CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 6 februari 2014[1]

Zaak C-398/12

Procura della Repubblica
tegen
M

[verzoek van het Tribunale di Fermo (Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst (SUO) — Ne-bis-in-idembeginsel — Beschikking van buitenvervolgingstelling die in de weg staat aan een strafrechtelijke procedure tegen dezelfde persoon wegens dezelfde feiten — Beschikking die door nieuw feiten- en/of bewijsmateriaal kan worden ontkracht — Strafvervolging in een andere lidstaat voor een misdrijf waaraan dezelfde feiten ten grondslag liggen”

1. Na een uitgebreid strafrechtelijk onderzoek hebben de gerechtelijke autoriteiten van een lidstaat (België) afwijzend beslist op het verzoek om de persoon tegen wie het onderzoek was gericht voor de rechter te brengen en hebben in plaats hiervan bij beschikking de betrokken persoon buiten vervolging gesteld.[2] Deze beschikking heeft de (mogelijke) strafvervolging de facto beëindigd voor het begin van het proces, maar kan in het nationale recht worden nietig verklaard wanneer nieuwe bezwaren aan het licht komen. Met zijn verzoek om een prejudiciële beslissing wenst het Tribunale di Fermo (districtsrechtbank, Fermo) (Italië) te vernemen of het in artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst (hierna: „SUO”)[3] neergelegde ne-bis-in-idembeginsel eraan in de weg staat dat deze persoon voor de strafrechter van een andere lidstaat wordt vervolgd ter zake van een misdrijf waaraan dezelfde feiten ten grondslag liggen.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

2. Artikel 3, lid 2, VEU bepaalt het volgende:

„De Unie biedt haar burgers een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen, waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is in combinatie met passende maatregelen met betrekking tot controles aan de buitengrenzen, asiel, immigratie, en voorkoming en bestrijding van criminaliteit.”

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Voetnoot niet van belang voor de Nederlandse versie van de conclusie.

3 — Overeenkomst ter uitvoering van het tussen de regeringen van de staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek op 14 juni 1985 te Schengen gesloten akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen (PB L 239, blz. 19).

3. Artikel 67, lid 1, VWEU luidt:

„De Unie is een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, waarin de grondrechten en de verschillende rechtsstelsels en -tradities van de lidstaten worden geëerbiedigd."

4. Uit de tweede overweging van de preambule van Protocol nr. 19 bij het VWEU[4] blijkt dat de overeenkomstsluitende partijen worden geleid door de wens het Schengenacquis te behouden en „te ontwikkelen teneinde bij te dragen aan de verwezenlijking van de doelstelling aan de burgers van de Unie een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen te bieden".

5. Ingevolge artikel 2 van voornoemd Protocol is het Schengenacquis[5], waartoe ook de Schengenuitvoeringsovereenkomst behoort, van toepassing op de in artikel 1 van dat Protocol bedoelde lidstaten. Hiertoe behoren het Koninkrijk België en de Italiaanse Republiek.

6. Hoofdstuk 3 van titel III van de Schengenuitvoeringsovereenkomst („Politie en Veiligheid") is getiteld „Toepassing van het beginsel ne-bis-in-idem" en omvat de artikelen 54 tot en met 58.

7. Artikel 54 luidt als volgt:

„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."

8. Artikel 57 bevat voorschriften om te verzekeren dat de bevoegde autoriteiten van de overeenkomstsluitende partijen samenwerken bij de uitwisseling van inlichtingen teneinde het ne-bis-in-idembeginsel in praktijk brengen.

9. Artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") bepaalt het volgende:

„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."

10. Uit de Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten[6] kan worden opgemaakt dat overeenkomstig artikel 50 „de regel ‚ne-bis-in-idem' niet alleen van toepassing [is] binnen de rechtsmacht van dezelfde staat maar ook in de onderlinge verhoudingen van de rechtsmacht van verschillende lidstaten. Dit stemt overeen met het acquis van het recht van de Unie: zie de artikelen 54 tot en met 58 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst [...]. Wat de in artikel 4 van het Zevende Protocol [bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: ‚EVRM')] bedoelde situaties betreft, namelijk de toepassing van het beginsel binnen de rechtsmacht van dezelfde lidstaat, heeft het gewaarborgde recht dezelfde inhoud en reikwijdte als het overeenkomstige recht van het EVRM."

4 — Protocol (nr. 19) betreffende het Schengenacquis dat is opgenomen in het kader van de Europese Unie (PB 2012, C 326, blz. 290).

5 — Het aan het Verdrag van Amsterdam gehechte Protocol tot opneming van het Schengenacquis in het kader van de Europese Unie (PB 1997, C 340, blz. 93) vermeldt welke overeenkomsten en daarmee samenhangende bepalingen deel uitmaken van het Schengenacquis. Ingevolge artikel 2 hiervan behoort ook de SUO hiertoe.

6 — PB 2007, C 303, blz. 17.

Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

11. Artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM luidt:

„(1) Niemand wordt opnieuw berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure binnen de rechtsmacht van dezelfde staat voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van die staat.

(2) De bepalingen van het voorgaande lid beletten niet de heropening van de zaak overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van de betrokken staat, indien er aanwijzingen zijn van nieuwe of pas aan het licht gekomen feiten, of indien er sprake was van een fundamenteel gebrek in het vorige proces, die de uitkomst van de zaak zouden of zou kunnen beïnvloeden."

12. Het Toelichtend Rapport[7] bij het Zevende Protocol vermeldt met betrekking tot artikel 4:

„(29) Het in dit artikel neergelegde beginsel is enkel van toepassing wanneer de betrokken persoon definitief is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van de betrokken Staat. Dit betekent dat er sprake moet zijn van een definitief vonnis als bedoeld in punt 22 hiervoor. [8]

(30) Een zaak kan evenwel worden heropend overeenkomstig de wet van de betrokken Staat, indien er aanwijzingen zijn van nieuwe of pas aan het licht gekomen feiten, of indien er sprake is van een fundamenteel gebrek in het vorige proces, waardoor de uitkomst van de zaak ten gunste of ten nadele van de betrokken persoon zou kunnen worden beïnvloed.

