CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. BOBEK
van 25 juli 2018 [1]

Zaak C-310/16

Spetsializirana prokuratura
tegen
Petar Dzivev,
Galina Angelova,
Georgi Dimov,
Milko Velkov

[verzoek van de Spetsializiran nakazatelen sad (bijzondere strafrechter, Bulgarije) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie – Bestrijding van fraude met belasting over de toegevoegde waarde (btw) – Fiscale strafbare feiten – Doeltreffende inning van de btw – Omvang van de verplichtingen van de lidstaten – Beperkingen die voortvloeien uit de grondrechten van de Europese Unie of uit de nationale grondrechten – In strijd met het nationaal recht verkregen bewijs – Aftappen van telecommunicatieverkeer – Ontbreken van bevoegdheid van de rechterlijke instantie voor het geven van de bevelen tot aftappen van telecommunicatieverkeer”

I. Inleiding

1. Petar Dzivev wordt ervan beschuldigd aan het hoofd te staan van een criminele organisatie die heeft gefraudeerd met de belasting over de toegevoegde waarde (btw). Om bewijzen van zijn betrokkenheid te verzamelen, werd telecommunicatieverkeer afgetapt (door middel van telefoontaps). Sommige van deze opnamen werden echter bevolen door een rechter die kennelijk niet bevoegd was om dat bevel te geven. Bovendien waren sommige bevelen niet naar behoren gemotiveerd. Volgens het Bulgaarse recht is het aldus verzamelde bewijs onwettig en kan het niet worden gebruikt in een strafprocedure tegen Dzivev.

2. In deze feitelijke en juridische context wenst de Spetsializiran nakazatelen sad (bijzondere strafrechter, Bulgarije) te vernemen of het Unierecht zich in een zaak als de onderhavige verzet tegen de toepassing van bepalingen van nationaal recht die het gebruik verbieden van bewijzen die zijn verkregen door telefoontaps die zijn bevolen door een rechter die daartoe niet bevoegd was, en/of die niet naar behoren zijn gemotiveerd, indien uit die bewijzen zou kunnen worden aangetoond dat Dzivev betrokken was bij een strafbaar feit ter zake van de btw.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

3. Hoe ver reikt de in artikel 325 VWEU neergelegde verplichting van de lidstaten om de financiële belangen van de Europese Unie te beschermen? Kan – of moet – een nationale regel buiten toepassing worden gelaten indien deze de juiste en volledige inning van de btw – onder meer door middel van het opleggen van sancties wegens fraude of andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Europese Unie worden geschaad – lijkt te belemmeren?

4. Het valt niet te ontkennen dat de snelle ontwikkeling van de recente rechtspraak van het Hof over deze kwestie niet zonder controverse en, op zijn zachtst gezegd, interne onenigheid is verlopen. Eerst wees het Hof het arrest in de zaak Taricco.[2] Daarna volgden de arresten in de zaak M.A.S. en M.B.[3] (hierna: „M.A.S.") en in de zaak Scialdone[4], waarin een andere (en een, tenminste naar mijn mening, redelijkere) koers leek te worden aangehouden. Onlangs nog werd het arrest gewezen in de zaak Kolev[5] (dat eerder lijkt terug te keren naar het standpunt in Taricco). Gezien de andere beslissingen van het Hof die rond die rechtspraak draaien, kan het inderdaad nogal moeilijk zijn om te achterhalen wat de huidige juridische situatie is. In deze conclusie wil ik daarom uitleggen waarom de juiste benadering van het arrest Taricco en zijn opvolgers volgens mij die is waarbij wordt gekeken door de lens van de arresten M.A.S. en Scialdone, en niet door die van het arrest Kolev.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Handvest van de grondrechten

5. Volgens artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") „heeft eenieder recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie".

6. Volgens artikel 48, lid 2, wordt „[a]an eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, [...] de eerbiediging van de rechten van de verdediging gegarandeerd".

2. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

7. Overeenkomstig artikel 325, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: „VWEU") bestrijden „[d]e Unie en de lidstaten [...] fraude en alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad, met overeenkomstig dit artikel te nemen maatregelen die afschrikkend moeten werken en in de lidstaten, alsmede in de instellingen, organen en instanties van de Unie, een doeltreffende bescherming moeten bieden".

2 Arrest van 8 september 2015, Taricco e.a. (C-105/14, EU:C:2015:555).

3 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).

4 Arrest van 2 mei 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295).

5 Arrest van 5 juni 2018, Kolev e.a. (C-612/15, EU:C:2018:392).

3. Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen

8. Artikel 1, lid 1, van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (hierna: „PIF-overeenkomst”) [6] luidt:

„Voor de toepassing van deze Overeenkomst wordt onder fraude waardoor de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen worden geschaad, verstaan:

[...]

b) wat de ontvangsten betreft, elke opzettelijke handeling of elk opzettelijk nalaten waarbij:

– valse, onjuiste of onvolledige verklaringen of documenten worden gebruikt of overgelegd, met als gevolg dat de middelen van de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen of van de door of voor de Europese Gemeenschappen beheerde begrotingen wederrechtelijk worden verminderd;

– met hetzelfde gevolg, in strijd met een specifieke verplichting informatie wordt achtergehouden;

– met hetzelfde gevolg, van een rechtmatig verkregen voordeel misbruik wordt gemaakt.”

9. Artikel 2, lid 1, bepaalt: „Elke lidstaat neemt de nodige maatregelen opdat op de in lid 1 bedoelde gedragingen, alsmede medeplichtigheid aan, uitlokking van of poging tot de in artikel 1, lid 1, bedoelde gedragingen, doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sancties worden gesteld, met inbegrip, ten minste bij ernstige fraude, van vrijheidsstraffen die aanleiding kunnen geven tot uitlevering; als ernstige fraude wordt aangemerkt iedere fraude waarmee een door elke lidstaat te bepalen minimumbedrag is gemoeid. Dit minimumbedrag mag niet hoger zijn dan 50 000 [EUR].”

4. Besluit 2007/436

10. In artikel 2, lid 1, van besluit 2007/436/EG, Euratom wordt bepaald [7]:

„De op de algemene begroting van de Europese Unie opgevoerde eigen middelen worden gevormd door de ontvangsten uit:

[...]

b) onverminderd het bepaalde in lid 4, tweede alinea, de toepassing van een voor alle lidstaten geldend uniform percentage op de btw-grondslag die op uniforme wijze is vastgesteld volgens communautaire voorschriften. De hiertoe in aanmerking te nemen grondslag mag niet meer bedragen dan 50 % van het bni van elke lidstaat, als omschreven in lid 7;

[...]”

6 Overeenkomst opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (PB 1995, C 316, blz. 49).

7 Besluit van de Raad van 7 juni 2007 betreffende het stelsel van eigen middelen van de Europese Gemeenschappen (PB 2007, L 163, blz. 17).

5. Btw-richtlijn

11. Artikel 250, lid 1, van richtlijn 2006/112/EG („btw-richtlijn”) [8] luidt: „Iedere belastingplichtige moet een btw-aangifte indienen waarop alle gegevens staan die nodig zijn om het bedrag van de verschuldigde belasting en van de aftrek vast te stellen, daarbij inbegrepen, voor zover zulks voor de vaststelling van de grondslag nodig is, het totale bedrag van de handelingen waarop deze belasting en deze aftrek betrekking hebben, alsmede het bedrag van de vrijgestelde handelingen.”

12. Artikel 273 luidt als volgt: „De lidstaten kunnen, onder voorbehoud van gelijke behandeling van door belastingplichtigen verrichte binnenlandse handelingen en handelingen tussen de lidstaten, andere verplichtingen voorschrijven die zij noodzakelijk achten ter waarborging van de juiste inning van de btw en ter voorkoming van fraude, mits deze verplichtingen in het handelsverkeer tussen de lidstaten geen aanleiding geven tot formaliteiten in verband met een grensoverschrijding [...].”

B. Nationaal recht

13. Artikel 32, lid 2, van de Bulgaarse grondwet voorziet in een verbod op het aftappen van het telecommunicatieverkeer van een persoon, behalve in gevallen die bij wet zijn voorzien.

14. In artikel 121, lid 4, van de grondwet is bepaald dat rechterlijke beslissingen moeten worden gemotiveerd.

15. Het aftappen van telecommunicatieverkeer is geregeld in de artikelen 1 tot en met 3, 6 en 12 tot en met 18 van de Zakon za spetsialnite razuznavatelni sredstva (wet inzake de bijzondere opsporingsmethoden; hierna: „ZSRS”) en de artikelen 172 tot en met 177 van het Wetboek van strafvordering. Zoals de verwijzende rechter heeft toegelicht, kan telecommunicatieverkeer zowel vóór (vooronderzoek) als na de inleiding van de strafprocedure worden afgetapt. Wanneer telecommunicatieverkeer vóór de inleiding van de strafprocedure moet worden afgetapt, wordt dit verzocht door een orgaan van het Ministerstvo na vatreshnite raboti (ministerie van Binnenlandse Zaken) – in casu de Direktor na Glavna direktsia za borba s organiziranata prestapnost (directeur van de hoofddirectie voor de bestrijding van georganiseerde criminaliteit). Na de inleiding van de procedure wordt het verzoek ingediend door de openbaar aanklager. Op dat verzoek moet worden vermeld wie wordt afgeluisterd (of welke telefoonaansluiting wordt afgetapt) en welk strafbaar feit wordt onderzocht.

16. Het aftappen van telecommunicatieverkeer is slechts rechtmatig indien daartoe vooraf toestemming is verleend, hetzij door de president, hetzij door de vicepresident van een rechterlijke instantie die bevoegd is om over het verzoek te beslissen door middel van een niet voor beroep vatbare rechterlijke beslissing.

17. Op 1 januari 2012 is de Zakon za izmenenie i dopalnenie na Nakazatelno-protsesualnia kodeks (wet tot wijziging en aanvulling van het Wetboek van strafvordering; hierna: „ZIDNPK”) betreffende de oprichting en werking van de Spetsializiran nakazatelen sad in werking getreden. Bij die wet zijn de bevoegdheden inzake de vervolging van criminele organisaties overgedragen van de Sofiyski gradski sad (rechter voor de stad Sofia, Bulgarije) op de Spetsializiran nakazatelen sad (bijzondere strafrechter). Overeenkomstig § 5 ZIDNPK is de bevoegdheid voor het geven van bevelen tot het aftappen van telecommunicatieverkeer eveneens overgedragen aan de Spetsializiran nakazatelen sad.

8 Richtlijn van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (PB 2006, L 347, blz. 1).

18. Krachtens § 9, lid 2, ZIDNPK werden bestaande en lopende strafprocedures verder behandeld door de tot dan toe bevoegde organen. Op 6 maart 2012 werd die bepaling verder gewijzigd, zodat de rechterlijke toetsing van bevelen tot het aftappen van telecommunicatieverkeer nog steeds wordt uitgevoerd door de rechter die vóór 1 januari 2012 bevoegd was.

III. Feiten, procedure en prejudiciële vragen

19. Petar Dzivev, Galina Angelova, Georgi Dimov en Milko Velkov (hierna: „verweerders") worden ervan beschuldigd tussen 1 juni 2011 en 31 maart 2012 deel te hebben uitgemaakt van een criminele organisatie. Zij zouden door middel van de vennootschap Karoli Kepital EOOD (hierna: „Karoli") fiscale strafbare feiten hebben begaan met het oogmerk zichzelf te bevoordelen. Daarmee zouden zij de vaststelling of voldoening hebben ontdoken van belastingen die de vennootschap verschuldigd was op grond van de Zakon za danak varhu dobavenata stoynost (wet op de belasting over de toegevoegde waarde). Deze vier personen worden ook verdacht van concrete fiscale strafbare feiten die door middel van de vennootschap zouden zijn begaan tussen 1 juni 2011 en 31 januari 2012. Het niet-aangegeven en niet-betaalde belastingbedrag in kwestie beloopt in totaal 372 667,99 Bulgaarse leva (BGN) (meer dan 190 000 EUR).

20. Voorafgaand aan de inleiding van de strafprocedure tegen verweerders – tussen 10 november 2011 en 2 februari 2012 – heeft de bevoegde autoriteit, de directeur van het hoofddirectoraat voor de bestrijding van georganiseerde criminaliteit, een verzoek ingediend om het telecommunicatieverkeer van verweerders af te tappen. De president van de Sofiyski gradski sad (rechter voor de stad Sofia, Bulgarije) heeft bij bevel toestemming verleend voor deze aftapmaatregel.

21. Naar aanleiding van de hervorming van 1 januari 2012 was de openbaar aanklager bevoegd om om telefoontaps te verzoeken. In maart 2012 heeft hij een bevel aangevraagd bij en verkregen van de president van de Spetsializiran nakazatelen sad. In dat bevel werd toestemming verleend voor het plaatsen van telefoontaps op bepaalde telefoonaansluitingen die door de vier verweerders werden gebruikt.

