Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 25. juli 2018 [1]

Sag C-310/16

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

(anmodning om præjudiciel afgørelse fra Spetsializiran nakazatelen sad (særlig domstol i straffesager, Bulgarien))

»Anmodning om præjudiciel afgørelse – beskyttelse af Den Europæiske Unions finansielle interesser – bekæmpelse af merværdiafgiftssvig (moms) – overtrædelser på skatte- og afgiftsområdet – effektiv opkrævning af moms – omfanget af medlemsstaternes pligter – begrænsninger, der følger af de grundlæggende rettigheder, såvel EU-retlige som nationale – beviser frembragt i strid med national ret – telekommunikationsovervågning – manglende kompetence hos den ret, der tillod overvågning«

I. Indledning

1. Petar Dzivev er tiltalt for at lede en kriminel organisation, som har begået merværdiafgiftssvig (moms). Med henblik på at indsamle beviser for hans medvirken blev der foretaget telekommunikationsovervågning (telefonaflytning). Nogle af disse optagelser blev imidlertid anordnet af en ret, som tilsyneladende ikke havde kompetence til at træffe denne afgørelse. Desuden var nogle af afgørelserne ikke tilstrækkeligt begrundet. Efter bulgarsk ret er de således optagne beviser ulovlige og kan ikke anvendes i en straffesag mod Petar Dzivev.

2. Det er inden for disse retlige og faktiske rammer, at Spetsializiran nakazatelen sad (særlig domstol i straffesager, Bulgarien) ønsker oplyst, om EU-retten i en sag som den foreliggende er til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser, som forbyder anvendelsen af beviser optaget gennem overvågninger, der blev anordnet af en ret, som ikke havde kompetence, og/eller ikke var tilstrækkeligt begrundet, hvis man med disse beviser angiveligt vil kunne påvise Petar Dzivevs medvirken i en momsrelateret lovovertrædelse.

3. Hvor langt rækker medlemsstaternes forpligtelse efter artikel 325 TEUF til at beskytte Den Europæiske Unions finansielle interesser? Kan eller sågar bør der ses bort fra en national retsregel, hvis denne tilsyneladende er til hinder for en korrekt og fuldstændig opkrævning af moms, herunder gennem pålæggelse af sanktioner for svig eller andre ulovlige aktiviteter, der skader Den Europæiske Unions finansielle interesser?

1 – Originalsprog: engelsk.

4. Det kan ikke benægtes, at den hurtige udvikling i Domstolens nyere retspraksis vedrørende dette spørgsmål ikke har været uden kontroverser og, for at sige det mildt, intern uenighed. Først afsagde Domstolen dom i Taricco-sagen [2]. Derpå fulgte dommene i M.A.S og M.B.-sagen [3] og Scialdone-sagen [4], som syntes at sætte en anden (og i hvert fald efter min mening mere fornuftig) kurs. Senest blev der afsagt dom i Kolev-sagen, som snarere synes at markere en tilbagevenden til retstilstanden efter Taricco-dommen [5]. Henset til, at en række andre domme fra Domstolen kredser om denne retspraksis, kan det meget vel være lidt svært at udlede, hvad der er gældende ret på nuværende tidspunkt. I dette forslag til afgørelse vil jeg derfor forsøge at forklare, hvorfor jeg mener, at den rette tilgang til Taricco-dommen og de deraf afledte domme er gennem M.A.S-dommen og Scialdone-dommen – og ikke Kolev-dommen.

II. Retsgrundlag

A. EU-retten

1. Chartret

5. Artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (»chartret«) bestemmer, at »[e]nhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin kommunikation«.

6. Det følger af artikel 48, stk. 2, at »[r]espekt for retten til et forsvar er sikret enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse«.

2. Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

7. Det fremgår af artikel 325, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (»TEUF«), at »Unionen og medlemsstaterne bekæmper svig og enhver anden ulovlig aktivitet, der skader Unionens finansielle interesser, ved hjælp af foranstaltninger, der træffes i overensstemmelse med denne artikel, som virker afskrækkende og er af en sådan art, at de yder en effektiv beskyttelse i medlemsstaterne samt i Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer«.

3. Konventionen om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser

8. I artikel 1, stk. 1, i konventionen om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser (herefter »svigskonventionen«) [6] anføres:

»I denne konvention betragtes som svig, der skader De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser:

[…]

2 – Dom af 8.9.2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555).

3 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).

4 – Dom af 2.5.2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295).

5 – Dom af 5.6.2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392).

6 – Konvention udarbejdet på grundlag af artikel K.3 i traktaten om Den Europæiske Union (EFT 1995, C 316, s. 49).

(b) for så vidt angår indtægter, enhver forsætlig handling eller undladelse vedrørende:

– anvendelse eller forelæggelse af falske, urigtige eller ufuldstændige erklæringer eller dokumenter, som medfører en uretmæssig formindskelse af indtægterne på De Europæiske Fællesskabers almindelige budget eller på budgetter, der forvaltes af eller for De Europæiske Fællesskaber

– manglende indberetning af en oplysning ved tilsidesættelse af en specifik oplysningspligt, med samme følge

– misbrug af en lovligt opnået fordel, med samme følge.«

9. I artikel 2, stk. 1, bestemmes, at »[h]ver medlemsstat træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at den i artikel 1 nævnte adfærd samt medvirken, anstiftelse eller forsøg i forbindelse med den i artikel 1, stk. 1, nævnte adfærd kan straffes med strafferetlige sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har en afskrækkende virkning, herunder, i hvert fald i grove tilfælde af svig, frihedsstraf, der kan medføre udlevering, idet der ved grove tilfælde af svig forstås svig, som vedrører et mindstebeløb, der fastsættes i hver medlemsstat. Dette mindstebeløb kan ikke fastsættes højere end 50 000 ECU.«

4. Afgørelse 2007/436/EF

10. I artikel 2, stk. 1, i afgørelse 2007/436/EF, Euratom anføres[7]:

»Egne indtægter, der opføres på Den Europæiske Unions almindelige budget, omfatter provenuet af:

[…]

(b) anvendelse af en ensartet sats, som gælder for alle medlemsstater, på de harmoniserede momsberegningsgrundlag, der fastlægges i henhold til fællesskabsregler, jf. dog stk. 4, andet afsnit. Det beregningsgrundlag, som skal tages i betragtning i denne sammenhæng, overstiger ikke 50% af hver enkelt medlemsstats BNI som defineret i stk. 7

[…]«

5. Momsdirektivet

11. Artikel 250, stk. 1, i direktiv 2006/112/EF (»momsdirektivet«)[8] fastsætter, at »[e]nhver afgiftspligtig person skal indgive en momsangivelse, som indeholder alle nødvendige oplysninger til fastsættelse af den forfaldne afgift og de fradrag, der skal foretages, herunder, såfremt det er nødvendigt for fastsættelsen af beregningsgrundlaget, det samlede beløb for de transaktioner, der vedrører denne afgift og disse fradrag, samt beløbet for de transaktioner, der er fritaget for afgift«.

12. Artikel 273 har følgende ordlyd: »Medlemsstaterne kan fastsætte andre forpligtelser, som de skønner nødvendige for at sikre en korrekt opkrævning af momsen og for at undgå svig, forudsat at der sker ligebehandling af indenlandske transaktioner og transaktioner mellem medlemsstaterne foretaget af afgiftspligtige personer, og såfremt disse forpligtelser ikke i samhandelen mellem medlemsstaterne giver anledning til formaliteter ved grænsepassagen […]«

7 – Rådets afgørelse af 7.6.2007 om ordningen for De Europæiske Fællesskabers egne indtægter (EFT 2007, L 163, s. 17).

8 – Rådets direktiv af 28.11.2006 om det fælles merværdiafgiftssystem (EFT 2006, L 347, s. 1).

B. Nationale retsforskrifter

13. Artikel 32, stk. 2, i den bulgarske forfatning forbyder overvågning af en persons telekommunikation, undtagen i de i loven fastsatte tilfælde.

14. Artikel 121, stk. 4, i forfatningen fastsætter kravet om, at domme skal indeholde en begrundelse.

15. Telekommunikationsovervågning er reguleret i artikel 1-3, 6 og 12-18 i Zakon za spetsialnite razuznavatelni sredstva (lov om særlige efterforskningsmetoder herefter »ZSRS«) og i artikel 172-177 i strafferetsplejeloven. Som den forelæggende ret har forklaret, kan overvågning foregå såvel før (forundersøgelser) som efter straffesagens indledning. Hvis overvågningen foregår før, er det et organ under Ministerstvo na vatreshnite raboti (indenrigsministeriet), der anmoder om, at overvågningen udføres (i den foreliggende sag Direktor na Glavna direktsia za borba s organiziranata prestapnost (direktøren for hoveddirektoratet til bekæmpelse af økonomisk kriminalitet)). Efter at sagen er blevet indledt, er det anklagemyndigheden, der indgiver anmodningen. I anmodningen skal det anføres, hvilken person (eller hvilket telefonnummer) der skal overvåges, og hvilken lovovertrædelse der efterforskes.

16. Telekommunikationsovervågningen er kun lovlig, hvis den er blevet godkendt på forhånd, enten af præsidenten eller vicepræsidenten for en ret, som har kompetence til at træffe afgørelse om anmodningen ved en kendelse, som ikke kan kæres.

17. Den 1. januar 2012 trådte Zakon za izmenenie i dopalnenie na Nakazatelno-protsesualnia kodeks (lov om ændring og supplering af strafferetsplejeloven herefter »ZIDNPK«) vedrørende oprettelsen af og arbejdsmåden ved Spetsializiran nakazatelen sad (særlig domstol i straffesager) i kraft. Ved denne lov fik Spetsializiran nakazatelen sad (særlige domstol i straffesager) overdraget kompetencen fra Sofiyski gradski sad (byretten i Sofia) til at behandle sager vedrørende organiseret kriminalitet. I henhold til ZIDNPK's § 5 blev kompetencen til at træffe afgørelse om telekommunikationsovervågning i visse tilfælde også overdraget til denne ret.

18. I henhold til ZIDNPK's § 9, stk. 2, ville allerede indledte og verserende straffesager fortsat blive behandlet af de hidtil kompetente organer. Fra den 6. marts 2012 blev bestemmelsen yderligere ændret således, at domstolskontrol med overvågninger udøves af den ret, som havde kompetencen før den 1. januar 2012.

III. Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

19. Petar Dzivev, Galina Angelova, Georgi Dimov og Milko Velkov (»de tiltalte«) er tiltalt for at have været del af en kriminel organisation i perioden fra den 1. juni 2011 til den 31. marts 2012. De foreholdes at have begået skatte- og afgiftslovovertrædelser for egen vindings skyld gennem selskabet Karoli Kepital EOOD (»Karoli«). Derved skal de have omgået fastsættelse og betaling af selskabets afgiftsskyld i henhold til Zakon za danak varhu dobavenata stoynost (momsloven). Disse fire personer er også anklaget for specifikke overtrædelser af skatte- og afgiftslovgivningen, som er begået af Karoli fra den 1. juni 2011 til den 31. januar 2012. Den omhandlede ikke angivne og ikke betalte moms beløber sig til i alt 372 667,99 BGN (mere end 190 000 EUR).

20. Før straffesagens indledning mod de tiltalte anmodede den kompetente myndighed – direktøren for hoveddirektoratet til bekæmpelse af organiseret kriminalitet – mellem den 10. november 2011 og den 2. februar 2012 om overvågning af de tiltaltes kommunikation. Præsidenten for Sofiyski gradski sad (byretten i Sofia, Bulgarien) traf afgørelsen, hvorved der blev givet tilladelse til denne overvågning.

21. Som et resultat af reformen af 1. januar 2012 fik anklagemyndigheden kompetence til at anmode om telefonaflytning. I marts 2012 anmodede anklagemyndigheden om – og modtog – en afgørelse fra præsidenten for Spetsializiran nakazatelen sad (særlig domstol i straffesager; den forelæggende ret). Denne afgørelse godkendte overvågningen af bestemte telefonnumre og vedrørte alle fire tiltalte.

