CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER
van 20 oktober 2005 [1]

I — Inleiding

1. Het zogenoemde Schengen-acquis omvat:

a) het akkoord dat op 14 juni 1985 in de gelijknamige plaats in Luxemburg werd ondertekend door de drie staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek, betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen [2];

b) de overeenkomst ter uitvoering van het bovengenoemde akkoord, ondertekend op 19 juni 1990 door dezelfde verdragsluitende partijen (hierna: „Uitvoeringsovereenkomst"). [3]

c) de protocollen en overeenkomsten inzake de toetreding van andere lidstaten, de besluiten en handelingen die zijn aangenomen door het bij de Uitvoeringsovereenkomst ingestelde Uitvoerend Comité, alsook de besluiten die zijn genomen door de instanties waaraan dit Comité bevoegdheden op het gebied van besluitvorming heeft verleend. [4]

2. Bij het Protocol (nr. 2) gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: „Protocol") is dit geheel van normen opgenomen in het kader van de Europese Unie en volgens het bepaalde in artikel 2, lid 1, eerste alinea, is

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.
2 — PB 2000, L 239, blz. 13.
3 — PB 2000, L 239, blz. 19.
4 — PB 2000, L 239, blz. 63 e.v.

het van toepassing op de dertien in artikel 1 genoemde lidstaten, waaronder het Koninkrijk België [5], vanaf de datum van inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam (1 mei 1999).

3. Artikel 6 van het Protocol betrekt de Republiek IJsland en het Koninkrijk Noorwegen bij de uitvoering en ontwikkeling van het Schengen-acquis, dat sinds 25 maart 2001 in deze landen van kracht is. [6]

4. De prejudiciële verwijzing door het Hof van Cassatie van België stelt het Hof van Justitie in de gelegenheid om artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst, waarin het beginsel *ne bis in idem* is vastgelegd, voor de derde keer [7] uit te leggen, en om de toepassing ervan *ratione temporis* te analyseren en het begrip *idem* af te bakenen.

II — Het rechtskader

A — *Het recht van de Europese Unie*

5. Het Schengen-rechtsgoed heeft blijkens de preambule van bovengenoemd Protocol tot doel de Europese integratie te bevorderen en met name de Europese Unie in staat te stellen zich sneller te ontwikkelen tot een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.

5 — De andere zijn het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, de Italiaanse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, de Portugese Republiek, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden. Het Verenigd Koninkrijk en de Republiek Ierland hebben zich niet volledig achter dit gemeenschappelijk project geschaard en hebben gekozen voor een tussenkomst op bepaalde punten [de besluiten van de Raad 2000/365/EG van 29 mei 2000 (PB L 131, blz. 43) en 2002/192/EG van 28 februari 2002 (PB L 64, blz. 20) betreffen de respectieve verzoeken van beide lidstaten deel te mogen nemen aan enkele van de bepalingen van het Schengen-acquis]. Denemarken bezit een bijzonder statuut waardoor het de mogelijkheid heeft, de in dit kader genomen besluiten niet toe te passen. Het genoemde geheel van normen is verbindend voor de tien nieuwe lidstaten vanaf de datum van toetreding tot de Europese Unie, ook al vereisen vele normen de tussenkomst van de Raad (artikel 3 van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond).

6 — Op 19 december 1996 hebben de dertien lidstaten van de Europese Unie die toen de Schengenovereenkomsten hadden ondertekend, en de genoemde noordse landen te Luxemburg een overeenkomst *ad hoc* ondertekend, die voorafging aan de op 18 mei 1999 gesloten overeenkomst tussen de Raad van de Europese Unie, de Republiek IJsland en het Koninkrijk Noorwegen inzake de wijze waarop IJsland en Noorwegen worden betrokken bij de uitvoering, de toepassing en de ontwikkeling van het Schengen-acquis (PB L 176, blz. 36). Artikel 15, lid 4, van deze laatste overeenkomst gelastte de Raad, de datum van inwerkingtreding vast te stellen voor deze nieuwe toetredende landen. De Raad heeft hieraan voldaan bij besluit 2000/777/EG van 1 december 2000 (PB L 309, blz. 24), waarbij in het algemeen 25 maart 2001 als datum werd aangewezen (artikel 1).

7 — In de eerste twee zaken heeft het Hof de wijze onderzocht waarop het *ius puniendi* in de lidstaten wordt uitgeoefend. Het heeft daarbij verklaard dat de regel *ne bis in idem* mede toepasselijk is wanneer de strafvervolging wordt beëindigd doordat de verdachte heeft voldaan aan bepaalde door het openbaar ministerie gestelde voorwaarden [arrest van 11 februari 2003, Gözütok en Brügge (C-187/01 en C-385/01, Jurispr. blz. I-1345), en mijn conclusie van 19 september 2002]. Daarentegen is deze regel niet van toepassing wanneer de beëindiging van een zaak een gevolg is van de beslissing van het openbaar ministerie om niet verder te vervolgen omdat tegen de verdachte in een andere lidstaat vervolging ter zake van dezelfde feiten is ingesteld [arrest van 10 maart 2005, Miraglia (C-469/03, Jurispr. blz. I-2009)].

