FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON
fremsat den 5. december 2006 [1]

1. I denne anmodning om en præjudiciel afgørelse ønsker femte afdeling for straffesager ved Bundesgerichtshof (Forbundsdomstolen, den tyske højesteret) afklaring af, hvad der menes med »de samme strafbare handlinger« og af begrebet »fuldbyrdelse« af en straffedom i artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen af 14. juni 1985 [2] (herefter »Schengen-konventionen« eller »gennemførelseskonventionen«). Den nationale ret ønsker også oplyst, om definitionen af fuldbyrdelse påvirkes af gennemførelsen i national ret af Rådets rammeafgørelse af 13. juni 2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne [3] (herefter »rammeafgørelsen«).

Relevante bestemmelser

Schengen-konventionen

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

3. Bilaget til protokollen definerer »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 [5] (herefter »Schengen-aftalen«), og navnlig gennemførelseskonventionen.

4. Protokollen bestemmer, at fra datoen for Amsterdam-traktatens ikrafttræden, nemlig

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — EFT 2000 L 239, s. 19.

3 — EFT L 190, s. 1.

4 — I henhold til Amsterdam-traktaten optaget som bilag til traktaten om Den Europæiske Union (herefter »EU-traktaten«) og til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab.

5 — EFT 2000 L 239, s. 13.

den 1. maj 1999, er Schengen-reglerne umiddelbart gældende for de 13 medlemsstater, der er nævnt i protokollens artikel 1 [6].

5. Gennemførelseskonventionens artikel 54-58 udgør tilsammen kapitel 3 (der har overskriften »Straffedommes negative retsvirkninger (ne bis in idem)«), i afsnit III, som omhandler »Politi og sikkerhed«.

6. Artikel 54 bestemmer, at »[e]n person, over for hvem der er afsagt endelig dom af en kontraherende part, [...] ikke [kan] 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«.

7. Artikel 55 bemyndiger en kontraherende part til »på tidspunktet for ratifikation, accept eller godkendelse af denne konvention [at] erklære, at den ikke er bundet af artikel 54«, når de strafbare handlinger, der ligger til grund for den udenlandske dom, helt eller delvis er begået på dens område, når de strafbare handlinger, der ligger til grund for den udenlandske dom, udgør en krænkelse af denne kontraherende parts sikkerhed eller andre lige så væsentlige interesser, og/eller når de strafbare handlinger, der ligger til grund for den udenlandske dom, er begået af en ansat i denne stats tjeneste i strid med den pågældendes embedspligter.

8. Artikel 56 bestemmer, at »[h]vis der indledes ny retsforfølgning mod en person, over for hvem en anden kontraherende part har afsagt endelig dom for de samme strafbare handlinger, skal ethvert tidsrum med frihedsberøvelse, som den pågældende har udstået på denne kontraherende parts område som følge af disse handlinger, fradrages i den straf, vedkommende måtte blive idømt. I det omfang de nationale lovgivninger tillader dette, tages der tillige hensyn til anden udstået straf end frihedsberøvelse«.

Rammeafgørelsen

9. Rammeafgørelsen blev vedtaget i henhold til EU-traktatens afsnit VI om »Bestemmelser om politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager«, navnlig med hjemmel i traktatens artikel 31, litra a) og b), og artikel 34, stk. 2, litra b).

10. Den er, som det bemærkes i sjette betragtning til afgørelsen, »den første udmøntning på det strafferetlige område af princippet om gensidig anerkendelse, som Det Europæiske Råd [i 1999 i Tammerfors] har udråbt til en »hjørnesten« i det retlige samarbejde«.

6 — Artikel 2, stk. 1, første afsnit.

11. Rammeafgørelsen har to hovedformål: for det første at afskaffe den formelle udleveringsprocedure mellem medlemsstaterne for personer, der forsøger at unddrage sig straffuldbyrdelse efter at være blevet endeligt domfældt, og for det andet at indføre hurtigere procedurer for udlevering af personer, som mistænkes for lovovertrædelser. Den nuværende udleveringsordning mellem medlemsstaterne skal erstattes af en ny forenklet ordning for overgivelse af personer i ovennævnte kategorier mellem retsinstanser med henblik på straffuldbyrdelse eller retsforfølgning i straffesager [7].

12. I henhold til tiende betragtning til afgørelsen er »[o]rdningen med den europæiske arrestordre [...] baseret på en høj grad af tillid mellem medlemsstaterne«.

13. Artikel 1, stk. 1, definerer den europæiske arrestordre som en retsafgørelse truffet af en medlemsstat (herefter »den udstedende medlemsstat«) med det formål, at en anden medlemsstat (herefter »den fuldbyrdende medlemsstat«) anholder og overgiver en eftersøgt person med henblik på strafforfølgning eller fuldbyrdelse af en frihedsstraf eller en anden frihedsberøvende foranstaltning. I henhold til artikel 1, stk. 2, skal medlemsstaterne fuldbyrde enhver europæisk arrestordre på grundlag af princippet om gensidig anerkendelse og i overensstemmelse med bestemmelserne i rammeafgørelsen.

14. Artikel 2, stk. 1, definerer anvendelsesområdet for den europæiske arrestordre: »En europæisk arrestordre kan udstedes for forhold, der efter den udstedende medlemsstats lovgivning kan straffes med frihedsstraf eller en anden frihedsberøvende foranstaltning af en maksimal varighed på mindst tolv måneder eller, når der er idømt en straf eller pålagt en anden frihedsberøvende foranstaltning, for straffe af en varighed på mindst fire måneder.«

15. Artikel 2, stk. 2, indeholder en liste over lovovertrædelser, der, således som de er defineret i den udstedende medlemsstats lovgivning, medfører fuldbyrdelse på grundlag af en europæisk arrestordre, hvis de i den udstedende medlemsstat kan straffes med frihedsstraf af en maksimal varighed på mindst tre år. Artikel 2, stk. 4, bestemmer, at »[f]or andre end de i stk. 2 nævnte lovovertrædelser kan overgivelse være betinget af, at de forhold, der ligger til grund for udstedelsen af en europæisk arrestordre, udgør en lovovertrædelse efter den fuldbyrdende medlemsstats lovgivning, uanset gerningsindholdet eller den retlige beskrivelse af det«.

16. Artikel 3 opstiller betingelserne for, at den judicielle myndighed i den fuldbyrdende medlemsstat skal afslå at fuldbyrde en europæisk arrestordre, herunder tilfælde,

7 — Femte betragtning til rammeafgørelsen.

hvor det »af de oplysninger, den fuldbyrdende judicielle myndighed er i besiddelse af, fremgår, at den eftersøgte person er blevet endeligt dømt for de samme handlinger af en anden medlemsstat, på betingelse af at sanktionen i tilfælde af domfældelse er fuldbyrdet, er ved at blive fuldbyrdet eller ikke længere kan fuldbyrdes efter domslandets lovgivning« [8].

17. Artikel 4 opstiller betingelserne for, at den fuldbyrdende judicielle myndighed kan afslå at fuldbyrde en europæisk arrestordre. Det kan bl.a. i følgende tilfælde afslås at fuldbyrde:

— hvis den person, der er omfattet af en europæisk arrestordre, allerede retsforfølges i den fuldbyrdende medlemsstat for det samme forhold som det, der ligger til grund for den europæiske arrestordre (artikel 4, nr. 2)

— hvis de judicielle myndigheder i den fuldbyrdende medlemsstat har besluttet enten ikke at indlede retsforfølgning for den lovovertrædelse, der ligger til grund for en europæisk arrestordre, eller at bringe retsforfølgningen til ophør, eller når den eftersøgte i en medlemsstat har været genstand for en endelig afgørelse for de samme forhold, som er til hinder for yderligere retsforfølgning (artikel 4, nr. 3)

— hvis det af de oplysninger, den fuldbyrdende judicielle myndighed er i besiddelse af, fremgår, at den eftersøgte person er blevet endeligt dømt for de samme forhold af et tredjeland, på betingelse af at sanktionen i tilfælde af domfældelse er fuldbyrdet, er ved at blive fuldbyrdet eller ikke længere kan fuldbyrdes efter domslandets lovgivning (artikel 4, nr. 5).