22. Spetsializiran nakazatelen sad (særlig domstol i straffesager), stiller spørgsmål vedrørende legalitetskontrollen af disse tidligere godkendte overvågninger, idet den noterer sig to vanskelige problemstillinger, der opstår med hensyn til disse afgørelser. Dels blev der ikke givet nogen tilstrækkelig begrundelse. Den forelæggende ret har i sin forelæggelsesafgørelse oplyst, at de pågældende afgørelser om overvågning blot gengiver lovbestemmelsernes tekst, men ikke indeholder nogen (individuel og specifik) begrundelse. Ifølge den forelæggende ret udgør dette efter bulgarsk ret en utilstrækkelig begrundelse. Dels blev nogle af disse afgørelser (afgørelserne truffet i januar og februar 2012) truffet af en judiciel myndighed, som ikke havde kompetence hertil, nemlig Sofiyski gradski sad (byretten i Sofia). Sidstnævnte skulle have oversendt anmodningerne om overvågning til Spetsializiran nakazatelen sad (særlig domstol i straffesager), idet den på det pågældende tidspunkt ikke længere havde kompetence til at anordne sådanne tilladelser.

23. Den forelæggende ret bemærker endvidere, at der på et senere tidspunkt på nationalt plan officielt er blevet konstateret systematiske fejl i forbindelse med afgørelser om anvendelse af særlige efterforskningsmetoder, navnlig af telekommunikationsovervågning. Dette har senere ført til ændring af den lov, der finder anvendelse.

24. Den forelæggende ret har henvist til, at overgangsbestemmelsen i ZIDNPK's § 9 ikke var klar med hensyn til, hvorvidt denne også omfattede igangværende forundersøgelser. Denne bestemmelse synes at have ført til en omfangsrig og modstridende retspraksis. Ved fortolkningsafgørelse[9] nr. 5/14 af 16. januar 2014 bekræftede Varhoven kasatsionen sad (øverste kassationsdomstol, Bulgarien) imidlertid princippet om enekompetence for det organ, som har fået overdraget varetagelsen af det strafferetlige område. Der er ingen undtagelser til dette princip. Ifølge den forelæggende ret tillægges dette princip særlig stor betydning efter national ret. Dette gælder i særlig grad i de tilfælde, hvor der anvendes særlige efterforskningsmetoder, herunder telekommunikationsovervågning. I disse tilfælde må afgørelsen således udelukkende træffes af præsidenten (eller den befuldmægtigede vicepræsident) for den kompetente ret. Hvis den var blevet truffet af en anden dommer ved denne ret eller af præsidenten eller vicepræsidenten for en anden ret, ville dette entydigt medføre, at denne afgørelse er uretmæssig, og at de indsamlede beviser ikke må indgå i bedømmelsen. Bedømmelsen sker ud fra det rent formelle kriterium, om afgørelsen blev truffet af det kompetente organ.

25. Som den forelæggende ret videre har forklaret, er de beviser, som blev opnået gennem overvågningerne, der blev tilladt af den ret, som ikke havde kompetence – Sofiyski gradski sad (byretten i Sofia) – af grundlæggende betydning for den foreliggende sag. De dokumenterer åbenbart og uden tvivl talrige telefonsamtaler mellem Petar Dzivev og de øvrige tiltalte samt hans ledende funktion. Efter national ret kan disse beviser imidlertid ikke anvendes i straffesagen, idet de blev tilvejebragt på ulovlig vis, idet de blev tilladt optaget af en ret, der ikke længere havde kompetence og tilsyneladende ikke begrundede sine afgørelser tilstrækkeligt. Den forelæggende ret har konkluderet, at det kun vil lykkes at domfælde Petar Dzivev, hvis disse telefonsamtaler kan anvendes som bevis. I modsat fald må Petar Dzivev frifindes.

9 – Fortolkningsafgørelsen er en retsakt udstedt af Varhoven kasatsionen sad (øverste kassationsdomstol), hvormed der gives bindende oplysninger om en lovbestemmelses faktiske indhold.

26. Det er på denne faktiske og lovgivningsmæssige baggrund, at Spetsializiran nakazatelen sad (særlig domstol i straffesager) har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det foreneligt med:

– artikel 325, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, som fastsætter, at medlemsstaterne bekæmper svig og enhver anden ulovlig aktivitet, der skader Unionens finansielle interesser

– artikel 2, stk. 1, sammenholdt med artikel 1, stk. 1, litra b), i [svigskonventionen], sammenholdt med artikel 2, stk. 1, litra b), i [afgørelse] 2007/436/EF, hvorefter hver medlemsstat træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at momssvig kan straffes med strafferetlige sanktioner, der er effektive

– chartrets artikel 47, stk. 1 og 2, som sikrer adgang til effektive retsmidler for en domstol, der forudgående er oprettet ved lov,

hvis de beviser, som er opnået ved anvendelse af »særlige efterforskningsmetoder«, nemlig gennem telekommunikationsovervågning af personer, mod hvem der senere er rejst anklage for momssvig, efter national ret ikke må anvendes, da de er anordnet af en ret, som ikke havde kompetence hertil, og der tages hensyn til følgende forudsætninger:

– På et tidligere tidspunkt (mellem en og tre måneder tidligere) blev der anmodet om overvågning af en del af denne telekommunikation, som blev anordnet af samme ret, idet denne på dette tidspunkt stadig var kompetent.

– Der blev anmodet om den pågældende telekommunikationsovervågning (til forlængelse af den tidligere telekommunikationsovervågning og til overvågning af nye telefonnumre) ved den samme ret, som ikke længere var kompetent, da dens kompetence umiddelbart forud for dette tidspunkt blev overdraget til en anden ret; den oprindelige ret realitetsbehandlede trods sin manglende kompetence anmodningen og traf afgørelse om overvågning.

– På et senere tidspunkt (ca. en måned senere) blev der på ny anmodet om overvågning af de samme telefonnumre, og der blev truffet afgørelse herom af den nu kompetente ret.

– Ingen af de trufne afgørelser indeholder en faktisk begrundelse.

– Den lovbestemmelse, hvorved kompetenceoverdragelsen blev fastsat, var uklar, førte til talrige modstridende retsafgørelser og foranledigede derfor Varhoven [kasatsionen] sad [øverste kassationsdomstol] til ca. to år efter den lovbestemte kompetenceoverdragelse og den omhandlede telekommunikationsovervågning at afsige en bindende fortolkningsafgørelse.

– Den ret, som behandler den foreliggende sag, har ikke beføjelse til at afgøre anmodninger om anvendelse af særlige efterforskningsmetoder (telekommunikationsovervågning); den har dog kompetence til at træffe afgørelse om retmæssigheden af en gennemført telekommunikationsovervågning, herunder at fastslå, at en afgørelse om overvågning ikke opfylder lovens krav, og derfor se bort fra de på denne måde optagne beviser; denne beføjelse har retten kun, hvis der er truffet en gyldig afgørelse om telekommunikationsovervågningen.

– Anvendelsen af disse beviser (de tiltaltes telefonsamtaler, hvis overvågning blev anordnet af en ret, som allerede havde mistet sin kompetence) er af grundlæggende betydning for at afgøre spørgsmålet om ansvaret som leder af en kriminel organisation, som er dannet med det formål

at begå skatte- og afgiftslovovertrædelser i henhold til momsloven, henholdsvis som anstifter til de konkrete skatte- og afgiftslovovertrædelser, idet han kun kan kendes skyldig og dømmes, hvis disse telefonsamtaler kan anvendes som bevis; i modsat fald må han frifindes[?]

2) Er dommen afsagt i den præjudicielle sag C-614/14 anvendelig på den foreliggende sag?«

27. Den 25. juli 2016, efter afsigelse af Domstolens dom i sag C-614/14[10], besluttede den forelæggende ret sig for at trække det andet spørgsmål tilbage. Den fandt, at sidstnævnte var blevet irrelevant, idet Domstolen allerede havde givet den et brugbart svar.

28. Ved beslutning af 12. maj 2017 udsatte Domstolens præsident sagens behandling for Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 55, stk. 1, litra b), på afgørelsen i M.A.S.-sagen[11]. Sagens behandling blev genoptaget den 12. december 2017 efter afsigelse af Domstolens dom i den nævnte sag.

29. Den polske regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

IV. Bedømmelse

30. Dette forslag til afgørelse er struktureret som følger. Jeg vil først undersøge, hvilke EU-retlige bestemmelser der er relevante i den foreliggende sag, og – i lyset af disse bestemmelser – omformulere de forelagte spørgsmål (A). Dernæst vil jeg gennemgå den relevante retspraksis vedrørende medlemsstaternes forpligtelser med hensyn til beskyttelsen af Den Europæiske Unions finansielle interesser (B). Herefter vil jeg på baggrund af denne retspraksis komme med forslag til (rimelige) begrænsninger i (en ellers temmelig vidtgående) forpligtelse til (effektiv) beskyttelse af Den Europæiske Unions finansielle interesser (C). Endelig vil jeg behandle det specifikke spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet.

A. De relevante retsforskrifter og omformulering af de forelagte spørgsmål

1. Hvilke EU-retlige bestemmelser er relevante i den foreliggende sag?

31. Den forelæggende ret henviser i sit spørgsmål til flere EU-retlige bestemmelser, navnlig artikel 325, stk. 1, TEUF, artikel 2, stk. 1, og svigskonventionens artikel 1, stk. 1, litra b), artikel 2, stk. 1, litra b), i afgørelse 2007/436 og chartrets artikel 47, stk. 1 og 2.

32. I artikel 325, stk. 1, TEUF fastsættes for det første forpligtelserne for Den Europæiske Union og medlemsstaterne til at bekæmpe svig og enhver anden ulovlig aktivitet, der skader Den Europæiske Unions finansielle interesser, ved hjælp af foranstaltninger, som både virker afskrækkende og er effektive. Det følger af fast retspraksis, at begrebet »Unionens finansielle interesser« omfatter indtægter og udgifter, der er opført på EU-budgettet og på budgettet for andre organer, kontorer og agenturer, som er oprettet ved traktaterne. Provenuet af anvendelsen af en ensartet sats på de harmoniserede momsberegningsgrundlag indgår i Den Europæiske Unions egne indtægter.

10 – Dom af 5.7.2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514).

11 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).

33. På dette grundlag har Domstolen fastslået, at der er en direkte forbindelse mellem opkrævningen af momsindtægter under overholdelse af den gældende EU-ret og tilrådighedsstillelsen for EU's budget af momsindtægter: »enhver lakune i opkrævningen af medlemsstaternes momsindtægter [kan] potentiel[t] føre til reduktion af de momsindtægter, der skal stilles til rådighed«[12]. Beskyttelsen af EU's budget kræver således en fuldstændig og korrekt opkrævning af moms. Idet de hævdede overtrædelser i den foreliggende sag siges at have hæmmet momsinddrivelsen, følger det, at artikel 325, stk. 1, TEUF finder anvendelse.

34. Dernæst fastsættes i svigskonventionens artikel 1, stk. 1, litra b), en bred opfattelse af begrebet »indtægter«, idet der henvises til »indtægterne på De Europæiske Fællesskabers almindelige budget eller på budgetter, der forvaltes af eller for De Europæiske Fællesskaber«. Domstolen fastslog i Taricco-dommen, at dette »omfatter […] provenuet af anvendelsen af en ensartet sats på de harmoniserede momsberegningsgrundlag, der er fastlagt i henhold til EU-retlige regler«[13]. Det tilkommer i sidste ende den forelæggende ret – på baggrund af de faktiske omstændigheder i sagen – at vurdere, om overtrædelserne af momslovgivningen i hovedsagen rent faktisk falder ind under begrebet »svig«, som dette er defineret i denne konventions artikel 1, stk. 1, litra b). Baseret på oplysningerne om de faktiske omstændigheder, som den nationale ret har fremlagt, må det dog i lyset af den brede opfattelse af momssvig, som omhandlet i svigskonventionens artikel 1, stk. 1, litra b), kunne antages, at dette vil være tilfældet.

