FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON
fremsat den 15. juni 2006 [1]

1. Med denne anmodning om præjudiciel afgørelse ønsker Audiencia Provincial de Málaga, Første Afdeling (herefter »den forelæggende ret«), klarhed over rækkevidden af princippet ne bis in idem i artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen (herefter »gennemførelseskonventionen«) [2].

2. Den forelæggende ret ønsker navnlig oplyst, om en afgørelse afsagt af en ret i én medlemsstat, der forhindrer en ny straffesag vedrørende bestemte forhold, fordi adgangen til strafforfølgning for lovovertrædelsen er forældet i henhold til national lov, i medfør af dette princip udgør en afgørelse, som udelukker, at en kriminalret i en anden medlemsstat retsforfølger den samme eller andre tiltalte for en lovovertrædelse, der angår de samme faktiske omstændigheder.

3. Besvarelsen af dette spørgsmål kræver, at Domstolen definerer et af de grundlæggende aspekter af princippet ne bis in idem i gennemførelseskonventionens artikel 54 (og hermed nødvendigvis generelt i fællesskabsretten), nemlig om princippet kun kan finde anvendelse, når den første ret traf afgørelse efter en vurdering af sagens realitet.

Relevante bestemmelser

Bestemmelser vedrørende Schengen-reglerne og gennemførelseskonventionen

4. I henhold til artikel 1 i protokollen om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union [3] (herefter »protokollen«) bemyndiges 13 medlemsstater, herunder Spanien og Portugal, til at indføre et tættere indbyrdes samarbejde inden for anvendelsesområdet for Schengen-reglerne.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — EFT 2000 L 239, s. 19.

3 — Ved Amsterdam-traktaten knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab.

5. I bilaget til protokollen defineres »Schengen-reglerne« som omfattende aftalen mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser, undertegnet i Schengen den 14. juni 1985 [4] (herefter »Schengen-aftalen«), og især gennemførelseskonventionen.

6. Formålet for de lande, der har underskrevet Schengen-aftalen og gennemførelseskonventionen, er »at afskaffe kontrollen med persontrafik ved de fælles grænser [...]« [5], i betragtning af at »den stadig snævrere sammenslutning mellem folkene i De Europæiske Fællesskaber skal tilkendegives gennem fri passage af indre grænser for medlemsstaternes statsborgere [...]« [6]. Ifølge første betragtning til protokollen er formålet med Schengen-reglerne »at fremme den europæiske integration og navnlig sætte Den Europæiske Union i stand til hurtigere at udvikle sig til et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed«.

7. I henhold til artikel 2, stk. 1, fjerde led, EU er et af Den Europæiske Unions mål at bevare og udbygge Unionen som et område, hvor der er fri bevægelighed for personer, kombineret med passende foranstaltninger vedrørende kontrol ved de ydre grænser, asyl, indvandring og forebyggelse og bekæmpelse af kriminalitet.

8. Protokollens artikel 2, stk. 1, første afsnit, bestemmer, at fra datoen for Amsterdamtraktatens ikrafttræden er Schengen-reglerne umiddelbart gældende for de 13 medlemsstater, der er nævnt i protokollens artikel 1.

9. På grundlag af protokollens artikel 2, stk. 1, andet afsnit, andet punktum, vedtog Rådet afgørelse 1999/435/EF om fastsættelse, i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og traktaten om Den Europæiske Union, af retsgrundlaget for hver af de bestemmelser og afgørelser, der udgør Schengen-reglerne [7]. Det fremgår af afgørelsens artikel 2, sammenholdt med dens bilag A, at Rådet valgte artikel 31 EU og 34 EU, der er indeholdt i afsnit VI i traktaten om Den Europæiske Union, som har overskriften »Bestemmelser om politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager«, som retsgrundlag for gennemførelseskonventionens artikel 54-58.

4 — EFT 2000 L 239, s. 13.

5 — Anden betragtning til gennemførelseskonventionen.

6 — Første betragtning til Schengen-aftalen.

7 — Afgørelse af 20.5.1999, EFT L 176, s. 17.

10. Gennemførelseskonventionens artikel 54-58 udgør kapitel 3, der har overskriften »Straffedommes negative retsvirkninger (ne bis in idem)«, i konventionens afsnit III, som har overskriften »Politi og sikkerhed« [8].

Internationale konventioner om princippet ne bis in idem

11. Artikel 54 bestemmer, at »en person, over for hvem der er afsagt endelig dom af en kontraherende part, kan ikke retsforfølges af en anden kontraherende part for de samme strafbare handlinger, dersom sanktionen, i tilfælde af domfældelse, er fuldbyrdet, er ved at blive fuldbyrdet eller ikke længere kan kræves fuldbyrdet efter den dømmende kontraherende parts lovgivning«.

12. Artikel 57 fastsætter regler til sikring af, at de kontraherende parters kompetente myndigheder samarbejder om udveksling af oplysninger med henblik på gennemførelse af princippet ne bis in idem.

13. Der er flere konventioner, der direkte eller indirekte regulerer anvendelsen af princippet ne bis in idem internationalt og på europæisk plan [9]. Blandt disse omhandler artikel 4 i protokol nr. 7 til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMK«) specifikt princippet ne bis in idem.

14. Artikel 4, stk. 1, i protokol nr. 7 har følgende ordlyd: »Under én og samme stats jurisdiktion skal ingen i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken han

8 — Disse bestemmelser var inspireret af konventionen af 25.5.1987 mellem De Europæiske Fællesskabers medlemsstater om anvendelse af »ne bis in idem«-princippet, men som ikke trådte i kraft, fordi der ikke var tilstrækkeligt mange ratifikationer. Gældende fællesskabsforanstaltninger, som henviser til princippet ne bis in idem, omfatter artikel 6, sammenholdt med tiende betragtning til Rådets forordning (EF) nr. 2988/95 af 18.12.1995 om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser (EFT L 312, s. 1), artikel 7 i konventionen om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser (EFT 1995 C 316, s. 49), artikel 10 i konventionen om bekæmpelse af bestikkelse, der involverer tjenestemænd ved De Europæiske Fællesskaber eller i Den Europæiske Unions medlemsstater (EFT 1997 C-195, s. 1), samt artikel 3, stk. 2, artikel 4, stk. 3, og artikel 4, stk. 5, i Rådets rammeafgørelse om den europæiske arrestordre (EFT 2002 L 190, s. 1). Artikel II-110 i udkast til traktat om en forfatning for Europa »konstitutionaliserede« princippet ne bis in idem som en af Unionens grundlæggende rettigheder. Denne bestemmelse, som har overskriften »Ret til ikke at blive retsforfulgt eller straffet to gange for samme lovovertrædelse«, lyder således: »Ingen skal i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken han eller hun allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen.«

9 — På FN-plan bestemmer artikel 14, stk. 7, i den internationale konvention fra 1966 om borgerlige og politiske rettigheder, at »[i]ngen må på ny tiltales eller straffes for en lovovertrædelse, for hvilken han allerede er blevet endelig domfældt eller frifundet i overensstemmelse med det enkelte lands lovgivning og strafferetspleje«. På europæisk plan omhandlede artikel 53, 54 og 55 i den europæiske konvention fra 1970 om straffedommes internationale retsvirkninger og artikel 35, 36 og 37 i den europæiske konvention fra 1972 om overførelse af retsforfølgningen i straffesager, begge vedtaget i Europarådets regi — med samme formulering — spørgsmålet om et internationalt ne bis in idem-princip. Begge disse konventioner er imidlertid kun blevet ratificeret af meget få stater. For en omfattende oversigt over internationale instrumenter vedrørende princippet ne bis in idem, der er vedtaget i Europarådets regi, jf. J. Vervaele: »The transnational *ne bis in idem* principle in the EU: Mutual Recognition and equivalent protection of human rights«, 2005, *Utrecht Law Review* Vol. I, Issue 2, december, 100, s. 103 ff.

allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i overensstemmelse med denne stats lovgivning og strafferetspleje«. Artikel 4, stk. 2, bestemmer imidlertid, at »[b]estemmelserne i foregående stykke forhindrer ikke genoptagelse af sagen i overensstemmelse med vedkommende stats lovgivning og strafferetspleje, såfremt der foreligger bevis for nye eller nyopdagede kendsgerninger, eller såfremt der i den tidligere rettergang er begået en grundlæggende fejl, som kunne påvirke sagens udfald«.

15. Domstolen fastslog med henvisning til artikel 4, stk. 1, i protokol nr. 7, at princippet ne bis in idem er et grundlæggende princip i fællesskabsretten [10].

De nationale retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

16. De præjudicielle spørgsmål er blevet rejst under en straffesag i Spanien mod en række personer med tilknytning til det spanske selskab Minerva SA vedrørende salg af olivenolie.

17. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Minerva, der har hjemsted i Malaga, blev stiftet i 1989, og at dets formål er raffinering og engrossalg af olivenolie, og at det markedsførte sine produkter både i Spanien og i udlandet. I 1997 blev der i Portugal rejst straffesag mod selskabets aktionærer og direktion, som jeg henviser til som »de tiltalte i Portugal«. Under sagen blev det angiveligt gjort gældende, at aktionærerne og direktionen i 1993 blev enige om at indføre olivenolie af ringe kvalitet fra Tunesien og Tyrkiet via havnen i Setubal, Portugal, at en række partier ankom til Setubal, at olien ikke blev angivet til toldmyndighederne, men blev transporteret med lastbil til Malaga, Spanien, og at der benyttedes et system med falske fakturaer i et forsøg på at foregive, at olien stammede fra Schweiz.

18. Det fremgår, at de tiltalte i den spanske sag (herefter »de tiltalte i Spanien«) omfatter to af de tiltalte i Portugal.

19. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Supremo Tribunal efter en appel iværksat af anklagemyndigheden til prøvelse af den af Tribunal Judicial de Setúbal — Vara Competência Mista afsagte dom i den portugisiske sag fastslog, »at bomolien, der indførtes til Portugal, i ti tilfælde hidrørte fra Tunesien og i et tilfælde fra Tyrkiet, og at man i Portugal havde angivet en mindre mængde

10 — Dom af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8375. Se nedenfor, punkt 57.

end den, der i virkeligheden var blevet indført. Retten frifandt de tiltalte [i Portugal] under henvisning til, at lovovertrædelsen var forældet [i henhold til den portugisiske straffelov]«.

20. Indledningsvis bemærkes, at nøjagtigheden af den forelæggende rets gengivelse af de faktiske omstændigheder bestrides kraftigt af de tiltalte i Spanien. Jeg behandler dette problem mere detaljeret under min gennemgang af spørgsmålet om sagens antagelse til realitetsbehandling [11].

21. I Spanien blev der ligeledes indledt straffesag i Malaga i 1997. Juzgado de Instrucción (forundersøgelsesdommeren) afsagde kendelse, hvorved der blev iværksat en forenklet procedure. De tiltalte i Spanien appellerede kendelsen til den forelæggende ret.

22. De gjorde navnlig gældende, at de faktiske omstændigheder allerede var blevet pådømt i Portugal. I medfør af princippet om materiel retskraft kunne de samme omstændigheder ikke pådømmes for anden gang i Spanien. De gjorde endvidere gældende, at virkningen af princippet om strafferetlige afgørelsers materielle retskraft burde udstrækkes til alle de tiltalte i Spanien, selv om de afgørelser, som de portugisiske retsinstanser havde truffet, kun vedrørte to af de tiltalte i Spanien. De anførte desuden, at det under den portugisiske straffesag ikke var blevet godtgjort, at varerne hidrørte fra lande uden for Fællesskabet.

23. Anklagemyndigheden gjorde derimod gældende, at den spanske straffesag ikke vedrørte den ulovlige indførsel af olien (som allerede var pådømt i Portugal), men den efterfølgende markedsføring i Spanien, hvilket var et selvstændigt sagsforhold i forhold til indførslen. Anklagemyndigheden gjorde desuden gældende, at den omstændighed, at man ikke anså det for godtgjort i Portugal, at varerne hidrørte fra lande uden for Fællesskabet, ikke var til hinder for, at andre medlemsstater, hvor varerne efterfølgende blev solgt, kunne udvide efterforskningen med henblik på at godtgøre, at varerne hidrørte fra lande uden for Fællesskabet, og at de var blevet indført ulovligt i strid med den fælles toldtarif.

24. Hertil har de tiltalte gjort gældende, at smugling er en flerleddet handling, og at indførsel og markedsføring er uløseligt for-

11 — Se nedenfor, punkt 29-33.

bundne og ikke kan pådømmes hver for sig, eftersom varerne var indført med salg for øje.

25. Den forelæggende ret har derfor udsat sagen og forelagt følgende spørgsmål:

»*For så vidt angår princippet om strafferetlige afgørelsers materielle retskraft* anmoder Tribunal de Málaga om en fortolkning af artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen med henblik på at få besvaret følgende spørgsmål:

1) Er det bindende for de øvrige medlemsstaters retsinstanser, at en ret i en medlemsstat har fastslået, at en lovovertrædelse er forældet?

2) Kan frifindelse på grund af forældelse af en person, der er tiltalt i en straffesag, have en begunstigende refleksvirkning for personer, der strafforfølges i en anden medlemsstat, når de faktiske omstændigheder er identiske? Eller kan man — med andre ord — gå ud fra, at forældelsen tillige kommer personer til gode, der strafforfølges i en anden medlemsstat på grundlag af identiske faktiske omstændigheder?

3) Hvis en ret i en medlemsstat under en straffesag vedrørende smugling ikke anser det for godtgjort, at de pågældende varer hidrører fra lande uden for Fællesskabet, og derfor frifinder de tiltalte, kan retterne i en anden medlemsstat da udstrække deres undersøgelser med henblik på at fastslå, at indførslen af varerne uden betaling af told skete fra et land uden for Fællesskabet?

For så vidt angår begrebet »varer, der er bragt i fri omsætning« anmoder Tribunal de Málaga om en fortolkning af artikel 24 EF med henblik på at få besvaret følgende spørgsmål:

4) Når en ret i en medlemsstat ikke finder det godtgjort under en straffesag, at varerne er blevet ulovligt indført til Fællesskabets område, eller når den pågældende ret har fastslået, at lovovertrædelsen med hensyn til smugling er forældet:

   a) Kan disse varer da anses for at være blevet bragt i fri omsætning på andre medlemsstaters område?

   b) Kan markedsføringen af disse varer i en anden medlemsstat — efter at varerne blev indført til den medlemsstat, hvori frifindelsesdommen er afsagt — da anses for et selvstændigt sagsforhold, som derfor kan straffes, eller skal markedsfø-

ringen tværtimod anses for at være forbundet med indførslen?«

26. Der blev indgivet skriftlige indlæg på vegne af de tiltalte i Spanien, med undtagelse af José Hormiga Marrero og Sindicatura Quiebra, samt af Kommissionen, den spanske, den italienske, den nederlandske og den polske regering. De samme parter, med undtagelse af den polske regering, og den franske regering afgav mundtlige indlæg under retsmødet.