18. Artikel 5 regulerer de garantier, som den udstedende medlemsstat skal give i særlige tilfælde. Artikel 5, nr. 1, bestemmer, at »hvis den europæiske arrestordre er udstedt med henblik på fuldbyrdelse af en straffedom eller en anden frihedsberøvende foranstaltning, der er idømt ved en afgørelse truffet in absentia, og den berørte person ikke er blevet indkaldt personligt eller på anden måde blevet underrettet om tid og sted for det retsmøde, som førte til afgørelsen in absentia, kan overgivelsen gøres betinget af, at den udstedende judicielle myndighed giver garantier, der skønnes tilstrækkelige til at sikre, at den person, der er omfattet af den europæiske arrestordre, får lejlighed til at få sagen genoptaget i den udstedende medlemsstat og til at være til stede ved domsforhandlingen«.

19. Artikel 34 pålægger medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme bestemmelserne i rammeafgørelsen senest den 31. december 2003.

8 — Artikel 3, nr. 2.

20. Kommissionen har i sit indlæg bemærket, at Italien har gennemført rammeafgørelsen korrekt i national ret, mens Bundesverfassungsgericht (den tyske forfatningsdomstol) har erklæret den lov, som gennemførte rammeafgørelsen i Tyskland, for ugyldig ved dom af 18. juli 2005. Herefter blev en ny gennemførelseslov vedtaget af Bundestag den 20. juli 2006, kort efter afholdelsen af retsmødet i nærværende sag. Loven trådte i kraft den 2. august 2006 [9].

De nationale retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

21. Jürgen Kretzingers appel af den dom, der blev afsagt over ham ved Landgericht Augsburg (Augburgs regionale domstol), verserer for den forelæggende ret. Denne ret har givet følgende beskrivelse af de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

22. Jürgen Kretzinger transporterede ved to lejligheder, dels i maj 1999, dels i april 2000, cigaretter, som tredjemand havde indsmuglet til Grækenland, i lastbil gennem Italien og Tyskland med Storbritannien som bestemmelsessted. Cigaretterne var skjult under andre ladninger. De blev ikke på noget tidspunkt angivet til toldklarering.

23. Den første sending, som bestod af 34 500 kartoner indsmuglede cigaretter, blev tilbageholdt af tjenestemænd fra den italienske Guardia di Finanza den 3. maj 1999. Jürgen Kretzinger var i en kort periode undergivet italiensk politiarrest og/eller varetægtsfængsling. Den 22. februar 2001 fandt Corte d'Appello di Venezia — efter at statsadvokaten havde appelleret førsteinstansens frifindelse — ham skyldig efter en rettergang in absentia i at have indført og været i besiddelse af 6 900 kg indsmuglet udenlandsk tobak og i at have undladt at betale told for denne tobak. Retten idømte ham »på grund af de to strafbare forhold, som han er sat under tiltale for [...] en frihedsstraf på ét år og otte måneder [...]«. Det fremgår, at straffen blev gjort betinget. I henhold til italiensk ret er dommen nu blevet endelig.

24. Den anden sending bestod af 14 927 kartoner indsmuglede cigaretter. Jürgen Kretzinger blev stoppet af den italienske Guardia di Finanza den 12. april 2000. Han blev igen i en kort periode undergivet italiensk politiarrest og/eller varetægtsfængsling. Ved dom af 25. januar 2001 idømte Tribunale di Ancona — igen in absentia og i henhold til de samme bestemmelser i italiensk ret — en frihedsstraf på to år (ubetinget). Denne dom er også blevet endelig i henhold til italiensk ret.

25. Den forelæggende ret har bemærket, at det på trods af flere forsøg på at opnå nærmere oplysninger om disse domme har

9 — Bundesgesetzblatt 2006, del I, nr. 6, af 23.7.2006.

været umuligt med tilstrækkelig sikkerhed at fastslå, hvilke indførselsafgifter hver dom vedrørte, og navnlig om en eller begge domme omhandlede tiltale eller straf for toldsvig.

26. Jürgen Kretzinger blev ved Landgericht Augsburg tiltalt for afgiftshæleri i forbindelse med den oprindelige indførsel af de indsmuglede varer til Grækenland (strafbart i henhold til den tyske skatte- og afgiftslovs § 374) og blev kendt skyldig. Landgericht idømte ham en frihedsstraf på et år og ti måneder for den første sending og på et år for den anden sending.

27. Landgericht Augsburg var bekendt med de italienske domfældelser, men bemærkede, at den straf, Jürgen Kretzinger var blevet idømt i Italien, ikke var blevet fuldbyrdet. Det var rettens opfattelse, at selv om de samme to cigaretforsendelser dannede det faktiske grundlag for de to domme i Italien og for rettens egne afgørelser, fandt gennemførelseskonventionens artikel 54 ikke anvendelse.

28. De italienske myndigheder synes ikke at have taget skridt i henhold til rammeafgørelsen til at fuldbyrde dommene i Italien.

29. Jürgen Kretzinger appellerede et retsspørgsmål til afdelingen for straffesager ved Bundesgerichtshof (den forelæggende ret). Denne ret er i tvivl om, hvorvidt Landgericht Augsburgs argumentation er forenelig med EU-retten.

30. Retten har navnlig stillet spørgsmålstegn ved Landgericht Augsburgs konklusion om, at domfældelserne af Jürgen Kretzinger i Italien ikke kan give anledning til anvendelse af reglen *ne bis in idem*, der er knæsat i gennemførelseskonventionens artikel 54, hvorfor de ikke er til hinder for yderligere straffesager i Tyskland. Retten har overvejet, om en smugler som følge en enkelt transport fra Grækenland til Nordeuropa »kan straffes efter særskilt strafforfølgning i hver enkelt medlemsstat for den strafbare overtrædelse af afgiftslovgivningen, der realiseres hver gang ved den enkelte grænseoverskridelse, og i givet fald skal afsone de særskilt idømte straffe successivt, eller om den omstændighed, at der i en medlemsstat er afsagt endelig dom for (kun) en del af denne enkelte smuglertransport, kan medføre, at muligheden for strafforfølgning er udtømt i hele Europa«.

31. Den forelæggende ret har derfor anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1) Foreligger der en strafferetlig forfølgning af »de samme strafbare handlinger« i Schengen-konventionens

artikel 54's forstand, såfremt en tiltalt er blevet dømt af en italiensk domstol på grund af indførsel af udenlandsk indsmuglet tobak til Italien og for besiddelse heraf i Italien samt for at have undladt at betale grænseafgiften for tobakken ved indførslen og derefter af en tysk domstol med henblik på den på et tidligere tidspunkt realiserede overtagelse af de nævnte varer i Grækenland er blevet dømt for hæleri med hensyn til de (formelt) græske importafgifter, som er forfaldet til betaling i forbindelse med den af tredjemand forinden foretagne indførsel, såfremt tiltalte allerede på tidspunktet for overtagelsen af varerne i Grækenland havde til hensigt at transportere disse via Italien til Storbritannien?

2) Er en sanktion i Schengen-konventionens artikel 54's forstand »fuldbyrdet«, eller er en sanktion »ved at blive fuldbyrdet«,

   a) såfremt tiltalte blev idømt en frihedsstraf, hvis fuldbyrdelse efter den dømmende stats lovgivning er gjort betinget?

   b) såfremt tiltalte kortvarigt var undergivet politiarrest og/eller varetægtsfængslet, og denne frihedsberøvelse efter den dømmende stats lovgivning skal fratrækkes i tilfælde af en senere fuldbyrdelse af frihedsstraffen?

