



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. SZPUNAR

van 20 oktober 2022<sup>1</sup>

**Zaak C-365/21**

**MR**

**in tegenwoordigheid van:**

**Generalstaatsanwaltschaft Bamberg**

[verzoek van het Oberlandesgericht Bamberg (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Beieren, Bamberg, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Schengenuitvoeringsovereenkomst – Artikel 54 – Voorbehoud bij de toepassing van het beginsel *ne bis in idem* – Artikel 55 – Inbreuk op de veiligheid van de staat of andere even wezenlijke belangen – Nationale verklaringen – Verenigbaarheid met de artikelen 50 en 52 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie”

## I. Inleiding

1. Aan het Hof zijn al diverse keren vragen voorgelegd over het beginsel *ne bis in idem* in artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst (hierna: „SUO”)<sup>2</sup>, maar slechts één keer over de verenigbaarheid van op artikel 55 SUO gebaseerde verklaringen die dat beginsel beperken. In die eerdere zaak hoefde het Hof een vraag hierover niet te beantwoorden, omdat zijn antwoord op een andere vraag in dezelfde zaak de noodzaak wegnam om zich over de geldigheid van een verklaring uit te spreken.<sup>3</sup> De onderhavige zaak biedt het Hof nu de gelegenheid om zich daarover te buigen.

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Engels.

<sup>2</sup> 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 2000, L 239, blz. 19).

<sup>3</sup> Zie arrest van 29 juni 2016, Kossowski (C-486/14, EU:C:2016:483, punt 55).

## II. Toepasselijke bepalingen

### A. Unierecht

#### 1. *SUO*

2. Titel III van de *SUO* over „Politie en veiligheid” bevat onder meer in hoofdstuk 3, met het opschrift „Toepassing van het beginsel ne bis in idem”, de artikelen 54 en 55. Artikel 54 *SUO* 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.”

3. Artikel 55 *SUO* luidt:

„1. Een overeenkomstsluitende partij kan op het tijdstip van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring van deze overeenkomst verklaren dat zij in een of meer van de volgende gevallen niet door artikel 54 is gebonden:

- a) indien de feiten op grond waarvan in het buitenland vonnis werd gewezen zich geheel of gedeeltelijk op haar eigen grondgebied hebben afgespeeld; in het laatste geval is deze uitzondering niet van toepassing indien de feiten zich gedeeltelijk hebben afgespeeld op het grondgebied van de overeenkomstsluitende partij waarin het vonnis werd gewezen;
- b) indien de feiten op grond waarvan in het buitenland vonnis werd gewezen een inbreuk vormen op de veiligheid van de staat of andere even wezenlijke belangen van deze overeenkomstsluitende partij;
- c) indien de feiten op grond waarvan in het buitenland vonnis werd gewezen, zijn begaan door een ambtenaar van deze overeenkomstsluitende partij in strijd met zijn ambtsplichten.

2. Een overeenkomstsluitende partij die een dergelijke verklaring aflegt met betrekking tot een van de in lid 1, onder b), genoemde uitzonderingen, dient de soort van inbreuken aan te geven waarop dergelijke uitzonderingen van toepassing kunnen zijn.

3. Een overeenkomstsluitende partij kan te allen tijde een dergelijke verklaring met betrekking tot een of meer van de in lid 1 genoemde uitzonderingen intrekken.

4. Uitzonderingen ten aanzien waarvan een verklaring uit hoofde van lid 1 is afgelegd, zijn niet van toepassing wanneer de betrokken overeenkomstsluitende partij ter zake van dezelfde feiten de andere overeenkomstsluitende partij om vervolging heeft verzocht of heeft ingestemd met de uitlevering van de betrokken persoon.”

4. Artikel 56 SUO bepaalt:

„Indien door een overeenkomstsluitende partij een nieuwe vervolging wordt ingesteld tegen een persoon die ter zake van dezelfde feiten bij onherroepelijk vonnis door een andere overeenkomstsluitende partij is berecht, dient iedere periode van vrijheidsbeneming die wegens deze feiten op het grondgebied van laatstgenoemde partij werd ondergaan op de eventueel op te leggen straf of maatregel in mindering te worden gebracht. Voor zover de nationale wetgeving dit toelaat, wordt tevens rekening gehouden met andere reeds ondergane straffen of maatregelen dan vrijheidsbeneming.”

5. De SUO is in het Unierecht opgenomen bij het Protocol tot opneming van het Schengenacquis in het kader van de Europese Unie dat bij het Verdrag van Amsterdam aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap is gehecht.<sup>4</sup> Vervolgens is Protocol (nr. 19) betreffende het Schengenacquis dat is opgenomen in het kader van de Europese Unie, gehecht aan het Verdrag van Lissabon [hierna: „Protocol (nr. 19)”].<sup>5</sup>

6. Artikel 7 van Protocol (nr. 19)<sup>6</sup> luidt:

„Voor de onderhandelingen over de toetreding van nieuwe lidstaten tot de Europese Unie worden het Schengenacquis en de verdere maatregelen die de instellingen binnen de werkingssfeer van dat acquis nemen, beschouwd als een acquis dat door alle staten die kandidaat zijn voor toetreding volledig moet worden aanvaard.”

**2. Kaderbesluit 2008/841**

7. Overeenkomstig artikel 2 van Kaderbesluit 2008/841/JBZ van de Raad van 24 oktober 2008 ter bestrijding van georganiseerde criminaliteit<sup>7</sup>, met het opschrift „Strafbare feiten die verband houden met de deelneming aan een criminele organisatie”, neemt „[i]edere lidstaat [...] de nodige maatregelen om één of beide onderstaande gedragingen die verband houden met een criminele organisatie strafbaar te stellen: a) de gedragingen van enig persoon die opzettelijk en met kennis van het oogmerk en van de algemene activiteit van de criminele organisatie dan wel van het voornemen van de organisatie om de strafbare feiten in kwestie te plegen, actief deelneemt aan de criminele activiteiten van de organisatie, onder meer door informatie of middelen te verstrekken, nieuwe leden te werven of de activiteiten van de organisatie in enigerlei vorm te financieren, in de wetenschap dat deze deelneming bijdraagt tot de criminele activiteiten van de organisatie; b) de gedragingen van enig persoon die erin bestaat dat met een of meer personen wordt overeengekomen een activiteit na te streven die, indien zij wordt uitgevoerd, de pleging van de in artikel 1 bedoelde strafbare feiten inhoudt, zelfs indien de persoon in kwestie niet deelneemt aan de feitelijke uitvoering van de activiteit.”

<sup>4</sup> PB 1997, C 340, blz. 93.

<sup>5</sup> PB 2010, C 83, blz. 290.

<sup>6</sup> Dat letterlijk de bewoordingen overneemt van het protocol dat aan het Verdrag van Amsterdam is gehecht.

<sup>7</sup> PB 2008, L 300, blz. 42.

## B. Duits recht

8. Bij de bekrachtiging van de SUO heeft de Bondsrepubliek Duitsland overeenkomstig artikel 55, lid 1, onder b), SUO een „voorbehoud”<sup>8</sup> gemaakt bij artikel 54 ervan (BGBl. 1994 II, blz. 631), waarin met name is bepaald dat de Bondsrepubliek Duitsland niet is gebonden door artikel 54 SUO indien de feiten op grond waarvan in het buitenland vonnis werd gewezen, overeenkomen met het strafbare feit als bedoeld in § 129 van het Strafgesetzbuch (Duits wetboek van strafrecht; hierna: „StGB”).