28. Den spanske regering forklarede under retsmødet, at den forelæggende ret er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 35, stk. 3, litra a), EU for så vidt angår nærværende sag, eftersom dens afgørelse af de tiltaltes appel [12], som danner grundlag for denne anmodning om præjudiciel afgørelse, ikke kan gøres til genstand for en ny ordinær appel i henhold til national ret. Ifølge Domstolens retspraksis i henhold til artikel 234 EF vedrørende begrebet en »ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres«, må den forelæggende ret således anses for en ret i sidste instans som omhandlet i artikel 35, stk. 3, litra a), EU. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse kan derfor principielt antages til realitetsbehandling.

Stillingtagen

Formaliteten

27. I henhold til artikel 35 EU har den spanske regering godkendt, at Domstolen har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om gyldigheden og fortolkningen af retsakter, der er vedtaget i henhold til EU-traktatens afsnit VI. Den spanske regering valgte den mulighed, der er indeholdt i artikel 35, stk. 3, litra a), EU, hvorefter kun en national retsinstans, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, kan anmode Domstolen om at træffe præjudiciel afgørelse.

29. Et mere delikat spørgsmål vedrørende sagens antagelse til realitetsbehandling kan være begrundet i forelæggelseskendelsens affattelse. Skønt ingen af de parter, der har indgivet indlæg, udtrykkeligt har gjort gældende, at de præjudicielle spørgsmål ikke kan realitetsbehandles af denne grund, har visse parter givet udtryk for en grundlæggende kritik af gengivelsen af de faktiske omstændigheder i forelæggelseskendelsen.

12 — Se punkt 21.

30. De tiltalte i Spanien har anført, at den forelæggende rets beskrivelse af de faktiske omstændigheder, navnlig dens gengivelse af den portugisiske Tribunal Supremos vurderinger, simpelt hen er forkert.

31. De tiltalte har gengivet afsnit af den nævnte rets dom i deres skriftlige indlæg. De henviste desuden under retsmødet udtrykkeligt til den af Tribunal de Setúbal afsagte dom i første instans. De hævder, at begge retter efter at have undersøgt det forelagte bevismateriale erklærede, at anklagemyndigheden *ikke havde godtgjort*, at der var tale om ulovlig indførsel, hvilket er det stik modsatte af det, der fremgår af forelæggelseskendelsen.

32. Kommissionen, og i mindre grad den nederlandske regering, anfører ligeledes i deres indlæg, at den hypotese, som synes at ligge til grund for det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål (nemlig at der var tale om ulovlig indførsel, og at varerne hidrørte fra lande uden for Fællesskabet, *ikke* var blevet godtgjort i relation til smugling som strafbart forhold) er åbenbart i modstrid med de faktiske omstændigheder, der som allerede anført [13] fremgår af forelæggelseskendelsen.

33. En gennemgang af de af Tribunal de Setúbal og den portugisiske Tribunal Supremo afsagte domme [14] viser klart, at forelæggelseskendelsen er forvirrende og sammenfatter de faktiske omstændigheder på en måde, som er åbenbart i strid med ordlyden af disse. Det fremgår af dommene, at de tiltalte i Portugal anklagedes for fire lovovertrædelser på grundlag af en enkelt helhed af faktiske omstændigheder, nemlig ved i flere tilfælde at have indført forskellige typer olie til Portugal. Tribunal de Setúbal fastslog ved en særskilt kendelse, at to af disse lovovertrædelser ikke kunne retsforfølges på grund af forældelse. Det fremgår, at de tiltalte i Portugal blev frifundet i første instans for de to andre anklagepunkter, fordi anklagemyndigheden ikke kunne bevise de nødvendige faktiske omstændigheder. Begge disse afgørelser blev under appelsagen stadfæstet af den portugisiske Tribunal Supremo. Det fremgår imidlertid ikke klart af sagsakterne, om de to frifindelser var en følge af en straffesag stricto sensu eller af den sideløbende civilretlige sag, hvori de tiltaltes eventuelle civile ansvar blev behandlet af de samme retter [15].

34. Jeg mener imidlertid ikke, at spørgsmålene skal afvises fra realitetsbehandling. I

13 — Se punkt 17, 18 og 19.

14 — Begge var, som led i den nationale rets sagsakter, behørigt indleveret til Domstolens Justitskontor.

15 — Det bemærkes, at mit ræsonnement bygger på den forudsætning, at gennemførelseskonventionens artikel 54 kun finder anvendelse i forbindelse med afgørelser, der er truffet under nationale straffesager, og ikke omhandler afgørelser, der er truffet under civile retssager.

henhold til fast retspraksis tilkommer det alene den nationale ret at vurdere relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen i henhold til artikel 234 EF.[16] Den nationale ret har udtalt, at den har behov for hjælp til at fortolke rækkevidden af visse aspekter af princippet ne bis in idem i gennemførelseskonventionens artikel 54 (første, andet og tredje spørgsmål) samt begrebet »varer, der er bragt i fri omsætning« som omhandlet i artikel 24 EF (fjerde spørgsmål). Det er åbenbart, at de tre første spørgsmål er relevante, og det kan ikke endeligt udelukkes, at en besvarelse af det fjerde spørgsmål også kan være relevant for en vis del af den straffesag, der verserer for den forelæggende ret.

35. Jeg finder herefter, at alle spørgsmålene kan realitetsbehandles og bør besvares.

Realiteten

Domstolens praksis vedrørende ne bis in idem

36. Domstolen har hidtil fortolket princippet ne bis in idem i gennemførelseskonventionens artikel 54 i tre domme, nemlig Gözütok og Brügge-dommen[17], Miraglia-dommen[18] og Van Esbroeck-dommen[19].

37. Domstolen har endvidere fortolket det generelle ne bis in idem-princip på andre områder af fællesskabsretten[20]. Den mest omfattende anvendelse af princippet har fundet sted i sager vedrørende pålæggelse af fællesskabssanktioner på området for EF-konkurrenceretten[21]. For det foreliggende tilfælde er Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl.-dommen[22] og Cement-dommen[23] mest relevant.

16 — Jf. bl.a. dom af 5.2.2004, sag C-380/01, Schneider, Sml. I, s. 1389, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis.

17 — Dom af 11.2.2003, forenede sager C-187/01 og C-385/01, Sml. I, s. 1345.

18 — Dom af 10.3.2005, sag C-469/03, Sml. I, s. 2009.

19 — Sag C-436/04, Sml. I, s. 2333. Dommen blev afsagt den 9.3.2006. Endvidere fremsatte generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer den 8.6.2006 sit forslag til afgørelse i sag C-150/05, Van Straaten, som behandler et andet aspekt af princippet ne bis in idem i gennemførelseskonventionens artikel 54.

20 — Princippet anvendtes første gang i dom af 5.5.1966, forenede sager 18/65 og 35/65, Gutmann, Sml. 1965-1968, s. 175, org.ref.: Rec. s. 75, i forbindelse med disciplinærsager mod EF-tjenestemænd.

21 — Jf. bl.a. dom af 29.4.2004, forenede sager T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 og T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1181, præmis 130 ff., som indeholder et resumé af Domstolens praksis vedrørende anvendelsen af princippet på dette område af fællesskabsretten.

22 — Jf. fodnote 10.

23 — Dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123 (herefter »Cement-dommen«).

Retspraksis om gennemførelseskonventionens artikel 54

38. I Gözütok og Brügge-sagen blev Domstolen spurgt, om ne bis in idem-princippet i gennemførelseskonventionens artikel 54 også fandt anvendelse på nationale procedurer, der fører til en udenretlig afslutning af sagen, hvorved anklagemyndigheden i en medlemsstat uden medvirken af en retsinstans ensidigt indstiller en straffesag, hvis den tiltalte opfylder visse betingelser, navnlig betaler et vist beløb i bøde. Accept af disse betingelser afskærer fra, at der rejses yderligere tiltale for samme faktiske omstændigheder i henhold til national straffelov.

39. Domstolen besvarede dette spørgsmål bekræftende. Domstolen fastslog, at »når en strafforfølgning er endeligt indstillet som følge af en procedure som den, der omtvistes i hovedsagerne, skal der anses for over for den pågældende person at være »afsagt endelig dom«, jf. gennemførelseskonventionens artikel 54, for de strafbare handlinger, der foreholdes ham« [24].

40. Domstolen begrundede sin afgørelse som følger.

41. For det første bemærkede den, at »en sådan procedure [...] *pålægger sanktioner* for den strafbare adfærd, der er foreholdt tiltalte« [25].

42. For det andet fastslog den, at den omstændighed, at der ikke medvirkede en retsinstans, »kan ikke ændre noget ved denne fortolkning, idet sådanne processuelle og formelle aspekter ikke kan have nogen betydning overhovedet for de retsvirkninger af den pågældende procedure [med tiltalefrafald] [...] som — da gennemførelseskonventionens artikel 54 ikke udtrykkeligt indeholder bestemmelse om det modsatte — må antages at være tilstrækkelige til, at princippet ne bis in idem, der er fastsat i bestemmelsen, kan bringes i anvendelse« [26].

43. For det tredje fastslog Domstolen, at forudgående harmonisering af de nationale straffelovgivninger ikke var en betingelse for anvendelse af gennemførelseskonventionens artikel 54: »[I]ngen bestemmelse i afsnit VI I traktaten om Den Europæiske Union, der omhandler politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager [...] og heller ingen bestemmelse i Schengen-aftalen eller i selve gennemførelseskonventionen gør en anvendelse af gennemførelseskonventionens artikel 54 betinget af, at der er sket en harmonisering eller i det mindste en tilnærmelse af bestemmelserne om tiltalefra-

24 — Præmis 30.

25 — Præmis 29 (min fremhævelse).

26 — Præmis 31.

fald i medlemsstaternes straffelovgivninger« [27].

44. For det fjerde lagde Domstolen særlig vægt på princippet om gensidig tillid, som gennemførelseskonventionens artikel 54 bygger på. Dette princip indebærer nødvendigvis, »at der består en gensidig tillid mellem medlemsstaterne i deres respektive strafferetsplejeordninger, og at hver enkelt medlemsstat accepterer en anvendelse af strafferetlige bestemmelser, der er i kraft i de øvrige medlemsstater, uanset om en anvendelse af medlemsstatens egen retsorden måtte føre til en anden løsning« [28].

45. For det femte fastslog Domstolen, at »[e]n sådan fortolkning af [gennemførelseskonventionens artikel 54] [...] er den eneste, hvorved indholdet af og formålet med den pågældende bestemmelse slår igennem over for processuelle og rent formelle aspekter, som i øvrigt varierer fra medlemsstat til medlemsstat, og kan sikre en hensigtsmæssig anvendelse af det pågældende princip« [29].

46. Endelig understregede Domstolen EU-traktatens integrationsmål. Den fastslog, at »Den Europæiske Union [har] som mål at bevare og udbygge Unionen som et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, hvor der er fri bevægelighed for personer«, og at »[g]ennemførelsen inden for Den Europæiske Union af Schengen-reglerne, som gennemførelseskonventionens artikel 54 er en del af, har til formål at fremme den europæiske integration og navnlig sætte Unionen i stand til hurtigere at udvikle sig til det område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, som Unionen har til formål at bevare og udvikle« [30]. På denne baggrund fastslog Domstolen, at »[g]ennemførelseskonventionens artikel 54, hvis formål er at undgå, at en person, der udøver sin ret til fri bevægelighed, som følge heraf retsforfølges for de samme strafbare handlinger på flere medlemsstaters område, kan imidlertid kun med held bidrage til fuldstændig virkeliggørelse af dette mål, såfremt bestemmelsen også finder anvendelse på afgørelser, hvorved strafforfølgning endeligt indstilles i en medlemsstat, selv om sådanne afgørelser træffes uden medvirken af en retsinstans og ikke formelt har form af en dom« [31].

47. Jeg bemærker, at Domstolen i præmisserne understregede den omstændighed, at procedurer med tiltalefrafald som de omtvistede kun fandt begrænset anvendelse og i almindelighed på forseelser, som ikke var blandt de groveste [32]. Jeg understreger desuden, at Domstolens udgangspunkt for analysen var, at de pågældende forenklede procedurer reelt *pålægger sanktioner* for den strafbare adfærd, der er foreholdt tiltalte [33].

27 — Præmis 32.
28 — Præmis 33.
29 — Præmis 35.
30 — Præmis 36 og 37.
31 — Præmis 38.
32 — Præmis 39.
33 — Jf. punkt 41.

48. I Miraglia-sagen blev Domstolen anmodet om at afklare et andet aspekt af gennemførelseskonventionens artikel 54. Den fastslog, at »[e]n retsafgørelse [...], som er truffet, efter at anklagemyndigheden har besluttet ikke at rejse formel tiltale alene i anledning af — og uden at der er foretaget nogen vurdering af realiteten — at der er indledt en straffesag i en anden medlemsstat mod samme tiltalte og vedrørende samme forhold, kan ikke anses for en endelig dom vedrørende denne person i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i gennemførelseskonventionens artikel 54« [34]. Princippet ne bis in idem fandt således ikke anvendelse.

49. Domstolens argumentation i Miraglia-sagen var den samme som i Gözütok og Brügge-sagen, men førte til den modsatte konklusion. Ligesom i Gözütok og Brügge-sagen udtalte Domstolen, at dens fortolkning var den eneste, »hvorved indholdet af og formålet med [gennemførelseskonventionens artikel 54] slår igennem over for processuelle aspekter, som i øvrigt varierer fra medlemsstat til medlemsstat, og som kan sikre en hensigtsmæssig anvendelse af denne artikel« [35]. I modsætning til Gözütok og Brügge-sagen prioriterede Domstolen i Miraglia-sagen nødvendigheden af at sikre, at der blev pålagt sanktion for den ulovlige adfærd og lagde mindre vægt på at fremme den frie bevægelighed for personer. Den udtalte således, at »[a]nvendelsen af [gennemførelseskonventionens artikel 54] på en beslutning om at afslutte en straffesag, som den, der er genstand for hovedsagen, ville imidlertid have til virkning at gøre det *vanskeligere, eller endog hindre, konkret at sanktionere den ulovlige adfærd,* som foreholdes tiltalte, i nogen af de berørte medlemsstater« [36]. Domstolen understregede, at »nævnte beslutning om sagens afslutning [blev] truffet af de retslige myndigheder i en medlemsstat *uden nogen form for vurdering af den ulovlige karakter af tiltaltes adfærd*« [37]. Den fastslog derefter, at »iværksættelsen af en straffesag i en anden medlemsstat vedrørende samme forhold [vil] blive berørt til trods for, at det er indledningen af en sådan retsforfølgning, der har begrundet, at anklagemyndigheden i den første medlemsstat frafaldt tiltalen. En sådan konsekvens ville helt åbenbart være i strid med selve formålet med bestemmelserne i afsnit VI i traktaten om Den Europæiske Union, således som fastsat i artikel 2, stk. 1, fjerde led, EU, nemlig formålet om at »bevare og udbygge Unionen som et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, hvor der er fri bevægelighed for personer, *kombineret med passende foranstaltninger vedrørende [...] bekæmpelse af kriminalitet*« [38].