3) Har det betydning for fortolkningen af begrebet fuldbyrdelse i henhold til Schengen-konventionens artikel 54,

   a) at den (først) dømmende stat, som i national ret har gennemført Rådets rammeafgørelse af 13. juni 2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne (EFT L 190, s. 1), når som helst kan bestemme, at dommen, der er blevet endelig og retskraftig i henhold til den nationale lovgivning, skal fuldbyrdes?

   b) at en anmodning fra den dømmende stat om retshjælp med henblik på udlevering af den domfældte eller med henblik på fuldbyrdelse af dommen i denne stat efter omstændighederne ikke uden videre skal imødekommes, fordi dommen blev afsagt in absentia?«

32. Den østrigske, den tjekkiske, den tyske, den polske, den spanske og den svenske regering samt Kommissionen har indleveret skriftlige bemærkninger. Jürgen Kretzingers advokat blev først udpeget efter, at fristen for at indgive skriftlige bemærkninger var udløbet. Jürgen Kretzinger fremkom derfor med sit væsentligste indlæg under retsmødet den

4. juli 2006, hvor Tyskland, Nederlandene, Spanien og Kommissionen også fremkom med mundtlige argumenter.

33. Det skal bemærkes, at de skriftlige indlæg blev indleveret inden dommen i Van Esbroeck-sagen [10]. Retsmødet blev dog afholdt efter denne doms afsigelse.

Bedømmelse

Det første spørgsmål

34. Den forelæggende ret har med det første spørgsmål i det væsentlige spurgt, hvad begrebet »samme strafbare handlinger« i Schengen-konventionens artikel 54 betyder, og navnlig om man kan anse lastbiltransport af indsmuglede varer fra Grækenland gennem Italien og Tyskland med Det Forenede Kongerige som bestemmelsessted for en enkelt handling i henhold til denne bestemmelse, for så vidt som tiltalte fra transportens påbegyndelse havde til hensigt at transportere varerne fra Grækenland til Det Forenede Kongerige.

35. Det er min opfattelse, at de spørgsmål, som det første spørgsmål rejser, nu er blevet besvaret i Van Esbroeck-dommen, således som den er bekræftet i efterfølgende retspraksis [11].

36. I Van Esbroeck-dommen fandt Domstolen, 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, [bør være] identiske« [12]. De faktiske handlinger anses for »de samme strafbare handlinger«, hvis de »består[r] af en helhed af handlinger, som efter deres natur er uløseligt forbundne« [13]. Domstolen afviste, at der krævedes enten identitet for så vidt angår den retlige interesse, der søges beskyttet, eller identitet for så vidt angår den retlige subsumption af handlingerne, for at disse kunne kategoriseres som »de samme strafbare handlinger« med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54 [14]. Det tilkommer de nationale instanser at afgøre, om »de faktiske handlinger udgør en helhed af handlinger, der er uløseligt forbundne i tid og i sted samt med hensyn til deres genstand« [15].

10 — Domstolens dom af 9.3.2006, sag C-436/04, Van Esbroeck, Sml. I, s. 2333. Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer fremsatte forslag til afgørelse den 20.10.2005.

11 — Jf. domme af 28.9.2006, sag C-150/05, Van Straaten, Sml. I, s. 9327. og sag C-467/04, Gasparini, Sml. I, s. 9199.

12 — Præmis 36.

13 — Præmis 37.

14 — Van Esbroeck-dommen, nævnt i fodnote 9, præmis 31, 32 og 35. I tilfælde af samtidige fællesskabsretlige og nationale straffe for de samme strafbare handlinger på konkurrenceretsområdet har Domstolen endvidere krævet for, at princippet ne bis in idem finder anvendelse, at den retlige interesse, som fællesskabsreglerne og de nationale regler beskytter, er identisk. Det er af de årsager, jeg redegjorde for i mit forslag til afgørelse i Gasparini-sagen, jf. fodnote 10 ovenfor, punkt 155-158, min opfattelse, at den tilsyneladende modstrid mellem de to dele af retspraksis kan løses.

15 — Præmis 38.

37. Det følger af Van Esbroeck-dommen, at det tilkommer den nationale ret at undersøge, om straffesagerne, der er gennemført i Tyskland mod Jürgen Kretzinger for indsmugling af cigaretter til Grækenland, og i Italien for indsmugling af de samme varer til Italien, vedrører handlinger, der er uløseligt forbundne i tid og i sted samt med hensyn til deres genstand.

38. Den nationale ret skal i denne henseende erindre, at Domstolen i Van Esbroeck-dommen bemærkede, at et begivenhedsforløb, der består af forbundne udførsels- og indførselstransaktioner, »i princippet kan anses for at bestå af en helhed af handlinger, som efter deres natur er uløseligt forbundne« [16]. Som generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer korrekt understregede i sagen, »er det ironisk at tale om indførsel og udførsel inden for et område, som er reguleret af en retsorden, der netop i alt væsentligt tager sigte på at nedbryde grænserne, både for personer og for varer« [17].

39. Den samme argumentation kan finde analog anvendelse her. Den forelæggende ret har angivet, at Jürgen Kretzinger havde til hensigt at transportere de pågældende indsmuglede varer over land fra deres indgangssted i Fællesskabet (Grækenland) til deres endelige bestemmelsessted (Det Forenede Kongerige) i ét stræk. Dette medførte nødvendigvis flere på hinanden følgende overgange over interne EU-grænser. Disse overgange er særskilte faser af en enkelt samlet handling og kan ikke kunstigt opdeles. De kan i princippet anses for forbundne i tid og i sted samt (på grund af det endelige formål med den transport, som de er en del af, og den samlede hensigt, der ligger bag dem) med hensyn til deres genstand. Indsmuglingen af cigaretter til Grækenland (den tyske straffesag) og indsmuglingen af de samme cigaretter til Italien, idet lastbilen krydsede den italienske grænse på sin vej mod det endelige bestemmelsessted i Det Forenede Kongerige (de italienske straffesager), forekommer derfor at bygge på »de samme strafbare handlinger« med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54.

40. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer det første spørgsmål således:

»Udtrykket »de samme strafbare handlinger« i Schengen-konventionens artikel 54 henviser til identitet for så vidt angår de faktiske omstændigheder, der skal forstås som en helhed af handlinger, der er uløseligt forbundne i tid og i sted samt med hensyn til deres genstand. Afgørelsen af, om de faktiske omstændigheder i hovedsagen er således forbundne, tilkommer den kompetente nationale ret. Hvis en tiltalt imidlertid fra starten havde til hensigt at transportere indsmuglede varer fra deres indførselssted til et endeligt bestemmelsessted i Fællesskabet ved en enkelt transaktion, kan alle på hinanden følgende overgange af interne grænser under

16 — Præmis 37.

17 — Punkt 52 i forslaget til afgørelse, jf. fodnote 9 ovenfor.

denne transaktion i princippet anses for handlinger, der er uløseligt forbundne i den nævnte forstand.«

Det andet spørgsmål

41. Det andet spørgsmål består af to led.

2.a) Det første led

42. Den forelæggende ret har spurgt, om en betinget frihedsstraf, der er idømt i henhold til national ret, kan anses for en straf, der er »fuldbyrdet« eller er »ved at blive fuldbyrdet« med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54. Jeg vil i det følgende henvise til disse to krav som »fuldbyrdelsesbetingelsen«.

43. Jeg er enig med alle de parter, der har indleveret bemærkninger, i, at en betinget frihedsstraf med henblik på anvendelsen af princippet *ne bis in idem* i gennemførelseskonventionens artikel 54 udgør en straf, der enten er blevet »fuldbyrdet« eller er »ved at blive fuldbyrdet«.

44. Endog en kursorisk komparativ undersøgelse af lovgivningerne viser, at selv om de detaljerede krav kan være forskellige fra medlemsstat til medlemsstat, anerkender de alle det begreb, at en frihedsstraf, der idømmes en tiltalt, som er fundet skyldig, under visse omstændigheder kan gøres betinget for dermed at mildne straffens strenghed. Den underliggende filosofi er, at det for så vidt angår forholdsvis korte fængselsstraffe, som idømmes lovovertræ-dere, om hvem det anses for usandsynligt, at de igen vil begå en overtrædelse, ikke er i samfundets interesse — og heller ikke i den pågældende persons interesse — at udsætte dem for den negative virkning af et fængsels-ophold. Lovovertræderens resocialisering sikres bedre ved at gøre straffen betinget, under forbehold af at lovovertræderen opfyl-der visse vilkår under prøvetiden.