6. Overeenkomstig artikel 2, lid 1, tweede alinea, van het Protocol nam de Raad op 20 mei 1999 de besluiten 1999/435/EG en 1999/436/EG aan tot vaststelling, in overeenstemming met de desbetreffende bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het Verdrag betreffende de Europese Unie, van de rechtsgrondslagen van de normen die het Schengen-acquis vormen. [8]

7. Blijkens artikel 2 en bijlage A bij laatstgenoemd besluit wordt de rechtsgrondslag van de artikelen 54 tot en met 58 van de Uitvoeringsovereenkomst gevormd door de artikelen 34 EU en 31 EU, die deel uitmaken van titel VI, „Bepalingen inzake politiële en justitiële samenwerking in strafzaken".

8. Deze artikelen van de Uitvoeringsovereenkomst vormen hoofdstuk 3, „Toepassing van het beginsel *ne bis in idem*", dat deel uitmaakt van titel III met het opschrift „Politie en veiligheid".

9. Artikel 54 bepaalt:

„Een persoon die bij onherroepelijk vonnis door een overeenkomstsluitende partij is berecht, kan door een andere overeenkomstsluitende partij niet worden vervolgd ter zake van dezelfde feiten, op voorwaarde dat ingeval een straf of maatregel is opgelegd, deze reeds is ondergaan of daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, dan wel op grond van de wetten van de veroordelende overeenkomstsluitende partij niet meer ten uitvoer gelegd kan worden."

10. Artikel 71, dat is opgenomen in hoofdstuk 6 („Verdovende middelen") van dezelfde titel III, vindt zijn rechtsgrondslag niet alleen in de reeds aangehaalde artikelen 34 EU en 31 EU, maar ook in artikel 30 EU. De eerste twee leden van artikel 71 luiden als volgt:

„1. De overeenkomstsluitende partijen verbinden zich ertoe met betrekking tot de onmiddellijke en middellijke aflevering van verdovende middelen en psychotrope stoffen van enige aard, cannabis inbegrepen, alsmede met betrekking tot het bezit van deze middelen of stoffen ter fine van aflevering of uitvoer, met inachtneming van de bestaande verdragen van de Verenigde Naties, alle maatregelen te treffen welke met het oog op het tegengaan van de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen vereist zijn.

2. De overeenkomstsluitende partijen verbinden zich ertoe de illegale uitvoer van verdovende middelen en psychotrope stoffen van enige aard, cannabis inbegrepen, alsmede de verkoop, verstrekking en aflevering

8 — PB L 176, respectievelijk blz. 1 en 17.

van die middelen en stoffen, bestuurlijk en strafrechtelijk tegen te gaan, onverminderd het bepaalde in de artikelen 74, 75 en 76.[9]

[...]"

B — *De verdragen van de Verenigde Naties*

11. Artikel 36 van het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen, ondertekend te New York op 30 maart 1961, bepaalt:

„1. Met inachtneming van de beperkingen door haar grondwet opgelegd neemt elke Partij maatregelen teneinde er voor te zorgen dat de verbouw, productie, vervaardiging, extractie, bereiding, het bezit, aanbod, aanbod tot verkoop, de distributie, aankoop, verkoop, levering, op welke voorwaarde ook, makelaardij, verzending, verzending in doorvoer, het vervoer en de in- en uitvoer van verdovende middelen in strijd met de bepalingen van dit Verdrag, alsmede elke andere handeling die naar de mening van die Partij in strijd is met de bepalingen van dit Verdrag, als strafbare feiten worden beschouwd indien zij opzettelijk worden begaan en dat het begaan van ernstige strafbare feiten op passende wijze wordt gestraft, in het bijzonder door gevangenisstraf of andere vrijheidsbeperkende straffen.

2. Met inachtneming van de beperkingen, een Partij door haar grondwet, haar rechtsstelsel en nationale wetgeving opgelegd, worden:

a) i) de in § 1 opgesomde strafbare feiten, indien deze in verschillende landen zijn begaan, als afzonderlijke strafbare feiten beschouwd;

[...]

3. De bepalingen van dit artikel laten de bepalingen van het strafrecht van de betrokken Partij met betrekking tot kwesties van rechtsbevoegdheid onverlet.

4. Geen enkele bepaling van dit artikel tast het beginsel aan, dat de strafbare feiten waarop het betrekking heeft worden omschreven, vervolgd en gestraft overeenkomstig de nationale wetgeving van de Partij."

9 — Deze bepalingen betreffen het legale verkeer en de noodzakelijke controles.

12. Artikel 22 van het Verdrag inzake psychotrope stoffen van 1971 is nagenoeg identiek aan artikel 36 van het Verdrag van 1961.

III — De feiten van het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

13. L. H. Van Esbroeck, Belgisch onderdaan, werd op 2 oktober 2000 door het Bergens tingrett [Rechtbank van eerst aanleg van Bergen (Noorwegen)] veroordeeld tot een gevangenisstraf van vijf jaar wegens illegale invoer van verdovende middelen op 1 juni 1999.

14. Na de helft van zijn straf te hebben ondergaan, werd hij voorwaardelijk in vrijheid gesteld en keerde hij terug naar zijn land, waar op 27 november 2002 een strafrechtelijke procedure tegen hem werd ingeleid. Hij werd vervolgd voor de uitvoer op 31 mei 1999 van verdovende middelen die hij een dag later in Noorwegen had ingevoerd. Bij vonnis van de Correctionele Rechtbank te Antwerpen van 19 maart 2003 werd hij tot één jaar gevangenisstraf veroordeeld. In hoger beroep werd dit vonnis bevestigd bij arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 9 januari 2004.

15. Van Esbroeck stelde cassatieberoep in op grond van schending van het in artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst geformuleerde beginsel *ne bis in idem*.

