende lidstaat levende opvattingen omtrent de ernst van het feit’ (art. 2:11 lid 5 (oud) WETS (Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties)).

In geval van weigering van de executie-overlevering uitsluitend op grond van artikel 6 lid 2 (oud) of lid 5 (oud) OLW was Nederland ‘bereid’ om de tenuitvoerlegging van de straf over te nemen (art. 6 lid 3 (oud) OLW). Het op de overname toepasselijke regime liet de mogelijkheid open dat na een dergelijke weigering – waartegen geen gewoon rechtsmiddel openstond (art. 29 lid 2 OLW) – géén overname van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf plaatsvond.¹⁹ Kortom, de regeling riep een risico van straffeloosheid in het leven.

2.2 Gebreken hersteld vóór de Herimplementatiewet

Op twee punten was (de toepassing van) die regeling in strijd met het Unierecht, maar werd zij al vóór de inwerkingtreding van de Herimplementatiewet daarmee in overeenstemming gebracht.

Het eerste punt betreft de uitleg van het overgangsregime. Nederland had een verklaring inzake het overgangsregime afgelegd (zie par. 2.1). Artikel 5:2 lid 2 (oud) WETS gaf daaraan uitvoering en hield in dat deze wet niet van toepassing was op rechterlijke uitspraken die vóór 5 december 2011 onherroepelijk waren geworden. Volgens A-G Vegter moest artikel 28 lid 2 Kaderbesluit 2008/909/JBZ zo worden uitgelegd, dat het moment waarop het vonnis werd ‘gegeven’ bepalend was, niet de datum waarop het vonnis onherroepelijk was geworden. Op een vóór 5 december 2011 gewezen vonnis was volgens hem dus het oude juridische regime van toepassing, ongeacht wanneer het vonnis onherroepelijk was geworden.²⁰ Deze uitleg, die in de lagere rechtspraak werd gevolgd,²¹ bracht mee dat het oude regime in meer gevallen van toepassing was dan het op het beginsel van wederzijdse erkenning gebaseerde regime van Kaderbesluit 2008/909/JBZ. Daardoor kon de re-integratiedoelstelling van dat kaderbesluit dus in minder gevallen

worden verwezenlijkt. In de zaak *Van Vemde* oordeelde het Hof van Justitie daarom dat het overgangsrecht zo moet worden uitgelegd, dat de datum waarop het vonnis onherroepelijk is geworden bepalend is.²²

Het tweede punt betrof de *geldigheid* van de Nederlandse verklaring. Deze verklaring was namelijk afgelegd ná de aanneming van Kaderbesluit 2008/909/JBZ.²³ In de zaak *Van Vemde* voerde A-G Bot daarom aan dat die verklaring tardief was en geen rechtsgevolgen kon sorteren,²⁴ maar het Hof kwam niet toe aan dat punt.²⁵ Nadat in de zaak *Popławski II* een prejudiciële vraag werd gesteld over de rechtsgeldigheid van die verklaring, trok Nederland haar met ingang van 1 juni 2018 in²⁶ en schrapte de wetgever de wettelijke overgangsregel met ingang van 1 mei 2019.²⁷ Dat leidde echter niet tot de – wellicht verhoopde – niet-ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag, omdat de *uitvaardigende* lidstaat in die zaak ook tardief een verklaring had afgelegd (die niet was ingetrokken). In navolging van A-G Campos Sánchez-Bordona, die zich had aangesloten bij de opvatting van zijn ambtgenoot Bot,²⁸ oordeelde het Hof van Justitie dat een tardief afgelegde verklaring geen rechtsgevolgen kan sorteren.²⁹

2.3 Gebreken hersteld dóór de Herimplementatiewet

Op vijf andere punten was de Nederlandse regeling vóór de inwerkingtreding van de Herimplementatiewet nog steeds in strijd met het Unierecht. De Herimplementatiewet beoogt die gebreken te herstellen.

2.3.1 Dwingend karakter van de weigeringsgrond

Zoals blijkt uit het opschrift (‘Gronden tot facultatieve weigering’) en uit de bewoordingen van artikel 4, punt 6, Kaderbesluit 2002/584/JBZ (‘De uitvoerende rechterlijke autoriteit kan (...) weigeren (...)’) bevat deze bepaling een *facultatieve* weigeringsgrond. Als een lidstaat overgaat tot omzetting van deze bepaling, dan moet hij daarom aan zijn uitvoerende rechterlijke autoriteit ‘een zekere marge’ geven ‘om te beoordelen of de tenuitvoerlegging van het EAB moet worden geweigerd’ en om daarbij rekening te houden met de re-integratiedoelstelling van de weigeringsgrond, zo volgt uit het arrest *Popławski I*.³⁰ Bovendien is overeenkomstig het beginsel

19. Zie daarover V. Glerum & K. Rozemond, ‘Overlevering’, in: R. van Elst & E. van Sliedregt, *Handboek internationaal strafrecht. Internationaal en Europees strafrecht vanuit Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 291-292 en 294.

20. Conclusie van 18 december 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BY4289, voorafgaand aan HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY4289.

21. Zie bijv. Rb. Amsterdam 20 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9903; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 augustus 2014 (n.g.), aangehaald in Rb. Den Haag (vzr.) 15 oktober 2020, C/09/595790 / KG ZA 20-631 (n.g.), r.o. 2.5. Zie ook 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, p. 79.

22. HvJ EU 25 januari 2017, C-582/15, ECLI:EU:C:2017:37 (*Van Vemde*), punt 31.

23. *PbEU* 2009, L 265/41.

24. Conclusie van 12 oktober 2016, C-582/15, ECLI:EU:C:2016:766 (*Van Vemde*), punt 21-28.

25. HvJ EU 25 juni 2017, C-582/15, ECLI:EU:C:2017:37 (*Van Vemde*), punt 32.

26. *PbEU* 2018, L 163/19.

27. Art. III d van de Wet van 3 april 2019 tot wijziging van de Beginselenwetten, de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens, de Wet politiegegevens en enkele andere wetten in verband met het vervoer, het medisch klachtrecht en wijzigingen van technische aard, *Stb.* 2019, 141.

28. Conclusie van 27 november 2018, C-573/17, ECLI:EU:C:2018:957 (*Popławski II*), punt 46-48.

29. HvJ EU 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Popławski II*), punt 45-49.

30. HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Popławski I*), punt 21.

van wederzijdse erkenning tenuitvoerlegging van het EAB de regel en weigering van de overlevering de uitzondering, die strikt moet worden uitgelegd.³¹ Een omzetting als dwingende weigeringsgrond verheft echter de uitzondering tot de regel.³² Het EAB in de zaak *Popławski I* had betrekking op een ingezetene van de uitvoerende lidstaat, maar de argumenten voor een beoordelingsmarge gelden evenzeer voor de twee andere categorieën van artikel 4, punt 6, Kaderbesluit 2002/584/JBZ (onderdanen van de uitvoerende lidstaat en personen die daar verblijven)³³ en zelfs voor de andere in artikel 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ opgenomen weigeringsgronden (zie par. 3 en 4).³⁴ In een recent arrest heeft het Hof van Justitie dan ook bevestigd dat de lidstaten de in artikel 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ opgenomen weigeringsgronden niet mogen omzetten als dwingende weigeringsgronden.³⁵ Artikel 6 lid 2 en lid 5 (oud) OLW gaf de rechtbank geen enkele beoordelingsmarge, maar schreef weigering van de executie-overlevering voor.

Door de wetswijziging is de weigeringsgrond nu een *facultatieve* weigeringsgrond geworden (art. 6a lid 1 OLW).³⁶ Die facultatieve weigeringsgrond is van overeenkomstige toepassing op vreemdelingen, voor zover aan twee voorwaarden is voldaan (art. 6a lid 9 OLW).³⁷ Artikel 6a lid 1 OLW moet worden gelezen in samenhang met artikel 28 lid 2 en 3 OLW. Volgens lid 2 van die bepaling ‘weigert’ de rechtbank Amsterdam de overlevering – onder meer – wanneer zij ‘(b)evindt (...) dat de overlevering niet kan worden toegestaan’. Volgens lid 3 van die bepaling staat de rechtbank in andere gevallen de overlevering toe. Met de introductie van facultatieve weigeringsgronden in de OLW vallen onder artikel 28 lid 2 OLW niet alleen de gevallen waarin de rechtbank een dwingende weigeringsgrond toepast, maar ook de gevallen waarin de rechtbank besluit om een facultatieve weigeringsgrond toe te passen.

Nu de toepassing van de weigeringsgrond facultatief is, is de OLW in zoverre dus in overeenstemming met artikel 4, punt 6, Kaderbesluit 2002/584/JBZ.³⁸

31. HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Popławski I*), punt 19.
32. HvJ EU 29 april 2021, C-665/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:339 (*X (Europees aanhoudingsbevel – Ne bis in idem)*), punt 47.
33. Zie punt 3.1 van mijn noot bij het arrest *Popławski I* in SEW 2018, afl. 1, p. 33-37.
34. Zie punt 3.2 van mijn noot bij het arrest *Popławski I* in SEW 2018, afl. 1, p. 33-37; mijn ‘Het EAB en politiek gevoelige zaken: beschouwingen over de EAB-beslissingen in de zaak Puigdemont’, SEW 2019, afl. 1, p. 55; conclusie van A-G Szpunar van 16 mei 2018, C-268/17, ECLI:EU:C:2018:317, punt 60 (AY).
35. HvJ EU 29 april 2021, C-665/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:330 (*X (Europees aanhoudingsbevel – Ne bis in idem)*), punt 44.
36. *Kamerstukken II 2020/21, 35535*, nr. 7, p. 17.
37. Namelijk dat de vreemdeling gedurende een zekere periode ononderbroken rechtmatig in Nederland heeft verbleven (zie par. 2.3.3) en dat ten aanzien van hem niet de verwachting bestaat dat hij zijn verblijfsrecht verliest ten gevolge van de buitenlandse straf.
38. Naar schatting is de nieuwe regeling van toepassing op zo'n 20 tot 50 gevallen per jaar: *Kamerstukken II 2020/21, 35535*, nr. 7, p. 10. Jaarlijks doet de rechtbank uitspraak in rond de 600 EAB-zaken (bijv. 674 in 2018, 645 in 2019: *Europees Aanhoudingsbevel 2019*, p. 4 (jaarrapport

2.3.2 Tenuitvoerlegging van de straf niet gegarandeerd

Ten tijde van de beslissing tot weigering van de executie-overlevering op grond van artikel 4, punt 6, Kaderbesluit 2002/584/JBZ moet gegarandeerd zijn dat de uitvoerende lidstaat de straf daadwerkelijk kan overnemen. De uitvoerende rechterlijke autoriteit moet dit nagaan, voordat zij beslist over de toepassing van de weigeringsgrond. Blijkt overname van de straf niet mogelijk, dan mag zij de weigeringsgrond niet toepassen, zoals onder meer volgt uit het arrest *Popławski I*.³⁹

Artikel 6 lid 2 en 3 (oud) OLW was daarmee niet in overeenstemming, omdat weigering van de executie-overlevering van een Nederlander of gelijkgestelde vreemdeling verplicht was, ongeacht of de straf kon worden overgenomen. Anders dan A-G Vegter,⁴⁰ zag het Hof van Justitie in het arrest *Popławski I* een verschil tussen de enkele ‘bereidheid’ om de straf over te nemen (art. 6 lid 3 (oud) OLW) en een verbintenis om de straf zelf ten uitvoer te leggen. Die bereidheid is niet hetzelfde als een verbintenis en volstaat daarom niet.⁴¹

Artikel 6 lid 3 (oud) OLW kon volgens de rechtbank Amsterdam niet zo worden uitgelegd, dat de mogelijkheid van overname van de straf een voorwaarde was voor de weigering, omdat een dergelijke uitleg *contra legem* zou zijn. Wel was het volgens haar mogelijk om aan de bepaling, in samenhang met de bepalingen van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen (WOTS) en de WETS, een uitleg te geven die tot een kaderbesluitconform resultaat leidde: een weigering op grond van artikel 6 lid 2 (oud) of lid 5 (oud) OLW gevolgd door een erkenning en tenuitvoerlegging van de straf in Nederland. Deze uitleg kwam in de kern erop neer dat de gronden waarop de erkenning en tenuitvoerlegging van de straf zouden kunnen worden geweigerd niet van toepassing waren en dat, zoals uit het arrest

tage van het Internationaal Rechtshulpcentrum van het Openbaar Ministerie te Amsterdam).

39. HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Popławski I*), punt 22 en 24; HvJ EU 13 december 2018, C-514/17, ECLI:EU:C:2018:1016 (*Sut*), punt 34; HvJ EU 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Popławski II*), punt 88.
40. Conclusie van 17 december 2014, ECLI:NL:PHR:2013:2659, r.o. 7.4: ‘(...) Degene die zich bereid verklaart iets te doen, doet in essentie een aanbod om zich tot enige gedraging te verbinden onder de voorwaarde dat zijn aanbod wordt aangenomen. Die bereidverklaring heeft uiteraard alleen zin als betrokkene ook uitvoering kan geven aan zijn aanbod, zodra dat wordt aangenomen. Ik meen daarom dat die bereidverklaring tot overname van de tenuitvoerlegging wel degelijk gelijk kan worden gesteld met een zich verbinden die tenuitvoerlegging over te nemen. (...)’. De A-G zag hier over het hoofd dat de bereidverklaring als bedoeld in art. 6 lid 3 (oud) OLW gold voor *alle* gevallen, dus ook voor gevallen waarin achteraf bleek dat geen uitvoering kon worden gegeven aan het aanbod.
41. HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Popławski I*), punt 22. Dit oordeel kwam overigens niet uit de lucht vallen. Lang vóór dat arrest was, in het kader van een evaluatie door de Raad van de Europese Unie, al de aanbeveling gedaan om deze regeling in overeenstemming te brengen met de letter en de geest van Kaderbesluit 2002/584/JBZ: *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties ‘De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten’*. Verslag over Nederland, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008, p. 53.

Poplawski II volgt,⁴² de Minister van Justitie en Veiligheid aan die uitleg gebonden was.⁴³

Door de wetswijziging is weigering van de executie-overlevering van een Nederlander of een gelijkgestelde vreemdeling nu *afhankelijk* van (het oordeel van de rechtbank over) de mogelijkheid van overname van de straf (art. 6a lid 1 OLW). Alleen wanneer overname van de straf mogelijk is, mag de rechtbank de executie-overlevering weigeren.

Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de weigering moet de rechtbank Amsterdam nagaan of: (1) een grond tot weigering van erkenning en tenuitvoerlegging uit de WETS van toepassing is (artikel 6a lid 2 onder a OLW), waaronder de weigeringsgrond dat de straf is opgelegd voor een feit dat niet dubbel strafbaar is (ook al is het feit een lijstfeit (art. 2:13 lid 1 onder f WETS)); (2) de straf is opgelegd voor een feit dat ook naar Nederlands recht strafbaar is en, zo ja, welk strafbaar feit dit oplevert (art. 6a lid 2 onder b OLW) en (3) er aanleiding voor aanpassing van de straf overeenkomstig lid 3 en 4 bestaat en, zo ja, welke aanpassing (art. 6a lid 2 onder c OLW). De punten (2) en (3) komen hierna aan de orde (par. 2.3.5).

Als de weigeringsgronden uit de OLW niet leiden tot weigering van de overlevering op een andere grondslag dan die van artikel 6a lid 1 OLW en als de rechtbank geen aanleiding ziet om één van de van overeenkomstige toepassing verklaarde weigeringsgronden uit de WETS toe te passen, dan kan de tenuitvoerlegging van de straf worden overgenomen en mag de rechtbank de executie-overlevering weigeren op grond van artikel 6a lid 1 OLW.⁴⁴

Anders dan in de WETS zelf, zijn *alle* van overeenkomstige toepassing verklaarde WETS-weigeringsgronden (art. 6a lid 2 onder a OLW) *facultatief*.⁴⁵ Dat valt toe te juichen. Door de wetswijziging zijn de facultatieve weigeringsgronden uit Kaderbesluit 2002/584/JBZ die eerder als dwingende weigeringsgronden waren omgezet alsnog facultatieve weigeringsgronden geworden (zie ook par. 3, 4 en 5). Wanneer de – deels met de overleveringsrechtelijke weigeringsgronden overlappende – WETS-weigeringsgronden een dwingend karakter zouden hebben, dan zouden inconsistenties kunnen ontstaan. Wanneer de rechtbank Amsterdam bijvoorbeeld zou beslissen om de facultatieve weigeringsgrond inzake verstekvonnissen (art. 12 (nieuw) OLW) *niet* te toe te passen (zie par. 5), dan zou het dwingende karakter van

artikel 2:13 lid 1 onder h WETS toch in de weg staan aan weigering van de executie-overlevering op grond van artikel 6a. De rechtbank Amsterdam zou dan moeten concluderen dat de tenuitvoerlegging van de straf niet kan worden overgenomen. Bovendien zou bijvoorbeeld het dwingende karakter van de weigeringsgrond inzake dubbele strafbaarheid (art. 2:13 lid 1 onder f WETS) meebrengen dat de rechtbank Amsterdam bij het ontbreken van dubbele strafbaarheid van een lijstfeit⁴⁶ de wens om de Nederlandse soevereiniteit te handhaven – zoals die blijkt uit die weigeringsgrond – automatisch voorrang moeten geven op het belang bij sociale re-integratie van een Nederlander of een met een Nederlander gelijk te stellen vreemdeling. Bij een dwingende weigeringsgrond zou de betrokkene zijn straf in het buitenland moeten ondergaan, bij een facultatieve weigeringsgrond bestaat de mogelijkheid van tenuitvoerlegging van die straf in Nederland.

