

Selectief blind voor buitenlandse veroordelingen bij de straftoemeting: dan toch (g)een schending van het gelijkheidsbeginsel?

Nele Audenaert

Doctoraatsonderzoekster (Europees) strafrecht, verbonden aan het IRCP (Institute for International Research on Criminal Policy), Universiteit Gent (BOF)

Abstract

Volgens artikel 99bis van het Strafwetboek mag een rechter bij de straftoemeting slechts in een beperkt aantal situaties rekening houden met het bestaan van een eerdere buitenlandse veroordeling. Meer specifiek kan een buitenlandse veroordeling vooral in het nadeel spelen van een beklaagde, bijvoorbeeld voor de mogelijke toepassing van de herhalingsregels. Wanneer een buitenlandse veroordeling de beklaagde daarentegen tot voordeel zou strekken, bijvoorbeeld voor de mogelijke toepassing van de samenloopregels, lijkt een rechter niet over de(zelfde) mogelijkheid te beschikken om met een dergelijke veroordeling rekening te houden. Hoewel hierdoor een ongelijke behandeling wordt ingesteld tussen personen met een eerdere nationale en personen met een eerdere buitenlandse veroordeling, alsook tussen personen in een staat van wettelijke herhaling en personen die een samenloop aan misdrijven hebben gepleegd, velde het Grondwettelijk Hof op 16 januari 2020 twee gelijkkluidende arresten waarin werd geoordeeld dat artikel 99bis van het Strafwetboek geen schending uitmaakt van het gelijkheidsbeginsel. Deze arresten werden reeds in het verleden uitdrukkelijk in vraag gesteld, zonder dat daarbij evenwel werd teruggegrepen naar de Europese rechtspraak inzake het gelijkheidsbeginsel. Deze bijdrage heeft dan ook tot doel de beslissingen van het Grondwettelijk Hof te evalueren in het licht van deze rechtspraak. Tegen die achtergrond zal eveneens nagegaan worden in welke mate deze rechtspraak de Belgische wetgever, ondanks de negatieve uitspraak daartoe van het Grondwettelijk Hof, zou moeten aansporen alsnog diens visie op het meenemen van buitenlandse veroordelingen in samenloopsituaties te wijzigen.

Inhoud

I. Inleiding	2
II. Het toepassingsgebied van de gelijkheidsbeginselen: wanneer kan welk artikel worden ingeroepen?.....	5
A. Het toepassingsgebied van de artikelen 10 en 11 Grondwet	5
B. Het toepassingsgebied van artikel 21 EU Handvest.....	6
C. Het toepassingsgebied van artikel 14 EVRM.....	7
III. Een verschillende behandeling voor een vergelijkbare situatie vs. de individualisering van het strafrecht: heeft het Grondwettelijk Hof gelijk of ongelijk?	9
A. Stelt artikel 99bis Strafwetboek een verschil in behandeling in... ..	10
(i) Het oordeel van het Grondwettelijk Hof.....	11
(ii) Het mogelijke oordeel van de Europese Hoven.....	11
B. ... tussen personen in (voldoende) vergelijkbare situaties?.....	13
IV. Het behoud van het territorialiteitsbeginsel ter rechtvaardiging van een gebrek aan wederzijds vertrouwen: heeft het Grondwettelijk Hof gelijk of ongelijk?	16

A. Steunt het verschil in behandeling op een toegelaten differentiatie criterium?	17
(i) Het oordeel van het Grondwettelijk Hof.....	17
(ii) Het mogelijke oordeel van de Europese Hoven.....	17
B. Is het verschil in behandeling objectief en redelijk gerechtvaardigd?.....	21
(i) Is het verschil in behandeling geschikt om een wettig doel na te streven... ..	22
(ii) ...én is het verschil in behandeling proportioneel ten aanzien van dat doel?	26
V. De ooglap(pen) van Vrouwe Justitia	29

I. Inleiding

1. Tijdens de straftoemeting kan of moet een rechter met heel wat verschillende factoren rekening houden. Een van deze factoren betreft het gerechtelijk verleden van een beklaagde.

Meestal strekt een gerechtelijke voorgeschiedenis tot nadeel van een beklaagde. Indien een rechter dient te oordelen over een geschikte straf voor een beklaagde die in het verleden reeds een definitieve veroordeling opliep, zal dit laatste niet zelden een belangrijke invloed (kunnen) uitoefenen op de wettelijke minimum- en/of maximumstraf (in geval van wettelijke herhaling) en/of op de specifieke strafmaat binnen de wettelijk voorziene marges (in geval van buitenwettelijke herhaling). Ook is het mogelijk dat een aantal maatregelen uitgesloten zijn of moeilijker verleend zullen worden omwille van het bestaan van een eerdere veroordeling, zoals de gunst van uitstel of opschorting.¹

In één bijzondere situatie, evenwel, kan een eerdere veroordeling ook in het voordeel spelen van een beklaagde. Dit is het geval indien een rechter wordt gevraagd te oordelen over een zogenaamd *'laattijdig vastgesteld voortgezet (of collectief) misdrijf'*.² Voortgezette misdrijven behoren tot de categorie van samenlopende misdrijven. Het betreft misdrijven die allen gepleegd werden (i) met eenzelfde doel voor ogen en (ii) vooraleer voor minstens een van die misdrijven definitief te zijn veroordeeld. De dader van een voortgezet misdrijf wordt geacht slechts één enkele straf te verdienen. Deze straf mag niet hoger zijn dan de maximumstraf voorzien voor het meest ernstige misdrijf (artikel 65, eerste lid Strafwetboek). De straf voor het zwaarste misdrijf slorpt met andere woorden de andere misdrijven en diens straffen op. Dit geldt ongeacht het aantal misdrijven dat werd gepleegd.

Hoewel het uitspreken van één enkele straf voor het geheel van de gepleegde misdrijven minder eenvoudig zal zijn, is ook het aantal procedures waarin de verschillende misdrijven worden berecht irrelevant. Artikel 65, tweede lid van het Strafwetboek bepaalt immers dat, *“wanneer de feitenrechter vaststelt dat misdrijven die reeds het voorwerp waren van een in kracht van gewijsde gegane beslissing en andere feiten die bij hem aanhangig zijn en die, (...), aan die beslissing voorafgaan en samen met de eerste misdrijven de opeenvolgende en voortgezette uitvoering zijn van een zelfde misdadig opzet”*, de rechter bij de straftoemeting rekening moet houden met de reeds uitgesproken straffen, in die zin dat het geheel van de straffen uitgesproken in de verschillende procedures het maximum van de zwaarste

¹ Zie ook P. TERSAGO, “Het belang van gerechtelijke antecedenten in het straf(proces)recht”, *Nullum Crimen* 2011, 8-38.

² Voor het exacte verschil in betekenis tussen “voortgezette” en “collectieve” misdrijven, zie S. BERNEMAN, “(Totale of gedeeltelijke) opslorping in Europees verband: never ending story van een moeizame Europese integratie”, noot onder GwH 16 januari 2020, *T.Strafr.* 2020, (415) 415. In deze bijdrage zullen beide begrippen als synoniemen van elkaar worden gebruikt.

straf niet mag overschrijden. De rechter zal daarbij een keuze hebben. Indien de eerder uitgesproken straf reeds voldoende is om het geheel van de misdrijven (zowel diegene die het voorwerp uitmaken van de huidige procedure als diegene die het voorwerp uitmaakten van de eerdere procedure) te bestraffen, zal de rechter kunnen beslissen om geen bijkomende straf op te leggen en zich te beperken tot een eenvoudige schuldigverklaring. Indien de reeds uitgesproken straf niet voldoende is voor de totale samenloop, zal de rechter een bijkomende straf opleggen voor de nieuwe feiten. Deze bijkomende straf moet toelaten om een gepaste totale straf te bereiken voor de volledige samenloop en mag geenszins, samengenomen met de eerder opgelegde straf, het maximum voorzien in het eerste lid van artikel 65 Strafwetboek overschrijden. De eerdere veroordeling zal met andere woorden tot voordeel van de beklaagde strekken, aangezien de rechter de eerder opgelegde straf(fen) in mindering zal moeten brengen van de toepasselijke maximumstraf én van de geschikte straf voor de volledige samenloop. Op deze manier wordt gegarandeerd dat beklaagden op een gelijke wijze worden bestraft, ook als de door hen gepleegde samenlopende misdrijven niet tegelijkertijd worden berecht.

2. Het gerechtelijk verleden van een beklaagde heeft evenwel niet uitsluitend betrekking op veroordelingen die eerder in België werden opgelopen. Het vrij verkeer van personen veroorzaakte immers een stijging in grensoverschrijdende criminaliteit, met als gevolg dat Belgische (en andere) rechters steeds vaker worden geconfronteerd met eerdere veroordelingen die in een ander land werden uitgesproken.³ Dit zette de lidstaten van de Europese Unie ertoe aan om geleidelijk aan af te stappen van de traditionele territoriale afbakening van het strafrecht en plaats te maken voor een nationaal strafrecht waarin buitenlandse beslissingen niet alleen uitgevoerd dienen te worden (wederzijdse erkenning), maar waarin aan buitenlandse veroordelingen, uitgesproken in andere lidstaten van de EU, ook een bepaald gewicht gegeven dient te worden tijdens de straftoemeting (gelijkwaardigheidsbeginsel).⁴ Dit gelijkwaardigheids-beginsel kreeg gestalte in het Kaderbesluit 2008/675/JBZ betreffende de wijze waarop bij een nieuwe strafrechtelijke procedure rekening wordt gehouden met veroordelingen in andere lidstaten van de EU.⁵ De Belgische wetgever implementeerde dit Kaderbesluit vervolgens via artikel 99*bis* van het Strafwetboek.

Dit artikel stelt in haar eerste lid inderdaad als principe voorop dat een rechter bij het bepalen van de gepaste straf niet alleen rekening moet houden met een eerdere nationale, maar ook met een eventuele buitenlandse veroordeling die de beklaagde eerder opliep. In de mate dat aan een nationale veroordeling gevolgen verbonden zouden (kunnen) worden, moet een rechter ook gevolgen (kunnen) verbinden aan een buitenlandse veroordeling. Op die manier wordt vermeden dat personen op ongelijke (of ongelijkwaardige) wijze bestraft zouden worden naargelang de vraag in welke EU-lidstaat een eventuele eerdere veroordeling werd uitgesproken. Het tweede lid van artikel 99*bis* van het Strafwetboek komt op dit principe evenwel onmiddellijk terug door de toepassing van artikel 65, tweede lid Strafwetboek uitsluitend voor te behouden voor eerdere nationale veroordelingen. Bij laattijdig vastgestelde voortgezette misdrijven zal een beklaagde met andere woorden veelal zwaarder bestraft worden wanneer ook een andere lidstaat of een ander land betrokken is bij de vervolging van een deel van de samenloop.⁶ Een eerder opgelegde buitenlandse straf zal immers niet in mindering

³ J. ROZIE, "Het toetsingscriterium van het recidiverisico in het straf(proces)recht" in X., *Strafrecht en strafprocesrecht: doel of middel in een veranderende samenleving?*, Wolters Kluwer, Mechelen, 2017, (75) 132-133 en S. BERNEMAN, "(Totale of gedeeltelijke) opslorping in Europees verband: never ending story van een moeizame Europese integratie", noot onder GwH 16 januari 2020, *T.Strafr.* 2020, (415) 415.

⁴ N. AUDENAERT en W. DE BONDT, "Setting the Scene: Why Study Multi-Offenders?" in N. AUDENAERT en W. DE BONDT, *Prosecuting and Punishing Multi-Offenders in the EU*, Gompel&Svacina, Oud-Turnhout, 2021, 9-17.

⁵ N. AUDENAERT, "Unity of intent effect on sentencing: an EU dimension to ne bis in idem and proportionality?", *EuCLR* 2018, 39-61.

⁶ F.C.W. DE GRAAF, "Samenloop van strafbare feiten binnen de Europese Unie. Naar een transnationale samenloopregeling als sluitstuk bij de (gelijktijdige) vervolging van meerdere strafbare feiten in verschillende EU-lidstaten?", *Delikt en Delinkwent* 2013, (658) 659.

kunnen worden gebracht van de maximumstraf voorzien in artikel 65, eerste lid Strafwetboek. Een buitenlandse veroordeling kan een beklaagde dan ook klaarblijkelijk enkel tot nadeel strekken.

3. Hoewel deze uitzondering uitdrukkelijk wordt toegelaten door het Kaderbesluit, werd de conformiteit ervan met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, overigens niet geheel onbegrijpelijk,⁷ reeds eerder in vraag gesteld.⁸ *Grosso modo* vereisen deze beginselen⁹ dat gelijke situaties op een gelijke manier en verschillende situaties op een verschillende manier behandeld worden (vergelijkbaarheidstoets).¹⁰ Uitzonderingen op deze regel zijn enkel toegelaten indien deze redelijk en objectief verantwoord zijn (rechtvaardigingstoets).¹¹ Is het dan een schending van het gelijkheidsbeginsel dat een beklaagde enkel van een straftoematingsvoordeel kan genieten in zuiver nationale situaties en niet in situaties waarin meerdere lidstaten van de EU betrokken zijn? En dat een recidivist wél nadeel kan ondervinden van een buitenlandse veroordeling, terwijl een beklaagde die terechtstaat voor een laattijdig vastgesteld collectief misdrijf niet kan profiteren van een dergelijke buitenlandse veroordeling? In 2020 boog ook het Grondwettelijk Hof zich (in meer of mindere mate) over deze vragen.¹² Tegen een aantal verwachtingen in,¹³ besloot het Hof dat artikel 99bis, tweede lid van het Strafwetboek – minstens onder voorbehoud – geen ongerechtvaardigde ongelijkheid tot stand brengt. Volgens het Hof bestaat er immers een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het ingestelde verschil in behandeling, te weten de mogelijke verschillen tussen de verschillende strafrechtssystemen van de Europese Unie.

De argumenten die voor deze beslissing werden aangereikt, zijn evenwel beperkt in aantal en eerder summier. Het arrest roept daardoor meer vragen op dan dat het beantwoordt, vooral in het licht van de Europese rechtspraak omtrent het gelijkheidsbeginsel.¹⁴ Nochtans wordt doorgaans voorgehouden dat de interpretatie van het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof weinig tot niet verschilt

⁷ Ook het Kaderbesluit zelf kan immers een schending opleveren van het gelijkheidsbeginsel. Zie voor meer informatie N. AUDENAERT, “Unity of intent effect on sentencing: an EU dimension to ne bis in idem and proportionality?”, *EuCLR* 2018, (39) 51-52 en N. AUDENAERT, “Prosecuting and Punishing Offenders for Several Offences in Belgium” in N. AUDENAERT en W. DE BONDT, *Prosecuting and Punishing Multi-Offenders in the EU*, Gompel&Svacina, Oud-Turnhout, 2021, 19-53.

⁸ Zie P. HOET, “Eenheid van opzet en het ‘idem’ van het ne bis in idem-beginsel van artikel 54 van het SUO”, *RABG* 2010, (458) 464, die reeds voor de invoering van artikel 99bis van het Strafwetboek openlijk aankaartte dat de al dan niet toepassing van artikel 65, tweede lid van het Strafwetboek ten aanzien van vreemde, in de Europese Unie uitgesproken strafvonnissen, getoetst dient te worden aan het gelijkheidsbeginsel en de behoefte aan Europese integratie.

⁹ De beginselen worden doorgaans als twee zijden van dezelfde medaille beschouwd, hoewel aan het gelijkheidsbeginsel soms ook een ruimere interpretatie wordt toegekend in die zin dat het gelijkheidsbeginsel, in tegenstelling tot het non-discriminatiebeginsel, ook positieve actie zou vereisen om feitelijke ongelijkheden weg te werken. Zie D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Kluwer, Mechelen, 2005, 2.

¹⁰ Voor deze bijdrage zal enkel de eerste hypothese (gelijke situaties mogen niet op een verschillende wijze behandeld worden) van belang zijn.

¹¹ C. VAN DEN WYNGAERT, “Het gelijkheidsbeginsel in het straf(proces)recht: de schone slaapster in het bos?”, *RW* 1991-92, (1181) 1181.

¹² GwH 16 januari 2020, nr. 6/2020 en GwH 16 januari 2020, nr. 8/2020, *T.Strafr.* 2020, 413-415.

¹³ *Supra* voetnoot 9 en J. DE SMEDT en F. VERBRUGGEN, “Grondwettelijk Hof keurt Europese own-goal van wetgever ten onrechte goed”, noot onder GwH 16 januari 2020, *NjW* 2020, 350-352.