50. Endelig blev Domstolen i Van Esbroeck-sagen anmodet om bl.a. at afklare anvendelsesområdet for begrebet »samme strafbare handlinger« i gennemførelseskonventionens artikel 54. Spørgsmålet opstod under en straffesag, der var rejst i to forskellige

34 — Præmis 30.
35 — Præmis 31.
36 — Præmis 33 (min fremhævelse).
37 — Præmis 34 (min fremhævelse).
38 — Samme præmis (min fremhævelse).

kontraherende stater (Norge og Belgien) [39] mod den samme person og på grundlag af de samme forhold, nemlig transport af euforiserende stoffer fra Belgien til Norge. Tiltalte blev strafforfulgt i Norge for at *indføre* ulovlige stoffer og i Belgien for at *udføre* dem. Det præjudicielle spørgsmål var, om »samme strafbare handlinger« alene kræver, at de faktiske omstændigheder er identiske, eller om det derudover kræves, at de faktiske omstændigheder skal anses for samme lovovertrædelse i begge nationale strafferetlige systemer. Med andre ord kræves det, at den »retsbeskyttede interesse er den samme«, sådan som Domstolen havde fastslået i forbindelse med fællesskabssanktioner for brud på EF-konkurrenceretten [40]?

51. Domstolen valgte at fortolke ne bis in idem videre, end den tidligere havde gjort på dette område af fællesskabsretten, og udtalte, at det ikke er påkrævet for anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54, at »den retsbeskyttede interesse er den samme«. Ifølge Van Esbroeck-dommen er det »eneste kriterium, der er relevant« med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54, kriteriet om, at »de faktiske handlinger, når disse forstås som en foreliggende helhed af konkrete omstændigheder, der er indbyrdes uløseligt forbunden, er identiske« [41].

52. Domstolen anvendte den samme argumentation som i Gözütok og Brügge-dommen for at nå denne konklusion.

53. Den henholdt sig for det første til ordlyden af gennemførelseskonventionens artikel 54, som kun henviser til selve eksistensen af de pågældende faktiske omstændigheder og ikke til deres retlige subsumption [42].

54. Domstolen henviste for det andet til argumentationen om »fri bevægelighed« og »gensidig tillid«, der var anvendt i Gözütok og Brügge-dommen. Den udtalte, at ingen af de relevante bestemmelser gjorde anvendelsen af princippet i gennemførelseskonventionens artikel 54 betinget af, at der var sket en harmonisering eller i det mindste en tilnærmelse af medlemsstaternes straffelovgivninger [43]. Princippet ne bis in idem indebærer nødvendigvis, at der består en

39 — Udtrykket »kontraherende part« i stedet for »medlemsstat« anvendes i gennemførelseskonventionen. Domstolen har brugt »medlemsstat«, når den sag, den behandlede, vedrørte medlemsstater (som i Gözütok og Brügge-sagen og Miraglia-sagen) og »kontraherende stat«, når sagen involverer en part i Schengen-aftalen og gennemførelseskonventionen, som ikke er en EU-medlemsstat (som i Van Esbroeck-sagen, der involverede Norge). Jeg følger Domstolens praksis.

40 — I Cement-dommen, nævnt i fodnote 23, fastslog Domstolen, at en af de tre betingelser, der skal være opfyldt, for at princippet ne bis in idem finder anvendelse på området for Fællesskabets konkurrenceret, er, at »den retsbeskyttede interesse er den samme«. Jf. punkt 58 og 155-158.

41 — Præmis 36. Det er måske uheldigt, at hverken Domstolen eller generaladvokaten synes at have taget Cement-dommen i betragtning i deres undersøgelse af Van Esbroeck-sagen.

42 — Præmis 27.

43 — Præmis 29.

gensidig tillid mellem de kontraherende parter i deres respektive strafferetsplejeordninger [44]. Det følger heraf, at en eventuelt divergerende retlig subsumption af de samme faktiske omstændigheder i to kontraherende stater ikke forhindrer anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54.

55. For det tredje henviste Domstolen til formålet med gennemførelseskonventionens artikel 54 og fastslog, at retten til fri bevægelighed kun kunne sikres fuldt ud, hvis den person, som har begået en bestemt handling, ved, at når han én gang er blevet dømt og har afsonet sin straf, eller er blevet endeligt frikendt i en medlemsstat, kan han bevæge sig inden for Schengen-området uden at skulle frygte en ny straffesag, alene fordi den pågældende handling subsumeres forskelligt i henhold til retsordenen i en anden medlemsstat [45].

56. Endelig fastslog Domstolen, at da de nationale straffelovgivninger ikke er harmoniserede, ville et »kriterium, der hviler på den retlige subsumption af de faktiske omstændigheder eller den retlige interesse, der søges beskyttet, risikere at skabe lige så mange hindringer for den frie bevægelighed i Schengen-området, som der er strafferetssystemer i de kontraherende stater« [46].

44 — Præmis 30.

45 — Præmis 34.

46 — Præmis 35.

Retspraksis vedrørende det grundlæggende princip ne bis in idem i Fællesskabets konkurrenceret

57. I Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl.-dommen fastslog Domstolen, at princippet ne bis in idem »er et grundlæggende princip i fællesskabsretten, og som i øvrigt er knæsat i artikel 4, stk. 1, i protokol nr. 7 til EMK« [47]. Den tilføjede, at princippet er derimod »ikke i sig selv til hinder for, at der atter foretages forfølgning vedrørende samme konkurrencefordrejende adfærd, når en første beslutning er blevet annulleret af formelle grunde, *uden at der er blevet truffet afgørelse om realiteten med hensyn til de kritiserede omstændigheder,* idet annullationsbeslutningen i så fald *ikkeudgør en »frifindelse« i den forstand, hvori dette udtryk anvendes på det sanktionsretlige område«* [48].

58. I Cement-dommen gjorde Domstolen anvendelsen af det grundlæggende princip ne bis in idem på området for EF-konkurrenceretten afhængig af, at »tre betingelser« er opfyldt, nemlig »at de faktiske omstæn-

47 — Nævnt i fodnote 10, præmis 59. Se ligeledes Van Esbroeck-dommen, nævnt i fodnote 19, præmis 40.

48 — Præmis 62 (min fremhævelse). Det er indlysende, at det selvfølgelig kan være, at der kan og skal sondres mellem a) begrebet frifindelse lånt fra straffesager og anvendt på konkurrenceretten og b) begrebet frifindelse i selve strafferetten. Domstolen synes ikke udtrykkeligt at have foretaget denne sondring. Nærværende sag vedrører også en forældelsesfrist for en ny retsforfølgning, ikke en annullation af formelle grunde af en allerede truffet afgørelse.

digheder er identiske, at lovovertræderen er den samme person, og at den retsbeskyttede interesse er den samme« [49].

Modsætningsforhold i den eksisterende retspraksis

59. En undersøgelse af disse sager viser, at der er to områder med modsætningsforhold i Domstolens hidtidige praksis vedrørende ne bis in idem.

60. For det første er der en vis selvmodsigelse *i* Domstolens praksis vedrørende gennemførelseskonventionens artikel 54.

61. I sagerne Gözütok og Brügge og Van Esbroeck har Domstolen valgt en vid fortolkning af gennemførelseskonventionens artikel 54 og prioriteret formål vedrørende fri bevægelighed for personer frem for bekæmpelse af kriminalitet og beskyttelse af den offentlige sikkerhed. I Miraglia-sagen anlagde Domstolen imidlertid en mere snæver fortolkning og prioriterede forebyggelse og bekæmpelse af kriminalitet frem for fri bevægelighed for personer.

62. Endvidere understregede Domstolen i Gözütok og Brügge-dommen og i Van Esbroeck-dommen princippet om »gensidig tillid«, som ligger til grund for gennemførelseskonventionens artikel 54, og udtalte, at manglen på harmonisering af nationale straffe- og straffeproceslove ikke var til hinder for anvendelse af princippet ne bis in idem. Følgelig anvendte den i Gözütok og Brügge-dommen dette princip på en særlig procedure, der resulterede i tiltalefrafald i den »første« medlemsstat. I Miraglia-dommen fastslog Domstolen imidlertid, at en vurdering af realiteten var en betingelse for, at princippet i gennemførelseskonventionens artikel 54 kunne finde anvendelse. Miraglia-dommen tyder derfor på, at indstillingen af en sag af rent formelle grunde i den »første« medlemsstat normalt ikke er tilstrækkelig til at bringe gennemførelseskonventionens artikel 54 i anvendelse.

63. For det andet er der mangel på konsekvens *mellem* på den ene side Domstolens retspraksis vedrørende gennemførelseskonventionens artikel 54, som (efter alt at dømme) ikke kræver, at »den retsbeskyttede interesse er den samme«, men nøjes med at gøre anvendelsen af ne bis in idem betinget af, at »de faktiske handlinger er identiske« [50],

49 — Cement-dommen, nævnt i fodnote 23, præmis 338. De tre betingelser er siden blevet anvendt konsekvent af Retten i Første Instans i sager om konkurrenceretten, hvor princippet ne bis in idem er gjort gældende. Se f.eks. dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, nævnt i fodnote 21, præmis 130 ff., og nyere praksis, dom af 25.10.2005, sag T-38/02, Danone mod Kommissionen, Sml. II, s. 4407, præmis 134 ff.

50 — Van Esbroeck-dommen, nævnt i fodnote 19.

og at de tiltalte er de samme ved begge retter [51], og på den anden side retspraksis vedrørende ne bis in idem som et »grundlæggende princip i fællesskabsretten«, som kræver, at »tre betingelser« er opfyldt, nemlig »at de faktiske omstændigheder er identiske, at lovovertræderen er den samme person, og at den retsbeskyttede interesse er den samme«, for at princippet kan finde anvendelse [52].

Det første spørgsmål

64. Med det første spørgsmål ønskes oplyst, om princippet ne bis in idem i gennemførelseskonventionens artikel 54 skal fortolkes således, at det finder anvendelse på en situation, hvor en kompetent ret i en »første« medlemsstat har truffet en endelig afgørelse (materiel retskraft) om forbud mod ny retsforfølgning af visse personer, fordi sagen er forældet i henhold til den pågældende medlemsstats straffelovgivning.

Indledende bemærkninger

65. En række indledende bemærkninger er nødvendige, inden jeg besvarer det første spørgsmål.

Forældelsesfrister

66. I de fleste kontinentale retssystemer gælder der frister for statens ret til at indlede straffesager. Når fristen er udløbet, er retten til strafforfølgning forældet i henhold til den relevante lovgivning. Når en kompetent ret i sidste instans fastslår, at strafansvaret er forældet, bliver sagen »materielt retskraftig«. Der kan ikke længere rejses straffesag mod den påståede gerningsmand for de samme handlinger i den pågældende medlemsstat.

67. Forældelsesfristerne fastsættes i forhold til lovovertrædelsens grovhed. Der er imidlertid væsentlig forskel medlemsstaterne imellem med hensyn til forældelsesfrister for stort set samme lovovertrædelser [53].

68. I det engelske, det skotske og det irske system er straffesager derimod normalt ikke underlagt forældelsesfrister [54].

51 — Jf. besvarelsen af det andet spørgsmål, punkt 121-124.

52 — Cement-dommen, nævnt i fodnote 23.

53 — I Den Franske Republik er der således f.eks. ti års forældelsesfrist for retsforfølgning af alvorlige forbrydelser, fem år for mindre alvorlige forbrydelser (»délits«) og kun et år for mindre forseelser (»contraventions«). I Kongeriget Spanien er forældelsesfristen for retsforfølgning for strafbare forhold (i generel forstand) — afhængigt af den straf eller sanktion, der kan ifaldes — tyve, femten, ti, fem eller tre år.

54 — Der er visse undtagelser. F.eks. gjaldt der en forældelsesfrist på 12 måneder for retsforfølgning for ulovlig seksuelt samkvem med piger under 16 år, indtil den blev ophævet ved Sexual Offences Act fra 2003 (se betragtninger vedrørende denne forældelsesfrist i dom afsagt af House of Lords i Regina mod J (appellant), 2004, UKHL 42). Den generelle mangel på forældelsesfrister udelukker ikke en mulig anvendelse af principper såsom unødig trætte, hvilket kan begrænse de retsforfølgende myndigheders kompetence til at anlægge sag under visse omstændigheder og således i praksis føre til det samme resultat, men på et andet teoretisk grundlag.

69. Der findes således ikke en universel anerkendelse af forældelsesfrister som et generelt princip i alle medlemsstaters strafferetssystemer.

70. Der findes en række begrundelser for, at der fastsættes en forældelsesfrist for statens ret til retsforfølgning. Der er bl.a. fremført det argument, at efter et vist antal år er det af hensyn til den sociale fred bedre at lade fortiden hvile i stedet for at genoplive den sociale uro, der blev forårsaget af den påståede lovovertrædelse. Hvis staten handler forsømmeligt ved at undlade at rejse sag mod den tiltalte inden for den fastsatte tidsfrist, kan det være grund til, at samfundet mister sin ret til at straffe de pågældende personer. På et mere praktisk plan forholder det sig endelig sådan, at jo længere tid der er gået siden den påståede overtrædelse fandt sted, jo vanskeligere vil det sandsynligvis være at opnå pålidelige beviser og gennemføre en retfærdig retssag.

71. Alle disse grunde vedrører en effektiv forvaltning af strafferetsplejen og mere generelt almene hensyn [55].

Ne bis in idem-princippets logiske baggrund

72. Ne bis in idem-princippet bygger derimod på en anden tankegang. Dette princip, hvis oprindelse i vestlige retssystemer kan spores tilbage til klassisk tid [56], anses hoved-

55 — Med henblik på en kritisk gennemgang af princippet og dets logiske baggrund, jf. generelt A. Merle og A. Vitu, *Traité de Droit Criminel, Tome II, Procédure Pénale*, 4. udg., 1979, afsnit 46 ff. og den deri nævnte bibliografi.