Onder de nieuwe regeling kan het dan ook voorkomen dat een Nederlander of een met een Nederlander gelijkgestelde vreemdeling een buitenlandse straf uitzit in Nederland voor een feit dat in Nederland niet strafbaar is. Dat levert dan een discrepantie op met Nederlanders en gelijkgestelde Nederlanders die hun buitenlandse straf uitzitten in Nederland op grond van *rechtstreekse* toepassing van de WETS. In hun geval is er steeds sprake van een lijstfeit dat strafbaar is naar Nederlands recht, omdat de weigeringsgrond inzake dubbele strafbaarheid in de WETS een *dwingende* weigeringsgrond is. Dit levert een argument op om in elk geval deze dwingende weigeringsgrond te wijzigen in een facultatieve weigeringsgrond. Naar analogie van het arrest *Poplawski I* kan men toch al betogen dat de lidstaten bij de omzetting van de weigeringsgronden uit Kaderbesluit 2008/909/JBZ een beoordelingsmarge aan de uitvoerende autoriteit moeten laten. Artikel 9 lid 1 Kaderbesluit 2008/909/JBZ, dat de weigeringsgronden opsomt, zegt immers dat de bevoegde autoriteit van de tenuitvoerleggingsstaat de erkenning van het vonnis en de tenuitvoerlegging van de sanctie ‘kan’ weigeren in de

42. HvJ EU 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Poplawski II*), punt 94-97.

43. Zie bijv. Rb. Amsterdam 26 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7104; Rb. Amsterdam 17 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7754. Naar verluidt, heeft het ministerie in de eerste zaak, de zaak van *Poplawski* zelf, echter gewacht met (een beslissing over) de tenuitvoerlegging van de straf totdat Polen (in maart 2021!) het in art. 2:7 WETS bedoelde certificaat had ingezonden.

44. In geval van partiële weigering is art. 2:12 lid 2 WETS van overeenkomstige toepassing: *Kamerstukken II 2020/21*, 35535, nr. 7, p. 17.

45. *Kamerstukken II 2020/21*, 35535, nr. 7, p. 17.

46. Zie voor dergelijke gevallen bijv. Rb. Amsterdam 21 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6367 (niet gepubliceerd); Rb. Amsterdam 1 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8959; Rb. Amsterdam 20 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6196; Rb. Amsterdam 10 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5245. Dat is blijkbaar anders in de WETS-praktijk: In de jaren 2016 en 2017 is geen enkele keer de erkenning en tenuitvoerlegging van een buitenlands vonnis geweigerd vanwege het ontbreken van dubbele strafbaarheid: O. Nauta, M. van Aalst & P. Özgül, *Evaluatie Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging vrijheidsbenemende en voorwaardelijke sancties (Wets)*, Amsterdam: DSP-groep 2018, p. 104 en 107.

in die bepaling opgesomde gevallen.⁴⁷ Dat is ook de opvatting van de Commissie.⁴⁸

In geval van weigering van de executie-overlevering moet de rechtbank tegelijkertijd de tenuitvoerlegging van de straf in Nederland bevelen (art. 6a lid 1 OLW).⁴⁹ De Minister van Justitie en Veiligheid draagt zorg voor de tenuitvoerlegging van de straf overeenkomstig het Nederlandse recht (art. 6a lid 8 OLW).⁵⁰ Daarom moet de Amsterdamse officier van justitie hem op de hoogte stellen van elke weigering van de overlevering op grond van artikel 6a lid 1 OLW (art. 6a lid 7 OLW).

2.3.3 Voorwaarde van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd

De uitvoerende lidstaat mag bij omzetting van artikel 4, punt 6, Kaderbesluit 2002/584/JBZ ten aanzien van een onderdaan van een andere EU-lidstaat – en dus ten aanzien van een burger van de EU – niet de eis van het bezit van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd stellen, zo blijkt uit het arrest *Wolzenburg*. Een dergelijke eis is namelijk in strijd met Richtlijn 2004/38/EG.⁵¹ Artikel 19 van deze richtlijn brengt voor een Unieburger die in een andere lidstaat duurzaam verblijfsrecht heeft verkregen – omdat hij gedurende een ononderbroken periode van vijf jaar rechtmatig op het grondgebied van die lidstaat heeft verbleven (art. 16 Richtlijn 2004/38/EG) – niet de verplichting mee om houder te zijn van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd.⁵² Artikel 6 lid 5 (oud) OLW was in strijd met het Unierecht, omdat deze bepaling voor de gelijkstelling van elke vreemdeling, dus ook van een onderdaan van een andere lidstaat, de eis van het bezit van een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd stelde. Omdat de lidstaten bij de omzetting van artikel 4, punt 6,

Kaderbesluit 2002/584/JBZ wel de eis mogen stellen dat een onderdaan van een andere lidstaat gedurende een periode van ten minste vijf jaar ononderbroken rechtmatig in de uitvoerende lidstaat heeft verbleven – een eis die overeenkomt met de eis voor het verkrijgen van duurzaam verblijfsrecht⁵³ – legde de rechtbank Amsterdam artikel 6 lid 5 (oud) OLW kaderbesluitconform uit. Tenzij de Unieburger al in het bezit was van een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd of een document duurzaam verblijfsrecht,⁵⁴ stelde zij, in plaats van de formele eis van het bezit van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd, de materiële eis van het verkregen hebben van duurzaam verblijfsrecht.⁵⁵ Voor onderdanen van een derde land – zogenoemde derdelanders – gold onverkort de eis van het bezit van een Nederlandse verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd.⁵⁶

Twaalf jaar na het arrest *Wolzenburg* is de OLW eindelijk aangepast aan dat arrest. Voor alle vreemdelingen, dus ook voor derdelanders, geldt de eis dat zij gedurende een periode van ten minste vijf jaren ononderbroken rechtmatig in Nederland hebben verbleven als bedoeld in artikel 8 onder a tot en met en 1 Vreemdelingenwet 2000 (art. 6 lid 3 (nieuw) en art. 6a lid 9 OLW). Uit de verwijzing naar de Vreemdelingenwet 2000 volgt dat ook vreemdelingen met een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, ook derdelanders, onder de reikwijdte van de bepalingen kunnen vallen (zie art. 8 onder a en c Vreemdelingenwet 2000), voor zover zij voldoen aan de vijfjaarseis. De verwachting is overigens dat bezitters van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd veelal niet zullen voldoen aan de voorwaarde dat zij naar verwachting hun verblijfsrecht niet verliezen ten gevolge van de buitenlandse straf.⁵⁷

Als gevolg van de wetswijziging moet de opgeëiste vreemdeling ‘tijdens het verhoor door de rechtbank’ – dat wil zeggen *ter zitting*⁵⁸ – aantonen dat hij voldoet aan de vijfjaarseis (art. 6 lid 3 (nieuw) en art. 6a lid 9 OLW).⁵⁹ Wanneer de opgeëiste persoon een beroep op artikel 6 lid 5 (oud) OLW deed, werden de stukken ter onderbouwing van dat beroep vaak ongeordend, niet altijd in de Nederlandse taal en op een laat tijdstip (ter zitting) aangeleverd en werd vaak aanhouding van de

47. Vgl. de omzetting van Verordening 2018/1805 (EU) van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 inzake de wederzijdse erkenning van bevestigingsbevelen en confiscatiebevelen, in het kader waarvan de regering, onder verwijzing naar het arrest *Popławski I*, blijkt heeft gegeven van de opvatting dat facultatieve weigeringsgronden niet mogen worden omgezet als dwingende weigeringsgronden: in het wetsontwerp werd voorgesteld om de facultatieve weigeringsgronden uit die verordening om te zetten als dwingende weigeringsgronden. Onder verwijzing naar het arrest *Popławski I* beval de Raad van State aan om in te gaan op de keuze voor dwingende weigeringsgronden en het voorstel zo nodig aan te passen. Aan dat advies is gevolg gegeven: voorgesteld wordt om de weigeringsgronden als facultatieve weigeringsgronden op te nemen (*Kamerstukken II 2019/20, 35402, nr. 4, p. 3 en 4; Kamerstukken II 2019/20, 35402, nr. 3, p. 25*).
48. *Handboek inzake de overbrenging van gevonniste personen en vrijheidsstraffen in de Europese Unie, PbEU 2019, C 403/27*.
49. Het EAB wordt dan aangemerkt als een uittreksel van een veroordelend vonnis in de zin van art. 6:2:1 Sv: *Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 7, p. 16*.
50. De Nederlandse regels inzake de voorwaardelijke invrijheidstelling zijn dus van toepassing: *Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 7, p. 19*.
51. Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *PbEU 2004, L 229/35*.
52. HvJ EG 6 oktober 2009, C-123/08, ECLI:EU:C:2009:616 (*Wolzenburg*), punt 49-53.

53. HvJ EG 6 oktober 2009, C-123/08, ECLI:EU:C:2009:616 (*Wolzenburg*), punt 68-74.
54. Een document duurzaam verblijfsrecht wordt gesteld met een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd: zie bijv. Rb. Amsterdam 29 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2454.
55. Zie bijv. Rb. Amsterdam 14 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9368.
56. Zie bijv. Rb. Amsterdam 13 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9182; Rb. Amsterdam 21 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8750; Rb. Amsterdam 3 september 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4355.
57. *Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 7, p. 13*; zie ook *Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 11, p. 8*.
58. *Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 7, p. 14*.
59. De peildatum is – overeenkomstig vaste rechtspraak (zie bijv. Rb. Amsterdam 5 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BK9117) – de dag waarop de rechtbank uitspraak doet over de overlevering: *Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 7, p. 15*.

behandeling verzocht teneinde het beroep nader te kunnen onderbouwen. De rechtbank beoogde daaraan paal en perk te stellen door te eisen dat die stukken geordend en tijdig vóór de zitting werden aangeleverd.⁶⁰ De regering wilde deze rechtspraak kracht bijzetten door de eis dat de opgeëiste persoon *ter zitting* aantoonde dat hij aan de vijfjaarseis voldoet, waarbij ervan wordt uitgegaan dat de bewijsstukken *voorafgaand aan de zitting* worden overgelegd. De formulering van de nieuwe bepaling is ontleend aan de regeling van de onschuldbewering (art. 26 lid 4 OLW).⁶¹ De nieuwe bepaling sluit echter niet uit dat de behandeling van het EAB toch wordt aangehouden om de opgeëiste persoon in de gelegenheid te stellen (nadere) bewijsstukken over te leggen.⁶² Inmiddels hanteert de rechtbank de regel dat de stukken in beginsel uiterlijk tien dagen vóór de zitting moeten worden aangeleverd.⁶³

2.3.4 Voorwaarde van Nederlandse rechtsmacht

De voorwaarde dat de uitvoerende lidstaat zich tot tenuitvoerlegging van de vrijheidssanctie ‘verbindt’, voorkomt dat de weigering van de executie-overlevering van een onderdaan of ingezetene van de uitvoerende lidstaat of van een persoon die in die lidstaat verblijft tot straffeloosheid leidt. Bij een correcte omzetting van artikel 4, punt 6, Kaderbesluit 2002/584/JBZ doet zich bij de toepassing daarvan geen enkel risico van straffeloosheid voor: de sanctie wordt ten uitvoer gelegd in de uitvoerende lidstaat. Als voorwaarde voor gelijkstelling van vreemdeling stelde artikel 6 lid 5 (oud) OLW de voorwaarde dat de betrokkene in Nederland kon worden vervolgd voor de feiten die aan het EAB ten grondslag liggen, dat wil zeggen dat Nederland rechtsmacht had om de betrokkene voor die feiten te vervolgen. De achterliggende gedachte was dat, mocht het niet lukken om de straf over te nemen – Nederland was immers alleen ‘bereid’ om de straf over te nemen – het risico van straffeloosheid kon worden vermeden door de betrokkene in Nederland te vervolgen voor de feiten die aan het EAB ten grondslag lagen. In het arrest *Poptawski II* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een dergelijke vervolging in strijd zou zijn met het in artikel 50 Handvest neergelegde *ne bis in idem*-beginsel.⁶⁴ Kortom, de voorwaarde van rechtsmacht was overbodig – want niet nodig bij een correcte omzetting – en beoogde iets mogelijk te maken wat in strijd was met het Unierecht.

Bij de wetswijziging is de voorwaarde inzake rechtsmacht geschrapt. Daardoor is de Nederlandse regeling van de weigering van executie-overlevering van ingezetenen van Nederland en van personen die in Nederland verblijven in zoverre in overeenstemming met het Unierecht.

2.3.5 Aanpassing van de straf aan Nederlandse maatstaven

Artikel 8 Kaderbesluit 2008/909/JBZ, dat van overeenkomstige toepassing is op de effectuering van de terugkeergarantie (zie par. 2.3.1), maakt twee *limitatieve*⁶⁵ uitzonderingen op de verplichting om de vrijheidssanctie te erkennen en ten uitvoer te leggen *zoals opgelegd in de uitvaardigende lidstaat*. Die uitzonderingen hebben betrekking op de aard (art. 8 lid 3 Kaderbesluit 2008/909/JBZ) en op de duur van de vrijheidssanctie. Is die vrijheidssanctie *zwaarder* dan de maximumsanctie voor soortgelijke strafbare feiten waarin het recht van de tenuitvoerleggingsstaat voorziet, dan kan die sanctie worden aangepast, met dien verstande dat zij niet lager mag zijn dan dat strafmaximum (art. 8 lid 2 Kaderbesluit 2008/909/JBZ).

Het Nederlandse recht was daarmee niet in overeenstemming. Als een Nederlander of gelijkgestelde vreemdeling ter vervolging was overgeleverd onder de terugkeergarantie, dan werd overeenkomstig artikel 2:11 lid 5 (oud) WETS de opgelegde vrijheidssanctie naar Nederlandse maatstaven bekeken en, zo nodig, aangepast aan die maatstaven, rekening houdend met de in de uitvaardigende lidstaat levende opvattingen omtrent de ernst van het feit. Deze regeling beoogde ongelijkheid in de strafmaat tegen te gaan tussen Nederlanders en gelijkgestelde vreemdelingen die in Nederland werden berecht respectievelijk Nederlanders en gelijkgestelde vreemdelingen die in het buitenland werden berecht.⁶⁶ Omdat de bepalingen van Kaderbesluit 2008/909/JBZ alleen van overeenkomstige toepassing zijn op de effectuering van een terugkeergarantie ‘voor zover verenigbaar met Kaderbesluit 2002/584/JBZ’ (art. 25), zou er ruimte zijn voor deze regeling.⁶⁷ In de literatuur werd al betoogd dat deze regeling in strijd was met artikel 8 lid 2 Kaderbesluit 2008/909/JBZ en niet kon worden gerechtvaardigd op grond van artikel 25 Kaderbesluit 2008/909/JBZ. Kaderbesluit 2002/584/JBZ regelt namelijk niets over de mate waarin de straf kan worden aangepast, zodat de beperkte mogelijkheid van aanpassing van artikel 8 lid 2 Kaderbesluit 2008/909/JBZ niet onverenigbaar is met Kaderbesluit 2002/584/JBZ.⁶⁸ In het arrest *SF (Europees aanhoudingsbevel – Garantie tot terugzending naar de tenuitvoerleggingsstaat)* oordeelde het Hof van Justitie dat de opvatting van de Nederlandse wetgever niet kon worden aanvaard, omdat zij elk nuttig effect zou ontnemen aan artikel 8 en het daarin verankerde beginsel van erkenning van het vonnis en

60. Rb. Amsterdam 17 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5992.

61. *Kamerstukken II* 2020/21, 35535, nr. 7, p. 14-15.

62. *Kamerstukken II* 2020/21, 35535, nr. 11, p. 9.

63. Rb. Amsterdam 15 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3317.

64. HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Poptawski I*), punt 45-48.

65. HvJ EU 8 november 2016, C-554/14, ECLI:EU:C:2016:835 (*Ognyanov*), punt 36; HvJ EU 11 maart 2020, C-314/18, ECLI:EU:C:2020:191 (*SF (Europees aanhoudingsbevel – Garantie tot terugzending naar de tenuitvoerleggingsstaat)*), punt 65.

66. *Kamerstukken II* 2010/11, 32885, nr. 3, p. 15.

67. *Kamerstukken II* 2011/12, 32885, nr. 8, p. 3.

68. V.H. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering. Een vergelijking en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning* (diss. Amsterdam (VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 463).

tenuitvoerlegging van de sanctie.⁶⁹ Na dat arrest bleef de bijzondere kamer van het hof Arnhem-Leeuwarden, die met de toepassing van deze regeling was belast, haar toepassen, omdat deze instantie van oordeel was dat een kaderbesluitconforme uitleg van artikel 2:11 lid 5 (oud) WETS *contra legem* zou zijn.⁷⁰

Door de wetwijziging is de gelaakte regeling komen te vervallen. Daardoor is aanpassing van de vrijheidssanctie alleen mogelijk in de in artikel 8 Kaderbesluit 2008/909/JBZ bedoelde gevallen (art. 6a lid 3 en lid 4 OLW). De rechtbank Amsterdam beslist over een eventuele aanpassing van de vrijheidssanctie (art. 6a lid 2 onder c OLW). De aanpassing van de straf mag geen verzwarende inhoud (art. 6a lid 5 OLW).⁷¹

Met het oog op een eventuele aanpassing van de duur van de vrijheidssanctie moet de rechtbank Amsterdam beoordelen of ‘de ten uitvoer te leggen vrijheidsstraf is opgelegd voor een feit dat ook naar Nederlands recht strafbaar is, en zo ja, welk strafbaar feit dit oplevert’ (art. 6a lid 2 onder b OLW).⁷² Aan de hand van de Nederlandse kwalificatie van het strafbare feit moet immers het toepasselijke strafmaximum worden bepaald. Nu is het onder de nieuwe regeling mogelijk dat de executie-overlevering van een Nederlander of gelijkgestelde vreemdeling wordt geweigerd en dat de vrijheidssanctie in Nederland ten uitvoer wordt gelegd, ook al is het lijstfeit waarvoor die vrijheidssanctie is opgelegd niet strafbaar naar Nederlands recht (zie par. 2.3.2). Omdat er in een dergelijk geval geen toepasselijke Nederlandse kwalificatie is en dus evenmin een ‘voor het desbetreffende feit naar Nederlands recht toepasselijke strafmaximum’ (art. 6a lid 3 OLW), lijkt aanpassing van de duur van de vrijheidssanctie in een dergelijk geval niet mogelijk.