9. § 129 StGB, met het opschrift „Oprichting van criminele organisaties”, in de voor het hoofdgeding toepasselijke versie, luidt:

„(1) Met een gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaar of met een geldboete wordt gestraft eenieder die een organisatie opricht of als lid aan een organisatie deelneemt, die het plegen van misdrijven tot oogmerk of als activiteit heeft, waarop een maximumgevangenisstraf is gesteld van ten minste twee jaar. Met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaar of met een geldboete wordt gestraft eenieder die aan een dergelijke organisatie steun verleent of daar leden of steunverleners voor werft.

(2) Een organisatie is een georganiseerde duurzame samenwerking van meer dan twee personen, ongeacht of de rol van de leden is vastgelegd en of er sprake is van continuïteit van het lidmaatschap en vormgeving van de structuur, die een hoger gemeenschappelijk belang nastreeft.

[...]

(5) In bijzonder ernstige gevallen als bedoeld in lid 1, eerste volzin, is de straf een gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar. Van een bijzonder ernstig geval is sprake wanneer de dader een van de leiders van de organisatie is of een persoon is die achter de schermen van de organisatie actief is. [...]

## III. Feiten, procedure en prejudiciële vragen

10. De Generalstaatsanwaltschaft Bamberg/Zentralstelle Cybercrime Bayern (openbaar ministerie Bamberg/hoofdbureau Cybercrime Beieren, Duitsland) voert onder andere tegen MR, Israëliisch staatsburger, een opsporingsonderzoek wegens de verdenking dat hij een criminele organisatie heeft opgericht en beleggingsfraude heeft gepleegd.

11. Op 8 december 2020 heeft de rechter-commissaris van het Amtsgericht Bamberg (rechter in eerste aanleg Bamberg, Duitsland) de voorlopige hechtenis van MR bevolen (nationaal aanhoudingsbevel). Als reden daarvoor werd vluchtgevaar verondersteld. Volgens de rechter-commissaris van het Amtsgericht Bamberg bestond er een ernstige verdenking dat hij een criminele organisatie had opgericht en een meerdaadse samenloop van strafbare feiten had gepleegd, door beroepsmatige fraude in bendeverband in de zin van § 129, lid 1, en lid 5, eerste en tweede volzin, § 263, lid 1, en lid 3, tweede volzin, punt 1, en lid 5, § 25, lid 2, en § 53 StGB. Op 11 december 2020 heeft deze rechter op grond van het nationale aanhoudingsbevel een Europees aanhoudingsbevel uitgevaardigd.

<sup>8</sup> In het Duits: „Vorbehalt”.

12. MR was reeds eerder bij onherroepelijk vonnis van het Landesgericht Wien (rechter in tweede aanleg Wenen, Oostenrijk) van 1 september 2020 wegens beroepsmatige ernstige fraude en wegens witwassen van geld definitief tot een gevangenisstraf van vier jaar veroordeeld. MR heeft de bij dat vonnis opgelegde gevangenisstraf van vier jaar inmiddels gedeeltelijk uitgezeten. De rest van de gevangenisstraf is met ingang van 29 januari 2021 omgezet in een voorwaardelijke straf.

13. Op dezelfde datum is MR echter bij vonnis van het Landesgericht Wenen van 29 januari 2021 op grond van het Europees aanhoudingsbevel van de rechter-commissaris van het Amtsgericht Bamberg in Oostenrijk in voorlopige hechtenis genomen. De voorlopige hechtenis is op 18 mei 2021 geëindigd. Sindsdien heeft MR zich in afwachting van zijn verwijdering (met bestemming Israël) in bewaring bevonden. Volgens niet-officiële informatie zou hij reeds in Israël zijn aangekomen.

14. MR heeft beroepen ingesteld tegen het nationale aanhoudingsbevel en het daarop gebaseerde Europese aanhoudingsbevel. Het Landgericht Bamberg (rechter in eerste aanleg Bamberg, Duitsland) heeft deze beroepen bij vonnis van 8 maart 2021 ongegrond verklaard. Die rechter was van oordeel dat MR door het Landesgericht Wenen alleen wegens de frauduleuze strafbare feiten ten koste van de benadeelden in Oostenrijk was veroordeeld. Thans wordt MR wegens de frauduleuze strafbare feiten ten koste van de benadeelden in Duitsland vervolgd. Wegens het verschil in benadeelden betreft het niet hetzelfde strafbare feit in de zin van artikel 54 SUO en artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”). Subsidiair heeft het Landgericht Bamberg verwezen naar artikel 55, lid 1, onder b), SUO. In casu wordt MR immers wegens een strafbaar feit krachtens § 129 StGB vervolgd en de Bondsrepubliek Duitsland heeft wat dat betreft een overeenkomstig voorbehoud gemaakt bij de bekrachtiging van de SUO.

15. Tegen dat vonnis van het Landgericht Bamberg heeft MR hoger beroep ingesteld. De verwijzende rechter is belast met de beoordeling van dat hoger beroep en het verzoek om een prejudiciële beslissing past in het kader van zijn oordeelsvorming ter zake.

16. De verwijzende rechter wenst te vernemen of er overeenkomstig het Unierecht sprake is van een belemmering voor vervolging. Indien dat het geval zou zijn, zou het nationale aanhoudingsbevel moeten worden ingetrokken. Daarmee zou ook het Europees aanhoudingsbevel zonder grond geraken.

17. Voor de vraag of er sprake is van een belemmering voor vervolging is het belangrijk of MR met het Duitse nationale of het Europees aanhoudingsbevel wordt vervolgd wegens een strafbaar feit waarvoor hij reeds door de Oostenrijkse autoriteiten is vervolgd en veroordeeld.

18. Hierbij zijn de feiten belangrijk waarop het Duitse nationale aanhoudingsbevel is gebaseerd en de feiten waarop het vonnis van het Landesgericht Wenen is gebaseerd.

19. MR wordt in het nationale aanhoudingsbevel ten laste gelegd dat hij samen met andere mededaders een geheel van zogenoemde cybertrading-ondernemingen heeft opgericht en in stand gehouden, waarin de aldaar voor het werven en begeleiden van klanten aangestelde zogenoemde agenten („conversion agents” en „retention agents”) – overeenkomstig een actieplan – vanuit callcenters uit het buitenland, onder andere Bulgarije, goedgebouwde beleggers (de klanten) in meerdere Europese landen, waaronder Duitsland en Oostenrijk, winstgevend geldbeleggingen aanboden. Op deze wijze verleidden de agenten de beleggers tot betalingen, welke direct als buit

werden geïnd. De belegger werd daarbij met gebruikmaking van speciale software een beleggingsverlies voorgespiegeld. De uit de buit behaalde winst vloeide – na aftrek van de zakelijke en personeelskosten voor de callcenters en de aldaar werkzame personen (onder andere de agenten) – via omwegen, die dienden om de geldstroom te verhullen – toe aan MR en zijn mededaders. De rol van MR bestond erin dat hij en zijn mededaders het bedrijf opzetten, dat de basis vormde voor de afzonderlijke frauduleuze handelingen van de agenten ten koste van elke benadeelde. MR verrichtte aldus uitsluitend managementfuncties, terwijl de agenten in de callcenters, die elk naargelang de moedertaal van de benadeelden, per afdeling samengevoegd werkzaam waren (voor Duitsland en Oostenrijk in de zogenoemde „German desk”), door afdelingschefs werden geleid. Wat dat betreft stemmen de – volgens de vaststellingen van de verwijzende rechter – aan MR verweten handelingen, waarop het Duitse nationale aanhoudingsbevel en de veroordeling door het Landesgericht Wenen zijn gebaseerd, overeen.