35. Videre nævner den forelæggende ret, ud over artikel 325, stk. 1, TEUF og svigskonventionen, også afgørelse 2007/436. Det følger af artikel 2, stk. 1, litra b), i afgørelse 2007/436, at Den Europæiske Unions egne indtægter omfatter provenu fra anvendelse af en ensartet sats på de harmoniserede momsberegningsgrundlag, der fastlægges i henhold til EU-reglerne. Denne afgørelse vedrører imidlertid ikke arten og rækkevidden af medlemsstaternes forpligtelser til at beskytte disse interesser. Denne afgørelse synes således kun at være relevant for fastlæggelsen af rækkevidden af begrebet »Den Europæiske Unions finansielle interesser« med henblik på anvendelsen af andre EU-retlige bestemmelser i den foreliggende sag.

36. Endelig er momsdirektivet, selv om det ikke har været udtrykkeligt nævnt af den forelæggende ret, også relevant i forbindelse med sager som den foreliggende[14]. Direktivets artikel 206 fastslår forpligtelsen for afgiftspligtige personer til at betale moms samtidig med indgivelsen af den i direktivets artikel 250, stk. 1, omhandlede momsangivelse. Momsdirektivets artikel 273 overlader det til medlemsstaterne at træffe foranstaltninger for at sikre, at der sker betaling. De kan fastsætte andre forpligtelser, som de skønner nødvendige for at sikre en korrekt opkrævning af momsen og for at undgå svig. Et eventuelt sanktionsvalg tilkommer medlemsstaterne, så længe de pålagte sanktioner er effektive, står i rimeligt forhold til overtrædelsen og har en afskrækkende virkning[15]. Disse bestemmelser synes at være relevante i denne sammenhæng, for så vidt som de også forpligter medlemsstaterne til at træffe passende foranstaltninger for at sikre korrekt opkrævning af moms og derved beskytte Den Europæiske Unions finansielle interesser.

12 – Jf. dom af 15.11.2011, Kommissionen mod Tyskland (C-539/09, EU:C:2011:733, præmis 72), af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 26), af 8.9.2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, præmis 38), af 7.4.2016, Degano Trasporti (C-546/14, EU:C:2016:206, præmis 22), og af 16.3.2017, Identi (C-493/15, EU:C:2017:219, præmis 19).

13 – Dom af 8.9.2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, præmis 41), stadfæstet af Domstolen i dom af 2.5.2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, præmis 36).

14 – Jf. for andre sager vedrørende straffesager mod påståede overtrædere af momsreglerne, hvor momsdirektivet også er blevet fundet at have relevans dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105), af 20.3.2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197), og af 2.5.2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295).

15 – Jf. f.eks. dom af 21.9.1989, Kommissionen mod Grækenland (68/88, EU:C:1989:339, præmis 24), og af 3.5.2005, Berlusconi m.fl. (C-387/02, C-391/02 og C-403/02, EU:C:2005:270, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).

37. Efter min opfattelse følger det af det foregående, at artikel 325, stk. 1, TEUF, svigskonventionens artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, samt momsdirektivets artikel 206, artikel 250, stk. 1, og artikel 273 er de relevante bestemmelser i den foreliggende sag. Selv om der er visse forskelle[16], minder de opgaver og forpligtelser, der følger af disse bestemmelser, en del om hinanden og kan derfor af praktiske hensyn bedømmes samlet.

38. Endelig skal jeg knytte et par bemærkninger til spørgsmålet om anvendelsen af chartret. Kommissionen har gjort gældende, at de grundlæggende rettigheder ikke kan blive berørt, hvis EU-retten *ikke* er til hinder for anvendelsen af de omhandlede nationale bestemmelser. Dermed ville det af den forelæggende ret rejste spørgsmål være hypotetisk med hensyn til en mulig overtrædelse af chartret.

39. Jeg forstår logikken i dette argument: Hvis Domstolen fastslog, hvilket Kommissionen rent faktisk foreslår i sit skriftlige indlæg, at EU-retten ikke er til hinder for de omhandlede nationale regler, ville det ikke være nødvendigt yderligere at undersøge, om en tilsidesættelse af disse regler ville være i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder.

40. Jeg mener dog ikke, at chartret i en sag som den foreliggende alene fungerer som en – billedligt talt – »sekundær dæmning« med henblik på tilfælde, hvor man allerede er nået frem til en bestemt – og måske endda temmelig tvivlsom – fortolkning af de materielle EU-regler vedrørende en given problemstilling. Chartret og dets bestemmelser gennemsyrer hele Unionens retsorden. Chartret finder således allerede anvendelse ved og har relevans for den »primære fortolkning« af de omhandlede materielle regler: i den foreliggende sag af artikel 325, stk. 1, TEUF, svigskonventionen og momsdirektivet, som skal fortolkes i lyset af chartret. På den måde begrænser respekten for chartret allerede de fortolkninger, der kan anlægges af disse bestemmelser, navnlig det faktisk grænseløse argument om effektivitet.

41. Af disse grunde er det spørgsmål, der er rejst vedrørende de grundlæggende rettigheder, ikke hypotetisk. De relevante bestemmelser i chartret, navnlig artikel 7 (respekt for privatlivet) og artikel 48, stk. 2 (respekt for retten til et forsvar), finder anvendelse i den foreliggende sag.

2. Omformulering af den forelæggende rets spørgsmål

42. Den forelæggende rets spørgsmål til Domstolen er temmelig detaljerede. Læst i sammenhæng med forelæggelsesafgørelsen forekommer det mig, at man har særlige betænkeligheder med hensyn til to aspekter ved, hvordan der blev givet tilladelse til de omstridte overvågninger. Dels blev nogle af afgørelserne om overvågning truffet af en ret, som tilsyneladende ikke længere havde kompetence: det præcise indhold og omfang af kompetencen var uklart efter vedtagelsen af en lovgivningsmæssig ændring. Dels var afgørelserne ikke behørigt begrundet på den måde, som kræves ifølge national ret.

43. Ud fra disse to faktiske omstændigheder, som det udelukkende tilkommer den nationale ret at efterprøve, drog den forelæggende ret følgende konklusion efter national ret: Beviserne blev tilvejebragt på ulovlig vis og kan ikke påberåbes under en straffesag. Endnu engang ligger subsumptionen af faktum under de relevante bestemmelser i national ret inden for den nationale rets enekompetence og ansvar.

16 – Navnlig at svigskonventionen indeholder et tydeligt krav om kriminalisering af visse typer adfærd, der skader Den Europæiske Unions finansielle interesser, over et vist mindstebeløb, imens både artikel 325, stk. 1, TEUF og momsdirektivet overlader mere til medlemsstaternes skøn i den henseende; dom af 2.5.2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, præmis 34-36).

44. Med henblik på denne præjudicielle forelæggelse må begge disse forhold lægges til grund. Jeg ønsker at understrege dette ret tydeligt, henset til de fortolkningsmæssige forskelle, der tilsyneladende består blandt retterne i Bulgarien med hensyn til, hvilken ret der har kompetence til at anordne telekommunikationsovervågning, efter at lovændringen er blevet foretaget. Det tilkommer helt utvivlsomt hverken Domstolen at fortolke national ret eller at bedømme, hvad der er den rette fortolkning blandt nationale domstole.

45. Jeg skal derfor, uden på nogen måde at tilslutte mig eller godkende nogen af holdningerne til, hvilken national ret der havde kompetence til at anordne de omhandlede overvågninger, eller drøfte standarderne for begrundelse af afgørelser om overvågning, fortsætte med afsæt i, at beviserne blev fremskaffet på ulovlig vis efter national ret ved afgørelserne om overvågning, og at det følger heraf, at anvendelsen af den nationale version af »udelukkelsesreglen«, hvorefter sådanne beviser ikke kan anvendes i straffesager, blev udløst med rette.

46. På baggrund af disse præciseringer kan det spørgsmål, som Domstolen er blevet anmodet om at besvare, omformuleres som følger: Er artikel 325, stk. 1, TEUF, svigskonventionens artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, samt momsdirektivets artikel 206, 250 og 273, fortolket i lyset af chartret, til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser om anerkendelse af bevismidler, hvorefter der, henset til de konkrete omstændigheder i hovedsagen, skal ses bort fra ulovligt tilvejebragte beviser?

B. Den relevante retspraksis

47. Effektiv opkrævning af moms har været behandlet i en række af Domstolens domme[17]. På det seneste har Domstolen dog haft særlig fokus på tilfælde, hvor der er blevet anlagt straffesag mod personer, der er tiltalt for overtrædelser vedrørende enten moms eller told, og spørgsmålet om (in)effektiviteten af nationale regler eller praksis, som anvendes i disse sager. I dette afsnit skitseres centrale bemærkninger fra Domstolen i de domme, der hører til denne sidstnævnte gren af retspraksis.

48. Først fastslog Domstolen i Åkerberg Fransson-dommen[18], at hver medlemsstat efter artikel 325 TEUF og momsdirektivets artikel 2, artikel 250, stk. 1, og artikel 273 samt artikel 4, stk. 3, TEU har pligt til at vedtage alle de love og administrative foranstaltninger, som er egnede til at sikre opkrævning af skyldig moms på dens område, samt til at bekæmpe svig og ulovlige aktiviteter, der skader Den Europæiske Unions finansielle interesser[19].

49. Domstolen gjorde det dog også klart, at medlemsstaterne, når de gennemfører disse forpligtelser, er underlagt EU's grundlæggende rettigheder på baggrund af chartrets artikel 51, stk. 1[20]. I en situation, hvor medlemsstaternes virke ikke fuldt ud er reguleret af EU-retten, er det også fortsat muligt for nationale myndigheder og retter at anvende nationale normer til beskyttelse af de grundlæggende rettigheder, forudsat at denne anvendelse ikke gør indgreb i det beskyttelsesniveau, som er fastsat i chartret, således som dette fortolkes af Domstolen, eller følger af EU-rettens forrang, enhed og effektive virkning[21].

17 – For nyere eksempler på en effektiv opkrævning af moms, dog ikke inden for rammerne af en straffesag, jf. f.eks. dom af 7.4.2016, Degano Trasporti (C-546/14, EU:C:2016:206), og af 16.3.2017, Identi (C-493/15, EU:C:2017:219).

18 – Dom af 26.2.2013 (C-617/10, EU:C:2013:105).

19 – Dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 25 og 26). Jf. ligeledes i denne retning dom af 17.7.2008, Kommissionen mod Italien (C-132/06, EU:C:2008:412, præmis 37 og 46), og af 28.10.2010, SGS Belgien m.fl. (C-367/09, EU:C:2010:648, præmis 40-42).

20 – Dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 27).

21 – Dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 29). Jf. også, inden for rammerne af den europæiske arrestordre, dom af 26.2.2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, præmis 60).

50. Senere blev Domstolen i Taricco-sagen [22] og M.A.S.-sagen [23] stillet spørgsmålet, om legalitetsprincippet kunne begrænse den effektive opkrævning af moms.

51. I Taricco-dommen gengav Domstolen først de forpligtelser for medlemsstaterne, der følger af artikel 325 TEUF og svigskonventionens artikel 2, stk. 1 [24]. Domstolen konkluderede, at nationale bestemmelser om afbrydelse af forældelsen, som bevirker, at tilfælde af grov svig i et betragteligt antal sager ikke straffes strafferetligt, er i strid med EU-retten, idet de ikke er effektive og afskrækkende [25].