45. De omstændigheder, hvorunder en straf gøres betinget, er forskellige i de nationale retssystemer, men der er overordnede væsentlige ligheder. De vedrører overtrædel-sens grovhed (og dermed den forskyldte straf) og lovovertræderens personlige for-hold. Den ret, der udmåler straffen, har oftest et skøn ved bedømmelsen af de sidstnævnte forhold.

46. En betinget frihedsstraf er altid afhængig af, at lovovertræderen overholder visse vilkår, der er opstillet af den kompetente ret for prøvetiden. Disse vilkår er forskellige i medlemsstaterne og afhænger også af sagens omstændigheder. De kompetente myndighe-der fører tilsyn med, om lovovertræderen overholder vilkårene, og den kompetente ret

bibeholder bemyndigelsen til at anordne fuldbyrdelse af den betingede straf, hvis vilkårene overtrædes. Om fuldbyrdelse skal ske, er oftest underlagt et skøn, men den kan nogle gange være obligatorisk. Generelt vil domfældelse for et nyt strafbart forhold udløse afsoning af den betingede straf.

47. Hvis den betingede straf skal fuldbyrdes, skal hele den oprindeligt idømte fængselsstraf derefter afsones.

48. Hvis lovovertræderen imidlertid overholder vilkårene i prøvetiden, indebærer det (afhængig af medlemsstaten) enten, at han anses for at have afsonet straffen, eller at overtrædelsen og domfældelsen anses for aldrig at have fundet sted.

49. En betinget frihedsstraf indeholder for en reel betragtning i sig selv en straf, der er ved at blive fuldbyrdet. En person, der har en betinget straf, er blevet stillet for en domstol, dømt og straffet. På grund af den prøvetid, hvorunder denne person skal overholde visse bindende vilkår, er hans normale handlefrihed midlertidigt indskrænket. Han ved også, at hvis han tilsidesætter vilkårene for den betingede straf, vil han sandsynligvis skulle i fængsel og afsone frihedsstraffen. Han lever med dette Damokles-sværd hængende over hovedet.

50. Det er derfor åbenbart, at en betinget frihedsstraf faktisk »straffer« lovovertræderen, dog i mindre grad end en omgående frihedsstraf. Den skal derfor under dens løbetid anses for en straf, der »er fuldbyrdet [eller] er ved at blive fuldbyrdet« i den i gennemførelseskonventionens artikel 54 omhandlede forstand.

51. Jeg skal også bemærke, at i *national* sammenhæng anses en person, der er idømt en betinget straf, generelt for at drage fordel af princippet *ne bis in idem*. Han har allerede været udsat for strafrisikoen én gang og bør ikke kunne risikere retsforfølgning for de samme forhold endnu en gang [18]. Jeg kan ikke se nogen grund til, at denne konklusion skal være en anden i sammenhæng med Schengen-aftalen.

52. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer spørgsmål 2.a) således:

»En frihedsstraf, hvis fuldbyrdelse er gjort betinget, forudsat at lovovertræderen i en

18 — Jf. analysen af forbindelsen mellem reglen om, at der ikke kan ske dobbelt strafforfølgning, og princippet ne bis in idem i punkt 72-77 i mit forslag til afgørelse i Gasparini-sagen, nævnt i fodnote 10 ovenfor.

bestemt periode overholder visse vilkår, der er opstillet i overensstemmelse med lovgivningen i den stat, hvori dommen er afsagt, er en straf, der er fuldbyrdet eller er ved at blive fuldbyrdet i den i Schengen-konventionens artikel 54 omhandlede forstand, og indebærer, forudsat at de øvrige betingelser i denne bestemmelse er opfyldt, en anvendelse af princippet *ne bis in idem*, der er knæsat i denne artikel.«

2.b) Det andet led

— Varetægtsfængsling

53. Den forelæggende ret har spurgt, om fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54 er opfyldt, hvis tiltalte kortvarigt er undergivet politiarrest og/eller holdes varetægtsfængslet, og denne frihedsberøvelse skal fratrækkes ved en senere fuldbyrdelse af en fængselsstraf i henhold til lovgivningen i den stat, hvori dommen blev afsagt. For nemheds skyld vil jeg henvise til dette sidstnævnte begreb som »fradragsprincippet«.

54. Den forelæggende ret har udtrykkeligt begrænset spørgsmålets rækkevidde til det tilfælde, at varetægtsfængslingen er kortvarig. Det fremgår imidlertid ikke klart af forelæggelseskendelsen, om Jürgen Kretzingers kortvarige frihedsberøvelse i Italien [19] var i politiarrest med henblik på afhøring uden en dommers mellemkomst, eller om han også blev varetægtsfængslet ved afgørelse fra en kompetent ret. Den forelæggende rets spørgsmål nævner udtrykkeligt begge former for frihedsberøvelse. Jeg vil derfor — og også i lyset af de indleverede skriftlige bemærkninger — for det første undersøge varetægtsfængsling generelt, uanset varighed, og for det andet perioder i politiarrest.

55. Det vil være hensigtsmæssigt at begynde med to indledende bemærkninger.

56. For det første er varetægtsfængsling et følsomt område i strafferet og straffepolitik i demokratiske samfund, for så vidt som det beskytter samfundets interesse på bekostning af den personlige frihed. Den generelle regel er, at borgere ikke må fratages deres personlige frihed, medmindre de er blevet dømt for en lovovertrædelse af en kompetent ret og i

19 — Forelæggelseskendelsen angiver, at Jürgen Kretzinger kun tilbragte én dag i politiarrest i forbindelse med den første straffesag. Der er ingen oplysninger herom for så vidt angår den anden straffesag i Ancona.

overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde [20]. Forebyggende frihedsberøvelse er netop derfor underlagt strenge formelle og materielle kriterier i den europæiske menneskerettighedskonvention (herefter »EMRK«) [21]. Tilsvarende kan personer, der har været undergivet varetægtsfængsling, og som efterfølgende løslades uden tiltalerejsning eller frifindes, under visse omstændigheder have ret til erstatning [22].

57. For det andet er formålet med varetægtsfængsling ikke (og bør heller ikke være) at straffe tiltalte for en lovovertrædelse, han endnu ikke er dømt for. Således som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har understreget, er formålet med varetægtsfængsling at afbøde risikoen for, at den anklagede ikke giver møde under retssagen, eller at han, hvis han løslades, kan foretage handlinger, som skader retsplejen, begår andre lovovertrædelser eller forstyrrer den offentlige orden [23]. Som anført af Tyskland, Spanien og Østrig, er varetægtsfængsling noget, der ligger før enhver afgørelse i straffesagen, det være sig ved domfældelse eller på anden måde.

58. Jeg vender mig nu mod det forelagte spørgsmål, og jeg er enig med alle de parter, der har indleveret bemærkninger (naturligvis med undtagelse af Jürgen Kretzinger), i, at perioder med varetægtsfængsling ikke automatisk kan anses for (delvis eller hel) fuldbyrdelse af en straf med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54.

59. Gennemførelseskonventionens artikel 54 finder kun anvendelse, når »der er afsagt endelig dom«. Varetægtsfængsling finder sted med henblik på en eventuel retssag. Varetægtsfængsling finder derfor pr. definition sted, før der er »afsagt endelig dom« i overensstemmelse med gældende regler. Gennemførelseskonventionens artikel 54 kan derfor efter en ordlydsfortolkning ikke finde anvendelse på sådanne perioder, selv hvis de i henhold til national ret skal tages i betragtning ved en eventuel senere domfældelse i form af frihedsstraf.

60. Endvidere er formålene med frihedsberøvelse før en retssag nogle helt andre end samfundets formål, når det fuldbyrder en straf [24].

20 — Jf. den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 5, stk. 1, litra c), og artikel 5, stk. 3.