56 — Henvisninger til princippet kan således findes så tidligt som hos Demostenes, som anfører, at »the laws forbid the same man to be tried twice on the same issue« (»Against Leptines« (355 f.Kr.), *Demostenes I*, oversat af J. H. Vince, Harvard University Press, 1962) og i romerretten, hvor det er nævnt i Justinians Corpus Juris Civilis (Dig. 48.2.7.2 og Cj. 9.2.9pr: 529-534 e.Kr.). Det første registrerede udtryk for et tilsvarende princip i common law har angiveligt grundlag i det 12. århundredes disput mellem ærkebiskop Thomas Becket og Henry II. Becket gjorde gældende, at præster, der var domfældt ved en kirkelig ret, var fritaget for en ny straf ved kongens ting, eftersom en sådan yderligere sekulær straf ville være i strid med det kirkeretlige forbud mod dobbelt afstraffelse (selv baseret på St Jerome's kommentar (391 e.Kr.) »For God judges not twice for the same offence«). Kongens dommere, eventuelt under indflydelse af den folkelige veneration for (og efterfølgende kanonisering af) Becket, efter at han var blevet myrdet af kongens riddere i Canterbury katedral, og af Henry II's offentlige bod ved Beckets grav, startede med at anvende maksimet som et retsprincip. Om princippets historie se generelt J.A. Sigler: »A History of Double Jeopardy« (1963) 7 *Am J of Legal History* 283. Jf. ligeledes om princippets historie i engelsk ret M. Friedland, *Double Jeopardy*, 1969, OUP, s. 5-15, og P. McDermott, *Res Judicata and Double Jeopardy*, Butterworths, 1999, s. 199, 200 og 201.

sagelig (men ikke udelukkende) [57] for et middel til at beskytte personen mod statens mulige misbrug af sin straffebeføjelse [58]. Det kan ikke tillades, at staten gør gentagne forsøg på at dømme en person for en påstået overtrædelse. Når en retssag først er gennemført, med alle de nødvendige processuelle garantier, og spørgsmålet om personens mulige gæld til samfundet er blevet bedømt, må staten ikke udsætte ham for den belastning, som en ny sag indebærer (eller som det beskrives i de angloamerikanske retssystemer at udsætte ham for »dobbelt strafferetlig forfølgelse« [59]). Den amerikanske højesteretsdommer Black udtrykte det således, at »den bagvedliggende idé [...] er, at det ikke kan tillades, at staten med alle sine ressourcer og magt kan gøre gentagne forsøg på at dømme en person for en påstået overtrædelse og derved udsætte ham for vanskeligheder, udgifter og byrder og tvinge ham til at leve i en stadig frygt og usikkerhed samt øge muligheden for, at han, selv om han er uskyldig, kan blive fundet skyldig« [60].

73. Retten til ikke at blive strafforfulgt to gange for den samme handling har således udviklet sig til en grundlæggende menneskeret, der skal nyde beskyttelse mod statens sanktionsret, og er blevet kodificeret i flere internationale konventioner [61].

74. Selv om dette er baggrunden for ne bis in idem, forudsætter princippet ikke desto mindre, at samfundet allerede har haft en regulær mulighed for at afgøre sit mellemværende med en person, som det mistænker for at have begået en lovovertrædelse.

75. En betragtning er, at dette kun kan ske, hvis sagen er blevet prøvet i realiteten, og tiltaltes adfærd er blevet undersøgt af de udpegede samfundsrepræsentanter. En sådan opfattelse støttes af ordlyden af artikel 4, stk. 2, i protokol nr. 7 til EMK, som bestemmer, at en sag ikke desto mindre kan

57 — Som den spanske regering har gjort gældende i sit indlæg, søger dette princip også at tvinge politiet og offentlige anklagere til at forberede og føre deres sager så effektivt som muligt. Jf. herom W.P.J. Wils: »The principle of *ne bis in idem* in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis«, 2003, World Competition 26(2), s. 131, navnlig s. 138. Princippet om, at afgørelse af en straffesag er endelig, ligger også bag princippet ne bis in idem. Værdien af en endelig afgørelse er imidlertid tæt forbundet med hovedtanken bag princippet, nemlig beskyttelse af personen mod statens straffebeføjelse. Jf. herom Law Commission's Report *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, marts 2001, på adressen www.lawcom.gov.uk, s. 37 og 38.

58 — En gennemgang af den logiske baggrund for princippet ne bis in idem i både common law-traditioner og kontinentale retstraditioner findes i Friedland, nævnt i fodnote 56, s. 3, 4 og 5, og McDermott, nævnt i fodnote 56, kapitel 21 og 22. En nyere dyberegående behandling findes i Law Commission's Report fra marts 2001, nævnt i fodnote 57.

59 — Begrebet er bl.a. beskrevet sådan i femte tilføjelse til USA's forfatning, hvori det hedder, at ingen skal »be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb«.

60 — I Green v United States-dommen, 1957, 355 U.S. 184, s. 187 og 188, nævnt af Friedland, jf. fodnote 56, s. 4.

61 — Jf. punkt 13 og fodnoten dertil.

genoptages i overensstemmelse med vedkommende stats lovgivning og strafferetspleje, såfremt der foreligger bevis for nye eller nyopdagede kendsgerninger, eller såfremt der i den tidligere rettergang er begået en grundlæggende fejl, som kunne påvirke sagens udfald [62]. Sagt med andre ord, får samfundet normalt én mulighed for at føre sag mod den tiltalte, men er (undtagelsesvist) berettiget til »at gøre endnu et forsøg« efter en første frifindelse, hvis a) der foreligger (væsentligt) nyt materiale eller b) tiltaltes adfærd ikke blev behørigt vurderet under den første rettergang. I EU-sammenhæng kan artikel 4 i protokol nr. 7 med rette siges at udgøre det højeste juridiske udtryk for princippet ne bis in idem som en grundlæggende menneskerettighed.

76. Det alternative synspunkt er, at samfundets eneste mulighed for at afgøre sit mellemværende med tiltalte er begrænset på grund af samfundets egne selvpålagte tidsfrister for retsforfølgning; det betyder således ikke noget, hvis der — netop af denne grund — aldrig finder en realitetsprøvelse sted. Selv om jeg respekterer den teoretiske logik i denne opfattelse, mener jeg, at den kan formodes at give anledning til betydelig uro i gennemførelseskonventionens multinationale og multisociale verden. Inden for et enkelt samfund kan det med rimelighed hævdes, at samfundet selv har afstået fra muligheden for at få afgjort sit mellemværende med den tiltalte efter X antal år. Det samme argument synes mindre fornuftigt, når det anvendes på 17 samfund, dvs. de 13 medlemsstater, som hidtil har gennemført Schengen-reglerne fuldt ud, samt Island og Norge som kontraherende parter til gennemførelseskonventionen og Det Forenede Kongerige [63] og Irland [64] med hensyn til bl.a. gennemførelseskonventionens artikel 54-58 [65].

77. Jeg mener derfor, at det retsvidenskabelige hovedspørgsmål i den foreliggende sag er, hvorvidt en beslutning om at afvise en straffesag, fordi adgangen til retsforfølgning er forældet, indebærer, at den pågældende person retsforfølges [»is placed in jeopardy«] i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i gennemførelseskonventionens artikel 54, og således berettiges til at udøve sin grund-

62 — Tilsvarende undtagelser gælder i de fleste medlemsstaters retssystemer.

63 — Artikel 1 i Rådets afgørelse 2000/365/EF af 29.5.2000 om anmodningen fra Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland om at deltage i visse bestemmelser i Schengen-reglerne (EFT L 131, s. 43) og Rådets afgørelse 2004/926/EF af 22.12.2004 om iværksættelse af nogle af Schengen-reglerne i Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland (EUT L 395, s. 70).

64 — Artikel 1 i Rådets afgørelse 2002/192/EF af 28.2.2002 om anmodningen fra Irland om at deltage i visse bestemmelser i Schengen-reglerne (EFT L 64, s. 20). De relevante bestemmelser er imidlertid endnu ikke iværksat ved en yderligere rådsafgørelse.

65 — Når først Schweiz og de medlemsstater, som tiltrådte EU i 2004, har gennemført Schengen-reglerne fuldt ud, vil divergenserne i tilgangen til straffelovgivningen åbenbart øges. Jf. endvidere punkt 108-114.

læggende ret til ikke at blive udsat for »bis« »in idem«. Jeg skal senere uddybe, hvorfor jeg ikke finder, at dette er tilfældet, *medmindre* beslutningen er udfaldet af en sag, som har indebåret en vurdering af sagens realitet. Kun da har vedkommende person reelt været retsforfulgt, således at han er berettiget til at påberåbe sig gennemførelseskonventionens artikel 54 [66].

Rækkevidden af princippet ne bis in idem

78. Selv om baggrunden for princippet ne bis in idem er almindelig anerkendt, og der (som forventeligt) findes visse varianter af dette princip i de retssystemer, der finder anvendelse i de stater, der er kontraherende parter i gennemførelseskonventionen generelt, ligesom i de fleste udviklede retssystemer, står det efter en kort sammenlignende undersøgelse klart, at der ikke findes en enkelt, fælles definition af dette princips præcise betydning, dets præcise rækkevidde, hvornår det præcist finder anvendelse osv. [67].

79. I EU-sammenhæng kommer manglen på en fælles praksis til udtryk, idet de forskellige lovgivningsforanstaltninger og initiativer, der er vedtaget af fællesskabsinstitutioner og medlemsstaterne i henhold til afsnit VI i EU-traktaten, ikke har kunnet definere rækkevidden af princippet i gennemførelseskonventionens artikel 54 [68].

66 — Jf. punkt 92-96. Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer har også i sit forslag til afgørelse i Van Straaten-sagen, anført i fodnote 19, foreslået, at ne bis in idem-effekten udløses, forudsat at frifindelsen har indebåret en vurdering af realiteten (punkt 65 og 67). Kommissionens grønbog om konflikter om stedlig kompetence og ne bis in idem-princippet i straffesager (KOM(2005) 696 endelig) rejser det samme spørgsmål, jf. s. 54, 55 og 56.

67 — Endog Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis er selvmodsigende med hensyn til den nøjagtige rækkevidde af princippet i artikel 4, stk.1, i protokol nr. 7, navnlig med hensyn til om det kun kræver, at de faktiske omstændigheder er identiske eller desuden kræver, at den retsbeskyttede interesse er identisk. På dette punkt, jf. dommer Repkis dissens i Oliveira mod Schweiz-sagen, nr. 25711/94, dom af 30.7.1998, *ECHR Reports of Judgments and Decisions* 1998-V. Om vanskelighederne ved at anvende princippet i en multinational sammenhæng, jf. generelt Vervaele, anført i fodnote 9, og C. Van den Wyngaert og G. Stessens: »The international *non bis in idem* principle: resolving the unanswered questions«, 1999, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, s. 779. Kommissionens grønbog, anført i fodnote 66, omhandler indgående de vanskeligheder, der opstår ved anvendelsen af princippet ne bis idem i EU-sammenhæng.

68 — Konventionen om forbud mod dobbelt strafforfølgning fra 1987, anført i fodnote 8, trådte således aldrig i kraft, fordi der ikke var tilstrækkeligt mange ratifikationer. I 1999 anmodede Det Europæiske Råd i Tammerfors Rådet og Kommissionen om inden december 2000 at vedtage et program for foranstaltninger med henblik på gennemførelse af princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser i civil- og strafferetlige sager. Programmet foreslog 24 vagt definerede foranstaltninger, opstillet i prioriteret rækkefølge. Ingen af de foreslåede foranstaltninger vedrørende princippet ne bis in idem er blevet gennemført. I 2003 forlagde det græske formandskab, i tilslutning til Domstolens afgørelse i Gözütok og Brügge-sagen, et initiativ med henblik på vedtagelse af Rådets rammeafgørelse om anvendelse af »ne bis in idem«-princippet (EUT C 100, s. 24). Dets mål var at give medlemsstaterne fælles retsregler med hensyn til ne bis in idem-princippet for at sikre ensartethed både med hensyn til fortolkningen af disse regler og anvendelsen af dem i praksis. Medlemsstaterne har ikke hidtil tilsluttet sig Rådets rammeafgørelse.

Ne bis in idem som et *propriae naturae*-princip i fællesskabsretten

80. I forhold til EU-retten finder jeg det derfor nærmest uundgåeligt, at begrebet ne bis in idem (der, som Domstolen bemærkede i Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl.-dommen, er et grundlæggende princip i fællesskabsretten) må forstås som et selvstændigt, eller et *propriae naturae*-princip. I mangel af nye initiativer i form af traktatændringer eller afledt fællesskabsret skal det derfor præciseres yderligere og videreudvikles af Domstolen som led i dens »fortolkningsmonopol« vedrørende sådanne nøglebegreber i EU-retten [69]. En specifik anvendelse af princippet på særlige områder (hvad enten det er konkurrenceretten eller via gennemførelseskonventionens artikel 54) bør udgøre en del af den centrale forståelse af, hvad dette grundlæggende princip betyder (eller burde betyde) i Fællesskabets retsorden.

81. Jeg vil hævde, at det ikke er for dristigt at påstå, at ne bis in idem bør forstås som et selvstændigt princip i EU-sammenhæng. EU udgør en ny retsorden [70], og den europæiske integrationsproces en enestående international konstruktion. Gennemførelseskonventionens artikel 54 repræsenterer på sin side et af de første heldige forsøg på en multilateral anvendelse af princippet ne bis in idem i en tværnational sammenhæng [71]. Det synes derfor naturligt, at definitionen af princippet bør være *propriae naturae*, som er afpasset efter de særlige træk i den supranationale kontekst, hvor det skal finde anvendelse.

Balancen mellem fri bevægelighed for personer og kravene om bekæmpelse af kriminalitet og sikring af et højt tryghedsniveau i »et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed«

69 — Denne formulering blev anvendt af afdøde dommer Mancini i »The free movement of workers in the case-law of the ECJ«, i *Constitutional Adjudication in EC and National Law*, D. Curtin og D. O'Keefe (red.), 1992, Butterworths, s. 67. Lige fra begyndelsen har Domstolen anvendt en fællesskabsdefinition af EF-traktatens nøglebegreber. Jf. bl.a. retspraksis vedrørende definitionen af »arbejdstager« eller »beskæftigelse«« (som begyndte med henholdsvis dom af 19.3.1964, sag 75/63, Hoekstra, Sml. 1954-1964, s. 471, org.ref.:. Rec.: s. 347, præmis 184, og dom af 23.3.1982, sag 53/81, Levin, Sml. s. 1035, præmis 11). Det er nu fast retspraksis, at »[det] følger [...] såvel af kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten som af lighedsprincippet, at ordlyden af en fællesskabsretlig bestemmelse, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med hensyn til fastlæggelsen af dens betydning og rækkevidde, normalt i hele Fællesskabet skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning« (jf. bl.a. dom af 27.2.2003, sag C-373/00, Adolf Truley, Sml. I, s. 1931, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

70 — Dom af 5.2.1963, sag 26/62, Van Gend en Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, org.ref.: Rec. s. 3, præmis 12.