Het schrappen van de aanpassing van de duur van de vrijheidssanctie naar Nederlandse maatstaven zal wellicht tot gevolg hebben dat binnen de gevangenispopulatie verschillen in de strafmaat voor vergelijkbare strafbare feiten zullen ontstaan. Het vermijden van zulke discrepanties was immers de ratio van de geschrapte regeling. Wil men zulke discrepanties tegengaan, dan zou men Nederlanders en met Nederlanders gelijk te stellen vreemdelingen in Nederland kunnen vervolgen in plaats van hen aan het buitenland over te leveren. Kaderbesluit 2002/584/JBZ staat daaraan niet in de weg (zie art. 4, punt 2 en punt 7 onder a).⁷³

2.4 Nog niet gereduceerde gebreken

Twee problemen, die betrekking hebben op de regeling van vervolgingsoverlevering van Nederlanders en gelijkgestelde vreemdelingen, werden niet meegenomen in de Herimplementatiewet. Het ene probleem ligt in de wettelijke voorwaarden voor gelijkstelling met een Nederlander, het andere in de toepassing van de regeling door de rechtbank Amsterdam.

Zoals ook vóór de wetwijziging het geval was, wordt voor gelijkstelling van een vreemdeling met een Nederlander *in het kader van een vervolgingsoverlevering* onder meer de voorwaarde gesteld dat ‘hij in Nederland kan worden vervolgd voor de feiten welke aan het [EAB] ten grondslag liggen’, met andere woorden dat Nederland rechtsmacht heeft (art. 6 lid 3 (nieuw) OLW). Deze voorwaarde beoogt straffeloosheid te vermijden: geeft de uitvaardigende lidstaat niet de terugkeergarantie, dan kan de betrokken vreemdeling niet worden overgeleverd, maar kan hij in Nederland worden vervolgd, omdat Nederland rechtsmacht heeft. Het kaderbesluit stelt deze voorwaarde niet. Bij een correcte omzetting van artikel 5, punt 3, Kaderbesluit 2002/584/JBZ en bij een correcte toepassing van de omzettingswetgeving is een dergelijke voorwaarde namelijk overbodig. De uitvaardigende lidstaat *moet* de gevraagde garantie geven,⁷⁴ zodat straffeloosheid is uitgesloten.⁷⁵ De betrokkene zal worden vervolgd in de uitvaardigende lidstaat en zal, in geval van veroordeling, de straf in de uitvoerende lidstaat ondergaan. Problematisch aan de voorwaarde van rechtsmacht is dat zij niet gesteld wordt ten aanzien van een Nederlander. Nu Nederland in de regel in dezelfde gevallen extraterritoriale rechtsmacht kan uitoefenen over een vreemdeling die voldoet aan de voorwaarde van vijf jaar ononderbroken rechtmatig verblijfsrecht als

69. HvJ EU 11 maart 2020, C-314/18, ECLI:EU:C:2020:191 (*SF (Europees aanhoudingsbevel – Garantie van terugkeer naar de tenuitvoerleggingsstaat)*), punt 64-66.

70. Brief van de voorzitter van de bijzonder kamer van het hof Arnhem-Leeuwarden aan de Minister voor Rechtsbescherming van 3 april 2020; *Kamerstukken II 2020/21, 35535*, nr. 11, p. 22.

71. In deze context is ‘het feitelijk uiteenlopen van het tijdstip van een vroege of voorwaardelijke invrijheidsstelling tussen lidstaten’ niet relevant, Dat valt ex art. 6:2:10 lid 4 Sv onder de bevoegdheid van de *Minister van Justitie en Veiligheid: Kamerstukken II 2020/21, 35535*, nr. 7, p. 18. De *rechtbank Amsterdam* is alleen bevoegd om de regels inzake de vroege of voorwaardelijke invrijheidsstelling van de uitvaardigende lidstaat mee te nemen in de beoordeling of toepassing zal worden gegeven aan de weigeringsgrond inzake het strafrestant (art. 6a lid 2 onder a OLW jo. art. 2:14 lid 1 onder b WETS). Volgens de nota van wijziging kan het daarbij gaan om een al toegekende vroege of voorwaardelijke invrijheidsstelling en een vroege of voorwaardelijke invrijheidsstelling waarvan de betrokkene met een grote mate van waarschijnlijkheid zou hebben geprofiteerd als de straf in de uitvaardigende lidstaat ten uitvoer zijn gelegd: *Kamerstukken II 2020/21, 35535*, nr. 7, p. 18. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt in dit verband gesproken van een reeds genomen of een aanstaand besluit tot vroege of voorwaardelijke invrijheidsstelling in de uitvaardigende lidstaat: *Kamerstukken II 2020/21, 35535*, nr. 11, p. 12.

72. Het eerste deel van deze bepaling is in wezen een dubbele van art. 2:13 lid 1 onder f WETS (‘indien het feit (...) naar Nederlands recht niet strafbaar zou zijn’), dat op grond van art. 6a lid 2 onder a OLW van overeenkomstige toepassing is.

73. V.H. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering. Een vergelijking en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning* (diss. Amsterdam (VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013), p. 463.

74. HvJ EU 11 maart 2020, C-314/18, ECLI:EU:C:2020:191 (*SF (Europees aanhoudingsbevel – Garantie tot terugzending naar de tenuitvoerleggingsstaat)*), punt 40. Zie ook art. 27 lid 4 en art. 28 lid 3 onder d Kaderbesluit 2002/584/JBZ.

75. In Rb. Amsterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2467 werd de overlevering geweigerd – onder meer – vanwege het ontbreken van een terugkeergarantie, maar in deze zaak kon de uitvaardigende justitiële autoriteit niet meer om de garantie worden gevraagd, omdat de beslistermijn niet meer kon worden verlengd (zie par. 7).

over een Nederlander (art. 7 lid 3 jo. art. 86b Sr), heeft dit onderscheid – in de praktijk – geen gevolgen.⁷⁶

Het andere probleem ligt in de wijze waarop de rechtbank Amsterdam de regeling inzake vervolgingsoverlevering van Nederlanders en gelijkgestelde vreemdelingen toepast. Zij toetst *in het kader van de beoordeling van de genoegzaamheid van de gegeven terugkeergarantie* of het feit dat aan het EAB ten grondslag ligt dubbel strafbaar is, *ook als het feit een zogenaamd lijstfeit is*.⁷⁷ Ontbreekt de dubbele strafbaarheid, dan kan de garantie namelijk niet worden geëffectueerd, omdat de in de uitvaardigende lidstaat opgelegde sanctie niet kan worden overgenomen. Artikel 2:13 lid 1 onder f WETS bevat immers een dwingende weigeringsgrond inzake het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht (zie par. 2.3.2). De betrokkene zou dan zijn straf in de uitvaardigende lidstaat moeten uitzitten.

Deze toetsing is in strijd met het verbod op toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten (art. 2 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ),⁷⁸ werd en wordt niet voorgeschreven door artikel 6 lid 1 OLW, maar volgde uit de wetgeschiedenis van die bepaling.⁷⁹ De toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten kan leiden tot straffeloosheid. Ontbreekt de dubbele strafbaarheid, dan is de terugkeergarantie niet genoegzaam en kan de betrokkene niet worden overgeleverd.⁸⁰ Hij ontloopt dan de strafvervolgning in de uitvaardigende lidstaat en hij kan evenmin in Nederland worden vervolgd. De toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten is herhaaldelijk bekritiseerd door de Commissie.⁸¹

De voor de hand liggende oplossing is dat de rechtbank Amsterdam afziet van toetsing.⁸² Vanaf medio juni 2021 lijkt de rechtbank haar standaardoverweging over de toetsing van de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten in het kader van de beoordeling van de genoegzaamheid van de terugkeergarantie niet meer te gebruiken.⁸³ Als

zij daarmee daadwerkelijk afstand heeft genomen van haar eerdere rechtspraak, dan valt dat toe te juichen.

In dat geval kan na een veroordeling in de uitvaardigende lidstaat achteraf blijken dat het lijstfeit niet strafbaar is naar Nederlands recht en moet de betrokkene zijn straf uitzitten in uitvaardigende lidstaat. Straffeloosheid doet zich dan niet voor, maar een dergelijk geval is vanuit het oogpunt van sociale re-integratie onwenselijk. Bovendien ontstaat dan een inconsistentie met de regeling van de executie-overlevering van Nederlanders en gelijkgestelde vreemdelingen. Onder de nieuwe regeling is het immers mogelijk dat de executie-overlevering van een Nederlander of gelijkgestelde vreemdeling wordt geweigerd en de tenuitvoerlegging van de aan hem opgelegde vrijheidsstraf wordt overgenomen, ook al is het lijstfeit waarvoor die straf is opgelegd naar Nederlands recht niet strafbaar (zie par. 2.3.2). Deze inconsistentie zou kunnen worden weggenomen door de weigeringsgrond van artikel 2:13 lid 1 onder f WETS *facultatief* te maken.

2.5 Ongelukkige implementatie

De Herimplementatiewet heeft een inconsistentie met de regeling van de vervolgingsoverlevering van Nederlanders en gelijkgestelde vreemdelingen veroorzaakt (art. 6 OLW). Artikel 6 lid 1 OLW, op grond waarvan de vervolgingsoverlevering van een Nederlander ‘kan’ worden toegestaan voor zover een terugkeergarantie is gegeven, is ongewijzigd gebleven. Vóór de inwerking-treding van de Herimplementatiewet is deze bepaling zo opgevat dat een terugkeergarantie steeds vereist is voor de vervolgingsoverlevering van een Nederlander. Ontbrak de garantie of was de garantie niet genoegzaam, dan moest de overlevering worden geweigerd.⁸⁴ Vanwege de Herimplementatiewet mag de uitvoerende rechterlijke autoriteit nu afzien van weigering van de *executie-overlevering* van een Nederlander (zie par. 2.3.1). Daarmee is niet consistent dat die autoriteit de *vervolgingsoverlevering* van een Nederlander steeds afhankelijk moet maken van een terugkeergarantie. Ondanks het verschil tussen een weigeringsgrond en een garantie en ondanks het verschil tussen executie-overlevering en vervolgingsoverlevering lijkt het Hof van Justitie artikel 4, punt 6, en artikel 5, punt 3, Kaderbesluit 2002/584/JBZ te zien als regelingen die in wezen overeenkomen, in die zin dat zij ‘de bevoegde autoriteiten van de lidstaten immers de mogelijkheid [bieden] om in specifieke gevallen te beslissen dat een in de beslissingsstaat opgelegde straf ten uitvoer moet worden gelegd op het grondgebied van de tenuitvoerleggingsstaat’.⁸⁵ De redenen die de uitvoerende rechterlijke autoriteit ertoe zouden kunnen brengen om af te zien van weigering van de executie-overlevering – bijvoorbeeld dat de betrokkene onvoldoende feitelijke banden met Nederland heeft om de tenuitvoerlegging in Nederland te rechtvaardigen – zouden daar-

76. Zie daarover V. Glerum & K. Rozemond, ‘Overlevering’, in: R. van Elst & E. van Sliedregt (red.), *Handboek internationaal strafrecht. Internationaal en Europees strafrecht vanuit Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 302.

77. Zie bijv. Rb. Amsterdam 28 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2877.

78. Alleen Oostenrijk mocht, uiterlijk tot uiterlijk tot 31 december 2008, de overlevering van een eigen onderdaan weigeren voor een feit dat niet strafbaar was naar Oostenrijks recht: art. 33 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ.

79. *Kamerstukken II* 2003/04, 29042, nr. 12, p. 12.

80. Rb. Amsterdam 21 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6367 (niet gepubliceerd).

81. Zie *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (revised version)*, SEC(2006)79, p. 13 en *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 17.

82. V.H. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering. Een vergelijking en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning* (diss. Amsterdam (VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 428-431 en 465).

83. Zie bijv. Rb. Amsterdam 18 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3259.

84. Zie bijv. Rb. Amsterdam 22 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4748.

85. HvJ EU 11 maart 2020, C-314/18, ECLI:EU:C:2020:191 (*SF (Europees aanhoudingsbevel – Garantie tot terugzending naar de tenuitvoerleggingsstaat)*), punt 41.

om in geval van vervolgingsoverlevering moeten kunnen leiden tot het afzien van het eisen van een terugkeergarantie.

De geconstateerde inconsistentie is ongelukkig, maar – naar de huidige stand van de rechtspraak – niet in strijd met artikel 5, punt 3, Kaderbesluit 2002/584/JBZ. Het Hof van Justitie heeft – vooralsnog – alleen ten aanzien van de weigeringsgronden van artikel 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ uitdrukkelijk geoordeeld dat bij omzetting daarvan aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit een zekere beoordelingsmarge moet worden gegeven.⁸⁶ Op de rechtbank Amsterdam rust daarom (nog) geen Unierechtelijke verplichting om artikel 6 lid 1 OLW zo uit te leggen dat zij in een concreet geval ervan kan afzien om de vervolgingsoverlevering van een Nederlander of van een gelijkgestelde vreemdeling afhankelijk te maken van een terugkeergarantie. Niettemin zou een dergelijke uitleg wel gewenst zijn. Een louter nationaalrechtelijke uitleg in die zin lijkt niet onmogelijk. De aanhef van artikel 6 lid 1 OLW ('Overlevering kan worden toegestaan (...)') lijkt ruimte te bieden voor de uitleg dat het aan de rechtbank Amsterdam is om van geval tot geval te bepalen of de vervolgingsoverlevering van een Nederlander of van een gelijkgestelde vreemdeling afhankelijk wordt gemaakt van een terugkeergarantie. Weliswaar lijkt het vervolg van de bepaling een terugkeergarantie als een voorwaarde voor de overlevering te stellen ('voor zover (...) is gewaarborgd dat (...)'), maar daar staat tegenover dat deze bepaling niet zegt dat overlevering *alleen* kan worden toegestaan voor zover de terugkeer is gegarandeerd (vgl. par. 3.3 met betrekking tot art. 7 lid 1 (oud) OLW). Inmiddels heeft de rechtbank inderdaad geoordeeld dat de bepaling een facultatief karakter heeft.⁸⁷

3. Dubbele strafbaarheid

3.1 Inleiding

Anders dan in het uitleveringsrecht, is op grond van Kaderbesluit 2002/584/JBZ *enkelvoudige* gekwalificeerde strafbaarheid in beginsel voldoende. Een EAB kan worden uitgevaardigd voor feiten die in de *uitvaardigende* lidstaat strafbaar zijn gesteld met een vrijheidssanctie met een maximum van ten minste twaalf maanden (een vervolgings-EAB) of voor opgelegde sancties met een duur van ten minste vier maanden (een executie-EAB)

(art. 2 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Deze eisen zijn dus *alternatief*,⁸⁸ niet cumulatief. Voor een lijst met 32 categorieën van strafbare feiten waarop naar het recht van de *uitvaardigende* lidstaat een vrijheidssanctie met een maximum van ten minste drie jaar is gesteld (de zogenoemde 'lijstfeiten') geldt een verbod van de toetsing van de dubbele strafbaarheid (art. 2 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Voor andere feiten dan de 'lijstfeiten' *kan* de *uitvoerende* lidstaat de voorwaarde stellen dat het EAB betrekking heeft op 'een naar het recht van de uitvoerende lidstaat strafbaar feit, ongeacht de bestanddelen of de kwalificatie ervan' (art. 2 lid 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Deze bepaling geeft de lidstaten de mogelijkheid om de overlevering te weigeren voor gedragingen die zij niet moreel verwerpelijk achten en die daarom niet strafbaar zijn.⁸⁹ Heeft een lidstaat gebruikgemaakt van die mogelijkheid, dan *kan* de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering weigeren wanneer het feit *niet strafbaar* is naar het recht van haar lidstaat (art. 4, punt 1, Kaderbesluit 2002/584/JBZ).

Artikel 7 lid 1 (oud) OLW was gemodelleerd naar artikel 5 lid 1 Uitleveringswet⁹⁰ en stelde bewust de eis van *dubbele* gekwalificeerde strafbaarheid.⁹¹ De bepaling eiste ten aanzien van een niet-lijstfeit *ook* een strafbedreiging *in Nederland* met een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden (art. 7 lid 1 onderdeel a onder 2° (oud)).⁹² Bovendien verlangde artikel 7 lid 1 (oud) OLW met betrekking tot executie-overlevering de *cumulatie* van de eis inzake de strafbedreiging met de eis inzake de opgelegde straf (art. 7 lid 1 onderdeel b jo. lid 1 onderdeel a onder 2° (oud)).⁹³ Wanneer niet aan deze eisen was voldaan, *moest* de overlevering worden geweigerd (art. 7 lid 1 (oud) jo. art. 28 lid 2 OLW).

Alleen al gelet op de bewoordingen van de regeling in het kaderbesluit leek artikel 7 lid 1 (oud) OLW op drie punten niet in overeenstemming met Kaderbesluit 2002/584/JBZ: (1) de eis van een strafbedreiging in Nederland (art. 2 lid 4 jo. art. 4, punt 1, Kaderbesluit 2002/584/JBZ laat alleen het stellen van de voorwaarde van strafbaarheid toe); (2) de cumulatie van de eis inzake strafbedreiging met de eis inzake de opgelegde vrijheidsstraf (art. 2 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ stelt alternatieve eisen); (3) de uitvoerende rechterlijke autoriteit moest weigeren wanneer het feit niet (gekwalificeerd) strafbaar was naar Nederlands recht (volgens art. 4, punt 1, Kaderbesluit 2002/584/JBZ kan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de overlevering weigeren

86. De omstandigheden dat het Hof van Justitie artikel 4, punt 6, en artikel 5, punt 3, Kaderbesluit 2002/584/JBZ ziet als regelingen die in wezen overeenkomen (zie de hoofdttekst) en dat deze regelingen dezelfde doelstelling nastreven, doet vermoeden dat het Hof van Justitie ook ten aanzien van de omzetting van artikel 5, punt 3, Kaderbesluit 2002/584/JHA een beoordelingsmarge voor de uitvoerende rechterlijke autoriteit zal eisen. De in de hoofdttekst aangehaalde passage uit het arrest *SF (Europees aanhoudingsbevel – Garantie tot terugzending naar de tenuitvoerleggingsstaat)* geeft verdere steun aan dat vermoeden ('de mogelijkheid', 'in specifieke gevallen').