52. Domstolen behandlede derefter konsekvenserne af disse nationale bestemmelsers uforenelighed med EU-retten og den nationale rets rolle. Domstolen fastslog, at artikel 325, stk. 1 og 2, TEUF har direkte virkning. Som følge heraf skal enhver modstående bestemmelse i national lovgivning undlades anvendt [26]. Domstolen mindede dog om, at hvis den nationale ret beslutter at undlade at anvende de anfægtede nationale bestemmelser, skal den ligeledes sikre sig, at de berørte personers grundlæggende rettigheder bliver overholdt [27]. Under alle omstændigheder ville en sådan manglende anvendelse af national ret ikke tilsidesætte de tiltaltes rettigheder, således som disse er sikret ved chartrets artikel 49. Det forholder sig således, fordi det på ingen måde ville føre til, at de tiltalte ville blive dømt for en handling eller en undladelse, som på det tidspunkt, hvor den blev foretaget, ikke udgjorde en i henhold til national ret strafbar lovovertrædelse, eller at der blev anvendt en sanktion, som på dette tidspunkt ikke var fastsat i national ret [28].

53. Omkring et år senere blev Domstolen i M.A.S.-sagen opfordret til at revurdere sin tilgang. Den forelæggende ret i den sag, Corte costituzionale (forfatningsdomstol, Italien), gav udtryk for tvivl med hensyn til, om tilgangen i Taricco-dommen var forenelige med de overordnede principper i den italienske forfatning, navnlig det (nationale) legalitetsprincip (i forhold til sanktioner). Corte costituzionale gjorde gældende, at EU-rettens forrang ikke skulle gå så langt, at den ramte den nationale identitet, som den kommer til udtryk i medlemsstatens grundlæggende struktur, som er beskyttet efter artikel 4, stk. 2, TEU.

54. I sin dom gentog Domstolen medlemsstaternes pligter, der følger af den direkte virkning af artikel 325, stk. 1, og forpligtelsen for nationale retter til at undlade at anvende modstridende nationale forældelsesbestemmelser [29]. Domstolen tilføjede dog også to vigtige præciseringer til Taricco-dommen. For det første understregede den, at den nationale lovgiver har det primære ansvar for at fastlægge forældelsesregler, som gør det muligt at overholde de forpligtelser, der følger af artikel 325 TEUF [30]. Domstolen bemærkede for det andet, at på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i den nævnte sag havde de forældelsesregler, der fandt anvendelse på strafbare handlinger på momsområdet, ikke været genstand for harmonisering fra EU-lovgivers side [31]. I denne forbindelse kunne nationale myndigheder og retter anvende nationale normer til beskyttelse af de grundlæggende rettigheder på de betingelser, der blev fastsat i Åkerberg Fransson-dommen [32].

22 – Dom af 8.9.2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555).
23 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).
24 – Dom af 8.9.2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, præmis 36 og 37).
25 – Dom af 8.9.2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, præmis 47).
26 – Dom af 8.9.2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, præmis 51 og 52).
27 – Dom af 8.9.2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, præmis 53).
28 – Dom af 8.9.2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, præmis 55-57).
29 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 30-36, 38 og 39).
30 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 41).
31 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 44).
32 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 46 og 47).

55. Domstolen bemærkede videre, at kravene om forudsigelighed, nøjagtighed og manglende tilbagevirkende kraft, som ligger i legalitetsprincippet [33], i den italienske retsorden ligeledes fandt anvendelse på forældelsesregler. Som følge heraf fastslog Domstolen, at hvis nationale retter finder, at forpligtelsen til at undlade at anvende de omhandlede nationale bestemmelser er i strid med legalitetsprincippet, vil de ikke være forpligtet til at opfylde denne forpligtelse, heller ikke selv om opfyldelsen af forpligtelsen ville gøre det muligt at afhjælpe en national situation, der er i strid med EU-retten [34].

56. Siden M.A.S.-dommen har Domstolens Store Afdeling afsagt yderligere tre domme, som vedrører de forpligtelser for medlemsstaterne, som hidrører fra EU-retten med hensyn til, generelt, den effektive beskyttelse af Den Europæiske Unions finansielle interesser og, specifikt, opkrævning af moms.

57. Først mindende Domstolen i Scialdone-dommen om, at det i mangel af harmonisering af sanktionerne på momsområdet, i overensstemmelse med den proceduremæssige og institutionelle autonomi er op til medlemsstaterne at fastsætte sanktioner for overtrædelse af momsreglerne – med respekt for effektivitetsprincippet og ækvivalensprincippet [35]. Dernæst fastslog Domstolen i Menci-dommen, at medlemsstaterne frit kan vælge sanktionerne for lovovertrædelser på momsområdet, så længe de respekterer de grundlæggende rettigheder, navnlig princippet ne bis in idem i chartrets artikel 50. Domstolen konkluderede, at en kumulation af en administrativ og strafferetlig procedure og sanktioner var forenelig med artikel 50 på visse betingelser [36].

58. Desuden er den seneste dom i Kolev-sagen [37] også af særlig relevans for den foreliggende sag. Også denne sag blev præjudicielt forelagt af den bulgarske Spetsializiran nakazatelen sad (særlig domstol i straffesager). Sagen vedrørte dog en national regel, som fastsætter henlæggelse af straffesager, efter anmodning fra en anklaget person, hvor der er forløbet en periode på mere end to år fra indledningen af den strafferetlige efterforskning uden at anklageren har afsluttet denne.

59. Efter at have gentaget, at artikel 325, stk. 1, TEUF pålægger medlemsstaterne at vedtage effektive og afskrækkende sanktioner for overtrædelser af toldlovgivningen, understregede Domstolen, at medlemsstaterne også skal sikre, at de straffeprocessuelle regler giver mulighed for en effektiv efterforskning og retsforfølgning af disse lovovertrædelser [38]. Domstolen bemærkede videre, at det først og fremmest er den nationale lovgivers opgave at sikre, at de processuelle regler, der finder anvendelse på retsforfølgning af lovovertrædelser, der skader Den Europæiske Unions finansielle interesser, ikke på grund af lovgivningens iboende forhold indebærer en systemisk risiko for straffrihed for handlinger, der udgør sådanne overtrædelser, og at sikre beskyttelsen af de tiltalte personers grundlæggende rettigheder. For så vidt angår denne del skal den nationale ret ligeledes straks give de fra artikel 325, stk. 1, TEUF hidrørende forpligtelser virkning og samtidig værne om de grundlæggende rettigheder [39]. Under alle omstændigheder kan den nationale ret ikke træffe afgørelse om at afslutte straffesagen alene med den begrundelse, at dette ville være den mest fordelagtige løsning for de tiltalte [40].

33 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 51 og 52).

34 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 58-61).

35 – Dom af 2.5.2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, præmis 25 og 29).

36 – Dom af 20.3.2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, præmis 40-62).

37 – Dom af 5.6.2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392).

38 – Dom af 5.6.2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392, præmis 53 og 55).

39 – Dom af 5.6.2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392, præmis 66).

40 – Dom af 5.6.2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392, præmis 75).

60. Endelig er der også den dom, som den forelæggende ret udtrykkeligt har henvist til: WebMindLicences-dommen [41]. Den nævnte sag vedrørte formuleringen af forholdet mellem en administrativ og en strafferetlig procedure og de afgiftspligtige personers rettigheder under disse. Der blev også spurgt udtrykkeligt til brugen af beviser fremskaffet gennem overvågning med henblik på at fastslå, om der var sket misbrug på momsområdet. Den forelæggende ret spurgte, om afgiftsmyndighederne måtte anvende beviser, der var fremskaffet i forbindelse med en straffesag, herunder beviser fremskaffet ved overvågning, som grundlag for deres afgørelse.

61. Domstolen fastslog, at artikel 4, stk. 3, TEU, artikel 325 TEUF og momsdirektivets artikel 2, artikel 250, stk. 1, og artikel 273 ikke er til hinder for, at afgiftsmyndigheden med henblik på at konstatere, om der foreligger et misbrug på momsområdet, kan anvende beviser, der er tilvejebragt uden den afgiftspligtige persons vidende og inden for rammerne af en endnu uafsluttet sideløbende straffesag. Dette gjordes betinget af, at de rettigheder, som EU-retten sikrer, navnlig dem, der er fastsat i chartret, overholdes [42].

62. Sammenfattende synes det at følge af fast retspraksis, at artikel 325, stk. 1, TEUF, betragtet selvstændigt eller i kombination med svigskonventionens artikel 2, stk. 1, eller med momsdirektivets artikel 2, 250 og 273, pålægger medlemsstaterne at vedtage alle nødvendige foranstaltninger med henblik på at beskytte Den Europæiske Unions finansielle interesser, herunder effektive og afskrækkende administrative eller strafferetlige sanktioner.

63. Omfanget af medlemsstaternes pligter i den henseende er bredt. Det rækker videre end individuelle sanktioner og omfatter alle relevante nationale regler, herunder de straffeprocessuelle regler [43]. EU-retten sigter efter at sikre, at de pågældende nationale regler, uanset om de har processuel eller materiel karakter, og om der er tale om en sag efter national ret eller EU-retten, ikke har til nogen hæmmende virkning på pålæggelsen af en effektiv og afskrækkende sanktion.

64. Retspraksis er dog lige så tydelig med hensyn til det forhold, at medlemsstaternes forpligtelser efter EU-retten principielt finder deres begrænsninger i de grundlæggende rettigheder [44]. Uanset om der er sket harmonisering af regler, som direkte eller indirekte vedrører sanktioner i moms- eller toldanliggender, er Den Europæiske Union og medlemsstaterne i udøvelsen af deres respektive kompetencer bundet af de grundlæggende rettigheder, som det fremgår af chartrets artikel 51, stk. 1.

C. Effektiv opkrævning af moms og grænser herfor

65. Helt groft sagt er det spørgsmål, som (på ny) rejses med den foreliggende sag, følgende: Kan en national dommer i den »effektive momsopkrævnings« (eller i andre af Den Europæiske Unions egne indtægters) navn selektivt se bort fra nationale bestemmelser, såsom regler om forældelsesfrister (Taricco-sagen og M.A.S.-sagen); beløbsmæssige tærskler for kriminalisering (Scialdone-sagen); tidsfrister for afslutningen af den strafferetlige efterforskning (Kolev-sagen); eller, som i den foreliggende sag, nationale regler vedrørende antageligheden i straffesager af beviser, der er ulovligt fremskaffet, hvis overholdelsen af disse bestemmelser vil betyde straffrihed for de tiltalte?

66. Domstolens svar på dette spørgsmål svinger – igen forenklet set – fra »ja, hvis dette sker i et betragteligt antal sager« (Taricco-dommen), over »nej, det er op til den nationale lovgiver at afhjælpe sådanne systemiske fejl« (M.A.S.-dommen og Scialdone-dommen), til »primært nej, men faktisk ja, hvis dette sker systematisk, forudsat at de tiltaltes grundlæggende rettigheder respekteres« (Kolev-dommen).

41 – Dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832).

42 – Dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 68).

43 – Jf. i denne retning navnlig dom af 5.6.2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392, præmis 55).

44 – Jf. ligeledes i relation til princippet ne bis in idem, dom af 20.3.2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, præmis 21).

67. Jeg har vanskeligt ved at se, hvordan nationale dommere skal kunne gennemføre den seneste tilgang, der blev anlagt Kolev-dommen, i praksis. En national dommer forudsættes at undlade at anvende nationale straffeprocessuelle regler, som denne vurderer er uforenelige med den umiddelbart anvendelige artikel 325, stk. 1, TEUF, men skal kun undlade at gøre det, såfremt det ikke fører til et resultat, der tilsidesætter den tiltaltes grundlæggende rettigheder. Men hvilke er disse regler? Fortjener ikke alle den tiltaltes rettigheder omhyggelig overholdelse inden for rammerne af retten til en retfærdig rettergang (i straffesager) og/eller retten til et forsvar? Eller findes der rettigheder, som er mindre vigtige, en slags »anden klasses-rettigheder«, som skal identificeres særskilt af hver national dommer for derefter at blive selektivt fravalgt, hvis de tilfældigvis står i vejen for en domfældelse?