¹⁴ Zowel het Hof van Justitie van de Europese Unie als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hebben verscheidene criteria ontwikkeld die in ruime mate bij elkaar aansluiten. X., “An overview of the case law on the prohibition of discrimination of the ECJ and the ECtHR”, <https://www.humanrights.is/static/files/Itarefni/an-overview-of-the-case-law-on-the-prohibition-of-discrimination-of-the-ecj-and-the-ecthr-emilie.pdf> (laatste raadpleging 10 juni 2021), 1. Voor een meer uitgebreide analyse van deze rechtspraak, zie N. AUDENAERT, “Turning a Blind Eye to the Equality Paradox: The Case-Study of Prior Foreign Convictions in the EU” (in voorbereiding).

van de interpretatie die aan het gelijkheidsbeginsel wordt gegeven door de Europese Hoven.¹⁵ Tussen beide lijnen van rechtspraak bestaan er inderdaad heel wat gelijkenissen. Zo is het duidelijk dat een screening aan het gelijkheidsbeginsel altijd zowel een vergelijkbaarheidstoets als een rechtvaardigheidstoets vereist. Toch springen ook enkele verschillen tussen het nationale en het Europese gelijkheidsbeginsel onmiddellijk in het oog. Het gaat daarbij onder andere om het toepassingsgebied, alsook om de verboden differentiatiecriteria. Daarnaast verschilt ook de specifieke uitwerking van de verschillende toetsen in meer of mindere mate. Het zijn net die beperkte verschillen tussen beide interpretaties die op Europees niveau mogelijk aanleiding kunnen geven tot een conclusie die afwijkt van deze van het Grondwettelijk Hof. Om uit te maken of artikel 99bis van het Strafwetboek dan toch (g)een schending van het gelijkheidsbeginsel tot stand brengt, moet dan ook worden nagegaan in welke mate dit artikel binnen het toepassingsgebied valt van de gelijkheidsbeginselen (I) en de Europese vergelijkbaarheidstoets (II) en rechtvaardigingstoets zou kunnen doorstaan (III). De analyse zal aantonen dat in het land der blinden een oog inderdaad koning lijkt te zijn, doch dat de criteria van de Europese gelijkheidsbeginselen een duidelijke drijfveer zouden moeten vormen voor de Belgische wetgever om hierin verandering te brengen (IV).

II. Het toepassingsgebied van de gelijkheidsbeginselen: wanneer kan welk artikel worden ingeroepen?

4. Het Grondwettelijk Hof beperkte zich in zijn arresten van 16 januari 2020 tot een toetsing van artikel 99bis van het Strafwetboek aan het nationale gelijkheidsbeginsel, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (A).¹⁶ Het gelijkheidsbeginsel werd echter niet alleen verankerd in de Belgische Grondwet, maar eveneens in enkele belangrijke Europese instrumenten, zoals het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (artikelen 20 en 21) en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (artikel 14 en artikel 1 bij het Twaalfde Protocol). Vooral artikel 21 EU Handvest (B) en artikel 14 EVRM (C) zijn in het kader van de Europese rechtspraak van belang.¹⁷

Geen van deze gelijkheidsbeginselen kan evenwel voor elk verschil in behandeling soelaas bieden: zowel het nationale als de Europese gelijkheidsbeginselen hebben een beperkt toepassingsgebied. Deze artikelen roepen immers geen autonome, op zichzelf staande, grondrechten in het leven. Ze kunnen slechts worden ingeroepen in samenhang met andere bepalingen. Om die reden is het van belang na te gaan of de situatie zoals die in het leven wordt geroepen door artikel 99bis van het Strafwetboek daadwerkelijk in vraag gesteld kan worden op basis van de onderscheiden gelijkheidsbeginselen.

A. Het toepassingsgebied van de artikelen 10 en 11 Grondwet

5. Het Grondwettelijk Hof zal pas beoordelen of een verschil in behandeling de gelijkheidstoets kan doorstaan indien deze verschillende behandeling rechtstreeks voortvloeit uit of bevestigd wordt door

¹⁵ Zie o.a. C. VAN DEN WYNGAERT, “Het gelijkheidsbeginsel in het straf(proces)recht: de schone slaapster in het bos?”, RW 1991-92, (1181) 1183; K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, RW 1992-93, (6) 8 en S. SOTTIAUX, “Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, RW 2008-08, (690) 692.

¹⁶ Artikel 10 Gw. luidt als volgt: “Er is in de Staat geen onderscheid van standen. De Belgen zijn gelijk voor de wet; (...)”. Artikel 11 Gw. voegt daaraan toe: “Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden. Te dien einde waarborgen de wet en het decreet inzonderheid de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden.”

¹⁷ Artikel 20 EU Handvest wordt immers beschouwd als de meer algemene omschrijving van artikel 21 EU Handvest, terwijl het Twaalfde Protocol nooit werd geratificeerd door België, ondanks meerdere wetsvoorstellen daartoe. Zie o.a. <https://www.vlaamsbelang.org/wp-content/uploads/2016/08/1112DebatDiscriminatieProtocol.pdf> (laatste raadpleging 22 juni 2021).

een (i) nationale (ii) wettelijke norm.¹⁸ Daarbij kan op de artikelen 10 en 11 Grondwet niet alleen beroep worden gedaan in combinatie met de rechten en vrijheden die in de Grondwet worden opgenomen. Ook het genot van andere rechten en vrijheden wordt immers beschermd door het gelijkheidsbeginsel, bijvoorbeeld wanneer het genot van deze rechten voortvloeit uit algemene rechtsbeginselen, uit het internationaal recht of uit door België geratificeerde mensenrechtenverdragen.¹⁹ Voorts is het in dit verband irrelevant of het betwiste onderscheid ook een schending oplevert van die andere bepalingen.²⁰ Het toepassingsgebied van het nationale gelijkheidsbeginsel is dan ook, vergeleken met diens supranationale equivalenten, vrij ruim.

6. Dat het Grondwettelijk Hof in zijn arresten niet uitdrukkelijk op het toepassingsgebied is ingegaan, hoeft dus niet te verbazen. Aan het belangrijkste criterium, zijnde dat een nationale wettelijke norm ter discussie moet staan, is immers duidelijk voldaan. Voor het overige wordt het toepassingsgebied van het nationale gelijkheidsbeginsel dermate ruim geïnterpreteerd dat dit zelden aanleiding geeft tot discussies.

B. Het toepassingsgebied van artikel 21 EU Handvest

7. Tegenover het ruime toepassingsgebied van het nationale gelijkheidsbeginsel, staat het eerder beperkte toepassingsgebied van artikel 21 EU Handvest, dat bepaalt dat *“iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbepelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, verboden is. Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, is iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden”*.

Hoewel deze bepaling op het eerste zicht niet bijzonder restrictief lijkt, verduidelijkt artikel 51 EU Handvest wel dat de lidstaten slechts gebonden zijn door (onder meer) het Europese gelijkheidsbeginsel *“wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen”*. Indien de betwisting louter betrekking heeft op nationale reglementering, daarentegen, zal enkel een beroep kunnen gedaan worden op het gelijkheidsbeginsel zoals opgenomen in de Belgische Grondwet of zoals opgenomen in andere bindende internationale instrumenten.²¹ Het is niet altijd gemakkelijk om te bepalen of een nationale regel al dan niet een toepassing vormt van het Europese Unierecht valt.²² Over het algemeen wordt evenwel aangenomen dat de reikwijdte van artikel 51 EU Handvest steeds groter wordt.²³

¹⁸ F. MEERSSCHAUT, “Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak 1992-1997”, TPR 1998, (889) 910.

¹⁹ F. MEERSSCHAUT, “Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak 1992-1997”, TPR 1998, (889) 902 en 1066 en UNIA, “Verschillen in behandeling op basis van nationaliteit of verblijfsstatuut. Gerechtvaardigd of niet?”, https://www.unia.be/files/Z_ARCHIEF/verschillen_in_behandeling.pdf (laatste raadpleging 10 juni 2021). Zie ook D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Kluwer, Mechelen, 2005, 275.

²⁰ F. MEERSSCHAUT, “Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak 1992-1997”, TPR 1998, (889) 949.

²¹ A. ROSAS, “When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable At National Level?”, *Jurisprudencia* 2012, (1269) 1269.

²² In het arrest *Almudena Baldonado Martín*, herinnert het Hof van Justitie dat voor artikel 51 EU Handvest moet nagegaan worden (a) of de nationale regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt, (b) dewelke de aard is van deze regeling, (c) of de regeling andere doelstellingen nastreeft dan deze van het Unierecht en (d) of er een specifieke Unierechtelijke regeling bestaat voor deze materie. Zie HvJ 22 januari 2020, C-177/18, ECLI:EU:C:2020:26.

²³ J. OUWERKERK, “EU Competence in the Area of Procedural Criminal Law: Functional vs Self-standing Approximation of Procedural Rights and Their Progressive Effect on the Charter’s Scope of Application”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2019, 89-96. Voor meer informatie over artikel 51 EU Handvest,

Daarnaast dienen uiteraard ook de instellingen van de EU te allen tijde het gelijkheidsbeginsel na te leven bij het uitvaardigen van nieuwe wetgevende documenten.

8. Artikel 21 EU Handvest kan met andere woorden enkel worden ingeroepen (i) indien EU-lidstaten het recht van de Unie (op ongelijke wijze) ten uitvoer brengen of (ii) met betrekking tot het Unierecht zelf.

Met artikel 99*bis*, tweede lid van het Strafwetboek implementeerde de Belgische wetgever inderdaad artikel 3(5) van het Kaderbesluit 2008/675/JBZ, dat lidstaten uitdrukkelijk toelaat om aan buitenlandse veroordelingen niet dezelfde gevolgen te verbinden als aan nationale veroordelingen indien dit tot voordeel van de beklaagde zou strekken. Het Kaderbesluit vereist in een dergelijke situatie wel dat minstens op een andere manier met die buitenlandse veroordeling rekening wordt gehouden.²⁴ Dit laatste komt evenwel niet uitdrukkelijk tot uiting in artikel 99*bis*, tweede lid van het Strafwetboek. Hoewel dit op zich al richtinggevend is, is deze vaststelling desalniettemin onvoldoende om met zekerheid te stellen dat ook het Hof van Justitie zich bevoegd zou achten om artikel 99*bis* aan een gelijkheidstoets te onderwerpen. Het is immers niet duidelijk of de loutere (onvolledige of incorrecte²⁵) implementatie van een Europees instrument dat uitdrukkelijk voorziet in een “opt-out” clause “het recht van de Unie ten uitvoer brengt”.²⁶ Ook een link met het vrij verkeer van personen zal niet gemakkelijk aan te tonen zijn: hoewel het uitoefenen van het recht op vrij verkeer de kansen zal verhogen om binnen het toepassingsgebied van artikel 99*bis* van het Strafwetboek te vallen, werd in het verleden reeds beslist dat het vrij verkeer niet beoogt om personen te beschermen tegen straffen voor misdrijven die op zichzelf weinig te maken hebben met het vrij verkeer van personen zelf.²⁷ Wat het Hof van Justitie betreft, lijkt het dus veiliger om de verenigbaarheid van artikel 3(5) van het Kaderbesluit 2008/675/JBZ (“het Unierecht zelf”) met het gelijkheidsbeginsel rechtstreeks in vraag te stellen, eerder dan artikel 99*bis*, tweede lid van het Belgische Strafwetboek de hoofdrol te laten spelen. Vanuit dit perspectief valt dezelfde problematiek, te weten de onderscheiden behandeling van personen met een nationale en personen met een buitenlandse veroordeling, immers wél met zekerheid binnen het toepassingsgebied van artikel 21 EU Handvest.

C. Het toepassingsgebied van artikel 14 EVRM

zie ook DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, *The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures*, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556930/IPOL_STU%282016%29556930_EN.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021).

²⁴ Tweede alinea van artikel 3(5) van het Kaderbesluit 2008/675/JBZ.

²⁵ Het Hof van Justitie benadrukte reeds meerdere malen dat het niet bevoegd is om zich uit te spreken over de conformiteit van nationale wetgeving met EU-recht. Het zal zich beperken tot een oordeel over hoe het EU-recht, in samenhang met het EU Handvest, geïnterpreteerd dient te worden en zal hoogstens een tipje van de sluier lichten over hoe deze interpretatie zich verhoudt tot de nationale wetgeving. Zie o.a. HvJ 5 oktober 2010, C-400/10, ECLI:EU:C:2010:582, McB; HvJ 16 juli 2015, nr. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480, *Chez Razpredelenie Bulgaria AD v Komisia za zashtita ot diskriminatsia* en HvJ 18 november 2020, nr. C-463/19, ECLI:EU:C:2020:932, *Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle v Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle*.

²⁶ De gehanteerde terminologie verwijst immers naar “het ten uitvoer leggen van Unierecht” en niet naar “het implementeren van Unierecht”. In rechtspraak werd daarentegen in het verleden wél reeds verwezen naar “de implementatie” en niet enkel naar “de tenuitvoerlegging” (zie bijvoorbeeld HvJ 24 november 1993, nr. C-267/91, ECLI:EU:C:1993:905, *Keck*; HvJ 22 november 2005, nr. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, *Mangold* en HvJ 19 januari 2010, nr. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, *Küçükdeveci*). Zie over deze discussie ook A. ROSAS, “When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable At National Level?”, *Jurisprudencia* 2012, (1269) 1277-1279.

²⁷ Zie voor meer informatie, A. ROSAS, “When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable At National Level?”, *Jurisprudencia* 2012, (1269) 1279; zie ook HvJ 29 mei 1997, nr. C-299/95, ECLI:EU:C:1997:254, *Kremzov*.

9. Aansluitend bij wat geldt voor het nationale gelijkheidsbeginsel, zal het toepassingsgebied van artikel 14 EVRM zelden aanleiding geven tot discussies en niet vaak een struikelblok vormen voor gelijkheidszaken.²⁸ Dit artikel bepaalt dat *“het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status”*. Uit deze bepaling volgt dat artikel 14 EVRM steeds in samenhang met een ander artikel zal moeten worden ingeroepen (*“de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld”*). Een schending van een van de andere artikelen is daarbij evenwel geenszins noodzakelijk om tot een schending van het gelijkheidsbeginsel te kunnen besluiten.²⁹ Het is voldoende, doch noodzakelijk, dat de zaak in zekere mate verband houdt met het toepassingsgebied van een van de andere rechten en vrijheden opgenomen in het EVRM. Een verschil in behandeling kan zelfs binnen het toepassingsgebied van artikel 14 EVRM vallen indien een lidstaat er vrijwillig voor heeft gekozen een bepaald recht een ruimere invulling te geven dan vereist volgens het EVRM zelf.³⁰ Deze ruime opvatting heeft evenwel ook een keerzijde. In die situaties waarin het Europees Hof een schending vaststelt van het bijkomende artikel, zal het Europees Hof in de meerderheid van de zaken immers geen uitspraak meer doen over het gelijkheidsbeginsel zelf.³¹ Het accessoire karakter van artikel 14 EVRM heeft daardoor als neveneffect dat interessante zaken alsnog aan het oordeel van het Europees Hof ontsnappen.³²

10. Op het eerste zicht lijkt artikel 99bis van het Strafwetboek niet binnen het toepassingsgebied van artikel 14 EVRM te vallen: geen van de rechten en vrijheden opgesomd in het EVRM vereist immers om bij een laattijdig vastgesteld collectief misdrijf rekening te houden met een eerdere veroordeling in het voordeel van de beklaagde. Echter, de vaststaande rechtspraak dat het niet noodzakelijk is dat een van die rechten en vrijheden ook daadwerkelijk wordt geschonden, opent voor artikel 99bis van het Strafwetboek heel wat deuren.

De Belgische wetgever koos er immers in zuiver nationale situaties voor om voor daders van samenlopende misdrijven de straffen voorzien voor de verschillende gepleegde misdrijven niet simpelweg bij elkaar op te tellen. Deze beslissing kan niet enkel gekaderd worden in het licht van een

²⁸ S. BESSON, “Evolutions on Non-Discrimination Law within the ECHR and ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe”, *Am. J. Comp. L.* 2012, (147) 157.

²⁹ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Kluwer, Mechelen, 2005, 40-41; R. O’CONNELL, “Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR”, *Legal Studies* 2009, (211) 215-217; ECtHR, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021), 6 en B. RAINEY, P. MCCORMICK en C. OVEY, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 633.

³⁰ J. SMALL, “Structure and Substance: Developing a Practical and Effective Prohibition on Discrimination under the European Convention on Human Rights”, *International Journal of Discrimination and the Law* 2003, (45) 53 en D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Kluwer, Mechelen, 2005, 42.

³¹ C. VAN DEN WYNGAERT, “Het gelijkheidsbeginsel in het straf(proces)recht: de schone slaapster in het bos?”, *RW* 1991-92, (1181) 1183; J. SMALL, “Structure and Substance: Developing a Practical and Effective Prohibition on Discrimination under the European Convention on Human Rights”, *International Journal of Discrimination and the Law* 2003, (45) 48; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Kluwer, Mechelen, 2005, 43-44; J. GERARDS, “The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* 2013, (99) 100; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS en COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European non-discrimination law*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021) en B. RAINEY, P. MCCORMICK en C. OVEY, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 637.