87. Rb. Amsterdam 7 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2467. Helaas wordt ten onrechte overwogen dat dit facultatieve karakter het gevolg is van de Herimplementatiewet.

88. HvJ EU 3 maart 2020, C-717/18, ECLI:EU:C:2020:142 (*X (Aanhoudingsbevel – Dubbele strafbaarheid)*), punt 22.

89. Vgl. HvJ EU 11 januari 2017, C-289/15, ECLI:EU:C:2017:4 (*Grundza*), punt 45, ten aanzien van het vergelijkbare art. 7 lid 3 Kaderbesluit 2008/909/JBZ.

90. *Kamerstukken II* 2002/03, 29042, nr. 3, p. 13; *Kamerstukken I* 2003/04, 29042, C, p. 11 en 12.

91. *Kamerstukken II* 2002/03, 29042, nr. 3, p. 12.

92. *Kamerstukken I* 2003/04, 29042, C, p. 11; *Kamerstukken I* 2003/04, 29042, E, p. 3.

93. *Kamerstukken II* 2003/04, 29042, nr. 3, p. 12.

wanneer het feit niet strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat).

3.2 Strafb bedreiging en cumulatie

De eerste twee punten zijn bekritiseerd in de literatuur⁹⁴ en tevergeefs aan de kaak gesteld door de Commissie en de Raad.⁹⁵

Uiteindelijk kwam ook de rechtbank Amsterdam tot de conclusie dat artikel 7 lid 1 (oud) OLW op deze twee punten in strijd was met artikel 2 lid 1 en artikel 4 jo. artikel 4, punt 1, Kaderbesluit 2002/584/JBZ. In de zaak *A.* vormde een Belgisch executie-EAB de aanleiding voor het stellen van een prejudiciële vraag. Dit EAB zag op een veroordeling voor drie feiten, waarvan er twee volledig voldeden aan de eisen van dubbele gekwalificeerde strafbaarheid, terwijl er één dubbel strafbaar was maar in Nederland niet met een vrijheidsstraf werd bedreigd. Op de prejudiciële vraag van de rechtbank⁹⁶ antwoordde het Hof van Justitie dat het kaderbesluit zich ertegen verzet dat voor overlevering niet alleen de voorwaarde wordt gesteld dat het feit strafbaar is naar het recht van de uitvoerende lidstaat, maar ook dat dit feit volgens het recht van die lidstaat kan worden bestraft met een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden. Dat antwoord volgt niet alleen uit de bewoordingen van de bepalingen,⁹⁷ maar ook uit de algemene opzet en de doelen van de regeling. Kaderbesluit 2002/584/JBZ houdt – anders dan het uitleveringsregime – geen rekening met de strafmaat in de uitvoerende lidstaat. De strafvolgving of tenuitvoerlegging vindt immers plaats overeenkomstig het recht van de uitvaardigende lidstaat. Bovendien is het uitsluiten van de relevantie van de strafmaat in de uitvoerende lidstaat in overeenstemming met de ‘belangrijkste doelstelling’ van Kaderbesluit 2002/584/JBZ: het verzekeren van een vrij verkeer van beslissingen in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.⁹⁸ Het was pijnlijk voor Nederland dat het Hof dit antwoord zo duidelijk achtte dat het de zaak buiten zit-

ting afdeed en dus zonder Nederland de gelegenheid te hebben geven om de omzetting toe te lichten. In de verwijzing en in het arrest kwam niet aan de orde of het kaderbesluit in de weg staat aan de cumulatie van de eisen inzake de strafbedreiging in de uitvaardigende lidstaat en de opgelegde straf, omdat aan deze eisen was voldaan.

Na de beschikking van het Hof van Justitie heeft de rechtbank Amsterdam artikel 7 lid 1 (oud) OLW op de twee besproken punten kaderbesluitconform uitgelegd. Gelet op artikel 2 lid 1 OLW, waarin de eisen voor een vervolgings-EAB en voor een executie-EAB *alternatief* zijn, gold de in artikel 7 lid 1 (oud) OLW opgenomen eis van een strafbedreiging in de uitvaardigende lidstaat niet voor een executie-EAB. In artikel 7 lid 1 onderdeel a onder 2° (oud) OLW werden de woorden ‘in de uitvaardigende lidstaat’ ingelezen in de zinsnede ‘en waarop een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste twaalf maanden is gesteld’, zodat deze eis alleen betrekking had op de strafbedreiging in die lidstaat.⁹⁹

De wijziging van artikel 7 OLW komt *deels* overeen met de kaderbesluitconforme uitleg van de rechtbank. De passage in artikel 7 lid 1 onderdeel a onder 2° (nieuw) OLW over de strafbedreiging heeft nu expliciet *uitsluitend* betrekking op de uitvaardigende lidstaat. Eén van de ongeoorloofde afwijkingen van het kaderbesluit is daarmee verholpen. De cumulatie van eisen in geval van een executie-EAB werd echter niet aangepakt in het wetsvoorstel. Artikel 7 lid 1 onderdeel b OLW stelt immers nog steeds de eis van vrijheidsstraf van vier maanden ‘wegens een feit als onder 1° of 2°’. Onder 2° wordt, zoals we hebben gezien, voor vervolgingsoverlevering de eis inzake de strafbedreiging in de uitvaardigende lidstaat gesteld.¹⁰⁰ Het lijkt erop dat de wetgever dit over het hoofd heeft gezien. De Overleveringswet is op dit punt dus nog steeds niet in overeenstemming met het kaderbesluit. Op grond van het in artikel 4 lid 3 VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking moet Nederland deze bepaling alsnog aanpassen. In afwachting van die aanpassing ligt het in de rede te veronderstellen dat de rechtbank haar eerdere kaderbesluitconforme uitleg zal handhaven onder het gewijzigde artikel 7 OLW.¹⁰¹

3.3 Dwingend karakter van de weigeringsgrond

Het derde punt – dat de weigeringsgrond dwingt tot weigering van de overlevering wanneer niet is voldaan aan de eis van strafbaarheid naar Nederlands recht – is niet meegenomen in de Herimplementatiewet. Uit de

94. Zie bijv. V. Glerum & K. Rozemond, ‘Een evaluatie van de Nederlandse Overleveringswet, DD 2006, afl. 2, p. 156.

95. De eis van strafbedreiging in Nederland: *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties ‘De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten’*. Verslag over Nederland, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008, p. 30 en 45. De cumulatie van strafbedreiging en opgelegde straf: *Annex to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (revised version)*, SEC(2006)79, p. 6; *Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007)979 final, p. 6; *Evaluatieverslag van de vierde ronde van de wederzijdse evaluaties ‘De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten’*. Verslag over Nederland, Raadsdocument 15370/1/08 REV 1 van 2 december 2008, p. 30 en 45.

96. Rb. Amsterdam 2 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5712.

97. HvJ EU 25 september 2015, C-463/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:634 (A.), punt 24-27.

98. HvJ EU 25 september 2015, C-463/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:634 (A.), punt 28-30.

99. Rb. Amsterdam 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7460; Rb. Amsterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8440.

100. In de rechtspraak is er al op gewezen dat het enkele invoegen van de woorden ‘in de uitvaardigende lidstaat’ in art. 7 lid 1 onderdeel a onder 1°, OLW het probleem van de cumulatie in stand houdt: Rb. Amsterdam 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7460.

101. Na 1 april 2021 verwijst zij bij executie-overlevering nog steeds naar de ‘kaderbesluitconform uitgelegde’ eisen van art. 7 lid 1 OLW (zie bijv. Rb. Amsterdam 29 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3314), terwijl zij dat niet meer lijkt te doen bij vervolgingsoverlevering (zie bijv. Rb. Amsterdam 29 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3312).

Kamerstukken blijkt dat het bedoeling was om, naar aanleiding van de beschikking in de zaak *A.* (zie par. 3.2), de eis inzake de strafbedreiging naar Nederlands recht te schrappen en om de mogelijkheid van accessoire overlevering in te voeren (zie par. 3.4).¹⁰²

In de aanhef van artikel 7 lid 1 (oud) OLW ('Overlevering kan alleen worden toegestaan (...)') is het woord 'alleen' geschrapt. Deze wijziging houdt verband met de invoering van de mogelijkheid van accessoire overlevering voor feiten die niet aan de eis inzake de strafbedreiging en/of de eis inzake de opgelegde straf voldoen (zie par. 3.4). Uit de overgebleven woorden "kan worden toegestaan" zou men kunnen afleiden dat weigering niet (meer) is voorgeschreven en dat de weigeringsgrond dus een facultatieve weigeringsgrond is geworden. In de wetsgeschiedenis wordt niet gesproken over het facultatief maken van de weigeringsgrond inzake het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht, maar wel over het facultatief maken van de *overige* weigeringsgronden die uitvoering geven aan artikel 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ. Bovendien moet ervan worden uitgegaan dat de wetgever ook de weigeringsgrond van artikel 4, punt 1, Kaderbesluit 2002/584/JBZ correct heeft willen omzetten.¹⁰³ Hoewel de uitvoerende rechterlijke autoriteit een beoordelingsmarge moet hebben bij de toepassing van de weigeringsgrond (zie par. 2.3.1) en de Nederlandse autoriteiten verplicht zijn om art. 7 lid 1 (nieuw) OLW zoveel mogelijk kaderbesluitconform uit te leggen, is de lezing dat deze bepaling een facultatieve weigeringsgrond inhoudt toch problematisch. Deze bepaling geeft namelijk niet alleen uitvoering aan de bepaling die de facultatieve *weigeringsgrond inzake het ontbreken van strafbaarheid naar het recht van de uitvoerende lidstaat* bevat (art. 4, punt 1, Kaderbesluit 2002/584/JBZ), maar ook aan de bepaling waarin de *voorwaarden voor uitvaardiging van een EAB* zijn opgesomd (art. 2 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Bij de lezing dat artikel 7 lid 1 een facultatieve weigeringsgrond inhoudt, zou weigering van de overlevering dus *ook* achterwege kunnen blijven, wanneer het EAB is uitgevaardigd voor een feit dat of voor een straf die niet voldoet aan de in artikel 2 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ opgenomen drempelvoorwaarde. Bij die lezing zou, met andere woorden, gevolg kunnen worden gegeven aan een niet rechtsgeldig EAB.

Een kaderbesluitconforme uitleg van artikel 7 lid 1 (nieuw) OLW zou inhouden dat weigering van de overlevering niet achterwege mag blijven wanneer het feit of de opgelegde straf niet voldoet aan de toepasselijke drempelvoorwaarde, maar wel wanneer aan die drempelvoorwaarde is voldaan en het niet-lijstfeit niet strafbaar is naar Nederlands recht. Artikel 2 lid 1 OLW, dat uitvoering geeft aan artikel 2 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ, levert een wetssystematisch argument voor deze uitleg op. Volgens deze bepaling 'kan' een

EAB 'slechts' worden afgegeven voor, kort gezegd, feiten of straffen als bedoeld in artikel 2 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ. In samenhang met artikel 28 lid 2 OLW, dat bepaalt dat de rechtbank de overlevering *moet* weigeren onder meer wanneer zij '(b)evindt (...) dat het [EAB] niet voldoet aan de vereisten van artikel 2', lijkt een dergelijke kaderbesluitconforme uitleg dus niet onmogelijk. De rechtbank Amsterdam heeft inmiddels – zonder onderbouwing – geoordeeld dat weigering van de overlevering wegens het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht van een niet-lijstfeit facultatief is.¹⁰⁴

3.4 Accessoire overlevering

3.4.1 Accessoire overlevering dóór Nederland

Door de formulering van de aanhef van artikel 7 OLW zoals deze bepaling luidde tot de inwerkingtreding van de Herimplementatiewet (zie par. 3.3) was accessoire overlevering dóór Nederland uitgesloten.¹⁰⁵ Het nieuwe lid 4 van deze bepaling voorziet nu uitdrukkelijk in deze figuur. Accessoire overlevering houdt in dat, wanneer de overlevering wordt verzocht voor twee (of meer) feiten, terwijl één feit volledig voldoet aan de eisen voor overlevering (een zogenaamd *principaal* feit) en het andere feit niet (omdat het weliswaar dubbel strafbaar is gesteld, maar niet voldoet aan de eis inzake de strafbedreiging of de opgelegde straf), de overlevering ook voor dat laatste feit (een zogenaamd *accessoir* feit) kan worden toegestaan. De overlevering voor dat laatste feit is in dat geval dus accessoir aan de overlevering voor het eerste feit. Door accessoire overlevering kunnen alle beschuldigingen tegen de betrokkene tegelijkertijd worden afgedaan en kunnen alle aan hem opgelegde straffen achter elkaar ten uitvoer worden gelegd, hetgeen in het belang is van een effectieve rechtspleging, in het belang van het tegengaan van straffeloosheid en in het belang van de opgeëiste persoon zelf.¹⁰⁶

Bij een correcte omzetting van het kaderbesluit bestaat alleen behoefte aan de mogelijkheid van accessoire overlevering voor zover voor de strafbedreiging of de opgelegde straf in de *uitvaardigende* lidstaat niet voldoet aan de daaraan gestelde eis (zie par. 3.2). Kaderbesluit 2002/584/JBZ bevat geen regeling van accessoire overlevering, maar daarmee is niet gezegd dat een nationale regeling van accessoire overlevering is uitgesloten. Mede gelet op het doel van vereenvoudiging en bespoediging van de justitiële samenwerking in strafzaken, ligt een uitleg die inhoudt dat artikel 2 lid 1 Kaderbesluit 2002/584/JBZ geen *volledige* harmonisatie inhoudt – in de zin dat het de lidstaten vrijstaat om de uitvaardiging van een EAB voor andere feiten of straffen mogelijk te maken, zolang ten minste één feit of één straf voldoet aan de drempelvoorwaarde van die bepaling – eerder voor de hand dan een uitleg dat die bepaling zich verzet

102. Kamerstukken II 2019/20, 35535, nr. 3 herdruk, p. 4 en 8-9.

103. Vgl. HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*), punt 20.

104. Rb. Amsterdam 15 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1803.

105. Zie bijv. Rb. Amsterdam 6 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9818.

106. Kamerstukken II 2019/20, 35535, nr. 3 herdruk, p. 9; Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 11, p. 13 en 14.

tegen accessoire overlevering.¹⁰⁷ Daarbij moet dan wel worden aangetekend dat het, bij gebreke van harmonisatie van de accessoire overlevering, steeds van de wetgeving van de *uitvoerende* lidstaat zal afhangen of wordt overgeleverd voor accessoire feiten.

De wetswijziging voorziet in de ‘mogelijkheid’ om over te leveren voor accessoire feiten.¹⁰⁸ Dat zijn feiten die die wel dubbel strafbaar zijn, maar waarop in de *uitvaardigende* lidstaat een vrijheidsstraf van onvoldoende duur staat *en/of* waarvoor in de *uitvaardigende* lidstaat een vrijheidsstraf van onvoldoende duur is opgelegd. In de omschrijving van de accessoire feiten verwijst artikel 7 lid 4 (nieuw) OLW naar ‘de voorwaarde met betrekking tot de hoogte van de straf, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, onder 2° of onderdeel b’. Omdat onderdeel b van artikel 7 lid 1 OLW niet is aangepast en omdat dit onderdeel de cumulatie met de eis inzake de strafbedreiging in de *uitvaardigende* lidstaat in stand laat (zie par. 3.2), valt onder de accessoire feiten naar de letter ook een feit waarop in de *uitvaardigende* lidstaat een strafbedreiging van minder dan twaalf maanden is gesteld maar waarvoor een vrijheidsstraf van ten minste vier maanden is opgelegd. Bij een correcte omzetting van het kaderbesluit en bij een kaderbesluitconforme uitleg van artikel 7 lid 1 onderdeel b OLW mogen echter de eis inzake de strafbedreiging in de *uitvaardigende* lidstaat en de eis inzake de opgelegde straf niet cumuleren (zie par. 3.2).

Artikel 7 lid 4 (nieuw) OLW eist dat accessoire feiten naar het recht van beide betrokken lidstaten strafbaar zijn. Voor zover deze bepaling de strafbaarheid naar het recht van de *uitvoerende* lidstaat eist, is zij inconsistent met het facultatieve karakter van de weigeringsgrond inzake het ontbreken van strafbaarheid naar het recht van de *uitvoerende* lidstaat. Als het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht al niet in de weg hoeft te staan aan overlevering voor een *principaal* feit, dan levert het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht geen goede reden op om de mogelijkheid van overlevering te ontzeggen voor een *accessoir* feit. Deze inconsistentie – van een onverenigbaarheid is geen sprake, omdat Kaderbesluit 2002/584/JBZ geen regeling van de accessoire overlevering bevat – doet vermoeden dat de wetgever zich niet ervan bewust was dat het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht een facultatieve weigeringsgrond moet zijn (zie par. 3.3).