68. Det ser således ud til, at retspraksis stadig befinder sig »på arbejdsstadiet« med hensyn til dette specifikke aspekt. I dette afsnit vil jeg fremkomme med indtil flere forslag til, hvordan man kan anskueliggøre og videreudvikle denne retspraksis. I denne forbindelse er det en selvfølge, at medlemsstaterne skal respektere deres forpligtelser, som følger af artikel 325, stk. 1, TEUF, og alle de andre relevante EU-retlige bestemmelser, som er gennemgået ovenfor[45]. Det lægges også i fuldt omfang til grund, at disse opgaver kan udstrække sig til et hvilket som helst element af national ret, som effektivt gennemfører disse forpligtelser[46]. Derudover kræves der en effektiv gennemførelse af disse. Det, jeg vil behandle i nærværende afsnit, er baggrunden for og omfanget af grænserne for sådanne ret vidtgående forpligtelser (afsnit 1, 2 og 3); hvorvidt disse grænser varierer baseret på arten af den omtvistede nationale regel (afsnit 4); og endelig – og måske vigtigst – spørgsmålet om retsmidler, forudsat at der konstateres en sådan uforenelighed – hvilke konsekvenser har dette for de enkelte, verserende sager (og potentielt for andre igangværende sager) afsnit 5).

69. Det skal indledningsvis retfærdigvis erkendes, at den tilgang, der advokeres for her, er baseret på den klare overbevisning, at den korrekte tilgang til potentielle (systemiske) mangler ved medlemsstaternes effektive opkrævning af moms (eller beskyttelsen af andre af Den Europæiske Unions finansielle interesser) er den i M.A.S.-dommen og Scialdone-dommen anlagte tilgang – og ikke den fra Taricco-dommen og Kolev-dommen.

1. EU-harmoniseringsforanstaltning

70. Undersøgelsen af, hvilken *type* regler, værdier eller interesser der kan anvendes til at afbalancere eller begrænse forpligtelsen til effektivt at beskytte Den Europæiske Unions finansielle interesser, og på *hvilken måde*, begynder nødvendigvis med en analyse af karakteren af den EU-retsbestemmelse, der finder anvendelse i den foreliggende sag.

71. I M.A.S.-dommen understregede Domstolen det forhold, at der på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen endnu ikke var sket harmonisering fra EU-lovgivers side af de forældelsesregler, der finder anvendelse på strafbare handlinger på momsområdet, og at harmoniseringen sidenhen kun havde været delvis[47].

72. Helt præcist hvad betyder »harmonisering« i denne forbindelse, og hvad indebærer eksistensen eller fraværet af en EU-harmonisering?

45 – Jf. punkt 31-37ovenfor.

46 – Og således agerer inden for EU-rettens anvendelsesområde – jf. for en detaljeret drøftelse særligt i forbindelse med opkrævning af moms mit forslag til afgørelse Ispas (C-298/16, EU:C:2017:650, punkt 26-65).

47 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 44). Jf. ligeledes efterfølgende dom af 2.5.2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, præmis 25 og 33).

73. Det skal for det første bemærkes, at det kan være noget vildledende at basere debatten på udtrykket »harmonisering«. Problemet er, at udtrykket »harmonisering« indebærer en form for sektoranalyse, hvorved der ses på hele retsområdet eller en specifik retsakt. Derudover – vil »delvis harmonisering« eller »minimumsharmonisering« inden for dette særlige område, hvad det end måtte være, have samme virkninger som »fuld harmonisering«?

74. Den egentlige test forekommer således snarere at være, om der inden for EU-retten er en klar regel eller et sæt klare regler, der sigter på udtømmende at regulere et specifikt aspekt ved et givet område, og derved effektivt fratager medlemsstaterne muligheden for at indføre selvstændige regler. En sådan test sigter mere på en mikroanalyse, hvor der ses på en specifik regel, eller i bedste fald et specifikt og veldefineret aspekt af EU-retten.

75. Melloni-dommen [48] og reglerne for grunde til at afslå fuldbyrdelse af en europæisk arrestordre i tilfælde af afgørelser afsagt *in absentia*, som disse fremgår af artikel 4a i rammeafgørelse 2002/584/RIA [49], kan udgøre et eksempel i den henseende. Reglerne i denne bestemmelse dækker faktisk et aspekt af proceduren for den europæiske arrestordre udtømmende og udelukker dermed selvstændige nationale regler om samme emne. Testen for, om der eksisterede en EU-»harmoniseringsforanstaltning« i den forstand, som det blev skitseret ovenfor, blev udført i overensstemmelse med artikel 4a i rammeafgørelse 2002/584 og de situationer, som er dækket heraf. Der var selvfølgelig heller ikke gjort gældende, at rammeafgørelsen skulle have dækket hele genstanden for søgsmålet (uanset hvordan denne blev defineret, og om den omfattede hele proceduren for den europæiske arrestordre for overgivelse eller straffesager som sådan).

76. Det skal medgives, at det ikke altid – for at der opstår en sådan udfyldende virkning (pre-emption) – kræves, at der er et fuldstændigt ordmæssigt sammenfald mellem EU-reglen(-erne) og de nationale regler. En sådan »harmonisering« og den deraf følgende udtømmende virkning kan også være af mere funktionel art. Selv om der ikke opstilles en udtrykkelig regel, kan det forhold, at der findes andre klare regler vedrørende relaterede spørgsmål, forhindre eller begrænse visse retsnormer i medlemsstaterne, for så vidt som de faktiske omstændigheder i sagen henhører under EU-retten [50].

77. For det andet har den omstændighed, at der findes klare regler, som udtømmende regulerer et bestemt aspekt af et bredere område, en [helt] naturlig konsekvens: Det udelukker uafhængige handlinger fra medlemsstaternes side. Når EU-lovgiver først har vedtaget foranstaltninger, som til fulde regulerer en bestemt problematik, er der ikke længere noget lovgivningsmæssigt rum, hvor medlemsstaterne kan vedtage deres egne regler, medmindre disse foranstaltninger alene tager sigte på at gennemføre EU-retlige bestemmelser og derved ikke går længere, end hvad der er tilladt efter sidstnævnte.

78. Det skal for det tredje understreges, at det, der skal bedømmes i hver enkelt sag, er, hvor tæt de faktiske omstændigheder i hovedsagen ligger op ad den pågældende harmoniseringsforanstaltning. Ligegyldigt hvor klar, præcis og fuldstændig den relevante EU-bestemmelse er, vil medlemsstaterne bibeholde en skønsbeføjelse til at vedtage deres egne selvstændige regler til trods for, at tvisten stadig formelt falder inden for EU-rettens anvendelsesområde.

79. Der er således klart tale om en skala. På den ene side vil der være sager, hvor en national regel falder ind under en »harmoniseret« EU-standard, enten direkte på grundlag af dens ordlyd, eller fordi den ligger så tæt op ad en anden regel, at den rent funktionelt nærmest er en del af denne (som i Melloni-sagen). Bevæger vi os ud imod siden af skalaen, som er længere fra en klar EU-retlig regel, vil der være sager, hvor reglen på nationalt plan stadig har en vis forbindelse til en EU-retlig bestemmelse,

48 – Dom af 26.2.2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107).

49 – Rådets rammeafgørelse af 13.6.2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne – Erklæringer fra en række medlemsstater i forbindelse med rammeafgørelsens vedtagelse (EFT 2002, L 190, s. 1).

50 – Jf. f.eks. ligeledes i forbindelse med den europæiske arrestordre, dom af 30.5.2013, F. (C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, præmis 37, 38 og 56).

men forbindelsen er nu blevet svagere. Eksempler i denne kategori omfatter Domstolens praksis vedrørende sanktioner på momsområdet, herunder Åkerberg Fransson-dommen og Scialdone-dommen. Ordet »sanktioner« med de tilhørende tillægsord nævnes ganske vist i de relevante EU-retlige bestemmelser, men disse er helt klart ikke detaljerede nok til at kunne give nogen klare EU-retlige regler for de specifikke elementer af sanktioneringen af momsrelaterede overtrædelser, som disse sager afføder. Endelig er der helt ude i periferien af skalaen sager, som, selv om de stadig falder ind under EU-rettens anvendelsesområde, vedrører nationale regler, som ligger ganske langt fra nogen klare EU-retlige regler på området. Således havde de spørgsmål, der blev rejst i f.eks. Ispas-sagen (adgang til sagsakterne under en momsprocedure), Kolev-sagen (tidsfrister for afslutningen af stadiet forud for en straffesag) eller for den sags skyld i den foreliggende sag, stadig en vis forbindelse til *opkrævning* af moms. Det kræver imidlertid en vis forestillingsevne at forbinde ordet »opkrævning« med disse tilfælde.

80. Jo tættere en situation kommer på en klart defineret EU-retlig forpligtelse, desto mindre skønsbeføjelser har medlemsstaten, og desto mere ensartethed vil der være. Omvendt gælder, at jo længere en sag bevæger sig væk fra en klar og specifik EU-retlig regel, imens den stadig er inden for EU-rettens anvendelsesområde, desto større er medlemsstaternes skønsbeføjelser, hvilket dermed skaber rum for større diversitet. For at vende tilbage til en metafor, som allerede har været brugt i en lidt anden sammenhæng [51], men som fanger den samme idé: Jo tættere man er på et fyrtårn, desto stærkere er denne lyskilde, som blænder alle andre kilder. Jo længere man flytter sig væk fra fyrtårnet, desto mindre lys er der, og dette blander sig efterhånden med lys fra andre kilder.

2. EU- eller national kilde til begrænsningerne for effektiv opkrævning af moms

81. I M.A.S.-dommen bemærkede Domstolen videre, at på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen havde de forældelsesregler, der fandt anvendelse på strafbare handlinger på momsområdet, ikke været genstand for harmonisering fra EU-lovgivers side. Umiddelbart efter denne konstatering fastslog Domstolen, at Den Italienske Republik således på daværende tidspunkt var berettiget til i sin retsorden at fastsætte, at disse regler på samme måde som reglerne vedrørende fastsættelsen af strafbare forhold og straffe henhører under den materielle strafferet og derfor er underlagt princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel [52].

82. Med denne udtalelse har Domstolen accepteret anvendelsen af en specifik, national fortolkning af en grundlæggende rettighed (legalitetsprincippet), som er beskyttet både efter EU-retten og national ret, på et område, som endnu ikke er blevet harmoniseret.

83. Betyder dette, at effektiv opkrævning af moms altid er begrænset på grund af både EU-retlige og nationale bestemmelser om grundlæggende rettigheder? Svaret vil afhænge af indholdet af den pågældende nationale regel og, som nævnt i det foregående afsnit, dennes sammenfald med eller nærhed til en »harmoniseret« regel.

84. Kort sagt kan man forestille sig to situationer: *den første* situation, hvor den pågældende nationale regel enten efter sin ordlyd falder direkte ind under de på EU-plan harmoniserede regler, eller den funktionelt er så tæt på disse regler, at anvendelsen af dem reelt foregriber denne. I dette tilfælde vil forbehold, begrænsninger af og afbalancering i forhold til disse regler have »horisontal« karakter, dvs. i relation til interesser, værdier og grundlæggende retsprincipper, der udspringer af EU-retten [53]. *Den*

51 – Jf. mit forslag til afgørelse Ispas (C-298/16, EU:C:2017:650, punkt 61-65).

52 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.S. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 44 og 45).

53 – Dette omfatter også situationer, der er fuldt ud reguleret af EU-retten gennem harmoniseringsforanstaltninger, men hvor en medlemsstat imidlertid påberåber sig artikel 4, stk. 2, TEU med henblik på at beskytte afgørende regler eller principper vedrørende medlemsstatens retsorden, såsom en national værdi eller en grundlæggende rettighed, herunder en særlig fortolkning af en rettighed, som er beskyttet efter EU-retten. Gennem denne bestemmelse i primærretten pålægger EU-retten således i sig selv en pligt til at respektere sådanne regler og principper.

anden situation vedrører tilfælde, hvor den pågældende nationale regel ikke falder ind under en sådan tekstmæssig eller (tilstrækkeligt snæver) funktionel foregribelse, men stadigvæk henhører under EU-retten. I denne situation vil sådanne begrænsninger, herunder fra grundlæggende rettigheder, udspringe af begge systemer: EU-retlige (minimums)standarder, idet medlemsstaterne agerer inden for EU-retten område, og der ikke kan pålægges EU-foranstaltninger uden at chartrets artikel 51, stk. 1, finder anvendelse, men også nationale retlige begrænsninger, der i tillæg hertil kan fastsætte en højere grad af beskyttelse i disse sager.