³² C. VAN DEN WYNGAERT, “Het gelijkheidsbeginsel in het straf(proces)recht: de schone slaapster in het bos?”, *RW* 1991-92, (1181) 1183.

ruime interpretatie van het recht op eigendom³³ (geen onbeperkte optelsom van geldboetes), het recht op vrijheid³⁴ (geen onbeperkte optelsom van aantal jaren gevangenisstraf) of zelfs het recht op een eerlijk proces³⁵ (straftoemettingsbeslissingen mogen niet hoofdzakelijk steunen op een irrelevant kenmerk)³⁶, maar blijkt bovenal een ruime toepassing te zijn van het proportionaliteitsbeginsel. De Belgische wetgever trachtte immers te voorkomen dat het louter optellen van de verschillende straffen aanleiding zou geven tot absurde straffen of tot een straf die hoger is dan de straf die zou kunnen worden opgelegd voor meer ernstige misdrijven.³⁷ Ook de Raad van Europa erkent het proportionaliteitsbeginsel in artikel 3 EVRM. Hoewel dit artikel uit zichzelf enkel kennelijk disproportionele straffen viseert en wellicht geenszins vereist dat daders van samenlopende misdrijven een “korting” krijgen voor het gepleegd hebben van meerdere misdrijven,³⁸ kan wel beargumenteerd worden dat de uitbreiding van het proportionaliteitsbeginsel tot een bijzondere bestraffing van samenlopende misdrijven op gelijke wijze moet toegepast worden in nationale en transnationale situaties. Hoewel het Europees Hof voor de Rechten van de Mens eerder terughoudend is om zich te mengen in discussies aangaande een passende straf,³⁹ zou ook artikel 3 EVRM dus in samenhang met artikel 14 EVRM kunnen worden ingeroepen om artikel 99bis van het Strafwetboek te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel.⁴⁰ Tot slot kan, in een beperkt aantal situaties, ook het *ne bis in idem*-beginsel (artikel 4 bij het Zevende Protocol bij het EVRM) gekoppeld worden aan samenlopende misdrijven die verbonden zijn door eenheid van opzet. Het is immers perfect mogelijk, doch wellicht eerder uitzonderlijk, dat een tweede procedure zelfs niet had mogen worden ingesteld.⁴¹

III. Een verschillende behandeling voor een vergelijkbare situatie vs. de individualisering van het strafrecht: heeft het Grondwettelijk Hof gelijk of ongelijk?

11. Naast het zorgvuldig aflijnen van het toepassingsgebied, kan een verschillende behandeling ook pas in strijd met het gelijkheidsbeginsel worden bevonden indien de aan de kaak gestelde situaties vergelijkbaar zijn en bijgevolg ook daadwerkelijk een gelijke behandeling vereisen. Deze vergelijkbaarheidstoets bestaat uit twee stappen. Eerst en vooral zal worden bepaald in welke mate er inderdaad een verschil in behandeling bestaat. In een tweede stap zal vervolgens worden uitgemaakt of dit verschil in behandeling werd ingesteld tussen personen die zich in een gelijke of vergelijkbare situatie bevinden.⁴² Deze toets wordt, op enkele minieme verschillen na, op dezelfde wijze uitgevoerd door het Grondwettelijk Hof en de Europese Hoven.

Hoewel beide vragen gemakkelijk te beantwoorden lijken, vormen ze toch een bijzondere uitdaging in strafrechtelijke materies. Het principe van de individualisering van het strafrecht stelt immers als uitgangspunt voorop dat elke beklaagde individueel, op een verschillende wijze, bestraft dient te

³³ Artikel 1 bij het Eerste Protocol bij het EVRM.

³⁴ Artikel 5 EVRM.

³⁵ Artikel 6 EVRM.

³⁶ EHRM 25 maart 2010, nr. 37193/07, Paraskeva Todorova/Bulgarije.

³⁷ N. AUDENAERT, “Prosecuting and Punishing Offenders for Several Offences in Belgium” in N. AUDENAERT en W. DE BONDT, *Prosecuting and Punishing Multi-Offenders in the EU*, Gompel&Svacina, Oud-Turnhout, 2021, 19-53.

³⁸ Zie N. AUDENAERT, “Mind the Proportionality Gap! Scrutinising the theoretical framework for offenders who have committed multiple offences in the EU” (in voorbereiding).

³⁹ Zie o.a. EHRM 24 januari 2017, nr. 60367/08 en 961/11, Khamtokhu en Aksenchik/Rusland.

⁴⁰ Zie N. AUDENAERT, “Turning a Blind Eye to the Equality Paradox: The Case-Study of Prior Foreign Convictions in the EU” (in voorbereiding).

⁴¹ N. AUDENAERT, “Het ne-bis-in-idembeginsel en eenheid van opzet: een goed huwelijk?”, *T.Strafr.* 2018, 262-280.

⁴² X., “An overview of the case law on the prohibition of discrimination of the ECJ and the ECtHR”, <https://www.humanrights.is/static/files/Itarefni/an-overview-of-the-case-law-on-the-prohibition-of-discrimination-of-the-ecj-and-the-ecthr-emilie.pdf> (laatste raadpleging 10 juni 2021), 1.

worden, rekening houdende met alle specifieke elementen van een zaak, waaronder ook persoonskenmerken en de omstandigheden waarin een misdrijf werd gepleegd. Daardoor rijst de vraag of een verschil in bestraffing wel problemen kan opleveren in het licht van het gelijkheidsbeginsel: daders van misdrijven en hun dossiers zijn immers nooit volledig vergelijkbaar. Toch kan verwacht worden dat de Europese Hoven, net zoals het Grondwettelijk Hof, zullen aanvaarden dat artikel 99*bis* van het Strafwetboek of diens Europese tegenhanger een verschil in behandeling instelt (A) tussen vergelijkbare situaties (B).

A. Stelt artikel 99*bis* Strafwetboek een verschil in behandeling in...

12. De eerste stap wordt zowel door het Grondwettelijk Hof als door de Europese Hoven zelden tot nooit uitdrukkelijk besproken. Dat het aantal verschillende behandelingen die ook daadwerkelijk een schending van het gelijkheidsbeginsel met zich brengen eerder schaars zijn,⁴³ is dus eerder een gevolg van hetzij de tweede stap in de vergelijkbaarheidstoets, hetzij de rechtvaardigingstoets. Nochtans kunnen, in het licht van de vooropgestelde individualisering van het strafrecht,⁴⁴ een aantal vragen gesteld worden bij deze stap.

13. Vooreerst is het in strafrechtelijke aangelegenheden, en in het bijzonder in verband met straftoematingsbeslissingen, niet altijd gemakkelijk om uit te maken of twee personen op een verschillende manier werden behandeld. Dit lijkt het geval wanneer twee personen een verschillende straf opgelegd kregen voor dezelfde daden. Rechters beschikken noodzakelijkerwijze evenwel over een ruime appreciatiemarge. De wetgever voorziet enkel in een minimum- en maximumstraf: elke straf die zich tussen beide bevindt, is wettelijk. Straffen zullen dan ook vaker wel dan niet van elkaar verschillen, zelfs indien eenzelfde inbreuk op de strafwetgeving werd gepleegd.

Daarnaast zijn er ook een aantal situaties waarin het verschil in behandeling weliswaar niet letterlijk of uitdrukkelijk voortvloeit uit de strafwetgeving, doch wel impliciet. Het is immers algemeen aanvaard dat ook indirecte vormen van discriminatie het gelijkheidsbeginsel kunnen schenden. Er is sprake van indirecte discriminatie wanneer een bepaalde regel in ogenschijnlijk neutrale bewoordingen werd geformuleerd, maar desalniettemin hoofdzakelijk personen treft met bepaalde beschermde kenmerken.⁴⁵ Het is daarbij voldoende, doch noodzakelijk dat de neutrale regel een aanzienlijk groter aantal treft van de ene dan van de andere groep. Het is met andere woorden niet noodzakelijk dat alle personen met een bepaald kenmerk worden getroffen door de neutrale regel, noch dat de regel enkel personen treft met een bepaald kenmerk.⁴⁶ Hoe dan ook, zal een *de facto* verschil in behandeling dat onrechtstreeks voortvloeit uit de wetgeving dus eveneens aanleiding kunnen geven tot het doorlopen van de tweede stap in de vergelijkingstoets. Er dient evenwel te worden opgemerkt dat in de meerderheid van de gevallen een indirect verschil in behandeling gemakkelijker gerechtvaardigd zal kunnen worden en dus ook minder snel aanleiding zal geven tot een schending van het

⁴³ S. RAATS, *Consistente straftoemeting*, Intersentia, Mortsels, 2016.

⁴⁴ Zie ook A. BOTTOMS, "Exploring an institutionalist and post-desert theoretical approach to multiple-offense sentencing" in J. DE KEIJSER, J. ROBERTS en J. RYBERG, *Sentencing for Multiple Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2017, (31) 47.

⁴⁵ O. DE SCHUTTER, "Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law", *Northern Ireland Legal Quarterly* 2006, (1) 14; R. O'CONNELL, "Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR", *Legal Studies* 2009, (211) 219 en EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS en COUNCIL OF EUROPE, Handbook on European non-discrimination law, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021).

⁴⁶ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS en COUNCIL OF EUROPE, Handbook on European non-discrimination law, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021).

gelijkheidsbeginsel.⁴⁷ Dit geldt des te meer in straftoemettingszaken, waarin, zoals eerder vermeld, opgelegde straffen altijd in meer of mindere mate van elkaar verschillen.

14. Opvallend is dat het Grondwettelijk Hof in zijn arresten van 16 januari 2020 weinig tot geen aandacht besteedde aan deze toets. Zo beperkte het Grondwettelijk Hof zich tot de “bespreking” van slechts één verschil in behandeling, terwijl de prejudiciële vragen expliciet melding maakten van twee soorten verschillen én er bijkomend nog andere verschillen lijken te worden ingesteld door artikel 99bis, tweede lid Strafwetboek. Het antwoord op de vergelijkbaarheidsvragen zou nochtans de uitkomst van de rechtvaardigingstoets in belangrijke mate kunnen beïnvloeden: misschien is een ander soort verschil in behandeling moeilijker te rechtvaardigen dan datgene dat door het Grondwettelijk Hof werd onderzocht?

(i) Het oordeel van het Grondwettelijk Hof

15. De enige vereiste van het Grondwettelijk Hof voor een verschil in behandeling is dat het uit de wetgeving voortvloeit, met andere woorden dat de regels over het bepalen van de strafmaat *in abstracto* verschillen.⁴⁸ Een verschil in behandeling bestaat dan enkel indien een diefstal zonder verzwarende omstandigheden voor X kan worden bestraft met een gevangenisstraf tussen één en vijf jaar en voor Y met een gevangenisstraf tussen vijf en tien jaar, louter omdat X en Y bijvoorbeeld⁴⁹ een verschillende nationaliteit hebben. Als de regels over het bepalen van de strafmaat daarentegen wél gelijk zijn, is het in beginsel irrelevant dat een rechter nadien alsnog beslist een verschillende straf uit te spreken voor X en Y.

16. De prejudiciële vraag die het Hof van Beroep te Brussel formuleerde aan het Grondwettelijk Hof identificeerde twee mogelijke vergelijkingspunten.⁵⁰ Het Grondwettelijk Hof behandelde evenwel slechts een van deze vergelijkingspunten op uitdrukkelijke wijze, te weten het verschil in behandeling dat door artikel 99bis, tweede lid Strafwetboek wordt ingesteld naargelang de afkomst van een eerdere veroordeling.

Normaliter worden misdrijven die de opeenvolgende en voortgezette uitvoering zijn van eenzelfde misdadig opzet uitsluitend met één straf bestraft, die niet hoger mag zijn dan het maximum van de zwaarste straf. Dit geldt ook indien de verschillende misdrijven in verschillende procedures worden berecht, doch enkel indien de eerdere procedures eveneens in België werden gevoerd.⁵¹ Artikel 99bis, tweede lid Strafwetboek bepaalt immers uitdrukkelijk dat bij de toepassing van artikel 65, tweede lid Strafwetboek, in tegenstelling tot wat geldt voor eerdere nationale veroordelingen, geen rekening mag gehouden worden met eerdere buitenlandse veroordelingen. Aan de vereiste dat het verschil in behandeling uit de wet voortvloeit, is *in casu* duidelijk voldaan. In overweging B.5. stelde het Grondwettelijk Hof daarom ook zonder veel bijkomende uitleg vast dat de strafwetgever hiermee een verschil in behandeling heeft ingesteld.

(ii) Het mogelijke oordeel van de Europese Hoven

⁴⁷ R. O'CONNELL, “Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR”, *Legal Studies* 2009, (211) 219.

⁴⁸ Het Grondwettelijk Hof houdt immers enkel rekening met de behandeling zoals die voortvloeit uit de wetgeving. *Supra* randnummer 5.

⁴⁹ *Infra* IV.A.

⁵⁰ De rechtbank van eerste aanleg Limburg, afdeling Tongeren identificeerde daarentegen slechts één vergelijkingspunt.

⁵¹ *Supra* I.

17. Het verschil in behandeling naargelang de afkomst van een eerdere veroordeling is evenwel niet het enige verschil dat door artikel 99*bis* Strafwetboek in het leven werd geroepen. Getuige daarvan is de prejudiciële vraag van het Hof van Beroep te Brussel, dat uitdrukkelijk verwees naar nog een ander verschil in behandeling. Bijkomend hadden zelfs nog twee extra vergelijkingspunten kunnen worden ingeroepen. Daarenboven is het voor de Europese Hoven in beginsel irrelevant of de verschillende bestraffing voortvloeit uit de wetgeving zelf, dan wel uit de motivering van de strafrechter.⁵² Voor hen kan met andere woorden ook een verschillende straf *in concreto* een verschil in behandeling uitmaken. Dit zal dan evenwel moeten blijken uit de motivering van de strafrechter. Een verschillende bestraffing zal dan, gelet op het principe van individualisering, enkel op problemen stuiten indien die motivering niet rechtstreeks gelinkt is aan een strafrechtelijk relevante factor. In elk geval zal een verschil in behandeling op vlak van bestraffing wel gemakkelijker aanvaard worden door de Europese Hoven dan door het Grondwettelijk Hof.

18. Voor het door het Grondwettelijk Hof aanvaarde verschil in behandeling, kan verwacht worden dat ook het Hof van Justitie (wat betreft de toelating hiertoe door het Kaderbesluit 2008/675/JBZ) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zonder problemen zullen aanvaarden dat er *in casu* inderdaad sprake is van een verschil in behandeling. Het is evenwel van fundamenteel belang te bepalen of ook de andere drie te identificeren verschillen door de Europese Hoven zouden worden aanvaard. In geval van meerdere verschillen zal elk van die verschillen immers ook aan de tweede stap in de vergelijkbaarheidstoets en mogelijk aan de rechtvaardigingstoets worden onderworpen.

Een tweede verschil in behandeling heeft betrekking op het verschil dat artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek instelde tussen personen die een nadeel en personen die een voordeel zouden ondervinden van het bestaan van een eerdere buitenlandse veroordeling. Het eerste lid van artikel 99*bis* bepaalt immers uitdrukkelijk dat in andere situaties dan samenloop, zoals bijvoorbeeld voor de toepassing van de regels inzake herhaling of opschorting van de uitspraak, wél rekening moet worden gehouden met veroordelingen die werden uitgesproken door andere lidstaten van de Europese Unie. Hoewel dit verschil in behandeling uitdrukkelijk werd aangehaald door het Hof van Beroep te Brussel in zijn prejudiciële vraag,⁵³ ging het Grondwettelijk Hof hier – vreemd genoeg en onterecht⁵⁴ – niet dieper op in. Het valt evenwel te verwachten dat de Europese Hoven ook dit verschil in behandeling als potentieel problematisch zouden aanmerken.

Een eventuele derde verschil in behandeling, dat noch in de prejudiciële vragen noch in de arresten van het Grondwettelijk Hof aan bod kwam, betreft het verschil tussen personen wiens misdrijven op hetzelfde ogenblik worden berecht en personen wiens misdrijven in meerdere procedures worden berecht. Het valt evenwel te betwijfelen of dit verschil in behandeling aanvaard zou worden door de Europese Hoven. Niet alle personen die het voorwerp uitmaken van meerdere procedures vallen immers binnen het toepassingsgebied van artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek: in de meerderheid van de gevallen zullen meerdere procedures veelal in dezelfde lidstaat gevoerd worden.⁵⁵ Anderzijds heeft een dergelijke vaststelling het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het verleden niet

⁵² Zie o.a. EHRM 14 juni 2016, nr. 35214/09, Aldeguer Tomas/Spanje en EHRM 10 januari 2019, nr. 12879/09, Ecis/Letland. Zie ook ECtHR, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021), 15.

⁵³ Zie ook P. HOET, “Strafrechtelijke veroordelingen uit andere EU-lidstaten worden niet volledig uitgesloten van de toepassing van artikel 65, tweede lid Strafwetboek”, *Actua Leges* 2020/6.

⁵⁴ Mogelijk is dit te wijten aan het gegeven dat dit verschil in behandeling niet werd aangehaald door de rechtbank van eerste aanleg Limburg, afdeling Tongeren.

⁵⁵ N. AUDENAERT, “Roeien zonder riemen. Een empirische evaluatie van de samenloopregels in nationale en transnationale situaties” (in voorbereiding).

belet om een bepaalde maatregel ook aan de overige criteria te toetsen.⁵⁶ Het kan dus niet volledig uitgesloten worden dat dit derde verschil in behandeling eveneens aan een verder onderzoek zou worden onderworpen.

Een laatste verschil in behandeling dat evenmin aan bod kwam in de arresten van het Grondwettelijk Hof betreft het verschil tussen personen wiens tweede procedure in België wordt gevoerd en personen wiens tweede procedure in andere landen wordt gevoerd die géén onderscheid maken tussen nationale en buitenlandse veroordelingen, zoals bijvoorbeeld Finland.⁵⁷ Dit verschil in behandeling zou evenwel met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid sneuvelen in de tweede stap van de vergelijkbaarheidstoets.