16. Alvorens uitspraak te doen heeft het Hof van Cassatie de volgende vragen gesteld aan het Hof van Justitie:

„1) Moet artikel 54 van de [...] overeenkomst [...] aldus worden uitgelegd dat het voor een Belgische rechtbank toepassing kan vinden ten aanzien van een persoon die in België na 25 maart 2001 voor een strafrechtbank is vervolgd wegens dezelfde feiten als deze ter zake waarvan hij bij vonnis van een Noorse strafrechtbank op 2 oktober 2000 is berecht en veroordeeld en waarbij de opgelegde straf of maatregel reeds is ondergaan, daar waar, ingevolge artikel 2.1 van de overeenkomst van 18 mei 1999 tussen de Raad van de Europese Unie, de Republiek IJsland en Noorwegen [...] onder meer de bepaling van artikel 54 van de Schengen-uitvoeringsovereenkomst pas zal worden uitgevoerd en toegepast door Noorwegen met ingang van 25 maart 2001?

2) Moet artikel 54 van de [...] overeenkomst [...] gelezen in samenhang met artikel 71 van die overeenkomst aldus worden uitgelegd dat strafbare feiten van bezit ter fine van uitvoer en invoer die betrekking hebben op dezelfde

verdovende middelen en psychotrope stoffen van enige aard, cannabis inbegrepen, en die respectievelijk als uit- en invoer vervolgd worden in verschillende landen die de Schengen-uitvoeringsovereenkomst hebben ondertekend of waar het Schengen-acquis uitgevoerd en toegepast wordt, beschouwd worden als ‚dezelfde feiten' zoals bedoeld in het vermelde artikel 54?"

IV — De procedure voor het Hof van Justitie

17. In de onderhavige prejudiciële procedure hebben Van Esbroeck, de Commissie en de Nederlandse, de Tsjechische, de Oostenrijkse, de Poolse en de Slowaakse regering schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 22 september 2005 hebben de vertegenwoordigers van de eerste vier hun argumenten mondeling voorgedragen.

V — De beoordeling van de prejudiciële vragen

A — *De aard en de grondslag van het beginsel* ne bis in idem

18. In mijn conclusie in de reeds aangehaalde zaken Gözütok en Brügge (punten 48 e.v.) heb ik erop gewezen dat artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst een authentieke uitdrukking vormt van het beginsel dat verhindert dat een persoon wegens eenzelfde wederrechtelijke gedraging aan meer dan één vervolgingsprocedure wordt onderworpen, en eventueel meermaals wordt gestraft, voorzover dit tot een onaanvaardbare herhaling van de uitoefening van het *ius puniendi* leidt.

19. Ik heb er toen aan toegevoegd dat dit beginsel berust op twee pijlers die elk rechtsstelsel schragen: de rechtszekerheid en de billijkheid. De dader moet weten dat hij door het ondergaan van de straf zijn schuld heeft uitgeboet, zonder dat hij voor een nieuwe bestraffing hoeft te vrezen. Indien hij wordt vrijgesproken, moet hij de zekerheid hebben dat tegen hem niet een ander proces zal worden ingesteld om hem opnieuw te berechten.

20. Bovendien dient te worden bedacht dat elke straf een dubbel doel heeft: repressie en preventie. Een gedraging dient te worden bestraft en de daders ervan, alsook andere mogelijke daders, moeten worden ontmoedigd juridisch laakbare feiten te plegen. De straf moet dus evenredig zijn aan deze doelstellingen en een passend evenwicht bewaren opdat het bestrafte gedrag wordt vergolden en de straf tegelijkertijd als voorbeeld dient. Het billijkheidsbeginsel, waarvan de regel van de evenredigheid een instrument is, verhindert aldus dat straffen worden gecumuleerd.

21. Het verbod van bis *in idem* heeft dus twee grondslagen. Enerzijds is het een uiting van de rechtsbescherming van de burger tegen het *ius puniendi,* voortvloeiende uit het recht op een eerlijk proces [10], dat in sommige bij het Schengen-acquis betrokken staten [11] in de grondwet is verankerd. Anderzijds is het een structureel vereiste van het rechtsstelsel, waarvan de legitimiteit berust op de eerbiediging van het gezag van gewijsde. [12]

22. Deze beide grondslagen moeten een leidraad vormen bij de beantwoording van de vragen van het Hof van Cassatie. Tevens dient rekening te worden gehouden met de doelstelling van artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst.

B — *De doelstelling van het beginsel* ne bis in idem *in het kader van Schengen*

23. De genoemde bepaling [13], waardoor het beginsel *ne bis in idem* een internationale gelding verkrijgt, bevat een regel ten dienste van de Europese integratie, waarbij een gemeenschappelijke ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid wordt gecreëerd.

24. De geleidelijke afschaffing van de controles aan de grenzen is een onvermijdelijke stap in de richting van deze gemeenschappelijke ruimte, hoewel een dergelijke afschaffing van administratieve obstakels aan iedereen ten goede komt, ook aan de personen die van het verminderde toezicht gebruik maken om hun illegale activiteiten uit te breiden.

25. Om deze reden is een intensere samenwerking — in het bijzonder op het gebied van politie en veiligheid — noodzakelijk tussen de staten, die aldus protagonisten worden van de strijd tegen de misdaad in de gehele Europese samenleving, door samen te werken met het oog op de stabiliteit van de rechtsorde. Deze grotere vastbera-

10 — Men kan zelfs stellen dat het verbod van *bis in idem* de waardigheid van de mens beschermt tegen onmenselijke en vernederende behandeling, aangezien de praktijk om eenzelfde delict meermaals te bestraffen, als zodanig dient te worden gekwalificeerd.