21 — Der er omfattende praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol om EMRK's artikel 5, stk. 1, litra c), og artikel 5, stk. 3. Jf. bl.a. dommen i sagen Ječius mod Litauen, sag nr. 34578/97, ECHR 2000-IX.

22 — Som det f.eks. er tilfældet i Frankrig.

23 — Jf. f.eks. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen Smirnova mod Rusland, sag nr. 46133/99 og nr. 48183/99, ECHR 2003-IX, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis.

24 — Jf. punkt 57 ovenfor.

61. Jeg forkaster derfor det argument, at en person, der har været undergivet varetægtsfængsling (navnlig hvis frihedsberøvelsen var kortvarig), derved nødvendigvis har opfyldt fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54.

62. Når dette er sagt, kan der, således som Jürgen Kretzinger, Østrig, Nederlandene og Kommissionen har anført, være omstændigheder, hvorunder varetægtsfængsling kan have denne virkning. Hvis den tiltalte, som er blevet varetægtsfængslet, senere findes skyldig og idømmes frihedsstraf, er der afsagt endelig dom, og på det tidspunkt er den første betingelse for anvendelse af gennemførelseskonventionens artikel 54 opfyldt. Under disse omstændigheder må der tages stilling til spørgsmålet, om den tid, der er tilbragt i varetægtsfængsel, og som i henhold til national ret skal fratrækkes ved fuldbyrdelsen af den idømte frihedsstraf, kan anses for at opfylde fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54.

63. Der skal ved besvarelsen af dette spørgsmål sondres mellem to scenarier.

64. I det første scenario svarer den tid, der er tilbragt i varetægtsfængsel, mindst til længden af fængselsstraffen idømt ved den endelige dom til frihedsstraf. Så vidt jeg har kunnet fastslå, indeholder strafferetssystemerne i alle medlemsstaterne en eller anden udgave af fradragsprincippet [25], når en frihedsstraf fuldbyrdes. Således som Jürgen Kretzingers advokat og Spanien med rette har understreget, er dette princip et specifikt udtryk for det generelle proportionalitetsprincip i strafferetsplejen (og, tror jeg at kunne tilføje, for et universelt retfærdighedsprincip): Straffen skal stå i forhold til lovovertrædelsen. I henhold til national ret skal frihedsberøvelse i afventning af en retssag derfor fratrækkes fra enhver fængselsstraf, der senere idømmes som straf. Hvis den førstnævnte periode er mindst lige så lang som den sidstnævnte, anses frihedsstraffen for at være afsonet med den tid, der blev tilbragt i varetægtsfængsel. Ellers ville lovovertræderen blive pålagt en strengere straf end den, samfundet anser for passende for lovovertrædelsen.

65. Den samme konklusion finder anvendelse med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54. Denne konklusion er faktisk uundgåelig, hvis man

25 — Der henvises specifikt til dette princip som principe d'imputation i fransk strafferet eller Anrechnungsprinzip i tysk strafferet. Jf. også den nylige afgørelse fra House of Lords i sagen Regina mod Governor of Her Majesty's Prison Brockhill, ex parte Evans (nr. 2) [2001] 2 AC 19, hvor Lord Hope of Craighead henviste til »det almene princip [...] at perioder, hvorunder en person har været frihedsberøvet før rettergang eller domsafsigelse, og som kun kan tilskrives den lovovertrædelse, som lovovertræderen straffes for, skal tages i betragtning ved beregningen af længden af den periode, som lovovertræderen skal tilbringe i frihedsberøvelse efter domsafsigelsen«. Dette princip afspejles også i rammeafgørelsens artikel 26, stk. 1 (som er en del af kapitel 3 med overskriften »Virkninger af overgivelsen«), hvorefter »[d]en udstedende medlemsstat fradrager enhver periode, hvor den eftersøgte har været varetægtsfængslet i forbindelse med fuldbyrdelsen af en europæisk arrestordre, i den samlede varighed af den periode, den pågældende skal afsone i den udstedende medlemsstat som følge af idømmelsen af en frihedsstraf eller en anden frihedsberøvende foranstaltning«. I nogle medlemsstater, såsom Tyskland og dele af Det Forenede Kongerige, tillader reglerne om strafudmålingen, at retten forkaster princippets anvendelse på grund af lovovertræderens adfærd under varetægtsfængslingen. Enhver fravigelse skal dog være lovligt begrundet.

antager, således som jeg gør, at fradragsprincippet finder anvendelse i kraft af et universelt retfærdighedsprincip og som udtryk for proportionalitetsprincippet i strafferetsplejen, og at det som sådan har status som et generelt EU-retligt princip [26]. Det følger heraf, at selv hvis national ret *ikke* indeholdt noget fradragsprincip [27], ville fællesskabsretten kræve, at medlemsstaterne behandler fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54 som opfyldt, når en tiltalt, der er dømt skyldig, har været varetægtsfængslet i en medlemsstat i en periode svarende til eller længere end den frihedsstraf, der er idømt i en anden medlemsstat for de samme handlinger. Som konsekvens heraf vil alle yderligere straffesager mod den samme person for de samme faktiske handlinger være udelukket i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 54.

66. I det andet scenario er de perioder, der er tilbragt i varetægtsfængsel, kortere end den endelige frihedsstraf. Der skal sondres mellem to situationer inden for dette scenario.

67. I den første situation overføres lovovertræderen til afsoning af den resterende del af fængselsstraffen (dvs. forskellen mellem tiden tilbragt i varetægtsfængsel og den idømte frihedsstraf) [28]. Det er åbenbart, at fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54 er opfyldt, eftersom straffen »faktisk er ved at blive fuldbyrdet«. Forudsat at de andre betingelser i gennemførelseskonventionens artikel 54 er opfyldt, skal andre medlemsstater afholde sig fra at retsforfølge denne lovovertræder for anden gang på grundlag af de samme faktiske forhold.

68. I den anden situation har lovovertræderen været undergivet perioder med varetægtsfængsel, men er på fri fod, når frihedsstraffen idømmes. Straffen kan ikke anses for at være blevet helt fuldbyrdet (eftersom en del af straffen stadig skal afsones), og den kan heller ikke anses for at være ved at blive fuldbyrdet (eftersom tiltalte ikke er i fængsel). Fuldbyrdelsesbetingelsen er derfor ikke opfyldt. Under disse omstændigheder kan tiltalte ikke påberåbe sig gennemførelseskonventionens artikel 54, hvis der indledes andre straffesager mod ham i en anden medlemsstat for de samme strafbare forhold.

69. I det sidstnævnte tilfælde ville en lovovertræder ikke desto mindre kunne støtte sig til fradragsprincippet i kraft af fællesskabsretten med henblik på at få fratrukket den tid, der er tilbragt i varetægtsfængsel i den første medlemsstat, fra den fængselsstraf, der måtte blive idømt i den anden medlemsstat.

26 — Jf. analysen i punkt 53-64 i mit forslag til afgørelse i sag C-367/05, Kraaijenbrink, som også er fremsat i dag.

27 — Dette er naturligvis en rent teoretisk mulighed. Som jeg har forklaret ovenfor, anerkender alle nationale straffelovgivninger princippet om fradrag af perioder med varetægtsfængsel.

28 — Eller udstår prøvetiden, der er forbundet med en betinget (friheds)straf som ovenfor beskrevet.

70. Som jeg har anført ovenfor, er det min opfattelse, at fradragsprincippet er et generelt EU-retligt princip, der er udtryk for proportionalitetsprincippet i strafferetsplejen og for et universelt retfærdighedsprincip, som er forskelligt fra princippet *ne bis in idem*, selv om det er forbundet hermed. Lovovertræderen kan derfor direkte støtte ret på det.

71. Selv om Domstolen måtte forkaste denne opfattelse, vil gennemførelseskonventionens artikel 56 [29] stadig kræve, således som Kommissionen og Sverige har anført, at en medlemsstat fratrækker den frihedsberøvelse, tiltalte har været undergivet i en anden medlemsstat, i enhver frihedsstraf, den måtte finde passende at idømme.