B. ... tussen personen in (voldoende) vergelijkbare situaties?

19. Een verschil in behandeling is immers slechts verboden indien de zaak in kwestie ook daadwerkelijk een gelijke behandeling vergt. Daartoe zal de rechter moeten beoordelen of er sprake is van (i) personen die (ii) zich in gelijke situaties bevinden. Het is daarbij geenszins noodzakelijk dat de gelijke situaties identiek zouden zijn.⁵⁸ Het is voldoende dat het gekozen referentiepunt zich bevindt in een gelijkaardige, relevant gelijkaardige of analoge situatie. De keuze voor een geschikt referentiepunt is van primordiaal belang, aangezien het de rechter toelaat om na te gaan of het verschil in behandeling te wijten is aan een bepaald verboden differentiatie criterium,⁵⁹ dan wel aan verschillen tussen de (groepen van) personen.⁶⁰ Ook deze tweede stap wordt evenwel niet altijd uitdrukkelijk besproken.⁶¹ Dit is betreurenswaardig, aangezien de vraag in welke mate twee personen of twee groepen van personen vergelijkbaar zijn (opnieuw) niet altijd even gemakkelijk te beantwoorden is.⁶²

⁵⁶ Zie EHRM 24 mei 2016, nr. 385910/10, Biao/Denemarken, waarin slechts een beperkt aantal personen met een vreemde afkomst nadeel ondervonden van een wettelijke regel.

⁵⁷ N. AUDENAERT en W. DE BONDT, *Prosecuting and Punishing Multi-Offenders in the EU*, Gompel&Svacina, Oud-Turnhout, 2021.

⁵⁸ K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, RW 1992-93, (6) 8; F. MEERSCHAUT, “Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak 1992-1997”, TPR 1998, (889) 917; X., “An overview of the case law on the prohibition of discrimination of the ECJ and the ECtHR”, <https://www.humanrights.is/static/files/Itarefni/an-overview-of-the-case-law-on-the-prohibition-of-discrimination-of-the-ecj-and-the-ecthr-emilie.pdf> (laatste raadpleging 10 juni 2021), 9 en ECtHR, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021), 15.

⁵⁹ *Infra* IV.A.

⁶⁰ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS en COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European non-discrimination law*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021) en B. RAINEY, P. MCCORMICK en C. OVEY, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 644.

⁶¹ C. VAN DEN WYNGAERT, “Het gelijkheidsbeginsel in het straf(proces)recht: de schone slaapster in het bos?”, RW 1991-92, (1181) 1183; L. SUETENS, “De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht”, RW 1993-94, 1314; S. BESSON, “Evolutions on Non-Discrimination Law within the ECHR and ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe”, *Am. J. Comp. L.* 2012, (147) 157 en S. FREDMAN, “Emerging From the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* 2016, (273) 297.

⁶² Zie ook R. O'CONNELL, “Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR”, *Legal Studies* 2009, (211) 217.

Op straftoemingsniveau lijkt een gelijke situatie alvast te bestaan wanneer twee (groepen van) personen *dezelfde inbreuk*⁶³ op *dezelfde strafwetgeving*⁶⁴ hebben begaan. Beide criteria zijn uitermate belangrijk. Wat betreft het criterium van “dezelfde inbreuk”, rijst de vraag in welke mate ook daderkenmerken mee zouden kunnen of moeten spelen in de beoordeling. In dit verband zullen vooral de aan de orde zijnde belangen determineren of er sprake is van een vergelijkbare situatie.⁶⁵ Over het algemeen zal daarbij de daad zelf prevaleren boven de unieke eigenschappen van de dader.⁶⁶ Wat betreft het tweede criterium is, niettegenstaande de vooropgestelde Europese samenwerking in strafzaken, nog steeds vereist dat de onderscheiden (groepen van) personen een inbreuk hebben begaan tegen *dezelfde nationale of regionale* (straf)wetgeving. Dat er tussen de Finse en de Belgische strafwetgeving bijvoorbeeld verschillen bestaan voor dezelfde daden schendt met andere woorden het gelijkheidsbeginsel niet.⁶⁷ Hoewel nóg belangrijker in de context van de rechtvaardigingstoets, kan in dit verband het al dan niet bestaan van gemeenschappelijke normen, waarden en tradities tussen de lidstaten wel een rol spelen.

20. Deze stap werd door het Grondwettelijk Hof in zijn arresten van 16 januari 2020 overgeslagen en niet behandeld. Er kan dus worden aangenomen dat het Grondwettelijk Hof van oordeel is dat aan dit criterium op een onbetwistbare wijze is voldaan. Hoewel ook de Europese hoven regelmatig deze stap in de gelijkheidstoets overslaan, zou het echter niet de eerste keer zijn dat een zaak over dit criterium struikelt. Om die reden verdient dit criterium dan ook meer aandacht dan de aandacht die het heeft gekregen van het Grondwettelijk Hof.

21. Over het lot van het eerste verschil in behandeling lijkt in elk geval weinig twijfel mogelijk. Immers, wie exact dezelfde misdrijven heeft gepleegd op exact dezelfde plaats⁶⁸ in exact dezelfde omstandigheden en voor een deel van die misdrijven reeds werd berecht, kan in een tweede Belgische procedure voor het resterende deel van de misdrijven alsnog op een volledig verschillende wijze worden bestraft naargelang de vraag of de eerste procedure in België dan wel in het buitenland werd gevoerd. Het betreft hier onmiskenbaar een potentieel verschillende behandeling van personen met een (fictief) identiek strafdossier of zelfs een verschillende behandeling van een en dezelfde persoon naargelang de vraag waar de eerdere veroordeling werd uitgesproken. Omwille van de ruime extraterritoriale bevoegdheid van de Belgische rechtbanken, zeker in het licht van samenlopende misdrijven en de leer van de ondeelbaarheid, zal het immers vaak voorkomen dat de feiten die het voorwerp uitmaakten van een buitenlandse procedure eigenlijk ook in België vervolgd hadden kunnen worden. Met andere woorden, eenzelfde persoon kan verschillend behandeld worden door dezelfde

⁶³ S. RAATS, *Consistente straftoemeting*, Intersentia, Mortsel, 2016, 35. Zie ook EHRM 29 juni 2006, nr. 8316/02, Viola/Italië en EHRM 24 januari 2017, nr. 60367/08 en 961/11, Khamtokhu en Aksenchik/Rusland.

⁶⁴ Zie bv. EHRM 18 december 1986, nr. 9697/85, Johnston/Ierland; HvJ 17 oktober 2013, C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661, Herbert Schaible en HvJ 11 juni 2020, C-634/18, ECLI:EU:C:2020:455, Prokuratura Rejonowa w Slupsku.

⁶⁵ EHRM 12 januari 2006, nr. 26111/02, Mizzi/Malta; EHRM 7 juli 2011, nr. 37452/02, Stummer/Oostenrijk; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS en COUNCIL OF EUROPE, Handbook on European non-discrimination law, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021).

⁶⁶ Verschillen tussen individuen sluiten immers het bestaan van een vergelijkbare situatie niet uit (EHRM 12 januari 2006, nr. 26111/02, Mizzi/Malta). Zie in die zin ook EHRM 27 maart 2018, nr. 14431/06, Aleksandr Aleksandrov/Rusland en EHRM 10 januari 2019, nr. 12879/09, Ecis/Letland. Daderkenmerken kunnen op hun beurt wel ingezet worden ter rechtvaardiging van een gemaakt onderscheid in bestraffing. Zie ook S. RAATS, *Consistente straftoemeting*, Intersentia, Mortsel, 2016, 36.

⁶⁷ Wat betreft het Grondwettelijk Hof, vloeit deze voorwaarde rechtstreeks voort uit de vaststelling dat het Grondwettelijk Hof enkel bevoegd is om nationale regelgeving aan de nationale gelijkheidstoets te onderwerpen (*supra* randnummer 5). Dit is evenwel ook de vuistregel in Europese rechtspraak (zie o.a. EHRM 12 mei 2015, nr. 26289/12, Magee/Verenigd Koninkrijk).

⁶⁸ Gelet op de – vaak ruim geïnterpreteerde – extraterritoriale bevoegdheden van de lidstaten van de Europese Unie is het immers niet altijd zo dat misdrijven gepleegd op dezelfde plaats vervolgd worden door dezelfde lidstaat.

wetgever en zelfs dezelfde rechter afhankelijk van arbitraire factoren die hij/zij zelf niet in de hand heeft. Voorts kan in dit verband ook verwezen worden naar de evolutie die bij andere lidstaten van de Europese Unie en Raad van Europa merkbaar wordt, waarbij steeds meer landen ervoor kiezen buitenlandse veroordelingen zonder uitzondering in meer of mindere mate gelijk te schakelen aan nationale veroordelingen.⁶⁹

Of het tweede verschil al dan niet zou sneuvelen op grond van dit criterium is daarentegen minder duidelijk. Dit verschil heeft immers geen betrekking op personen die identieke of gelijkaardige misdrijven hebben gepleegd, althans niet in identieke omstandigheden: de ene groep was reeds definitief veroordeeld voor andere misdrijven vooraleer tot het plegen van nieuwe misdrijven over te gaan. Dat personen die zich in een staat van herhaling bevinden anders bestraft of behandeld worden dan personen die zich in een situatie van een laattijdig vastgestelde samenloop bevinden, is dan ook over het algemeen aanvaard. Maar kan ook aanvaard worden dat dat verschillend resultaat wordt bekomen door voor de ene persoon wél en voor de andere persoon geen rekening te houden met een eerdere buitenlandse veroordeling? Dit verschil in behandeling flirt alvast met de grenzen van vergelijkbaarheid. Zowel *pro* als *contra* kunnen een aantal argumenten worden geformuleerd. Als er wordt aangenomen dat de gepleegde misdrijven en de omstandigheden daarvan, waaronder het strafblad van de beklaagde, centraal staan, kan onmogelijk gesteld worden dat dit verschil in behandeling betrekking heeft op vergelijkbare situaties. Anderzijds werd eerder reeds opgemerkt dat de vergelijkbaarheidstoets hoofdzakelijk gebaseerd is op daadkenmerken en niet op daderkenmerken (waaronder het gerechtelijk verleden van een beklaagde).⁷⁰ Dat recidivisten strenger mogen worden bestraft dan zogenaamde “*first offenders*” is dan eerder een gevolg van de rechtvaardigingstoets dan van de vergelijkbaarheidstoets. Bovendien kan ook hier de evolutie merkbaar in andere landen een belangrijke rol spelen om dit verschil in behandeling als potentieel problematisch te beschouwen. Deze tweestrijd kan verklaren waarom het Grondwettelijk Hof niet dieper is ingegaan op dit verschil in behandeling, ondanks het gegeven dat dit wel werd aangekaart in een van beide prejudiciële vragen. Ofwel vond het Grondwettelijk Hof de vraag te moeilijk om te beantwoorden, alsook onvoldoende relevant gelet op het eerste verschil in behandeling, ofwel vond het Grondwettelijk Hof het onnodig om dit tweede verschil in behandeling uit te spitten omdat de getroffen personen zich duidelijk niet in een vergelijkbare situatie bevinden. Los van het oordeel van de Europese Hoven over de vergelijkbaarheid van de getroffen personen, zal dit verschil in behandeling minstens wel een belangrijke rol (moeten) spelen in de rechtvaardigingstoets.⁷¹

Een nog grotere mate van onzekerheid bestaat met betrekking tot het derde verschil in behandeling. Wetende dat het verschil in behandeling dat bestaat tussen een of meerdere procedures al eerder miniem is, lijkt de kans klein dat de Europese Hoven zouden oordelen dat personen zich in vergelijkbare situaties bevinden, ongeacht het aantal keer dat ze voor de rechtbank verschijnen voor een deel van de gepleegde misdrijven. Het is immers onvermijdelijk dat andere regels gelden voor wiens misdrijven samen of gesplitst worden berecht. De kans is dan ook reëel dat de Europese Hoven, naar analogie met eerdere arresten,⁷² zouden beslissen dat het geen verschil betreft tussen bepaalde categorieën van personen, maar een verschil tussen één of meerdere procedures. Desondanks zou het opnieuw voorbarig zijn om zonder meer uit te sluiten dat het derde verschil in behandeling de vergelijkbaarheidstoets niet zou doorstaan: tenslotte slaagt de Belgische wetgever er wél in om het verschil tussen één of meerdere procedures recht te trekken in zuiver nationale situaties. Bovendien

⁶⁹ Zie N. AUDENAERT en W. DE BONDT, *Prosecuting and Punishing Multi-Offenders in the EU*, Gompel&Svacina, Oud-Turnhout, 2021.

⁷⁰ *Supra* randnummer 19.

⁷¹ *Infra* IV.

⁷² Zie o.a. EHRM 8 juli 1999, nr. 24919/94, Gerger/Turkije; EHRM 24 juni 2003, nr. 45672/99, Dertli en andere/Turkije en EHRM 17 januari 2006, nr. 52656/99, Akbaba/Turkije, waarin telkens werd beslist dat een onderscheid naargelang de ernst van een misdrijf geen onderscheid tussen personen betreft.

rijst de vraag of het belangrijk is dat de misdrijven theoretisch in één procedure hadden kunnen worden berecht, indien de eerste procedure onmiddellijk betrekking zou gehad hebben op alle gepleegde samenlopende misdrijven. Zelfs indien de misdrijven niet samen voor de rechter gebracht hadden kunnen worden omdat een aantal daarvan laattijdig werden ontdekt, zouden problemen kunnen ontstaan: beklaagden zouden zich immers genoodzaakt kunnen voelen om onmiddellijk in het kader van een eerste procedure over te gaan tot de bekentenis van andere misdrijven, wat dan weer op gespannen voet zou komen te staan met het verbod op zelfincriminatie.⁷³ Deze kwestie kwam voornamelijk niet aan bod in de Europese rechtspraak, maar zou – mogelijk tegen een aantal verwachtingen in – een belangrijke rol kunnen spelen in de beoordeling van de vergelijkbaarheidstoets.

Wel staat het vast dat het vierde verschil in behandeling de vergelijkbaarheidstoets niet zou doorstaan. Het is immers vaststaande rechtspraak dat het verschil in behandeling moet voortvloeien uit dezelfde nationale of regionale wetgeving en niet het gevolg mag zijn van het bestaan van meerdere strafrechtssystemen binnen de EU.⁷⁴ Indien niet, kan niet anders dan besloten worden dat het verschil in behandeling geen personen in vergelijkbare situaties treft en bijgevolg toegelaten is.

IV. Het behoud van het territorialiteitsbeginsel ter rechtvaardiging van een gebrek aan wederzijds vertrouwen: heeft het Grondwettelijk Hof gelijk of ongelijk?

22. Niet voor elk verschil in behandeling tussen personen in gelijke situaties wordt een schending van het gelijkheidsbeginsel vastgesteld. Fundamentele rechten en vrijheden dienen immers steeds te worden afgewogen tegen andere, maatschappelijke, belangen.⁷⁵ Om deze reden kan dan ook worden aangetoond dat het *in casu* gerechtvaardigd is om een onderscheid te maken tussen de klager en het vergelijkbare referentiepunt. Hiertoe bestaan er twee mogelijkheden. Opvallend is dat deze mogelijkheden door het ene Hof al wat breder of strikter geïnterpreteerd worden dan door het andere Hof.

In eerste instantie zou aangetoond kunnen worden dat het verschil in behandeling gestoeld is op een toegelaten differentiatie criterium, *ergo* niet verboden is. In tweede instantie kan er ook voor geopteerd worden om te bewijzen dat het verboden verschil in behandeling objectief en redelijk gerechtvaardigd is. Om dit te kunnen vaststellen, dienen twee stappen te worden doorlopen. Ten eerste zal het bevoegde Hof nagaan of het verschil in behandeling een wettig doel nastreeft en geschikt is om dat doel te bereiken (pertinentie criterium). Nadien zal ook worden getoetst in welke mate het ingevoerde verschil in behandeling redelijk proportioneel is ten aanzien van dat doel (proportionaliteitstoets). Beide voorwaarden moeten vervuld zijn om te kunnen besluiten dat een verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is.⁷⁶

⁷³ N. AUDENAERT, “Exploring the Scene: A Comparative Analysis of the Prosecution and Punishing Rules for Multi-Offenders in a Selection of EU Member States” in N. AUDENAERT en W. DE BONDT, *Prosecuting and Punishing Multi-Offenders in the EU*, Gompel&Svacina, Oud-Turnhout, 2021, (348) 374-375.

⁷⁴ *Supra* voetnoot 63.

⁷⁵ ECtHR, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021), 17.

⁷⁶ F. MEERSSCHAUT, “Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak 1992-1997”, *TPR* 1998, (889) 916; R. O’CONNELL, “Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR”, *Legal Studies* 2009, (211) 224 en ECtHR, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*,

A. Steunt het verschil in behandeling op een toegelaten differentiatie criterium?

23. Of een differentiatie criterium al dan niet toegelaten is, wordt op een volledig verschillende wijze beoordeeld door het Grondwettelijk Hof enerzijds en de Europese Hoven anderzijds. Waar het Grondwettelijk Hof niet snel zal oordelen dat een verschil in behandeling gestoeld is op een “toegelaten” differentiatie criterium, gaat die vlieger voor de Europese Hoven minder op.