85. Denne sondring forklarer, hvorfor Domstolen udelukkede anvendelsen af en national beskyttelsesstandard i Melloni-sagen, samtidig med, at den udtrykkeligt tillod dette i M.A.S.-sagen.

86. I Melloni-dommen blev situationen i hovedsagen afgjort af et klart regelsæt, som fandtes i rammeafgørelse 2002/584 om den europæiske arrestordre [54]. Der var derfor ikke mulighed for – på grundlag af national ret kombineret med chartrets artikel 53 – at føje endnu en grund til ikke at fuldbyrde til dem i rammeafgørelse 2002/584, selv hvor denne grund udsprang af medlemsstatens forfatning. Ifølge Domstolen vil dette – idet der ville blive rejst tvivl om den ensartede anvendelse af det beskyttelsesniveau, der er fastsat i denne rammeafgørelse – indebære en tilsidesættelse af princippерne om gensidig tillid og gensidig anerkendelse, som denne afgørelse tilsigter at forankre, og dermed hindres effektiviteten af den nævnte rammeafgørelse [55].

87. Med andre ord er det – bortset fra under helt særlige omstændigheder [56] – alene EU's standarder for grundlæggende rettigheder, som skal anvendes i en situation, hvor der foreligger retlig harmonisering på EU-plan ved en EU-retsakt, som opstiller klare og udtømmende krav vedrørende et specifikt aspekt. I et sådant tilfælde antages det, at EU-lovgiver allerede har sikret en ligevægt mellem på den ene side beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder og på den anden side den pågældende foranstaltnings overordnede effektivitet i forhold til dennes mål. Denne ligevægt kan om nødvendigt anfægtes ved Domstolen på grundlag af EU-standarden for beskyttelse af grundlæggende rettigheder som målestok for gennemgangen af den pågældende EU-harmoniseringsforanstaltning. De grundlæggende rettigheder får således i sidste instans Domstolens beskyttelse, under hensyntagen til, at EU-standarden for beskyttelse i henhold til chartrets artikel 52, stk. 3, ikke må være lavere end standarden i den europæiske menneskerettighedskonvention (EMRK).

88. I modsætning hertil forelå der hverken i M.A.S.-dommen eller Scialdone-dommen (eller i Åkerberg Fransson-dommen) en sådan »harmonisering« i den forstand, at de pågældende nationale regler i disse sager enten faldt direkte ind under en tilsvarende og klar EU-retlig bestemmelse eller blev funktionelt foregrebet af denne. Udøvelsen af dette skøn var derfor genstand for to typer begrænsninger. Dels er medlemsstaterne fortsat underlagt EU-kravene om ækvivalens og effektivitet [57] og minimumsstandarderne for beskyttelse af de grundlæggende rettigheder, som garanteret ved chartret [58]. Dels kan medlemsstaterne, fordi de udøver deres eget skøn, også anvende deres egen forståelse af en grundlæggende rettighed ved gennemgangen af regler vedtaget under udøvelsen af dette skøn – så længe de ikke yder en svagere beskyttelse end den i chartret, jf. sidstnævntes artikel 53.

54 – Jf. punkt 75 ovenfor.

55 – Dom af 26.2.2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, præmis 63).

56 – Jf. fodnote 53 ovenfor.

57 – Jf. i denne retning dom af 2.5.2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, præmis 29).

58 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 47).

89. Der skal gøres en sidste bemærkning angående den grad af »enhed« eller »ensartethed«, der kræves med hensyn til sidstnævnte situationer. Det er et tilbagevendende udsagn fra Domstolen, at de nationale myndigheder og retter fortsat har beføjelse til at anvende deres nationale niveauer for beskyttelse af grundlæggende rettigheder, på den betingelse, at denne anvendelse hverken strider mod det beskyttelsesniveau, der er fastsat i chartret, som fortolket af Domstolen, eller EU-rettens forrang, enhed og effektivitet [59].

90. Jeg må indrømme, at jeg har noget svært ved at forestille mig, hvordan disse betingelser fungerer i praksis, herunder navnlig kravet om »enhed« i den anden betingelse. I den forbindelse er tidsfrister for momsangivelser et godt eksempel. Selv om det selvfølgelig fremgår af momsdirektivets artikel 250, stk. 1, at der skal foreligge periodiske momsangivelser og -erklæringer, fremgår der ikke noget om præcis hvordan disse erklæringer skal behandles administrativt (såsom hyppighed, format eller tidsfrister). Sidstnævnte emner er således ikke »harmoniserede« i den forstand, hvori dette blev skitseret i det forudgående afsnit, og falder derfor inden for det område, hvor medlemsstaterne har beholdt deres skønsbeføjelse. Sådanne nationale regler vil pr. definition være forskellige og divergerende, men forudsat, at de ikke truer chartrets forrang, generelle effektive virkning og de deri omhandlede minimumsstandarder for beskyttelse, er en sådan national differentiering naturligvis mulig.

91. Selv om de selvfølgelig er relevante for den nationale anvendelse af EU-harmoniserede regler, skal kravene om forrang, enhed og effektiv virkning – og navnlig kravet om »enhed« – derfor nok ikke tages *bogstaveligt* på områder, hvor medlemsstaterne har beholdt deres skønsbeføjelse.

3. Chartrets rolle

92. Alt afhængigt af, om den foreliggende situation er fuldt ud reguleret af EU-retten som skitseret i de forudgående afsnit, vil chartret spille en fascinerende dobbeltrolle, som en begrænsning af den effektive opkrævning af moms. I sager, der klart falder ind under et EU-retligt regelsæt, vil chartret sætte en fælles maksimumsstandard. I sager, der ligger uden for en sådan EU-harmonisering, vil chartret fastsætte minimumsgrænsen for beskyttelse af de grundlæggende rettigheder.

93. For det første – i tilfælde af harmonisering – vil chartret fungere som et loft. Eftersom anvendelsen af nationale beskyttelsesregler er udelukket i kraft af artikel 53, udgør chartret den eneste målestok for grundlæggende rettigheder på grundlag af hvilken EU-harmoniseringsforanstaltninger – eller nationale foranstaltninger, der gennemfører disse stringent – vil blive vurderet. I denne sammenhæng foreskriver artikel 52, stk. 3, at beskyttelsesstandarden efter chartret mindst skal være på højde med EMRK-standarden, imens artikel 52, stk. 1, sikrer, at begrænsninger af de grundlæggende rettigheder er klart afgrænsede og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre f.eks. beskyttelsen af Den Europæiske Unions finansielle interesser. Disse bestemmelser garanterer, at chartret i sig selv skal sikre en høj grad af beskyttelse af de grundlæggende rettigheder ved at opstille *effektive* begrænsninger for opkrævning af moms. Idet chartret er en integreret del af den primære EU-ret, har chartret også udbytte af kravene om forrang, enhed og effektiv virkning. Det tillægges samme vægt som andre bestemmelser i den primære EU-ret, såsom artikel 325 TEUF, og det er op til Domstolen at sikre den rigtige balance mellem de grundlæggende rettigheder og konkurrerende værdier og interesser.

59 – Jf. navnlig dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 29), af 26.2.2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, præmis 60), af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 47), og af 5.6.2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392, præmis 75).

94. For det andet – i mangel af harmonisering, herunder hvor EU-retten giver medlemsstaterne et vist spillerum med henblik på at vedtage deres egne lovgivningsmæssige retsakter eller gennemførelsesbestemmelser [60] – fastsætter chartret en minimumsgrænse. Det fremgår klart af artikel 53, at medlemsstaternes forfatninger – men også international ret – kan indføre højere standarder end dem, der er fastsat i chartret.

95. Igen – i en sådan situation – påvirker dette EU-rettens »forrang, enhed og effektive virkning«? Jo mindre harmonisering der er, desto mindre sandsynligt er det, at forrangen, enheden og den effektive virkning af EU-retten pr. definition kan blive undermineret. Anvendelsen af en national beskyttelsesstandard betyder ganske vist diversitet, i modsætning til ensartethed. I mangel af harmonisering finder den nationale beskyttelsesstandard imidlertid kun anvendelse på den – mere eller mindre vide – skønbeføjelse, som EU-retten selv har overladt til medlemsstaterne. Det er derfor nationale tiltag, i modsætning til EU-retlige tiltag, der holdes op imod den mere stringente målestok i den nationale forfatning. Sagt med andre ord: Jo videre medlemsstaternes skønsbeføjelse er, desto mindre risiko er der for EU-rettens forrang, enhed og effektive virkning.

4. Den materielle eller processuelle karakter af nationale strafferetlige regler

96. I M.A.S.-dommen opstod spørgsmålet, om den omhandlede forældelsesregel var af materiel eller processuel karakter, og derfor, om denne var omfattet af legalitetsprincippet. Eftersom det italienske retssystem anerkender sådanne regler som værende af materiel karakter, accepterede Domstolen i mangel af harmonisering af disse regler, at legalitetsprincippet efter italiensk ret fandt anvendelse. I M.A.S.-sagen – ligesom i den tidligere Taricco-sag – opstod dette spørgsmål specifikt i forbindelse med chartrets artikel 49 og spørgsmålet, om garantierne i denne artikel angår »udelukkende materielle« eller også »processuelle« straffebestemmelser.

97. Imidlertid er der – og også i lyset af den foreliggende sag – opstået et bredere spørgsmål, som går ud over den specifikke sammenhæng, som garantierne i chartrets artikel 49 indgår i. Vil (eller bør) den ovenfor skitserede argumentation angående typen af begrænsninger for den »effektive opkrævning af moms« være forskellig, alt efter om den omhandlede nationale regel er af »materiel« i modsætning til blot »processuel« karakter? Videre – og forbundet med det næste spørgsmål, om hvordan sådanne eventuelle mangler på det nationale trin bør afhjælpes – bør konsekvenserne i den henseende da også være forskellige, igen afhængigt af, om det, der eventuelt bliver tilsidesat i den individuelle sag, er en processuel eller en materiel (strafferetlig) bestemmelse?

98. Mit svar på dette spørgsmål er et klart »nej«, og dette af mindst tre årsager.

99. For det første er en sådan klassificering problematisk og meget vanskelig at anvende. Dette ses allerede tydeligt i den specifikke sammenhæng med chartrets artikel 49 [61], men bliver endnu mere kompleks uden for denne bestemmelse, i relation til andre rettigheder efter chartret. Vil en sådan klassificering desuden være genstand for nationale taksonomier, eller en, der omfatter hele EU? Vil sidstnævnte da kræve, at der defineres en »selvstændig EU-definition« af enhver retsregel?

100. For det andet er jeg lidt forbavset over den implicitte lethed, hvormed »rene processuelle regler« vil kunne tilsidesættes. Er bestemmelser, der stiller krav om, at anklagemyndigheden inden for en given periode enten skal rejse tiltale eller indstille efterforskningen, således at en person ikke kan befinde sig på efterforskningsstadiet i al evighed, blot et underordnet »procedureelement«? Eller er f.eks. kravet om, at en domstol skal have kompetence i straffesager blot »processuel pynt«? Faktisk vil det ofte være processuelle regler, som er egnede til at beskytte de grundlæggende rettigheder – i samme eller

60 – På den skala, der er redegjort for ovenfor i punkt 79 og 80, vil dette således dække både det centrale område (såsom *Åkerberg Fransson* eller *Scialdone*), ligesom det selvfølgelig også vil dække spektrummets ydre punkter (såsom *Ispas* og *Kolev*).