20. De verwijzende rechter stelt dat er naar Duits recht geen sprake is van een belemmering voor vervolging. Bovendien verduidelijkt hij dat hij het niet eens is met het standpunt van het Landgericht Bamberg dat identiteit van het strafbare feit, met name alleen al wegens de verschillende benadeelden is uitgesloten (het Duitse nationale aanhoudingsbevel heeft betrekking op financiële schade die in Duitsland is veroorzaakt en Duitse benadeelden, terwijl het vonnis van het Landesgericht Wenen betrekking heeft op in Oostenrijk veroorzaakte schade en betrekking heeft op Oostenrijkse benadeelden). Anders dan het Landgericht Bamberg betwijfelt de verwijzende rechter ook of er niet op grond van het Unierecht sprake is van een belemmering voor vervolging.

21. Aangezien er naar nationaal recht geen sprake is van een belemmering voor vervolging, is alleen van belang of er sprake is van enige procedurele belemmering op grond van het in artikel 54 SUO en in artikel 50 van het Handvest neergelegde beginsel ne bis in idem. Indien er sprake is van een dergelijke belemmering, moet ook worden verduidelijkt of artikel 54 SUO in casu nog relevant is. Dat artikel is namelijk niet van toepassing wanneer artikel 55 SUO en de verklaring die de Bondsrepubliek Duitsland uit hoofde van dat artikel bij de bekrachtiging van de SUO heeft afgelegd nog steeds geldig zijn.

22. Voorts wenst de verwijzende rechter te vernemen of de door de Bondsrepubliek Duitsland bij de bekrachtiging van de SUO met betrekking tot § 129 StGB afgelegde verklaring in die mate verenigbaar is met artikel 55, lid 1, onder b), SUO (dat wil zeggen wanneer de organisatie uitsluitend vermogensdelicten pleegt en niet ook nog politieke, ideologische, religieuze of wereldbeschouwelijke doelstellingen nastreeft).

23. Tegen deze achtergrond heeft het Oberlandesgericht Bamberg (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Beieren, Bamberg, Duitsland) bij beslissing van 4 juni 2021, ingekomen bij het Hof op 11 juni 2021, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is artikel 55 [SUO] met artikel 50 van het [Handvest] verenigbaar en nog geldig, voor zover het op het verbod van dubbele vervolging de uitzondering toestaat, dat een overeenkomstsluitende partij op het tijdstip van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring van deze overeenkomst kan verklaren dat zij niet door artikel 54 SUO is gebonden, indien de feiten op grond waarvan in het buitenland vonnis werd gewezen een inbreuk vormen op de veiligheid van de staat of andere even wezenlijke belangen van deze overeenkomstsluitende partij?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

Staan de artikelen 54 en 55 SUO en de artikelen 50 en 52 van het Handvest eraan in de weg dat de door de Bondsrepubliek Duitsland bij de bekrachtiging van de SUO met betrekking tot § 129 StGB afgelegde verklaring door de Duitse rechter aldus wordt uitgelegd, dat ook criminele organisaties – zoals de onderhavige – onder de verklaring vallen die uitsluitend vermogensdelicten plegen en niet ook nog politieke, ideologische, religieuze of wereldbeschouwelijke doelstellingen nastreven en evenmin met ongeoorloofde middelen invloed willen verkrijgen op de politiek, de media, het openbaar bestuur, de justitie of de economie?”

24. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door MR, de Oostenrijkse, de Franse en de Duitse regering en de Europese Commissie. Al deze partijen en de Generalstaatsanwaltschaft Bamberg hebben ter terechtzitting van 7 juli 2022 pleidooi gehouden.

#### IV. Analyse

##### A. Eerste prejudiciële vraag

25. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een op artikel 55, lid 1, onder b), SUO gebaseerde verklaring verenigbaar is met artikel 50 en artikel 52, lid 1, van het Handvest.

26. Dit vraagt om een korte classificatie en categorisering van artikel 54 en artikel 55, lid 1, onder b), SUO in het rechtskader van de Unie.

##### 1. Artikel 54 SUO

27. Artikel 54 SUO verankert het beginsel ne bis in idem in de SUO door te bepalen dat een persoon die bij onherroepelijk vonnis door een overeenkomstsluitende partij<sup>9</sup> is berecht, door een andere overeenkomstsluitende partij niet kan 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 wet van de veroordelende overeenkomstsluitende partij niet meer ten uitvoer gelegd kan worden.

28. Het beginsel ne bis in idem is een grondrecht dat bekend is in elke rechtsorde die op de rechtsstaat is gebaseerd. Sinds de invoering ervan heeft het gediend om het individu te beschermen tegen de willekeur die erin zou bestaan dat een en hetzelfde individu meerdere keren terechtstaat voor hetzelfde, op verschillende manieren gekwalificeerde feit.<sup>10</sup> In een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen heeft het beginsel ne bis in idem ook een „andere doelstelling”<sup>11</sup> gekregen, namelijk het waarborgen van het vrije verkeer. Ruimer gezien, valt het ook onder het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten: wanneer de autoriteiten van lidstaat A een persoon in een strafrechtelijke procedure hebben veroordeeld of vrijgesproken, moeten de autoriteiten van lidstaat B vertrouwen hebben in de uitkomst van deze

<sup>9</sup> Het feit dat in de SUO gebruik wordt gemaakt van de term „overeenkomstsluitende partij” in plaats van „lidstaat” heeft te maken met de intergouvernementele oorsprong ervan.

<sup>10</sup> Zie de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, punt 36).

<sup>11</sup> Conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, punt 38).

procedure en mogen zij geen vervolging meer kunnen instellen. Zoals ook gebruikelijk is op andere gebieden van het Unierecht, wordt het territorialiteitsbeginsel, dat inherent is aan elk nationaal strafrechtstelsel, in een dergelijk geval verstoord door de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht.

29. In de eerste zaak over het beginsel *ne bis in idem* in het kader van de SUO – die het Hof overigens voor het eerst de gelegenheid heeft geboden om de SUO uit te leggen<sup>12</sup> – heeft het geoordeeld dat het in artikel 54 SUO verankerde beginsel *ne bis in idem* ongeacht of het wordt toegepast op procedures tot beëindiging van strafvervolging met of zonder rechterlijke tussenkomst of op rechterlijke uitspraken, noodzakelijkerwijs impliceert dat de lidstaten wederzijds vertrouwen hebben in hun respectieve strafrechtssystemen en dat elke lidstaat de toepassing van het in de andere lidstaten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden.<sup>13</sup>

30. Wat de vraag betreft of artikel 54 SUO verenigbaar is met het Handvest, heeft het Hof in het arrest *Spasic*<sup>14</sup> geoordeeld dat, hoewel moet worden aangenomen dat een bepaling als artikel 54 SUO de wezenlijke inhoud van het in artikel 50 van het Handvest verankerde beginsel *ne bis in idem* eerbiedigt<sup>15</sup>, de vraag of de uit de tenuitvoerleggingsvoorwaarde van artikel 54 SUO voortvloeiende beperking evenredig is, moet worden beoordeeld overeenkomstig artikel 52, lid 1, van het Handvest. Het Hof is in die zaak tot de conclusie gekomen dat de beperking evenredig is.<sup>16</sup>

31. Evenzo wordt in de niet-bindende, maar niettemin nuttige<sup>17</sup> toelichtingen bij het Handvest met betrekking tot artikel 50 uitdrukkelijk melding gemaakt van artikel 54 SUO als een van de bepalingen die onder de horizontale bepaling van artikel 52, lid 1, van het Handvest vallen.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Het arrest van het Hof was gebaseerd op het voormalige artikel 35, lid 4, VEU. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak *Gözütok en Brügge* (C-187/01 en C-385/01, EU:C:2002:516, punt 2).