72. Den brede formulering i gennemførelseskonventionens artikel 56 angiver, at den finder anvendelse, når der uanset af hvilken årsag indledes retsforfølgning mod den samme tiltalte i en medlemsstat, på trods af det forhold, at der er afsagt endelig dom over ham for de samme strafbare handlinger i en anden medlemsstat [30]. Som det ses, vil denne situation kunne foreligge, enten når en af undtagelserne i gennemførelseskonventionens artikel 55 finder anvendelse, eller når der er blevet »afsagt endelig dom« i sagen, uden at fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54 er blevet opfyldt. Under andre omstændigheder ville princippet *ne bis in idem* i gennemførelseskonventionens artikel 54 finde anvendelse.

— Tid tilbragt under politiarrest

73. I de fleste medlemsstater kan politiet lovligt arrestere en mistænkt i en kort periode med henblik på afhøring eller for at foretage indledende efterforskning. Sådanne perioder må generelt ikke overskride mellem 48 og 72 timer, inden for hvilket tidsrum den mistænkte skal stilles for en kompetent dommer, der skal bestemme, om der skal gives forlængelse af politiarresten, om den tilbageholdte skal varetægtsfængsles eller løslades med eller uden tiltale [31]. Som med varetægtsfængsling (og af samme årsager vedrørende den personlige friheds forrang, væsentlige demokratiske værdier og overholdelsen af retsstatsprincipper) er politiarrest underlagt strenge betingelser i henhold til EMRK artikel 5, stk. 1, litra c), og artikel 5, stk. 3, således som fortolket af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol [32].

29 — Jeg anser gennemførelseskonventionens artikel 56 for blot at forklare det generelle fradragsprincip (som finder anvendelse på alle tidligere straffe for de samme strafbare forhold, uanset deres art) med henblik på anvendelsen af Schengen-reglerne og kun for så vidt angår frihedsstraf. Det forhold, at artikel 54 og 56 begge findes i gennemførelseskonventionens kapitel 3 med overskriften »Straffedommes negative retsvirkninger (ne bis in idem)«, ændrer efter min opfattelse ikke på det faktum, at de er to selvstændige principper i EU-retten. Jeg har drøftet fradragsprincippet i mit forslag til afgørelse i Kraijenbrink-sagen, jf. fodnote 26 ovenfor, i punkt 53-64 og henviser til denne analyse.

30 — I Kraaijenbrink-sagen, jf. fodnote 26 ovenfor, tog den nederlandske regering kraftigt til genmæle mod Kommissionens mundtlige bemærkninger i denne retning, jf. punkt 54 i mit forslag til afgørelse i den sag.

31 — Ordningerne for at undergive terrorister politiarrest kan være mindre liberale.

32 — Den principielle dom er dommen i sagen Brogan m.fl. mod Det Forenede Kongerige, dom af 29.11.1988, serie A, nr. 145-B.

74. Jeg kan ikke se nogen gyldig grund til, at perioder i politiarrest skal behandles anderledes end perioder med varetægtsfængsling med henblik på anvendelsen af fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54[33]. Den samme argumentation gælder *mutatis mutandis*.

75. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer det andet spørgsmåls andet led således:

»De perioder, hvorunder en tiltalt har været i politiarrest og/eller varetægtsfængslet i en medlemsstat, kan ikke anses for en straf, der er blevet fuldbyrdet eller er ved at blive fuldbyrdet, med henblik på anvendelsen af Schengen-konventionens artikel 54, medmindre disse perioder mindst svarer til længden af den fængselsstraf, der idømmes ved den endelige dom i den retssag, med henblik på hvilken tiltalte var undergivet politiarrest eller varetægtsfængslet.«

Det tredje spørgsmål

76. Den forelæggende ret har i det tredje spørgsmål spurgt til rammeafgørelsens virkning, om nogen, på fortolkningen af »fuldbyrdelsesbetingelsen« i gennemførelseskonventionens artikel 54. Det tredje spørgsmål består også af to led.

77. Som jeg har anført[34], blev loven til gennemførelse af rammeafgørelsen i Tyskland annulleret af Bundesverfassungsgericht den 18. juli 2005, kun én dag før den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse blev indleveret til Domstolen. Rammeafgørelsen finder øjensynligt ikke anvendelse i Tyskland for nærværende. Imidlertid blev en ny gennemførelseslov vedtaget den 20. juli 2006 og trådte i kraft den 2. august 2006, efter at retsmødet i denne sag var blevet afholdt.

78. Således som Den Tjekkiske Republik har understreget, er det ikke åbenbart, hvorfor et svar på det tredje spørgsmåls andet led — som spørger til virkningerne af straf idømt ved en retssag in absentia og nærmere bestemt af rammeafgørelsens artikel 5, nr. 1, på gennemførelseskonventionens artikel 54 — er relevant for udfaldet af retsforhandlingerne for den nationale ret. De italienske myndigheder har ikke udstedt en europæisk arrestordre, og de påtænker i henhold til forelæggelseskendelsen heller ikke at gøre det.

33 — Det er korrekt, at nogle nationale ordninger bestemmer, at visse perioder i politiarrest (sædvanligvis de perioder, der ikke overstiger 24 timer) ikke skal fratrækkes ved en senere fængselsstraf. Dette udgør en uvæsentlig undtagelse til hovedreglen.

34 — Punkt 20 ovenfor.

79. Det tredje spørgsmål kan derfor hævdes at være rent hypotetisk og derfor ikke egnet til realitetsbehandling i henhold til retspraksis [35].

80. Det er dog på grundlag af de til rådighed værende oplysninger muligt, at disse spørgsmål, som åbenbart rejser et spørgsmål om fortolkning af fællesskabsretten, kan være relevante i hovedsagen. Dette kan kun den forelæggende ret vurdere. Domstolen er derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom [36].

81. Hvad endvidere angår det andet led har den forelæggende ret bemærket i forelæggelseskendelsen, at spørgsmålet om den status, som domme, der er afsagt af udenlandske retter efter en rettergang in absentia, har, i et vist omfang er omtvistet i Tyskland. Det forekommer derfor, at svaret på spørgsmålet faktisk kan hjælpe den forelæggende ret ved afgørelsen af, hvordan der skal forholdes med sådanne straffedomme, uanset rammeafgørelsens artikel 5, nr. 1, i sammenhæng med gennemførelseskonventionens artikel 54.

82. Jeg vil derfor komme med forslag til et svar på begge led i det tredje spørgsmål.

35 — Jf. f.eks. Van Straaten-dommen, nævnt i fodnote 10 ovenfor, præmis 34.

36 — Van Straaten-dommen, præmis 33.

83. Jeg bemærker også, at det tredje spørgsmål omhandler en situation, hvor der udstedes en europæisk arrestordre med henblik på »fuldbyrdelse af en frihedsstraf eller en anden frihedsberøvende foranstaltning« over for den eftersøgte person. Min analyse er begrænset til disse omstændigheder.

3.a) Det første led

84. Spørgsmålet i det første led er i det væsentlige, om fortolkningen af begrebet »fuldbyrdelse« med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54 påvirkes af det forhold, at den udstedende medlemsstat (i dette tilfælde Italien), hvor den endelige straf blev udmålt, i henhold til rammeafgørelsen, således som den er gennemført i national ret, på et hvilket som helst tidspunkt kan kræve, at tiltalte arresteres og overgives af den fuldbyrdende medlemsstat (i dette tilfælde Tyskland) med henblik på at fuldbyrde dommen.

85. Jeg kan ikke se, hvordan rammeafgørelsen påvirker fortolkningen af fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54.

86. Rammeafgørelsens artikel 1 bestemmer, at formålet med udstedelse af en arrestordre er, at en anden medlemsstat anholder og overgiver en eftersøgt person med henblik på »strafforfølgning eller fuldbyrdelse af en frihedsstraf eller en anden frihedsberøvende foranstaltning«.