(31) Met ‚nieuwe of pas aan het licht gekomen feiten' worden bedoeld nieuwe bewijzen die betrekking hebben op eerder plaatsgevonden feiten. Voorts staat dit artikel niet in de weg aan de heropening van de procedure ten voordele van de veroordeelde of enige andere wijziging van het vonnis ten gunste van de veroordeelde."

13. Ingevolge de definitie die is opgenomen in het Toelichtend Rapport bij het Verdrag van de Raad van Europa van 1970 inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen[9] is een vonnis definitief „wanneer het, aldus de gebruikelijke terminologie, in kracht van gewijsde is gegaan. Dit is het geval wanneer het vonnis onherroepelijk is, dat wil zeggen wanneer geen gewone rechtsmiddelen meer openstaan, partijen dergelijke middelen hebben uitgeput of de termijn hiervoor hebben laten verstrijken zonder deze middelen aan te wenden."

Nationaal recht

Belgisch recht

14. Artikel 128 van het Belgisch wetboek van strafvordering (hierna: „Sv") bepaalt, in geval van een verzoek om de persoon tegen wie een strafrechtelijk onderzoek loopt voor de rechter te brengen, dat indien „de raadkamer van oordeel is dat het feit noch een misdaad, noch een wanbedrijf, noch een overtreding oplevert, of dat tegen de inverdenkinggestelde generlei bezwaar bestaat, verklaart zij dat er geen reden is tot vervolging".

Een dergelijke beslissing wordt aangeduid als een beschikking van buitenvervolgingstelling.

7 — ETS nr. 117.

8 — Punt 22 verwijst naar de definitie in het Toelichtend Rapport bij het Verdrag van de Raad van Europa van 1970 inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen (zie punt 13 hieronder).

9 — ETS nr. 070.

15. Artikel 246 Sv luidt:

„De verdachte te wiens aanzien de kamer van inbeschuldigingstelling beslist heeft dat er geen grond is om hem naar het hof van assisen te verwijzen, kan wegens hetzelfde feit niet meer voor dat hof worden gebracht, tenzij nieuwe bezwaren zijn ingekomen."

16. Artikel 247 Sv bepaalt het volgende:

„Als nieuwe bezwaren worden beschouwd de verklaringen van getuigen, de stukken en de processen-verbaal, die niet konden worden onderworpen aan het onderzoek van de kamer van inbeschuldigingstelling en toch geschikt zijn om de bewijzen te versterken die de kamer van inbeschuldigingstelling te zwak heeft bevonden, of om aangaande de feiten nadere gegevens te verstrekken die het vinden van de waarheid kunnen bevorderen."

17. Het Belgische Hof van Cassatie heeft verklaard dat de artikelen 246 en 247 Sv niet enkel van toepassing zijn in het geval dat de kamer van inbeschuldigingstelling heeft beslist dat er geen grond is tot verwijzing van de verdachte naar de strafrechter, maar ook in alle gevallen waarin de onderzoeksgerechten (inclusief de raadkamer bedoeld in artikel 128 Sv) een gerechtelijk onderzoek hebben afgesloten met een buitenvervolgingstelling. [10]

18. Wanneer nieuwe bezwaren aan het licht komen, schrijft artikel 248 Sv voor dat de bevoegde hoofdofficier van politie of onderzoeksrechter kopieën verzendt van de documenten en bezwaren zendt aan de procureur-generaal bij het hof van beroep, die de voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling kan verzoeken om de rechter aan te wijzen die op verzoek van het openbaar ministerie met een nieuw onderzoek wordt belast. [11]

Italiaans recht

19. Artikel 604 van het Italiaans wetboek van strafrecht bepaalt dat een Italiaans onderdaan die zich schuldig maakt aan seksueel geweld, in Italië kan worden vervolgd, ook als de feiten buiten Italië zijn gepleegd.

Feiten, procesverloop en prejudiciële vraag

20. Nadat zijn schoondochter Q in de eerste helft van 2004 een reeks aangiften had gedaan, is tegen M, een in België woonachtig Italiaanse onderdaan, in België een strafrechtelijk onderzoek ingesteld wegens meermaals gepleegd seksueel geweld, althans wederrechtelijke seksuele handelingen, in België jegens zijn minderjarige kleindochter N (geboren op 29 april 1999) in de periode tussen mei 2001 en februari 2004.

21. De Belgische politie heeft een uitvoerig onderzoek ingesteld, waarbij overvloedige documentatie is verzameld, een reeks personen is gehoord (onder wie N) en verschillende deskundigen verslag hebben uitgebracht over de vraag of de minderjarige N fysiek en/of psychisch sporen vertoonde van het geweld waarvan aangifte was gedaan, alsmede om te beoordelen of de persoon die aangifte had gedaan, te weten Q, een betrouwbare getuige was, en of M zelf leed aan een persoonlijkheidsstoornis op seksueel gebied.

10 — Cass. 7 september 1982, *Pasicrisie belge* 1983, I, 27-30.

11 — Voetnoot niet van belang voor de Nederlandse versie van de conclusie.

22. Na afloop van dit onderzoek heeft de raadkamer van de Rechtbank van eerste aanleg van Bergen bij beschikking van 15 december 2008 besloten M niet naar de strafrechter te verwijzen, maar hem buiten vervolging te stellen wegens onvoldoende bewijs van de hem ten laste gelegde feiten.