(i) Het oordeel van het Grondwettelijk Hof

24. Voor de toepassing van het nationale gelijkheidsbeginsel is het criterium op basis waarvan een onderscheid werd gemaakt tussen vergelijkbare (groepen van) personen in principe niet bepalend.⁷⁷ Er zijn geen criteria die *a priori* verboden of toegelaten zijn. Het Grondwettelijk Hof beperkt zich in dit kader hoogstens tot een loutere objectiviteitstoets. Is een differentiatie criterium subjectief, zal het Grondwettelijk Hof wel standaard een schending van het gelijkheidsbeginsel vaststellen, zonder na te gaan of het verschil in behandeling objectief en redelijk gerechtvaardigd is. Een differentiatie criterium is subjectief wanneer het afhangt van subjectieve appreciatie en niet berust op feitelijke en vanzelfsprekende vaststellingen. De meerderheid van de criteria wordt evenwel als objectief bestempeld.⁷⁸ Het zal dan ook wederom niet verbazen dat het Grondwettelijk Hof in zijn arresten van 16 januari 2020 zonder bijkomende uitleg stelde dat het (eerste) verschil in behandeling gebaseerd is op een objectief criterium en dus objectief en redelijk gerechtvaardigd kan worden.

(ii) Het mogelijke oordeel van de Europese Hoven

25. In tegenstelling tot wat geldt voor het nationale gelijkheidsbeginsel, kan een schending van de artikelen 21 EU Handvest en 14 EVRM wél enkel worden vastgesteld indien het gemaakt is op grond van een verboden differentiatie criterium. Beide artikelen noemen slechts een aantal criteria op basis waarvan geen onderscheid mag gemaakt worden. Het gaat om onder andere geslacht, nationaliteit, godsdienst, politieke overtuiging, leeftijd, ras, kleur en afkomst. Nochtans is het toepassingsgebied van beide Europese gelijkheidsbeginselen ruimer dan ze zelf laten uitschijnen. Geen van beide artikelen introduceert immers een limitatieve opsomming.⁷⁹

Dat het toepassingsgebied van artikel 14 EVRM ruimer is dan enkel de expliciet vermelde criteria, blijkt duidelijk uit de vermelding dat discriminatie (i) “*op welke grond ook*”, (ii) “*zoals*” (...) (iii) “*een andere status*” eveneens verboden is. Wat onder die uitdrukking begrepen dient te worden, is echter voer voor discussie.⁸⁰ Oorspronkelijk leek elk differentiatie criterium potentieel binnen het toepassingsgebied van artikel 14 EVRM te vallen (“*op welke grond ook*”), waardoor dit criterium, in lijn met wat geldt voor het nationale gelijkheidsbeginsel, zonder betekenis was om een verschil in behandeling te verantwoorden.⁸¹ Geleidelijk aan werd aan het begrip “*andere status*” evenwel een

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021), 15.

⁷⁷ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Kluwer, Mechelen, 2005, 266-267.

⁷⁸ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Kluwer, Mechelen, 2005, 258-259.

⁷⁹ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS en COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European non-discrimination law*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021)

⁸⁰ Zie ook B. RAINEY, P. MCCORMICK en C. OVEY, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 635.

⁸¹ R. O'CONNELL, “Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR”, *Legal Studies* 2009, (211) 222; S. FREDMAN, “Emerging From the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* 2016, (273) 277 en ECtHR, *Guide on Article*

meer strikte interpretatie toegekend. Daardoor is een differentiatie criterium slechts met zekerheid verboden indien het betrekking heeft op hetzij (i) onveranderlijke, inherente eigenschappen van een persoon of groep van personen⁸² hetzij (ii) eigenschappen waarvoor een persoon zelf kiest, doch die zo essentieel verbonden zijn aan diens persoonlijkheid dat redelijkerwijze niet verlangd kan worden dat hij een andere keuze maakt.⁸³ Deze criteria zijn eerder vaag en worden niet in elke zaak op eenzelfde wijze ingevuld. Het is daardoor bijzonder moeilijk te voorspellen of een bepaald criterium al dan niet verboden is. Daarnaast blijkt het ook bijzonder moeilijk te voorspellen of een verschil in behandeling dat gebaseerd is op een toegelaten differentiatie criterium toch nog door de mazen van het rechtvaardigingsnet kan glippen. Het Hof blijkt immers nog regelmatig voorbij te gaan aan de vraag welk differentiatie criterium aan de basis ligt van het verschil in behandeling door hetzij terug te grijpen naar diens vroegere (ruimere) interpretatie met betrekking tot de differentiatie criteria⁸⁴ hetzij onmiddellijk na te gaan of het verschil in behandeling objectief en redelijk gerechtvaardigd is.⁸⁵

Ook de opsomming in artikel 21 EU Handvest betreft geen limitatieve opsomming. Of er bepaalde differentiatie criteria wél toegelaten zijn, is evenwel minder duidelijk. Een beperking tot bijvoorbeeld persoonlijke eigenschappen kwam nog niet uitdrukkelijk aan bod in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Over het algemeen lijkt het Hof van Justitie zich vooralsnog eerder strikt op te stellen bij de beoordeling van het differentiatie criterium. De situaties waarin een differentiatie criterium verboden is dat niet uitdrukkelijk werd voorzien in artikel 21 EU Handvest of een van de voorheen aangenomen discriminatierichtlijnen⁸⁶ zijn dan ook eerder gering.⁸⁷

26. Voor de Europese Hoven zal de vraag in welke mate de nadelige behandelingen gebaseerd zijn op een toegelaten of verboden differentiatie criterium met andere woorden een meer prominente rol

14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021), 31.

⁸² Deze hoeven niet noodzakelijk aangeboren te zijn (EHRM 16 maart 2010, nr. 42184/05, Carson/Verenigd Koninkrijk; EHRM 13 juli 2010, nr. 7205/07, Clift/Verenigd Koninkrijk; EHRM 10 maart 2011, nr. 2700/10, Kiyutin/Rusland). Zie ook R. O'CONNELL, "Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR", *Legal Studies* 2009, (211) 222; J. GERARDS, "The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 2013, (99) 99, 104 en 108 en ECtHR, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021), 21 en 31.

⁸³ S. FREDMAN, "Emerging From the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 2016, (273) 283. Beide criteria worden dan wel vrij ruim ingevuld. Zie o.a. EHRM 16 maart 2010, nr. 42184/05, Carson/Verenigd Koninkrijk; EHRM 27 april 2010, nr. 34726/04, Springett/Verenigd Koninkrijk en EHRM 4 mei 2010, nr. 21990/08, Peterka/Tsjechië. Zie ook O. DE SCHUTTER, "Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law", *Northern Ireland Legal Quarterly* 2006, (1) 18; S. SOTTIAUX, "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-08, (690) 695; R. O'CONNELL, "Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR", *Legal Studies* 2009, (211) 222 en O. ARNARDÓTTIR, "The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 2014, (647) 655 en 660.

⁸⁴ J. GERARDS, "The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 2013, (99) 99.

⁸⁵ N. AUDENAERT, "Turning a Blind Eye to the Equality Paradox: The Case-Study of Prior Foreign Convictions in the EU" (in voorbereiding).

⁸⁶ Zoals bijvoorbeeld de Richtlijnen met betrekking tot gendergelijkheid en rassengelijkheid.

⁸⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ 17 februari 2019, C-49/18, ECLI:EU:C:2019:106, Carlos Escribano Vindel. Zie ook EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS en COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European non-discrimination law*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021).

krijgen in het gelijkheidsdebat. Het is dan ook belangrijk om na te gaan in welke mate deze bijkomende Europese rechtvaardigingsmogelijkheid een stok in het wiel zou kunnen steken voor de hierboven geïdentificeerde verschillen in behandeling. Daarbij dient eraan herinnerd te worden dat een verschil in behandeling ook op indirecte wijze kan worden ingesteld.

(a) Het eerste verschil in behandeling: nationale veroordeling vs. buitenlandse veroordeling

27. Het eerste verschil in behandeling steunt rechtstreeks op het onderscheid dat de Belgische wetgever maakt tussen iemand met een eerdere nationale en iemand met een eerdere buitenlandse veroordeling. Of dit differentiatie criterium verboden is op grond van artikel 21 EU Handvest of artikel 14 EVRM is onduidelijk: hoewel de lijst opgenomen in beide artikelen niet limitatief is, kwam dit criterium vooralsnog niet aan bod in de Europese rechtspraak.⁸⁸ Er kan dan ook niet met zekerheid gesteld worden of dit een toegelaten of verboden criterium van onderscheid betreft. Indirect lijkt het verschil in behandeling daarentegen potentieel te steunen op enkele gevoeligere of meer verdachte differentiatiecriteria.

28. Er kan verwacht worden dat het Hof van Justitie zich vrij terughoudend zou opstellen om de locatie waar een judiciële beslissing werd gevelde in aanmerking te nemen als een verboden differentiatie criterium. Immers, dit criterium komt noch in artikel 21 EU Handvest noch in een van de discriminatierichtlijnen uitdrukkelijk voor. Anderzijds zijn er, zoals eerder vermeld, wel enkele voorbeelden van arresten waarin het Hof volledig voorbijging aan het belang van het differentiatie criterium.

In het licht van artikel 14 EVRM rijst voornamelijk de vraag of het differentiatie criterium door de benadeelde persoon gewijzigd kan worden. Kan een beklaagde invloed uitoefenen op het land dat de vervolging instelt? Dit valt te betwijfelen. De meeste landen kennen zichzelf immers een ruime extraterritoriale bevoegdheid toe, waardoor het plegen van misdrijven in België mogelijk niet alleen gedeeltelijk door België, maar ook potentieel gedeeltelijk door bijvoorbeeld Nederland en Frankrijk vervolgd zou kunnen worden.⁸⁹ Het door artikel 99bis, tweede lid Strafwetboek ingevoerde onderscheid steunt met andere woorden op een criterium dat de beklaagde niet uitsluitend zelf in handen heeft. Zelfs indien de beklaagde onmiddellijk aan het eerste vervolgende land alle gepleegde misdrijven zou bekennen, blijft de uiteindelijke beslissing tot al dan niet vervolging in handen van de bevoegde landen liggen. Om die reden lijkt het niet onaannemelijk dat het ingevoerde onderscheid als een verboden criterium zou worden beschouwd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Anderzijds betreft het hier geen persoonlijke eigenschap én werd in het verleden reeds bepaald dat een onderscheid naargelang de locatie waar iemand wordt vervolgd, wél is toegelaten⁹⁰. Is een onderscheid op basis van de locatie waar iemand werd veroordeeld dan niet ook automatisch toegelaten? Beide criteria zijn immers onlosmakelijk met elkaar verbonden. Het belangrijkste verschil tussen beide is evenwel dat de plaats waar iemand wordt gearresteerd en vervolgd een invloed heeft op de toepasselijke wetgeving (die, zoals eerder vermeld, dezelfde moet zijn om het gelijkheidsbeginsel te activeren), terwijl dit niet zo is voor een onderscheid binnen dezelfde regionale wetgeving naargelang de plaats waar iemand werd veroordeeld.⁹¹

⁸⁸ Een verschil in behandeling als een gevolg van een verschillende bevoegde rechtbank, werd wél reeds uitdrukkelijk verworpen als verboden criterium, doch is hier niet aan de orde in die zaken waarin de eerste veroordeling ook door een Belgische rechtbank had kunnen worden uitgesproken. Zie EHRM 18 juli 2013, nr. 2312/08 en 34179/08, Maktouf en Damjanovic/Bosnië-Herzegovina.

⁸⁹ Zie m.b.t. de ruime extraterritoriale bevoegdheid van België o.a. Cass. 24 januari 2001, AR P.00.1627.F.

⁹⁰ EHRM 12 mei 2015, nr. 26289/12, Magee/Verenigd Koninkrijk.

⁹¹ Zie ook in diezelfde zin EHRM 16 maart 2010, nr. 42184/05, Carson/Verenigd Koninkrijk

29. Om meer kans op slagen te hebben, lijkt het desalniettemin beter te beargumenteren dat het onderscheid steunt op een in het verleden reeds aanvaard criterium, zoals nationaliteit, verblijfplaats⁹² of zelfs immigratiestatus⁹³. Hiertoe zal moeten worden aangetoond dat artikel 99bis, tweede lid Strafwetboek misschien wel geen directe vorm, maar minstens wel een indirecte vorm van discriminatie invoerde door personen met een bepaalde eigenschap aanzienlijk harder te treffen dan personen zonder die bepaalde eigenschap. Het is inderdaad niet ondenkbaar dat personen die hun verblijfplaats in het buitenland hebben of geen Belgische nationaliteit bezitten eerder binnen het toepassingsgebied van artikel 99bis Strafwetboek vallen dan personen met een verblijfplaats in België of met de Belgische nationaliteit. Maar hoe kan het bewijs hiervoor geleverd worden?

Hoewel de Europese Hoven zich oorspronkelijk terughoudend opstelden om (indirecte) discriminatie te aanvaarden op basis van louter statistische gegevens, erkenden ze ondertussen wel dat statistische gegevens een belangrijke en zelfs voldoende indicatie kunnen zijn voor het bestaan van indirecte discriminatie.⁹⁴ Zoals eerder vermeld, is het daarvoor wel belangrijk dat wordt aangetoond dat een “neutrale” of “toegelaten” maatregel aanzienlijk meer personen treft met een buitenlandse verblijfplaats of nationaliteit. Er dient met andere woorden te worden bewezen dat personen met een buitenlandse verblijfplaats of nationaliteit aanzienlijk vaker een eerdere buitenlandse veroordeling oplopen dan personen woonachtig in België of personen met de Belgische nationaliteit. Hoewel reeds erg veel criminaliteitsstatistieken beschikbaar zijn,⁹⁵ zijn over deze problematiek vooralsnog geen officiële statistieken beschikbaar. Ook de criteria op basis waarvan Eurojust jurisdictiegeschillen tracht te voorkomen, brengen geen duidelijkheid: hoewel daarbij ook melding wordt gemaakt van de nationaliteit of woonplaats van de dader als een criterium om een zaak aan een bepaalde lidstaat toe te wijzen (daardoor verhogende de kans dat een buitenlander een eerdere buitenlandse veroordeling heeft opgelopen), spelen ook andere criteria zoals de plaats van het misdrijf en het belang van het slachtoffer een belangrijke(re) rol.⁹⁶

30. Hoe dan ook is er, gelet op het feit dat de Europese Hoven ook nog regelmatig erg soepel omspringen met de toelaatbaarheid van differentiatiecriteria, een grote kans dat dit verschil in behandeling objectief en redelijk gerechtvaardigd zal moeten worden om niet tot een schending van het gelijkheidsbeginsel te moeten concluderen, hetzij omwille van directe, hetzij omwille van indirecte discriminatie.

(b) Het tweede verschil in behandeling: personen met een gerechtelijk verleden vs. personen zonder een gerechtelijk verleden

31. Hetzelfde kan niet gezegd worden voor het tweede verschil in behandeling, dat gesteund is op het al dan niet hebben van een strafblad op het ogenblik van het plegen van nieuwe strafbare feiten. Indien iemand meerdere misdrijven pleegt, maar tussentijds voor één van die misdrijven definitief wordt veroordeeld in het buitenland, zal in een navolgende procedure eventueel rekening worden gehouden

⁹² Zie o.a. EHRM 16 maart 2010, nr. 42184/05, Carson/Verenigd Koninkrijk; EHRM 27 maart 2018, nr. 14431/06, Aleksandr Aleksandrov/Rusland; EHRM 29 oktober 2019, nr. 30100/18, Baralija/Bosnië-Herzegovina.

⁹³ EHRM 27 september 2011, nr. 56328/07, Bah/Verenigd Koninkrijk en EHRM 6 november 2012, nr. 22341/09, Hode en Abdi/Verenigd Koninkrijk.

⁹⁴ Zie o.a. EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02, Opuz/Turkije en HvJ 23 september 2020, T-421/18, ECLI:EU:T:2020:418, Annemieke Bax. Zie ook EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS en COUNCIL OF EUROPE, Handbook on European non-discrimination law, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021).

⁹⁵ <http://www.stat.policefederale.be/criminaliteitsstatistieken/> en http://www.dsb-spc.be/web/index.php?option=com_content&task=view&id=28&Itemid=47 (laatste raadpleging 5 juli 2021).

⁹⁶ <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/eurojust-role-facilitating-judicial-cooperation-instruments/conflicts-of-jurisdiction/guidelines> (laatste raadpleging 30 juni 2021).

met deze buitenlandse veroordeling om de straf te verhogen (wettelijke herhaling) of bepaalde gunsten niet te verlenen (bijvoorbeeld opschorting van de uitspraak). Omgekeerd zal iemand die meerdere misdrijven pleegt vooraleer voor een van die misdrijven definitief te zijn veroordeeld nooit kunnen genieten van het straftoemingsvoordeel dat traditioneel wordt toegekend in situaties van samenloop, indien de dader voor een deel van die misdrijven reeds een veroordeling opliep in het buitenland.