De accessoire overlevering strekt zich alleen uit over feiten waarop onvoldoende vrijheidsstraf is gesteld of waarvoor onvoldoende vrijheidsstraf is opgelegd. Accessoire overlevering is dus niet mogelijk voor feiten waarop alleen een niet-vrijheidsbenemende straf is gesteld of waarvoor alleen een dergelijke straf is opgelegd.¹⁰⁹ De

memorie van toelichting vermeldt dat niet is voorzien in de accessoire overlevering voor feiten waarop geldboetes zijn gesteld of waarvoor geldboetes zijn opgelegd vanwege de uitzonderingen op de regel van specialiteit.¹¹⁰ Volgens deze regel (art. 27 lid 2 Kaderbesluit 2002/584/JBZ) heeft de overgeleverde persoon ‘het recht om enkel te worden vervolgd, berecht of anderszins van zijn vrijheid beroofd voor het strafbare feit dat de reden tot de overlevering is geweest’.¹¹¹ Op deze regel bestaat een reeks aan uitzonderingen, waaronder de uitzonderingen dat vervolging en berechting zijn toegestaan voor feiten die in de *uitvaardigende* lidstaat niet strafbaar zijn gesteld met een vrijheidsbenemende straf of maatregel (art. 27 lid 3 onder b Kaderbesluit 2002/584/JBZ) en dat de tenuitvoerlegging is toegestaan van een niet vrijheidsbenemende straf of maatregel (art. 27 lid 3 onder d Kaderbesluit 2002/584/JBZ).

De regel van specialiteit en de uitzonderingen op die regel zien op de *gevolgen* van de overlevering – zij zijn immers opgenomen in hoofdstuk 3 van het kaderbesluit, getiteld ‘Gevolgen van de overlevering’ – en hebben dus geen betrekking op het onderzoek van de uitvoerende rechterlijke autoriteit naar de toelaatbaarheid van de overlevering. De regeling van de accessoire overlevering dwingt de rechtbank Amsterdam om de overlevering voor feiten die weliswaar dubbel strafbaar zijn, maar niet met een vrijheidsbenemende straf of maatregel worden bedreigd of waarvoor geen vrijheidsbenemende straf of maatregel is opgelegd te weigeren (art. 7 lid 4 (nieuw) jo. art. 28 lid 2 OLW).¹¹² Deze weigering dient echter geen enkel doel, omdat het de autoriteiten van de *uitvaardigende* lidstaat na overlevering toch is toegestaan om strafvorderlijk op te treden ter zake van die feiten. Zo bezien is er geen redelijk argument om dergelijke feiten uit te sluiten van accessoire overlevering.

Gevallen waarin voor accessoire feiten niet is voldaan aan de eis inzake de strafbedreiging in de *uitvaardigende* lidstaat of aan de eis inzake de opgelegde straf doen zich in de praktijk niet zo vaak voor.¹¹³ Maar als men dan toch een regeling voor zulke gevallen wil treffen, dan moet men het ook goed doen.

110. Kamerstukken II 2019/20, 35535, nr. 3 herdruk, p. 9.

111. HvJ EG 1 december 2008, C-388/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:669 (*Leymann en Pustovarov*), punt 44.

112. Luidens het voorgestelde lid 4 ‘kan de overlevering eveneens [voor accessoire feiten] worden toegestaan’, zoals omschreven in die bepaling. Op grond van art. 28 lid 2 OLW weigert de rechtbank de overlevering, wanneer zij ‘bevindt (...) dat de overlevering niet kan worden toegestaan’.

113. Zie bijv. Rb. Amsterdam 28 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9890 (geldboete opgelegd) (niet gepubliceerd); Rb. Amsterdam 6 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9057 (strafbedreiging in Letland met ten hoogste drie maanden); Rb. Amsterdam 6 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9818 (strafbedreiging in Litouwen met ten hoogste 45 dagen); Rb. Amsterdam 25 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3152 (strafbedreiging in Letland met ten hoogste drie maanden); Rb. Amsterdam 16 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3509 (strafbedreiging in Litouwen met ‘community service or by a fine or by restriction of liberty or by arrest’). Volgens de nota naar aanleiding van het verslag gaat het om ongeveer 40 gevallen per jaar: *Kamerstukken II 2020/21*, 35535, nr. 11, p. 13.

107. V.H. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering. Een vergelijking en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning* (diss. Amsterdam (VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 359.

108. Kamerstukken II 2020/21, 35535, nr. 11, p. 13.

109. Rb. Amsterdam 25 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2665.

3.4.2 *Accessoire overlevering áán Nederland*

Artikel 2 lid 1 OLW, dat de voorwaarden voor de uitvaardiging van een EAB omschrijft, is niet aangepast aan de mogelijkheid van accessoire overlevering dóór Nederland. Aangezien artikel 2 lid 1 OLW nog steeds bepaalt dat een EAB ‘slechts’ kan worden uitgevaardigd voor feiten of straffen die aan de drempelvoorwaarde voldoen, lijkt de uitvaardiging van een Nederlands EAB mede voor accessoire feiten – en dus accessoire overlevering áán Nederland – nog steeds niet mogelijk.¹¹⁴ Dat is inconsistent, maar niet in strijd met Kaderbesluit 2002/584/JBZ. Het kaderbesluit bevat immers geen regeling inzake accessoire overlevering (zie par. 3.4.1).

4. Overige weigeringsgronden van artikel 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ

4.1 Inleiding

Artikel 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ kent een hele reeks aan gronden tot facultatieve weigering van de overlevering, bij de omzetting waarvan een lidstaat aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit een zekere beoordelingsmarge moet geven (zie par. 2.3.1).¹¹⁵ Vóór de Herimplementatiewet waren alle in artikel 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ bedoelde weigeringsgronden omgezet als dwingende weigeringsgronden.

4.2 De Herimplementatiewet

De Herimplementatiewet transformeerde een deel van de dwingende weigeringsgronden van artikel 9 lid 1 (oud) OLW en de weigeringsgronden van artikel 13 (oud) OLW in facultatieve weigeringsgronden.

Wat betreft artikel 9 lid 1 (oud) OLW gaat het om de facultatieve weigeringsgronden die zijn opgenomen in artikel 4, punt 2-5 Kaderbesluit 2002/584/JBZ. De Nederlandse omzetting van de *dwingende* weigeringsgrond van artikel 3, punt 2, Kaderbesluit 2002/584/JBZ (*ne bis in idem* met betrekking tot een lidstaat) is een dwingende weigeringsgrond gebleven en is nu te vinden in artikel 9 lid 2 (nieuw) OLW.

Het facultatieve karakter van artikel 9 lid 1 (nieuw) OLW neutraliseert een probleem dat bestond onder de oude dwingende regeling. Onder artikel 9 lid 1 onder a en lid 2 (oud) OLW kon de Minister van Justitie en Veiligheid een opdracht gegeven tot staking van de Nederlandse vervolging van de opgeëiste persoon voor hetzelfde

de feit. De officier van justitie kon een dergelijke opdracht uitlokken en hem daarover van advies dienen. Bij een opdracht tot staking viel het overleveringsbeletsel weg (art. 9 lid 2 (oud) OLW). Onder de oude dwingende bepaling hadden *niet-rechterlijke* autoriteiten – de officier van justitie¹¹⁶ en de minister – daardoor een overwegende invloed op de te nemen beslissing. Bleef een ministeriële opdracht tot staking achterwege dan *moest* de rechtbank *weigeren*, werd een ministeriële opdracht tot staking gegeven dan *mocht* zij *niet weigeren*. Onder de nieuwe facultatieve bepaling kan de officier van justitie nog steeds een opdracht tot staking uitlokken en kan de Minister van Justitie en Veiligheid nog steeds een opdracht tot staking geven. Het achterwege blijven van een ministeriële opdracht tot staking brengt echter niet automatisch de weigering van de overlevering mee, terwijl de aanwezigheid van zo’n opdracht betekent dat de rechtbank de weigeringsgrond niet mag toepassen (art. 9 lid 3 (nieuw) OLW). Hoewel onder de nieuwe facultatieve regeling een niet-rechterlijke autoriteit – door het geven van een opdracht tot staking van de vervolging – nog steeds kan bepalen dat weigering van de overlevering achterwege moet blijven, is dit, vanuit het oogpunt dat weigering van de overlevering de uitzondering moet zijn,¹¹⁷ niet zo bezwaarlijk.

De in lid 1 aangebrachte wijzigingen hebben het – onbewuste – gevolg dat een volledig voldane onherroepelijke transactie of volledig voldane onherroepelijke strafbeschikking afkomstig uit Nederland of uit een andere lidstaat én beslissingen die de strafvervolging in een Nederland of in een andere lidstaat definitief beëindigen zonder oplegging van een straf of maatregel maar na een beoordeling ten gronde, afkomstig van een rechter of een andere autoriteit die tot taak heeft in de desbetreffende nationale rechtsorde deel te nemen aan de rechtsbedeling in strafzaken, voortaan *facultatieve* weigeringsgronden opleveren wanneer zij betrekking hebben op het feit dat aan het EAB ten grondslag ligt (art. 9 lid 1 onder b en c (nieuw) OLW). Dergelijke beslissingen vormen echter een ‘berechting bij onherroepelijk vonnis’ in de zin van artikel 54 SUO¹¹⁸ en dus een ‘onherroepelijke berechting’ in de zin van de *dwingende* weigeringsgrond van artikel 3, punt 2, Kaderbesluit 2002/584/JBZ.¹¹⁹

114. Het *Evaluatieverslag van de vierde ronde wederzijdse evaluaties: ‘De praktische toepassing van het Europees aanhoudingsbevel en de bijbehorende procedures voor overlevering tussen de lidstaten’*. Verslag over Nederland, raadsdocument 15370/1/08, 2 december 2008, p. 15, meldt daarentegen dat volgens een intern OM-stuk een EAB kan worden uitgevaardigd voor accessoire feiten, maar dat het geen algemeen gebruik is om accessoire feiten toe te voegen.

115. HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Popławski I*), punt 21.

116. HvJ EU 24 november 2020, C-510/19, ECLI:EU:C:2021:953 (*Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)*), punt 54.

117. Zie bijv. HvJ EU 29 april 2021, X (*Europees aanhoudingsbevel – Ne bis in idem*), C-665/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:339, punt 39.

118. HvJ EG 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87 (*Gözütok en Brügger*), ten aanzien van een Nederlandse transactie en een Duitse strafbeschikking; HvJ EU 5 juni 2014, C-398/12, ECLI:EU:C:2014:1057 (*M*), ten aanzien van een onherroepelijke rechterlijke beschikking tot buitenvervolginstelling; HvJ EU 29 juni 2016, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:483 (*Kossowski*), ten aanzien van een onherroepelijke beëindiging van een strafprocedure zonder oplegging van een straf of maatregel, afkomstig van een officier van justitie.

119. Zie HvJ EU 16 november 2010, C-261/09, ECLI:EU:C:2010:683 (*Manuello*), punt 40 en 45 en HvJ EU 25 juli 2018, C-268/17, ECLI:EU:C:2018:377 (*AY (Aanhoudingsbevel – Getuige)*), punt 59.

Vóór de inwerkingtreding van de wetwijziging vielen dergelijke beslissingen niet onder de dwingende omzetting van artikel 3, punt 2, Kaderbesluit 2002/584/JBZ – waar zij thuishoorden – maar onder de toen nog *dwingende* omzetting van artikel 4, punt 3, Kaderbesluit 2002/584/JBZ (art. 9 lid 1 onder b en c (oud) OLW). De bepaling die tot uitvoering van artikel 3, punt 2, Kaderbesluit 2002/584/JBZ strekte – artikel 9 lid 1 onder d en e (oud) OLW¹²⁰ – sprak immers van rechters, gewijsden, vrijspraak, ontslag van rechtsvervolging en veroordeling en was dus niet van toepassing op zulke beslissingen.¹²¹ Dat was het gevolg van de omstandigheid dat de wetgever de kaderbesluitbepalingen in het keurslijf van artikel 9 lid 1 UW had ingeregeng,¹²² dat uitgaat van een ander systeem en andere begrippen hanteert dan die kaderbesluitbepalingen. De omzetting van de dwingende weigeringsgrond van artikel 3, punt 2, Kaderbesluit 2002/584/JBZ is verhuisd naar artikel 9 lid 2 (nieuw) OLW, maar is inhoudelijk niet gewijzigd, zodat deze bepaling nog steeds niet van toepassing is op de bedoelde beslissingen.

Een kaderbesluitconforme uitleg van artikel 9 lid 1 onder b en c (nieuw) OLW brengt mee dat in de bedoelde gevallen geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om af te zien van weigering van de overlevering, met andere woorden dat de rechtbank de facultatieve weigeringsgronden toepast als waren zij dwingende weigeringsgronden.¹²³ Inmiddels heeft de rechtbank deze lijn gevolgd ten aanzien van een Nederlandse strafbeschikking voor hetzelfde feit.¹²⁴

Wat betreft artikel 13 (oud) OLW gaat het om de facultatieve weigeringsgronden die zijn opgenomen in artikel 4, punt 7, Kaderbesluit 2002/584/JBZ (het feit is geheel of ten dele in de uitvoerende lidstaat gepleegd (lid 1 onderdeel a); het feit is buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat gepleegd en de uitvoerende lidstaat zou geen vervolging kunnen instellen indien eenzelfde feit buiten zijn grondgebied zou zijn gepleegd (lid 1 onderdeel b)).

Vergelijkbaar met artikel 9 lid 1 (nieuw) OLW, doet het facultatieve karakter van artikel 13 (nieuw) OLW de zeggenschap van een niet-rechterlijke autoriteit over de toepassing van de weigeringsgrond teniet. Onder de oude regeling bepaalde de officier van justitie in wezen of de overlevering al dan niet geweigerd moest worden om de reden dat het feit geheel of gedeeltelijk in Nederland is gepleegd (art. 13 lid 1 onder a (oud) OLW) of dat het feit geheel buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd en Nederland in een vergelijk-

baar geval geen vervolging zou kunnen instellen, wanneer het feit buiten het grondgebied van Nederland zou zijn gepleegd (art. 13 lid 1 onder b (oud) OLW). In die gevallen *moest* de rechtbank de overlevering *weigeren*, maar als de officier van justitie zulks vorderde, *moest* zij van toepassing van die weigeringsgrond *afzien*, tenzij – marginaal toetsend¹²⁵ – de officier van justitie niet in redelijkheid tot zijn vordering had kunnen komen (art. 13 lid 2 (oud) OLW). Anders gezegd: deed de officier van justitie geen vordering, dan moest de rechtbank de weigeringsgrond toepassen; deed hij wel een vordering, dan mocht de rechtbank de weigeringsgrond in beginsel niet toepassen. Door de wetwijziging heeft de rechtbank de bevoegdheid gekregen om de overlevering te weigeren en is de regeling inzake de vordering van de officier van justitie geschrapt.

Overigens deed de officier van justitie onder de oude regeling in de praktijk vrijwel altijd een vordering. De sporadische gevallen waarin de rechtbank de overlevering op grond van artikel 13 (oud) OLW weigerde, betroffen gevallen waarin de officier van justitie – abusievelijk – geen vordering had gedaan.¹²⁶ Een en ander betekende dat artikel 13 (oud) OLW een dode letter was geworden.

5. Verstekveroordelingen

5.1 Inleiding

Artikel 4 bis Kaderbesluit 2002/584/JBZ bevat een *facultatieve* weigeringsgrond inzake, kort gezegd, verstekveroordelingen. Op grond van deze bepaling ‘kan’ de uitvoerende rechterlijke autoriteit de executie-overlevering weigeren, wanneer de betrokkene niet in persoon is verschenen op het proces dat tot de veroordeling heeft geleid, tenzij in het EAB één of meer van vier uitzonderingsgevallen zijn aangekruist. Die uitzonderingsgevallen hebben betrekking op situaties waarin de betrokkene geacht moet worden vrijwillig afstand te hebben gedaan van zijn aanwezigheid en situaties waarin hij het recht op een nieuw proces heeft¹²⁷ en zijn gebaseerd op de rechtspraak van het EHRM over berechting bij verstek. Maar die vier uitzonderingsgevallen vormen geen uitputtende codificatie van de situaties waarin de afwezigheid van de betrokkene op het proces toch geen schending van zijn bij artikel 6 EVRM gegarandeerde verdedigingsrechten oplevert.¹²⁸ Omdat artikel 4 bis een

120. *Kamerstukken II* 2002/03, 29042, nr. 3, p. 37 (transponeringstabel).

121. Zie V. Glerum & K. Rozemond, ‘Overlevering’, in: R. van Elst & E. van Sliedregt (red.), *Handboek internationaal strafrecht. Internationaal en Europees strafrecht vanuit Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 309, 310-311 en 312.

122. *Kamerstukken II* 2002/03, 29042, nr. 3, p. 14: ‘Het eerste lid (...) is grotendeels identiek aan artikel 9, eerste lid van de Uitleveringswet’.

123. Glerum, in: *T&C Internationaal strafrecht* 2021, art. 9 OLW, aant. 3a en 3c.

124. Rb. Amsterdam 23 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5372.

125. HR 28 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY6334, NJ 2007/488 m.nt. A.H. Klip.

126. In de periode 2017 – heden ben ik maar twee weigeringen op grond van art. 13 OLW tegengekomen. In beide gevallen had de officier van justitie geen vordering gedaan: Rb. Amsterdam 12 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2361; Rb. Amsterdam 5 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1903.

127. HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*), punt 52.

128. V.H. Glerum, ‘Facultatieve grond tot weigering van de overlevering ter tenuitvoerlegging van een verstekveroordeling: autonome en uniforme uitleg van de voorwaarden inzake de wijze van dagvaarding’, *SEW* 2016, afl. 11, p. 494. In deze zin ook A-G Bobek, conclusie van

facultatieve weigeringsgrond bevat, kan de uitvoerende rechterlijke autoriteit daarom, zelfs als geen van die uitzonderingsgevallen van toepassing is, rekening houden met ‘andere omstandigheden aan de hand waarvan zij zich ervan kan vergewissen dat de overlevering van de betrokkene geen schending van zijn rechten van verdediging impliceert’, zoals het Hof van Justitie voor het eerst in het arrest *Dworzecki*¹²⁹ heeft geoordeeld en in latere arresten als *Tupikas* en *Zdziaszek* heeft herhaald.¹³⁰

De oorspronkelijke omzetting van artikel 4 bis – artikel 12 (oud) OLW – onthield die mogelijkheid aan de rechtbank Amsterdam, omdat de wetgever de weigeringsgrond had omgezet als een *dwingende* weigeringsgrond. De wetsgeschiedenis van artikel 12 (oud) OLW geeft geen verklaring voor deze keuze. In het kader van de behandeling van de prejudiciële verwijzing in de zaak *Dworzecki* heeft de Nederlandse regering aangevoerd dat bewust is gekozen voor een dwingende omzetting ‘met het oog op de bescherming van het recht op een eerlijk proces en teneinde duidelijk(e) en transparante voorwaarden te scheppen aan de hand waarvan de uitvoerende rechterlijke autoriteiten bepalen of de tenuitvoerlegging van een EAB wordt geweigerd’.¹³¹ De memorie van toelichting bij de Herimplementatiewet onthult dat aan die bewuste keuze een destijds niet uitgesproken – en onjuiste – veronderstelling ten grondslag lag. Men nam bij de omzetting van artikel 4 bis namelijk aan ‘dat zich buiten de in dit artikel opgesomde uitzonderingen geen situaties voordoen waarin overlevering kan worden toegestaan (...)’.¹³² Ook bij een oppervlakkige kennisname van de rechtspraak van het EHRM over berechting bij verstek moet echter al opvallen dat er meer gevallen zijn dan de vier uitzonderingen waarin de overlevering, ondanks de afwezigheid van de betrokkene op zijn proces, geen schending van zijn verdedigingsrechten betekent.¹³³

26 juli 2017, C-270/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:609 (*Tupikas*), punt 76-77.

129. HvJ EU 24 mei 2016, C-108/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346 (*Dworzecki*), punt 50.

130. HvJ EU 10 augustus 2017, C-270/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:628 (*Tupikas*), punt 96; HvJ EU 10 augustus 2017, C-271/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:629 (*Zdziaszek*), punt 106-107; HvJ EU 17 december 2020, C-416/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1042 (*Generalstaatsanwaltschaft Hamburg*), punt 51.

131. Het standpunt van de Nederlandse regering wordt aangehaald in Rb. Amsterdam 16 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3643.

132. *Kamerstukken II* 2019/20, 35535, nr. 3 herdruk, p. 13-14.

133. Zie in dit verband EHRM (Grote kamer) 1 maart 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0301JUD005658100 (*Sejdovic/Italië*), § 99: ‘(...) The Court cannot, however, rule out the possibility that certain established facts might provide an unequivocal indication that the accused is aware of the existence of the criminal proceedings against him and of the nature and the cause of the accusation and does not intend to take part in the trial or wishes to escape prosecution. This may be the case, for example, where the accused states publicly or in writing that he does not intend to respond to summonses of which he has become aware through sources other than the authorities, or succeeds in evading an attempted arrest (see, among other authorities, *Iavarazzo v. Italy* (dec.), no. 50489/99, 4 december 2001), or when materials are brought to the attention of the authorities which unequivocally show that he is aware of the proceedings pending against him and of the charges he faces.’ §100. ‘In

In de zaken *Tupikas* en *Zdziaszek* heeft A-G Bobek zich op het standpunt gesteld dat de lidstaten bij omzetting van artikel 4 bis een *beoordelingsmarge* aan hun uitvoerende rechterlijke autoriteiten *moeten* geven en dat artikel 12 (oud) OLW daarom een incorrecte omzetting van die bepaling vormde.¹³⁴ Het Hof van Justitie is hem in die conclusie niet gevolgd en heeft alleen overwogen dat Kaderbesluit 2002/584/JBZ de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet ‘belet’ om rekening te houden met de hiervoor bedoelde ‘andere omstandigheden’.¹³⁵

De rechtbank Amsterdam heeft echter herhaaldelijk geoordeeld dat de dwingende formulering van artikel 12 (oud) OLW haar belette om rekening te houden met zulke omstandigheden.¹³⁶ Dat oordeel moet niet worden geplaatst in de context van de verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg. Die verplichting is immers alleen aan de orde wanneer de nationale bepaling in strijd is met het Unierecht. Het Hof van Justitie heeft (nog) niet geoordeeld dat de lidstaten bij de omzetting van artikel 4 bis Kaderbesluit 2002/584/JBZ een beoordelingsmarge aan de uitvoerende rechterlijke autoriteit moeten laten.

5.2 De Herimplementatiewet

Als gevolg van de wetwijziging bevat artikel 12 OLW nu een facultatieve weigeringsgrond, zodat de rechtbank Amsterdam rekening kan houden met omstandigheden op grond waarvan kan worden vastgesteld dat de overlevering toch geen schending van de verdedigingsrechten betekent en op grond daarvan kan afzien van weigering.¹³⁷ Dat is een goede zaak. De oude bepaling leidde tot veel weigeringen.¹³⁸ Het is waarschijnlijk dat een deel van die weigeringen had kunnen worden voorkomen als de weigeringsgrond facultatief was geweest.¹³⁹

the Court’s view, no such circumstances have been established in the instant case.’

134. Conclusie van 26 juli 2017, C-270/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:609 (*Tupikas*), punt 78; conclusie van 26 juli 2017, C-271/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:612 (*Zdziaszek*), punt 110.

135. HvJ EU 10 augustus 2017, C-270/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:628 (*Tupikas*), punt 97; HvJ EU 10 augustus 2017, C-271/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:629 (*Zdziaszek*), punt 108. A-G Hogan is het kennelijk met hem eens: conclusie van 15 april 2021, C-665/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:303 (*X (Europees aanhoudingsbevel – Ne bis in idem)*), punt 48.

136. Zie bijv. Rb. Amsterdam 16 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3643 en, meer recent, Rb. Amsterdam 28 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1316.

137. Zie bijv. Rb. Amsterdam 15 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1803 en Rb. Amsterdam 15 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1813.

138. *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2018*, SWD(2020) 127 final: van de 155 weigeringen in 2018 (p. 16) hadden 65 weigeringen art. 4 bis lid 1 als grondslag (p. 19).

139. Zie bijv. Rb. Amsterdam 27 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2130 (de betrokkene verzocht zelf om uitstel van de inhoudelijke behandeling, maar verscheen niet op een latere zitting); Rb. Amsterdam 8 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7547 (de procedure die leidde tot het ‘verzamelvonnis’ voldeed niet aan art. 12 OLW, maar de betrokkene had zelf om het wijzen van een ‘verzamelvonnis’ verzocht). In dergelijke gevallen is de betrokkene overduidelijk op de hoogte van de procedure en zou men van hem kunnen verlangen dat hij zich van het verloop daarvan op de hoogte houdt. In een recente uitspraak noemt het Hof van Justitie drie omstandigheden die van belang zijn voor een eventuele conclusie dat de overlevering geen schending van de rechten van de verdediging inhoudt: dat de betrokkene ‘heeft getracht te ontkomen aan de betekening van de aan hem gerichte informatie’, ‘heeft getracht

Verder zorgt de wetwijziging voor een betere aansluiting bij de bewoordingen van artikel 4 bis. De oude bepaling gebruikte termen die ontleend waren aan het Nederlandse strafprocesrecht (bijvoorbeeld ‘behandeling ter terechtzitting’ in plaats van ‘proces’ en ‘vonnis’ in plaats van ‘beslissing’). In de gewijzigde bepaling zijn dergelijke termen vervangen door de termen uit artikel 4 bis. Ook dat valt toe te juichen. Het gaat hier immers om *autonome begrippen van Unierecht* die door de hele Unie heen *uniform* moeten worden uitgelegd.¹⁴⁰ Het gebruik van nationale rechtstermen bergt een risico in zich dat het autonome karakter van de begrippen waaraan zij uitvoering beogen te geven niet wordt onderkend.¹⁴¹

6. Grondrechtenschendingen

6.1 Inleiding

Kaderbesluit 2002/584/JBZ bevat geen algemene weigeringsgrond inzake grondrechtenschendingen in de uitvaardigende lidstaat. Wel verwijst de preambule van het kaderbesluit op verschillende plaatsen naar de grondrechten en naar het Handvest.¹⁴² Bovendien mag volgens artikel 1 lid 3 het kaderbesluit geen afbreuk doen aan de verplichting tot eerbiediging van de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.

Veel lidstaten, waaronder Nederland, hebben bij de omzetting van het kaderbesluit ervoor gekozen om een grondrechtelijke weigeringsgrond op te nemen. Op grond van artikel 11 (oud) OLW moest de overlevering worden geweigerd indien ‘een op feiten en omstandigheden gebaseerd geground vermoeden’ bestond ‘dat inwilliging van het verzoek zou leiden tot flagrante schending van de fundamentele rechten van de betrokken persoon, zoals die worden gewaarborgd door het [EVRM]’.

Ten tijde van de invoering van de OLW was al duidelijk dat deze bepaling in elk geval in strijd was met het EVRM. Het EHRM stelt namelijk alleen in geval van een reëel gevaar van schending van *niet*-absolute rechten, zoals het recht op vrijheid (art. 5 EVRM)¹⁴³ en het

recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM),¹⁴⁴ de eis van een *flagrante* schending.¹⁴⁵

Vanaf 1 december 2014, de datum waarop het Verdrag van Lissabon in werking trad, was bovendien duidelijk dat artikel 11 (oud) OLW niet naar het juiste instrument verwees. Bij de toepassing van de wetgeving ter omzetting van Kaderbesluit 2002/584/JBZ voeren de autoriteiten van de lidstaten immers het Unierecht uit, zodat zij daarbij gebonden zijn aan het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (art. 51 lid 1 Handvest).¹⁴⁶

De doodsteek voor artikel 11 (oud) OLW waren de arresten *Aranyosi en Căldăraru* en *Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*. In het eerste arrest heeft het Hof van Justitie de ‘uitzonderlijke omstandigheden’ geconcretiseerd waarin een uitzondering is toegestaan op het beginsel dat elke lidstaat ervan uitgaat dat alle andere lidstaten de door dat recht Unierecht erkende grondrechten in acht nemen.¹⁴⁷ Uit artikel 1 lid 3 Kaderbesluit 2002/584/JBZ, gelezen in samenhang met artikel 4 Handvest, volgt dat, wanneer de betrokkene in geval van overlevering een reëel gevaar loopt om te worden onderworpen aan onmenselijke of vernederende detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat, de uitvoerende rechterlijke autoriteit de beslissing over de overlevering moet uitstellen, niet afstellen,¹⁴⁸ en dat, wanneer dat reële gevaar niet binnen een redelijke termijn kan worden uitgesloten, zij moet ‘beslissen of de overleveringsprocedure moet worden beëindigd’.¹⁴⁹ In het tweede arrest heeft het Hof geoordeeld dat ook een reëel gevaar van schending van het niet-absolute recht op een onafhankelijk gerecht, dat tot de kern van het recht op een eerlijk proces behoort (art. 47 alinea 2 Handvest), in de weg kan staan aan overlevering.¹⁵⁰ Kan een dergelijk gevaar voor de opgeëiste persoon niet worden uitgesloten, dan moet de uit-

elk contact met de door de (...) rechterlijke instanties ambtshalve benoemde advocaten te vermijden’ of dat hij ‘hoger beroep heeft ingesteld tegen de beslissingen in eerste aanleg’: HvJ EU 17 december 2020, C-416/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1042 (*Generalstaatsanwaltschaft Hamburg*), punt 52-53.

140. Vgl. HvJ EU 24 mei 2016, C-108/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346 (*Dworzecki*), punt 30; HvJ EU 10 augustus 2017, C-270/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:628 (*Tupikas*), punt 67; HvJ EU 22 december 2017, C-571/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:1026 (*Ardic*), punt 63.

141. K.H. Brodersen, V. Glerum & A. Klip, *The European Arrest Warrant and In Absentia Judgments*, Den Haag: Eleven International Publishing 2020, *passim*.

142. Zie de overwegingen 12 en 13.

143. Zie bijv. EHRM januari 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD000813909 (*Othman (Abu Qatada)/Verenigd Koninkrijk*), § 233.

144. Zie bijv. EHRM 15 juni 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0615DEC007153714 (*Harkins/Verenigd Koninkrijk*), § 64.

145. Bovendien houdt de bepaling geen rekening met schendingen van niet-absolute rechten die niet worden veroorzaakt door de uitvaardigende lidstaat, maar door de overlevering zelf, bijvoorbeeld een schending van het recht op eerbiediging van privé-, familie- of gezinsleven. Ten aanzien van zulke rechten stelt het EHRM evenmin de eis van een flagrante schending: zie bijv. EHRM 26 januari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0126DEC000974207 (*King/Verenigd Koninkrijk*).

146. Hoewel de grondrechten van het EVRM als algemene beginselen van Unierecht deel uitmaken van het Unierecht, is het EVRM zelf ‘geen formeel in de rechtsorde van de Unie opgenomen rechtsinstrument’: zie bijv. HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), punt 44. Zie ook M. Luchtman & R. Widdershoven, ‘Het Nederlandse strafrecht in de ban van het Unierecht’, *Ars Aequi* 2018, afl. 11, p. 883-884, die betogen dat de nationale rechter zaken binnen de werkingssfeer van het Unierecht primair moet beoordelen binnen het kader van het Handvest.

147. HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punt 191.

148. HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 (*Aranyosi en Căldăraru*), punt 98.

149. HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 (*Aranyosi en Căldăraru*), punt 104.

150. HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*), punt 59.

voerende rechterlijke autoriteit ‘ervan afzien om aan het [EAB] gevolg te geven’.¹⁵¹

De uitvoerende rechterlijke autoriteit moet een beoordeling uitvoeren die uit twee stappen bestaat. Eerst moet zij op basis van ‘objectieve, betrouwbare, nauwkeurige en naar behoren bijgewerkte gegevens’ beoordelen of er in het algemeen een reëel gevaar van schending van artikel 4 Handvest respectievelijk van de kern van artikel 47 alinea 2 Handvest bestaat. Als zij een dergelijk algemeen reëel gevaar vaststelt, dan moet zij vervolgens ‘concreet en nauwkeurig’ beoordelen ‘of er zwaarwegende en op feiten berustende gronden bestaan om aan te nemen dat de betrokkene dit gevaar zal lopen’.¹⁵² Een algemeen gevaar levert immers niet noodzakelijkerwijs een individueel gevaar op.

Uit de twee arresten volgt dat de vaststelling van een reëel gevaar van schending van een grondrecht – anders dan artikel 11 (oud) jo. artikel 28 lid 2 OLW bepaalde – niet tot *weigering* van de overlevering mag leiden, maar tot beëindiging van de overleveringsprocedure respectievelijk tot afzien van het gevolg geven aan het EAB. De gronden tot weigering van de overlevering zijn immers *uitputtend* opgenomen in de artikelen 3–5 Kaderbesluit 2002/584/JBZ.¹⁵³ Bovendien bevestigt het arrest *Aranyosi en Căldăraru* dat een dreigende schending van een absoluut recht niet ‘flagrant’ hoeft te zijn. Uit het arrest *Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)* volgt hetzelfde voor het niet-absoluut recht op een onafhankelijk gerecht, dat tot de kern van het recht op een eerlijk proces behoort. Niet *elke* schending van een niet-absoluut grondrecht heeft dus extraterritoriale werking. Bij niet-absoluut grondrechten is er ruimte voor een afweging tussen het belang dat de betrokkene zijn vervolging of straf niet ontloopt en de verplichting tot eerbiediging van zijn grondrechten. De naleving van die verplichting is namelijk ‘in de eerste plaats’ de verantwoordelijkheid van de uitvaardigende lidstaat.¹⁵⁴ Het resultaat van die – impliciet door het Hof van Justitie gemaakte – afweging is dat alleen een inbreuk in de uitvaardigende lidstaat die het betrokken grondrecht *in de kern* aantast – die met andere woorden *de wezenlijke inhoud van dat grondrecht niet eerbiedigt* (art. 52 lid 1 Handvest) –¹⁵⁵ in de weg kan staan aan overlevering aan die lidstaat.

151. HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*), punt 78.

152. In geval van een algemeen reëel gevaar van een schending van het recht op een onafhankelijk gerecht gaat daaraan nog een tussenstap vooraf: kunnen de vastgestelde gebreken gevolgen hebben op het niveau van de bevoegde gerechten (HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*), punt 74.

153. Zie bijv. HvJ EU 17 december 2020, C-416/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1042 (*Generalstaatsanwaltschaft Hamburg*), punt 33.

154. HvJ EU 6 december 2018, C-551/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:991 (*IK*), punt 66.

155. Zie K. Lenaerts, ‘Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU’, *German Law Journal* 2019, p. 783-784.

Na het arrest *Aranyosi en Căldăraru* was artikel 11 (oud) OLW een dode letter geworden. De rechtbank Amsterdam toetste niet meer aan artikel 11 (oud) OLW, maar aan de criteria uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Deed de verdediging een beroep op artikel 11 (oud) OLW in samenhang met een bepaling van het EVRM, dan reageerde de rechtbank met een verwijzing naar de rechtspraak van het Hof en naar de relevante bepaling van het Handvest.¹⁵⁶ ‘Uitstel van de beslissing over de overlevering’ vertaalde de rechtbank als aanhouding van de behandeling van het EAB ter zitting; ‘beëindiging van de overleveringsprocedure’ als het niet-ontvankelijk verklaren van de officier van justitie in de vordering tot het in behandeling nemen van het EAB, waardoor de rechtbank niet meer toekwam aan toepassing van artikel 11 (oud) OLW en *a fortiori* niet aan weigering van de overlevering.¹⁵⁷

6.2 De Herimplementatiewet

De Herimplementatiewet verhelpt veel van de gebreken van artikel 11 (oud) OLW. Artikel 11 lid 1 (nieuw) OLW verwijst uitsluitend naar het Handvest en sluit aan bij de in de twee arresten geformuleerde toetsingsmaatstaf. Van een flagrante schending is geen sprake meer. Weliswaar verwijst de nieuwe bepaling niet naar het criterium van de kern van niet-absoluut grondrechten en maakt zij geen melding van tweestappentoets, maar haar bewoordingen bieden voldoende ruimte om rekening te houden met (ontwikkelingen in) de rechtspraak van het Hof van Justitie. Is aan de aangehaalde maatstaf voldaan, dan luidt het (uiteindelijke) dictum dat aan het EAB ‘geen gevolg dient te worden gegeven’ (art. 11 lid 1 (nieuw) jo. art. 28 lid 3 (nieuw) OLW).