22. De Spetsializiran nakazatelen sad (bijzondere strafrechter) stelt vragen over de rechtmatigheidstoetsing van deze eerder toegestane telefoontaps, en wijst op twee problematische kwesties die zich in verband met deze bevelen voordoen. In de eerste plaats is er geen sprake van een behoorlijke motivering. De verwijzende rechter geeft in zijn verwijzingsbeslissing aan dat de betrokken bevelen tot plaatsing van telefoontaps slechts de tekst van de wettelijke voorschriften weergeven, maar geen (individuele, specifieke) gronden bevatten om deze te ondersteunen. Volgens de verwijzende rechter komt dit overeenkomstig het Bulgaars recht neer op een ontoereikende motivering. In de tweede plaats zouden sommige bevelen (die van januari en februari 2012) zijn gegeven door een rechterlijke instantie die niet bevoegd was, namelijk de Sofiyski gradski sad. De Sofiyski gradski sad had de verzoeken om plaatsing van telefoontaps naar de Spetsializiran nakazatelen sad moeten doorverwijzen, aangezien de Sofiyski gradski sad ten tijde van de feiten niet langer bevoegd was om dergelijke toestemmingen te verlenen.

23. Voorts merkt de verwijzende rechter op dat er stelselmatig fouten zijn gemaakt bij het geven van de bevelen tot het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden, met name bij de plaatsing van telefoontaps, die vervolgens door ambtenaren op nationaal niveau aan het licht zijn gebracht. Dit heeft uiteindelijk geleid tot een wijziging van het toepasselijke recht.

24. De verwijzende rechter merkt op dat de overgangsregeling van § 9 ZIDNPK niet duidelijk was over de vraag of deze ook gold voor lopende vooronderzoeken. Deze bepaling heeft kennelijk geleid tot een omvangrijke en tegenstrijdige rechtspraak. Niettemin heeft de Varhoven kasatsionen sad (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Bulgarije) in uitleggingsbeslissing[9] nr. 5/14 van 16 januari 2014 het beginsel van de uitsluitende bevoegdheid van het met de uitvoering van de strafrechtspleging belaste orgaan bevestigd. Op dit beginsel bestaan geen uitzonderingen. Volgens de verwijzende rechter kent het nationaal recht een bijzonder grote betekenis toe aan dit beginsel. Dit geldt met name in die gevallen waarin bijzondere opsporingsmethoden, waaronder de telefoontap, worden ingezet. In deze gevallen dient het bevel dus uitsluitend door de president (of de gemachtigde vicepresident) van de daartoe bevoegde rechterlijke instantie te worden gegeven. Indien het door een andere rechter in deze rechterlijke instantie of door de president of vicepresident van een andere rechterlijke instantie was gegeven, volgt daaruit ondubbelzinnig dat dit bevel onrechtmatig is en dat de ingediende bewijzen niet kunnen worden gebruikt. De beoordeling is gebaseerd op een louter formeel criterium, namelijk of het bevel is gegeven door een orgaan dat daartoe bevoegd was.

25. Zoals de verwijzende rechter verder heeft verklaard, zijn de bewijzen die zijn verkregen door de telefoontaps waarvoor toestemming was verleend door de niet-bevoegde rechter, de Sofiyski gradski sad, van fundamenteel belang voor de onderhavige zaak. Zij tonen duidelijk en onbetwistbaar de talrijke telefoongesprekken tussen Dzivev en de andere verweerders aan, alsook zijn leidende functie. Volgens het nationale recht kunnen deze bewijzen echter niet in strafzaken worden gebruikt, omdat zij op onrechtmatige wijze zijn verkregen, aangezien voor deze opsporingsmethode toestemming was verleend door een rechter die niet langer bevoegd was en die zijn bevelen kennelijk onvoldoende heeft gemotiveerd. De verwijzende rechter komt tot de slotsom dat Dzivev alleen met succes kan worden veroordeeld als die telefoongesprekken als bewijsmiddel kunnen worden gebruikt. Anders moet Dzivev worden vrijgesproken.

26. In deze feitelijke en juridische context heeft de Spetsializiran nakazatelen sad de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende vragen gesteld:

„1) Is het verenigbaar met:

– artikel 325, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, dat bepaalt dat de lidstaten maatregelen nemen met het oog op een doeltreffende bescherming tegen fraude en andere tegen de financiële belangen van de Europese Unie gerichte onwettige activiteiten;

– artikel 2, lid 1, juncto artikel 1, lid 1, onder b), van de PIF-overeenkomst juncto artikel 2, lid 1, onder b), van [besluit 2007/436], op grond waarvan elke lidstaat de nodige maatregelen neemt om de doeltreffende bestraffing van btw-ontduiking te waarborgen;

– artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest, dat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte bij een vooraf bij wet ingesteld gerecht waarborgt,

wanneer naar nationaal recht de bewijzen die zijn verkregen door de inzet van „bijzondere opsporingsmethoden", namelijk door middel van het plaatsen van een telefoontap op personen tegen wie later een aanklacht wegens belastingontduiking is uitgebracht, niet mogen worden gebruikt, aangezien het bevel ertoe is gegeven door een onbevoegde rechter, en daarbij aan de volgende voorwaarden is voldaan:

– op een eerder tijdstip (tussen een en drie maanden van tevoren) werd verzocht om een telefoontap op een deel van dit telefoonverkeer, welke werd bevolen door dezelfde rechter, waarbij deze op dat tijdstip nog bevoegd was;

9 De uitleggingsbeslissing is een rechtshandeling van de Varhoven kasatsionen sad, waarmee bindende aanwijzingen worden gegeven inzake de betekenis van een wettelijke bepaling.

– het verzoek om het bevel tot de betrokken telefoontap (tot verlenging van de eerdere telefoontap en tot plaatsing van een telefoontap op nieuwe aansluitingen) werd ingediend bij dezelfde rechter, die niet meer bevoegd was, aangezien zijn bevoegdheid vlak daarvoor was overgedragen aan een andere rechter; de oorspronkelijke rechter heeft ondanks zijn ontbrekende bevoegdheid de gegrondheid van het verzoek onderzocht en het bevel gegeven;

– op een later tijdstip (ongeveer een maand later) werd opnieuw om het bevel tot plaatsing van een telefoontap op dezelfde aansluitingen verzocht, welk bevel door de thans daartoe bevoegde rechter werd gegeven;

– de gegeven bevelen zijn feitelijk geen van alle gemotiveerd;

– het rechtsvoorschrift waarop de bevoegdheidsoverdracht berustte was onduidelijk, leidde tot talrijke tegenstrijdige rechterlijke bevelen en bracht de Varhoven [kasatsionen] sad er derhalve toe, ongeveer twee jaar na de wettelijke bevoegdheidoverdracht en de betrokken telefoontap, een bindende uitleggingsbeslissing te geven;

– de rechter bij wie de onderhavige zaak aanhangig is, is niet bevoegd om te beslissen over verzoeken om inzet van bijzondere opsporingsmethoden (telefoontap); hij is evenwel bevoegd om zich uit te spreken over de rechtmatigheid van een geplaatste telefoontap, waarbij hij ook kan vaststellen dat een bevel niet in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en derhalve af kan zien van een beoordeling van de via deze weg verkregen bewijzen; deze bevoegdheid bestaat alleen wanneer een geldig bevel tot telefoontap is gegeven;

– het gebruik van deze bewijzen (telefoongesprekken van de verdachten die werden afgetapt op bevel van een rechter die zijn bevoegdheid reeds had verloren) is van fundamenteel belang voor de beslissing op de vraag naar de verantwoordelijkheid van de verdachte als leider van een criminele organisatie die werd opgericht met als doel het begaan van fiscale delicten op grond van de btw-wet, respectievelijk als aanstichter van de concrete fiscale delicten, waarbij hij enkel kan worden beschuldigd en veroordeeld wanneer deze telefoongesprekken als bewijzen mogen worden gebruikt; anders dient hij te worden vrijgesproken[?].

2) Is het in prejudiciële zaak C-614/14 gewezen arrest op het onderhavige geval van toepassing?”

27. Op 25 juli 2016 heeft de verwijzende rechter naar aanleiding van het arrest van het Hof in zaak C-614/14 [10] besloten de tweede vraag in te trekken. Hij was van oordeel dat deze vraag niet langer relevant was, aangezien het Hof daarop reeds een nuttig antwoord had gegeven.

28. Bij beslissing van 12 mei 2017 heeft de president van het Hof overeenkomstig artikel 55, lid 1, onder b), van het Reglement voor de procesvoering de procedure voor het Hof opgeschort in afwachting van de beslissing in de zaak M.A.S. [11] De procedure werd op 12 december 2017 hervat na de uitspraak van het arrest van het Hof in die zaak.

29. De Poolse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

10 Arrest van 5 juli 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514).

11 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).

IV. Beoordeling

30. Deze conclusie is als volgt opgebouwd. Ten eerste zal ik nagaan welke bepalingen van het Unierecht van toepassing zijn op deze zaak en in het licht van die bepalingen zal ik de gestelde vraag anders formuleren (A). Ten tweede zal ik een overzicht geven van de relevante rechtspraak over de verplichtingen van de lidstaten met betrekking tot de bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie (B). Ten derde zal ik op basis van die rechtspraak voorstellen om (redelijke) beperkingen te stellen aan (een voor het overige nogal verstrekkende) verplichting tot (doeltreffende) bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie (C). Tot slot zal ik nog ingaan op de specifieke vraag van de verwijzende rechter (D).

A. Toepasselijk recht en herformulering van de prejudiciële vraag

1. Welke bepalingen van het Unierecht zijn van toepassing in deze zaak?

31. In zijn vraag vermeldt de verwijzende rechter verschillende bepalingen van het Unierecht, namelijk artikel 325, lid 1, VWEU, artikel 2, lid 1, en artikel 1, lid 1, onder b), van de PIF-overeenkomst, artikel 2, lid 1, onder b), van besluit 2007/436 en artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest.

32. In de eerste plaats zijn in artikel 325, lid 1, VWEU de verplichtingen van de Europese Unie en de lidstaten vastgesteld om fraude en alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Europese Unie worden geschaad te bestrijden met afschrikkende en doeltreffende maatregelen. Volgens vaste rechtspraak moet onder het begrip „financiële belangen van de Europese Unie" worden verstaan de inkomsten en uitgaven die binnen de begroting van de Europese Unie vallen, alsook die welke binnen de begroting van andere bij de Verdragen opgerichte organen of instanties vallen. Ontvangsten uit de toepassing van een uniform percentage op de btw-grondslag die op uniforme wijze is vastgesteld, vallen onder de eigen middelen van de Europese Unie.

33. Op die grond heeft het Hof bevestigd dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de inning van de btw-ontvangsten met eerbiediging van het toepasselijke Unierecht en de terbeschikkingstelling van de overeenkomstige btw-middelen aan de begroting van de Europese Unie „aangezien elk mankement in de inning van de btw-ontvangsten potentieel tot verlaging van de btw-middelen van de Europese Unie leidt".[12] De bescherming van de Uniebegroting vereist dus een volledige en juiste inning van de btw. Aangezien de vermeende strafbare feiten in deze zaak de inning van btw zouden hebben belemmerd, is artikel 325, lid 1, VWEU van toepassing.

34. In de tweede plaats moet het begrip „ontvangsten" volgens artikel 1, lid 1, onder b), van de PIF-overeenkomst ruim worden uitgelegd omdat daarin wordt verwezen naar „de middelen van de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen of van de door of voor de Europese Gemeenschappen beheerde begrotingen". Het Hof heeft in het arrest Taricco bevestigd dat dit begrip „de ontvangsten [omvat] uit de toepassing van een uniform percentage op de btw-grondslag die op uniforme wijze is vastgesteld volgens voorschriften van de Unie".[13] Het staat uiteindelijk aan de verwijzende rechter om, gelet op de feiten van deze zaak, na te gaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde fiscale strafbare feiten inderdaad onder het begrip fraude in de zin van artikel 1, lid 1, onder b), van de PIF-overeenkomst vallen. Op basis van de door de nationale rechter aangevoerde feiten kan echter worden aangenomen dat dit inderdaad het geval is, gelet op de ruime uitlegging van btw-fraude als bedoeld in artikel 1, lid 1, onder b), van de PIF-overeenkomst.

12 Zie arresten van 15 november 2011, Commissie/Duitsland (C-539/09, EU:C:2011:733, punt 72); 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punt 26); 8 september 2015, Taricco e.a. (C-105/14, EU:C:2015:555, punt 38); 7 april 2016, Degano Trasporti (C-546/14, EU:C:2016:206, punt 22), en 16 maart 2017, Identi (C-493/15, EU:C:2017:219, punt 19).

13 Arrest van 8 september 2015, Taricco e.a. (C-105/14, EU:C:2015:555, punt 41), en bevestigd door het Hof in arrest van 2 mei 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, punt 36).

35. In de derde plaats vermeldt de verwijzende rechter naast artikel 325, lid 1, VWEU en de PIF-overeenkomst ook besluit 2007/436. Ingevolge artikel 2, lid 1, onder b), van besluit 2007/436 worden de eigen middelen van de Europese Unie gevormd door de inkomsten uit de toepassing van een uniform percentage op de btw-grondslag die op uniforme wijze is vastgesteld volgens Unievoorschriften. Dit besluit heeft echter geen betrekking op de aard en de omvang van de verplichtingen van de lidstaten om deze belangen te beschermen. Dat besluit lijkt dus alleen relevant voor de vaststelling van de strekking van het begrip „financiële belangen van de Europese Unie" met het oog op de toepassing van andere bepalingen van het Unierecht op de onderhavige zaak.