<sup>13</sup> Zie arrest van 11 februari 2003, *Gözütok en Brügge* (C-187/01 en C-385/01, EU:C:2003:87, punt 33).

<sup>14</sup> Zie arrest van 27 mei 2014 (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586).

<sup>15</sup> Zie arrest van 27 mei 2014 (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, punt 59).

<sup>16</sup> Zie arrest van 27 mei 2014 (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, punten 59 e.v.).

<sup>17</sup> Overeenkomstig artikel 6, lid 1, derde alinea, VEU en artikel 52, lid 7, van het Handvest, zijn de toelichtingen opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van het Handvest en moeten zij door de rechterlijke instanties van de Unie en van de lidstaten naar behoren in acht worden genomen.

<sup>18</sup> Zie toelichting ad artikel 50 – Recht om niet tweemaal in een strafrechtelijke procedure voor hetzelfde delict te worden berecht of gestraft, in de Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten (PB 2007, C 303, blz. 17): „Overeenkomstig artikel 50 is de regel ‚ne bis in idem’ niet alleen van toepassing 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 [SUO] en het arrest van het Hof van Justitie van 11 februari 2003, zaak C-187/01, [*Gözütok en Brügge* (C-187/01 en C-385/01, EU:C:2003:87)], artikel 7 van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschap, en artikel 10 van de Overeenkomst ter bestrijding van corruptie. De beperkte uitzonderingen waarmee het de lidstaten krachtens die overeenkomsten is toegestaan om af te wijken van de regel ‚ne bis in idem’ vallen onder de horizontale beperkingsbepaling van artikel 52, lid 1. Wat de in artikel 4 van het Zevende Protocol 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 Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM).”



## **2. Artikel 55, lid 1, onder b), SUO – Verklaringen inzake uitzonderingen op het beginsel ne bis in idem**

### **a) Algemene overwegingen**

32. Artikel 55, lid 1, SUO voorziet in een reeks uitzonderingen op het beginsel ne bis in idem door de overeenkomstsluitende partijen toe te staan onder bepaalde voorwaarden te verklaren dat zij niet gebonden zijn door artikel 54 SUO. Overeenkomstig die bepaling kan een overeenkomstsluitende partij op het tijdstip van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring van de SUO verklaren dat zij in een of meer van de volgende gevallen niet door artikel 54 is gebonden: a) indien de feiten op grond waarvan in het buitenland vonnis werd gewezen zich geheel of gedeeltelijk op haar eigen grondgebied hebben afgespeeld; in het laatste geval is deze uitzondering niet van toepassing indien de feiten zich gedeeltelijk hebben afgespeeld op het grondgebied van de overeenkomstsluitende partij waarin het vonnis werd gewezen; b) indien de feiten op grond waarvan in het buitenland vonnis werd gewezen een inbreuk vormen op de veiligheid van de staat of andere even wezenlijke belangen van deze overeenkomstsluitende partij; en c) indien de feiten op grond waarvan in het buitenland vonnis werd gewezen, zijn begaan door een ambtenaar van deze overeenkomstsluitende partij in strijd met zijn ambtsplichten.

33. Overeenkomstig artikel 139, lid 1, SUO worden de akten van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring bij de regering van het Groothertogdom Luxemburg neergelegd; deze geeft aan alle overeenkomstsluitende partijen kennis van de neerlegging.

34. Sinds het Schengenacquis bij het Verdrag van Amsterdam in de rechtsorde van de Unie is opgenomen, vormt de SUO een Unierechtelijke handeling.

35. Om te beginnen moet worden benadrukt dat dergelijke verklaringen, wat betreft de juridische aard ervan, niet mogen worden beschouwd als „voorbehouden” in de zin van artikel 2, lid 1, onder d), van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.<sup>19</sup> Dit vloeit niet alleen voort uit het feit dat de SUO na de opneming van het Schengenacquis in de rechtsorde van de Unie wordt beschouwd als een Unierechtelijke handeling die per definitie geen ruimte laat voor enig „voorbehoud” in de zin van het Verdrag van Wenen, maar ook uit artikel 137 SUO, dat bepaalt dat „voorbehouden” alleen zijn toegestaan in het kader van artikel 60 SUO.<sup>20</sup> Bijgevolg moet de term „verklaring” worden gebruikt in plaats van de term „voorbehoud”.<sup>21</sup> Een dergelijke verklaring moet uitsluitend vanuit het oogpunt van het Unierecht worden onderzocht en in deze context hoeft geen beroep te worden gedaan op het internationaal publiekrecht.

<sup>19</sup> Gesloten te Wenen op 23 mei 1969. In werking getreden op 27 januari 1980. *United Nations Treaty Series*, deel 1155, blz. 331. Volgens deze bepaling wordt onder „voorbehoud” verstaan een eenzijdige verklaring, ongeacht haar bewoording of haar benaming, afgelegd door een staat wanneer hij een verdrag ondertekent, bekrachtigt, aanvaardt of goedkeurt of daartoe toetreedt, waarbij hij te kennen geeft het rechtsgevolg van zekere bepalingen van het verdrag in hun toepassing met betrekking tot deze staat uit te sluiten of te wijzigen.

<sup>20</sup> Krachtens artikel 60 SUO zijn, in de verhouding tussen twee overeenkomstsluitende partijen, waarvan er één geen partij is bij het Europees Verdrag van 13 september 1957 betreffende uitlevering, de bepalingen van dat verdrag toepasselijk, rekening houdend met voorbehouden en verklaringen die zijn afgelegd, hetzij bij de bekrachtiging van dat verdrag, hetzij – voor overeenkomstsluitende partijen die geen partij zijn bij dat verdrag – bij de bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring van deze overeenkomst.

<sup>21</sup> Er zij op gewezen dat Duitsland in zijn op grond van artikel 55, lid 1, onder b), SUO vastgestelde handeling de term „voorbehoud” („Vorbehalt”) gebruikt in plaats van „verklaring”.

***b) Verenigbaarheid met artikel 50 en artikel 52, lid 1, van het Handvest***

36. Vervolgens rijst de vraag – en dat is in casu wat de verwijzende rechter wenst te vernemen – of een op artikel 55, lid 1, onder b), SUO gebaseerde verklaring verenigbaar is met het Handvest, met name met artikel 50 en artikel 52, lid 1, daarvan. Een dergelijke uitzondering valt binnen de werkingssfeer van het Handvest<sup>22</sup> zoals uitdrukkelijk is bepaald in de SUO, die (nu) een Unierechtelijke handeling is en de lidstaten toestaat om een grondrecht te beperken, mits zij kennisgeven van de desbetreffende beperking.