Hoewel het moeilijk verantwoord kan worden om enkel in het nadeel van een beklaagde rekening te houden met een buitenlandse veroordeling, zal het gemaakte onderscheid hoogstwaarschijnlijk niet als een verboden differentiatiecriterium worden aanzien door de Europese Hoven. Er bestaat immers een grote consensus binnen de lidstaten om een onderscheid te maken in straf naargelang het al dan niet hebben van een strafblad op het ogenblik van het plegen van de feiten.⁹⁷ Anderzijds is het wel zo dat het al dan niet hebben van een strafblad *in casu* geen betrekking heeft op de straf, maar wel op de factoren waarmee een rechter bij de straftoemering rekening dient te houden. Hierdoor kan toch niet *a priori* worden uitgesloten dat het als een verboden differentiatiecriterium in aanmerking zou kunnen of moeten komen.

(c) Het derde verschil in behandeling: personen die één keer voor de rechtbank worden gebracht vs. personen die meerdere keren voor de rechtbank worden gebracht

32. Voor het derde verschil in behandeling is het zo goed als zeker dat de artikelen 21 EU Handvest en 14 EVRM weinig soelaas zullen bieden. Waar het al weinig waarschijnlijk is dat dit verschil in behandeling de vergelijkbaarheidstoets zal doorstaan, is het nog onwaarschijnlijker dat dit verschil in behandeling zou geacht worden te steunen op een verboden differentiatiecriterium. Hoewel het hier opnieuw een criterium betreft dat de beklaagde niet in de hand heeft, behalve dan door het onmiddellijk bekennen van alle gepleegde feiten en hopen dat daarom besloten wordt alle feiten tezelfdertijd te laten berechten, zal het immers bijzonder moeilijk zijn om deze vorm van indirecte discriminatie hard te maken. Het lijkt in elk geval onmogelijk om te bewijzen dat personen die meerdere keren voor de rechtbank worden gebracht aanzienlijk vaker binnen het toepassingsgebied van artikel 99*bis*, tweede lid dan van artikel 65, tweede lid Strafwetboek vallen. Dat personen die meerdere keren voor de rechtbank worden gebracht aanzienlijk vaker binnen het toepassingsgebied van artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek vallen dan personen wiens misdrijven tezelfdertijd worden berecht, spreekt dan weer voor zich, doch is onvoldoende om een daadwerkelijk verschil in behandeling op basis van het aantal ingestelde procedures te onderbouwen.

B. Is het verschil in behandeling objectief en redelijk gerechtvaardigd?

33. Voor de eerste twee verschillen in behandeling kan nog steeds aangetoond worden dat het verschil in behandeling objectief en redelijk gerechtvaardigd is om een veroordeling wegens een schending van het gelijkheidsbeginsel te ontlopen. Zoals eerder vermeld, wordt daartoe nagegaan of het verschil in behandeling een wettig doel nastreeft én of de gebruikte middelen proportioneel zijn ten aanzien van dat doel.⁹⁸ Dit geldt, ondanks artikel 52 EU Handvest, zelfs voor het Hof van Justitie. Volgens dit artikel kan, onder andere, een verschil in behandeling slechts worden ingesteld indien dit noodzakelijk is én beantwoordt aan door de EU erkende doelstellingen van algemeen belang of aan eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Het Hof van Justitie verwijst evenwel nog veelal

⁹⁷ In de literatuur bestaat hierover minder eensgezindheid. Zie voor een uitgebreidere bespreking van deze discussie N. AUDENAERT, "Mind the Proportionality Gap! Scrutinising the theoretical framework for offenders who have committed multiple offences in the EU" (in voorbereiding).

⁹⁸ Voor een meer uitgebreide bespreking van de criteria ontwikkeld door het Grondwettelijk Hof in dit verband, zie D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Kluwer, Mechelen, 2005, 255-266.

op getrouwe wijze naar de rechtvaardigingstoets zoals die ook wordt gebruikt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.⁹⁹

In welke mate de rechtvaardigingstoets soepel of strikt wordt geïnterpreteerd, hangt in belangrijke mate af van de gevoeligheid van de in het geding zijnde materie. Verschillen in behandeling op grond van geslacht, seksuele geaardheid, ras of nationaliteit zullen bijvoorbeeld moeilijker gerechtvaardigd kunnen worden dan een verschil dat steunt op een zogenaamd “minder verdacht”, *ergo* minder persoonlijk, criterium van onderscheid.¹⁰⁰

(i) Is het verschil in behandeling geschikt om een wettig doel na te streven...

34. Volgens het pertinentiecriterium kan discriminatie maar gerechtvaardigd worden (i) indien het verschil in behandeling een wettig doel nastreeft én (ii) indien dat verschil in behandeling ook daadwerkelijk geschikt is om dat doel te bereiken. Volgens het Grondwettelijk Hof is een doel pas legitiem wanneer dit kadert in het algemeen of openbaar belang en indien het doel niet in strijd is met andere grondrechten.¹⁰¹ In de Europese rechtspraak is het daarentegen hoofdzakelijk van belang dat het doel verband houdt met de aangekaarte discriminatie¹⁰² en gecompenseerd wordt door bijkomende, efficiënte waarborgen.¹⁰³ Concrete richtlijnen over welke doelstellingen als rechtvaardiging kunnen dienen voor directe of indirecte discriminatie werden niet vooraf vastgelegd.¹⁰⁴

In het kader van het pertinentiecriterium rijst de vraag of een verschil in behandeling ook gerechtvaardigd kan worden door te verwijzen naar het loutere gebrek aan een discriminerende intentie in hoofde van de verantwoordelijke. Deze vraag is tot op heden nog steeds het voorwerp van discussie. Enerzijds lijken heel wat auteurs en ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in een aantal zaken ervan overtuigd te zijn dat het al dan niet bestaan van een discriminerende intentie geen afbreuk doet (of zou mogen doen)¹⁰⁵ aan de vereiste dat een wettig doel dient te worden nagestreefd.¹⁰⁶ Anderzijds kan uit een aantal arresten van onder andere het Europees Hof voor de

⁹⁹ Zie ook A. WARD, “The Impact of the EU Charter of Fundamental Rights on Anti-Discrimination Law: More a Whimper than a Bang?”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2018, (32) 33-35.

¹⁰⁰ O. ARNARDÓTTIR, “The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* 2014, (647) 655-656.

¹⁰¹ F. MEERSCHAUT, “Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak 1992-1997”, *TPR* 1998, (889) 925.

¹⁰² EHRM 18 februari 1999, nr. 29515/95, Larkos/Cyprus. Zie ook B. RAINEY, P. MCCORMICK en C. OVEY, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 634-635.

¹⁰³ R. O’CONNELL, “Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR”, *Legal Studies* 2009, (211) 218.

¹⁰⁴ Hierop moet evenwel een voorbehoud worden gemaakt voor de EU. In de specifieke discriminatierichtlijnen legde de EU immers wel een limitatief aantal wettige doelen vast die ter rechtvaardiging kunnen worden ingeroepen voor zaken van directe discriminatie. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS en COUNCIL OF EUROPE, Handbook on European non-discrimination law, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021); S. FREDMAN, “Emerging From the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* 2016, (273) 280 en A. WARD, “The Impact of the EU Charter of Fundamental Rights on Anti-Discrimination Law: More a Whimper than a Bang?”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2018, (32) 56.

¹⁰⁵ A. BAKER, “The Enjoyment of Rights and Freedoms: A New Conception of the ‘Ambit’ under Article 14 ECHR”, *The Modern Law Review* 2006, (714) 720 en 729.

¹⁰⁶ O. ARNARDÓTTIR, “Non-discrimination Under Article 14 ECHR: the Burden of Proof”, *Scandinavian Studies in Law*, (14) 26; O. DE SCHUTTER, “Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law”, *Northern Ireland Legal Quarterly* 2006, (1) 9 en S. FREDMAN, “Emerging From the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of

Rechten van de Mens worden afgeleid dat het gebrek aan een discriminerende intentie toch in het voordeel kan spelen van de discriminator en een indicatie kan zijn van de goede bedoelingen van bijvoorbeeld een wetgever.¹⁰⁷ Dat het verschil in behandeling niet werd ingesteld met een discriminerende bedoeling lijkt *an sich* evenwel nooit voldoende te zijn om een verschil in behandeling te kunnen rechtvaardigen. Omgekeerd kan een verschil in behandeling met de uitdrukkelijke (en enige) bedoeling om te discrimineren vanzelfsprekend nooit gerechtvaardigd zijn.

35. De voorbereidende werkzaamheden bij artikel 99*bis* Strafwetboek beweren alvast dat het artikel een duidelijk rechtmatig doel nastreeft. Twee redenen worden daarin aangehaald om de verschillende behandeling tussen nationale en buitenlandse veroordelingen te verantwoorden.

De eerste reden werd overgenomen uit de discussie die aan artikel 3(5) Kaderbesluit 2008/675/JBZ voorafging. De uitzondering uit artikel 3(5) kwam in het initiële voorstel voor het Kaderbesluit immers niet voor. Hoofdzakelijk Nederland kon zich daar niet in vinden, om een reden die nadien ook door de Belgische wetgever werd naar voren geschoven als de meest belangrijke reden om een uitzondering te voorzien op de gelijkschakeling van buitenlandse met nationale veroordelingen. Deze reden steunt op de bezorgdheid dat een erg strenge buitenlandse straf een bijkomende straf in een daaropvolgende nationale procedure zou verhinderen, maar tegelijkertijd potentieel slechts beperkt of zelfs niet zou worden uitgevoerd in het buitenland. Dit zou een *de facto* straffeloosheid met zich kunnen brengen, hetgeen de wetgever trachtte te vermijden door de invoering van artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek.

De tweede reden vloeit dan weer voort uit de moeilijkheid om rekening te houden met een buitenlandse veroordeling voor de toepassing van artikel 65, tweede lid Strafwetboek. Aangezien andere landen andere opdelingen van misdrijven en/of andere straffen kennen, zou het onmogelijk of minstens bijzonder moeilijk zijn om ook een buitenlandse veroordeling in aanmerking te nemen voor de bestraffing van een laattijdig vastgesteld voortgezet misdrijf. Hoe kan een rechter immers bepalen dewelke de zwaarste straf en het meest ernstige misdrijf is, indien ook rekening dient gehouden te worden met categorieën van misdrijven of straffen die het Belgische strafrecht niet kent?

36. Ook volgens het Grondwettelijk Hof bestaat er geen twijfel over dat artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek een rechtmatig doel nastreeft én geschikt ("pertinent") is om dat doel te bereiken.

Eerst en vooral stelt het Hof vast dat de Belgische wetgever een rechtmatig doel nastreeft, zijnde te verhinderen dat een rechter in een navolgende procedure geen straf meer zou kunnen uitspreken omwille van de hoogte van de straf die in een eerdere procedure in het buitenland werd opgelegd. Dit doel zou rechtmatig zijn, "gelet op de verschillen die bestaan tussen de strafrechtstelsels van de lidstaten van de Europese Unie". Ten tweede wordt artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek pertinent geacht om dat doel te bereiken, omdat het de omzetting is van artikel 3(5) Kaderbesluit 2008/675/JBZ.

the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 2016, (273) 280 en 287. Dit werd in een aantal arresten bevestigd door het Europees Hof voor de Rechten van de mens (EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02, Opuz/Turkije; EHRM 24 mei 2016, nr. 38590/10, Biao/Denemarken); ECtHR, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021), 11; S. BESSON, "Evolutions on Non-Discrimination Law within the ECHR and ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe", *Am. J. Comp. L.* 2012, (147) 169; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS en COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European non-discrimination law*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021)

¹⁰⁷ Zie o.a. EHRM 28 oktober 1998, nr. 23452/94, Osman/Verenigd Koninkrijk. Zie ook EHRM 3 juli 2014, nr. 37966/07, Antayev/Rusland, waarin werd geoordeeld dat er, bij gebrek aan een andere mogelijke bedoeling, niet anders dan een discriminerende bedoeling kan geweest zijn.

Dat artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek geen kanttekening maakt om te benadrukken dat de uitsluiting van een buitenlandse veroordeling voor de toepassing van de samenloopregels op een andere wijze dient te worden opgevangen,¹⁰⁸ doet daaraan volgens het Grondwettelijk Hof geen afbreuk. Het blijkt voldoende dat de mogelijkheid om op een andere manier rekening te houden met een buitenlandse veroordeling niet uitdrukkelijk wordt uitgesloten door artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek. Deze cirkelredenering is weinig overtuigend. Allereerst werd in het verleden reeds opgemerkt dat de verschillen tussen de strafregimes van de EU-lidstaten net de reden zijn waarom op Europees niveau werd beslist een zo volledig mogelijke gelijkenschakeling van buitenlandse met nationale veroordelingen na te streven.¹⁰⁹ Kan uitdrukkelijk ingaan tegen het beginsel van wederzijds vertrouwen nog wel als rechtmatig doel worden aangemerkt in het huidige klimaat? Bovendien is het weinig overtuigend om regel A te verantwoorden door te verwijzen naar het bestaan van een gelijkkluidende regel B. Het Kaderbesluit maakte immers een voorbehoud bij artikel 3(5) waaruit blijkt dat (i) nog steeds op een andere manier rekening gehouden moet worden met een buitenlandse veroordeling en (ii) nog steeds moet vermeden worden dat personen met een buitenlandse veroordeling minder gunstig worden behandeld dan personen met een nationale veroordeling¹¹⁰. Daarnaast kan artikel 3(5) van het Kaderbesluit zélf ook een schending uitmaken van het gelijkheidsbeginsel. Om die redenen is nog steeds niet geheel, om niet te zeggen helemaal niet, duidelijk waarom het absoluut rechtmatig zou zijn om de vrijheid van de straftoemetersrechter in een navolgende procedure te bewaren, indien die vrijheid ook niet zou bestaan indien de eerdere veroordeling in België zou uitgesproken geweest zijn. Dit geldt des te meer omdat betwijfeld kan worden dat een *de facto* straffeloosheid vaak zou voorkomen en dus geenszins kan verantwoorden elke buitenlandse veroordeling en elk buitenlands strafuitvoeringsregime te wantrouwen.¹¹¹

Hoewel het Grondwettelijk Hof daaraan geen aandacht heeft besteed, kan ook een belangrijke bedenking worden geformuleerd bij het tweede doel dat door de wetgever wordt ingeroepen ter rechtvaardiging van artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek. Het lijkt immers geenszins onmogelijk om het mechanisme van artikel 65, tweede lid Strafwetboek toe te passen indien een buitenlandse veroordeling voorligt. In het kader van de situaties waarin wél rekening gehouden dient te worden met een buitenlandse veroordeling, zoals bij herhaling of bij de tenuitvoerlegging van een buitenlandse straf, duiken immers gelijkaardige problemen op. Dit doel lijkt dan ook onmogelijk voldoende te kunnen zijn om de uitsluiting van een buitenlandse veroordeling in situaties van samenloop te rechtvaardigen.

Het bovenstaande doet alvast vermoeden dat de beslissing om bij het eerste lid van artikel 99*bis* van het Strafwetboek een voorbehoud te maken niet zozeer juridisch, doch wel politiek geïnspireerd was. Het is immers een weinig populistisch standpunt om buitenlandse veroordelingen ook in het voordeel van een beklaagde te laten spelen.

37. Er kan met andere woorden de vraag gesteld worden of de uitsluiting van buitenlandse veroordelingen voor laattijdig vastgestelde collectieve misdrijven ook volgens de Europese Hoven geacht zou worden een wettig doel na te streven. Deze vraag wordt in de Europese rechtspraak niet steeds met eenzelfde striktheid beoordeeld. Strafaangelegenheden behoren, omwille van de gevoeligheid van de materie en de eigenheid van het nationale strafrecht, tot die aangelegenheden

¹⁰⁸ *Supra* randnummer 25.

¹⁰⁹ J. DE SMEDT en F. VERBRUGGEN, “Grondwettelijk Hof keurt Europese own-goal van wetgever ten onrechte goed”, noot onder GwH 16 januari 2020, *NjW* 2020, 350-352.

¹¹⁰ Overweging (8) preambule.

¹¹¹ Uit een eerdere studie blijkt alvast dat de meerderheid van de landen niet soepeler is dan België wat betreft de mogelijkheid tot voorwaardelijke invrijheidsstelling. Meer nog, wat betreft levenslange gevangenisstraffen of opsluitingen, is de termijn voor vervroegde vrijlating in België zelfs bij de kortste. Zie N. PADFIELD, D. VAN ZYL SMIT en F. DÜNKEL (eds.), *Release from Prison – European policy and practice*, Willan Publishing, Devon, 2010, 460p.

waarin aan de lidstaten traditioneel een ruime marge wordt gegeven.¹¹² Dit betekent dat enkel een kennelijke onredelijkheid tot gevolg zal hebben dat een bepaalde maatregel de wettigheidstoets niet doorstaat. Toch betekent dit niet dat een strafmaatregel die een verschil in behandeling instelt altijd gerechtvaardigd kan worden. Andere criteria spelen immers eveneens een rol bij de beoordeling van het nagestreefde doel.