36. In de vierde plaats is de btw-richtlijn, hoewel zij niet uitdrukkelijk door de verwijzende rechter wordt vermeld, eveneens relevant in het kader van zaken zoals de onderhavige.[14] Krachtens artikel 206 van die richtlijn zijn belastingplichtigen gehouden de btw te voldoen bij de indiening van de in artikel 250, lid 1, van die richtlijn bedoelde aangifte. Artikel 273 van de btw-richtlijn laat de lidstaten de vrijheid om maatregelen te nemen om te waarborgen dat de btw wordt voldaan. Zij kunnen andere verplichtingen voorschrijven die zij noodzakelijk achten ter waarborging van de juiste inning van de btw en ter voorkoming van fraude. De lidstaten blijven vrij in hun keuze van eventueel op te leggen sancties, op voorwaarde dat de opgelegde sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.[15] Deze bepalingen lijken hier relevant voor zover zij de lidstaten ook verplichten passende maatregelen te nemen om de juiste inning van de btw te waarborgen en aldus de financiële belangen van de Europese Unie te beschermen.

37. Naar mijn mening volgt uit het voorgaande dat artikel 325, lid 1, VWEU, artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, van de PIF-overeenkomst, en artikel 206, artikel 250, lid 1, en artikel 273 van de btw-richtlijn de relevante bepalingen zijn in de onderhavige zaak. Hoewel er enkele verschillen zijn[16], zijn de uit deze bepalingen voortvloeiende rechten en verplichtingen in de praktijk verregaand gelijk en kunnen zij dus samen worden beoordeeld.

38. Tot slot wil ik nog iets zeggen over de toepasselijkheid van het Handvest. De Commissie betoogt dat de grondrechten niet kunnen worden aangetast indien het Unierecht *niet* in de weg staat aan de toepassing van de betrokken nationale wetgeving. De door de verwijzende rechter gestelde vraag zou dus hypothetisch zijn voor wat betreft een mogelijke schending van het Handvest.

39. De logica van dat argument is mij duidelijk: indien het Hof, zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen voorstelt, besluit dat het Unierecht zich niet verzet tegen de betrokken nationale regels, dan zou het niet nodig zijn om verder te onderzoeken of het buiten toepassing laten van die regels in overeenstemming zou zijn met de grondrechten.

40. Ik denk echter niet dat het Handvest in een zaak zoals de onderhavige bij wijze van spreken alleen dient als „reservedijk" voor het geval er al een bepaalde, misschien zelfs nogal twijfelachtige, uitlegging van de materiële regels van de Europese Unie over een bepaalde kwestie is gegeven. Het Handvest en de bepalingen ervan sijpelen door in de gehele rechtsorde van de Europese Unie. Het Handvest is dus reeds van toepassing en relevant voor de „primaire uitlegging" van de betrokken materiële regels: in casu artikel 325, lid 1, VWEU, de PIF-overeenkomst en de btw-richtlijn, die in het licht van het Handvest moeten worden uitgelegd. Op die manier beperkt de eerbiediging van het Handvest dus reeds het denkbare scala aan mogelijkheden voor de uitlegging van deze bepalingen, met name het tamelijk grenzeloze argument van de doeltreffendheid.

14 Voor andere zaken in verband met strafprocedures tegen vermeende overtreders van de btw-wetgeving waarbij de btw-richtlijn ook relevant werd geacht, zie arresten van 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105); 20 maart 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197), en 2 mei 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295).

15 Zie bijvoorbeeld arresten van 21 september 1989, Commissie/Griekenland (68/88, EU:C:1989:339, punt 24), en 3 mei 2005, Berlusconi e.a. (C-387/02, C-391/02 en C-403/02, EU:C:2005:270, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

16 Met name de PIF-overeenkomst, die duidelijk vereist dat bepaalde gedragingen die de financiële belangen van de Europese Unie boven een bepaalde drempel schaden, strafbaar worden gesteld, terwijl zowel artikel 325, lid 1, VWEU als de btw-richtlijn de lidstaten in dit opzicht meer beoordelingsruimte laten – arrest van 2 mei 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, punt 34-36).

41. Om deze redenen is de kwestie die met betrekking tot de grondrechten aan de orde wordt gesteld niet hypothetisch. De relevante bepalingen van het Handvest, met name artikel 7 (eerbiediging van het privéleven) en artikel 48, tweede alinea (eerbiediging van de rechten van de verdediging), zijn van toepassing op de onderhavige zaak.

2. Herformulering van de vraag van de nationale rechter

42. De vraag van de verwijzende rechter is tamelijk gedetailleerd. Als ik de vraag in de context van de verwijzingsbeslissing lees, heb ik de indruk dat er met name bezorgdheid bestaat over twee aspecten van de wijze waarop er voor de betrokken telefoontaps toestemming is verleend. In de eerste plaats zijn sommige bevelen tot plaatsing van telefoontaps gegeven door een rechter die kennelijk niet langer bevoegd was: de precieze inhoud en omvang van de bevoegdheid was onduidelijk na de goedkeuring van een wetswijziging. In de tweede plaats waren de bevelen niet naar behoren gemotiveerd, zoals het nationale recht voorschrijft.

43. Uit deze twee feitelijke vaststellingen, die uitsluitend ter beoordeling van de verwijzende rechter staan, trekt die rechter op grond van het nationaal recht de volgende conclusie: de bewijzen zijn onrechtmatig verkregen en kunnen in een strafprocedure niet worden gebruikt. Wederom is het de uitsluitende bevoegdheid en verantwoordelijkheid van de nationale rechter om de feiten onder de toepasselijke bepalingen van nationaal recht onder te brengen.

44. In het kader van deze prejudiciële procedure worden beide elementen als een feit beschouwd. Dat punt wil ik heel duidelijk benadrukken, gezien de uiteenlopende uitleggingen die de rechters in Bulgarije sinds de doorvoering van de wetswijziging schijnen te hanteren voor de bepaling van de rechter die bevoegd is om de plaatsing van telefoontaps te bevelen. Het is ongetwijfeld niet aan het Hof om het nationale recht uit te leggen, noch om te oordelen over de juiste uitlegging ervan door de nationale rechters.

45. Daarom zal ik, zonder op enigerlei wijze een standpunt in te nemen of goed te keuren ten aanzien van de vraag welke nationale rechter bevoegd was om de aan de orde zijnde telefoontaps te bevelen, en zonder de normen te bespreken op grond waarvan bevelen tot plaatsing van telefoontaps moeten worden gemotiveerd, uitgaan van de aanname dat de bewijzen volgens nationaal recht onrechtmatig zijn verkregen door middel van de bevelen tot plaatsing van telefoontaps, en dat als gevolg daarvan de nationale versie van de „uitsluitingsregel", op grond waarvan dergelijke bewijzen niet in een strafprocedure kunnen worden gebruikt, op geldige wijze is toegepast.

46. Gelet op deze verduidelijkingen kan de vraag die aan het Hof is voorgelegd als volgt worden geherformuleerd: verzetten artikel 325, lid 1, VWEU, artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, van de PIF-overeenkomst en de artikelen 206, 250 en 273 van de btw-richtlijn, uitgelegd in het licht van het Handvest, zich gelet op de specifieke omstandigheden van het hoofdgeding tegen de toepassing van nationale bepalingen inzake de toelaatbaarheid van bewijs, op grond waarvan onrechtmatig verkregen bewijzen buiten beschouwing moeten worden gelaten?

B. Relevante rechtspraak

47. De doeltreffende inning van de btw is in een aantal arresten van het Hof aan de orde gesteld.[17] Meer recentelijk heeft het Hof echter bijzondere aandacht besteed aan situaties waarin een strafprocedure is ingesteld tegen personen die worden verdacht van strafbare feiten ter zake van de btw of douanerechten, en aan de kwestie van de (on)doeltreffendheid van de nationale regels of praktijken die in die procedures werden toegepast. In dit deel worden de belangrijkste opmerkingen van het Hof in de arresten in die zaken uiteengezet.

48. Ten eerste heeft het Hof in het arrest Åkerberg Fransson[18] geoordeeld dat krachtens artikel 325 VWEU en artikel 2, artikel 250, lid 1, en artikel 273 van de btw-richtlijn, en artikel 4, lid 3, VEU, elke lidstaat verplicht is alle passende wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen te treffen om te waarborgen dat de btw op zijn grondgebied wordt geïnd, om fraude te voorkomen, en om andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Europese Unie worden geschaad te bestrijden[19].

49. Het Hof heeft echter ook duidelijk gemaakt dat de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van deze verplichtingen op grond van artikel 51, lid 1, van het Handvest de grondrechten van de Europese Unie dienen te eerbiedigen.[20] In een situatie waarin het optreden van de lidstaten niet volledig door het Unierecht wordt bepaald, kan een nationale autoriteit of rechterlijke instantie nog steeds nationale maatstaven voor de bescherming van de grondrechten toepassen, op voorwaarde dat deze toepassing niet afdoet aan het door het Handvest geboden beschermingsniveau, zoals uitgelegd door het Hof, noch aan de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht.[21]

50. In de latere zaken Taricco[22] en M.A.S.[23] werd het Hof gevraagd of het legaliteitsbeginsel de doeltreffende inning van de btw zou kunnen beperken.

51. In het arrest Taricco heeft het Hof in de eerste plaats opnieuw gewezen op de verplichtingen van de lidstaten uit hoofde van artikel 325 VWEU, artikel 2, lid 1, van de PIF-overeenkomst.[24] Het Hof oordeelde dat nationale bepalingen inzake de stuiting van de verjaring, die tot gevolg zouden hebben dat ernstige fraude in een groot aantal gevallen niet strafrechtelijk wordt bestraft, onverenigbaar zijn met het Unierecht omdat zij niet doeltreffend en afschrikkend zijn.[25]

52. Vervolgens heeft het Hof zich gebogen over de gevolgen van de onverenigbaarheid van die nationale bepalingen met het Unierecht en over de rol van de nationale rechter. Het oordeelde dat artikel 325, leden 1 en 2, VWEU rechtstreekse werking hebben. Bijgevolg moest elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving van rechtswege buiten toepassing blijven.[26] Het Hof herinnerde er echter aan dat mocht de nationale rechter beslissen om de betrokken nationale bepalingen buiten toepassing te laten, hij tevens erop moet toezien dat de fundamentele rechten van de betrokkenen worden geëerbiedigd.[27] Een dergelijke niet-toepassing van het nationale recht zou hoe dan ook de rechten van

17 Voor recente voorbeelden over de doeltreffende inning van de btw, maar niet in het kader van strafprocedures, zie bijvoorbeeld arresten van 7 april 2016, Degano Trasporti (C-546/14, EU:C:2016:206), en 16 maart 2017, Identi (C-493/15, EU:C:2017:219).

18 Arrest van 26 februari 2013 (C-617/10, EU:C:2013:105).

19 Arrest van 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punten 25 en 26). Zie in dat verband ook arresten van 17 juli 2008, Commissie/Italië (C-132/06, EU:C:2008:412, punten 37 en 46), en 28 oktober 2010, SGS Belgium e.a. (C-367/09, EU:C:2010:648, punten 40-42).

20 Arrest van 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punt 27).

21 Arrest van 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punt 29). Zie in het kader van het Europees aanhoudingsbevel ook arrest van 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punt 60).

22 Arrest van 8 september 2015, Taricco e.a. (C-105/14, EU:C:2015:555).

23 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).

24 Arrest van 8 september 2015, Taricco e.a. (C-105/14, EU:C:2015:555, punten 36 en 37).

25 Arrest van 8 september 2015, Taricco e.a. (C-105/14, EU:C:2015:555, punt 47).

26 Arrest van 8 september 2015, Taricco e.a. (C-105/14, EU:C:2015:555, punten 51 en 52).

27 Arrest van 8 september 2015, Taricco e.a. (C-105/14, EU:C:2015:555, punt 53).

de verdachten, zoals gewaarborgd door artikel 49 van het Handvest, niet schenden. Dat komt omdat daaruit noch een veroordeling van de verdachten wegens een handelen of nalaten dat ten tijde van dat handelen of nalaten geen strafbaar feit vormde waarop naar nationaal recht een strafsanctie stond zou volgen, noch toepassing van een sanctie waarin op datzelfde tijdstip naar nationaal recht niet was voorzien. [28]

53. Ongeveer een jaar later werd het Hof in de zaak M.A.S. verzocht zijn benadering te herzien. De verwijzende rechter in die zaak, de Corte costituzionale (grondwettelijk hof, Italië), twijfelde aan de verenigbaarheid van de benadering in de zaak Taricco met de grondbeginselen van de Italiaanse constitutionele orde, met name met het (nationale) beginsel van legaliteit (van sancties). De Corte costituzionale argumenteerde dat de voorrang van het Unierecht niet zo ver mag gaan dat de nationale identiteit die besloten ligt in de krachtens artikel 4, lid 2, VEU beschermde basisstructuur van de lidstaat, wordt aangetast.