11 — Als individueel recht is het opgenomen in internationale verdragen, zoals het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten van 19 december 1966 (artikel 14, lid 7), of Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (artikel 4). Deze teksten bezien dit beginsel evenwel in de nationale dimensie ervan, waarbij de gelding ervan wordt gewaarborgd binnen de jurisdictie van een staat. Het Comité voor de rechten van de mens van de VN heeft betoogd dat artikel 14, lid 7, van het genoemde Internationaal Verdrag geen toepassing vindt op een buitenlandse *res iudicata* (UN Human Rights Committee, 2 november 1987).

12 — Deze aspecten worden benadrukt door Vervaele, J.A.E.: „El principio *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo", in *Revista General de Derecho Europeo,* nr. 5, oktober 2004 (www.iustel.com).

13 — Een precedent kan worden gevonden in de Overeenkomst van Brussel van 25 mei 1987 inzake de toepassing van het beginsel *ne bis in idem.* Deze overeenkomst was weinig succesvol, maar heeft als verdienste dat het een inspiratiebron vormde voor de artikelen 54 tot en met 58 van de Uitvoeringsovereenkomst, zoals Blanco Cordero, I. onderstreept: „El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea", in *Diario La Ley,* nr. 6285, van 30 juni 2005.

denheid bij de vervolging van delicten dient evenwel tot stand te komen zonder afbreuk te doen aan de onvervreemdbare waarborgen in een democratische rechtsstaat.

26. Aan deze laatste verplichting wordt bijgedragen door artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst, dat volgens de in de reeds aangehaalde arresten Gözütok en Brügge en Miraglia gebruikte bewoordingen het vrije verkeer van de burgers in de Unie waarborgt (respectievelijk punten 38 en 32), een doelstelling die is aangegeven in artikel 2, eerste alinea, vierde streepje, EU.

C — *De toepassing van artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst in de tijd (de eerste prejudiciële vraag)*

27. Het Schengen-acquis is verbindend voor België sinds 1 mei 1999 en voor Noorwegen vanaf 25 maart 2001. De handeling waarvan Van Esbroeck wordt beschuldigd, vond plaats op 31 mei en 1 juni 1999, waarbij hij in Noorwegen op 2 oktober 2000 werd veroordeeld als dader van het strafbare feit illegale invoer van verboden middelen, en in de andere staat op 19 maart 2003 als persoon die aansprakelijk is voor illegale uitvoer van dezelfde producten.

28. Gelet op dit chronologische verloop vraagt de verwijzende rechter zich af, of het verbod van dubbele vervolging in artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst, dat in Noorwegen niet van kracht was op de datum van de eerste uitspraak, kan worden ingeroepen tegen een latere straf in België.

29. Ik stel vast dat het Schengen-acquis geen enkele specifieke bepaling bevat met betrekking tot de inwerkingtreding van artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst en evenmin met betrekking tot de gevolgen ervan in de tijd.

30. Het antwoord dat dient te worden gegeven aan de verwijzende rechter die twijfelt over de te geven uitlegging, en waarover met uitzondering van de Slowaakse regering allen die hebben deelgenomen aan de prejudiciële procedure het eens zijn, volgt zonder meer uit het wezen en de grondslagen van het beginsel *ne bis in idem*.

31. Bestempeld als een individueel materieel recht dat niemand na het begaan van een strafbaar feit en het ondergaan van zijn straf opnieuw wordt vervolgd en bestraft, slaat het aan wanneer deze feiten zich verwezenlijken, op welk tijdstip als keerzijde van dezelfde medaille voor het openbaar gezag de verplichting ontstaat om zich te onthouden van enige repressieve reactie. De eerdere einduitspraak vervult de rol van voorbode voordat het beginsel ten tonele verschijnt.

32. De Belgische justitie heeft in weerwil van het bestaan van een buitenlands veroordelend vonnis een strafrechtelijke procedure tegen Van Esbroeck ingeleid en hem een straf opgelegd, toen artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst verbindend was

voor beide staten. In deze omstandigheden geef ik het Hof van Justitie in overweging, aan het Hof van Cassatie te antwoorden dat de bovengenoemde bepaling geldt in een situatie als die van het hoofdgeding.

34. Wanneer artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst vanuit procedureel opzicht wordt bezien, is de oplossing dezelfde, aangezien dergelijke regels behoudens uitdrukkelijke andersluidende bepaling van toepassing zijn op de procedures die worden ingeleid na de inwerkingtreding ervan en het hoofdgeding in België werd ingeleid nadat die bepaling in dit land en in Noorwegen van kracht was geworden.

33. In mijn reeds aangehaalde conclusie in de zaken Gözütok en Brügge heb ik verdedigd (punt 114) dat het verbod van bis *in idem* niet van procedurele aard is, maar een fundamentele garantie in rechtsstelsels zoals die van de lidstaten van de Europese Unie, die gegrondvest zijn op de erkenning dat aan de persoon een geheel van rechten en vrijheden toekomt tegenover de autoriteiten. [14] In de lijn daarvan — ook al zou men denken dat, wat dit beginsel betreft, voor de tweede zaak de bepalingen toepasselijk zijn die van kracht waren ten tijde van de behandeling van de eerste zaak, of zelfs de bepalingen die golden op het tijdstip waarop het strafbare feit werd gepleegd — dient overeenkomstig een in die rechtsstelsels over het algemeen aanvaarde basisregel van strafrechtelijk beleid het thans geldende geheel van normen retroactief te worden toegepast, omdat het gunstiger is voor de verdachte.