De rechtbank moet de beslissing over de overlevering aanhouden ‘(i)ndien er een mogelijkheid bestaat dat bij wijziging van de omstandigheden het reële gevaar van de in het eerste lid bedoelde schending alsnog kan worden uitgesloten’ (art. 11 lid 2 (nieuw) OLW). Die aanhouding moet worden meegedeeld aan de uitvaardigende justitiële autoriteit; gedurende de termijn van aanhouding moet de rechtbank nagaan of er een wijziging optreedt (art. 11 lid 3 (nieuw) OLW). Kan na toepassing van het nieuwe derde lid het reële gevaar niet binnen een redelijke termijn worden uitgesloten, dan moet de rechtbank uitspraak doen en moet zij weigeren om gevolg te geven aan het EAB (art. 11 lid 4 (nieuw) jo. art. 22 lid 6 (nieuw) jo. art. 28 lid 3 (nieuw) OLW).

De regeling inzake uitstel is op drie punten opmerkelijk. Ten eerste is zij *voorwaardelijk*: aanhouding van de beslissing is immers afhankelijk van de mogelijkheid dat

156. Zie bijv. Rb. Amsterdam 22 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2673; Rb. Amsterdam 30 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3206; Rb. Amsterdam 7 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3411.

157. Rb. Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2630; Rb. Amsterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:414. Zie over de Nederlandse rechtspraak over detentieomstandigheden A. Martufi & D. Gigengack, ‘Exploring mutual trust through the lens of an executing judicial authority: The practice of the Court of Amsterdam in EAW proceedings’, *New Journal of European Criminal Law* 2020, afl. p. 282-298.

bij wijziging van de omstandigheden het reële gevaar alsnog wordt uitgesloten. Het arrest *Aranyosi en Căldăraru* laat er geen twijfel over bestaan dat bij een reëel gevaar van schending van artikel 4 Handvest de beslissing over de overlevering *moet* worden uitgesteld.¹⁵⁸ Aan die verplichting ligt kennelijk de veronderstelling ten grondslag dat het *altijd* mogelijk is om een vastgesteld individueel reëel gevaar alsnog binnen een redelijke termijn uit te sluiten. Het is de vraag of deze veronderstelling juist is, zeker in gevallen waarin volgens het EHRM sprake is van *structureel* disfunctioneren van het gevangeniswezen in de uitvaardigende lidstaat.¹⁵⁹ Vóór de wetwijziging liet de rechtbank Amsterdam na de vaststelling van een individueel reëel gevaar van een schending van artikel 4 Handvest uitstel van de beslissing over de overlevering achterwege in gevallen waarin zij, op grond van eerdere ervaringen, niet verwachtte dat de uitvaardigende rechterlijke autoriteit binnen afzienbare tijd aanvullende informatie zou verstrekken die het geconstateerde gevaar kon wegnamen.¹⁶⁰

Ten tweede heeft de regeling naar haar bewoordingen betrekking op een reëel gevaar van schending van *elk* door het Handvest gewaarborgd *grondrecht*. In de arresten *Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)* en *Openbaar Ministerie (Onafhankelijkheid van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit)*, die betrekking hebben op het recht op een onafhankelijk gerecht, verwijst het Hof van Justitie echter niet naar de figuur van uitstel van de beslissing over de overlevering¹⁶¹ en verbindt het aan een eventuele vaststelling dat de betrokkene, in geval van overlevering, een reëel gevaar van schending van zijn recht op een eerlijk proces zal lopen de conclusie dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit ervan moet afzien om gevolg te geven aan het EAB.¹⁶² Beide arresten laten zich zo lezen dat het dictum ‘afzien om gevolg te geven aan een EAB’ het equivalent is van het dictum ‘beëindiging van de overleveringsprocedure’.¹⁶³ Het lijkt ongerijmd dat bij een *absoluut* grondrecht de beslissing zou moeten worden uitgesteld, terwijl bij een *niet-absoluut* recht zonder uitstel zou moeten worden afgezien van het gevolg geven aan het EAB. Een vastgesteld reëel gevaar van onmenselijke of vernederende detentieomstandigheden levert

echter een beletsel op dat, op zichzelf, niet raakt aan de rechtmatigheid van de strafvervolgning of strafexecutie waarvoor de overlevering wordt gevraagd, terwijl een vastgesteld reëel gevaar van een schending van het recht op een onafhankelijk gerecht noodzakelijkerwijze de rechtmatigheid van de strafvervolgning of strafexecutie waarvoor de overlevering wordt verzocht in twijfel trekt. Wat daarvan ook zij, het is voornamelijk niet duidelijk of het Unierecht dwingt tot uitstel van de beslissing over de overlevering bij de vaststelling van een individueel reëel gevaar van schending van het recht op een onafhankelijk gerecht. Nadere rechtspraak van het Hof van Justitie zal op dit punt duidelijkheid moeten brengen. In de eerste zaak waarin de rechtbank Amsterdam tot de conclusie kwam dat de betrokkene, in geval van overlevering, een reëel gevaar van schending van zijn recht op een onafhankelijk gerecht zou lopen, heeft zij de beslissing over de overlevering niet uitgesteld, zonder overwegingen te wijden aan de mogelijkheid van of de verplichting tot uitstel.¹⁶⁴

Ten derde is de regeling opmerkelijk omdat zij *verplicht* tot het afzien om gevolg te geven aan het EAB, wanneer het reële gevaar van een schending niet binnen een redelijke termijn kan worden uitgesloten. Het Hof van Justitie heeft echter in het arrest *Aranyosi en Căldăraru* overwogen dat, wanneer het reële gevaar van een schending van artikel 4 Handvest niet binnen een redelijke termijn kan worden uitgesloten, de uitvoerende rechterlijke autoriteit moet ‘beslissen of de overleveringsprocedure moet worden beëindigd’.¹⁶⁵ De nieuwe regeling gaat in zoverre dus verder dan het Hof van Justitie eist.

7. Verlenging van de beslistermijnen en van de vrijheidsbeneming

7.1 Inleiding

De doelstelling van Kaderbesluit 2002/584/JBZ van het bespoedigen van de justitiële samenwerking komt tot uitdrukking in de regeling van de termijnen waarbinnen de uitvoerende rechterlijke autoriteit moet beslissen.¹⁶⁶ Wanneer de opgeëiste persoon niet instemt met zijn overlevering moet de ‘definitieve beslissing’ over de tenuitvoerlegging van het EAB binnen 60 dagen na zijn aanhouding worden genomen (art. 17 lid 3 Kaderbesluit 2002/584/JBZ), met de mogelijkheid van verlenging

158. HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 (*Aranyosi en Căldăraru*), punt 98.

159. Zie bijv. voor Roemenië: EHRM 25 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0425JUD006146712 (*Rezmiveş e.a./Roemenië*), § 110.

160. Zie bijv. Rb. Amsterdam 21 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9684.

161. Volgens de memorie van toelichting heeft het Hof van Justitie in het eerste arrest ‘afgezien van de figuur van het uitstellen van de beslissing’: *Kamerstukken II* 2019/20, 35535, nr. 3 herdruk, p. 13.

162. HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*), punt 78; HvJ EU 17 december 2020, C-354/20 PPU en C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 (*Openbaar Ministerie (Onafhankelijkheid van de uitvaardigende rechterlijke autoriteit)*), punt 61.

163. HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*), punt 44, 47 en 59.

164. Rb. Amsterdam 10 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:420. De uitspraak dateert van vóór de inwerkingtreding van de Herimplementatiewet. Op haar conclusie plakte de rechtbank het ‘etiket’ dat haar daarvoor onder de oude OLW ter beschikking stond: de officier van justitie werd niet-ontvankelijk verklaard in de vordering tot het in behandeling nemen van het EAB (zie par. 6.1).

165. HvJ EU 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*Minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat)*), punt 104 (cursivering toegevoegd).

166. HvJ EU 30 mei 2013, C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358 (*Jeremy F.*), punt 58.

van die termijn ‘in specifieke gevallen’ met 30 dagen, wanneer het EAB niet binnen 60 dagen ten uitvoer kan worden gelegd (art. 17 lid 4 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Alleen in ‘uitzonderlijke omstandigheden’ is het mogelijk om deze termijnen niet na te leven.¹⁶⁷ In zulke gevallen moet de uitvoerende lidstaat Eurojust daarvan in kennis stellen (art. 17 lid 7 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Uit het arrest *Jeremy F.* volgt dat zulke ‘uitzonderlijke omstandigheden’ zich voordoen wanneer ‘het bevoegde gerecht besluit om een prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof’.¹⁶⁸ Het arrest *TC* voegt daaraan gevallen toe waarin de uitvoerende rechterlijke autoriteit beoordeelt of de opgeëiste persoon, in geval van overlevering, een reëel gevaar van schending van artikel 4 Handvest of van artikel 47 Handvest loopt.¹⁶⁹ In het arrest *Lanigan* heeft het Hof van Justitie bepaald dat overschrijding van de termijnen de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet ontheft van de verplichting om de overleveringsprocedure voort te zetten en over de tenuitvoerlegging van het EAB te beslissen¹⁷⁰ en dat overschrijding de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet verplicht om de overleveringsdetentie te schorsen of op te heffen.¹⁷¹ Een algemene en onvoorwaardelijke verplichting om de opgeëiste persoon in (voorlopige) vrijheid te stellen, zou namelijk de doeltreffendheid van Kaderbesluit 2002/584/JBZ kunnen beperken.¹⁷² Zolang de definitieve beslissing over de tenuitvoerlegging nog niet is genomen, moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit zich ervan verzekeren ‘dat de materiële voorwaarden voor daadwerkelijke overlevering gehandhaafd blijven’ (art. 17 lid 5 Kaderbesluit 2002/584/JBZ). Daarom zou schorsing van de overleveringsdetentie in een geval waarin ‘een zeer groot vluchtgevaar bestaat dat niet tot aanvaardbare proporties kan worden teruggebracht door het opleggen van passende maatregelen waarmee kan worden gewaarborgd dat de materiële voorwaarden voor de daadwerkelijke overlevering van de gezochte persoon gehandhaafd blijven’ afbreuk kunnen doen aan de doeltreffendheid van Kaderbesluit 2002/584/JBZ, zo blijkt uit het arrest *TC*.¹⁷³

Afgezien van twee andere afwijkingen,¹⁷⁴ week de oorspronkelijke Nederlandse omzetting van artikel 17 Kaderbesluit 2002/584/JHA, artikel 22 (oud) OLW, op een essentieel punt af van het kaderbesluit. De beslistermijn kon weliswaar voor onbepaalde tijd worden verlengd wanneer de rechtbank nog geen uitspraak over de tenuitvoerlegging van het EAB had gedaan binnen 90 dagen na de aanhouding van de opgeëiste persoon, maar in dat geval moest de rechtbank steeds gelijktijdig de overleveringsdetentie schorsen onder het stellen van voorwaarden (art. 22 lid 4 (oud) OLW), ongeacht de mate van vluchtgevaarlijkheid en ongeacht de mogelijkheden om dat vluchtgevaar door middel van het stellen van voorwaarden tot aanvaardbare proporties terug te brengen. Deze regeling berustte op de veronderstelling dat het kaderbesluit bij verlenging van de termijn van 90 dagen ervan uitgaat dat de opgeëiste persoon zich dan niet meer in overleveringsdetentie bevindt,¹⁷⁵ maar deze veronderstelling was onjuist, zoals uit het arrest *Lanigan* blijkt.

Naar aanleiding van het arrest *Lanigan* werd in de literatuur betoogd dat de verplichting tot schorsing van de overleveringsdetentie problematisch was in gevallen waarin de uitvoerende rechterlijke autoriteit niet kon bewerkstelligen dat de ‘materiële voorwaarden voor daadwerkelijke overlevering’ gehandhaafd bleven.¹⁷⁶ Dat was uiteindelijk ook de opvatting die de rechtbank Amsterdam ten grondslag legde aan haar prejudiciële verwijzing in de zaak *TC*. De opvatting van de rechtbank werd door het Hof van Justitie bevestigd. De in artikel 22 lid 4 (oud) OLW neergelegde ‘verplichting om de overleveringsdetentie van de gezochte persoon *in elk geval* te schorsen zodra sinds zijn aanhouding een termijn van 90 dagen is verstreken, [is] onverenigbaar met de bepalingen van kaderbesluit 2002/584’.¹⁷⁷ Na het arrest *TC* legden de rechtbank Amsterdam en het hof Amsterdam¹⁷⁸ artikel 22 lid 4 (oud) OLW – op uniforme wijze –¹⁷⁹ kaderbesluitconform uit in die zin, dat in geval van een zeer groot vluchtgevaar, dat niet door het opleggen van passende maatregelen tot aanvaardbare proporties kon worden teruggebracht, de termijn van 90

167. HvJ EU 30 mei 2013, C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358 (*Jeremy F.*), punt 61.

168. HvJ EU 30 mei 2013, C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358 (*Jeremy F.*), punt 65.

169. HvJ EU 12 februari 2019, C-492/18 PPU, ECLI:EU:C:2019:108 (*TC*), punt 43.

170. HvJ EU 16 juli 2015, C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474 (*Lanigan*), punt 37.

171. HvJ EU 16 juli 2015, C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474 (*Lanigan*), punt 52.

172. HvJ EU 16 juli 2015, C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474 (*Lanigan*), punt 50.

173. HvJ EU 12 februari 2019, C-492/18 PPU, ECLI:EU:C:2019:108 (*TC*), punt 49.

174. In afwijking van art. 17 Kaderbesluit 2002/584/JBZ:

- kon de termijn van 60 dagen alleen ‘(i)n uitzonderlijke omstandigheden’ worden verlengd met 30 dagen (art. 22 lid 3 (oud) OLW). In de praktijk leverde deze onbewuste aanscherping ten opzichte van art. 17 lid 3 Kaderbesluit 2002/584/JBZ geen problemen op, omdat de rechtbank zich daardoor niet liet weerhouden om de termijn te verlengen, wanneer zij dat nodig achtte (In 2018 lag in

273 van 674 zaken de duur van de overleveringsprocedure tussen 60 en 90 dagen: *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2018*, SWD(2020) 127 final, p. 15, noot 26);

- bevatte de OLW geen regeling voor het melden van overschrijdingen van de termijn van 90 dagen en de redenen daarvoor aan Eurojust.

175. *Kamerstukken II* 2002/03, 29042, nr. 3, p. 22.

176. Zie punt 3.8 van mijn noot bij het arrest *Lanigan* in *SEW* 2016, afl. 2, p. 84-90 en punt 9 van de noot van J.M. Reijntjes onder *NJ* 2016/288.

177. HvJ EU 12 februari 2019, C-492/18 PPU, ECLI:EU:C:2019:108 (*TC*), punt 50.

178. Dat hof oordeelt in hoger beroep tegen een (afwijzing van een verzoek tot schorsing van de overleveringsdetentie (art. 64 lid 2 jo. art. 87 Sv).

179. Vóór het arrest liepen de door de rechtbank Amsterdam en het hof Amsterdam gegeven interpretaties uiteen. Zie V.H. Glerner, ‘*Dura lex, sed lex?* Divergerende nationale rechtspraak, de verplichting tot kaderbesluitconforme uitleg en de eis van een duidelijke en voorzienbare wettelijke grondslag voor vrijheidsbeneming’, *SEW* 2019, afl. 12, p. 562-567.

dagen kon worden verlengd *zonder* gelijktijdige schorsing van de overleveringsdetentie.¹⁸⁰

7.2 De Herimplementatiewet

De Herimplementatiewet schrapt de verplichting tot schorsing van de overleveringsdetentie in geval van overschrijding van de termijn van 90 dagen (art. 22 lid 4 (nieuw) OLW).

De categorieën van gevallen waarin naar de huidige stand van de rechtspraak van het Hof van Justitie een overschrijding van de termijn van 90 dagen gerechtvaardigd is, leveren onder artikel 22 (nieuw) OLW limitatieve gevallen op waarin de rechtbank de beslistermijn kan verlengen, wanneer zij nog geen uitspraak heeft kunnen doen binnen die termijn. De bepaling maakt voor wat betreft de maximale duur van de verlengingen onderscheid tussen die categorieën.