54. In zijn antwoord herhaalde het Hof de verplichtingen van de lidstaten uit hoofde van artikel 325, lid 1, VWEU – dat rechtstreekse werking heeft – en de verplichting voor de nationale rechterlijke instanties om strijdige nationale verjaringsregels buiten toepassing te laten. [29] Het Hof heeft aan het arrest Taricco echter ook twee belangrijke beperkingen toegevoegd. Ten eerste benadrukte het Hof dat het primair de verantwoordelijkheid van de nationale wetgever is om verjaringsregels vast te stellen die het mogelijk maken te voldoen aan de uit artikel 325 VWEU voortvloeiende verplichtingen. [30] Ten tweede merkte het Hof op dat de verjaringsregeling voor strafbare feiten ter zake van de btw ten tijde van de feiten nog niet geharmoniseerd was door de Uniewetgever. [31] In deze context kunnen nationale autoriteiten en rechterlijke instanties nationale maatstaven voor de bescherming van de grondrechten toepassen onder de voorwaarden die zijn vastgesteld in het arrest Åkerberg Fransson. [32]

55. Het Hof merkte voorts op dat de vereisten van voorzienbaarheid, nauwkeurigheid en niet-terugwerkende kracht van de strafwet, die inherent zijn aan het legaliteitsbeginsel [33], in het Italiaanse rechtsstelsel ook van toepassing waren op de verjaringsregeling. Het Hof oordeelde dan ook dat indien nationale rechters aldus oordelen dat de verplichting om de litigieuze nationale bepalingen buiten toepassing te laten, ingaat tegen het legaliteitsbeginsel, zij dan niet gehouden zouden zijn aan deze verplichting te voldoen, ook al zou door de nakoming ervan een einde kunnen worden gemaakt aan een nationale situatie die met het Unierecht onverenigbaar is. [34]

56. Sinds het arrest M.A.S. heeft de Grote kamer van het Hof nog drie arresten gewezen die betrekking hebben op de uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen van de lidstaten inzake de doeltreffende bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie in het algemeen en de inning van btw in het bijzonder.

57. Ten eerste herhaalde het Hof in het arrest Scialdone dat het bij gebreke van harmonisatie van de sancties op het gebied van de btw aan de lidstaten is om in overeenstemming met hun procedurele en institutionele autonomie te beslissen over de sancties die van toepassing zijn op overtredingen van de btw-regels, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen. [35] Ten tweede verklaarde het Hof in het arrest Menci dat de lidstaten vrij zijn in hun keuze

28 Arrest van 8 september 2015, Taricco e.a. (C-105/14, EU:C:2015:555, punten 55-57).

29 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punten 30-36 en 38 en 39).

30 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punt 41).

31 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punt 44).

32 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punten 46 en 47).

33 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punten 51 en 52).

34 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, paragrafen 58-61).

35 Arrest van 2 mei 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, punten 25 en 29).

van de sancties voor strafbare feiten ter zake van de btw, mits zij de grondrechten, en met name het in artikel 50 van het Handvest neergelegde ne-bis-in-idembeginsel, eerbiedigen. Het oordeelde dat de cumulatie van strafrechtelijke en administratieve vervolgingsmaatregelen en sancties onder bepaalde voorwaarden verenigbaar is met artikel 50. [36]

58. Ten derde is ook het meest recente arrest, in de zaak Kolev [37], voor de onderhavige zaak van bijzonder belang. In die zaak werd het verzoek om een prejudiciële beslissing eveneens ingediend door de Spetsializiran nakazatelen sad in Bulgarije. De zaak betrof echter een nationale regeling die voorziet in de beëindiging van de strafprocedure op verzoek van de verdachte indien een termijn van meer dan twee jaar is verstreken sinds de inleiding van het strafrechtelijk onderzoek en indien de openbaar aanklager het strafrechtelijk onderzoek niet heeft beëindigd.

59. Het Hof herhaalde dat de lidstaten krachtens artikel 325, lid 1, VWEU doeltreffende en afschrikkende sancties moeten vaststellen voor inbreuken op de douanewetgeving en benadrukte vervolgens dat de lidstaten er ook voor moeten zorgen dat de strafprocedureregels het mogelijk maken inbreuken in verband met dergelijke handelingen doeltreffend te bestraffen. [38] Het Hof voegde daar nog aan toe dat het in de eerste plaats aan de nationale wetgever staat om te waarborgen dat de procedurele regeling die van toepassing is op de vervolging van strafbare feiten waardoor de financiële belangen van de Europese Unie worden geschaad, niet aldus is dat deze, om redenen inherent aan die regeling, een stelselmatig risico inhoudt dat feiten die dergelijke strafbare feiten uitmaken, onbestraft blijven, en om de grondrechten van de verdachten te beschermen. De nationale rechter moet op zijn beurt de uit artikel 325, lid 1, VWEU voortvloeiende verplichtingen ook onmiddellijk ten uitvoer leggen en er daarbij op toezien dat de grondrechten worden nageleefd. [39] In elk geval kan de nationale rechter niet gelasten dat de strafprocedure wordt beëindigd op de enkele grond dat de beëindiging van de procedure de gunstigere optie zou zijn voor de verdachten. [40]

60. Ten slotte is er nog het arrest dat uitdrukkelijk door de verwijzende rechter is aangehaald: WebMindLicenses [41]. Die zaak had betrekking op de manier waarop de verhouding tussen een administratieve procedure en een strafprocedure vorm werd gegeven en de rechten van de belastingplichtigen daarin. Er werd ook uitdrukkelijk een vraag gesteld over het gebruik van door middel van afluistering van telefoongesprekken verkregen bewijzen om het bestaan van misbruik inzake de btw aan te tonen. De verwijzende rechter vroeg of de belastingdienst zijn beslissing kan doen steunen op de in het kader van een strafprocedure verkregen bewijzen, met inbegrip van door het afluisteren van telefoongesprekken verkregen bewijzen.

61. Het Hof oordeelde dat artikel 4, lid 3, VEU, artikel 325 VWEU en artikel 2, artikel 250, lid 1, en artikel 273 van de btw-richtlijn zich er niet tegen verzetten dat de belastingdienst, teneinde het bestaan van misbruik inzake btw aan te tonen, gebruik kan maken van bewijzen die in een parallelle nog niet afgesloten strafprocedure buiten medeweten van de belastingplichtige zijn verkregen, op voorwaarde dat de door het Unierecht gewaarborgde rechten, met name die welke in het Handvest zijn opgenomen, worden geëerbiedigd. [42]

36 Arrest van 20 maart 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, punten 40-62).

37 Arrest van 5 juni 2018, Kolev e.a. (C-612/15, EU:C:2018:392).

38 Arrest van 5 juni 2018, Kolev e.a. (C-612/15, EU:C:2018:392, punten 53 en 55).

39 Arrest van 5 juni 2018, Kolev e.a. (C-612/15, EU:C:2018:392, punt 66).

40 Arrest van 5 juni 2018, Kolev e.a. (C-612/15, EU:C:2018:392, punt 75).

41 Arrest van 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832).

42 Arrest 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punt 68).

62. Kortom, het is kennelijk vaste rechtspraak dat artikel 325, lid 1, VWEU, als op zichzelf staande bepaling, of in samenhang met artikel 2, lid 1, van de PIF-overeenkomst, of met artikel 2, artikel 250 en artikel 273 van de btw-richtlijn, de lidstaten ertoe verplicht alle maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om de financiële belangen van de Europese Unie te beschermen, waaronder doeltreffende en afschrikkende administratieve of strafrechtelijke sancties.

63. De omvang van de verplichtingen van de lidstaten op dit gebied is groot. Daaronder vallen niet alleen individuele sancties, maar ook alle toepasselijke regels van het nationale recht, met inbegrip van de strafprocedureregels.[43] Het Unierecht beoogt te waarborgen dat de betrokken nationale regels, ongeacht de procedurele of materiële aard ervan en ongeacht of dit door middel van het nationale recht dan wel het Unierecht gebeurt, geen belemmering vormen voor het opleggen van een doeltreffende en afschrikkende sanctie.

64. De rechtspraak is echter even duidelijk over het feit dat de uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen van de lidstaten in beginsel worden beperkt door de grondrechten.[44] Ongeacht of de regels die direct of indirect betrekking hebben op sancties ter zake van de btw of douanerechten, zijn geharmoniseerd, zijn de Europese Unie en de lidstaten bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden gebonden aan de grondrechten, zoals volgt uit artikel 51, lid 1, van het Handvest.

C. Doeltreffende inning van de btw en de beperkingen daarvan

65. Grofweg samengevat wordt in de onderhavige zaak in wezen (opnieuw) de volgende kwestie aan de orde gesteld: kan een nationale rechter, ter wille van de „doeltreffende inning" van de btw (of andere eigen middelen van de Europese Unie), selectief nationale bepalingen buiten toepassing laten, zoals regels inzake verjaring en verjaringstermijnen (Taricco, M.A.S.), financiële drempels voor strafbaarstelling (Scialdone), termijnen die van toepassing zijn op de beëindiging van het strafrechtelijk onderzoek (Kolev) of, zoals in de onderhavige zaak, nationale regels inzake de toelaatbaarheid van bewijzen in strafprocedures die op onrechtmatige wijze zijn verkregen, indien de naleving van deze regels zou betekenen dat de verdachte onbestraft blijft?

66. Het – eveneens enigszins vereenvoudigde – antwoord van het Hof op die specifieke vraag varieert van „ja, indien dit in een groot aantal gevallen gebeurt" (Taricco), tot „nee, het is aan de nationale wetgever om dergelijke stelselmatige tekortkomingen te verhelpen" (M.A.S. en Scialdone), tot „in eerste instantie nee, maar eigenlijk ja, indien dit stelselmatig gebeurt, mits de grondrechten van de verdachten worden geëerbiedigd" (Kolev).

67. Ik zie niet in hoe de laatste benadering – in het arrest in de zaak Kolev – in de praktijk door nationale rechters zou kunnen worden gevolgd. Een nationale rechter wordt geacht de in strafprocedures geldende nationale bepalingen die hij onverenigbaar acht met het rechtstreeks toepasselijke artikel 325, lid 1, VWEU buiten toepassing te laten, maar hij moet die regels alleen buiten toepassing laten wanneer dat niet leidt tot een resultaat dat de grondrechten van de verdachte schendt. Maar hoe moeten die dan worden vastgesteld? Verdienen niet alle rechten van de verdachte een zorgvuldige naleving, binnen de grenzen van het recht op een eerlijk (straf)proces en/of de rechten van de verdediging? Of zijn er rechten die minder belangrijk zijn („tweederangsrechten"), die door elke nationale rechter afzonderlijk moeten worden vastgesteld en vervolgens selectief ter zijde moeten worden geschoven wanneer ze toevallig een veroordeling mochten verhinderen?

43 Zie in die zin met name arrest van 5 juni 2018, Kolev e.a. (C-612/15, EU:C:2018:392, punt 55).

44 Zie met betrekking tot het ne-bis-in-idembeginsel ook arrest van 20 maart 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, punt 21).

68. Het lijkt er dus op dat dit specifieke aspect van de rechtspraak nog verder moet worden uitgewerkt. In dit deel zal ik een aantal suggesties doen over de manier waarop we die rechtspraak kunnen conceptualiseren en verder kunnen uitwerken. Daarbij wordt er zeker van uitgegaan dat de lidstaten hun verplichtingen uit hoofde van artikel 325, lid 1, VWEU en alle andere hierboven besproken toepasselijke bepalingen van het Unierecht moeten nakomen.[45] Tevens wordt ten volle erkend dat deze verplichtingen zich kunnen uitstrekken tot om het even welk onderdeel van het nationale recht dat deze verplichtingen daadwerkelijk ten uitvoer legt.[46] Bovendien moeten ze op een doeltreffende manier ten uitvoer worden gelegd. In dit deel zal ik mij echter vooral buigen over de oorsprong en de omvang van de beperkingen van deze verstrekkende verplichtingen (delen 1, 2 en 3); de vraag of deze beperkingen verschillen naargelang van de soort nationale regel in kwestie (deel 4); en ten slotte, en misschien wel het belangrijkst, de maatregelenkwestie: stel dat een dergelijke onverenigbaarheid wordt vastgesteld, welke gevolgen heeft dit dan voor de afzonderlijke hangende (en mogelijk andere lopende) zaken (deel 5)?

69. Eerlijkheidshalve moet van meet af aan worden erkend dat de hier bepleite benadering gebaseerd is op de stellige overtuiging dat de in de zaken M.A.S. en Scialdone gevolgde benadering – en niet die in de zaken Taricco en Kolev – de juiste benadering is voor wat betreft de potentiële (stelselmatige) tekortkomingen van de lidstaten bij de doeltreffende inning van de btw (of de bescherming van andere financiële belangen van de Europese Unie).

1. Harmonisatiemaatregel van de Europese Unie

70. Het onderzoek naar *wat voor soort* regels, waarden of belangen zouden kunnen worden gebruikt om het vereiste van een doeltreffende bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie in evenwicht te brengen of te beperken, en *op welke wijze* dit gebruik dient plaats vinden, begint noodzakelijkerwijs met de analyse van de aard van de Unierechtelijke bepalingen die in de onderhavige zaak van toepassing zijn.

71. In het arrest M.A.S. heeft het Hof benadrukt dat de verjaringsregeling voor strafbare feiten ter zake van de btw ten tijde van de feiten van de hoofdzaak nog niet geharmoniseerd was door de Uniewetgever, en dat deze harmonisatie sindsdien pas gedeeltelijk had plaatsgevonden.[47]

72. Wat betekent „harmonisatie” in deze context precies en wat houdt het bestaan of de afwezigheid van een harmonisatiemaatregel van de Europese Unie in?