D — *De definitie van* idem *(de tweede prejudiciële vraag)*

1. Enige opmerkingen vooraf

35. De verwijzende rechter vraagt dat de draagwijdte van de uitdrukking „dezelfde feiten" in artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst nader wordt bepaald.

36. De taak, te verduidelijken of bepaalde feiten waarvoor een strafzaak wordt geopend, dezelfde zijn als die van een eerdere zaak, behoort tot de kern van de functie van het rechtspreken, waartoe alleen de rechter bevoegd zou moeten zijn, die rechtstreeks de werkelijkheid kent waarover hij moet oordelen, onverminderd een herziening in tweede aanleg.

14 — Queralt Jiménez, A.: *La incidencia en la jurisprudencia constitucional de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso español* (doctoraatsthesis in voorbereiding), verklaart dat op grond van arrest nr. 2/2003 van 16 januari van het Spaans grondwettelijk Hof (*Boletín Oficial del Estado* nr. 219 van 2003) in het verbod van *bis in idem* een dubbel aspect kan worden onderscheiden: het materiële aspect — de onmogelijkheid om een persoon twee of meer keren voor een gedraging te straffen, ongeacht of de straffen worden opgelegd binnen hetzelfde strafrechtstelsel of binnen één enkele procedure — en het procedurele aspect, dat verbiedt dat een nieuwe procedure wordt ingeleid met betrekking tot een feit waarvoor reeds een onherroepelijk veroordelend of vrijsprekend vonnis is geveld, en dat het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken beschermt. Hij voegt daaraan als autonoom recht toe het verbod van een dubbele strafrechtelijke procedure, dat behoort tot de sfeer van het recht op een eerlijk proces, maar dat op indirecte wijze het beginsel *ne bis in idem* beïnvloedt.

37. Het Hof van Justitie moet daarom de verleiding weerstaan om de plaats van die rechter in te nemen. Zijn functie beperkt zich tot het verstrekken van een aantal uitleggingscriteria die de grondslagen en de doelstelling van de norm in aanmerking nemen, en die aangeven wat de beste weg is om tot een gelijke behandeling op het gehele grondgebied van de Europese Unie te komen.

38. In dit stadium van de analyse moet ik bekennen dat ik na een snelle lezing van de tweede vraag van het Hof van Cassatie de contouren van het vage rechtsbegrip „dezelfde feiten" wilde proberen te bepalen om op basis van het gemeenschapsrecht een aantal autonome richtsnoeren te ontwikkelen om een algemeen criterium naar voren te brengen dat eventuele in de toekomst rijzende problemen kan aanpakken.

39. Dit is niet alleen nogal pretentieus, maar ook onmogelijk, aangezien het contingente karakter van het verschillende strafrechtelijke beleid en de aard van de strafprocedure algemeen geldende constructies bemoeilijken, zodat een aanpak die van nut is bij bepaalde soorten delicten of bij bepaalde vormen van deelneming, niet geschikt kan zijn bij andere. [15]

40. Het lijkt mij verstandig om een tussenpositie in te nemen waarbij, zonder dat de feiten van het hoofdgeding diepgaand worden bestudeerd, de bijzondere omstandigheden van het geval worden overdacht om de nationale rechter bij te staan met een aantal regels waarmee hij het geding kan beslechten in overeenstemming met de geest van de norm waarvan de uitlegging wordt gevraagd in deze prejudiciële procedure.

2. De strikt feitelijke dimensie van het begrip

41. Deze eclectische benadering ligt besloten in de vraag van het Hof van Cassatie wanneer het beoogt te achterhalen of voor de toepassing van artikel 54 bij het illegale vervoer van verdovende middelen of psychotrope stoffen tussen twee landen die de Uitvoeringsovereenkomst hebben ondertekend, sprake is van „dezelfde feiten", dan wel of elke staat dit als een afzonderlijk strafbaar feit dient te bestraffen.

42. De relevantie van deze kwestie is evident, niet zozeer wegens de juridische complexiteit ervan, maar omdat bij deze vorm van criminaliteit soortgelijke handelwijzen zich veelvuldig voordoen. De rechtsleer had

15 — Dannecker, G.: „La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa", in *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Deel I, Madrid 2004, blz. 157-176, benadrukt de variaties van dit beginsel wanneer men verhalen te horen krijgt over de samenwerking tussen criminele groeperingen of over bepaalde voortdurende delicten, zoals illegaal wapenbezit (blz. 168).

dergelijke problemen aangekondigd [16] en de werkelijkheid heeft deze bevestigd. [17]

43. Bijgevolg moet de betekenis van het tweede bestanddeel van de grondregel *ne bis in idem* worden afgebakend, waarvoor zich drie invalshoeken aandienen: die waarbij de feiten als zodanig in aanmerking worden genomen, die waarbij de juridische kwalificatie centraal staat en die waarbij de nadruk ligt op de strafrechtelijk beschermde belangen.

44. Een taalkundige benadering biedt steun voor de eerste mogelijkheid. De Spaanse versie van de Uitvoeringsovereenkomst, die spreekt van „por los mismos hechos", laat geen ruimte voor twijfel; de Duitse, de Franse, de Engelse, de Italiaanse en de Nederlandse tekst (respectievelijk „wegen derselben Tat", „pour les mêmes faits", „for the same acts", „per i medesimi fatti" en „wegens dezelfde feiten") geven evenmin aanleiding tot controverse, aangezien zij alle doelen op *idem factum,* op het feitencomplex waarover wordt geoordeeld, als een historisch fenomeen dat de rechter dient te beoordelen door daaraan de juridisch relevante gevolgen te verbinden.