23. De kamer van inbeschuldigingstelling van het Hof van Beroep van Bergen heeft op 21 april 2009 de beschikking van buitenvervolgingstelling bevestigd. Het Hof van Cassatie heeft bij arrest van 2 december 2009 de beslissing van het Hof van Beroep bevestigd, waarmee de procedure in België definitief is geëindigd, tenzij nieuwe bezwaren opkomen (als bedoeld in de artikelen 246 en 247 Sv).

24. Ondertussen was, nadat Q op 23 november 2006 aangifte had gedaan bij de Italiaanse politie, in Italië bij het Tribunale di Fermo een strafrechtelijke procedure tegen M geopend met betrekking tot dezelfde feiten als die tot het onderzoek in België hadden geleid. Er volgde een uitvoerige instructie die in wezen dezelfde feiten betrof als tegelijkertijd in België werden onderzocht. Op 19 december 2008 (dat wil zeggen vier dagen na de beslissing van de raadkamer van de Rechtbank van eerste aanleg van Bergen om M buiten vervolging te stellen) heeft de rechter van het Tribunale di Fermo M verwezen naar de meervoudige kamer van het Tribunale di Fermo om zich ter terechtzitting te verantwoorden.

25. Ter terechtzitting van 9 december 2009 van het Tribunale di Fermo heeft M zich beroepen op het ne-bis-in-idembeginsel, omdat met het een week eerder (op 2 december 2009) door het Belgisch Hof van Cassatie gewezen arrest de parallelle Belgische procedure was geëindigd.

26. Tegen deze achtergrond heeft het Tribunale di Fermo de behandeling van de zaak geschorst en het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Staat een onherroepelijk vonnis tot buitenvervolgingstelling door een lidstaat van de Europese Unie die partij is bij de Schengenuitvoeringsovereenkomst, dat is gewezen na een uitvoerig onderzoek in het kader van een procedure die kan worden heropend ingeval nieuwe bewijzen aan het licht komen, in de weg aan de inleiding of behandeling van een procedure ter zake van dezelfde feiten en tegen dezelfde persoon in een andere overeenkomstsluitende staat?”

27. Q, de Oostenrijkse, de Belgische, de Duitse, de Italiaanse, de Nederlandse, de Poolse en de Zwitserse regering alsmede de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 12 september 2013 waren Q, de Duitse, de Nederlandse, en de Poolse regering alsmede de Commissie vertegenwoordigd en hebben hun standpunt mondeling toegelicht.

Beoordeling

28. Het antwoord op de vraag van de verwijzende rechter hangt af van de uitlegging van de uitdrukking „onherroepelijk vonnis” in artikel 54 SUO. Betekent een buitenvervolgingstelling zoals in de Belgische procedure is uitgesproken, dat de betrokken persoon onherroepelijk is berecht, zodat het in artikel 54 SUO verankerde ne-bis-in-idembeginsel van toepassing is?

29. De bestaande rechtspraak van het Hof met betrekking tot artikel 54 SUO en het ne-bis-in-idembeginsel[12] ter zake van zowel vóór als na het onderzoek ter zitting genomen beslissingen tot buitenvervolgingstelling geeft geen ondubbelzinnig antwoord op deze vraag.

12 — Arresten van 11 februari 2003, Gözütok en Brügge (C-187/01 en C-385/01, Jurispr. blz. I-1345); 10 maart 2005, Miraglia (C-469/03, Jurispr. blz. I-2009); 28 september 2006, Gasparini e.a. (C-467/04, Jurispr. blz. I-9199); 28 september 2006, Van Straaten (C-150/05, Jurispr. blz. I-9327); 11 december 2008, Bourquain (C-297/07, Jurispr. blz. I-9425), en 22 december 2008, Turanský (C-491/07, Jurispr. blz. I-11039).

30. Volgt de beslissing na het onderzoek ter zitting, dan is volgens de rechtspraak het ne-bis-in-idembeginsel van toepassing, ongeacht of de verdachte wordt vrijgesproken of schuldig bevonden. Dit geldt voor een veroordeling bij verstek (niettegenstaande de verplichting naar nationaal recht om een nieuwe procedure in te leiden ingeval de bij verstek veroordeelde wordt gearresteerd) [13] en voor een vrijspraak wegens gebrek aan bewijs na een volledig onderzoek ter zitting. [14] Wat dit laatstgenoemde geval betreft, heeft het Hof uitdrukkelijk niet geantwoord op de algemene vraag of een vrijspraak die *niet* op een beoordeling ten gronde is gebaseerd onder artikel 54 SUO kan vallen, maar zich beperkt tot de vaststelling dat een vrijspraak wegens gebrek aan bewijs wel op een dergelijke beoordeling is gebaseerd en derhalve leidt tot toepasselijkheid van het ne-bis-in-idembeginsel van artikel 54 SUO. [15]

31. In geval van een beslissing vóórdat het onderzoek ter zitting is voltooid heeft het Hof gekozen voor eenzelfde liberale aanpak. Het ne-bis-in-idembeginsel is mede van toepassing wanneer het openbaar ministerie zonder rechterlijke tussenkomst een einde maakt aan de strafprocedure tegen verdachten die hebben ingestemd met betaling van een geldboete wegens hun gedrag. [16] Hierbij heeft het Hof verklaard dat artikel 54 SUO „dient te voorkomen dat een persoon die gebruikmaakt van zijn recht op vrij verkeer, voor dezelfde feiten wordt vervolgd op het grondgebied van meerdere lidstaten" en dat ter volledige verwezenlijking van dat doel dit artikel van toepassing moet zijn „op beslissingen waarbij strafvervolging in een lidstaat definitief wordt beëindigd, ook al komen zij tot stand zonder rechterlijke tussenkomst en worden zij niet genomen in de vorm van een vonnis". [17]