37. Het Hof heeft zich nog niet eerder uitgesproken over de vraag of de uitzonderingen van artikel 55 SUO verenigbaar zijn met rechtsbepalingen van een hogere orde. In het arrest Kossowski<sup>23</sup> heeft het Hof geweigerd zich uit te spreken over de vraag of verklaringen uit hoofde van artikel 55, lid 1, onder a), SUO, te weten verklaringen van een lidstaat dat hij niet door artikel 54 SUO is gebonden indien de feiten op grond waarvan in het buitenland vonnis werd gewezen zich geheel of gedeeltelijk op zijn eigen grondgebied hebben afgespeeld<sup>24</sup>, van kracht blijven na de opnemings van het Schengenacquis in de rechtsorde van de Unie, aangezien het in die zaak door het antwoord van het Hof op een andere vraag onnodig was geworden die vraag te beantwoorden. Niettemin was advocaat-generaal Bot, na een grondige analyse, van mening dat de in artikel 55, lid 1, onder a), SUO bedoelde uitzondering „niet verenigbaar [was] met de wezenlijke inhoud van het in artikel 50 van het Handvest neergelegde ‚ne bis in idem’-beginsel”.<sup>25</sup> Verderop in deze conclusie kom ik nog terug op de conclusie van advocaat-generaal Bot.<sup>26</sup>

38. Uitzonderingen op het in artikel 50 van het Handvest verankerde beginsel zijn in beginsel mogelijk voor zover zij voldoen aan de vereisten van artikel 52, lid 1, van het Handvest.<sup>27</sup> Net als in het bovengenoemde arrest Spasic moet dus worden nagegaan of de uitzondering van artikel 55, lid 1, onder b), SUO voldoet aan de voorwaarden van artikel 52, lid 1, van het Handvest.

39. Overeenkomstig artikel 52, lid 1, van het Handvest moeten beperkingen op de uitoefening van de in het Handvest erkende rechten en vrijheden bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

***1) Beperking***

40. Een verklaring uit hoofde van artikel 55, lid 1, onder b), SUO vormt zonder enige twijfel een beperking van het in het Handvest neergelegde beginsel ne bis in idem, aangezien deze bepaling er juist toe strekt dit grondrecht onder bepaalde voorwaarden buiten toepassing te laten.

<sup>22</sup> Zie artikel 51, lid 1, van het Handvest.

<sup>23</sup> Zie arrest van 29 juni 2016 (C-486/14, EU:C:2016:483).

<sup>24</sup> In het laatste geval (met name indien de feiten op grond waarvan in het buitenland vonnis werd gewezen zich gedeeltelijk op haar eigen grondgebied hebben afgespeeld) is deze uitzondering niet van toepassing indien de feiten zich gedeeltelijk hebben afgespeeld op het grondgebied van de overeenkomstsluitende partij waarin het vonnis werd gewezen.

<sup>25</sup> Zie de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, punt 68).

<sup>26</sup> Zie punt 55 van deze conclusie.

<sup>27</sup> In dit verband ben ik het niet eens met het argument van MR dat het in artikel 50 van het Handvest vervatte recht helemaal niet kan worden beperkt.

## 2) Bij wet gesteld

41. Aangezien de mogelijkheid om verklaringen af te leggen en dus beperkingen te stellen aan het beginsel ne bis in idem is opgenomen in artikel 55, lid 1, onder b), SUO, dat hier aan de orde is, kan op het eerste gezicht worden aangenomen dat deze mogelijkheid bij wet is gesteld, zoals artikel 52, lid 1, van het Handvest vereist.

42. Niettemin ben ik van mening dat de juridische situatie niet zo eenvoudig is als zij op het eerste gezicht lijkt. De vraag of artikel 55, lid 1, onder b), SUO nog steeds van toepassing is, is immers onlosmakelijk verbonden met de vraag of de uit dien hoofde afgelegde verklaringen geldig zijn. Anders gezegd, wanneer de mogelijkheid om zich op een verklaring te beroepen niet meer bestaat, is het gehele mechanisme van artikel 55, lid 1, onder b), SUO niet meer van toepassing.

43. Zoals de Oostenrijkse regering in haar schriftelijke opmerkingen terecht opmerkt, vereist de voorwaarde „bij wet gesteld” ten eerste dat de wet voldoende toegankelijk is, in die zin dat de betrokkene een in de gegeven omstandigheden toereikende aanwijzing moet kunnen krijgen over de rechtsregels die op een bepaalde zaak van toepassing zijn en de gevolgen moet kunnen voorzien die een bepaalde handeling kan hebben, en ten tweede dat de wet voldoende nauwkeurig is geformuleerd om de betrokkene in staat te stellen zijn gedrag te regelen.<sup>28</sup>

44. Op het eerste gezicht lijkt artikel 55, lid 1, onder b), SUO aan de bovengenoemde voorwaarden te voldoen: het is duidelijk geformuleerd en geeft eenieder de mogelijkheid om na te gaan of de lidstaten ter bescherming van de veiligheid van de staat of andere even wezenlijke belangen in uitzonderingen op het beginsel ne bis in idem kunnen voorzien. Niettemin lijken rechterlijke instanties in sommige lidstaten (Italië<sup>29</sup> en Griekenland<sup>30</sup>) te twijfelen aan de geldigheid van de verklaringen van hun lidstaten uit hoofde van artikel 55, lid 1, onder b), SUO. In beide gevallen is de redenering dat de verklaringen niet meer geldig zijn omdat artikel 55, lid 1, onder b), SUO niet meer mag worden toegepast.

45. Wat de verklaringen van de lidstaten uit hoofde van deze bepaling betreft, komt een ander beeld naar voren.

46. Om te beginnen valt na de opneming van de SUO in de rechtsorde van de Unie moeilijk in te zien hoe artikel 139 SUO nog kan worden gehandhaafd, volgens hetwelk de akten van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring bij de regering van het Groothertogdom Luxemburg moeten worden neergelegd, die aan alle overeenkomstsluitende partijen kennisgeeft van de neerlegging. De bekendmaking van uitzonderingen op een door het Handvest gewaarborgd

<sup>28</sup> Zie in die zin arresten van het EHRM van 26 april 1979, *The Sunday Times* tegen Verenigd Koninkrijk (CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, § 49), en 29 maart 2010, *Medvedyev e.a.* tegen Frankrijk (CE:ECHR:2010:0329JUD000339403, §§ 93 e.v.).

<sup>29</sup> In een vonnis van 6 juli 2011 (Walz, RG 12396/927) heeft de Tribunale di Milano (rechter in eerste aanleg Milaan, Italië) geoordeeld dat de Italiaanse verklaring ontoepasbaar is sinds de SUO bij het Verdrag van Amsterdam in het Unierecht is opgenomen. Deze rechter is van oordeel dat, aangezien deze opneming geen betrekking had op de verklaringen van de lidstaten, zij geen effect meer sorteren daar zij niet uitdrukkelijk zijn verlengd. Voorts benadrukt hij dat binnen de Europese Unie, die tot doel heeft een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht tot stand te brengen waarin het vrije verkeer van personen is gewaarborgd, het beginsel ne bis in idem bijzonder ruim moet worden toegepast om te voorkomen dat een persoon door de uitoefening van zijn recht op vrij verkeer voor dezelfde feiten op het grondgebied van meer dan één lidstaat wordt vervolgd, hetgeen tot gevolg heeft dat afwijkingen van het beginsel ne bis in idem, zoals die van artikel 55, lid 1, SUO, niet meer zijn toegestaan.