61 – Uddybet i mit forslag til afgørelse Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553, punkt 146-163).

endog højere grad end de materielle regler gør. Som Rudolf von Jhering engang bemærkede, er »form […] vilkårlighedens erklærede fjende, frihedens tvillingesøster« [62]. Det er derfor ret svært at se, hvordan nationale retter gyldigt skulle kunne påberåbe sig EU-ret(spraksis) med henblik på at begrænse de grundlæggende rettigheder gennem tilsidesættelse af sådanne »processuelle« bestemmelser i strafferetten [63].

101. For det tredje og vigtigst af alt, og af de grunde, som jeg allerede har angivet andetsteds [64], er studiet af de juridiske taksonomiers finesser, det være sig nationale såvel som internationale, pr. definition dårligt egnet i forhold til den type diskussion, som bør finde sted, når man drøfter begrænsninger af de grundlæggende rettigheder. Denne diskussion bør være virkningsorientret. Det er det, den effektive beskyttelse af de grundlæggende rettigheder bør dreje sig om: individet og den indvirkning, som en regel har på den pågældendes situation – ikke de taksonomiske etiketter, som er knyttet til denne regel.

5. Retsmidler

102. M.A.S.-dommen og Kolev-dommen gjorde det klart, at hvor der er uforenelighed mellem nationale regler og EU-retten, påhviler det *i første omgang* den nationale lovgiver at tage sig af denne uforenelighed [65] på en måde, hvorved man undgår en systemisk risiko for straffrihed [66]. Imidlertid blev det også fastslået deri – under henvisning til Taricco-dommen – at den direkte virkning af artikel 325, stk. 1, TEUF, kombineret med princippet om forrang, *i princippet gav de nationale retter beføjelse til at undlade at anvende uforenelige regler* [67]. Det synes at fremgå af Kolev-dommen, at dette mandat ikke blot indebærer tilsidesættelsen af disse regler, men tilsyneladende også nogle yderligere, positive foranstaltninger, der skal træffes af den nationale ret, som ikke har nogen holdepunkter i ordlyden af den nationale ret, såsom forlængelse af de perioder, inden for hvilke anklagemyndigheden skal agere, eller at de selv løser de pågældende uregelmæssigheder [68].

103. Jeg er af flere grunde af den opfattelse, at den nationale rets rolle med hensyn til nationale regler, som potentielt kan hæmme en korrekt opkrævning af moms, utvivlsomt bør fortolkes anderledes i verserende (straffe)sager. Kort sagt bør en sådan konstatering af uforenelighed begrænses til en deklaratorisk erklæring herom, som retssikkerheden og de grundlæggende rettigheder hindrer i at blive anvendt i verserende sager. Den skal kun have virkning fremadrettet – på det strukturelle og processuelle plan, eventuelt ledsaget af en traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 258 TEUF.

104. For det første skal det bemærkes, at balancegangen mellem på den ene side den effektive beskyttelse af Den Europæiske Unions finansielle interesser og på den anden side de grundlæggende rettigheder generelt er en balancegang mellem formål og værdier, som er (i hvert fald mindst) ligeværdige. Selv hvor fortolkningen af disse i chartret anerkendte grundlæggende rettigheder skal

62 – »Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit« [»Form er vilkårlighedens erklærede fjende, frihedens tvillingesøster«], og tilføjede »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.« [»Fordi formen er modvægt til fristeren, som søger at forlede friheden til hæmningsløshed, den leder frihedsstoffet ind i faste baner […] og styrker det derved indadtil og beskytter det udadtil.«] – Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, del 2, bind 2. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1858, s. 497.

63 – Dette også i lyset af, at det følger af chartrets artikel 52, stk. 1, at *enhver begrænsning* af de grundlæggende rettigheder skal være fastlagt *i lovgivningen*. Ifølge Domstolens eget, nylige udsagn »er det kun en almengyldig bestemmelse, der kan opfylde kravene om klarhed, forudsigelighed, tilgængelighed og navnlig beskyttelsen mod vilkårlighed« (jf. dom af 15.3.2017, Al Chodor, C-528/15, EU:C:2017:213, præmis 43). Jeg spørger mig selv, hvordan den rent juridiske og temmelig »dynamiske« fortolkning af forpligtelserne i artikel 325, stk. 1, TEUF vil opfylde disse krav.

64 – Jf. mit forslag til afgørelse Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553, punkt 151 og 152).

65 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 41).

66 – Dom af 5.6.2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392, præmis 65).

67 – Jf. dom af 8.9.2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, præmis 49 og 58), og af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 38 og 39).

68 – Dom af 5.6.2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392, præmis 68 og 69).

sikres inden for rammerne af Den Europæiske Unions struktur og mål[69], er indskrænkninger i de grundlæggende rettigheder i sig selv begrænset af chartret, uanset om der foreligger harmonisering. Artikel 52, stk. 1, forbyder enhver forstyrrelse af de deri anerkendte rettigheders og friheders væsentligste indhold. Artikel 52, stk. 3, stiller krav om et minimumsniveau for beskyttelse svarende til EMRK-standarderne.

105. For det andet, og som der blev mindet om i M.A.S.-dommen, kan en ret ikke under en straffesag skærpe et strafferetligt ansvar for tiltalte personer[70]. I den sammenhæng kan jeg ikke se, hvordan en selektiv tilsidesættelse af nationale strafferetlige eller processuelle bestemmelser med henblik på at kunne forsætte med f.eks. en tidsbegrænset eller ulovlig strafforfølgning, skulle kunne undgå at stå i modstrid til denne konstatering.

106. For det tredje er sådanne resultater i verserende straffesager uforenelige med ethvert tænkeligt, rimeligt krav til loves forudsigelighed og retssikkerhed – principper, som åbenlyst har en særlig vægt i forbindelse med straffesager. Unionens retssystem er en diffus størrelse. Alle retter i medlemsstaterne fungerer som en ret til sikring af EU-rettens anvendelse. Inden for dette juridiske mandat kan og bør enhver national ret drage de rette processuelle konsekvenser af en konstatering af uforenelighed, som den er beføjet til selv at fastslå, uden henvisning af sagen til Domstolen. Når dette udstrækkes til, at individuelle retter i medlemsstaterne på grundlag af deres egen vurdering kan undlade at anvende nationale straffeprocessuelle regler, ser strafferetsplejen ud til at kunne risikere at blive et (EU-sponsoreret) lotteri.

107. Denne risiko forværres yderligere som følge af, at den af Domstolen fastsatte udløsende begivenhed for enhver sådan selektiv ikke-anvendelse af uforenelige nationale regler selv efter Kolev-dommen forbliver uklar. I Taricco-sagen, hvor den forelæggende ret udtalte, at varigheden af straffesager i Italien er så lang, at »straffrihed i denne type sager udgør normen, snarere end undtagelsen«, fastsatte Domstolen den udløsende begivenhed til det tidspunkt, hvor den nationale ret konkluderede, at anvendelsen af de nationale bestemmelser ville have en sådan effekt »i et betragteligt antal sager«[71]. I Kolev-sagen synes den udløsende begivenhed at være beskrevet som »systematiske og vedvarende overtrædelser af toldreglerne«, som synes at resultere i en »systemisk risiko« for straffrihed for handlinger, der vil kunne påføre skade på Den Europæiske Unions finansielle interesser[72].

108. I Kolev-sagen syntes den eneste »systematiske og vedvarende overtrædelse« under hovedsagen imidlertid at være, at en specifik anklager i en specifik straffesag ikke var i stand til på behørig vis at forsyne den tiltalte med de relevante dokumenter. I den henseende var anklageren ganske vist *systematisk og vedvarende* ude af stand til at gøre dette. I øvrigt forekom hele det »systemiske« problem imidlertid at være baseret på et udsagn fra den forelæggende ret. Det er forholdsvis klart, hvilken type (denne gang reelt systemiske) problemer det skaber inden for rammerne af strafferetsplejen, at Domstolen har givet »licens til at se bort fra«[73].

69 – Jf. i den retning dom af 17.12.1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, præmis 4), af 3.9.2008, Yassin Abdullah Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen (C-402/05 P og C-415/05 P, EU:C:2008:461, præmis 281-285), og udtalelse 2/13 (Den Europæiske Unions tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 170).

70 – Dom af 5.12.2017, M.A.S. og M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 57). Jf. også, for så vidt angår spørgsmålet, om direktiverne finder anvendelse, dom af 8.10.1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, EU:C:1987:431, præmis 13), og af 22.11.2005, Grøngaard og Bang (C-384/02, EU:C:2005:708, præmis 30).

71 – Dom af 8.9.2015, Taricco m.fl. (C-105/14, EU:C:2015:555, præmis 24 og 47).

72 – Dom af 5.6.2018, Kolev m.fl. (C-612/15, EU:C:2018:392, præmis 57 og 65).

73 – Det er bestemt korrekt at komme med et modsvar om, at sådanne konsekvenser altid har været en del af EU-rettens funktionsmåde. Ethvert udsagn fra en national ret om uforenelighed kan anfægtes af andre aktører i medlemsstaten, hvilket (i hvert fald for nogen tid) gør retstilstanden mindre forudsigelig, med den konsekvens, at en person i denne overgangsperiode f.eks. vil kunne opnå visse rettigheder, hvorimod andre ikke vil kunne dette. Jeg er bange for, at en sådan (alment gældende) bemærkning vil møde tydelige begrænsninger i forbindelse med effektivt at (i) pålægge strafansvar (ii) på grundlag af den meget »økonomisk formulerede« artikel 325, stk. 1, TEUF. Igen ligger hovedforskellen i bestemmelsernes rimelige forudsigelighed og klarhed. Jf. mit forslag til afgørelse Scialdone (C-574/15, EU:C:2017:553, punkt 165, 166 og 173-178).

109. For det fjerde er det (forfatningsmæssigt velafprøvede) svar på dette problem og de dermed forbundne spørgsmål respekten for magtadskillelsesprincippet. I tilfælde af uforenelighed mellem nationale straffebestemmelser og EU-retten er det helt klart op til den nationale lovgiver at træde til og med fremtidigt sigte og i overensstemmelse med legalitetsprincippet at vedtage almengyldige bestemmelser. Som et udtryk for magtadskillelsesprincippet på det sensitive strafferetlige område kræver legalitetsprincippet Parlamentets vedtagelse af både processuelle og materielle regler. Bortset fra den iboende forfatningsmæssige værdi af dette argument, har denne tilgang også en pragmatisk fordel: der vil pr. definition kun være *et enkelt regelsæt*, som finder anvendelse.

110. For det femte er der, hvad man kan kalde det overordnede »hvad-systemiske-mangler-i-medlemsstaterne-kan-føre-til«-paradoks. I sager som N.S.-sagen [74] eller Aranyosi og Căldăraru-sagen [75] førte eksistensen af visse systemiske mangler ved de juridiske eller administrative systemer eller fængselsvæsenet i en medlemsstat under henvisning til den effektive beskyttelse af de grundlæggende rettigheder til muligheden for foreløbig suspension af nogle af de mest grundlæggende principper, som Den Europæiske Union bygger på, såsom gensidig anerkendelse og gensidig tillid. Imidlertid er (tilsyneladende) systemiske mangler i sager vedrørende opkrævning af moms og told i relation til beskyttelsen af Den Europæiske Unions finansielle interesser af en sådan overordnet værdi, at den i dette tilfælde fører til en effektiv suspension af de grundlæggende rettigheder knyttet til legalitet og retsstatsprincippet. Jeg spørger mig selv, hvad en sådan lagdeling af værdier ville indebære med hensyn til hierarkiet mellem artikel 2 TEU og artikel 325 TEUF.