45. Dit standpunt wordt bevestigd indien te rade wordt gegaan bij de grondslag en de strekking van deze basiswaarborg voor de burgers: het vrije verkeer in de Schengenruimte vereist dat de dader van een handeling weet dat hij na zijn veroordeling en het ondergaan van zijn straf of, in voorkomend geval, na de onherroepelijke vrijspraak in een lidstaat, zich binnen dit territorium kan verplaatsen zonder te hoeven vrezen dat hij in een andere staat wordt vervolgd, die aanvoert dat dit gedrag in zijn rechtsorde een ander delict oplevert. Indien dit laatste mogelijk zou zijn, zou de doelstelling van artikel 2, eerste alinea, vierde streepje, EU illusoir worden en zouden er in deze binnenruimte evenveel belemmeringen van die vrijheid ontstaan als er strafrechtsystemen zijn, waarbij die systemen bovendien een sterke nationale stempel dragen ondanks de pogingen tot harmonisatie door de door de Raad van de Europese Unie goedgekeurde kaderbesluiten.

46. Om dezelfde redenen dient ook het criterium van het beschermde rechtsbelang te worden afgewezen, aangezien het dermate gebonden is aan de legitieme keuzes die staten in het kader van hun strafrechtbeleid maken, dat eenzelfde gedraging meermaals

16 — Vervaele, J.A.E., *t.a.p.,* merkte op dat na het arrest Gözütok en Brügge vele cruciale thema's op de agenda bleven staan, zoals de verduidelijking van *idem.* Van den Wyngaert, C., en Stessens, G.: „The international *non bis in idem* principle: resolving some of the unanswered questions", in *International and Comparative Law Quarterly,* vol. 48, oktober 1999, blz. 789, werpen de vraag op of bij illegale drugshandel tussen twee landen de dader twee strafbare feiten pleegt, het ene van uitvoer en het andere van invoer. Dannecker, G., *t.a.p.,* blz. 167 en 168, gebruikt hetzelfde voorbeeld.

17 — In zaak C-493/03, Hiebeler, wilde de Cour d'appel de Bordeaux weten of voor het verbod van *bis in idem* het grensoverschrijdende vervoer van een hoeveelheid verdovende middelen verschillende feiten oplevert, die strafbaar zijn in de respectieve lidstaten. Het Hof van Justitie heeft geen uitspraak gedaan, omdat de prejudiciële verwijzing bij beschikking van 30 maart 2004 werd doorgehaald in het register, daar in het hoofdgeding niet meer behoefde te worden beslist. De Rechtbank te 's-Hertogenbosch (zaak C-150/05, Van Straaten) en het Hof van Beroep te Antwerpen (zaak C-272/05, Bouwens) hebben soortgelijke vragen aan het Hof van Justitie gesteld, telkens met betrekking tot internationale illegale drugshandel. Beide prejudiciële verwijzingen zijn thans aanhangig voor het Hof.

zou kunnen worden bestraft, waardoor de doelstelling van artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst wordt gedwarsboomd.

47. Indien niet naar de feiten als zodanig wordt gekeken maar naar de juridische kwalificatie van de delicten of naar het door het verbod ervan beschermde belang, zal het beginsel *ne bis in idem* nooit spelen op internationaal niveau. [18]

48. Deze omstandigheid verklaart waarschijnlijk waarom, anders dan het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten, dat de dubbele bestraffing voor eenzelfde „strafbaar feit" verbiedt (artikel 14, lid 7) en Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dat met hetzelfde doel spreekt van het „strafbaar feit" (artikel 4) [19], waarbij beide teksten dit beginsel bezien in de nationale dimensie ervan, andere verdragen, die de internationale dimensie ervan behandelen, strikt aanknopen bij de feiten. [20] Het Initiatief van de Helleense Republiek betreffende de aanneming van het kaderbesluit van de Raad inzake de toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel [21] aanvaardde een soortgelijk criterium, waarbij *idem* werd gedefinieerd als „een tweede strafbaar feit dat louter voortkomt uit dezelfde of in wezen dezelfde feiten, ongeacht de juridische kwalificatie ervan" (artikel 1, sub e).

49. Anderzijds dient in deze zaak te worden vastgesteld dat de Belgische Ministers van Justitie en van Binnenlandse zaken op 10 december 1998 een omzendbrief hebben verspreid [22], waarin wordt verduidelijkt dat met betrekking tot artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst niet de gelijkheid van de

18 — Dit is de opvatting van Dannecker, G., *t.a.p.*, blz. 175.

19 — De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is tegenstrijdig op dit punt; in het arrest van 23 oktober 1995, Gradinger tegen Oostenrijk (zaak 33/1994/480/562; reeks A, nr. 328-C), werd feitelijke gelijkheid geëist en werd de juridische kwalificatie buiten beschouwing gelaten, maar in het arrest van 30 juli 1998, Oliveira tegen Zwitserland (zaak 84/1997/868/1080; Jurispr. 1998-V), werd de voorkeur gegeven aan het andere standpunt. Het arrest van 29 mei 2001 (zaak 37950/97), Franz Fischer tegen Oostenrijk, leek beide precedenten met elkaar te verzoenen door zich te baseren op de feiten, maar in het arrest van 2 juli 2002, Göktan tegen Frankrijk (zaak 33402/96; Jurispr. 2002-V), werd opnieuw teruggevallen op het juridische *idem*.