73. Ten eerste moet worden opgemerkt dat het enigszins misleidend kan zijn om van „harmonisatie” te spreken in het debat. Het probleem is dat het begrip „harmonisatie” een vorm van sectorale analyse impliceert, waarbij naar het hele rechtsgebied of naar een specifiek wetgevingsinstrument wordt gekeken. Zou een „gedeeltelijke harmonisatie” of „minimale harmonisatie” binnen deze specifieke werkingssfeer, wat deze ook mag zijn, bovendien dezelfde gevolgen hebben als een „volledige harmonisatie”?

74. De feitelijke toetsing lijkt dus veeleer te liggen in de vraag of er in het Unierecht een duidelijke regel of reeks van regels bestaat die tot doel heeft een specifiek aspect van een bepaald gebied uitputtend te regelen, waardoor de lidstaten in feite de mogelijkheid wordt ontnomen autonome regels vast te stellen. Een dergelijke toetsing is meer gericht op een micro-analyse, waarbij wordt gekeken naar een specifieke regel of, in het beste geval, naar een specifiek en welomschreven aspect van het Unierecht.

45 Zie de punten 31 tot en met 37.

46 En dus handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht – zie mijn conclusie in de zaak Ispas (C-298/16, EU:C:2017:650, punten 26-65) voor een gedetailleerde bespreking in de specifieke context van de btw-inning.

47 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punt 44). Zie vervolgens ook arrest van 2 mei 2018 in de zaak Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, punten 25 en 33).

75. Het arrest Melloni [48] en de in artikel 4 bis van kaderbesluit 2002/584 [49] vervatte regels inzake de gronden tot weigering van de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel in geval van een *bij verstek* uitgesproken veroordeling kunnen in dit verband als voorbeeld dienen. De in deze bepaling vervatte regels bestrijken immers uitputtend een aspect van de procedure van het Europees aanhoudingsbevel en verzetten zich dus tegen autonome nationale regels over hetzelfde onderwerp. De toetsing van het bestaan van een „harmonisatiemaatregel" van de Europese Unie zoals hierboven uiteengezet, is uitgevoerd op het niveau van artikel 4 bis van het kaderbesluit en de situaties waarop dit betrekking heeft. Dat betekent echter niet dat het kaderbesluit het gehele onderwerp bestrijkt (los van hoe het iss gedefinieerd, en ongeacht of het de gehele uitleveringsprocedure van het EAB of de strafprocedure als zodanig omvat).

76. Het is waar dat voor een dergelijk anticiperend effect niet altijd een volledige „tekstuele overeenstemming" nodig is tussen de regel(s) van het Unierecht en de nationale regels. Een dergelijke „harmonisatie" en het daaruit voortvloeiende anticiperende effect zouden ook van meer functionele aard kunnen zijn. Hoewel er geen uitdrukkelijke regel wordt vastgesteld, kan het bestaan van andere duidelijke regels, althans wat onderling verbonden kwesties betreft, bepaalde regels van de lidstaten verhinderen of inperken voor zover het feitelijke voorwerp van de zaak binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. [50]

77. Ten tweede heeft het bestaan van duidelijke regels die een bepaald aspect van een breder terrein uitputtend regelen, een natuurlijk gevolg: het sluit autonome maatregelen van de lidstaten uit. Zodra de Uniewetgever maatregelen heeft vastgesteld die een bepaalde kwestie volledig regelen, is er voor de lidstaten geen regelgevingsruimte meer om hun eigen regels vast te stellen, tenzij deze maatregelen louter gericht zijn op de uitvoering van Unieregels en daarbij niet verder gaan dan wat deze Unieregels toestaan.

78. Ten derde moet worden onderstreept dat in elke afzonderlijke zaak moet worden bepaald hoe dicht de feitelijke situatie in het hoofdgeding bij de betrokken harmonisatiemaatregel staat. Hoe duidelijk, precies en volledig de toepasselijke Unieregel ook is, wanneer de feiten van het hoofdgeding slechts in geringe mate verband blijken te houden met die regel, behouden de lidstaten de vrijheid om hun eigen autonome regels vast te stellen, ook al valt het geschil formeel nog steeds binnen de werkingssfeer van het Unierecht.

79. Er is dus duidelijk sprake van een schaal. Aan de ene kant bevinden zich zaken waarin een nationale regel onder een „geharmoniseerde" norm van de Europese Unie valt, hetzij rechtstreeks op basis van de tekst ervan, hetzij omdat die regel en die norm zo dicht bij elkaar liggen dat zij functioneel met elkaar verweven zijn (zoals in de zaak Melloni). Bekijken we de andere kant van de schaal, die verder afstaat van een duidelijke Unieregel, dan zullen er zaken zijn waarin de regel op nationaal niveau nog steeds enig verband houdt met een bepaling van het Unierecht, maar dat verband zwakker wordt. Onder deze categorie valt bijvoorbeeld de rechtspraak van het Hof over sancties ter zake van de btw, zoals het arrest Åkerberg Fransson of het arrest Scialdone. Het woord „sancties" wordt, met de passende bijvoeglijke naamwoorden, weliswaar genoemd in de desbetreffende bepalingen van het Unierecht, maar deze zijn zeker niet gedetailleerd genoeg om duidelijke Unieregels te vormen met betrekking tot de specifieke elementen voor het opleggen van sancties wegens strafbare feiten ter zake van de btw die in dergelijke zaken naar voren worden gebracht. Tot slot bevinden zich aan het uiteinde van de schaal zaken die weliswaar nog steeds binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, maar betrekking hebben op nationale regels die ver afstaan van duidelijke Unieregels ter zake. Kwesties zoals die welke aan de orde zijn gesteld in de zaak Ispas (toegang tot het dossier in

48 Arrest van 26 februari 2013 (C-399/11, EU:C:2013:107).

49 Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten – verklaringen van sommige lidstaten bij de aanneming van het kaderbesluit (PB 2002, L 190, blz. 1).

50 Zie bijvoorbeeld opnieuw in de context van het EAB, arrest van 30 mei 2013, F. (C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, punten 37, 38 en 56).

een btw-procedure), de zaak Kolev (termijnen van toepassing op de beëindiging van het strafrechtelijk onderzoek) of zelfs in de onderhavige zaak, houden dus op de een of andere manier nog steeds verband met de *inning* van de btw. Maar er is enige verbeelding nodig om het woord „inning" te verbinden met die feitelijke situaties.

80. Hoe dichter een situatie bij een duidelijk omschreven vereiste van het Unierecht ligt, des te minder vrijheid heeft de lidstaat en des te meer uniformiteit zal er zijn. Omgekeerd beschikken de lidstaten bij een zaak die nog steeds binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, naarmate die zaak verder afstaat van een duidelijke en specifieke Unieregel, over meer vrijheid, waardoor er meer diversiteit mogelijk is. Om terug te grijpen naar een metafoor die reeds in een iets andere context is gebruikt [51], maar hetzelfde idee vastlegt: hoe dichter men zich bij een vuurtoren bevindt, des te sterker is het licht van die bron, dat alle andere bronnen doet verduisteren. Naarmate men zich verder van de vuurtoren verwijdert, zal het licht steeds meer afnemen, zich geleidelijk vermengend met het licht van andere bronnen.

2. De Unierechtelijke of nationale oorsprong van de beperkingen van de doeltreffende inning van de btw

81. In het arrest M.A.S. merkte het Hof voorts op dat de verjaringsregeling voor strafbare feiten ter zake van de btw ten tijde van de feiten van de hoofdzaak nog niet geharmoniseerd was door de Uniewetgever. Onmiddellijk na die constatering oordeelde het Hof dat het de Italiaanse Republiek destijds dus vrijstond in haar rechtsorde te bepalen dat die regeling, zoals de voorschriften die verband houden met de delictsomschrijving en de straftoemeting, deel uitmaakt van het materiële strafrecht, zodat daarvoor het legaliteitsbeginsel inzake delicten en straffen geldt. [52]

82. Met deze verklaring heeft het Hof op een nog niet geharmoniseerd gebied de toepassing aanvaard van een specifieke, nationale uitlegging van een grondrecht (het legaliteitsbeginsel), dat zowel door het Unierecht als door het nationale recht wordt beschermd.

83. Betekent dit dat de doeltreffende inning van de btw altijd wordt beperkt door zowel Unierechtelijke als nationale bepalingen inzake grondrechten? Het antwoord hangt af van de inhoud van de nationale regel in kwestie en, zoals in het vorige deel is aangegeven, van de overlapping met of de nabijheid van een „geharmoniseerde" regel.

84. Kortom, er zijn twee situaties denkbaar: *In de eerste situatie* valt de toepasselijke nationale regel in kwestie volledig onder de regels die op Unieniveau tekstueel zijn geharmoniseerd of komt deze nationale regel functioneel zo dicht bij die regels te liggen dat hij in werkelijkheid door de toepassing van die regels overbodig wordt gemaakt. In dat geval zullen de voorbehouden bij en beperkingen van die regels, alsook de afweging van die voorbehouden en beperkingen tegen die regels, een „horizontaal" karakter hebben, en wel met betrekking tot de belangen, waarden en grondrechtelijke normen van Unierechtelijke oorsprong. [53] *In de tweede situatie* wordt de nationale regel in kwestie niet als zodanig tekstueel of (nagenoeg) functioneel overbodig gemaakt, maar valt hij nog steeds binnen de werkingssfeer van het Unierecht. In dat geval zullen dergelijke beperkingen, met inbegrip van de grondrechtelijke beperkingen, van beide stelsels afkomstig zijn: (minimale) normen van het Unierecht – aangezien de lidstaat binnen de werkingssfeer van het Unierecht optreedt en er geen door het Unierecht verplicht optreden kan plaatsvinden zonder dat artikel 51, lid 1, van het Handvest van toepassing is –, naast nationaalrechtelijke beperkingen, die in dergelijke gevallen ook een hoger beschermingsniveau kunnen bieden.

51 Zie mijn conclusie in de zaak Ispas (C-298/16, EU:C:2017:650, punten 61-65).

52 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punten 44 en 45).

53 Hieronder vallen ook situaties die volledig door het Unierecht worden bepaald via harmonisatiemaatregelen, waarbij een lidstaat zich echter op artikel 4, lid 2, VEU beroept om cruciale regels of beginselen met betrekking tot de rechtsorde van die lidstaat te waarborgen, zoals een nationale waarde of een grondrecht, met inbegrip van een specifieke uitlegging van een uit hoofde van het Unierecht beschermd recht. Via deze bepaling van primair recht schrijft het Unierecht immers zelf voor dat dergelijke regels en beginselen moeten worden geëerbiedigd.

85. Dit onderscheid verklaart waarom het Hof in de zaak Melloni de toepassing van een nationale beschermingsnorm heeft uitgesloten, terwijl het dat in de zaak M.A.S. uitdrukkelijk heeft toegestaan.

86. In de zaak Melloni werd de in de nationale procedure aan de orde zijnde situatie bepaald door een duidelijke reeks regels uit kaderbesluit 2002/584.[54] Het was derhalve niet mogelijk om op basis van enige nationaalrechtelijke bepaling in samenhang met artikel 53 van het Handvest een nieuwe grond tot weigering van de tenuitvoerlegging toe te voegen aan die van het kaderbesluit, ook al vond die grond zijn oorsprong in de grondwet van de lidstaat. Volgens het Hof zou dit afbreuk doen aan de beginselen van wederzijds vertrouwen en wederzijdse erkenning, die het kaderbesluit beoogt te versterken, en zou de doelmatigheid van dit kaderbesluit dus in het gedrang komen doordat de uniformiteit van de in dit kaderbesluit vastgestelde grondrechtenbescherming ter discussie wordt gesteld.[55]

87. Met andere woorden, behalve in zeer uitzonderlijke omstandigheden[56], is alleen de grondrechtelijke norm van de Europese Unie van toepassing in een situatie van wetgevende uniformiteit van de wetgeving op Unieniveau waarin een Uniemaatregel duidelijke en uitputtende vereisten heeft gesteld met betrekking tot een specifieke kwestie. In een dergelijk geval wordt ervan uitgegaan dat de Uniewetgever reeds een afweging heeft gemaakt tussen de bescherming van de grondrechten enerzijds en de algemene doeltreffendheid van de betrokken maatregel met het oog op de doelstellingen ervan anderzijds. Indien nodig kan die afweging voor het Hof worden aangevochten op basis van de Unienorm voor de bescherming van de grondrechten als maatstaf voor de toetsing van de betrokken harmonisatiemaatregel van de Europese Unie. De grondrechten zullen uiteindelijk dus door het Hof worden beschermd, waarbij rekening wordt gehouden met het feit dat krachtens artikel 52, lid 3, van het Handvest het Unierechtelijke beschermingsniveau niet lager mag zijn dan het beschermingsniveau van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (hierna: „EVRM”).

88. Daarentegen was er noch in de zaak M.A.S., noch in de zaak Scialdone (of de zaak Åkerberg Fransson) sprake van een dergelijke „harmonisatie” in die zin dat de in die zaken aan de orde zijnde nationale regels hetzij rechtstreeks onder een duidelijke bepaling van het Unierecht zouden vallen, hetzij functioneel zouden worden uitgesloten door die bepaling. Bijgevolg golden voor de uitoefening van deze beoordelingsvrijheid twee soorten beperkingen. Enerzijds blijven de lidstaten onderworpen aan de Unierechtelijke vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid[57] en aan de door het Handvest gewaarborgde minimale normen voor de bescherming van de grondrechten[58]. Anderzijds kunnen de lidstaten, vanwege de uitoefening van hun beoordelingsvrijheid, bij de toetsing van de in het kader van die beoordelingsvrijheid vastgestelde regels ook hun eigen grondrechtsopvattingen toepassen, mits die regels niet minder bescherming bieden dan het Handvest, overeenkomstig artikel 53 daarvan.