32. Het ne-bis-in-idembeginsel is ook van toepassing in geval van buitenvervolgingstelling wegens verjaring in de „eerste" lidstaat [18], ook al zijn de wettelijke regelingen van de overeenkomstsluitende staten inzake verjaringstermijnen niet geharmoniseerd en is zodoende in de „tweede" lidstaat de mogelijkheid van vervolging wellicht niet verjaard. (Het standpunt van de Commissie in de onderhavige zaak – namelijk dat enkel een beslissing die is genomen nadat de verdachte wegens gebrek aan bewijs is vrijgesproken onder artikel 54 SUO valt – lijkt mij in dat licht niet houdbaar.) [19] Het Hof heeft in het arrest Gasparini benadrukt dat het ne-bis-in-idembeginsel noodzakelijkerwijs impliceert dat de overeenkomstsluitende staten wederzijds vertrouwen hebben in hun respectieve strafrechtssystemen en dat elke staat de toepassing van het in de andere overeenkomstsluitende staten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden. [20]

33. Daarentegen was in het arrest Miraglia [21] de strafzaak in Nederland geseponeerd, omdat ter zake van dezelfde feiten en tegen dezelfde verdachte in Italië vervolging was ingesteld. In de beëindigingsbeslissing was vervolging in Nederland wegens dezelfde strafbare feiten en rechtshulp aan buitenlandse autoriteiten uitgesloten, tenzij nieuwe bezwaren bekend zouden worden. [22] Het Hof heeft in deze zaak verklaard dat een dergelijke beslissing van de rechterlijke autoriteiten die zonder enige beoordeling ten gronde is genomen, geen onherroepelijke berechting van de betrokken persoon als

13 — Arrest Bourquain (aangehaald in voetnoot 12, punten 39 en 40).

14 — Arrest Van Straaten (aangehaald in voetnoot 12, punt 58). Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colmer heeft in zijn conclusie erop gewezen dat niemand de gelding had betwist van het ne-bis-in-idembeginsel in de context van de *nationale* rechtsorde (punt 73 van zijn conclusie).

15 — Ibidem, punt 60.

16 — Arrest Gözütok en Brügge (aangehaald in voetnoot 12, punt 48).

17 — Ibidem, punt 38.

18 — Arrest Gasparini (aangehaald in voetnoot 12, punt 33).

19 — Het Hof heeft bij de vantoepassingverklaring van het ne-bis-in-idembeginsel ondubbelzinnig geoordeeld dat het niet relevant is dat de toepassing van de verjaringstermijn betekent dat de verdachten nooit het gevaar van veroordeling *hebben* gelopen tijdens de eerste procedure.

20 — Arrest Gasparini (aangehaald in voetnoot 12, punten 29 en 30).

21 — Aangehaald in voetnoot 12.

22 — Ibidem, punt 22.

bedoeld in artikel 54 SUO inhoudt, waardoor vervolging in Italië zou zijn uitgesloten.[23] Zou de Nederlandse beëindigingsbeslissing (die was genomen juist *omdat* in Italië een strafprocedure liep) volstaan voor toepassing van het ne-bis-in-idembeginsel, dan zou dit „bestraffing van de aan de verdachte ten laste gelegde onrechtmatige handeling in een van de betrokken lidstaten moeilijker of in concreto onmogelijk maken".[24] Het Hof heeft hiermee het belang benadrukt van de waarborging van het vrije verkeer van personen in combinatie met de handhaving van passende maatregelen ter voorkoming en bestrijding van criminaliteit[25] (hetgeen blijkens artikel 3, lid 2, VEU de bedoeling is van titel V inzake een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht).

34. In het arrest Turanský[26] ging het om een beslissing tot schorsing van de strafprocedure vóórdat de verdachte in staat van beschuldiging was gesteld. In het nationale recht stond deze beslissing niet in de weg aan een nieuwe strafvervolging wegens dezelfde feiten. Het Hof heeft in die zaak verklaard dat de schorsingsbeslissing niet kon worden beschouwd als een „onherroepelijke berechting" zodat het ne-bis-in-idembeginsel toepasselijk was.[27] Het Hof heeft in dit arrest het Turanský-criterium geformuleerd ter bepaling of een persoon „onherroepelijk berecht" is. De beslissing moet „een einde [maken] aan de strafprocedure en de strafvervolging definitief beëindig[en]"[28], en er moet „om te beginnen worden nagegaan, [...] of het nationale recht van de overeenkomstsluitende staat waarvan de autoriteiten de betrokken beslissing hebben gegeven, deze beslissing als onherroepelijk en bindend beschouwt, en of zij in deze staat tot bescherming uit hoofde van het ne-bis-in-idembeginsel aanleiding geeft".[29] Dit criterium is aanvaard en toegepast in de zaak Mantello, waarin het ging om een Europees aanhoudingsbevel.[30]

35. In het algemeen lijkt mij de bestaande rechtspraak van het Hof niet ver verwijderd te zijn van die van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot artikel 4, lid 1, van het Zevende Protocol bij het EVRM. De in deze bepaling neergelegde waarborg „wordt relevant wanneer een eerdere vrijspraak of veroordeling reeds in kracht van gewijsde is gegaan".[31] Zoals het Toelichtend Rapport bij dit Protocol verder verduidelijkt, „is [dit] het geval wanneer het vonnis onherroepelijk is, dat wil zeggen wanneer geen gewone rechtsmiddelen meer openstaan, partijen dergelijke middelen hebben uitgeput of de termijn hiervoor hebben laten verstrijken zonder deze middelen aan te wenden".[32]

23 — Ibidem, punt 35. Zie dienaangaande, in de context van het mededingingsrecht, arrest van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P-C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punt 62), waarin het Hof heeft verklaard dat een nietigverklaring zonder uitspraak ten gronde over de ten laste gelegde feiten niet gelijkstaat aan een vrijspraak die leidt tot toepassing van het ne-bis-in-idembeginsel.