71 — De internationale konventioner, som regulerer anvendelsen af princippet i en tværnational sammenhæng, har haft bemærkelsesværdigt lidt held med at blive ratificeret. Jf. fodnote 9.

82. Endelig er det nødvendigt at se denne diskussion i en større sammenhæng og finde en hensigtsmæssig balance mellem to lige grundlæggende og væsentlige begreber, nemlig fri bevægelighed for personer på den ene side og på den anden side effektiv bekæmpelse af kriminalitet og tilvejebringelse af et højt tryghedsniveau »i et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed«.

83. Det bemærkes i denne forbindelse, at i henhold til artikel 29 EU (den første bestemmelse i afsnit VI, »Bestemmelser om politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager«, som gennemførelseskonventionens artikel 54-58 bygger på), »[...] har Unionen som mål at give borgerne et højt tryghedsniveau i et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed gennem udformning af fælles handling mellem medlemsstaterne inden for politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager«. Gennemførelsen af fri bevægelighed for personer er vigtig, men opnåelsen af et »højt tryghedsniveau« er det i lige så høj grad. Artikel 2 EU lægger ligeledes samme vægt på gennemførelsen af fri bevægelighed for personer og forebyggelse og bekæmpelse af kriminalitet [72].

84. Jeg mener endelig, at mens retten til fri bevægelighed for personer utvivlsomt er vigtig, er den ikke ubetinget [73]. Gennemførelseskonventionens mål er fri bevægelighed *i* et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed. En integreret del af den proces består i at finde en *propriae naturae*-definition af princippet ne bis in idem, som giver mulighed for ret til fri bevægelighed *i* et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, der karakteriseres af et højt tryghedsniveau. Det var (selvfølgelig) nødvendigt at medtage en bestemmelse, som sikrede ne bis in idem-princippet i gennemførelseskonventionen — udelukkelse af et sådant grundlæggende begreb ville have været en alvorlig lakune. Samtidig må princippet ikke gøres uforholdsmæssigt. Det skal med andre ord have et rimeligt, men ikke ubegrænset anvendelsesområde.

Besvarelsen af det første spørgsmål

85. Ved besvarelsen af det første spørgsmål står Domstolen over for et klart valg mellem at fastslå, at en formel forældelsesfrist (hvis anvendelse principielt ikke nødvendiggør en vurdering af realiteten i sagen mod den tiltalte) er tilstrækkelig til, at ne bis in idem-princippet kan finde anvendelse, og at fastslå,

72 — Dette er udtrykkeligt anerkendt i Miraglia-dommen, jf. punkt 49.

73 — Retten er bestemt ikke ubetinget i EF-traktatens sædvanlige forstand. Artikel 39, stk. 3, EF (arbejdstagere), artikel 46 EF (etablering) og artikel 55 EF (tjenesteydelser), der alle udtrykkeligt tillader undtagelser fra princippet om fri bevægelighed for personer begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed. Disse undtagelser er blevet yderligere udvidet i henhold til Domstolens praksis vedrørende »ufravigelige krav«. Se punkt 110, 111 og 112.

at dette princip alene kan finde anvendelse, såfremt der er sket en vis realitetsprøvelse som led i den første strafforfølgning (og i så fald i hvilket omfang). For nemheds skyld henviser jeg til den førstnævnte fremgangsmåde som en »formel betragtning« og til den sidstnævnte som en »realitetsbaseret betragtning«.

86. Parternes synspunkter kan kort sammenfattes som følger.

87. De tiltalte i Spanien gør i det væsentlige gældende, at der skal anlægges en formel betragtning.

88. Alle de medlemsstater, der har indgivet indlæg, har derimod anlagt en realitetsbaseret betragtning. Kongeriget Spanien, Kongeriget Nederlandene, Republikken Polen og Den Franske Republik har i det væsentlige gjort gældende, at gennemførelseskonventionens artikel 54 kun finder anvendelse, hvis den kompetente ret i en endelig afgørelse har vurderet sagens realitet og ved dom taget stilling til tiltaltes strafansvar. Dette er ikke tilfældet, hvis en straffesag bliver definitivt indstillet, alene fordi adgangen til retsforfølgning af lovovertrædelsen er forældet. Den Italienske Republik har i lighed hermed gjort gældende, at gennemførelseskonventionens artikel 54 kun finder anvendelse, hvis den endelige afgørelse om at indstille sagen, fordi lovovertrædelsen er forældet, er et resultatet af en sag, der indebærer hensyntagen til sagens realitet og den tiltaltes strafansvar.

89. Kommissionen har anlagt en formel betragtning, der alene støttes på praktiske overvejelser. Den finder således, at en »frifindelse« af formelle grunde, afhængigt af omstændigheder på nationalt plan, eventuelt kan indebære en vurdering af realiteten. For at undgå at skabe vanskeligheder for de nationale retsinstanser, hvis de skal godtgøre, om en tidligere afgørelse i en anden jurisdiktion faktisk har indebåret en sådan vurdering, har Kommissionen foreslået, at enhver endelig afgørelse, der forhindrer fremtidige straffesager for de samme forhold i én medlemsstat, generelt skal anses for at være en endelig afgørelse med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54.

90. Så langt er jeg enig med Kommissionen, idet det faktisk ser ud til, at en national straffesag, som munder ud i en afgørelse om, at forældelsesfrister finder anvendelse, eventuelt kan indebære en undersøgelse af realiteten (afhængigt af hvordan, hvornår og af hvem forældelsesproblemet bliver rejst) [74]. Efter min opfattelse bør indstilling

74 — Jf. fodnote 78.

af en straffesag ved anvendelse af en forældelsesfrist uden vurdering af realiteten ikke være omfattet af ne bis in idem-princippet i gennemførelseskonventionens artikel 54.

91. I næste afsnit redegør jeg for, hvorfor jeg finder, at den realitetsbaserede betragtning er en mere korrekt fortolkning af gennemførelseskonventionens artikel 54. Jeg vil herefter undersøge en række indvendinger mod den realitetsbaserede betragtning, som er blevet fremført af tilhængerne af den formelle betragtning.

Argumenter for en realitetsbaseret betragtning af princippet ne bis in idem

92. For det første er den realitetsbaserede betragtning mere pålidelig i forhold til tankegangen bag princippet ne bis in idem. I medfør af dette princip har staten én mulighed for at vurdere og afsige dom over en persons påståede strafbare adfærd. Det er først efter en vurdering af *realiteten*, at det med rette kan hævdes, at den pågældende person har været genstand for retsforfølgning, og at der, bortset fra under særlige omstændigheder, ikke bør foretages en fornyet vurdering (»ne bis«) af den samme sag (»in idem«).

93. Som allerede anført er forældelsesfrister derimod baseret på en anden logik. Samfundet afsiger dermed dom, ikke over den tiltalte, men over den betydning, det objektivt set tillægger en lovovertrædelse [75] — en dom, som varierer stærkt fra den ene stat til den anden — og således over, hvor længe det er rimeligt, at staten bevarer sin ret til strafforfølgning.

94. Jeg erindrer om, at vi her befinder os i en supranational kontekst, hvor der ikke findes en fælles definition af princippets rækkevidde, og der heller ikke findes nogen direkte relevant ekstern myndighed [76]. På denne baggrund finder jeg, at der ved anvendelsen af princippet ne bis in idem kan og bør tillægges udtrykket forskellige betydninger, afhængig af, om a) den »endelige indstilling af en straffesag« skyldes, at adgangen til forfølgning af lovovertrædelsen er forældet, eller b) der ikke er mulighed for en ny straffesag for de samme forhold efter »endelig frifindelse« af en person efter en fuldt ud gennemført retssag. Dette er tilfældet, selv

75 — F.eks. gælder der ingen forældelsesfrist for folkedrab i flere medlemsstater, som anvender frister for andre lovovertrædelser.

76 — Desværre er anvendelsesområdet for artikel 4 i protokol nr. 7 til EMK udtrykkeligt begrænset til nationalt plan (dvs. for hver stat, der har undertegnet protokollen), jf. den forklarende rapport til protokol nr. 7, afsnit 27. Derfor er hverken dens faktiske tekst eller Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning af den i sidste instans brugbar som vejledning for, hvordan gennemførelseskonventionens artikel 54 skal fortolkes. Det samme gælder for artikel 14, stk. 7, i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder, som også tager sigte på anvendelse på nationalt plan i hver enkelt signatarstat.

om begge procedurer på rent nationalt plan kan føre til samme resultat (nemlig udelukkelse af en fremtidig straffesag mod den samme person for det samme forhold).

95. Med henblik på anvendelsen af princippet ne bis in idem i gennemførelseskonventionens artikel 54 mener jeg, at det er et nødvendigt krav, at der afholdes en retssag, hvor den strafferetlige instans vurderer den tiltaltes sag i realiteten, og hans adfærd følgelig vurderes [77]. Dette krav er åbenbart opfyldt, når der afsiges en endelig dom om realiteten. Jeg vil imidlertid ikke gå så langt som til at kræve en formel dom om, hvorvidt tiltalte er »skyldig« eller »ikke skyldig«, for at princippet kan finde anvendelse. Det ville efter min mening gøre anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54 afhængig af uforholdsmæssigt strenge betingelser og reducere dens praktiske relevans i uacceptabel grad.

96. Jeg foreslår derfor, at en tiltalt også bør kunne påberåbe sig princippet ne bis in idem, når han de facto har været gjort til genstand for retsforfølgning, men hans sag i sidste instans er blevet afvist, fordi adgangen til retsforfølgning er forældet [78]. Hvis den nationale straffesag har indebåret en omfattende behandling af sagens realitet, mener jeg, at den tiltalte faktisk har været gjort til genstand for retsforfølgning [79]. Han må derfor drage fordel af princippet ne bis in idem, og enhver efterfølgende retsforfølgning af den samme tiltalte i en anden medlemsstat for de samme forhold må udelukkes i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 54 [80]. Dette stemmer overens med tankegangen bag princippet ne bis in idem. Det følger heraf, at hvis der træffes afgørelse om, at adgangen til strafforfølgning er forældet,

77 — Nærværende sag vedrører afgørelser truffet *af en domstol*, og drøftelsen er derfor udformet på denne måde. I Gözütok og Brügge-sagen havde samfundet ligeledes haft og udnyttet muligheden for at afgøre sit mellemværende med den tiltalte (gennem udenretlige aftaler, der blev tilbudt og accepteret af begge tiltalte — med erkendelse af skyld og accept af lavere straffe, end hvis deres sager havde været genstand for en fuldstændig retsforhandling). Denne del af den tilgrundliggende analyse er ikke afhængig af, om en retsinstans formelt er involveret.

78 — En kort sammenlignende undersøgelse viser, at, selv om spørgsmålet om, hvorvidt strafansvaret er forældet, normalt afgøres ex officio af den kompetente ret ved sagens begyndelse (hvis anklagemyndigheden ikke allerede har taget stilling til dette, før der overhovedet rejses tiltale mod den anklagede), kan spørgsmålet også rejses af enhver part på et hvilket som helst stadium af straffesagen, selv efter at retsmødet er afholdt og bevisførelsen har fundet sted. Efter min opfattelse er sagens realitet i det sidste tilfælde blevet undersøgt, selv om der ikke formelt er afsagt dom om realiteten. En tiltalt, som har været igennem en straffesag så langt, har derfor klart været gjort til genstand for retsforfølgning af staten. Princippet ne bis in idem bør derfor finde anvendelse.

79 — Jeg er klar over, at betydningen af dette i praksis kan variere fra en medlemsstat til en anden, og at den nationale ret i den »anden« medlemsstat eventuelt skal foretage yderligere undersøgelser. Som jeg drøfter i punkt 117 og 118, kan de praktiske vanskeligheder reduceres ved at påberåbe sig eksisterende samarbejdsinstrumenter mellem nationale kriminalretter. Det kan også være, at national straffelovgivning selv definerer, fra hvilket tidspunkt en tiltalt er genstand for retsforfølgning. Det er bl.a. tilfældet I USA, hvor »jeopardy« i en nævningesag er knyttet til, at nævningene udvælges og tages i ed. Denne regel anses for at være en del af kerneelementet i princippet om dobbelt strafforfølgning, der er knæsat i den femte tilføjelse til USA's forfatning. Jf. Crist v Bretz-dommen, 1978, 437 U.S. 28. For en diskussion om dette problem i forbindelse med common law-systemer, jf. Friedland, anført i fodnote 56, kapitel 2 og 3.

80 — Min analyse i nærværende sag er bevidst begrænset til problemet med forældelsesfrister. Uden at jeg her skal foretage en detaljeret gennemgang af de hypoteser, som generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer kort fremsætter i punkt 65 i sit forslag til afgørelse i Van Straaten-sagen (anført i fodnote 19), bemærkes, at jeg ikke deler hans opfattelse af, at alle de eksempler han nævner, nødvendigvis indebærer en vurdering af realiteten og derfor berettiger en tiltalt til at påberåbe sig ne bis in idem-princippet.

inden behandlingen af sagens realitet, uanset at straffesagen herved endeligt indstilles, må en sådan indstilling falde uden for ne bis in idem-princippets anvendelsesområde [81].

97. For det andet mener jeg, at den realitetsbaserede betragtning har en mere passende balance mellem de to ønskværdige mål, nemlig at fremme fri bevægelighed for personer på den ene side og sikre retten til fri bevægelighed i et område med »frihed, sikkerhed og retfærdighed« karakteriseret ved et højt tryghedsniveau, hvor kriminalitet er effektivt under kontrol. Som jeg har anført [82], prioriterer hverken artikel 2 EU eller artikel 29 EU fri bevægelighed for personer frem for forebyggelse og bekæmpelse af kriminalitet og opnåelse af et højt tryghedsniveau. Domstolen tillagde ganske vist i Miraglia-dommen det sidstnævnte mål forrang frem for det førstnævnte. Med hensyn til den nødvendige afvejning mellem disse lige grundlæggende mål konkluderer jeg, at en person mod hvem en straffesag, *uden* vurdering af sagens realitet, er blevet indstillet i en medlemsstat, fordi adgangen til retsforfølgning er forældet, ikke kan drage fordel af gennemførelseskonventionens artikel 54.

98. For det tredje er den realitetsbaserede betragtning efter min opfattelse ikke alene en logisk anvendelse af det væsentlige i princippet ne bis in idem, men har også støtte i Domstolens hidtidige praksis.

99. Af de sager, der vedrører gennemførelseskonventionens artikel 54, krævede Domstolen i Miraglia-dommen udtrykkeligt en vurdering af realiteten, for at princippet ne bis in idem kunne bringes i anvendelse. I Van Esbroeck-dommen og Gözütok og Brügge-dommen havde de tiltalte enten allerede været genstand for en formel retssag og afsonet en del af den idømte straf eller erkendt deres skyld under den administrative procedure. I både Van Esbroeck-dommen og Gözütok og Brügge-dommen var de således blevet straffet for de pågældende overtrædelser. Alle tre sager anvendte derfor *faktisk* en realitetsbaseret betragtning.