Wat betreft de doelstelling van de wetgever om te anticiperen op een mogelijke *de facto* straffeloosheid, kan verwezen worden naar het gebrek aan een volledige Europese consensus inzake de volwaardige erkenning van buitenlandse veroordelingen. Hoewel slechts een kleine minderheid gebruik gemaakt heeft van de uitzondering voorzien in artikel 3(5) van het Kaderbesluit 2008/675/JBZ, blijft het zo dat tussen de lidstaten van de Europese Unie, laat staan deze van de Raad van Europa, vooralsnog geen eensgezindheid bestaat over hoe buitenlandse veroordelingen in aanmerking genomen moeten worden in situaties van samenloop.¹¹³ Ook de afwezigheid van een discriminerende bedoeling in hoofde van de Belgische wetgever kan de Europese Hoven motiveren om te oordelen dat minstens een doel wordt nagestreefd dat niet kennelijk onrechtmatig is. In het verleden werd evenwel reeds bepaald dat een op zich wettig doel niet wegneemt dat nog steeds moet worden aangetoond dat het *in casu* noodzakelijk is om dat doel te waarborgen.¹¹⁴ Dit lijkt erop te wijzen dat rechters, ingevolge de algemene formulering van artikel 99bis van het Strafwetboek, in een individuele zaak zullen moeten aantonen dat een dergelijk groot risico op straffeloosheid bij toepassing van artikel 65, tweede lid van het Strafwetboek inderdaad bestaat.¹¹⁵ Indien niet, zou het niet legitiem zijn om een buitenlandse veroordeling buiten beschouwing te laten bij een laattijdig vastgesteld collectief misdrijf. Bovendien vereist de Europese rechtspraak dat het nagestreefde doel actueel is.¹¹⁶ Is dit het geval voor een (achterhaalde) doelstelling die radicaal indruist tegen wederzijdse erkenning en zelfs het vrij verkeer van personen?¹¹⁷ Daarnaast druist de doelstelling ook radicaal in tegen de filosofie achter de samenloopregeling, te weten dat meerdere (samenhangende) misdrijven niet tot een absurd hoge bestraffing mogen leiden, zelfs niet indien ze in meerdere procedures en desgevallend door verschillende rechters worden berecht. De gelijkheid die de wetgever via artikel 65, tweede lid Strafwetboek trachtte in te voeren wordt hier dan ook ondermijnd door een element buiten de invloed van de beklaagde, dat zich daarenboven heeft voorgedaan nadat de feiten reeds gepleegd waren: in theorie hadden de feiten immers tezelfdertijd en/of door één enkele lidstaat vervolgd kunnen worden.¹¹⁸ Naar welke kant de gelijkheidsweegschaal uiteindelijk zal doorslaan, zal wellicht in belangrijke mate beïnvloed worden door het door de Europese Hoven aanvaarde differentiatie criterium: indien indirecte discriminatie op grond van nationaliteit kan worden aangetoond, zal dit doel wellicht niet als rechtmatig bestempeld worden. Anders is het wanneer enkel directe discriminatie op grond van de afkomst van een eerdere veroordeling, indirecte discriminatie op grond van verblijfplaats of directe discriminatie op grond van het al dan niet hebben van een strafblad werd aangetoond. Ook wanneer een rechter artikel 99bis van het Strafwetboek zonder meer

¹¹² Zie o.a. EHRM 5 november 2015, nr. 69861/11, Qing/Portugal en EHRM 24 januari 2017, nr. 60367/08 en 961/11, Khamtokhu en Aksenchik/Rusland.

¹¹³ N. AUDENAERT en W. DE BONDT, *Prosecuting and Punishing Multi-Offenders in the EU*, Gompel&Svacina, Oud-Turnhout, 2021.

¹¹⁴ Zie EHRM 13 juli 2010, nr. 705/07, Clift/Verenigd Koninkrijk, EHRM 22 maart 2012, nr. 30078/06, Konstantin Markin/Rusland en EHRM 18 februari 2020, nr. 3891/19, Cînta/Roemenië.

¹¹⁵ Zie EHRM 10 januari 2019, nr. 12879/09, Ecis/Letland.

¹¹⁶ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Kluwer, Mechelen, 2005, 21.

¹¹⁷ P. TERSAGO, "Het belang van gerechtelijke antecedenten in het straf(proces)recht", *Nullum Crimen* 2011, (8) 11; N. AUDENAERT, "Unity of intent effect on sentencing: an EU dimension to ne bis in idem and proportionality?", *EuCLR* 2018, 39-61 en J. DE SMEDT en F. VERBRUGGEN, "Grondwettelijk Hof keurt Europese own-goal van wetgever ten onrechte goed", noot onder GwH 16 januari 2020, *NjW* 2020, 350-352.

¹¹⁸ Zie ook F.C.W. DE GRAAF, "Samenloop van strafbare feiten binnen de Europese Unie. Naar een transnationale samenloopregeling als sluitstuk bij de (gelijktijdige) vervolging van meerdere strafbare feiten in verschillende EU-lidstaten?", *Delikt en Delinkwent* 2013, (658) 663.

zou toepassen bij veroordelingen afkomstig uit een lidstaat met een gelijkaardig of strenger strafuitvoeringsregime als het Belgische, lijkt een schending van het gelijkheidsbeginsel zich potentieel toch op te dringen.

Wat de tweede doelstelling betreft, is het nog minder zeker of de Europese Hoven deze als wettig zouden aanvaarden. Het spreekt bijna voor zich dat het nastreven van de meest gemakkelijke oplossing niet als rechtmatig doel zou mogen worden aangemerkt ter verantwoording van een verschil in behandeling. Inderdaad, ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelde reeds meerdere keren uitdrukkelijk dat het vermijden van moeilijke of ingewikkelde procedures geen verschillende behandeling kan verantwoorden.¹¹⁹ Eerder lijkt dit argument te steunen op de ondertussen achterhaalde territoriale visie op het strafrecht, op basis waarvan werd aangenomen dat eenheid van opzet wordt doorbroken bij het overschrijden van een landsgrens en op basis waarvan beslissingen genomen in het buitenland nooit uitwerking konden krijgen in de Belgische rechtsorde.¹²⁰ Het in ere houden van een traditie of het blijvend toepassen van een bepaalde visie “omdat men niets anders gewoon is” kan evenwel, minstens in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, nooit een rechtmatig doel *an sich* uitmaken.¹²¹ In het kader van het tweede verschil in behandeling kan in elk geval sowieso niet verwezen worden naar de tweede doelstelling, gelet op het feit dat eenzelfde moeilijkheid bestaat voor personen die zich bijvoorbeeld in een staat van wettelijke herhaling bevinden.

(ii) ...én is het verschil in behandeling proportioneel ten aanzien van dat doel?

38. Wellicht zullen de Europese Hoven weinig inbrengen tegen het wettige doel dat door de Belgische wetgever ter verantwoording van artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek wordt ingeroepen, gelet op diens ruime appreciatiemarge in strafrechtelijk beleid. De voornaamste hinderpaal lijkt in dit geval immers de individuele toetsing van het risico van straffeloosheid te zijn, hetgeen alle verantwoordelijkheid in handen van de rechter legt. Bijkomend moeten de ingestelde verschillen in behandeling evenwel ook de proportionaliteitstoets doorstaan. In het licht van deze toets zal worden nagegaan in welke mate een verschil in behandeling proportioneel is ten aanzien van het nagestreefde doel en geen onredelijk zware gevolgen met zich brengt. Waar voor het nationale gelijkheidsbeginsel het bestaan van een minder ingrijpend alternatief geen afbreuk kan doen aan de proportionaliteit van een bepaalde norm,¹²² is dit anders in het licht van de artikelen 21 EU Handvest en 14 EVRM. In de Europese rechtspraak wordt immers eveneens bekeken of dat doel niet op een andere redelijke – minder ingrijpende, minder ongelijke – wijze had nagestreefd kunnen worden.¹²³ Dit laatste dient wel enigszins gerelativeerd te worden, aangezien veelal enkel een kennelijke disproportionaliteit de toets

¹¹⁹ EHRM 23 oktober 1990, nr. 11581/85, Darby/Zweden; ECtHR, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021).

¹²⁰ Zie ook S. BERNEMAN, “(Totale of gedeeltelijke) opslorping in Europees verband: never ending story van een moeizame Europese integratie”, noot onder GwH 16 januari 2020, *T.Strafr.* 2020, (415) 416.

¹²¹ Zie o.a. EHRM 16 november 2004, nr. 29865/96, Ünal Tekeli/Turkije en EHRM 22 maart 2012, nr. 30078/06, Konstantin Markin/Rusland.

¹²² F. MEERSSCHAUT, “Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraktijk 1992-1997”, *TPR* 1998, (889) 938 en 956 en D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie*, Kluwer, Mechelen, 2005, 264.

¹²³ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS en COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European non-discrimination law*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021). *Contra* K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *RW* 1992-93, (6) 11.

niet zal kunnen doorstaan.¹²⁴ De grondigheid van deze toets (de zogenaamde '*intensity of judicial review*') kan immers in sterke mate verschillen naargelang de omstandigheden van de zaak (zoals het potentieel met de voeten getreden grondrecht en het differentiatie criterium waarop het verschil in behandeling is gestoeld).¹²⁵

39. Door de Ministerraad werd voor het Grondwettelijk Hof enige uitleg verschaft over de beweerde proportionaliteit van artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek. Zo zou de beoordelingsvrijheid van rechters hen, ondanks artikel 99*bis*, wel nog steeds toelaten om op een andere manier rekening te houden met het bestaan van een eerdere buitenlandse veroordeling en om de straftoemeting daarop af te stemmen. Daardoor zouden onevenredige gevolgen vermeden kunnen worden.¹²⁶ In dit verband is het opvallend dat de Ministerraad zelf lijkt toe te geven dat artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek op zichzelf beschouwd, en dus los bekeken van de beoordelingsmarge van rechters, wél onevenredige gevolgen zou hebben. De cruciale vraag luidt met andere woorden of de beoordelingsvrijheid van een rechter inderdaad genoeg mogelijkheden biedt om deze onevenredige gevolgen te compenseren of minstens voldoende te remediëren. Daartoe dient bekeken te worden welke mogelijkheden een rechter bezit om, in lijn met overweging (8) van de preambule van het Kaderbesluit 2008/675/JBZ, personen met een eerdere buitenlandse veroordeling niet minder gunstig te behandelen dan personen met een eerdere nationale veroordeling. Kan een rechter een resultaat bereiken dat voldoende dicht aanleunt bij het resultaat dat bereikt had kunnen worden via de toepassing van artikel 65, tweede lid Strafwetboek?

Naast de evidente mogelijkheid voor een rechter om zich te beperken tot het uitspreken van de wettelijke minimumstraf, bestaan er inderdaad enkele opties om die wettelijke minimumstraf te verlagen of zelfs volledig te omzeilen. Te denken valt daarbij hoofdzakelijk aan het aannemen van verzachtende omstandigheden, het verlenen van de gunst van uitstel of opschorting, het ruim interpreteren van de redelijke termijn of het ruim interpreteren van het *ne bis in idem*-beginsel. Geen van deze mogelijkheden biedt evenwel voldoende compensatie voor het nadeel dat artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek met zich brengt.¹²⁷ Waar verzachtende omstandigheden een rechter geenszins toelaten om geen bijkomende straf meer uit te spreken indien de beklaagde reeds erg streng bestraft werd in het buitenland, zal de gunst van uitstel of opschorting mogelijk niet kunnen worden verleend omdat daarvoor wél rekening dient gehouden te worden met het bestaan van die eerdere, strenge, buitenlandse veroordeling. Hoewel een overschrijding van de redelijke termijn de rechter zou toelaten om zich te beperken tot een eenvoudige schuldigverklaring, net zoals dit wordt toegelaten door artikel 65, tweede lid Strafwetboek, zal de rechter op deze mogelijkheid geenszins in alle zaken beroep kunnen doen. Hetzelfde geldt voor het *ne bis in idem*-beginsel: hoewel dit beginsel de rechter

¹²⁴ C. VAN DEN WYNGAERT, "Het gelijkheidsbeginsel in het straf(proces)recht: de schone slaapster in het bos?", *RW* 1991-92, (1181) 1184; J. GERARDS, "Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases", *NILR* 2004, (136) 139 en S. SOTTIAUX, "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-08, (690) 693.

¹²⁵ K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *RW* 1992-93, (6) 13; F. MEERSCHAUT, "Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak 1992-1997", *TPR* 1998, (889) 949; J. GERARDS, "Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases", *NILR* 2004, (136) 143; R. O'CONNELL, "Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR", *Legal Studies* 2009, (211) 228; S. BESSON, "Evolutions on Non-Discrimination Law within the ECHR and ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe", *Am. J. Comp. L.* 2012, (147) 165; O. ARNARDÓTTIR, "The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 2014, (647) 648-656 en B. RAINEY, P. MCCORMICK en C. OVEY, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 654; zie m.b.t. GwH S. SOTTIAUX, "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-08, (690) 693.

¹²⁶ A.3.

¹²⁷ Zie ook S. BERNEMAN, "(Totale of gedeeltelijke) opslorping in Europees verband: never ending story van een moeizame Europese integratie", noot onder GwH 16 januari 2020, *T.Strafr.* 2020, (415) 418.

zal dwingen om de strafvordering vervallen te verklaren, zal dit slechts in een miniem aantal zaken kunnen worden ingeroepen.¹²⁸ Aan een persoon met een eerdere buitenlandse veroordeling kan met andere woorden zelden een gelijkaardige straf worden opgelegd als aan een persoon met een eerdere nationale veroordeling. Enkel de ontwikkeling in de rechtspraak van een buitenwettelijke, kaderbesluitconforme interpretatie zou eventueel soelaas kunnen bieden, maar lijkt weinig waarschijnlijk, aangezien het Kaderbesluit zelf stipuleert dat met een buitenlandse veroordeling enkel kan worden rekening gehouden binnen de grenzen van het nationale strafrecht.¹²⁹

Het kan dus betwijfeld worden of artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek geen disproportionele gevolgen veroorzaakt: personen met een eerdere buitenlandse veroordeling zullen immers in de grote meerderheid van de gevallen aanzienlijk strenger bestraft worden dan personen met een eerdere nationale veroordeling. Hoewel het Grondwettelijk Hof hierover nooit uitspraak doet, is het opvallend dat andere oplossingen er wél in zouden kunnen slagen om aan de bezorgdheden van de wetgever tegemoet te komen zonder de toepassing van artikel 65, tweede lid Strafwetboek daarvoor te moeten uitsluiten. Zonder volledige oplossingen te willen ontwikkelen, lijkt het bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat voorwaarden ontwikkeld kunnen worden met betrekking tot de effectief uitgevoerde straf of de effectief te verwachten uit te voeren straf en/of met betrekking tot dubbele incriminatie.¹³⁰ Het lijkt ook niet onoverkomelijk om voor het bepalen van de zwaarste straf gelijkaardige omzettingsmechanismen te gebruiken als deze die worden gebruikt voor de tenuitvoerlegging van een buitenlandse straf of voor de toepassing van de wettelijke herhalingsregels.

40. Het Grondwettelijk Hof beperkte zich evenwel tot de stelling “*dat de in het geding zijnde bepaling geen onevenredige gevolgen doet ontstaan*”. Enige argumentatie daarvoor ontbreekt echter (opnieuw). Dit is bijzonder jammer, gelet op het feit dat de Europese Hoven mogelijk minder happig zouden kunnen zijn om de proportionaliteit van dit artikel of artikel 3(5) Kaderbesluit 2008/675/JBZ zonder meer te aanvaarden.

41. Voor de Europese Hoven zal moeten worden aangetoond dat het bereiken van het rechtmatig doel geen onevenredige gevolgen veroorzaakt en niet in eenzelfde mate mogelijk is op een andere, minder ingrijpende en minder nadelige, manier.¹³¹ Hoewel ook hier enkel een kennelijke onevenredigheid zal verworpen worden door de Europese Hoven, komt de redenering van het Grondwettelijk Hof wel op de helling te staan. Dat in de huidige regeling een grote beleidsmarge wordt toegekend aan strafrechters, zal op zich, vanuit juridisch oogpunt, niet problematisch bevonden worden.¹³² Problematischer is dat artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek aanleiding kan geven tot een aanzienlijk strengere straf, aangezien in het verleden reeds werd beslist dat een schending van het gelijkheidsbeginsel zich in het bijzonder kan voordoen wanneer het ingestelde verschil in behandeling ernstige gevolgen met zich brengt voor een beklaagde.¹³³ Dit is zonder twijfel het geval indien de

¹²⁸ N. AUDENAERT, “Het ne-bis-in-idembeginsel en eenheid van opzet: een goed huwelijk?”, *T.Strafr.* 2018, 262-280.

¹²⁹ Zie ook J. MEESE, “Bij een laattijdig vastgesteld voortgezet misdrijf mag maar moet geen rekening worden gehouden met veroordelingen in een ander Europees land”, <https://legalnews.be/straf-en-strafprocesrecht/bij-een-laattijdig-vastgesteld-voortgezet-misdrijf-mag-maar-moet-geen-rekening-worden-gehouden-met-veroordelingen-in-een-ander-europees-land-joachim-meese/> (laatste raadpleging 3 juli 2021) en S. BERNEMAN, “(Totale of gedeeltelijke) opslorping in Europees verband: never ending story van een moeizame Europese integratie”, noot onder GwH 16 januari 2020, *T.Strafr.* 2020, (415) 417.