87. Rammeafgørelsens artikel 3, nr. 2, opregner udtrykkeligt som en af de obligatoriske grunde til, at en europæisk arrestordre ikke skal fuldbyrdes, det tilfælde, at det »[...] af de oplysninger, den fuldbyrdende judicielle myndighed er i besiddelse af, fremgår, at den eftersøgte person er blevet endeligt dømt for de samme handlinger af en anden medlemsstat, på betingelse af, at sanktionen i tilfælde af domfældelse er fuldbyrdet, er ved at blive fuldbyrdet eller ikke længere kan fuldbyrdes efter domslandets lovgivning«.

88. Det følger af disse bestemmelser og også af almindelig logik, at når der udstedes en europæisk arrestordre med henblik på fuldbyrdelse af en dom om frihedsstraf efter rettergang og domfældelse, er fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54 pr. definition ikke opfyldt. En europæisk arrestordre med henblik på fuldbyrdelse af en frihedsstraf udstedes jo netop, fordi den pågældende straffedom *ikke* er blevet fuldbyrdet eller er ved at blive fuldbyrdet. Gennemførelseskonventionens artikel 54 kan derfor ikke finde anvendelse. Det følger uafviseligt heraf, at princippet *ne bis in idem* under disse omstændigheder ikke forhindrer en medlemsstat i at iværksætte strafferetlig forfølgning for de samme strafbare handlinger, selv hvis den pågældende lovovertræder har stået for retten og er blevet dømt for de samme strafbare forhold i en anden medlemsstat.

89. Det fremgår således klart af selve rammeafgørelsen, at den faktiske udstedelse af en europæisk arrestordre, og så meget mindre den blotte mulighed for, at der senere kan udstedes en arrestordre, er uden relevans for princippet *ne bis in idem*. Som det fremgår af artikel 3, nr. 2, er princippet *ne bis in idem* tværtimod bestemmende for, om en europæisk arrestordre, der er udstedt i henhold til rammeafgørelsen, skal eller ikke skal fuldbyrdes.

90. Denne konklusion støttes ydermere af det forhold, således som Østrig har bemærket i sit indlæg, at parterne i Schengenaftalen [37] ikke er de samme som dem, der er underlagt rammeafgørelsen. Hvis anvendelsen af *ne bis in* idem-princippet i gennemførelseskonventionens artikel 54 var afhængig af bestemmelserne i rammeafgørelsen, ville resultatet være retsusikkerhed.

37 — Rammeafgørelsen finder anvendelse på alle EU-medlemsstater, mens gennemførelseskonventionen kun finder anvendelse på de medlemsstater, der har gennemført Schengenreglerne fuldt ud, samt Norge og Island som kontraherende parter til gennemførelseskonventionen og Det Forenede Kongerige og Irland for så vidt bl.a. angår gennemførelseskonventionens artikel 54-58. Jf. punkt 75 i mit forslag til afgørelse i Gasparini-sagen, nævnt i fodnote 10 ovenfor.

91. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer det tredje spørgsmåls første led således:

»Begrebet fuldbyrdelse i Schengen-konventionens artikel 54 påvirkes ikke af det forhold, at den medlemsstat, hvor en tiltalt er blevet idømt en straf ved en endelig retskraftig dom, i henhold til national ret på et hvilket som helst tidspunkt kan udstede en europæisk arrestordre om overgivelse af denne tiltalte med henblik på at fuldbyrde denne straf i henhold til Rådets rammeafgørelse om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne.«

3.b) Det andet led

92. Med det tredje spørgsmåls andet led spørges i det væsentlige, om fortolkningen af fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54 påvirkes af det forhold, at den straf, der er genstand for den europæiske arrestordre, blev idømt efter en retssag in absentia.

93. Den forelæggende ret har analyseret dette spørgsmål under henvisning til rammeafgørelsens artikel 5, nr. 1. Det er rettens opfattelse, at muligheden for at kræve en ny retssag som en forudgående betingelse for overgivelse under de omstændigheder, der er taget i betragtning i denne bestemmelse, kan rejse tvivl om, hvorvidt de italienske domfældelser kan kategoriseres som retssager, hvor der er »afsagt endelig dom« med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54 (forudsat at begrebet »endelig« ikke skal defineres blot med en henvisning til national ret). Den har henledt opmærksomheden på den mulighed, at handlinger, der vedrører flere medlemsstater, og som også er rettet mod Fællesskabets økonomiske interesser, faktisk kunne forblive ustraffede. Dette ville være tilfældet, hvis en medlemsstats dom in absentia havde den virkning, at den var til hinder for retsforfølgning i andre medlemsstater, samtidig med at dommen in absentia aldrig blev fuldbyrdet, og den stat, hvori dommen blev afsagt, intet gjorde for at fuldbyrde den [38].

94. Spørgsmålets ordlyd er koncentreret om den virkning, som straffe, der er idømt efter rettergang in absentia i den første medlemsstat, kan have på fortolkningen af fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54. Som flere af de parter, der har afgivet indlæg, med rette har anført, forekommer indholdet af den forelæggende rets spørgsmål imidlertid snarere at være, om straffedomme afsagt in absentia skal anses for »endelige domme« med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54.

95. Rammeafgørelsens artikel 5, nr. 1, tager udtrykkeligt stilling til virkningerne af straf,

38 — Efter den forelæggende rets opfattelse er dette netop, hvad der skete med de i Italien afsagte straffedomme.

der er idømt efter rettergang in absentia, med henblik på anvendelsen af en europæisk arrestordre. Artikel 5, nr. 1, bestemmer, at hvis den berørte person »ikke er blevet indkaldt personligt eller på anden måde blevet underrettet om tid og sted for det retsmøde, som førte til afgørelsen in absentia«, er den fuldbyrdende medlemsstat berettiget til at gøre overgivelsen af denne person betinget af, at »den udstedende judicielle myndighed giver garantier, der skønnes tilstrækkelige til at sikre, at den person, der er omfattet af den europæiske arrestordre, får lejlighed til at få sagen genoptaget i den udstedende medlemsstat og til at være til stede ved domsforhandlingen«.

96. Denne bestemmelse afspejler de krav, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har opstillet i sin praksis om EMRK artikel 6 (ret til en retfærdig rettergang). I henhold til denne retspraksis (og i modsætning til det af Polen anførte) er retssager in absentia ikke i sig selv uforenelige med konventionens artikel 6. De skal imidlertid gennemføres i overensstemmelse med de strenge formelle og materielle krav i EMRK, således at en retsnægtelse forhindres. Retssager in absentia kan i det væsentlige kun tillades i henhold til EMRK, hvis det utvetydigt er fastslået, at tiltalte har givet afkald på retten til at være til stede under retssagen eller bevidst har bortfjernet sig fra rettens kompetenceområde [39].

97. Hvis man forstår det tredje spørgsmåls andet led bogstaveligt, må det enkle svar (således som Spanien med rette har bemærket) være, at det forhold, at endelige straffedomme er afsagt efter rettergang in absentia, er uden betydning for fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54. Udstedelsen af en europæisk arrestordre med henblik på fuldbyrdelse af en straffedom afsagt in absentia indebærer pr. definition, at fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54 ikke er opfyldt. Om den ikke er opfyldt, fordi tiltalte blev dømt in absentia (således at straffen sandsynligvis aldrig vil blive fuldbyrdet), eller fordi tiltalte forsvandt efter domfældelsen, kan ikke ændre på det forhold, at straffen ikke er blevet fuldbyrdet. Som en logisk parallel hertil kan det forhold, at fuldbyrdelsen eller den manglende fuldbyrdelse af denne arrestordre kan påvirkes af rammeafgørelsens artikel 5, nr. 1, ikke indvirke på den korrekte fortolkning af gennemførelseskonventionens artikel 54 [40].

98. Som jeg har anført, ligger der bag det faktiske præjudicielle spørgsmål det spørgsmål, om en dom, der er afsagt efter rettergang in absentia, i lyset af rammeafgørelsens artikel 5 skal anses for en »endelig dom« i henhold til gennemførelses-

39 — De principper, der finder anvendelse på retssager in absentia, er for nyligt blevet sammenfattet af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i dommen i sagen Sejdovic mod Italien [GC], sag nr. 56581/00, ECHR 2006, præmis 81 ff.