100. Rigtigheden af den realitetsbaserede fortolkning bekræftes endvidere af Domstolens praksis vedrørende princippet ne bis in idem i konkurrenceretten, navnlig i Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl.-dommen. I denne sag fastslog Domstolen udtrykkeligt, at »[...] »frifindelse« i den forstand, hvori dette udtryk anvendes på det sanktionsretlige område«, kun finder sted, og det generelle princip ne bis in idem kun kan finde anvendelse, hvis der er truffet afgørelse om realiteten med hensyn til de kritiserede omstændigheder [83].

81 — Det er også den betydning, som det efter min opfattelse er hensigtsmæssigt at tilskrive ordene »endeligt frifundet« i artikel II-110 i udkast til traktaten om en forfatning for Europa. Se fodnote 8.

82 — Jf. punkt 83.

83 — Jf. punkt 57.

101. For det fjerde bør fortolkningen af princippet ne bis in idem være den samme på alle områder af EU-retten. Denne konklusion følger af artikel 6 EU, der findes i afsnit I, »Fælles bestemmelser«, som finder anvendelse på alle søjler i EU-traktaten. Artikel 6, stk. 1, EU bestemmer, at »Unionen bygger på principperne om frihed, demokrati og respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder samt retsstatsprincippet, der alle er principper, som medlemsstaterne har til fælles«. Artikel 6, stk. 2, EU bestemmer endvidere, at »Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder [...] og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten«. Det grundlæggende princip ne bis in idem udgør således et overordnet retsprincip i EU-retsordenen. Fortolkningen af det skal derfor være ensartet inden for alle områder, som er omfattet af EU-traktaten, dvs. både EF-traktaten og Schengen-reglerne [84].

102. Hvis det grundlæggende princip ne bis in idem således i medfør af EF-traktatens konkurrenceregler kræver en vurdering af realiteten (som det gør), må det samme gøre sig gældende, når princippet anvendes i medfør af gennemførelseskonventionens artikel 54.

103. Man kan hævde, at princippet ne bis in idem i konkurrenceretten kan og skal være forskelligt fra princippet ne bis in idem i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 54. Jeg undersøger dette argument i det følgende [85]. Spørgsmålet om, hvorvidt princippet ne bis in idem kræver, at der er foretaget en vurdering af realiteten, er et af de centrale elementer i selve princippet. Dette centrale element skal forblive konstant uanset den retlige kontekst, som princippet finder anvendelse i. Jeg kan ikke se, hvordan indholdet af et centralt element i et grundlæggende princip kan variere væsentligt, afhængigt af om princippet ne bis in idem anvendes i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 54, eller generelt, som et grundlæggende princip i fællesskabsretten (f.eks. i konkurrenceretten).

104. For det femte vil den realitetsbaserede betragtning ydermere bidrage til at forebygge den efter min mening uønskede mulighed for »strafferetlig forum shopping«. En ubegrænset anvendelse af princippet om gensidig tillid kan give anledning til, at en person bevidst søger at blive retsforfulgt i en

84 — Denne slutning har støtte i Domstolens praksis vedrørende anvendelsen af artikel 6 EU. Se f.eks. dom af 23.9.2003, sag C-109/01, Akrich, Sml. I, s. 9607, præmis 58, og af 20.5.2003, forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, Österreichischer Rundfunk, Sml. I, s. 4989, præmis 68 og 69. I Van Esbroeck-dommen, anført i fodnote 19, synes Domstolen implicit at have accepteret dette, for så vidt som den henviste (præmis 40) til Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl.-dommen, da den fastslog, at princippet i gennemførelseskonventionens artikel 54 er blevet anerkendt som et grundlæggende princip i fællesskabsretten.

85 — Se punkt 155-158.

medlemsstat, hvor han ved, at sagen nødvendigvis vil blive erklæret forældet, og dernæst påberåber sig princippet ne bis in idem for at kunne bevæge sig frit inden for EU [86].

Mulige indvendinger mod den realitetsbaserede betragtning

105. Efter min opfattelse skal der tages stilling til tre indvendinger, nemlig betydningen af princippet om gensidig tillid, som gennemførelseskonventionens artikel 54 bygger på, Domstolens udtrykkelige afvisning af forudgående harmonisering som en betingelse for anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54, og de praktiske vanskeligheder, der kan opstå som følge af en realitetsbaseret betragtning. Jeg skal behandle dem i den nævnte rækkefølge.

106. Er en realitetsbaseret betragtning for det første i strid med den vægt, som Domstolen hidtil har lagt på betydningen af »gensidig tillid« mellem medlemsstater?

107. I Gözütok og Brügge-dommen og i Van Esbroeck-dommen lagde Domstolen således betydelig vægt på princippet om »gensidig tillid« [87], som gennemførelseskonventionens artikel 54 bygger på, og medlemsstaternes samarbejde i straffesager i henhold til Amsterdam-traktaten [88] (som udtrykkeligt blev anerkendt af Det Europæiske Råd i Tammerfors) [89].

108. Efter min opfattelse er begrebet gensidig tillid imidlertid ikke så omfattende, at det kan give et rimeligt grundlag for anvendelse af princippet ne bis in idem på alle nationale afgørelser om indstilling af en straffesag som følge af forældelse.

109. Jeg mener derimod, at der kan og skal sondres mellem tillid til andre medlemssta-

86 — Dette er langt fra et teoretisk problem. Som eksempel kan nævnes, at det ser ud til, at på grund af deres milde behandling af lovovertrædelser med relation til handel med stjålne kunstværker har både Belgien og Nederlandene længe været det foretrukne sted for handel med sådanne genstande.

87 — Dette begreb er klart nært beslægtet med »gensidig anerkendelse«, som udgør en traditionel del af de fire frihedsrettigheder i henhold til EF-traktaten. Domstolen taler i sine domme om »gensidig tillid« i stedet for »gensidig anerkendelse«, som er det udtryk, der anvendes af Det Europæiske Råd, Rådet og Kommissionen (se fodnote 89). Jeg antager imidlertid, at det er forskellige betegnelser for det samme princip.

88 — Jf. punkt 44 og 54.

89 — Princippet »gensidig anerkendelse« i straffesager blev på Det Forenede Kongeriges forslag godkendt af Det Europæiske Råd på mødet i Tammerfors i 1999, hvor det udtalte, at »Det Europæiske Råd støtter [...] princippet om gensidig anerkendelse, der efter dets mening bør være hjørnestenen i det retlige samarbejde inden for EU på både det civil- og det strafferetlige område. Princippet bør gælde for såvel domme og andre afgørelser truffet af retlige myndigheder« (punkt 33 i formandskabets konklusioner). Ifølge indledningen til programmet for foranstaltninger med henblik på gennemførelse af princippet om gensidig anerkendelse af afgørelser i straffesager, som efterfølgende blev vedtaget af Rådet og Kommissionen (EFT 2001 C 12, s. 10), forudsætter gennemførelsen af dette princip, »at medlemsstaterne har gensidig tillid til hinandens strafferetlige systemer. En sådan tillid hviler navnlig på den fælles sokkel, som udgøres af deres tilslutning til principperne om frihed, demokrati og respekt for menneskerettighederne, de grundlæggende frihedsrettigheder samt retsstatsprincippet«.

ters straffesager generelt (herunder garantier for en retfærdig rettergang, materiel afgrænsning af lovovertrædelser og regler om bevismateriales tilvejebringelse og lovlighed) og tillid til en afgørelse om, at der ikke kan finde en materiel vurdering af lovovertrædelsen sted, fordi adgangen til retsforfølgning er forældet. I en ikke harmoniseret verden er det førstnævnte et ægte udtryk for respekt for kvaliteten og gyldigheden af andre suveræne staters straffelovgivning. Det sidstnævnte svarer til en de facto harmonisering på grundlag af den laveste fællesnævner [90].

110. En parallel hertil findes eventuelt i retspraksis vedrørende princippet om gensidig anerkendelse, der gælder for de vigtigste frihedsrettigheder i henhold til EF-traktaten. Selv om gensidig anerkendelse er vigtig, er der undtagelser fra dette princip, både i henhold til specifikke bestemmelser i EF-traktaten og i henhold til retspraksis om »ufravigelige krav«. En fuldstændig anvendelse af princippet kræver under alle omstændigheder, at kvalifikationerne eller kendetegnene for de personer, varer eller tjenesteydelser, for hvilke bestemmelserne om fri bevægelighed gøres gældende, er sammenlignelige med dem, der kræves i værts- eller importstaten [91].

111. Tilsvarende undtagelser og krav om »sammenlignelighed« skal så meget desto mere være en mulighed i forbindelse med Schengen-reglerne (som, selv om de i henhold til Amsterdam-traktaten hører under EU-retten, stadig ikke helt lever op til EF-traktatens fulde integrationsmål og -instrumenter). De skal desuden være hensigtsmæssige for så vidt angår samarbejdet inden for straffelovgivningen, der er et delikat område af den nationale suverænitet, for så vidt som det kodificerer nationale samfunds moralske og sociale værdier [92].

90 — I dette tilfælde ville det endvidere være Domstolen, der handlede som lovgiver, hvilket understreger det uønskede i en sådan fremgangsmåde.

91 — Jf. i denne forbindelse analysen i S. Peers: »Mutual Recognition and Criminal Law in the EU: Has the Council got it Wrong?«, 2004, *Common Market Law Review* 5.

92 — »Le crime et la peine sont donc des phénomènes sociaux, soumis aux lois de la sociologie, et ainsi conditionnés par tous les changements apportés à l'organisation sociale, par exemple, par les variations du milieu économique et, plus encore, par l'état des croyances morales et du degré de culture de chaque époque et de chaque peuple«. (Émile Garçon, 1851-1922, *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Payot, 1922, s. 3). Domstolen har tidligere undgået at rejse tvivl om medlemsstaternes moralske valg, som de afspejles i deres lovgivning, i henhold til fællesskabsretten. Grogan-dommen (dom af 4.10.1991, sag C-159/90, Sml. I, s. 4685) indeholder et klassisk eksempel, om end ikke det eneste, i den forbindelse. Jf. generelt s. O'Leary og J.M. Fernández-Martín: »Judicially created exceptions to the free provision of services« i *Services and Free movement in EU Law*, M. Andenas og R. Wulf-Henning (red.), 2002, OUP, 163. Det er interessant, at forbuddet mod dobbelt strafforfølgning i den femte tilføjelse til forfatningen ikke i USA's erklærede føderale system brydes af successive statslige og/eller føderale retsforfølgninger for den samme underliggende adfærd. Staterne anses i forhold til hinanden og i forhold til forbundsregeringen for særskilte suveræne instanser med hensyn til forbuddet mod dobbelt strafforfølgning (Heath v Alabama-dommen, 1985, 474 U.S. 82).

112. Som eksempel kan nævnes den kriminelle lavalder — som klart er et bevidst valg fra samfundets side, og som varierer markant fra den ene medlemsstat til den anden [93]. I mangel af en harmoniseringsaftale mellem medlemsstaterne er det min opfattelse, at et vagt defineret »princip om gensidig tillid« ikke vil udgøre et passende grundlag for at anse indstillingen af en straffesag i den »første« medlemsstat, som følge af at den tiltalte var under den kriminelle lavalder, som udløser af ne bis in idem-effekten i en anden medlemsstat, hvor den kriminelle lavalder er lavere. På det nuværende udviklingstrin af den europæiske integration inden for det strafferetlige område forekommer et sådant resultat ikke at være i overensstemmelse med den kompetence, som hver medlemsstat fortsat har [94].

113. Spørgsmålet er for det andet, om den realitetsbaserede betragtning kræver et mindstemål af harmonisering af medlemsstaternes straffelovgivninger som en betingelse for anvendelsen af princippet ne bis in idem? I bekræftende fald vil det klart være i strid med den betragtning, som Domstolen anlagde både i Gözütok og Brügge-dommen og i Van Esbroeck-dommen.

114. Efter min opfattelse er de netop anførte betragtninger om princippet om gensidig tillid også af relevans her. Ligesom med gensidig anerkendelse i forbindelse med EF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed kan princippet om gensidig tillid ikke i sig selv effektivt sikre, at de mål, der søges opnået ved afsnit VI EU (Politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager), nås. For fuldt ud at sikre fri bevægelighed, selv om der er betydelig forskel i den nationale behandling af strafferetlige spørgsmål, vil en vis grad af harmonisering eller tilnærmelse af nationale straffelovgivninger sandsynligvis med tiden være nødvendig [95]. Dette gælder indlysende for spørgsmålet om forældelse. Medmindre, og indtil dette sker, mener jeg, at princippet om gensidig tillid giver et utilfredsstillende grundlag for at udvide princippet ne bis in idem til at omfatte *materiel retskraft* på et formelt grundlag som følge af anvendelsen af en forældelsesfrist uden en vurdering af realiteten. Hvis resul-

93 — Inden for EU er den kriminelle lavalder, afhængigt af medlemsstaten, fastsat til 7, 8, 13, 14, 16 og 18 år.

94 — I denne henseende deler jeg ikke den opfattelse, der gives udtryk for af generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i Van Straaten-sagen, anført i fodnote 19, jf. punkt 65.

95 — I samme retning jf. H. Schermers: »Non bis in idem« i *Du Droit International au Droit de l'Intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, F. Capotorti et al. (red.), Nomos, 601-611. Jf. desuden van den Wyngaert og Stessens, anført i fodnote 67, s. 792.

tatet heraf er, at opretholdelsen af et højt tryghedsniveau i et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed under disse omstændigheder prioriteres i forhold til en absolut ret til fri bevægelighed, må det være følgen.

115. For det tredje må man spørge, om der (som Kommissionen har gjort gældende) er alvorlige praktiske vanskeligheder forbundet med at anvende en realitetsbaseret betragtning? Kommissionen har påpeget to mulige hovedproblemer. For det første vil de nationale retsinstanser skulle tage stilling til, om der har fundet en vurdering af realiteten sted i den »første« medlemsstat. For det andet frygter Kommissionen, at der som følge heraf kan forekomme tilfælde af forskelsbehandling. Personer, der er »frifundet« i en medlemsstat, hvor afgørelsen indebærer en vurdering af sagens realitet, vil kunne drage fordel af princippet ne bis in idem, hvorimod personer, der er »frifundet« af de samme grunde i en medlemsstat, hvor der ikke kræves vurdering af realiteten, ikke vil kunne det.