¹³⁰ Zie ook P. TERSAGO, “Het belang van gerechtelijke antecedenten in het straf(proces)recht”, *Nullum Crimen* 2011, (8) 11.

¹³¹ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS en COUNCIL OF EUROPE, Handbook on European non-discrimination law, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021) en A. BAKER, “The Enjoyment of Rights and Freedoms: A New Conception of the ‘Ambit’ under Article 14 ECHR”, *The Modern Law Review* 2006, (714) 730.

¹³² EHRM 18 juli 2013, nr. 2312/08 en 34179/08, Maktouf en Damjanovic/Bosnië-Herzegovina.

¹³³ EHRM 21 juni 2011, nr. 5335/05, Ponomaryovi/Bulgarije.

vrijheid van een beklaagde op het spel staat. Interessant in dit verband is de rechtspraak waarin duidelijk wordt vooropgesteld dat voldoende waarborgen moeten worden voorzien om de nadelige gevolgen van een verschil in behandeling op een volwaardige wijze te compenseren.¹³⁴ Vanuit Europees oogpunt zou dit de proportionaliteit van artikel 99bis, tweede lid Strafwetboek wel eens in het gedrang kunnen brengen, gelet op de terughoudendheid van de Belgische wetgever om hierover meer duidelijkheid of meer richtlijnen te verschaffen. Hierdoor wordt de verantwoordelijkheid volledig bij de rechtsprekende macht gelegd, die, zoals hierboven reeds uiteengezet, over bitter weinig tot geen mogelijkheden beschikt om een resultaat te bereiken dat gelijkwaardig is aan het resultaat dat bereikt had kunnen worden via de toepassing van artikel 65, tweede lid van het Strafwetboek. Bovendien werd in eerdere zaken reeds bepaald dat alternatieven die een minder zware straf tot gevolg zouden hebben, minstens in het kader van vrijheidsberovende maatregelen, de voorkeur moeten genieten.¹³⁵ Hierboven werden reeds een aantal mogelijke alternatieven aangehaald die geen straftoematingsnadeel impliceren voor de beklaagde, of minstens in een veel mindere mate.

Hoe dan ook, zal de uitkomst van een eventuele gelijkheidszaak in belangrijke mate afhankelijk zijn van de beleidsmarge die in de concrete zaak aan de Belgische wetgever wordt toegekend.¹³⁶ Deze zal opnieuw grotendeels beïnvloed worden door het door de Europese Hoven aanvaarde differentiatie criterium. Zeker in een zaak waarin België eveneens jurisdictie had over de feiten die het voorwerp uitmaakten van de buitenlandse procedure, maar mogelijk ook los daarvan, zou de proportionaliteitstest wel eens de test te veel kunnen zijn om de Belgische wetgever en artikel 99bis, tweede lid Strafwetboek vrijuit te laten gaan.

V. Besluit: de ooglap(pen) van Vrouwe Justitia

42. Op basis van de criteria die werden ontwikkeld door de rechtspraak, lijkt het gelijkheidsbeginsel als een spectrum of continuüm te moeten worden voorgesteld, waarbij elke zaak in meer of mindere mate (on)gelijk is. Uiteindelijk zal slechts een beperkt aantal zaken die op het eerste zicht ongelijk zijn in de feitelijke zin van het woord ook daadwerkelijk ongelijk zijn in de juridische zin van het woord. Daarbij is het van fundamenteel belang voor ogen te houden dat de – op het eerste zicht – gelijkluidende criteria die werden ontwikkeld door de verschillende Hoven soms toch in beperkte of zelfs aanzienlijke mate van elkaar verschillen. Wat gelijk is volgens het ene Hof is niet noodzakelijk ook gelijk voor het andere Hof.

43. Met artikel 99bis Strafwetboek voerde de Belgische wetgever in 2014 een omstreden regeling in waarbij soms wel en soms niet met een buitenlandse veroordeling rekening moet worden gehouden in de straftoematingsfase. Buitenlandse veroordelingen kunnen daardoor een beklaagde enkel tot nadeel strekken. Indien de beklaagde daarentegen van een straftoematingsvoordeel zou genieten omwille van het bestaan van een eerdere buitenlandse veroordeling, dient deze laatste buiten beschouwing te worden gelaten. Het Grondwettelijk Hof beantwoordde de vraag of deze discrepantie een schending uitmaakt van het gelijkheidsbeginsel: op voorwaarde dat de mogelijkheid blijft bestaan voor een rechter om naar eigen goeddunken rekening te houden met een buitenlandse veroordeling, kan worden aangenomen dat de Belgische wetgever niet selectief blind is voor buitenlandse veroordelingen. Tegen de erg beknopte argumentatie van het Grondwettelijk Hof kunnen evenwel heel wat argumenten worden ingebracht. Niet alleen is het niet duidelijk welke mogelijkheden aan de rechter geboden moeten worden om een schending van het gelijkheidsbeginsel te vermijden, maar

¹³⁴ ECtHR, *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf (laatste raadpleging 22 juni 2021). Zie o.a. EHRM 22 maart 2012, nr. 30078/06, Konstantin Markin/Rusland en EHRM 24 oktober 2019, nr. 32949/17 en 34614/17, JD en A/Verenigd Koninkrijk.

¹³⁵ EHRM 11 januari 2006, nr. 52562/99 en 52620/99, Sorensen en Rasmussen/Denemarken.

¹³⁶ J. GERARDS, “Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases”, *NILR* 2004, (136) 144.

ook is het niet duidelijk of de toepassing van artikel 99bis van het Strafwetboek een Europese gelijkheidstoets altijd zou doorstaan.

44. Een prognose over de uitkomst van de Europese gelijkheidstoets is immers moeilijk tot zelfs onmogelijk te maken. Dit is wellicht toe te schrijven aan het gegeven dat het gelijkheidsbeginsel – meer dan welk ander beginsel ook – een beoordeling vraagt van alle specifieke omstandigheden van een bepaalde zaak.¹³⁷ Anders beslissen zou in vele zaken resulteren in een verkeerde besluitvorming. Het zal daarbij hoofdzakelijk van de door de rechter opgelegde straf en diens motivatie afhangen of al dan niet tot een schending van het gelijkheidsbeginsel besloten zou kunnen worden. Aangezien een rechter momenteel over weinig mogelijkheden beschikt om desgevallend de nadelige gevolgen van het buiten toepassing laten van artikel 65, tweede lid Strafwetboek te remediëren, lijkt het vreemd om de verantwoordelijkheid om de ongelijke regelgeving recht te trekken volledig bij de rechter te leggen.

De casuïstische benadering van de Europese Hoven zou bovendien geenszins als een vrijgeleide beschouwd mogen worden om onvoorspelbaarheid te laten prevaleren boven rechtszekerheid.¹³⁸ De Europese Hoven zouden minstens beter hun best kunnen doen om aan de vage criteria meer betekenis te verlenen.¹³⁹

Het is bijvoorbeeld jammer dat niet alleen het Grondwettelijk Hof, maar ook de Europese Hoven regelmatig sommige van de hierboven uiteengezette stappen overslaan.¹⁴⁰ Dit lijkt hoofdzakelijk te gebeuren in die situaties waarin de toets aan een bepaald criterium gevoelig ligt¹⁴¹, het voorwerp is van discussie of in nauwe mate samenhangt met een ander criterium¹⁴² en dus eigenlijk meer dan ooit belangrijk is om uit te voeren. Dit valt uiteraard te betreuren, aangezien hierdoor heel wat bijkomende informatie verloren gaat die de rechtszekerheid over de interpretatie en de reikwijdte van het gelijkheidsbeginsel ten goede zou komen.¹⁴³ Eenzelfde mate van informatie gaat verloren wanneer het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beslist om geen uitspraak te doen over het gelijkheidsbeginsel, omdat reeds een schending werd vastgesteld met het samenhangende artikel. Ook de onzekerheid over de invulling van een aantal criteria draagt niet bij tot rechtszekerheid. Als voorbeeld kan verwezen worden naar de *mood swings* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de vragen welke gronden als verboden gronden in aanmerking worden genomen.¹⁴⁴ De

¹³⁷ S. SOTTIAUX, “Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, RW 2008-08, (690) 693 en S. RAATS, *Consistente straftoemeting*, Intersentia, Mortsels, 2016.

¹³⁸ K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, RW 1992-93, (6) 14; A. BAKER, “The Enjoyment of Rights and Freedoms: A New Conception of the ‘Ambit’ under Article 14 ECHR”, *The Modern Law Review* 2006, (714) 720 en 729 S. BESSON, “Evolutions on Non-Discrimination Law within the ECHR and ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe”, *Am. J. Comp. L.* 2012, (147) 154 en 160.

¹³⁹ Voor een meer uitgebreide bespreking, zie N. AUDENAERT, “Turning a Blind Eye to the Equality Paradox: The Case-Study of Prior Foreign Convictions in the EU” (in voorbereiding).

¹⁴⁰ L. SUETENS, “De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht”, RW 1993-94, 1314; F. MEERSSCHAUT, “Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraktijk 1992-1997”, TPR 1998, (889) 916 en O. ARNARDÓTTIR, “Non-discrimination Under Article 14 ECHR: the Burden of Proof”, *Scandinavian Studies in Law*, (14) 17.

¹⁴¹ K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, RW 1992-93, (6) 9.

¹⁴² F. MEERSSCHAUT, “Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraktijk 1992-1997”, TPR 1998, (889) 922 en B. RAINEY, P. MCCORMICK en C. OVEY, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 645.

¹⁴³ Zie meer in detail N. AUDENAERT, “Turning a Blind Eye to the Equality Paradox: The Case-Study of Prior Foreign Convictions in the EU” (in voorbereiding).

¹⁴⁴ *Infra* IV.A. Zie ook J. GERARDS, “The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review* 2013, (99) 103 en X., “An overview of the case law on the prohibition of discrimination of the ECJ and the ECtHR”, <https://www.humanrights.is/static/files/Itarefni/an-overview-of-the-case-law-on-the-prohibition-of-discrimination-of-the-ecj-and-the-ecthr-emilie.pdf> (laatste raadpleging 10 juni 2021), 16.

ruime beleidsmarge die aan lidstaten worden toegekend in zaken die verband houden met het strafrechtelijk beleid, alsook de terughoudendheid om een meer duidelijke invulling te geven aan de vage criteria, leiden ertoe dat het in strafzaken quasi steeds mogelijk lijkt de meest politiek wenselijke beslissing te nemen zonder een flagrante schending van het gelijkheidsbeginsel te riskeren.¹⁴⁵

Als het gelijkheidsbeginsel binnen een Europese eengemaakte ruimte mogelijk geen bescherming biedt tegen het selectief en louter in het nadeel van Europese inwoners erkennen van elkaars beslissingen, tegen wat dan wel? Dat over het antwoord op deze vraag geen zekerheid blijkt te bestaan, zou afbreuk kunnen doen aan de geloofwaardigheid van de Europese Unie, het belang en de potentiële impact van het EU Handvest en EVRM en het legaliteitsbeginsel. Dat de Belgische wetgever voldoende vertrouwen heeft in de rechtsprekende macht is sierend, maar zou er niet toe mogen leiden dat slechts met één oog naar buitenlandse veroordelingen wordt gekeken. Dit zou op zich al voldoende moeten zijn om tot een schending van het gelijkheidsbeginsel te besluiten, zeker indien in het achterhoofd wordt gehouden dat de argumenten om een uitzondering te maken op het gelijkwaardigheidsbeginsel vrij gemakkelijk weerlegd kunnen worden en geenszins dermate drastische gevolgen verantwoorden. Dit wordt alleen maar versterkt door de vaststelling dat de meerderheid van de situaties binnen het toepassingsgebied van artikel 99*bis*, tweede lid Strafwetboek evengoed binnen het toepassingsgebied van artikel 65, tweede lid Strafwetboek hadden kunnen vallen, ware het niet dat ook een andere lidstaat geïnteresseerd bleek in de vervolging van de beklaagde voor een deel van de feiten. Voorlopig lijkt eenoog evenwel koning te blijven in het land der blinden.

45. In het verlengde van en in zekere mate zelfs losstaand van deze juridische en conceptuele discussie, die pas beslecht zal kunnen worden wanneer een gelijkaardige zaak wordt voorgelegd aan het Hof van Justitie of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, kan evenwel niet langer ontkend worden dat het hoog tijd is om het tij te keren en de (politiek geïnspireerde?) beslissing om geen rekening te houden met buitenlandse veroordelingen in het voordeel van een beklaagde om te zetten in een, indien niet juridisch, dan wel politiek geïnspireerde beslissing om wél rekening te houden met buitenlandse veroordelingen in het voordeel van een beklaagde. Minstens twee redenen nopen tot deze conclusie. Ten eerste maakt de bovenstaande analyse, zoals eerder vermeld, op een pijnlijke wijze duidelijk dat momenteel te veel verantwoordelijkheid wordt gelegd bij rechters, die de straftoemingsbeslissing op zodanige wijze dienen te nemen dat zowel artikel 99*bis* van het Strafwetboek als het gelijkheidsbeginsel ten volle worden gerespecteerd. Op zich is het geenszins problematisch en zelfs noodzakelijk dat rechters over een beoordelingsvrijheid beschikken om in elke individuele zaak de gepaste straf te kunnen opleggen¹⁴⁶ en is dat, in het licht van de kort-door-de-bochtbenadering van artikel 99*bis* Strafwetboek zelfs de enige manier om een eventuele schending van het gelijkheidsbeginsel te vermijden.¹⁴⁷ Zij dienen daartoe evenwel te roeien met riemen waar zij tot op heden niet over beschikken. Een roep naar meer duidelijkheid en de noodzaak van middelen om op een consistente wijze om te gaan met buitenlandse veroordelingen klinkt luider dan ooit.¹⁴⁸ Niet in elke zaak zullen de huidig ter beschikking staande middelen volstaan voor een rechter om het gelijkheidsbeginsel ten volle te waarborgen. De vaststaande rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zou een rechter zelfs kunnen verplichten om in elke individuele zaak na te gaan of het risico op straffeloosheid bij toepassing van artikel 65, tweede lid van het Strafwetboek zich *in casu* stelt, hetgeen een onmogelijke opgave en last zou zijn. Het is dan ook niet logisch om die verantwoordelijkheid wel bij diezelfde rechter te leggen. Een tweede reden die daarmee verband houdt, heeft betrekking op het wederzijds vertrouwen als hoeksteen van een eengemaakte Europese

¹⁴⁵ N. AUDENAERT, "Turning a Blind Eye to the Equality Paradox: The Case-Study of Prior Foreign Convictions in the EU" (in voorbereiding).

¹⁴⁶ HvJ 11 juni 2020, C-634/18, ECLI:EU:C:2020:455, Prokuratura Rejonowa w Slupsku.

¹⁴⁷ EHRM 21 september 2010, nr. 31874/07, Santos Couto/Portugal.

¹⁴⁸ Zie ook N. AUDENAERT, "Roeien zonder riemen. Een empirische evaluatie van de samenloopregels in nationale en transnationale situaties" (in voorbereiding).

judiciële ruimte: hoewel het strafrecht van de lidstaten van de Europese Unie geenszins geharmoniseerd werd, zijn zij wel allen gehouden om voldoende fundamentele en procedurele waarborgen in hun nationale strafrecht op te nemen. Het is minstens paradoxaal te noemen dat op de principiële gelijkstelling van buitenlandse met nationale veroordelingen, die gebaseerd is op dat wederzijds vertrouwen, onmiddellijk een voorbehoud wordt geformuleerd dat in haar volledigheid wordt gekenmerkt door een misplaatst (overigens niet altijd wederzijds)¹⁴⁹ wantrouwen. Hoewel het Kaderbesluit 2008/675/JBZ de uitzondering van artikel 99*bis* van het Strafwetboek uitdrukkelijk toelaat,¹⁵⁰ zou dit de Belgische wetgever niet zonder meer mogen ontslaan van de verplichting om meer onderzoek te verrichten naar de mogelijkheden om aan buitenlandse veroordelingen alsnog meer belang te hechten, zeker indien een gegronde reden om dat niet te doen alvast niet lijkt te bestaan en indien er wel vertrouwen in een buitenlands rechtssysteem blijkt te bestaan als dit een beklagde tot nadeel zou strekken. Het beginsel van wederzijds vertrouwen heeft immers pas betekenis indien daarop slechts in uiterste noodzaak, en bij voorkeur helemaal geen, uitzonderingen worden gemaakt. Zelfs indien er geen juridische reden zou bestaan om de ooglappen van Vrouwe Justitia af te nemen, bestaan er met andere woorden genoeg politieke redenen om dat alsnog te doen.

¹⁴⁹ Er zijn immers meer lidstaten die wél voorzien in een volledige gelijkstelling van buitenlandse veroordelingen of volwaardige alternatieven daartoe. Zie N. AUDENAERT en W. DE BONDT, *Prosecuting and Punishing Multi-Offenders in the EU*, Gompel&Svacina, Oud-Turnhout, 2021.

¹⁵⁰ De discussie over de noodzaak om deze uitzondering al dan niet op te nemen verliep daarbij trouwens niet geheel zonder slag of stoot.