89. Tot slot moet nog een opmerking worden gemaakt over de vereiste mate van „eenheid” of „uniformiteit” met betrekking tot deze laatste situaties. Een steeds terugkerende verklaring van het Hof is dat een nationale autoriteit of rechterlijke instantie nog steeds nationale maatstaven voor de bescherming van de grondrechten kan toepassen, op voorwaarde dat deze toepassing niet afdoet aan het door het Handvest geboden beschermingsniveau, zoals uitgelegd door het Hof, noch aan de voorrang, eenheid en doeltreffendheid van het Unierecht.[59]

54 Zie punt 75.

55 Arrest van 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punt 63).

56 Zie voetnoot 53.

57 Zie in dit verband arrest van 2 mei 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, punt 29).

58 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punt 47).

59 Zie met name arresten van 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punt 29); 26 februari 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punt 60); 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punt 47), en 5 juni 2018, Kolev e.a. (C-612/15, EU:C:2018:392, punt 75).

90. Toegegeven, ik vind het enigszins moeilijk om de praktische werking van die voorwaarden te conceptualiseren, in het bijzonder de vereisten van „eenheid" die in de tweede voorwaarde zijn opgenomen. De termijnen voor het indienen van een btw-aangifte kunnen in dit verband als voorbeeld dienen. In artikel 250, lid 1, van de btw-richtlijn is weliswaar bepaald dat er regelmatig btw-aangiften moeten worden ingediend, maar hoe die aangiften administratief precies moeten worden uitgevoerd (met welke frequentie, in welk formaat of binnen welke termijnen) is evenwel niet vastgelegd. Deze laatste aspecten zijn dus niet „geharmoniseerd" in de zin van het vorige deel en vallen dus onder het gebied waarop de lidstaten discretionaire beoordelingsvrijheid behouden. Die nationale regels zullen per definitie variëren en uiteenlopen, maar een dergelijke nationale differentiatie is natuurlijk mogelijk, op voorwaarde dat die regels de voorrang, de algemene doeltreffendheid en de in het Handvest vastgestelde minimale beschermingsnormen niet in het gedrang brengen.

91. Hoewel de vereisten van voorrang, eenheid en doeltreffendheid, en in het bijzonder die van „eenheid", uiteraard relevant zijn voor de nationale toepassing van geharmoniseerde regels van de Europese Unie, moeten zij misschien niet *letterlijk* worden genomen op gebieden waarop de lidstaten beoordelingsvrijheid behouden.

3. De rol van het Handvest

92. Afhankelijk van de vraag of de situatie in kwestie volledig wordt bepaald door het Unierecht in de zin van de voorgaande delen, zal het Handvest een intrigerende dubbelrol spelen als beperking voor de doeltreffende inning van de btw. In zaken die volledig onder een regel of een reeks regels van het Unierecht vallen, stelt het de gemeenschappelijke *maximale norm* vast. Voor zaken die buiten een dergelijke harmonisatie van het Unierecht vallen, voorziet het Handvest in een *minimumdrempel* voor de bescherming van de grondrechten.

93. Ten eerste zal het Handvest bij harmonisatie als plafond fungeren. Aangezien de toepassing van nationale beschermingsnormen op grond van artikel 53 uitgesloten is, is het Handvest de enige maatstaf voor de grondrechten aan de hand waarvan harmonisatiemaatregelen van de Europese Unie – of nationale maatregelen die deze strikt ten uitvoer leggen – zullen worden beoordeeld. In dit verband schrijft artikel 52, lid 3, voor dat de uit het Handvest voortvloeiende beschermingsnorm ten minste even hoog moet zijn als de norm van het EVRM, terwijl artikel 52, lid 1, garandeert dat de inperkingen van de grondrechten duidelijk beperkt zijn en niet verder gaan dan wat nodig is om bijvoorbeeld de bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie te waarborgen. Deze bepalingen garanderen dat het Handvest zelf een hoog niveau van bescherming van de grondrechten moet waarborgen door *doeltreffende* beperkingen te stellen aan de inning van de btw. Aangezien het Handvest een integrerend deel vormt van het primaire recht van de Europese Unie, is het ook gebaat bij vereisten van voorrang, eenheid en doeltreffendheid. Het staat op gelijke voet met andere bepalingen van primair recht van de Europese Unie, zoals artikel 325 VWEU, en het is aan het Hof om te zorgen voor een juist evenwicht tussen grondrechten en concurrerende waarden of belangen.

94. Ten tweede stelt het Handvest, bij gebrek aan harmonisatie, een minimumdrempel vast, ook wanneer het Unierecht de lidstaten enige vrijheid laat om hun eigen wetgevings- of uitvoeringsbepalingen [60] vast te stellen. Uit artikel 53 blijkt duidelijk dat de grondwetten van de lidstaten – maar ook het internationale recht – in hogere beschermingsnormen kunnen voorzien dan die waarin het Handvest voorziet.

60 Op de in de punten 79 en 80 genoemde schaal zou dat dus zowel de middenweg (zoals de zaak Åkerberg Fransson of de zaak Scialdone) als natuurlijk de uiteinden van de schaal (zoals in de zaak Ispas en de zaak Kolev) omvatten.

95. Nogmaals, wordt in een dergelijke situatie „de voorrang, de eenheid en de doeltreffendheid" van het Unierecht aangetast? Hoe minder harmonisatie er is, des te kleiner is de kans dat de voorrang, de eenheid en de doeltreffendheid van het Unierecht per definitie worden ondermijnd. De toepassing van een nationale beschermingsnorm gaat weliswaar gepaard met diversiteit, en niet met uniformiteit, doch bij gebreke van harmonisatie is de nationale beschermingsnorm alleen van toepassing op de – min of meer ruime – beoordelingsvrijheid die het Unierecht zelf aan de lidstaten laat. Het is dus het nationale optreden, en niet het optreden van de Europese Unie, dat wordt afgemeten aan de strengere maatstaf van de nationale grondwet. Met andere woorden, hoe ruimer de beoordelingsvrijheid van de lidstaten, hoe minder gevaar er bestaat voor de voorrang, de eenheid en de doeltreffendheid van het Unierecht.

4. Materiële of procedurele aard van nationale strafrechtelijke regels

96. In de zaak M.A.S. rees de vraag of de betrokken verjaringsregeling materieel of procedureel van aard was en dus of het legaliteitsbeginsel ook op deze regeling betrekking had. Aangezien het Italiaanse rechtsstelsel dergelijke regelingen als materieel erkent, heeft het Hof aanvaard dat, bij gebreke van harmonisatie van deze regels, de uitlegging van het legaliteitsbeginsel van het Italiaanse recht van toepassing was. In de zaak M.A.S., en ook eerder in de zaak Taricco, deed deze vraag zich voor in de specifieke context van artikel 49 van het Handvest, en van de kwestie of de waarborgen van dat artikel betrekking hebben op „louter materiële" dan wel ook op „procedurele" strafrechtelijke regels.

97. Mede in het licht van de onderhavige zaak wordt evenwel de bredere vraag gesteld, die verder reikt dan de specifieke context van de waarborgen van artikel 49 van het Handvest. Zou (of moet) de hierboven uiteengezette redenering met betrekking tot de soort beperkingen van de „doeltreffende inning van de btw" anders luiden indien de betrokken nationale regeling van „materiële" in plaats van louter „procedurele" aard is? Moeten – in samenhang met de hierna te behandelen vraag hoe dergelijke potentiële tekortkomingen op nationaal niveau moeten worden verholpen – de gevolgen in dit opzicht dan ook verschillen, wederom afhankelijk van de vraag of in een individueel geval een procedurele dan wel een materiële (strafrechtelijke) regel potentieel buiten toepassing wordt gelaten?

98. Mijn antwoord op die vragen is duidelijk „nee", en wel om ten minste drie redenen.

99. Ten eerste is een dergelijke indeling problematisch, en zeer moeilijk toe te passen. Dit is reeds duidelijk zichtbaar in de specifieke context van artikel 49 van het Handvest[61], maar wordt, afgezien van deze bepaling, nog complexer in vergelijking met andere rechten van het Handvest. Zou een dergelijke indeling bovendien afhankelijk zijn van nationale taxonomieën of van die voor de gehele Europese Unie? Zouden deze laatste dan een „autonoom Unierechtelijk begrip" van een te definiëren rechtsregel vereisen?

100. Ten tweede ben ik nogal verbaasd over het impliciete gemak waarmee „louter procedurele" regels terzijde kunnen worden geschoven. Is een regel die vereist dat een openbaar aanklager binnen een bepaalde termijn een gerechtelijke procedure moet beginnen of de vervolging moet staken, zodat een persoon zich niet voor altijd in het strafrechtelijk onderzoek bevindt, slechts een bijkomend „element van de procedure"? Of is bijvoorbeeld het vereiste dat een rechter rechtsbevoegdheid heeft in een strafproces niet meer dan „procedurele franje"? In werkelijkheid zullen het in veel gevallen procedurele regels zijn die de grondrechten in dezelfde mate of zelfs meer kunnen beschermen dan de materiële regels. Zoals Rudolf von Jhering ooit opmerkte „is vorm de gezworen vijand van willekeur, de

61 Voor een verdere uitwerking, zie mijn conclusie in de zaak Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553, punten 146-163).

tweelingzus van vrijheid”.[62] Het valt dan ook nogal moeilijk in te zien hoe nationale rechters zich rechtsgeldig beroep zouden kunnen beroepen op het recht (en de rechtspraak) van de Europese Unie om de grondrechten in te perken door dergelijke „procedurele” bepalingen van het strafrecht buiten toepassing te laten.[63]

101. Ten derde, en vooral om de redenen die ik al elders heb aangevoerd[64], is het onderzoek naar de finesses van nationale of Europese juridische taxonomieën inherent ongeschikt voor de soort discussie die zou moeten plaatsvinden wanneer we het hebben over inperkingen van de grondrechten. Die discussie moet op het effect gericht zijn. Bij een doeltreffende bescherming van de grondrechten zou het namelijk moeten gaan om de justitiabele en het gevolg van een voorschrift voor zijn of haar positie, en niet om het classificerende etiket dat op die regel is geplakt.

5. Maatregelen

102. De arresten M.A.S. en Kolev maken duidelijk dat het in geval van onverenigbaarheid van nationale regels met het Unierecht *primair* de verantwoordelijkheid van de nationale wetgever is om deze onverenigbaarheid[65] op zodanige wijze aan te pakken dat een stelselmatig risico van straffeloosheid wordt vermeden[66]. In die arresten is echter, onder verwijzing naar de zaak Taricco, ook verklaard dat de rechtstreekse werking van artikel 325, lid 1, VWEU, in combinatie met het voorrangsbeginsel, de nationale rechterlijke instanties in beginsel de bevoegdheid geeft om onverenigbare regels buiten toepassing te laten.[67] Uit de zaak Kolev blijkt dat dit mandaat niet alleen inhoudt dat deze regels buiten toepassing moeten worden gelaten, maar kennelijk ook dat de nationale rechter enkele andere positieve maatregelen moet nemen die geen tekstuele grondslag in het nationale recht hebben, zoals de verlenging van de termijnen waarbinnen de openbaar aanklager moet optreden, of de vaststelling van de betrokken onregelmatigheden zelf.[68]

103. Om een aantal redenen ben ik van mening dat de rol van nationale rechterlijke instanties met betrekking tot nationale regels die de correcte inning van de btw kunnen belemmeren, zeker in lopende (straf)zaken, anders moet worden opgevat. Kortom, elke vaststelling van onverenigbaarheid zou beperkt moeten blijven tot een daartoe strekkende declaratoire verklaring, die vanwege de rechtszekerheid en de bescherming van de grondrechten van de verdachte niet mag worden toegepast op lopende zaken. Dit zou alleen voor de toekomst moeten gelden op structureel en procedureel niveau, mogelijk in combinatie met een inbreukprocedure op grond van artikel 258 VWEU.

104. Ten eerste moet er aan worden herinnerd dat de afweging van de doeltreffende bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie enerzijds, en de grondrechten anderzijds, over het geheel genomen een evenwichtsoefening is tussen doelstellingen en waarden van (zeker ten minste) gelijke status. Ook al moet de uitlegging van de in het Handvest erkende grondrechten binnen het kader van

62 „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit.” Het citaat vervolgt: „Denn die Form hält dem Versucher, der die Freiheit zur Zügellosigkeit zu verleiten sucht, das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen [...] und kräftigt sie dadurch nach innen und schützt sie nach außen.” – Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Teil 2, Bd. 2. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1858, blz. 497.

63 Ook in het licht van het feit dat overeenkomstig artikel 52, lid 1, van het Handvest *beperkingen* op de grondrechten *bij wet* moeten worden gesteld. Volgens een recente verklaring van het Hof „beantwoordt enkel een bepaling van algemene strekking aan de vereisten van duidelijkheid, voorzienbaarheid, toegankelijkheid en, meer in het bijzonder, bescherming tegen willekeur” [zie arrest van 15 maart 2017, Al Chodor (C-528/15, EU:C:2017:213, punt 43)]. Wel vraag ik me af hoe de zuiver juridische en nogal „dynamische” uitlegging van vereisten op grond van artikel 325, lid 1, VWEU aan die vereisten zou voldoen.