116. Jeg er uenig med Kommissionen.

117. Med hensyn til argumentet om praktiske vanskeligheder kan jeg ikke se, hvordan sådanne vanskeligheder efter deres natur er forskellige fra de vanskeligheder, som nationale kriminalretter nødvendigvis står overfor, når de samarbejder med kriminalretter i andre medlemsstater. Ud over forpligtelsen til samarbejde i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 57 er der allerede tilstrækkelige samarbejdsinstrumenter på plads til at sikre en (relativt) ubesværet løsning af tvivlsspørgsmål, som en national ret kan have med hensyn til rækkevidden af en strafferetlig afgørelse, som er truffet af en ret i en anden medlemsstat, og som den skal tage hensyn til. Det vil være tilstrækkeligt for kriminalretten i den »anden« medlemsstat at anmode den nationale ret i den »første« medlemsstat om som led i samarbejdsprocedurerne at præcisere, om en undersøgelse af realiteten har fundet sted eller ej.

118. Det synes også rimeligt at antage, at tiltaltes advokat vil tage spørgsmålet op under den nye sag og gøre gældende (som forsvareren for de tiltalte i Spanien i den foreliggende sag har gjort), at frifindelsen i den første medlemsstat, uanset at den delvis er baseret på forældelse af adgangen til retsforfølgning, ikke desto mindre indebar en vurdering af realiteten.

119. Med hensyn til argumentet om forskelsbehandling består forskelsbehandling i at behandle to sammenlignelige situationer forskelligt. Situationen for en tiltalt, der er frifundet efter en undersøgelse af realiteten, er ikke sammenlignelig med situationen for en tiltalt, der er frifundet uden en sådan vurdering. Jeg mener derfor ikke, at den

realitetsbaserede betragtning kan formodes at give anledning til forskelsbehandling.

120. På baggrund af de anførte betragtninger foreslår jeg i overensstemmelse med den spanske regerings, den italienske regerings, den polske regerings, den franske regerings og den nederlandske regerings stillingtagen, at det første spørgsmål besvares således, at på EU-rettens nuværende udviklingstrin skal gennemførelseskonventionens artikel 54 fortolkes således, at en national ret kun er bundet af en afgørelse truffet af en ret under en straffesag i en anden medlemsstat om, at en strafforfølgning er forældet, hvis a) afgørelsen er endelig i henhold til national lovgivning, b) sagen i den anden medlemsstat har indebåret behandling af sagens realitet, og c) de faktiske omstændigheder [96] og de(n) tiltalte er de(n) samme i sagen ved begge retter [97]. Det tilkommer den nationale ret at tage stilling til, om disse betingelser er opfyldt i en konkret sag. Hvis de er opfyldt, er en ny sag mod de(n) samme tiltalte på grundlag af de samme faktiske omstændigheder udelukket.

96 — Jf. besvarelsen af spørgsmål 4, b), punkt 148-154.

97 — Jf. besvarelsen af det andet spørgsmål, punkt 121-124.

Det andet spørgsmål

121. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om princippet ne bis in idem, der er fastsat i gennemførelseskonventionens artikel 54, skal fortolkes således, at det forhindrer, at en person bliver retsforfulgt i medlemsstat B, fordi en straffesag, som angår de samme faktiske omstændigheder, men som omfatter forskellige personer, blev indstillet i medlemsstat A, fordi strafforfølgningen af den påståede lovovertrædelse var forældet.

122. Jeg er enig med alle de parter, som har indgivet indlæg — med undtagelse af de tiltalte i hovedsagen (hvilket ikke er overraskende) — nemlig at dette spørgsmål er enkelt og skal besvares benægtende.

123. Gennemførelseskonventionens artikel 54 anfører udtrykkeligt, at »*en person*, over for hvem der er afsagt endelig dom af en kontraherende part, kan ikke retsforfølges af en anden kontraherende part for de samme handlinger«. Det følger af en ordlydsfortolkning af bestemmelsen, at det kun er de(n) bestemte person(er), som er blevet endeligt frifundet eller domfældt, som kan drage fordel af den. Umiddelbart omfatter bestemmelsen derfor ikke andre personer, som kan have medvirket til de samme handlinger, men som endnu ikke har været stillet for retten. Domstolen har faktisk allerede

anvendt denne ordlydsfortolkning af artikel 54 i Gözütok og Brügge-dommen, da den fastslog, at »princippet ne bis in idem, således som det er opstillet i artikel 54, alene har til formål at undgå, at *en person*, over for hvem der er afsagt endelig dom i én medlemsstat, retsforfølges på ny for de samme strafbare handlinger i en anden medlemsstat« [98].

124. Denne konklusion bekræftes af Cement-dommen. Domstolen fastslog i denne sag med hensyn til EF-konkurrenceretten, at anvendelsen af princippet ne bis in idem bl.a. er betinget af, at »lovovertræderen er den samme person« [99].

Det tredje spørgsmål

125. Med det tredje spørgsmål ønskes oplyst, om kriminalretterne i en anden medlemsstat, hvis en ret i én medlemsstat under en straffesag vedrørende smugling ikke anser det for godtgjort, at de pågældende varer hidrører fra lande uden for Fællesskabet, og derfor frifinder de tiltalte, da kan udstrække deres undersøgelser med henblik på at fastslå, at indførslen af varerne uden betaling af told skete fra et land uden for Fællesskabet.

126. Som Kommissionen og de tiltalte i Spanien korrekt har påpeget, bygger dette spørgsmål på en hypotese, der strider mod beskrivelsen af de faktiske omstændigheder i forelæggelseskendelsen [100]. Men eftersom det må antages, at en besvarelse af dette spørgsmål kan være nyttigt for den forelæggende ret, skal jeg alligevel behandle det.

127. Jeg er enig med de fleste af de medlemsstater, der har indgivet indlæg [101], at svaret på dette spørgsmål hovedsagelig afhænger af, om den afgørelse, der indeholder de første faktiske konstateringer, selv opfylder betingelserne for, at princippet ne bis in idem i gennemførelseskonventionens artikel 54 kan finde anvendelse. Jeg har allerede undersøgt disse betingelser i min gennemgang af de to første spørgsmål og henviser til mine konklusioner dér.

98 — Præmis 47 (min fremhævelse).

99 — Cement-dommen, nævnt i fodnote 23, præmis 338.

100 — Se punkt 29-33. Det er imidlertid i fuld overensstemmelse med Tribunal de Setúbals og den portugisiske Tribunal Supremos domme, jf. punkt 33.

101 — Alle medlemsstaterne (med undtagelse af Den Franske Republik, som ikke fremsatte bemærkninger til det tredje spørgsmål i sit mundtlige indlæg) lader besvarelsen af det tredje spørgsmål afhænge af besvarelserne af de to første spørgsmål.

128. Jeg foreslår derfor, at det tredje spørgsmål besvares således, at på EU-rettens nuværende udviklingstrin skal gennemførelseskonventionens artikel 54 fortolkes således, at kriminalretter i én medlemsstat kun er bundet af en afgørelse truffet af en ret under en straffesag i en anden medlemsstat, hvis a) afgørelsen er endelig i henhold til national lovgivning, b) sagen i den anden medlemsstat har indebåret vurdering af sagens realitet, og c) de faktiske omstændigheder og de(n) tiltalte er de(n) samme i sagen ved begge retter.

Det fjerde spørgsmål

129. Det tilkommer den nationale ret at tage stilling til, om disse betingelser er opfyldt i en konkret sag. Hvis de er opfyldt, er en ny sag mod de(n) samme tiltalte på grundlag af de samme faktiske omstændigheder udelukket, og den nationale ret kan ikke ved at udstrække sine undersøgelser efterprøve de faktiske konstateringer i den første afgørelse [102].

130. Hvis de betingelser, som jeg har nævnt, på den anden side ikke er opfyldt, kan kriminalretter i en anden medlemsstat, indlede nye undersøgelser med henblik på at godtgøre, om en lovovertrædelse i form af ulovlig indførsel har fundet sted, hvis dette er deres funktion i henhold til national straffelovgivning.

131. Ordlyden af det fjerde spørgsmål indebærer, at den portugisiske Tribunal Supremo allerede havde fastslået, at de pågældende varer *ikke* var blevet ulovligt indført til Portugal, en slutning, som modsiges andre steder i forelæggelseskendelsen [103]. Under hensyn til forelæggelseskendelsen som helhed skal jeg, ligesom Kommissionen og alle de medlemsstater, der har indgivet indlæg, omformulere disse spørgsmål med henblik på at give den nationale ret et fyldestgørende svar.

132. Det fjerde spørgsmål består af to særskilte spørgsmål.

102 — Jeg understreger, at det svar, jeg foreslår, ikke bør forstås således, at det nødvendigvis udelukker en genoptagelse af en sag i henhold til artikel 4, stk. 2, i protokol nr. 7 til EMK (f.eks. såfremt der fremkommer beviser for nye eller nyopdagede kendsgerninger). Da dette spørgsmål ikke er blevet rejst under nærværende præjudicielle sag, behandler jeg det ikke yderligere her.

103 — Jf. punkt 29-33.

Spørgsmål 4 a)

133. Det første underspørgsmål, som omhandler begrebet varer, der er bragt i fri omsætning i henhold til artikel 24 EF, består igen af to led.

134. Det første led rejser spørgsmålet om, når en ret i en medlemsstat ikke finder det godtgjort under en straffesag, at der er tale om ulovlig indførsel, det da giver de pågældende varer uigenkaldelig status af varer, der er bragt i fri omsætning, som omfattet af artikel 24 EF's anvendelsesområde og er bindende for retterne i andre medlemsstater i straffesager vedrørende de samme varer.

135. Det andet led fokuserer på ny på, om en endelig afgørelse truffet af en ret under en straffesag vedrørende ulovlig indførsel, der fastslår, at sagen er forældet, og af denne grund også forhindrer en ny straffesag for ulovlig indførsel i den medlemsstat, er bindende for kriminalretterne og de kompetente myndigheder i alle andre medlemsstater, der som følge heraf skal anerkende, at de pågældende varer er blevet bragt i fri omsætning.

136. Jeg har allerede, ganske vist mere generelt, redegjort for de faktorer, der er nødvendige for at besvare disse to led, da jeg behandlede de tre første spørgsmål.

137. For at give et mere fyldestgørende svar finder jeg det imidlertid nødvendigt at sondre mellem den *forvaltningsretlige status* for varer, der er bragt i fri omsætning, og det *strafansvar*, som kan opstå ved ulovlig indførsel til Fællesskabet af varer, der hidrører fra tredjelande. Det førstnævnte reguleres af fællesskabsregler, mens det sidstnævnte derimod falder ind under national straffelovgivning.

138. I artikel 24 EF hedder det, at »[v]ed varer, som frit kan omsættes i en medlemsstat, forstås sådanne fra tredjeland hidrørende varer, for hvilke de af vedkommende medlemsstat foreskrevne formaliteter i forbindelse med indfør[sl]en er blevet opfyldt, og for hvilke denne medlemsstat har opkrævet gældende told og afgifter med tilsvarende virkning, og for hvilke disse told- og afgiftsbeløb ikke er blevet helt eller delvis godtgjort«.

139. Mere detaljerede regler er fastlagt ved den EF-toldkodeks, der er indført ved Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92 [104] (herefter

104 — Forordning af 12.10.1992, EFT L 302, s. 1.

»toldkodeksen«), og ved Kommissionens forordning (EØF) nr. 2454/93 om visse gennemførelsesbestemmelser til toldkodeksen (herefter »gennemførelsesforordningen«) [105].

140. I henhold til artikel 24 EF og de relevante bestemmelser i toldkodeksen og gennemførelsesforordningen [106] forstås der ved varer, som frit kan omsættes, sådanne produkter, som stammer fra et tredjeland og er blevet behørigt indført i en medlemsstat i overensstemmelse med de krav, der er fastlagt i artikel 24 EF [107]. Når varer indført fra et tredjeland er overgået til fri omsætning, får de status som fællesskabsvarer [108]. Overgang til fri omsætning indebærer »opfyldelse af [...] de [...] formaliteter, der er fastsat med henblik på indførsel af varer, samt anvendelse af de efter lovgivningen skyldige afgifter« [109]. Der er en formodning for at anse alle varer, der forsendes fra et sted til et andet inden for Fællesskabet, for at have status af varer i fri omsætning, medmindre det er fastslået, at de ikke har status som sådanne [110].

141. I henhold til de gældende fællesskabsregler har toldmyndighederne stadig ret til inden for de grænser, der er fastsat i Domstolens praksis om proportionalitetsprincippet og varernes frie bevægelighed [111], at verificere ægtheden af de dokumenter, der fastsætter varernes status, og foretage undersøgelser med henblik på at sikre, at toldforskrifterne er opfyldt [112]. I tilfælde af ulovligt indførte varer eller varer, der er overgået ulovligt til fri omsætning, bestemmer toldkodeksen og gennemførelsesforordningen, at sådanne varer medfører, at der opstår toldskyld, som skal afvikles af den ansvarlige person [113].

142. Når indførselsformaliteterne er opfyldt og skyldige afgifter betalt, har varer indført fra tredjelande status som varer i fri omsætning og har alle hermed forbundne rettigheder i henhold til fællesskabsforskrifterne. Nationale myndigheder er forpligtet af disse fællesskabsforskrifter. Myndighederne i andre medlemsstater skal følge en formodning om, at en erklæring fra de nationale toldmyndigheder om, at varer er bragt i fri omsætning, er gyldig, indtil det modsatte bevises. Hvis sidstnævnte er tilfældet, skal den heraf følgende toldskyld betales. Hermed trækkes grænsen for de fællesskabsretlige toldbestemmelsers virkning.

105 — Forordning af 2.7.1993, EFT L 253, s. 1. En konsolideret udgave af denne forordning findes på http://europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/pdf/1993/en_1993R2454_do_001.pdf

106 — Toldkodeksens artikel 4, stk. 6 og 7, og gennemførelsesforordningens artikel 313.

107 — Dom af 15.12.1976, sag 41/76, Donckerwolcke, Sml. s. 1921, og af 22.3.1990, sag C-83/89, Houben, Sml. I, s. 1161.

108 — Toldkodeksens artikel 4, stk. 6 og 7, og artikel 79.

109 — Toldkodeksens artikel.

110 — Gennemførelsesforordningens artikel 313, stk. 1.

111 — Om betingelserne i henhold til artikel 28 EF og 30 EF for importkontrol og inspektioner efter 1993, jf. P. Oliver, bistået af M. Jarvis: *Free Movement of Goods in the European Community*, 4. udg., 2003, Sweet & Maxwell, I 6.10, 7.04 og 12.12-12.20.

112 — Toldkodeksens artikel 250.

113 — Jf. toldkodeksens kapitel 2, »Toldskyldens opståen« i afsnit VII, der har overskriften »Toldskyld«.