Wacht de rechtbank de beantwoording van prejudiciële vragen door het Hof van Justitie af, dan kan zij de beslistermijn telkens met maximaal 60 dagen verlengen ‘totdat het Hof arrest heeft gewezen en de rechtbank uitspraak doet’ (art. 22 lid 4 (nieuw) OLW).¹⁸¹

De nieuwe regeling bestrijkt gevallen waarin de rechtbank zelf een prejudiciële vraag heeft gesteld en gevallen waarin een andere uitvoerende rechterlijke instantie dat heeft gedaan.¹⁸² Zij gaat in dit opzicht verder dan het Hof van Justitie. In het arrest *TC* spreekt het Hof immers over de mogelijkheid van overschrijding van de termijn van 90 dagen in geval van prejudiciële vragen die zijn gesteld ‘door de uitvoerende rechterlijke autoriteit’,¹⁸³ oftewel de autoriteit waarbij het EAB in behandeling is. In haar verwijzingsbeslissing had de rechtbank uitdrukkelijk ook het afwachten van de beantwoording van een door een *andere* rechterlijke autoriteit gestelde vraag benoemd als rechtvaardiging voor overschrijding van de termijn van 90 dagen.¹⁸⁴

Doet de rechtbank onderzoek naar een reëel gevaar van een schending van een grondrecht van de betrokkene, dan kan zij de beslistermijn met telkens maximaal 30 dagen verlengen ‘totdat het onderzoek is afgerond en de rechtbank uitspraak doet’ (art. 22 lid 5 (nieuw) OLW). Gelet op de regeling van verlenging met telkens maximaal 60 dagen (art. 22 lid 6 (nieuw) OLW), gaat het hierbij om het stadium van het onderzoek waarin nog

geen reëel gevaar van een schending voor de betrokkene zelf (een individueel reëel risico) is vastgesteld.¹⁸⁵

Houdt de rechtbank de beslissing over de overlevering aan vanwege een vastgesteld individueel reëel gevaar van een schending (zie art. 11 lid 2 (nieuw) OLW), dan kan zij de beslistermijn met telkens maximaal 60 dagen verlengen ‘totdat de rechtbank uitspraak doet’ (art. 22 lid 6 (nieuw) OLW).¹⁸⁶

Parallel aan de mogelijkheden van verlenging van de beslistermijn van 90 dagen wordt de rechtbank verplicht om ‘ten minste’ bij elke verlenging ambtshalve te beslissen over de verlenging van de ‘vrijheidsbeneming’ van de betrokkene (art. 27 lid 3 (nieuw) OLW), dat wil zeggen de vrijheidsbeneming op grond van de Overleveringswet.¹⁸⁷ Deze regeling dwingt de rechtbank ervoor te waken dat de overleveringsdetentie niet buitensporig lang duurt.¹⁸⁸

Buiten de drie categorieën van gevallen waarin de beslistermijn van 90 dagen kan worden verlengd, voorziet artikel 22 (nieuw) OLW niet in een mogelijkheid van verlenging. Dat de ‘uitzonderlijke omstandigheden’ als bedoeld in artikel 17 lid 7 Kaderbesluit 2002/584/JBZ beperkt zijn tot die drie categorieën volgt echter niet uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Gelet op de duur van procedures onder de oude regeling – gemiddeld zo’n 60-90 dagen, terwijl in 20-25% van de gevallen de procedure langer duurde dan 90 dagen¹⁸⁹ – zal de nieuwe bepaling grote gevolgen hebben voor de praktijk. Het ontbreken van de mogelijkheid tot verlenging van de beslistermijn in andere dan de in artikel 22 lid 4-6 (nieuw) OLW bedoelde gevallen brengt mee dat de rechtbank in dergelijke andere gevallen uiterlijk op de negentigste dag van de termijn een beslissing over de tenuitvoerlegging van het EAB *moet* nemen, ook al heeft zij op dat moment nog niet de informatie die zij nodig heeft om te beslissen. Die beslissing zal dan veelal een weigering van de overlevering zijn, vergezeld van een opheffing van de overleveringsdetentie, terwijl die beslissing wellicht had kunnen worden voorkomen door een verlenging van de beslistermijn.¹⁹⁰ In de Kamer-

180. Hof Amsterdam 5 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:729; Rb. Amsterdam 7 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3321.

181. Een termijn van 30 dagen werd als te belastend beschouwd, omdat een prejudiciële procedure die niet via de spoedprocedure wordt gevoerd ‘ruim een jaar’ kan duren, en een termijn van 90 dagen als te vergaand, omdat de beslistermijn op zichzelf al 90 dagen bedraagt, het bij een dergelijke verlenging te lang duurt voordat de zaak weer op de zitting komt en een verlenging met 90 dagen disproportioneel is, wanneer het Hof van Justitie de spoedprocedure toepast: *Kamerstukken II* 2019/20, 35535, nr. 3 herdruk, p. 17.

182. *Kamerstukken II* 2019/20, 35535, nr. 3 herdruk, p. 17.

183. HvJ EU 12 februari 2019, C-492/18 PPU, ECLI:EU:C:2019:108 (*TC*), punt 43.

184. Rb. Amsterdam 27 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5389, r.o. 2.11-2.12.

185. De termijn wordt beperkt tot 30 dagen, omdat de rechtbank bij dit onderzoek ‘zelf de omvang en de duur van zijn (*sic*) onderzoek kan bepalen en daarbij – aldus het Hof – binnen de termijnen dient te blijven’; *Kamerstukken II* 2019/20, 35535, nr. 3 herdruk, p. 17.

186. Deze termijn is ruimer, omdat in het stadium vanaf de vaststelling van een individueel reëel gevaar van een schending de mogelijk bestaat dat – binnen een redelijke termijn (zie art. 11 lid 4 (OLW)) – dit gevaar alsnog kan worden uitgesloten ‘door wijziging van omstandigheden’: *Kamerstukken II* 2019/20, 35535, nr. 3 herdruk, p. 17.

187. De regelingen over verlenging van de beslistermijnen en de vrijheidsbeneming zullen resulteren in (veel) extra beslismomenten voor de rechtbank. Daarom zijn art. 21-25 Sv van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 30 lid 1 (nieuw) OLW), zodat die beslissing door een (enkelvoudige) raadkamer genomen kunnen worden.

188. Zie HvJ EU 16 juli 2015, C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474 (*Lanigan*), punt 58.

189. *Kamerstukken II* 2020/21, 35535, nr. 11, p. 20.

190. Anders gezegd: het ontbreken van voldoende informatie mag niet ten nadele van de betrokkene strekken. Zie in deze zin Rb. Amsterdam 22 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2321. Zie ook Rb. Amsterdam 7 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5308 (niet gepubliceerd).

stukken wordt in dit verband gewezen op het arrest *Zdziaszek*.¹⁹¹ Uit dat arrest volgt dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit verplicht is om – ten minste eenmaal – aanvullende informatie op te vragen wanneer zij niet over bedoelde informatie beschikt om rechtsgeldig over de toepassing van de weigeringsgrond van artikel 4 bis Kaderbesluit 2002/584/JBZ (zie par. 5) te kunnen beslissen. Als zij daarna nog steeds over onvoldoende informatie beschikt, dan is zij bevoegd om de overlevering te weigeren en mag van haar niet worden verlangd dat zij nogmaals om aanvullende informatie vraagt. Zij mag immers geen schending van het Handvest dulden en moet erop toezien dat de beslistermijnen in acht worden genomen.¹⁹² Kortom, een bevoegdheid om te weigeren en het ontbreken van een verplichting tot het verzoeken om aanvullende informatie. Materieel verplicht de nieuwe regeling echter de uitvoerende rechterlijke autoriteit om te weigeren en verbiedt zij de uitvoerende rechterlijke autoriteit om nogmaals om aanvullende informatie te verzoeken. Het streven om de duur van de overleveringsprocedure zo veel mogelijk te beperken, kan in dergelijke gevallen dus ten koste gaan van de doeltreffendheid van de EAB-regeling.

Uit de limitatieve opvatting van de reikwijdte van het begrip ‘uitzonderlijke omstandigheden’ vloeit nog een ander probleem voort. Buiten de genoemde drie categorieën van gevallen is namelijk het stellen van een prejudiciële vraag niet mogelijk. De regeling van verlenging in geval van een prejudiciële vraag heeft betrekking op ‘vragen die binnen de termijn van artikel 17 zijn gesteld’,¹⁹³ dat wil zeggen binnen de (maximale) termijn van 90 dagen. Tegen de uitspraken van de rechtbank staat geen gewoon rechtsmiddel open.¹⁹⁴ Zij is dus, zoals de memorie van toelichting ook erkent,¹⁹⁵ in EAB-zaken een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 alinea 3 VWEU die, in beginsel, verplicht is om een prejudiciële vraag over de uitleg van het Unierecht voor te leggen aan het Hof van Justitie wanneer dat relevant is voor haar beslissing.¹⁹⁶ Nationale procedureregels kunnen zulke rechterlijke instanties niet ontslaan van die verplichting.¹⁹⁷ Tenzij men aanneemt dat het Hof van Justitie het begrip ‘uitzonderlijke omstandigheden’ uitputtend heeft gedefinieerd – hetgeen, zoals gezegd, niet uit de rechtspraak volgt – valt de regeling van artikel 22 lid 4-6 (nieuw) OLW onder de procedurele autonomie van de lidstaten. Bij de uitoefening van deze autonomie moeten de lidstaten het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel naleven.¹⁹⁸ Als het begrip

‘uitzonderlijke omstandigheden’ niet uitputtend is gedefinieerd, dan zou de regeling in strijd kunnen zijn met het doeltreffendheidsbeginsel, wanneer zij het stellen van prejudiciële vragen in andere dan de in artikel 22 lid 4-6 (nieuw) bedoelde ‘uitzonderlijke omstandigheden’ onmogelijk of uiterst moeilijk zou maken. In elk geval kwam het vóór de inwerkingtreding van de Herimplementatiewet voor dat een prejudiciële vraag pas na het verstrijken van de termijn van 90 dagen kon worden gesteld, terwijl geen sprake was van een geval waarin de rechtbank moest beoordelen of sprake was van een reëel gevaar van schending van artikel 4 Handvest of artikel 47 Handvest.¹⁹⁹ Onder de nieuwe regeling is een dergelijke verwijzing uitgesloten. Nadere rechtspraak van het Hof van Justitie zal helderheid moeten verschaffen.

8. Slotbeschouwing

Nu de wetgever de OLW heeft opgekalefaterd en nu de gewijzigde OLW inmiddels van de helling is gelopen, rijst de vraag of zij vanuit Unierechtelijk perspectief zeewaardig is. *Grosso modo* hebben de wijzigingen inderdaad tot gevolg dat de Overleveringswet op de besproken punten nu in overeenstemming is met Kaderbesluit 2002/584/JBZ. Toch is bij de herimplementatie een aantal oude ‘gaten’ en ‘kieren’ opengebleven en zijn er nieuwe ontstaan. Op een aantal punten is de nationale wetgeving of de toepassing daarvan nog steeds niet in overeenstemming met het Unierecht en op een aantal punten en puntjes hebben de wijzigingen nieuwe (mogelijke) gebreken veroorzaakt of aan het licht gebracht: bij rechtstreekse toepassing van de WETS levert het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht een dwingende weigeringsgrond op (par. 2.3.2 en 2.3.5); onduidelijk is of de duur van de straf kan worden aangepast, wanneer het feit niet strafbaar is naar Nederlands recht (par. 2.3.5); in het kader van de vervolgingsoverlevering van een gelijkgestelde vreemdeling wordt nog steeds de voorwaarde van rechtsmacht gesteld (par. 2.4); in het kader van de beoordeling van de genoegzaamheid van de terugkeergarantie wordt – althans werd tot voor kort – de dubbele strafbaarheid van lijstfeiten getoetst (par. 2.4); nog steeds eist de OLW cumulatie van de eisen inzake de strafbedreiging naar het recht van de uitvaardigende lidstaat en inzake de opgelegde straf in geval van executie-overlevering voor een niet-lijstfeit (par. 3.2); nog steeds onderkent de OLW niet het facultatieve karakter van de weigeringsgrond inzake het ontbreken van strafbaarheid naar Nederlands recht (par. 3.3); de regeling van accessoire

191. *Kamerstukken II* 2019/20, 35535, nr. 3 herdruk, p. 16.

192. HvJ EU 10 augustus 2017, C-271/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:629 (*Zdziaszek*), punt 103-105.

193. *Kamerstukken II* 2019/20, 35535, nr. 3 herdruk, p. 17.

194. De P-G bij de Hoge Raad kan cassatie in het belang der wet instellen (art. 29 lid 2 OLW).

195. *Kamerstukken II* 2019/20, 35535, nr. 3 herdruk, p. 3: ‘De IRK die in Nederland in EAB-zaken als hoogste rechter fungeert (...)’.

196. HvJ 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit e.a.*), punt 21.

197. HvJ EU 15 maart 2017, C-3/16, ECLI:EU:C:2017:209 (*Aquino*), punt 47.

198. HvJ EU 15 maart 2017, C-3/16, ECLI:EU:C:2017:209 (*Aquino*), punt 48-52.

199. Zie bijv. Rb. Amsterdam 7 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6229. In deze zaak werden prejudiciële vragen gesteld over de weigeringsgrond inzake *ne bis in idem* met betrekking tot een derde land (Iran) (art. 4, punt 5, Kaderbesluit 2002/584/JBZ). De termijn van 90 dagen werd overschreden, omdat de rechtbank aanvullende informatie over het vonnis had opgevraagd, die niet binnen de termijn van 90 dagen werd ontvangen.

overlevering dóór Nederland is beperkt tot feiten die bedreigd worden met een vrijheidsbenemende sanctie of waarvoor zo'n sanctie is opgelegd en houdt geen rekening met de mogelijkheid van overlevering voor een principaal feit dat niet strafbaar is naar Nederlands recht (par. 3.4.1); de voorwaarden voor uitvaardiging van een EAB zijn niet aangepast aan de mogelijkheid van accessoire overlevering (par. 3.4.2); sommige *ne bis in idem*-gevallen die volgens Kaderbesluit 2002/584/JBZ een dwingende weigeringsgrond opleveren, vallen nu onder een facultatieve weigeringsgrond (par. 4.2); de regeling inzake grondrechtenschendingen strookt niet in alle opzichten met de rechtspraak van het Hof van Justitie (par. 6.2); de gevallen waarin overschrijding van de termijn van 90 dagen is toegestaan, zijn uitputtend (par. 7.2).

Deze gebreken zullen onder de gewijzigde OLW dus de aandacht van de rechtbank Amsterdam (blijven) vragen. Daarnaast zijn er gebreken die (nog) niet tot een arrest van het Hof van Justitie hebben geleid, bijvoorbeeld de verplichting om de overlevering te weigeren wanneer ten aanzien van de betrokkene 'geen sprake kan zijn van een vermoeden van schuld' (art. 26 lid 4 jo. art. 28 lid 2 OLW).²⁰⁰ In dit verband is van belang dat de Commissie onlangs een inbreukprocedure tegen Nederland heeft gestart wegens onvolledige of onjuiste omzetting van het kaderbesluit,²⁰¹ hetgeen bevestigt dat – in de opvatting van de Commissie – de Herimplementatiewet niet alle mankementen heeft geredresseerd.

Niettemin zal de focus van de rechtbank noodzakelijkerwijs ook en vooral gericht moeten zijn op het omgaan met *facultatieve* weigeringsgronden. Onder de oude OLW was de keuze van de rechtbank bij de beslissing over de tenuitvoerlegging van een EAB *binair*: als een weigeringsgrond van toepassing was, dan moest zij weigeren; zo niet, dan moest zij de overlevering toestaan. Onder de gewijzigde OLW moet zij, in geval van een facultatieve weigeringsgrond, vaststellen of deze weigeringsgrond van toepassing is en, zo ja, vervolgens beslissen of zij, rekening houdend met de ratio van die weigeringsgrond, haar al dan niet zal toepassen. Dwingende weigeringsgronden scheppen 'duidelijk(e) en transparante voorwaarden' (zie par. 5.1). Zij bevorderen niet alleen het 'gebruikersgemak' voor de uitvoerende rechterlijke autoriteit, maar zorgen ook voor rechtszekerheid voor de opgeëiste persoon. De 'zekere marge'²⁰² waarover de rechtbank Amsterdam nu beschikt om te beoor-

delen of zij een facultatieve weigeringsgrond zal toepassen, veroorzaakt een zekere mate van onzekerheid.²⁰³ De beslissing tot tenuitvoerlegging van een EAB kan de vrijheid van de opgeëiste persoon aantasten.²⁰⁴ Een *conditio sine qua non* voor de rechtmatigheid van een inbreuk op het grondrecht op vrijheid (art. 6 Handvest) is dat deze een inbreuk een wettelijke grondslag heeft die toegankelijk, duidelijk en, wat betreft de toepassing daarvan, voorzienbaar is, zodat het risico van willekeur wordt uitgesloten.²⁰⁵

De toepassing van facultatieve weigeringsgronden vergt een bezinning op de ratio van die weigeringsgronden – die voorheen vanwege het dwingende karakter van die gronden niet nodig was –, vereist het formuleren van uitgangspunten bij de beslissing over de toepassing daarvan – zoals het uitgangspunt dat overlevering de regel is en weigering de uitzondering²⁰⁶ – en noopt tot motivering (en publicatie) van zowel beslissingen tot weigering van de overlevering op grond van een facultatieve weigeringsgrond als beslissingen om af te zien van toepassing van een facultatieve weigeringsgrond. De omgang met facultatieve weigeringsgronden op een zodanige wijze dat de toepassing daarvan, ondanks de beoordelingsmarge, voorzienbaar is, vormt voor de komende tijd een belangrijke nieuwe opgave voor de rechtbank Amsterdam.

200. Zie V.H. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering. Een vergelijking en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning* (diss. Amsterdam (VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 622-627. Inmiddels heeft ook de rechtbank Amsterdam geoordeeld dat deze regeling in strijd is met het kaderbesluit: Rb. Amsterdam 23 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1405; Rb. Amsterdam 10 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4221. Onder verwijzing naar mijn proefschrift heeft zij aan die regeling een uitleg gegeven die tot een kaderbesluitconform resultaat leidt: Rb. Amsterdam 19 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4340.

201. INFR(2021)2004, 9 juni 2021.

202. HvJ EU 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Popławski I*), punt 21.

203. Zie V.H. Glerum, 'Het EAB en politiek gevoelige zaken: beschouwingen over de EAB-beslissingen in de zaak Puigdemont', *SEW* 2019, afl. 1, p. 55.

204. HvJ EU 24 november 2020, C-510/19, ECLI:EU:C:2020:953 (*Openbaar Ministerie (Valsheid in geschrifte)*), punt 51.

205. HvJ EU 12 februari 2019, C-492/18 PPU, ECLI:EU:C:2019:108 (*TC*), punt 58.

206. Eerder heb ik betoogd dat dit uitgangspunt meebrengt dat de uitvoerende rechterlijke autoriteit nagaat of er objectieve omstandigheden zijn die pleiten voor het afzien van weigering van de overlevering: V.H. Glerum, 'Het EAB en politiek gevoelige zaken: beschouwingen over de EAB-beslissingen in de zaak Puigdemont', *SEW* 2019, afl. 1, p. 56. Op p. 59 beschrijf ik een hypothetische beslissing over de toepassing van de facultatieve weigeringsgrond van art. 4, punt 1, Kaderbesluit 2002/584/JBZ in het geval van Puigdemont.