24 — Arrest Miraglia (aangehaald in voetnoot 12, punt 33).

25 — Ibidem, punt 34.

26 — Aangehaald in voetnoot 12.

27 — Ibidem, punten 39 en 40.

28 — Ibidem, punt 34.

29 — Ibidem, punt 35.

30 — Arrest van 16 november 2010 (C-261/09, Jurispr. blz. 11477, punt 46). Artikel 3, lid 2, van kaderbesluit (2002/584/JBZ) van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (PB L 190, blz. 1) vermeldt het ne-bis-in-idembeginsel als een grond tot verplichte weigering van de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel. In het voornoemde arrest Mantello heeft het Hof verklaard dat „[d]aar artikel 54 SUO en artikel 3, punt 2, van het kaderbesluit dezelfde doelstelling hebben, namelijk vermijden dat een persoon opnieuw strafrechtelijk wordt vervolgd of veroordeeld wegens dezelfde feiten, moet ervan worden uitgegaan dat de in het kader van de SUO gegeven uitlegging van dit begrip eveneens in de context van het kaderbesluit geldt" (punt 40). Voorts heeft de Grote kamer van het Hof de betrokken rechtspraak aangehaald en het Turanský-criterium bevestigd (punten 45-47).

31 — Arrest EHRM van 10 februari 2009, Sergey Zolotukhin/Rusland, nr. 14939/03, *Reports of Judgments and Decisions* 2009-I, blz. 291, § 83.

32 — Aangehaald in voetnoot 13.

36. De formulering van het ne-bis-in-idembeginsel in artikel 50 van het Handvest is een weerspiegeling van die in artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM. Uit de Toelichting bij het Handvest kan worden opgemaakt dat artikel 50 „niet alleen van toepassing [is] binnen de rechtsmacht van dezelfde staat maar ook in de onderlinge verhoudingen van de rechtsmacht van verschillende lidstaten", alsmede dat „[w]at de in artikel 4 van het Zevende Protocol bedoelde situaties betreft, namelijk de toepassing van het beginsel binnen de rechtsmacht van dezelfde lidstaat, [...] het gewaarborgde recht dezelfde inhoud en reikwijdte [heeft] als het overeenkomstige recht van het EVRM".

Heeft de beschikking van buitenvervolgingstelling de strafprocedure jegens M in België definitief beëindigd?

37. Normaalgesproken dient de rechter van de lidstaat waar een beroep wordt gedaan op het ne-bis-in-idembeginsel (in casu Italië) hierover te beslissen op basis van de inlichtingen en de bijstand die overeenkomstig artikel 57 SUO worden verstrekt door de lidstaat waar de beslissing is genomen (in casu België) die voor de toepassing van het ne-bis-in-idembeginsel wordt aangevoerd.[33] De aanpak die hierbij moet worden gevolgd, is die van het Hof in het arrest Turanský.[34] Net als in de onderhavige zaak kan de nationale rechter zich zo nodig met een prejudicieel verzoek tot het Hof wenden voor nadere inlichtingen.

38. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat in het Belgische recht het arrest van het Hof van Cassatie van 2 december 2009 tot gevolg heeft dat de verdachte niet meer voor dezelfde feiten kan worden vervolgd. De vervolging is niet informeel „aangehouden", maar evenmin formeel beëindigd. Weliswaar kan na buitenvervolgingstelling de procedure worden hervat als in een later stadium nieuwe bezwaren aan het licht komen, maar deze mogelijkheid is begrensd. Ingevolge artikel 247 Sv moeten de nieuwe bezwaren geschikt zijn om de bewijzen te versterken die de kamer van inbeschuldigingstelling (of, zoals in casu, de raadkamer) te zwak heeft bevonden, of om aangaande de feiten nadere gegevens te verstrekken die het vinden van de waarheid kunnen bevorderen. Artikel 248 Sv bepaalt dat de procedure enkel kan worden hervat op verzoek van openbaar ministerie, dat een discretionaire bevoegdheid hiertoe heeft.[35] Voor zover ik dat kan beoordelen, kan een civiele partij het openbaar ministerie niet dwingen de strafprocedure te heropenen, noch een civiele vervolging inleiden op basis van de bezwaren die zijn onderzocht toen de beschikking van buitenvervolgingstelling werd gegeven. In het onderhavige geval zijn de gewone rechtsmiddelen die tegen deze beschikking openstonden, uitgeoefend en uitgeput met het arrest van het Hof van Cassatie. De beschikking van de raadkamer van de Rechtbank van eerste aanleg van Bergen verkreeg daarmee kracht van gewijsde en M blijft hierdoor verschoond van vervolging in België. Aan het Turanský-criterium is bijgevolg voldaan.

39. De Belgische regering heeft niettemin het standpunt ingenomen (in haar schriftelijke opmerkingen – zij was niet vertegenwoordigd ter terechtzitting) dat een dergelijke beschikking niet definitief van aard is omdat de procedure kan worden heropend wanneer nieuwe bezwaren aan het licht komen, en dat het in artikel 54 SUO neergelegde ne-bis-in-idembeginsel bijgevolg niet van toepassing is. Mijns inziens kan dit standpunt aanpak op tweeërlei wijze worden geschraagd. In de eerste plaats zou kunnen worden gesteld dat het feit dat het Italiaanse strafproces pas een week na het arrest van het Belgische Hof van Cassatie werd ingeleid enkel een kwestie van ongelukkige timing is en dat wanneer (zoals in casu) de beschuldigingen aan het adres van de verdachte voldoende ernstig en schokkend zijn, hij – zo dit mogelijk is – „zou" moeten worden berecht. In de tweede plaats kan als uitgangspunt worden gekozen dat het ne-bis-in-idembeginsel nooit in een „tweede" lidstaat van toepassing kan zijn zolang er een mogelijkheid bestaat, hoe minimaal of ver verwijderd ook, dat de strafprocedure in de „eerste" lidstaat kan worden hervat of opnieuw worden ingeleid. Ik zal mij over beide mogelijkheden buigen.