40 — Jf. analysen i punkt 85-90 ovenfor for så vidt angår det tredje spørgsmåls første led, som også finder anvendelse her.

konventionens artikel 54. En del af svaret på dette spørgsmål skal findes i dommen i Gözütok og Brügge-sagen [41]. I denne sag fandt Domstolen, at afgørelser, hvis virkning i henhold til national ret er, at nye sager uigenkaldeligt udelukkes, eller at igangværende retsforfølgning endeligt indstilles, skulle anses for »endelige domme« med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54.

99. Som både Domstolens dom i Gözütok og Brügge-sagen og selve ordlyden af gennemførelseskonventionens artikel 54 viser, tilkommer det åbenbart den nationale retsorden i den dømmende medlemsstat at afgøre, om og under hvilke omstændigheder en dom, herunder en dom afsagt efter en rettergang in absentia, endelig hindrer anden strafforfølgning for de samme strafbare forhold i henhold til national ret og er en endelig dom. Denne konklusion er i tråd med andre internationale instrumenter, navnlig artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK, som regulerer anvendelsen af princippet *ne bis in idem* på nationalt plan. Alle disse instrumenter lader det være op til den pågældende nationale retsorden at afgøre, hvad der skal forstås ved en endelig afgørelse, der bringer en straffesag til afslutning [42].

100. Ved vurderingen af en påstand, der i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 54 nedlægges af en tiltalt, der er dømt in absentia i en medlemsstat, er alle andre medlemsstater derfor bundet af, om den dømmende medlemsstat behandler en dom afsagt efter rettergang in absentia som en »endelig dom«. Hvis dette er tilfældet, og hvis de andre betingelser i gennemførelseskonventionens artikel 54 er opfyldt, vil denne dom udløse anvendelsen af princippet *ne bis in idem* i den overnationale Schengen-sammenhæng i overensstemmelse med princippet om gensidig tillid, som gennemførelseskonventionens artikel 54 bygger på [43].

101. Den netop nævnte konklusion er underlagt et vigtigt forbehold. Straffesagen in absentia, som førte til dommen, skal have været gennemført i overensstemmelse med kravene i EMRK artikel 6. I henhold til generelle fællesskabsretlige principper og EU-traktatens artikel 6, stk. 1 og 2, finder disse krav analog anvendelse i fællesskabssammenhæng. En dom, der er afsagt efter en rettergang in absentia, og hvorved der er sket en tilsidesættelse af EMRK, ville dermed, selv om den blev anset for retskraftig og endelig i henhold til national ret, tilsidesætte disse generelle fællesskabsretlige principper, hvis kerne er basale og grundlæggende menneskerettigheder. Som et resultat heraf kan dommen ikke lovligt anses for en »endelig dom« med henblik på anvendelsen af gennemførelseskonventionens artikel 54.

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

42 — Jf. også artikel 14, stk. 7, i international konvention om borgerlige og politiske rettigheder fra 1966, som bestemmer, 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*«.

43 — Jf. Gözütok og Brügge-dommen, nævnt i fodnote 41 ovenfor.

102. Dette er netop årsagen til, at ordene i rammeafgørelsens artikel 5, nr. 1, gentager betingelserne, der er fastslået i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis om EMRK artikel 6 for afgørelsen af, om en straffedom afsagt in absentia er gyldig.

103. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer det tredje spørgsmåls andet led således:

»Begrebet fuldbyrdelse i Schengen-konventionens artikel 54 påvirkes ikke af det forhold, at de judicielle myndigheder i den fuldbyrdende medlemsstat i henhold til rammeafgørelsens artikel 5, nr. 1, ikke automatisk skal gennemføre en europæisk arrestordre, der er udstedt med henblik på fuldbyrdelse af en straffedom, der er afsagt efter domfældelse i en retssag in absentia.

Såfremt det følger af den dømmende medlemsstats retssystem, at en afgørelse, der er truffet efter en rettergang in absentia, endelig er til hinder for anden retsforfølgning, er en sådan afgørelse en endelig dom i Schengenkonventionens artikel 54's forstand, forudsat at retssagen er blevet gennemført under overholdelse af betingelserne i EU-traktatens artikel 6 og generelle fællesskabsretlige principper, der garanterer overholdelsen af grundlæggende rettigheder, således som fastsat i den europæiske konvention om menneskerettigheder og grundlæggende friheder.«

Forslag til afgørelse

104. På baggrund af det ovenstående er det min opfattelse, at Domstolen skal besvare de af den forelæggende ret stillede præjudicielle spørgsmål således:

»1) Udtrykket »de samme strafbare handlinger« i Schengen-konventionens artikel 54 henviser til identitet for så vidt angår de faktiske omstændigheder,

der skal forstås som en helhed af handlinger, der er uløseligt forbundne i tid og i sted samt med hensyn til deres genstand. Afgørelsen af, om de faktiske omstændigheder i hovedsagen er således forbundne, tilkommer den kompetente nationale ret. Hvis en tiltalt imidlertid fra starten havde til hensigt at transportere indsmuglede varer fra deres indførselssted til et endeligt bestemmelsessted i Fællesskabet ved en enkelt transaktion, kan alle på hinanden følgende overgange af interne grænser under denne transaktion i princippet anses for handlinger, der er uløseligt forbundne i den nævnte forstand.

2) a) En frihedsstraf, hvis fuldbyrdelse er gjort betinget, forudsat at lovovertræderen i en bestemt periode overholder visse vilkår, der er opstillet i overensstemmelse med lovgivningen i den stat, hvori dommen er afsagt, er en straf, der er fuldbyrdet eller er ved at blive fuldbyrdet i den i Schengenkonventionens artikel 54 omhandlede forstand, og indebærer, forudsat at de øvrige betingelser i denne bestemmelse er opfyldt, en anvendelse af princippet *ne bis in idem*, der er knæsat i denne artikel.

b) De perioder, hvorunder en tiltalt har været i politiarrest og/eller varetægtsfængslet i en medlemsstat, kan ikke anses for en straf, der er blevet fuldbyrdet eller er ved at blive fuldbyrdet, med henblik på anvendelsen af Schengen-konventionens artikel 54, medmindre disse perioder mindst svarer til længden af den fængselsstraf, der idømmes ved den endelige dom i den retssag, med henblik på hvilken tiltalte var undergivet politiarrest eller varetægtsfængslet.

3) a) Begrebet fuldbyrdelse i Schengen-konventionens artikel 54 påvirkes ikke af det forhold, at den medlemsstat, hvor en tiltalt er blevet idømt en straf ved en endelig retskraftig dom, i henhold til national ret på et hvilket som helst tidspunkt kan udstede en europæisk arrestordre om overgivelse af denne tiltalte med henblik på at fuldbyrde denne straf i henhold til Rådets rammeafgørelse om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne.

b) Begrebet fuldbyrdelse i Schengen-konventionens artikel 54 påvirkes ikke af det forhold, at de judicielle myndigheder i den fuldbyrdende medlemsstat i henhold til rammeafgørelsens artikel 5, nr. 1, ikke automatisk skal gennemføre en europæisk arrestordre, der er udstedt med henblik på fuldbyrdelse af en straffedom, der er afsagt efter domfældelse i en retssag in absentia.

Såfremt det følger af den dømmende medlemsstats retssystem, at en afgørelse, der er truffet efter en rettergang in absentia, endelig er til hinder for anden retsforfølgning, er en sådan afgørelse en endelig dom i Schengen-konventionens artikel 54's forstand, forudsat at retssagen er blevet gennemført under overholdelse af betingelserne i EU-traktatens artikel 6 og generelle fællesskabsretlige principper, der garanterer overholdelsen af grundlæggende rettigheder, således som fastsat i den europæiske konvention om menneskerettigheder og grundlæggende friheder.«