20 — De statuten van het Internationaal Tribunaal voor ex-Joegoslavië en het Internationaal Tribunaal voor Rwanda spreken over „feiten die ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht vormen" (artikel 10, lid 1, respectievelijk artikel 9, lid 1). In de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (PB 1995, C 316, blz. 49) en in de Overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn (PB 1997, C 195, blz. 2), worden de woorden „ter zake van dezelfde feiten" gebruikt (artikel 7, lid 1, respectievelijk artikel 10, lid 1). Daarentegen hanteert het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PB 2000, C 364, blz. 1) het criterium van *idem crimen* („Niemand wordt opnieuw berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure voor een strafbaar feit waarvoor hij in de Unie reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet" —artikel 50 —), dat wordt overgenomen in het Verdrag tot vaststelling van een grondwet voor Europa (artikel II-110) (PB 2004, C 310, blz. 1).

21 — PB 2003, C 100, blz. 24.

22 — „Interministeriële omzendbrief over de gevolgen van de Schengen-overeenkomst in het domein van de grenscontrole en de politiële en gerechtelijke samenwerking" (*Belgisch staatsblad*, nr. 20, 29 januari 1999, blz. 2714).

juridische kwalificaties maar enkel de gelijkheid van feiten is vereist. [23] Een enkele Belgische rechterlijke instantie heeft deze leidraad gevolgd. [24]

3. Het specifieke geval van het hoofdgeding

50. De voorgaande overwegingen gelden nog sterker indien zij worden toegepast op de omstandigheden van de onderhavige zaak.

51. Vaststaat dat het feitencomplex waarvoor Van Esbroeck in Noorwegen is bestraft, materieel gezien samenvalt met het feitencomplex waarop de beschuldiging en veroordeling in België zijn gebaseerd: het clandestiene vervoer van een bepaalde hoeveelheid drugs van een land naar een ander op 31 mei en 1 juni 1999. Deze gedraging krijgt in beide staten een verschillende juridische kwalificatie: uitvoer in België en invoer in Noorwegen van deze verboden middelen. Wanneer *idem* als louter feitelijk wordt beschouwd, wordt Van Esbroeck beschermd door artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst, terwijl wanneer daaraan een juridische dimensie wordt gegeven, dubbele bestraffing mogelijk blijft.

52. Die laatste mogelijkheid moet mijns inziens om drie redenen worden verworpen. Om te beginnen resulteert het in een restrictieve oplossing, die onverenigbaar is met de expansieve kracht die eigen is aan de basiswaarborgen van het individu, die zijn waardigheid beschermen. Bovendien botst het frontaal met de expliciete doelstelling van artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst om het vrije verkeer van de burger te verzekeren, doordat boven het hoofd van de persoon die zijn straf heeft ondergaan, het zwaard van Damocles blijft hangen dat hij opnieuw wordt bestraft indien hij de grenzen overschrijdt van de rechtsorde waarin hij zijn straf heeft uitgezeten. Ten slotte is het sarcastisch om zowel voor personen als voor goederen in een gebied waarin een rechtsorde heerst die juist in wezen de grenzen uit de weg wil ruimen, te spreken over invoer en uitvoer. [25]

23 — In de conclusies van het IXde Internationaal Congres Strafrecht, die op 29 augustus 1964 te Den Haag werden goedgekeurd, werd een strikt feitelijke benadering van het begrip *idem* voorgesteld (de tekst ervan kan worden geraadpleegd in het *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften*, 1965, blz. 184-193, in het bijzonder, blz. 189 en 190). De hoogste rechterlijke instanties van Nederland en Frankrijk hebben deze benadering aanvaard [arrest van de Hoge Raad van 13 december 1994 (*Ars Aequi*, 1995, blz. 720), en arrest van de Cour de Cassation van 13 december 1983 (*Bulletin* nr. 340), die worden aangehaald door Weyembergh, A.: „Le principe *ne bis in idem*: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?", in *Cahiers de droit européen*, 204, nrs. 3 en 4, blz. 349].

24 — De correctionele rechtbank van Eupen heeft bij vonnis van 3 april 1995 (gepubliceerd in *Revue de droit pénal et de criminologie, november* 1996, blz. 1159) gesteld dat, zelfs in het geval dat de deelneming van een persoon aan een transactie tussen België en Duitsland kan worden gesplitst in twee strafbare feiten krachtens artikel 36 van het Enkelvoudig Verdrag van New York van 30 maart 1961 inzake verdovende middelen, de strafvervolging voor de Belgische rechterlijke macht wegens het in dit land begane strafbare feit niet kan worden aanvaard, omdat de gedraging strafrechtelijk één enkel strafbaar feit oplevert en de dader ervan reeds is berecht in Duitsland. Brammertz, S.: „Trafic de stupefiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen", in hetzelfde nummer van het reeds aangehaalde tijdschrift, blz. 1063-1081, doet verslag van de Belgische rechtspraak vóór de inwerkingtreding van de Schengenregeling, die afwijzend stond tegenover een internationale toepassing van het beginsel *ne bis in idem*.

25 — Brammertz, S., *t.a.p.*, blz. 1077 en 1078, stelt dat sinds Schengen niet langer kan worden verdedigd dat illegale drugshandel tussen twee landen die partij zijn, twee verschillende feiten omvat die vatbaar zijn voor een dubbele bestraffing. Het vrije verkeer van personen en goederen impliceert immers een klimaat van vertrouwen dat gevolgen dient te hebben voor de analyse en beoordeling van een grensoverschrijdend delict. „Waarom de handel tussen Eupen en Luik opvatten als één enkel strafbaar feit en dezelfde handel tussen Eupen en Aken opsplitsen in twee verschillende feiten op grond van een grens die op het terrein nergens concreet is?"