<sup>30</sup> Bij arrest 1/2011 van 9 juni 2011 heeft de gewone strafkamer van de Areios Pagos (hoogste rechterlijke instantie, Griekenland) vastgesteld dat de door Griekenland afgelegde verklaring, alsook de verklaringen van de andere lidstaten niet meer geldig zijn. De in de Griekse verklaring opgenomen beperking was niet noodzakelijk in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest en beantwoordde niet daadwerkelijk aan doelstellingen van algemeen belang: gelet op het feit dat de waarden en de juridische cultuur van de lidstaten identiek zijn, zijn de vervolging en oplegging van een strafrechtelijke sanctie voor dat strafbare feit niet noodzakelijk en kunnen zij niet worden beschouwd als een door de Europese Unie erkende doelstelling van algemeen belang.

grondrecht in een situatie waarin bij Unierechtelijke handeling is voorzien in de mogelijkheid om uitzonderingen te maken, kan niet aan de regering van een lidstaat worden overgelaten, maar moet op Unieniveau gebeuren, bij voorkeur in het Publicatieblad. Het feit dat de verklaringen niet door de Europese Unie zijn bekendgemaakt (in het Publicatieblad of elders), maakt het immers moeilijk om nauwkeurig vast te stellen welke overeenkomstsluitende partijen dergelijke verklaringen hebben afgelegd.

47. Er heerst een absoluut gebrek aan toegankelijkheid en voorzienbaarheid, zoals vereist door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, met betrekking tot het bestaan en, in voorkomend geval, de bekendmaking van de door de lidstaten vastgestelde uitzonderingen. Dat is te wijten aan het feit dat het zowel voor de lidstaten als voor de houders van grondrechten niet duidelijk is of artikel 55, lid 1, onder b), SUO nog van toepassing is.

48. We kunnen gerust aannemen dat acht lidstaten<sup>31</sup> (de toenmalige „overeenkomstsluitende partijen”) (Denemarken, Duitsland, Griekenland, Frankrijk, Italië, Oostenrijk, Finland en Zweden) vóór de opneming van het Schengenacquis in de rechtsorde van de Unie verklaringen uit hoofde van artikel 55, lid 1, SUO hebben afgelegd.<sup>32</sup> De Franse verklaring is echter nooit bij de depositaris (de Luxemburgse regering) aangekomen.<sup>33</sup> Voorts is er geen enkel bewijs dat Italië de depositaris in kennis heeft gesteld. Bovendien lijkt geen enkele lidstaat na de opneming van het Schengenacquis in de rechtsorde van de Unie nog een verklaring te hebben afgelegd.<sup>34</sup> In de Toetredingsverdragen van 2003, 2005 en 2012 is bepaald dat de bepalingen van Protocol (nr. 19) en de daarop voortbouwende of op een andere wijze daaraan gerelateerde rechtsbesluiten vanaf de datum van toetreding verbindend zijn voor en toepasselijk in de nieuwe lidstaten.<sup>35</sup> Er zijn echter geen aanwijzingen over de mogelijkheid voor deze lidstaten om verklaringen af te leggen, over de termijn waarbinnen zij dit moeten doen en evenmin over de verplichting om deze verklaringen aan de depositaris te doen toekomen of bekend te maken. Dit leidt tot grote onzekerheid.

49. Aangezien geen enkele van de verklaringen op Unieniveau is bekendgemaakt, is mijns inziens niet voldaan aan het vereiste van toegankelijkheid. Het is niet redelijk om van de individuen voor wie dergelijke verklaringen van belang kunnen zijn, te verwachten dat zij zich op elk nationaal niveau informeren, zoals de Franse regering ter terechtzitting heeft gesuggereerd.

<sup>31</sup> Naast deze lidstaten hebben ook Noorwegen, Liechtenstein en Zwitserland verklaringen afgelegd, evenals het Verenigd Koninkrijk.

<sup>32</sup> Dat blijkt uit een gecombineerde lezing van beschikbare bronnen. Zie Göilly, S., „NE BIS IN IDEM”. *Das unionsrechtliche Doppelverfolgungsverbot*, Wenen, 2017, blz. 102-151, in het bijzonder blz. 113; Schomburg, W., Wahl, T., in Schomburg, W., Lagodny, O., Gleß, S., Hackner, T., *International Cooperation in Criminal Matters*, 6e druk, München, 2020, SDÜ Artikel 55, punt 1a; Werkdocument van de diensten van de Commissie, bijlage bij het Groenboek over jurisdictiegeschillen en het ne bis in idem-beginsel in strafprocedures (COM(2005) 696 definitief), SEC(2005) 1767, Brussel, 23 december 2005, blz. 47; Nota van het voorzitterschap van de Raad aan het Comité van artikel 36, „Declarations by Member States pursuant to Article 55 of the Schengen Convention”, Brussel, 1 juni 2006, 10061/06 (COPEN 61, COMIX 514, blz. 2).

<sup>33</sup> Frankrijk heeft dat ter terechtzitting voor het Hof toegegeven.

<sup>34</sup> Artikel 8 van het Protocol tot opneming van het Schengenacquis in het kader van de Europese Unie, dat aan het Verdrag van Amsterdam is gehecht, bepaalt in wezen dat het Schengenacquis door alle staten die kandidaat zijn voor toetreding volledig moet worden aanvaard.

<sup>35</sup> Zie bijvoorbeeld 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 (PB 2003, L 236, blz. 33).

50. Tegen de hierboven geschetste achtergrond heb ik grote moeite om de verklaringen van de acht lidstaten nog als geldend recht te beschouwen. De hele situatie lijkt te onduidelijk en te verwarrend om zekerheid te bieden over de rechtsgrondslag van de beperking.<sup>36</sup>

51. Bijgevolg ben ik van mening dat de verklaringen uit hoofde van artikel 55, lid 1, onder b), SUO niet voldoen aan het vereiste van artikel 52, lid 1, van het Handvest dat een beperking bij wet moet worden gesteld. Aangezien deze verklaringen, zoals hierboven is aangetoond, onlosmakelijk verbonden zijn met artikel 55, lid 1, onder b), SUO, wordt het gehele mechanisme van deze bepaling aangetast en kan het door de nationale rechterlijke instanties niet meer worden toegepast.