33 — Zie dienaangaande arrest Mantello (aangehaald in voetnoot 12, punten 48 en 49).

34 — Zie punt 34 hierboven.

35 — Zie voorts punt 44 hieronder.

Een kwestie van timing?

40. Een van de opvallendste aspecten van de onderhavige prejudiciële verwijzing is de chronologie van de gebeurtenissen. De twee uitvoerige strafrechtelijke onderzoeken, in België en in Italië, vonden parallel plaats. De rechterlijke instanties van de lidstaten traden daarna in de navolgende volgorde op: a) beschikking van buitenvervolgingstelling door de raadkamer van de Rechtbank van eerste aanleg van Bergen, België (15 december 2008); b) verwijzing van M naar de terechtzitting door de onderzoeksrechter van het Tribunale di Fermo, Italië (19 december 2008); c) bevestiging door de kamer van inbeschuldigingstelling van het Hof van Beroep van Bergen van de beschikking van buitenvervolgingstelling (21 april 2009); d) bevestiging door het Belgisch Hof van Cassatie bij arrest van 2 december 2009 van de beslissing van het Hof van Beroep (2 december 2009); en tot slot e) behandeling ter terechtzitting voor de meervoudige kamer van het Tribunale di Fermo, Italië (9 december 2009).

41. Het lijkt mij nuttig om de verschillende tijdstippen in die chronologische volgorde onder de loep te nemen teneinde de vraag te beantwoorden of de verdachte, M, zich kan beroepen op het in artikel 54 SUO verankerde ne-bis-in-idembeginsel en, zo ja, in welke fase en waarom hij hiertoe in staat zou moeten zijn.

42. Op de datum waarop de onderzoeksrechter van het Tribunale di Fermo M verwees naar de strafrechter (19 december 2008), had de raadkamer van de Rechtbank van eerste aanleg van Bergen net haar beschikking van buitenvervolgingstelling gegeven (15 december 2008). Deze beschikking was evenwel naar nationaal recht niet definitief geworden. Zij was vatbaar voor hoger beroep, dat ook daadwerkelijk werd ingesteld. In die fase zou M bijgevolg geen beroep hebben kunnen doen op het ne-bis-in-idembeginsel om de procedure in Italië tot staan te brengen.

43. Zou het strafproces tegen M in Italië zijn loop hebben genomen en zou hierin vóór 21 april 2009 (beslissing van het Hof van Beroep van Bergen) dan wel vóór 2 december 2009 (arrest van het Belgische Hof van Cassatie) uitspraak zijn gedaan, dan zou hetzelfde gelden. Hoewel dan in beide gevallen sprake zou zijn geweest van een eerdere beslissing ter zake van dezelfde persoon en dezelfde feiten in een andere lidstaat, zou deze beslissing naar nationaal recht nog niet „definitief" zijn geweest.

44. Op 2 december 2009 komen de kaarten evenwel anders te liggen. Vanaf die datum zou M – ware hij in België geweest – door de definitieve beslissing van het Hof van Cassatie om hem buiten vervolging te stellen, verschoond zijn geweest van verdere vervolging. Het is juist dat *indien* nieuwe bezwaren opkomen, artikel 248 Sv voorschrijft dat de bevoegde hoofdofficier van politie of de onderzoeksrechter kopieën van de documenten en bezwaren zendt aan de procureur-generaal bij het Hof van Beroep. Deze stap is verplicht. De procureur-generaal beschikt echter over een discretionaire bevoegdheid.[36] Hij „kan" (vermoedelijk wanneer hij van mening is dat de nieuwe bezwaren het noodzakelijke verschil kunnen maken) de voorzitter van de kamer van inbeschuldigingstelling verzoeken om een nieuwe onderzoeksrechter aan te wijzen. Is hij van mening dat de nieuwe bezwaren geen verschil uitmaken of ontoereikend zijn, dan zal hij deze stap vermoedelijk niet zetten. *Bij gebreke van* nieuwe bezwaren en de inleiding van die procedure zou M evenwel gevrijwaard zijn van verdere vervolging.[37]

45. Niemand mag door de uitoefening van zijn recht op vrij verkeer de bescherming verliezen die hij krachtens het nationale strafrecht geniet. Om die reden dient het arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 2 december 2009 ertoe te leiden dat M na die datum niet meer mag worden berecht in Italië.

36 — De uitdrukking „op vordering van de procureur-generaal" brengt mee dat de procureur-generaal ter zake een beslissingsvrijheid heeft.

37 — Zie punt 38 hierboven.

46. Volledigheidshalve zal ik mij nog over vier bijkomende punten te buigen.

47. In de eerste plaats ben ik van mening dat de datum waarop een beslissing door een rechterlijke instantie is gegeven doorslaggevend is, en niet de (latere) datum waarop die beslissing onder de aandacht komt van het openbaar ministerie of een rechter in een andere lidstaat. Het vereiste van rechtszekerheid schrijft een dergelijke benadering voor. De datum van de beslissing staat vast. De datum waarop deze bekend wordt, varieert en kan door externe factoren worden beïnvloed.

48. In de tweede plaats staat een persoon die naar de strafrechter wordt verwezen, bloot aan het gevaar van strafoplegging totdat deze rechter zijn eindbeslissing heeft gegeven. Tussen de datum waarop een persoon naar de zitting van de rechter wordt verwezen en de datum waarop de behandeling door de rechter aanvangt, kan enige tijd verstrijken (hopelijk niet zo veel tijd als in het onderhavige geval) en ook het proces zelf kan enige tijd duren. Het ne-bis-in-idembeginsel moet dubbele bestraffing voorkomen. Dit houdt mijns inziens in dat het ne-bis-in-idembeginsel zijn werking niet verliest tot de datum waarop iemand naar de rechter wordt verwezen of de datum waarop zijn proces aanvangt. Een beroep op dit beginsel blijft integendeel mogelijk totdat de uitkomst van het proces vaststaat.