4. Artikel 71 van de Uitvoeringsovereenkomst

53. Deze bepaling verplicht de overeenkomstsluitende partijen, de maatregelen te treffen welke met het oog op het tegengaan van de sluikhandel in drugs vereist zijn, met inachtneming van de verdragen van de Verenigde Naties, in het bijzonder de verdragen inzake verdovende middelen en psychotrope stoffen, op grond waarvan strafbare gedragingen als afzonderlijke strafbare feiten moeten worden beschouwd, indien zij in verschillende landen zijn begaan (artikel 36 respectievelijk artikel 22).

54. Ogenschijnlijk zijn deze bepalingen in tegenspraak met hetgeen in de vorige punten van deze conclusie is uiteengezet. Na een nader onderzoek van de inhoud ervan kan evenwel worden verklaard dat deze bepalingen het hiervoor gestelde helemaal niet aantasten, maar juist bevestigen.

55. Artikel 71 wil dat de staten in het kader van Schengen volharden in de strijd tegen deze vorm van criminaliteit en daartoe bekrachtigt het zijn band met de desbetreffende verdragen van de Verenigde Naties. Het heeft een algemene strekking en houdt daarom geen specifieke beperking van artikel 54 in.

56. Hiervan uitgaande, dienen de aangehaalde verdragen van de Verenigde Naties te worden onderzocht in hun historische en normatieve context. Wanneer de artikelen 22 en 36 van deze verdragen de partijen verplichten, maatregelen te nemen om de handelingen in het kader van deze illegale handel tegen te gaan, doen zij dit niet onvoorwaardelijk, maar maken zij een uitzondering voor de beperkingen die worden opgelegd door het rechtsstelsel van elke staat. Artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst maakt deel uit van het eigen recht van de staten die dit artikel hebben onderschreven, zodat bovengenoemde regels niet kunnen afdoen aan de effectiviteit van artikel 54.

57. Ook mag niet worden vergeten dat de aangehaalde verdragen van de Verenigde Naties zijn ontstaan om de illegale handel in drugs, verdovende middelen en psychotrope stoffen op mondiaal vlak te bestrijden, daar in alle landen een doeltreffend antwoord ontbrak. Deze zienswijze verleent de genoemde artikelen 22 en 36 hun werkelijke betekenis, zodat feiten die in verschillende verdragsstaten worden gepleegd, in om het even welke staat kunnen worden vervolgd en gestraft, opdat de daders niet ongestraft blijven ondanks een eventueel falen van bepaalde landen. Deze benadering is evenwel zinloos in de Schengenruimte, die zoals ik in mijn conclusie in de zaken Gözütok en Brügge heb verklaard (punt 124) en het Hof van Justitie in het arrest van 11 februari 2003 (punt 33) heeft bevestigd, berust op het wederzijdse vertrouwen van de lidstaten in hun strafrechtssystemen. [26]

26 — Het Programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen (PB 2001, C 12, blz. 10) beschouwt het beginsel *ne bis in idem* als een van de geschikte middelen daartoe (blz. 12). Dit komt op gelijkaardige wijze tot uiting in de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en de versterking van het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten [COM(2005) 195 def., blz. 4].

58. Kortom, de aangehaalde artikelen willen de materiële niet-strafbaarstelling van een gedraging verhinderen, maar in rechtsorden die, zoals het Schengen-acquis, de regel *ne bis in idem* erkennen, is een nieuwe repressieve maatregel na een eerdere bestraffing onmogelijk. De twee normatieve regelingen zijn derhalve niet tegenstrijdig.

59. Overeenkomstig artikel 54 van de Uitvoeringsovereenkomst, gelezen in samenhang met artikel 71 van die overeenkomst, moet dus het vervoer van dezelfde verdovende middelen of psychotrope stoffen van enige aard, cannabis inbegrepen, tussen twee landen die de Uitvoeringsovereenkomst hebben ondertekend of waar het Schengen-acquis uitgevoerd en toegepast wordt, worden beschouwd als „dezelfde feiten" zoals bedoeld in de eerstgenoemde bepaling, ongeacht de juridische kwalificatie ervan in de respectieve rechtsorden.

VI — Conclusie

60. Gelet op een en ander, geef ik het Hof van Justitie in overweging de prejudiciële vragen van het Hof van Cassatie van België te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 54 van de Overeenkomst ter uitvoering van het Schengenakkoord geldt *ratione temporis* wanneer na de inwerkingtreding ervan een strafrechtelijke procedure wordt ingeleid voor reeds berechte feiten, waarbij de datum van de eerste rechterlijke uitspraak niet relevant is.

2) Overeenkomstig bovengenoemd artikel 54, gelezen in samenhang met artikel 71 van dezelfde Uitvoeringsovereenkomst, dient het vervoer van dezelfde verdovende middelen of psychotrope stoffen van enige aard, cannabis inbegrepen, tussen twee landen die de Uitvoeringsovereenkomst hebben ondertekend of waar het Schengen-acquis uitgevoerd en toegepast wordt, als ‚dezelfde feiten' te worden beschouwd, ongeacht de wijze waarop deze gedraging in de respectieve rechtsorden juridisch wordt gekwalificeerd."