### 3) *Wezenlijke inhoud van het beginsel ne bis in idem*

52. Wat betreft de vraag of artikel 55, lid 1, onder b), „de wezenlijke inhoud [eerbiedigt]” van het beginsel ne bis in idem, moet worden benadrukt dat het Hof, met betrekking tot de tenuitvoerleggingsvoorwaarde in artikel 54 SUO, heeft geoordeeld dat die voorwaarde „niet afdoet aan het beginsel ne bis in idem als zodanig”.<sup>37</sup> Net als de andere uitzonderingen waarin artikel 55, lid 1, SUO voorziet, doet de uitzondering van artikel 55, lid 1, onder b), SUO echter *wel* af aan dat beginsel als zodanig, aangezien een lidstaat kan verklaren dat hij in bepaalde gevallen helemaal niet gebonden is door dat beginsel. Anders dan de tenuitvoerleggingsvoorwaarde van artikel 54 SUO, die erop gericht is strafontloping te voorkomen, kan – zoals MR in zijn schriftelijke opmerkingen betoogt – de uitzondering van artikel 55, lid 1, onder b), SUO ervoor zorgen dat iemand opnieuw wordt vervolgd en veroordeeld en dat een nieuw vonnis ten uitvoer wordt gelegd, ondanks het feit dat die persoon reeds bij onherroepelijk vonnis is berecht en de bijbehorende straf ten uitvoer is gelegd. Dit druist rechtstreeks in tegen het doel zelf van het beginsel ne bis in idem.<sup>38</sup>

53. Voorts verwijs ik naar advocaat-generaal Bot, die in dit verband heeft gewezen op het bijzondere belang dat de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht heeft als aanvulling op de interne markt, die „een rechtskader [biedt] dat de individuele rechten van de Unieburgers omvat”<sup>39</sup> en die zo aan het begrip burgerschap van de Unie een „concrete invulling”<sup>40</sup> geeft. Hij beklemtoonde ook het fundamentele belang van het beginsel van wederzijdse erkenning (en wederzijds vertrouwen) in verband met het beginsel ne bis in idem.<sup>41</sup> In wezen was zijn argument dat op grond van de rechtspraak van het Hof over artikel 54 SUO reeds met een groot aantal strafbare feiten rekening kan worden gehouden; een bijkomende toepassing van het territorialiteitsbeginsel zou onvoldoende rekening houden met het beginsel ne bis in idem.

<sup>36</sup> Indien de uitzondering van artikel 55, lid 1, onder b), SUO zou worden gehandhaafd, zouden wij ons bovendien in een situatie bevinden die erger is dan een situatie waarin het Unierecht à la carte wordt toegepast: het zou betekenen dat lidstaten die later dan andere tot de Europese Unie zijn toegetreten, in feite „privileges” mislopen.

<sup>37</sup> Zie arrest van 27 mei 2014, Spasic (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, punt 58).

<sup>38</sup> Het gaat hier duidelijk om een andere situatie dan in het arrest van 22 maart 2022, bpost (C-117/20, EU:C:2022:202, punt 43), waarin het Hof heeft geoordeeld dat bij een mogelijkheid om vervolgingsmaatregelen en sancties te cumuleren de wezenlijke inhoud van artikel 50 van het Handvest geëerbiedigd wordt op voorwaarde dat de nationale regeling niet toestaat dat dezelfde feiten worden vervolgd en bestraft *wegens hetzelfde strafbare feit of met het oog op het nastreven van dezelfde doelstelling*, maar enkel voorziet in de mogelijkheid tot cumulatie van vervolgingsmaatregelen en sancties op grond van verschillende regelingen.

<sup>39</sup> Zie de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, punt 44).

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Zie de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, punt 43).

54. Ik moet toegeven dat ik niet alleen sympathie heb voor deze redenering, maar ook van mening ben dat zij kan worden toegepast op de situatie van artikel 55, lid 1, onder b), SUO. De uitzonderingen in zowel artikel 55, lid 1, onder a), als artikel 55, lid 1, onder b), SUO houden verband met het territorialiteitsbeginsel dat aan het strafrecht ten grondslag ligt: terwijl een staat in het onder a) genoemde geval zijn strafrechtelijke bevoegdheid wil behouden indien een strafbaar feit op zijn grondgebied is gepleegd, wil hij in het onder b) genoemde geval zijn strafrechtelijke bevoegdheid behouden met betrekking tot strafbare feiten die een inbreuk vormen op zijn nationale veiligheid en andere voor hem even wezenlijke belangen. Bijgevolg is de redenering van advocaat-generaal Bot in de zaak Kossowski mutatis mutandis van toepassing op de onderhavige zaak.

55. De ruimte van vrijheid, veiligheid en recht is sinds de vaststelling van de SUO sterk geëvolueerd. In het bijzonder lijken de uitzonderingen van artikel 55, lid 1, SUO, gelet op de geleidelijke ontwikkeling van de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning en de inwerkingtreding van het Handvest, mijns inziens overbodig. Ik wil er ook aan herinneren dat het beginsel van wederzijds vertrouwen een doorslaggevende rol heeft gespeeld bij de vaststelling door het Hof dat het ontwerp van toetredingsovereenkomst tot het EVRM niet verenigbaar was met de Verdragen.<sup>42</sup> Tegen die achtergrond is het moeilijk te rechtvaardigen dat uitzonderingen als de aan de orde zijnde uitzondering, die duidelijk indruist tegen dat beginsel, worden gehandhaafd.<sup>43</sup>

#### 4) Conclusie

56. Om alle hiervoor uiteengezette redenen ben ik van mening dat de verklaringen niet langer van toepassing zijn. Zij zijn niet bij wet gesteld en bovendien eerbiedigt artikel 55, lid 1, onder b), SUO niet de wezenlijke inhoud van het beginsel ne bis in idem. De verklaringen moeten ten grave worden gedragen.

57. Ik geef het Hof derhalve in overweging op de eerste vraag te antwoorden dat de verklaringen uit hoofde van artikel 55, lid 1, onder b), SUO niet verenigbaar zijn met artikel 50 en artikel 52, lid 1, van het Handvest. De bepalingen waarnaar in dergelijke verklaringen wordt verwezen, kunnen niet worden toegepast in gerechtelijke procedures.

### B. Tweede prejudiciële vraag

58. Als gevolg van mijn analyse van de eerste vraag hoeft de tweede vraag niet meer te worden onderzocht. De hiernavolgende beoordeling wordt dus volledigheidshalve verricht, ingeval het Hof tot een andere conclusie komt met betrekking tot de eerste vraag.

59. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 54 en 55 SUO en de artikelen 50 en 52 van het Handvest in de weg staan aan een uitlegging volgens welke onder de uit hoofde van artikel 55, lid 1, onder b), SUO afgelegde verklaring ook criminele organisaties vallen die uitsluitend vermogensdelicten plegen en niet ook nog politieke,

<sup>42</sup> Zie advies 2/13 (Toetreding van de Europese Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punten 168, 191-194 en 258).

<sup>43</sup> Evenzo is in de rechtsleer benadrukt dat de beperkingen die artikel 55 SUO aan het beginsel ne bis in idem heeft gesteld, achterhaald zijn door de ontwikkeling van de strafrechtelijke samenwerking tussen de lidstaten. Daarom moet de voorkeur worden gegeven aan de vrijheid van de betrokkene in plaats van aan de staat die zich op een uitzondering beroept. Zie in die zin Schomburg, W., Wahl, T., op. cit., SDÜ Artikel 55, punt 11, waarin ook nadrukkelijk en vlijmscherp wordt gesteld dat wederzijdse erkenning geen eenrichtingsverkeer is dat erop gericht is aan de „libido puniendi” van lidstaten te voldoen, maar ook in het voordeel van individuen werkt.

ideologische, religieuze of wereldbeschouwelijke doelstellingen nastreven en evenmin met ongeoorloofde middelen invloed willen verkrijgen op de politiek, de media, het openbaar bestuur, de justitie of de economie.