49. Wanneer, in de derde plaats, een persoon in een „tweede" lidstaat *is* berecht en veroordeeld, is het niet relevant dat een op dezelfde feiten gebaseerde en tegen dezelfde persoon gegeven beslissing in de „eerste" lidstaat later definitief wordt. Toen hij werd *berecht* in de tweede lidstaat was er immers (nog) geen sprake van een definitieve beslissing in de eerste lidstaat. Uiteraard staat tegen de beslissing in de tweede lidstaat krachtens nationaal recht hoger beroep open op basis van alle in het strafrecht van die lidstaat erkende gronden. Een beroep op artikel 54 SUO is evenwel niet mogelijk.

50. In de vierde plaats is er de kwestie van de nutteloos bestede opsporingstijd en publieke middelen ten behoeve van het uitvoerig onderzoek in de tweede lidstaat wanneer in een dergelijk geval het ne-bis-in-idembeginsel van toepassing is en de vervolging van een persoon die reeds naar de strafrechter is verwezen niet kan doorgaan.

51. Het onderliggende vraagstuk van een „vervolgingswedloop" en mogelijke jurisdictieconflicten in strafzaken is bepaald niet zonder betekenis en verdient serieuze aandacht. Op dit moment bestaan er geen voor de gehele EU geldende regels ter zake van de bevoegdheidstoewijzing in strafzaken.[38] De toepassing van het ne-bis-in-idembeginsel biedt een beperkte, soms arbitraire, oplossing[39] van dit probleem en vormt geen bevredigend alternatief voor de oplossing van bevoegdheidsconflicten op de basis van onderling afgesproken criteria.

52. Het bestaande Unierecht kent een aantal regels met betrekking tot de uitwisseling van inlichtingen tussen de onderzoeksautoriteiten in de verschillende lidstaten.[40] Kaderbesluit 2009/948/JBZ van de Raad[41], dat is bekendgemaakt en in werking getreden op 15 december 2009 (dus net na de Italiaanse procedure in het hoofdgeding), schrijft voor dat wanneer een bevoegde autoriteit van een lidstaat op

38 — Zie voor pogingen om dit probleem aan te pakken het Groenboek van de Commissie van 23 december 2005 over jurisdictiegeschillen en het ne-bis-in-idembeginsel in strafprocedures [COM(2005) 696 definitief] en de reacties hierop. Zie ook het commentaar van Fletcher, M., „The problem of multiple criminal prosecutions: building an effective EU response", in: *Yearbook of European Law*, Vol 26 (2007), blz. 33-56. Voor ne-bis-in-idemzaken die – althans in zekere mate – wellicht zijn voortgekomen uit ongenoegen over het feit dat de autoriteiten in een andere lidstaat als eerste vervolging hebben ingesteld, zie bijvoorbeeld arresten van 9 maart 2006, Van Esbroeck (C-436/04, Jurispr. blz. I-2333), en 18 juli 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, Jurispr. blz. I-6619).

39 — Zie voor een doordachte bespreking van dit bredere vraagstuk Fletcher, M., Lööf, R., en Gilmore, B., „EU Criminal Law and Justice", in: *Elgar European Law*, 2008, blz. 131-138, in het bijzonder blz. 132 en 133.

40 — Zie, voor zover het gaat om de instellingen, besluit van de Raad van 28 februari 2002 betreffende de oprichting van Eurojust teneinde de strijd tegen ernstige vormen van criminaliteit te versterken (2002/187/JBZ) (PB L 63, blz. 1), en de overeenkomst op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie tot oprichting van een Europese Politiedienst (Europol-Overeenkomst) (PB 1995, C 316, blz. 2).

41 — Kaderbesluit 2009/948/JBZ van de Raad van 30 november 2009 over het voorkomen en beslechten van geschillen over de uitoefening van rechtsmacht bij strafprocedures (PB L 328, blz. 42).

redelijke gronden aanneemt dat in een andere lidstaat een parallelle procedure wordt gevoerd, zij met de bevoegde autoriteit van de andere lidstaat in contact treedt om rechtstreeks overleg te gaan voeren. Dit overleg heeft tot doel de nadelige gevolgen van parallelle procedures te voorkomen en kan, al naargelang het geval, leiden tot de concentratie van de strafvervolgingen in één lidstaat.

53. Tot op zekere hoogte worden hiermee de vragen opgelost die aan de onderhavige zaak ten grondslag liggen (en die reeds in de zaak Miraglia zijn gerezen). Het kaderbesluit harmoniseert evenwel niet de nationale regels en procedures op dit terrein van het recht. In het bijzonder verplicht dit kaderbesluit een lidstaat niet om rechtsmacht uit te oefenen dan wel er afstand van te doen.[42] Voor zover en zolang de wetgever de kwestie van de parallelle procedures niet meer omvattend heeft geregeld, zal noodzakelijkerwijs moeten worden teruggegrepen op het in artikel 54 SUO verankerde ne-bis-in-idembeginsel om de bestaande leemte aan te vullen.

Indien de procedure (mogelijkerwijs) kan worden heropend, is het ne-bis-in-idembeginsel niet van toepassing

54. Noch artikel 54 SUO, noch artikel 50 van het Handvest vermeldt uitdrukkelijk wat er dient te gebeuren met het ne-bis-in-idembeginsel, wanneer nieuw bewijs aan het licht komt. Uit de Toelichtingen bij artikel 50 van het Handvest blijkt duidelijk dat wat de toepassing van het beginsel binnen de rechtsmacht van dezelfde lidstaat betreft, „het gewaarborgde recht dezelfde inhoud en reikwijdte [heeft] als het overeenkomstige recht van het EVRM".