143. Fællesskabsforskrifterne regulerer således kun de forvaltningsretlige aspekter af ulovlig indførsel. De søger ikke at harmonisere den retlige behandling af overtrædelser af toldbestemmelser i henhold til national straffelovgivning. Medlemsstaterne har beholdt beføjelsen til at pålægge sanktioner for overtrædelse af toldbestemmelser i strid med toldkodeksen [114], på de betingelser, der er fastsat af Domstolen, navnlig hvad angår proportionalitet. Spørgsmålet om, hvorvidt ulovlig indførsel medfører en overtrædelse af toldbestemmelserne (ud over toldskylden i henhold til forvaltningsretten), som er underlagt strafansvar, skal afgøres i overensstemmelse med den gældende nationale strafferet.

144. Det er åbenbart, at elementerne i en overtrædelse, som vedrører spørgsmålet om, hvorvidt de faktiske omstændigheder med hensyn til ulovlig indførsel til Fællesskabet er opfyldt, er reguleret af de relevante fællesskabsforskrifter. Fællesskabsforskrifterne har herved betydning for afgørelsen af, om toldbestemmelserne er blevet overtrådt i henhold til national strafferet. På grundlag af om der er foretaget sådanne faktiske konstateringer i en konkret straffesag eller ej, kan det udledes, hvordan og hvornår et spørgsmål om forældelse overhovedet er blevet rejst under sagen.

145. Heraf følger, som jeg allerede har påpeget i min besvarelse af det tredje spørgsmål, at hvor alle de betingelser, der er nødvendige, for at princippet ne bis in idem i gennemførelseskonventionens artikel 54 finder anvendelse, er opfyldt, er en ny straffesag mod de(n) samme tiltalte på grundlag af de samme faktiske omstændigheder på EU-rettens nuværende udviklingstrin udelukket, og en national kriminalret kan ikke efterprøve de faktiske konstateringer i den første afgørelse [115].

146. Hvis dette ikke er tilfældet, er en kriminalret i en anden medlemsstat imidlertid ikke bundet af tidligere bedømmelser foretaget af en kriminalret i en anden medlemsstat.

147. Vurderingen af, om bestemte varer har status som »fællesskabsvarer«, eller deres indførsel til Fællesskabet udgør en overtrædelse af toldbestemmelserne og dermed er underlagt strafansvar, skal foretages af den nationale ret, som ved afgørelsen af spørgsmålet, om varerne er »bragt i fri omsætning«, skal anvende de relevante fællesskabsretlige bestemmelser (dvs. artikel 28 EF, toldkodeksen og gennemførelsesforordnin-

114 — Jf. navnlig dom af 26.10.1982, sag 240/81, Einberger, Sml. s. 3699; jf. ligeledes dom af 20.9.1988, sag 252/87, Kiwall, Sml. s. 4753, præmis 11.

115 — Forbeholdet i fodnote 102 vedrørende artikel 4, stk. 2, i protokol nr. 7 til EMRK finder klart nok også anvendelse her.

gen), og hvad angår strafansvar de relevante nationale forskrifter vedrørende overtrædelse af toldbestemmelserne.

Spørgsmål 4 b)

148. Med det andet underspørgsmål ønskes i det væsentlige oplyst, om indførsel og efterfølgende markedsføring af varer skal anses for et enkelt sagsforhold eller for to særskilte sagsforhold med henblik på anvendelse af gennemførelseskonventionens artikel 54.

149. Begrebet »samme strafbare handlinger« i gennemførelseskonventionens artikel 54 er blevet fortolket af Domstolen i Van Esbroeck-dommen. Den fastslog, at »det eneste kriterium, der er relevant« med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54 er, at »de faktiske handlinger, når disse forstås som en foreliggende helhed af konkrete omstændigheder, der er indbyrdes uløseligt forbundne, er identiske« [116]. Domstolen fastslog, at de faktiske omstændigheder i princippet kunne anses for de »samme strafbare handlinger«, hvis de udgjorde en »helhed af handlinger, der er uløseligt forbundne i tid og i sted samt med hensyn til deres genstand« [117].

116 — Præmis 36.

117 — Præmis 37 og 38.

150. De faktiske omstændigheder i Van Esbroeck-sagen (udførsel og indførsel af de samme euforiserende stoffer fra og til forskellige kontraherende stater) blev af Domstolen anset for *som udgangspunkt* at være »samme strafbare handlinger« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i gennemførelseskonventionens artikel 54 [118]. Eftersom problemet opstod som et spørgsmål om de faktiske omstændigheder i forbindelse med en anmodning om præjudiciel afgørelse, tilkom det den nationale ret at tage stilling hertil.

151. Udgør indførsel og markedsføring af varer faktiske omstændigheder, der er identiske, når de forstås som »en helhed af handlinger, der er uløseligt forbundne i tid og i sted samt med hensyn til deres genstand«?

152. Efter min mening er dette ikke nødvendigvis tilfældet. Den handling at indføre varer ulovligt, forstået som det at bringe varer inden for EU's toldområde uden at betale den relevante told og opfylde importforpligtelserne, *omfatter ikke nødvendigvis eller automatisk* den handling at markedsføre disse varer på dette område til tredjemand. Man kan f.eks. forestille sig ulovlig indførsel af varer til eget forbrug, i hvilket tilfælde der overhovedet ikke finder markedsføring sted. Man kan ligeledes forestille sig ulovlig indførsel, der foretages af én

118 — Varer, som transporteres over grænsen, udføres ved samme handling fra en kontraherende myndigheds område og indføres på en andens område. At anse et sådant handlingsforløb for at bestå af to særskilte handlinger vil, som behørigt understreget af generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i Van Esbroeck-sagen, være i strid med målene og principperne bag alle idealerne vedrørende det indre marked i EF-traktaten; jf. hans forslag til afgørelse i Van Esbroeck-sagen, nævnt i fodnote 19, punkt 52.

person, og efterfølgende markedsføring, der foretages af en anden person i en anden medlemsstat. I så fald ville der være to særskilte helheder af faktiske handlinger, der involverer to forskellige personer, to forskellige steder og to forskellige tidspunkter.

153. Jeg mener derfor, at ulovlig indførsel og markedsføring af de samme varer ikke altid er »en helhed af handlinger, der er uløseligt forbundne i tid og i sted samt med hensyn til deres genstand«. Som følge heraf er de ikke nødvendigvis de »samme strafbare handlinger« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i gennemførelseskonventionens artikel 54 som fortolket af Domstolen i Van Esbroeck-dommen. Med den forelæggende rets ord er markedsføring af ulovligt indførte varer ikke nødvendigvis forbundet med indførslen.

154. Der kan selvfølgelig være omstændigheder, hvor ulovlig indførsel og efterfølgende markedsføring af smuglervarer i den grad er indbyrdes uløseligt forbundne [119], at de kan anses for at være de samme strafbare handlinger som omhandlet i Van Esbroeck-dommen. Det tilkommer den nationale ret at tage stilling hertil.

119 — Når importøren f.eks. allerede har accepteret markedsføring eller gennemfører den kort efter den ulovlige indførsel af varerne.

155. Jeg henleder opmærksomheden på, at der er forskel i fortolkningen af Van Esbroeck-dommen og Cement-dommen. I Cement-dommen gjorde Domstolen anvendelsen af princippet ne bis in idem som et grundlæggende fællesskabsretligt princip i konkurrenceretten afhængig af »tre betingelser«, nemlig »at de faktiske omstændigheder er identiske, at lovovertræderen er den samme person, og at den retsbeskyttede interesse er den samme« [120]. Derimod fastslog Domstolen udtrykkeligt i Van Esbroeck-dommen, at eksistensen af »identitet for så vidt angår den retlige interesse, der søges beskyttet« *ikke* er en betingelse i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 54. Identitet af de faktiske omstændigheder er tilstrækkelig.

156. Hvis man, som jeg gør, accepterer [121], at princippet ne bis in idem logisk ikke bør være væsentligt forskelligt alt efter, om det finder anvendelse i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 54 eller som et grundlæggende fællesskabsretligt princip, er det nødvendigt at skabe overensstemmelse mellem disse to sager.

157. Jeg mener, at det karakteristiske element er, at i Cement-dommen anvendte Domstolen princippet ne bis in idem på

120 — Cement-dommen, nævnt i fodnote 23, præmis 338. Se desuden dom af 18.11.1987, sag 137/85, Maizena, Sml. s. 4587, hvori Domstolen forkastede anvendelsen af princippet ne bis in idem, fordi de to fællesskabsretlige bestemmelser (pligt for sagsøgerne i den nationale sag til at stille to former for sikkerhed i forbindelse med den samme eksportlicens) havde forskellige formål. Domstolen anvendte således implicit kriteriet om, at den retsbeskyttede interesse skulle være den samme som en betingelse for anvendelse af ne bis in idem-princippet. Se i samme retning dom af 12.7.2005, sag C-304/02, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6263, præmis 84, og se desuden ovenfor den i fodnote 49 nævnte retspraksis.

121 — Jf. punkt 101-103.

fællesskabsinstitutioners beføjelser til at pålægge virksomheder sanktioner i henhold til Fællesskabets konkurrenceregler — dvs. i en strengt supranational sammenhæng og i forhold til et *enkelt* retssystem reguleret af et *ensartet* regelsæt. Under sådanne omstændigheder er den retligt beskyttede interesse pr. definition allerede godtgjort ved Fællesskabets konkurrenceregler og er den samme for hele Fællesskabet. Det er derfor rimeligt, at Domstolen inden for et »ensartet« system kræver, at »den retsbeskyttede interesse er den samme« som en af betingelserne for anvendelsen af princippet ne bis in idem.

158. Udtrykket ne bis in idem i gennemførelseskonventionens artikel 54 sigter derimod udtrykkeligt *ikke* mod at blive anvendt inden for en enkel, ensartet retsorden. Formålet er snarere at regulere visse aspekter af medlemsstaternes samarbejde i kriminalsager inden for rammerne af Schengenaftalen. I den forbindelse kan de forskellige interne retssystemer forventes at søge at beskytte meget varierede retlige interesser gennem deres straffelovgivning. Som både generaladvokaten [122] og Domstolen [123] påpegede i Van Esbroeck-sagen, ville et krav om »identitet med hensyn til den retlige interesse, der søges beskyttet« med henblik på anvendelse af princippet ne bis in idem i gennemførelseskonventionens artikel 54 have tømt princippet for ethvert indhold og enhver virkning med hensyn til målet om at fremme fri bevægelighed for personer.

159. Det skal endelig bemærkes, at de forskellige opfattelser i Cement-dommen og Van Esbroeck-dommen kan være af væsentlig betydning ved definitionen af rækkevidden af gennemførselskonventionens artikel 54. Det følger af den vide fortolkning i Van Esbroeck-dommen, at når en person er blevet tiltalt for flere lovovertrædelser på grundlag af samme helhed af faktiske omstændigheder i en national straffesag, er endelig frifindelse for ét tiltalepunkt tilstrækkelig til at udløse ne bis in idem-effekten i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 54 [124].

122 — Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i Van Esbroeck-sagen, anført i fodnote 19, punkt 45-48. Som jeg har anført ovenfor (jf. fodnote 67), er Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis ikke konsekvent med hensyn til, om identiteten af den retsbeskyttede interesse er en betingelse for anvendelse af princippet ne bis in idem, eller om det er tilstrækkeligt, at de faktiske omstændigheder er identiske.

123 — Jf. punkt 56.

124 — Lad os som eksempel antage, at en anklaget er tiltalt for tre strafbare forhold på grundlag af de samme faktiske omstændigheder. Den kompetente kriminalret fastslår ved kendelse, uden at have taget stilling til realiteten, at to af forholdene er forældede. Efter sagen frifindes den tiltalte for det tredje forhold ved den endelige dom, fordi der ikke er tilstrækkelige beviser til en domfældelse. Ifølge Van Esbroeck-dommen kræves der kun identitet af de faktiske omstændigheder, og at lovovertræderen er den samme; der kræves ikke »identitet med hensyn til den retlige interesse, der søges beskyttet«. Den tiltalte kan derefter gøre princippet ne bis in idem gældende i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 54, også med hensyn til det første og det andet forhold.

Forslag til afgørelse

160. På baggrund af ovenstående er det min opfattelse, at Domstolen bør besvare de spørgsmål, der er forelagt af Audiencia Provincial de Málaga, således:

»1) På EU-rettens nuværende udviklingstrin skal artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen fortolkes således, at en national ret kun er bundet af en afgørelse truffet af en ret under en straffesag i en anden medlemsstat om, at en strafforfølgning er forældet, hvis a) afgørelsen er endelig i henhold til national lovgivning, b) sagen i den anden medlemsstat har indebåret vurdering af sagens realitet, og c) de faktiske handlinger og de(n) tiltalte er de(n) samme i sagen ved begge retter. Det tilkommer den nationale ret at tage stilling til, om disse betingelser er opfyldt i en konkret sag. Hvis de er opfyldt, er en ny sag mod de(n) samme tiltalte på grundlag af de samme faktiske handlinger udelukket.

2) Da artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen kun finder anvendelse, hvis strafforfølgningen angår samme personer, er den ikke til hinder for, at personer bliver retsforfulgt i én medlemsstat, fordi en straffesag, som angår de samme faktiske omstændigheder, men som omfatter forskellige personer, blev indstillet i en anden medlemsstat, fordi retsforfølgningen af den påståede lovovertrædelse var forældet.

3) På EU-rettens nuværende udviklingstrin skal artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen fortolkes således, at kriminalretter i én medlemsstat kun er bundet af en afgørelse truffet under en straffesag af en ret i en anden medlemsstat, hvis a) afgørelsen er endelig i henhold til national

lovgivning, b) sagen i den anden medlemsstat har indebåret vurdering af sagens realitet, og c) de faktiske handlinger og de(n) tiltalte er de(n) samme i sagen ved begge retter. Det tilkommer den nationale ret at tage stilling til, om disse betingelser er opfyldt i en konkret sag. Hvis de er opfyldt, er en ny sag mod de(n) samme tiltalte på grundlag af de samme faktiske omstændigheder udelukket, og den nationale ret kan ikke ved at udstrække sine undersøgelser efterprøve de faktiske konstateringer i den første afgørelse.

4) a) Besvarelsen af det tredje spørgsmål gælder, uanset om kriminalretten i den første medlemsstat har besluttet, at de påtalte faktiske omstændigheder ikke er bevist, eller den har fastslået, at retsforfølgningen for de(n) pågældende lovovertrædelse(r) er forældet i henhold til dens nationale straffelovgivning.

4) b) Ulovlig indførsel og efterfølgende markedsføring af de samme varer er ikke de »samme strafbare handlinger« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen, medmindre de er uløseligt forbundne i tid og i sted samt med hensyn til deres genstand. Det tilkommer den nationale ret at tage stilling til, om disse betingelser er opfyldt i en konkret sag.«