60. In dit verband merk ik op dat de overeenkomstsluitende partijen ervoor hebben gekozen het begrip „veiligheid van de staat” te gebruiken in artikel 55, lid 1, onder b), SUO. Hetzelfde begrip komt voor in artikel 4, lid 2, VEU, waarin wordt gepreciseerd dat de Unie de essentiële staatsfuncties eerbiedigt, met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid. In diezelfde bepaling wordt voorts gepreciseerd dat met name de nationale veiligheid de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat blijft.<sup>44</sup>

61. Het Hof heeft duidelijk onderscheid gemaakt tussen dergelijke uitzonderingen omwille van de „veiligheid van de staat” en uitzonderingen omwille van de „openbare veiligheid” die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde (*ordre public*), die vooral wijdverspreid zijn op het gebied van de interne markt.<sup>45</sup> Het Hof heeft geoordeeld dat nationale veiligheid strookt met het grote belang dat wordt gehecht aan de bescherming van de essentiële staatsfuncties en de fundamentele belangen van de samenleving, en het voorkomen en bestrijden van activiteiten omvat die de fundamentele constitutionele, politieke, economische of sociale structuren van een land ernstig kunnen destabiliseren en met name een rechtstreekse bedreiging kunnen vormen voor de samenleving, de bevolking of de staat als zodanig, zoals terroristische activiteiten.<sup>46</sup> Het doel van de nationale veiligheid gaat echter verder dan dat van de bestrijding van – zelfs ernstige – criminaliteit in het algemeen, en de bescherming van de openbare veiligheid. Bedreigingen van de nationale veiligheid verschillen door hun aard en hun bijzondere ernst immers van het algemene risico dat zich – zelfs ernstige – spanningen of wanordelijkheden zullen voordoen die de openbare veiligheid ondermijnen. De doelstelling van bescherming van de nationale veiligheid kan derhalve maatregelen rechtvaardigen die ernstigere inmengingen in de grondrechten met zich brengen dan die welke door die andere doelstellingen zouden kunnen worden gerechtvaardigd.<sup>47</sup>

62. Krachtens de uit hoofde van artikel 55, lid 1, onder b), SUO afgelegde verklaring is Duitsland niet gebonden door artikel 54 SUO voor een aantal strafbare feiten, waaronder dat van § 129 StGB. Krachtens deze bepaling is de oprichting of ondersteuning van een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk of als activiteit heeft, strafbaar. Sinds de omzetting door Duitsland van Kaderbesluit 2008/841<sup>48</sup> wordt een „organisatie” in het kader van die bepaling gedefinieerd als „een georganiseerde duurzame samenwerking van meer dan twee personen, ongeacht of de rol van de leden is vastgelegd en of er sprake is van continuïteit van het lidmaatschap en vormgeving van de structuur, die een hoger gemeenschappelijk belang nastreeft”.

<sup>44</sup> Ik merk terloops op dat in andere taalversies van de SUO niet dezelfde bewoordingen worden gebruikt in artikel 55, lid 1, onder b), SUO (in het Frans, *sûreté de l'État*; in het Duits, *Sicherheit*) als in artikel 4, lid 2, VEU (in het Frans, *sécurité nationale*; in het Duits, *nationale Sicherheit*). Ik hecht echter geen enkel normatief belang aan die kleine semantische verschillen.

<sup>45</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 36, artikel 45, lid 3, artikel 52 en artikel 65, lid 1, onder b), VWEU of artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) (PB 2002, L 201, blz. 37).

<sup>46</sup> Zie arrest van 6 oktober 2020, La Quadrature du Net e.a. (C-511/18, C-512/18 en C-520/18, EU:C:2020:791, punt 135). Zie ook arrest van 20 september 2022, SpaceNet en Telekom Deutschland (C-793/19 en C-794/19, EU:C:2022:702, punt 92).

<sup>47</sup> Zie arrest van 6 oktober 2020, La Quadrature du Net e.a. (C-511/18, C-512/18 en C-520/18, EU:C:2020:791, punt 136).

<sup>48</sup> Zie Vierundfünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (54e wet tot wijziging van het wetboek van strafrecht – Uitvoering van kaderbesluit 2008/841/JBZ van de Raad van 24 oktober 2008 ter bestrijding van georganiseerde criminaliteit), wet van 17 juli 2017, *Bundesgesetzblätter I*, blz. 2440.

63. In Duitsland staat zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer vast dat deze bepaling, die tot doel heeft de openbare orde (*orde public*)<sup>49</sup> te beschermen, ziet op het abstracte gevaar en de hoge „criminele intensiteit”<sup>50</sup>, die inherent is aan de oprichting van een criminele bende. Dit heeft tot gevolg dat strafrechtelijke sancties worden opgelegd in een stadium waarin (andere) strafbare feiten zich doorgaans in de voorbereidende fase bevinden.

64. § 129 StGB verbiedt ook criminele activiteiten die buiten het vrij beperkte doel van de bescherming van de nationale veiligheid vallen. Dit artikel heeft namelijk betrekking op de oprichting van een organisatie met het oog op het verrichten van *elke andere* criminele activiteit. De onderhavige zaak is hiervan een goed voorbeeld: MR en zijn mededaders hebben vermogensdelicten gepleegd, hoofdzakelijk fraude. Verdere doelstellingen werden door hen niet nagestreefd of uitgevoerd. In een dergelijke situatie is er geen enkele aanwijzing dat de nationale veiligheid van Duitsland bedreigd wordt. Een groot aantal mensen bedrogen is verre van hetzelfde als de Bondsrepubliek Duitsland op haar grondvesten doen schudden.<sup>51</sup>

65. Derhalve geef ik het Hof in overweging op de tweede vraag te antwoorden dat de artikelen 54 en 55 SUO en de artikelen 50 en 52 van het Handvest zich verzetten tegen een uitlegging waarbij onder een verklaring uit hoofde van artikel 55, lid 1, onder b), SUO ook criminele organisaties vallen die uitsluitend vermogensdelicten plegen en niet ook nog politieke, ideologische, religieuze of wereldbeschouwelijke doelstellingen nastreven en evenmin met ongeoorloofde middelen invloed willen verkrijgen op de politiek, de media, het openbaar bestuur, de justitie of de economie.

## V. Conclusie

66. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de door het Oberlandesgericht Bamberg gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„Verklaringen afgelegd uit hoofde van artikel 55, lid 1, onder b), van de 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, zijn niet verenigbaar met artikel 50 en artikel 52, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. De bepalingen waarnaar in dergelijke verklaringen wordt verwezen, kunnen niet worden toegepast in gerechtelijke procedures.”

<sup>49</sup> Zie bijvoorbeeld Heger, M., in Lackner, K., Kühl, K., Heger, M., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29e druk, München, C.H. Beck, 2018, Artikel 129, punt 1.

<sup>50</sup> Zie Schäfer, J., Anstötz, St., in Erb, V., Schäfer, J., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3*, 4e druk, C.H. Beck, München, 2021, Artikel 129, punt 2.

<sup>51</sup> Bovendien wijst niets erop dat de activiteiten van MR gevolgen hebben gehad voor het Duitse financiële stelsel in zijn geheel. Tijdens de hoorzitting leek de Commissie namelijk te insinueren dat een bedreiging voor het voortbestaan van het financiële stelsel van een lidstaat gelijk stond met een belang dat op gelijke voet staat met dat van nationale veiligheid in de zin van artikel 55, lid 1, onder b), SUO.