55. Nadere beschouwing van artikel 4, lid 2, van het Zevende Protocol bij het EVRM leert dat de bepalingen van artikel 4, lid 1, van het Zevende Protocol bij het EVRM (waarborging van het recht om niet opnieuw te worden berecht of gestraft voor hetzelfde strafbaar feit) niet de heropening van de zaak beletten „indien er aanwijzingen zijn van nieuwe of pas aan het licht gekomen feiten". Het Toelichtend Rapport bij het Zevende Protocol verduidelijkt[43] dat met „nieuwe of pas aan het licht gekomen feiten" worden bedoeld nieuwe bewijzen die betrekking hebben op eerder plaatsgevonden feiten. Bijgevolg vormt de uitzonderlijke mogelijkheid in het Belgisch recht om na buitenvervolgingstelling de strafprocedure te heropenen een nauwe afspiegeling van hetgeen is bedoeld in artikel 4, lid 2, van het Zevende Protocol.

56. Zoals ik het Zevende Protocol bij het EVRM lees, is in artikel 4, lid 1, ne-bis-in-idembescherming vastgelegd. Artikel 4, lid 2, maakt vervolgens een uitzondering die heropening van een zaak mogelijk maakt (overeenkomstig de wettelijke bepalingen en het strafprocesrecht van de betrokken staat) hoewel anders het ne-bis-in-idembeginsel van toepassing zou zijn. Dit betekent niet (en kan, mijns inziens, redelijkerwijs ook niet betekenen) dat zolang er een theoretische mogelijkheid is van het opduiken van „nieuwe bewijzen die betrekking hebben op eerder plaatsgevonden feiten" het ne-bis-in-idembeginsel niet van toepassing is. Theoretisch gesproken bestaat altijd de kans dat nieuw feiten- of bewijsmateriaal opduikt. Bijgevolg zou de door België verdedigde lezing het ne-bis-in-idembeginsel uithollen. In weerwil van een buitenvervolgingstelling die door de hoogste rechter is bevestigd en kracht van gewijsde heeft gekregen, zou een verdachte bijgevolg verstoken blijven van de door het nationale recht aan hem toegekende bescherming. Zou in België (in plaats van in Italië) zonder nieuw feiten- en/of bewijsmateriaal een tweede strafvervolging zijn ingeleid, dan zou deze zonder meer zijn afgestuit op deze beslissing.

57. Moet de conclusie anders luiden in geval van een tweede strafvervolging in een andere, „tweede" lidstaat?

42 — Zie punt 11 van de considerans van het Kaderbesluit.

43 — Aangehaald in voetnoot 7 (punt 31).

58. Ik meen van niet. Artikel 54 SUO heeft juist tot doel te voorkomen dat een persoon die gebruikmaakt van zijn recht op vrij verkeer zich niet langer kan beroepen op het ne-bis-in-idembeginsel. Het is duidelijk dat het ne-bis-in-idembeginsel dat op grond van een beslissing in de ene lidstaat (in casu België) toepasselijk is, ertoe kan leiden dat de vervolging in een andere lidstaat (in casu Italië) wordt geblokkeerd, ook al komt de rechter in de tweede lidstaat tot een andere conclusie op basis van in wezen hetzelfde feiten- en/of bewijsmateriaal. De mogelijkheid van een verschillende uitkomst is evenwel een gevolg van het feit dat het ne-bis-in-idembeginsel van kracht is niettegenstaande het ontbreken van harmonisatie, gebaseerd als het is op een hoog niveau van wederzijds vertrouwen. [44]

59. Het staat evenwel buiten kijf dat het ne-bis-in-idembeginsel fundamenteel gezien niet in de weg staat aan de heropening van strafvervolging wanneer nieuw feiten- en/of bewijsmateriaal aan licht komt. [45] Wanneer, in het onderhavige geval, het Italiaans openbaar ministerie het daar aanwezige bewijs ter beschikking stelt van zijn Belgische evenknie, dan kan het Belgisch openbaar ministerie dit bewijs beoordelen en besluiten om al dan niet in België de strafprocedure te heropenen overeenkomstig de artikelen 246, 247 en 248 Sv. Ik benadruk evenwel dat (mijns inziens) een nieuwe procedure tegen een verdachte die bij definitieve beslissing buiten vervolging is gesteld, moet worden ingeleid *in de lidstaat waar die beslissing is genomen* (dat wil zeggen in de eerste lidstaat). De rechter in de tweede lidstaat mag niet de procedure (en de procedurele waarborgen die het nationale recht van de eerste lidstaat de verdachte biedt) frustreren door te beslissen om hetgeen wellicht (of wellicht niet) „nieuw" feiten- en/of bewijsmateriaal is aan te wenden teneinde de verdachte te berechten.

Conclusie

60. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Tribunale di Fermo (Italië) als volgt te beantwoorden:

„Artikel 54 van Schengenuitvoeringsovereenkomst moet aldus worden uitgelegd dat een definitieve beschikking van buitenvervolgingstelling die na een uitvoerig onderzoek is gegeven in een strafprocedure waaraan zij een einde maakt, en die in de weg staat aan hernieuwde vervolging van dezelfde persoon wegens dezelfde feiten maar overeenkomstig het nationale recht kan worden nietig verklaard wanneer nieuwe bezwaren aan het licht komen, een beslissing is waarmee de betrokken persoon onherroepelijk is berecht en die leidt tot toepassing van het in dit artikel verankerde ne-bis-in-idembeginsel."

44 — Zie de Conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad van Tampere op 15 en 16 oktober 1999 (nr. 200/1/99), en het arrest Gasparini (aangehaald in voetnoot 12 en in punt 32 hierboven, punt 30).

45 — Zie punten 54-56 hierboven.