64 Zie mijn conclusie in de zaak Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553, punten 151 en 152).

65 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punt 41).

66 Arrest van 5 juni 2018, Kolev e.a. (C-612/15, EU:C:2018:392, punt 65).

67 Zie arresten van 8 september 2015, Taricco e.a. (C-105/14, EU:C:2015:555, punten 49 en 58), en 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punten 38 en 39).

68 Arrest van 5 juni 2018, Kolev e.a. (C-612/15, EU:C:2018:392, punten 68 en 69).

het bestel en van de doelstellingen van de Europese Unie worden verzekerd[69], de inperkingen van de grondrechten worden zelf door het Handvest beperkt, ongeacht of er sprake is van harmonisatie. Artikel 52, lid 1, verbiedt inbreuken op de wezenlijke inhoud van de daarin erkende rechten en vrijheden. Artikel 52, lid 3, vereist een minimaal beschermingsniveau dat overeenkomt met de normen van het EVRM.

105. Ten tweede kan een rechter, zoals in het arrest M.A.S. is herhaald, de regels inzake strafrechtelijke aansprakelijkheid niet in de loop van een strafprocedure verzwaren ten nadele van een met vervolging geconfronteerde persoon.[70] In deze context zie ik niet in hoe het selectief buiten toepassing laten van nationale strafrechtelijke of strafprocedurele bepalingen teneinde bijvoorbeeld een verjaarde of illegale vervolging voort te kunnen zetten, niet in tegenspraak zou zijn met die bevinding.

106. Ten derde zijn dergelijke resultaten in lopende strafprocedures onverenigbaar met redelijk geconcipieerde vereisten van voorzienbaarheid van het recht en de rechtszekerheid, waarbij deze beginselen in het kader van strafprocedures duidelijk een bijzonder gewicht hebben. Het rechtsstelsel van de Europese Unie is diffuus. Elke rechter in de lidstaten treedt op als een rechter die toeziet op de toepassing van het Unierecht. In het kader van dit gerechtelijk mandaat kan en moet elke nationale rechter passende procedurele consequenties verbinden aan een constatering van onverenigbaarheid die hij zelf – zonder verwijzing naar dit Hof – mag doen. Wanneer dit wordt uitgebreid tot het buiten toepassing laten van nationale strafprocedureregels door individuele rechters in de lidstaten op basis van hun eigen beoordeling, lijkt de strafrechtspleging het risico te lopen een (door de Europese Unie gesponsorde) loterij te worden.

107. Dit gevaar wordt nog vergroot door het feit dat het door het Hof vastgestelde katalyserende punt voor een dergelijke selectieve buitentoepassingverklaring van onverenigbare nationale regels, zelfs na de uitspraak in Kolev, onduidelijk blijft. In de zaak Taricco, waar de verwijzende rechter heeft verklaard dat strafprocedures in die mate lang duren dat in dat soort zaken „feitelijke straffeloosheid in Italië geen uitzondering, maar de norm is", heeft het Hof dit katalyserend punt vastgesteld op het moment dat de nationale rechter oordeelt dat de toepassing van de nationale bepalingen „in een groot aantal gevallen" een dergelijk effect zou hebben.[71] In de zaak Kolev lijkt die aanleidinggevende gebeurtenis te worden omschreven als „stelselmatige en voortdurende inbreuken op de douanewetgeving" die een „stelselmatig risico" lijken in te houden dat handelingen waardoor de financiële belangen van de Europese Unie worden geschaad, onbestraft blijven.[72]

108. In de zaak Kolev bleek de enige „stelselmatige en voortdurende inbreuk" in het hoofdgeding er echter in te bestaan dat een bepaalde openbare aanklager de verdachte in één bepaalde strafprocedure niet rechtsgeldig de juiste stukken kon betekenen. In die zin was de openbaar aanklager daar inderdaad *stelselmatig en voortdurend* niet toe in staat. Voor het overige lijkt het gehele „stelselmatige" probleem echter gebaseerd te zijn op één bevestiging van de verwijzende rechter. Het is vrij duidelijk wat voor soort (ditmaal werkelijk stelselmatige) problemen de aldus door het Hof verleende „vergunning tot buitentoepassingverklaring" in het kader van het strafrecht oplevert.[73]

69 Zie in die zin arresten van 17 december 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, punt 4); 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (C-402/05 P en C-415/05 P, EU:C:2008:461, punten 281-285), en Advies 2/13 (Toetreding van de Europese Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 170).

70 Arrest van 5 december 2017, M.A.S. en M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, punt 57). Zie met betrekking tot de toepasbaarheid van richtlijnen ook arrest van 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, EU:C:1987:431, punt 13), en 22 november 2005, Grøngaard en Bang (C-384/02, EU:C:2005:708, punt 30).

71 Arrest van 8 september 2015, Taricco e.a. (C-105/14, EU:C:2015:555, punten 24 en 47).

72 Arrest van 5 juni 2018, Kolev e.a. (C-612/15, EU:C:2018:392, punten 57 en 65).

73 Het is zeker juist om de tegensuggestie te doen dat dergelijke gevolgen altijd inherent zijn geweest aan de werking van de rechtsorde van de Unie. Elke verklaring van onverenigbaarheid die door een nationale rechter wordt afgelegd, kan door andere actoren in die lidstaat worden betwist, waardoor het recht (zeker gedurende enige tijd) minder voorspelbaar wordt, met als gevolg dat iemand in die overgangsperiode bijvoorbeeld een bepaald voordeel kan verkrijgen, terwijl dat voor anderen niet het geval is. Ik vrees dat een dergelijke (algemeen geldige) opmerking duidelijke beperkingen kent in de specifieke context van het doeltreffend i) opleggen van strafrechtelijke aansprakelijkheid ii) op basis van het zeer „karig verwoorde" artikel 325, lid 1, VWEU. Het belangrijkste verschil is opnieuw de redelijke voorzienbaarheid en duidelijkheid van de toepasselijke regels. Zie mijn conclusie in de zaak Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553, punten 165 en 166 en 173-178).

109. Ten vierde vormt de eerbiediging van het beginsel van de machtenscheiding het (grondwettelijk beproefde) antwoord op dat probleem en de daarmee samenhangende kwesties. Het is duidelijk aan de nationale wetgever om, in geval van onverenigbaarheid van nationale strafrechtelijke regels met Unierecht, in te grijpen en met het oog op de toekomst regels van algemene strekking vast te stellen in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel. Als uitdrukking van de machtenscheiding op het gevoelige gebied van het strafrecht vereist het legaliteitsbeginsel dat het parlement zowel procedurele als materiële regels aanneemt. Afgezien van de inherente constitutionele waarde van dat argument heeft die benadering ook één pragmatisch voordeel: er zal per definitie slechts *één reeks* toepasselijke regels zijn.

110. Ten vijfde is er sprake van wat kan worden genoemd de algemene paradox van „waar stelselmatige tekortkomingen in de lidstaten toe kunnen leiden". In zaken zoals N.S.[74] of Aranyosi en Căldăraru[75] heeft het bestaan van bepaalde stelselmatige gebreken in het justitiële, administratieve of penitentiaire stelsel van een lidstaat er in naam van een doeltreffende bescherming van de grondrechten toe geleid dat enkele van de meest fundamentele beginselen waarop de Europese Unie is gegrondvest (zoals wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen) tijdelijk konden worden opgeschort. De (kennelijke) stelselmatige tekortkomingen in zaken op het gebied van de inning van de btw en douanerechten die verband houden met de bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie zijn echter van een dusdanig superieure waarde dat zij ditmaal leiden tot een daadwerkelijke opschorting van de grondrechten, samen met de legaliteit en de rechtsstaat. Hierdoor vraag ik me af wat een dergelijke rangschikking van waarden zou betekenen voor de hiërarchie tussen artikel 2 VEU en artikel 325 VWEU.

111. Om al deze redenen ben ik van mening dat de benadering van het Hof van de gevolgen van een mogelijke onverenigbaarheid van nationale bepalingen met betrekking tot de doeltreffende inning van de btw of andere eigen middelen van de Europese Unie, in het bijzonder met betrekking tot strafprocedures in verband met deze kwesties, enigszins anders moet worden gestructureerd. Zelfs indien een in een dergelijke procedure toepasselijke nationale regel onverenigbaar met de toepasselijke bepalingen van het Unierecht zou worden verklaard, moet die verklaring louter gevolgen voor de toekomst hebben. Door de toepassing van de beginselen van rechtszekerheid, legaliteit en bescherming van de grondrechten (die relevant zijn in de concrete zaak) kan deze constatering niet worden toegepast op lopende zaken, indien zij ten nadele van de verdachte zou zijn. Lidstaten zijn dus verplicht om onmiddellijk stappen te nemen tot wijziging van nationale wettelijke regels teneinde ervoor te zorgen dat zij verenigbaar zijn met de bevindingen van het Hof. De passende (structurele) maatregel wanneer dat niet gebeurt is een (potentieel versnelde) inbreukprocedure op grond van artikel 258 VWEU.

112. Tot slot mag het geen rol spelen of de potentiële tekortkomingen stelselmatig dan wel veeleer eenmalig zijn. Indien dergelijke tekortkomingen inderdaad van structurele aard zijn, in de zin dat ze zich op grote schaal en herhaaldelijk voordoen, is dat in feite nog een extra argument waarom er ook een „gestructureerd" antwoord moet komen in de vorm van een procedure op grond van artikel 258 VWEU, waarbij de lidstaat in kwestie ook zijn standpunt naar behoren kan verdedigen.

D. Vraag van de verwijzende rechter

113. Wanneer deze algemene suggesties op de onderhavige zaak worden toegepast, lijkt mij het antwoord op de specifieke vraag van de verwijzende rechter of de doeltreffende bescherming van de eigen middelen van de Europese Unie al dan niet vereist dat nationale regels die het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijzen uitsluiten buiten toepassing worden gelaten, nogal duidelijk: *nee*, dat is *zeker* niet het geval.

74 Arrest van 21 december 2011, N.S. e.a. (C-411/10 en C-493/10, EU:C:2011:865, punt 86).

75 Arrest van 5 april 2016 (C-404/15 en C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punten 82-88).

114. Ten eerste lijkt er ten tijde van de feiten geen sprake te zijn van harmonisatie [76] op Unieniveau van de regels inzake of inzake het aftappen van telecommunicatieverkeer met het oog op de bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie in het kader van de btw of in het algemeen. Daarom behielden de lidstaten de beoordelingsvrijheid om hun eigen regels op dit gebied vast te stellen.

115. Ten tweede valt zij, zelfs bij gebreke van specifieke Unieregels ter zake – in die zin dat de aan de orde zijnde situatie niet door het Unierecht wordt geregeld – nog steeds binnen de werkingssfeer van het Unierecht. De lidstaten zijn immers met betrekking tot alle strafrechtelijke regels die betrekking hebben op sancties ter zake van de btw onderworpen aan de algemene verplichtingen die voortvloeien uit artikel 325, lid 1, VWEU, artikel 2, lid 1, van de PIF-overeenkomst en artikel 206, artikel 250, lid 1, en artikel 273 van de btw-richtlijn.

116. Vergeleken met de nationale regels die in de zaak M.A.S. of de zaak Kolev in het geding waren, staan de nationale regels in kwestie misschien wat ver af van de toepasselijke regels van het Unierecht, maar er is zeker nog sprake van een mate van nabijheid. [77] De bewijsregels, in samenhang met de regels betreffende de bevoegdheid van de rechterlijke instanties, en de voorwaarden waaronder het aftappen van telecommunicatieverkeer is toegestaan, hebben immers een duidelijke invloed op de sancties, omdat de werking ervan de sancties minder of meer waarschijnlijk of doeltreffend maakt. Dat blijkt duidelijk uit het feit dat de toepassing van de bewijsregels in Bulgarije het gebruik verhindert van bewijzen waaruit de schuld van Dzivev in het hoofdgeding zou blijken.

117. Ten derde betekent dit dat de lidstaten bij het opstellen en toepassen van dergelijke regels hun beoordelingsvrijheid moeten uitoefenen binnen twee soorten beperkingen, waaronder de beperkingen van de grondrechten, namelijk die welke voortvloeien uit het nationale recht en die welke voortvloeien uit het Unierecht.

118. Enerzijds moeten zij hun eigen nationale recht eerbiedigen, met inbegrip van de toepasselijke bepalingen van hun grondwet met betrekking tot het strafrecht in het algemeen en inzake het bewijs en het aftappen van telecommunicatieverkeer in het bijzonder. Op basis van het arrest M.A.S. volgt hieruit dat de Bulgaarse autoriteiten de aan de orde zijnde nationale regels kunnen onderzoeken in het licht van specifieke uitleggingen van de grondrechten (bijvoorbeeld het beginsel van legaliteit van sancties), ook al worden deze laatste ook gewaarborgd door het Unierecht, op voorwaarde dat de nationale grondwet een hoger beschermingsniveau voor de verdachten biedt. In dit verband staat het uitsluitend aan de verwijzende rechter om na te gaan of de betrokken nationale bepalingen in overeenstemming zijn met het hogere nationale recht.

119. Anderzijds wordt de institutionele en procedurele autonomie van de lidstaten bij het opstellen van hun bewijsregels beperkt door het tweeledige Unierechtelijke vereiste van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, maar ook door het Handvest, omdat de situatie in kwestie binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. [78]

120. Het vereiste van gelijkwaardigheid beperkt de keuzevrijheid waarover de lidstaten beschikken doordat het hen verplicht erop toe te zien dat deze sancties voldoen aan voorwaarden die vergelijkbaar zijn met die welke gelden voor soortgelijke en even ernstige overtredingen van het nationale recht. [79] In de onderhavige zaak lijken er echter geen problemen met gelijkwaardigheid te rijzen.

76 In de zin van een Unieregel of een reeks regels die op dat specifieke punt betrekking zouden moeten hebben, besproken in de punten 70-80.

77 Op de in punt 79 geschetste en besproken schaal staat deze zaak dus dichter bij de scenario's in de zaak Ispas of de zaak Kolev.

78 Zie met betrekking tot de naleving van het Handvest binnen de werkingssfeer van het Unierecht bijvoorbeeld arresten van 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punt 27), en 5 april 2017, Orsi en Baldetti (C-217/15 en C-350/15, EU:C:2017:264, punt 16).

79 Zie bijvoorbeeld arrest van 2 mei 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, punt 53).

121. Het vereiste van doeltreffendheid verplicht de lidstaten ertoe de doeltreffende inning van de btw te verzekeren, met name door doeltreffende en afschrikkende sancties op te leggen in geval van overtredingen van de btw-wetgeving. [80]

122. De doeltreffendheid van het Unierecht is een twijfelachtig argument, omdat het op zichzelf geen interne beperkingen kent. Indien dit argument in zijn volle omvang wordt aangevoerd, kan elk beoogd resultaat worden gerechtvaardigd. Als „een doeltreffende bescherming van de eigen middelen van de Unie" zou worden gelijkgesteld met „het opsluiten van mensen die fraude hebben gepleegd en geen btw hebben betaald" [81], dan zou elke nationale regel die een veroordeling in de weg staat, buiten toepassing moeten worden gelaten. Maar zou het dan ook niet doeltreffender zijn om in de eerste plaats helemaal geen toestemming van de rechter te hoeven vragen voor het plaatsen van telefoontaps? En zou de doeltreffende inning van btw-betalingen niet evenzeer toenemen als de nationale rechter de bevoegdheid zou hebben om openbare geseling op het marktplein wegens btw-fraude te bevelen?

123. Dergelijke, duidelijk absurde, voorbeelden laten duidelijk zien waarom het potentieel grenzeloze argument van „doeltreffendheid" onmiddellijk moet worden beperkt en afgewogen tegen de argumenten en waarden die in het vorige deel zijn geïdentificeerd: andere waarden, belangen en doelstellingen vloeien voort uit Unierechtelijke en nationaalrechtelijke beperkingen, met inbegrip van de bescherming van de grondrechten. De mogelijke afweging tegen beperkingen en procedureregels van nationale oorsprong valt onder de bevoegdheid van de nationale rechter.

124. Wat het Unierecht en de daaruit voortvloeiende minimumvereisten betreft, zij er nogmaals op gewezen dat het Unierecht niet alleen doeltreffende en afschrikkende sancties oplegt, maar ook de eerbiediging van de grondrechten bij het opleggen van die sancties vereist. De bepalingen van het Handvest en artikel 325, lid 1, VWEU staan op gelijke voet met de bepalingen van primair recht van de Unie. Als een *tweeledige plicht* die voortvloeit uit het Unierecht binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, dan moeten de lidstaten doeltreffendheid en grondrechten met elkaar in evenwicht brengen. Daarom is het van het grootste belang dat bij de beoordeling van de doeltreffendheid rekening wordt gehouden met het vereiste van de bescherming van de grondrechten. [82]

125. In de specifieke omstandigheden van de onderhavige zaak is het vrij duidelijk dat het aftappen van telecommunicatieverkeer van welke aard dan ook, waaronder het plaatsen van telefoontaps, een aanzienlijke inbreuk vormt op het recht op eerbiediging van het privéleven (artikel 7 van het Handvest) [83] en, indien het onrechtmatig in het kader van een strafproces wordt gebruikt, ook op de rechten van de verdediging (artikel 48, lid 2, van het Handvest).

80 Arrest van 2 mei 2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, punt 33).

81 Alhoewel, op een uiterst cynisch niveau zou men vraagtekens kunnen zetten bij de feitelijke juistheid van deze uitspraak: het opsluiten van mensen omdat ze geen belasting betalen, zou het (meer indirecte) doel van afschrikking kunnen dienen, maar nauwelijks het (misschien directere) doel om hen te dwingen hun verplichtingen tegenover de schatkist na te komen. Dat is mogelijk ook de reden waarom de gevangenisstraf wegens het hebben van schulden – wat misschien ook nog te rechtvaardigen is wat betreft afschrikking – in het verleden slechts in beperkte mate succes had om mensen te laten betalen. Zie, samen met de juiste literaire verwijzingen, mijn conclusie in de zaak Nemec (C-256/15, EU:C:2016:619, punten 63-65).

82 Zie in dit verband ook arrest van 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punten 65 en 66). Het Hof heeft er in het bijzonder op aangedrongen dat het aftappen van telecommunicatieverkeer, door middel waarvan de aan de orde zijnde bewijzen zijn verzameld, bij wet moet worden geregeld en zowel in een strafrechtelijke als in een administratieve context noodzakelijk moet zijn. Ook moet worden nagegaan of de belastingplichtige in overeenstemming met het algemene beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging in de administratieve procedure de mogelijkheid heeft gehad om deze bewijzen in te zien en over deze bewijzen te worden gehoord.

83 Wat het recht op eerbiediging van het privéleven in de context van het aftappen van telecommunicatieverkeer betreft, zie bijvoorbeeld de arresten EHRM van 24 april 1990, Kruslin tegen Frankrijk (ECLI:CE:ECHR:1990:0424JUD001180185); 18 mei 2010, Kennedy tegen het Verenigd Koninkrijk (ECLI:CE:ECHR:2010:0518JUD002683905), en 4 december 2015, Roman Zacharov tegen Rusland (ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306). In deze laatste zaak heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens tekortkomingen vastgesteld in de Russische wetgeving betreffende het aftappen van telecommunicatieverkeer in de procedures voor het toestaan van aftapmaatregelen. Zie ook, meer in het algemeen, arrest van 21 december 2016, Tele2 Sverige en Watson e.a. (C-203/15 en C-698/15, EU:C:2016:970) over het juiste evenwicht tussen de bestrijding van criminaliteit en de bescherming van het privéleven en persoonsgegevens.

126. Een nationale regeling die het gebruik verbiedt van bewijzen die zijn verkregen door middel van een ten onrechte toegestaan bevel tot aftappen van telecommunicatieverkeer, verdient aan beide zijden van de vergelijking dan ook alle lof: niet alleen voor het doel van de doeltreffendheid van de btw-inning (door toe te staan dat dergelijke inbreuken op het recht op eerbiediging van het privéleven zich überhaupt voordoen), maar ook voor de eerbiediging van de betrokken grondrechten (door het gebruik van dergelijke bewijzen te beperken tot een aantal voorwaarden, waaronder het feit dat zij rechtmatig op basis van een rechterlijke beslissing zijn verkregen).

127. Volgens mij zou de analyse voor de onderhavige zaak hier kunnen eindigen. In een zaak als de onderhavige denk ik niet dat de vraag of de aan de orde zijnde nationale regels al dan niet procedureel van aard zijn en hoeveel soortgelijke problemen zich op nationaal niveau voordoen, van invloed moet zijn op de beoordeling van het Hof. Om het Hof echter ten volle bij te staan, zou het beknopte antwoord op de overige punten, waarbij de hierboven uitgevoerde algemene analyse [84] op de onderhavige zaak wordt toegepast, er echter als volgt uitzien.

128. Ten vierde kan een nationale regel die bepaalt dat de rechter in een individuele zaak bevoegd is om toestemming te verlenen voor het plaatsen van telefoontaps, weliswaar worden opgevat als een „procedurele" regel, maar is de regel die bepaalt dat een bevel tot instelling van een aftapmaatregel met redenen moet worden omkleed, iets complexer. Indien er geen (welomschreven, op de zaak toegespitste) redenen voor aftapmaatregelen zijn opgegeven, is een dergelijk vereiste dan „louter" een procedureregel? Het feit dat het in deze en andere zaken [85] moeilijk is om dergelijke grensregels in te delen, onderstreept eens te meer waarom dat onderscheid niet echt nuttig is in de context van zaken zoals de onderhavige.

129. Ten vijfde ben ik van mening dat voor de beoordeling van de verenigbaarheid van regels een onderzoek naar het aantal gevallen waarin een regel op een bepaalde manier functioneert, helemaal niet relevant zou moeten zijn. Zelfs als dat zo zou zijn, dan zou het structurele antwoord op dergelijke potentiële tekortkomingen alleen toekomstgericht en prospectief moeten zijn, en niet van toepassing in lopende zaken ten nadele van degenen die al strafrechtelijk worden vervolgd. Mocht het Hof echter nog steeds beslissen dat stelselmatige tekortkomingen relevant zijn in dit soort zaken in de zin van de zaak Taricco en de zaak Kolev, dan merk ik het volgende op.

130. Zoals de Commissie heeft gesuggereerd, volgt uit de door de verwijzende rechter aangevoerde feiten in deze zaak niet dat de toepassing van de betrokken nationale regels een *stelselmatig risico* van straffeloosheid in de zin van de zaak Kolev zou opleveren of *in een groot aantal gevallen* de juiste inning van de btw in de zin van de zaak Taricco zou belemmeren.

131. Ongeacht waar die maatstaf zou kunnen liggen, kan worden aangenomen dat „stelselmatig" en „groot" meer dan één (geval) moet betekenen. Bovendien moet een dergelijk verstrekkend voorstel naar mijn mening – die evenwel volledig in lijn is met andere zaken waarin stelselmatige tekortkomingen worden besproken, zoals de zaken N.S. of Aranyosi en Căldăraru – worden ondersteund door bewijzen [86] die verder gaan dan wat de individuele uitlegging van de nationale regels en praktijken door één rechter lijkt te zijn [87].

84 Zie de punten 96-101 en 102-112.

85 Is het bijvoorbeeld een procedurele of materiële regel dat milieubeoordelingsprocedures *niet buitensporig kostbaar mogen zijn*? Zie voor meer uitleg over dit punt mijn conclusie in de zaak Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, punten 82-91).

86 In beide arresten werden die bewijzen niet alleen besproken naar aanleiding van de verklaringen van een aantal partijen en interveniërende lidstaten, maar ook ondersteund door gezaghebbende verklaringen ter zake van het EHRM [zie arresten van 21 december 2011, N.S. e.a. (C-411/10 en C-493/10, EU:C:2011:865, punten 88-90), en 5 april 2016, Aranyosi en Căldăraru (C-404/15 en C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punten 43 en 60)]. Ik suggereer zeker niet dat voor de beweringen over stelselmatige tekortkomingen in alle gevallen altijd een dergelijke soort of hoeveelheid bewijs nodig is. De vergelijking die is gemaakt, is veeleer bedoeld om aan te tonen dat er conceptueel zeer uiteenlopende bewijzen zijn overgelegd.

87 Zoals in de punten 24 en 44 reeds kort is opgemerkt, lijken de nationale rechterlijke instanties het niet eens te zijn over de juiste uitlegging van de nieuwe wet. Men zou, op diplomatieke wijze, kunnen zeggen dat de mate van onenigheid die in de verwijzingsbeslissing tot uiting komt, tussen enerzijds de verwijzende rechter en anderzijds de Varhoven kasatsionen sad en de Sofiyski gradski sad nog groter lijkt.

132. In de onderhavige zaak zijn er vier verdachten. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, kan aan de hand van de verkregen bewijzen de schuld van de andere verweerders in het hoofdgeding, met uitzondering van Dzivev, worden aangetoond. Het lijkt er dus op dat de openbaar aanklager in drie van de vier gevallen, „ondanks" de betrokken nationale regels, volgens het nationale recht op rechtmatige wijze bewijzen heeft kunnen verzamelen tegen de drie andere verweerders. Uit de feiten van de onderhavige zaak blijkt dus niet duidelijk hoe de toepassing van deze regels een doeltreffende en grootschalige sanctie ernstig zou belemmeren. Bovendien lijkt het probleem dat voortvloeit uit de onzekerheid over welke rechter bevoegd is om toestemming te verlenen voor aftapmaatregelen, ook van tijdelijke aard te zijn.

V. Conclusie

133. Gelet op het een en ander geef ik het Hof in overweging de vraag van de Spetsializiran nakazatelen sad (bijzondere strafrechter, Bulgarije) te beantwoorden als volgt:

– „Artikel 325, lid 1, VWEU, artikel 1, lid 1, en artikel 2, lid 1, van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, en artikel 206, artikel 250, lid 1, en artikel 273 van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde, uitgelegd in het licht van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, verzetten zich niet tegen een nationale regeling als die aan de orde in het hoofdgeding, die het gebruik verbiedt van in strijd met het nationale recht verkregen bewijzen, zoals bewijzen die zijn verkregen door middel van telefoontaps waarvoor toestemming is verleend door een rechter die niet bevoegd was."