111. Af alle disse grunde mener jeg, at Domstolens tilgang til konsekvenserne af en eventuel uforenelighed af nationale bestemmelser relateret til den effektive opkrævning af moms eller andre af Den Europæiske Unions egne indtægter, og navnlig til straffesager angående disse spørgsmål, bør struktureres noget anderledes. Selv hvis en national bestemmelse, som finder anvendelse i sådanne sager, måtte blive erklæret uforenelig med de relevante EU-retlige bestemmelser, bør denne erklæring alene have fremtidige virkninger. Når principperne om retssikkerhed, legalitet og beskyttelse af de grundlæggende rettigheder (som er relevante i den konkrete sag) anvendes, kan denne konklusion ikke anvendes i verserende sager, hvis dette måtte være til skade for den enkelte tiltalte. En medlemsstat har således en pligt til øjeblikkeligt at igangsætte ændringer i den nationale lovgivning med henblik på at sikre forenelighed mellem den nationale regel og Domstolens konklusioner. Hvis den undlader at gøre dette, er det korrekte (strukturelle) retsmiddel en eventuelt fremskyndet traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 258 TEUF.

112. Endelig bør det ikke spille nogen rolle, hvorvidt de eventuelle svagheder er systemiske, eller der blot er tale om enkeltstående tilfælde. Hvis sådanne svagheder rent faktisk er strukturelle, forstået på den måde, at de forekommer i stor skala og gentagne gange, er dette faktisk endnu et argument for, at disse også skal mødes med et »strukturelt svar« i form af en procedure efter artikel 258 TEUF, hvor den pågældende medlemsstat også får lejlighed til at forsvare sine synspunkter.

D. Spørgsmålet fra den forelæggende ret

113. Når disse generelle betragtninger anvendes på den foreliggende sag, forekommer det mig, at der er et forholdsvist klart svar på den forelæggende rets specifikke spørgsmål om, hvorvidt den effektive beskyttelse af Den Europæiske Unions egne indtægter giver mandat til at undlade at anvende nationale regler, der udelukker anvendelsen af ulovligt frembragte beviser: *nej*, det gør den *helt bestemt* ikke.

74 – Dom af 21.12.2011, N.S. m.fl. (C-411/10 og C-493/10, EU:C:2011:865, præmis 86).

75 – Dom af 5.4.2016, Aranyosi og Căldăraru (C-404/15 og C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, præmis 82-88).

114. For det første var der på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen tilsyneladende ikke sket nogen EU-harmonisering [76] af bevisreglerne eller vedrørende overvågning med henblik på sikring af Den Europæiske Unions finansielle interesser i forbindelse med moms eller generelt. Medlemsstaterne havde derfor fortsat et skøn ved udformningen af deres egne regler i den henseende.

115. For det andet, selv i mangel af specifikke EU-regler om emnet, forstået på den måde, at situationen i hovedsagen ikke er EU-reguleret, falder situationen stadig ind under EU-retten. Medlemsstaterne er således genstand for de overordnede krav, der kan udledes af artikel 325, stk. 1, TEUF, svigskonventionens artikel 2, stk. 1, og momsdirektivets artikel 206, artikel 250, stk. 1, og artikel 273 vedrørende alle strafferetlige regler, der berører sanktioner på momsområdet.

116. Sammenlignet med de omstridte nationale regler i M.A.S.-sagen eller Kolev-sagen er graden af nærhed mellem de omstridte nationale regler og de relevante EU-retlige bestemmelser måske lidt fjern, men den er bestemt ikke fraværende [77]. Således har bevisbyrderegler sammen med regler for domstolenes kompetence og betingelserne for at tillade overvågning en tydelig indvirkning på sanktionerne, i og med, at de som resultat af deres anvendelse gør sidstnævnte mere eller mindre sandsynlig. Dette fremstår klart, hvor anvendelsen af bevisbyrderegler i Bulgarien afskærer brugen af beviser, der ville vise Petar Dzivevs skyld i hovedsagen.

117. For det tredje følger det, at medlemsstater, når de udvikler og anvender denne type regler, skal udøve deres skøn inden for to grænser, herunder grænserne, der følger af de grundlæggende rettigheder: dem, der følger af national ret, og dem, der følger af EU-retten.

118. På den ene side skal de respektere deres egne nationale lovgivninger, herunder de relevante bestemmelser i deres forfatninger vedrørende strafferetten generelt og mere specifikke bestemmelser vedrørende beviser og overvågning. Det følger heraf – baseret på M.A.S.-dommen – at de bulgarske myndigheder kan undersøge de omhandlede nationale regler i lyset af særlige fortolkninger af de grundlæggende rettigheder (f.eks. legalitetsprincippet for så vidt angår sanktioner), selv hvis sidstnævnte også er sikret i EU-retten, forudsat, at den nationale forfatning yder en højere grad af beskyttelse af de tiltalte. Det tilkommer i den henseende udelukkende den forelæggende ret at undersøge, om de omhandlede nationale bestemmelser er i overensstemmelse med trinhøjere nationale bestemmelser.

119. På den anden side bliver medlemsstaterne, idet den omhandlede situation henhører under EU-retten, ikke blot begrænset i deres institutionelle og processuelle frihed til at skabe deres egne bevisbyrderegler af EU-rettens dobbelte krav om ækvivalens og effektivitet, men også af chartret [78].

120. Kravet om ækvivalens begrænser medlemsstaternes valgfrihed ved at forpligte dem til at sikre, at disse sanktioner opfylder de samme betingelser, som efter national ret gælder for overtrædelser af samme art og grovhed [79]. I den foreliggende sag forekommer der dog ikke at være nogen problemer med hensyn til ækvivalens.

121. Kravet om effektivitet forpligter medlemsstaterne til at sikre en effektiv opkrævning af moms, navnlig ved at pålægge effektive og afskrækkende sanktioner for overtrædelser af momslovgivningen [80].

76 – I form af en EU-regel eller et sæt af regler, der dækkede dette specifikke spørgsmål, som drøftet ovenfor i punkt 70-80.

77 – På den skala, der blev skitseret og drøftet ovenfor i punkt 79, befinder den sig således tættere på Ispas- eller Kolev-scenarierne.

78 – Jf. f.eks., for så vidt angår behørig hensyntagen til chartret inden for EU-rettens anvendelsesområde, dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 27), og af 5.4.2017, Orsi og Baldetti (C-217/15 og C-350/15, EU:C:2017:264, præmis 16).

79 – Jf. f.eks. dom af 2.5.2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, præmis 53).

80 – Dom af 2.5.2018, Scialdone (C-574/15, EU:C:2018:295, præmis 33).

122. EU-rettens effektivitet er et tvivlsomt argument, idet det i sig selv ikke har nogen iboende begrænsninger. Hvis dette argument tages til yderste konsekvens, vil ethvert påtænkt resultat kunne retfærdiggøres heraf. Det er helt sikkert, at hvis »den effektive beskyttelse af Unionens egne indtægter« blev sidestillet med at »sende folk i fængsel for at begå svig og undlade at betale moms« [81], ville enhver national regel, som stod i vejen for en domfældelse, skulle tilsidesættes. Ville det så ikke også være mere effektivt, hvis man slet ikke behøvede at anmode om en retslig tilladelse til telefonaflytning? På samme måde ville den effektive kontrol med betaling af moms måske også blive øget, hvis den nationale dommer havde kompetence til at anordne offentlig piskning på torvet?

123. Sådanne klart absurde eksempler illustrerer levende, hvorfor det potentielt grænseløse argument om »effektivitet« umiddelbart skal begrænses og afbalanceres mod argumenter og værdier, som blev identificeret i de tidligere led: andre værdier, interesser og mål, der stammer fra EU- og nationale begrænsninger, herunder beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder. Det er overladt til den nationale ret at foretage denne eventuelle afbalancering i forhold til nationale grænser og processuelle regler.

124. For så vidt angår EU-retten og de minimumsforpligtelser, der følger deraf, kan det igen anføres, at EU-retten ikke blot giver mandat til effektive og afskrækkende sanktioner. Den forlanger også respekt for de grundlæggende rettigheder under processen for pålæggelse af sanktionerne. Bestemmelserne i chartret og i artikel 325, stk. 1, TEUF er alle del af EU-primærretten og på lige fod med hinanden. Medlemsstaterne har således en *dobbelt pligt* efter EU-retten til at veje effektivitet op imod de grundlæggende rettigheder. Det er derfor magtpåliggende, at kravet om beskyttelse af de grundlæggende rettigheder tages med i betragtning, når man vurderer effektivitet [82].

125. Under de særlige omstændigheder i hovedsagen er det forholdsvist klart, at overvågning af kommunikation af enhver art, herunder telefonaflytning, udgør en betydelig forstyrrelse af privatlivets fred (chartrets artikel 7) [83] og, hvis den anvendes ulovligt i forbindelse med en straffesag, også udgør en overtrædelse af retten til et forsvar (chartrets artikel 48, stk. 2).

126. En national regel, som afskærer brugen af beviser frembragt i henhold til en fejlagtigt udstedt afgørelse om overvågning, tager således behørigt højde for begge sider af regnestykket: ikke blot for målet om en effektiv opkrævning af moms (ved overhovedet at tillade sådanne forstyrrelser af privatlivets fred at opstå), men også for respekten for de grundlæggende rettigheder (ved at begrænse brugen af sådanne beviser ved en række betingelser, herunder at de skal være frembragt på lovlig vis på grundlag af en retsafgørelse).

81 – Selv om man helt kynisk kan stille spørgsmålstegn ved den faktuelle rigtighed af dette udsagn: at det at sætte folk i fængsel for ikke at betale skatter og afgifter (muligvis) vil tjene det (mere fjerntliggende mål) om afskrækkelse, men næppe det (måske mere nærliggende) mål om at tvinge dem til at overholde deres forpligtelser over for det offentlige. Det er også derfor, at debitorfængsler, selv om de måske også har kunnet retfærdiggøres i henseende til afskrækkelse, hidtil nok kun har været en begrænset succes i forhold til at få folk til at betale – jf. sammen med de relevante henvisninger til litteraturen mit forslag til afgørelse Nemec (C-256/15, EU:C:2016:619, punkt 63-65).

82 – Jf. i den retning også dom af 17.12. 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 65 og 66). Domstolen insisterede navnlig på, at telekommunikationsovervågning, som havde frembragt de pågældende beviser, skulle have hjemmel i lov og være nødvendig i såvel en strafferetlig som administrativ sammenhæng. Det skal også efterprøves, om den afgiftspligtige person, i overensstemmelse med det generelle princip om overholdelse af retten til kontradiktion, under den administrative procedure havde mulighed for at bedømme disse beviser og blive hørt herom.

83 – Men hensyn til retten til privatliv i forbindelse med overvågning, jf. f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom af 24.4.1990, Kruslin mod Frankrig (CE:ECHR:1990:0424JUD001180185), af 18.5.2010, Kennedy mod Storbritannien (CE:ECHR:2010:0518JUD002683905), og af 4.12.2015, Roman Zakharov mod Rusland (CE:ECHR:2015:1204JUD004714306). I sidstnævnte sag konstaterede Menneskerettighedsdomstolen mangler ved den russiske lov om telekommunikationsovervågning for så vidt angår procedurerne for at give tilladelse til overvågning. Jf. også i en lidt bredere henseende om den rette balance mellem bekæmpelsen af kriminalitet og beskyttelsen af privatlivet og personoplysninger, dom af 21.12.2016,Tele2 Sverige og Watson m.fl. (C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970).

127. Jeg mener, at analysen i forhold til den foreliggende sag kan afsluttes her. Jeg mener ikke, at spørgsmålet, om de pågældende nationale regler er processuelle eller ej, og om, hvor mange lignende problemer, der opstår på nationalt plan, bør have nogen betydning for Domstolens vurdering i en sag som den foreliggende. For at være Domstolen fuldt behjælpelig skal jeg dog skitsere et kortfattet svar vedrørende de resterende punkter, idet jeg anvender den generelle analyseform, der blev anvendt oven for på den foreliggende sag.[84] Svaret lyder som følger.

128. For det fjerde bemærkes, at selv om en national regel, i henhold til hvilken den kompetente ret kan tillade telefonaflytning i en specifik sag, vil kunne forstås som en regel af processuel karakter, er en regel, som kræver, at en afgørelse, hvorved der gives tilladelse til aflytning, er begrundet, noget mere kompliceret. Hvis der ikke er givet nogen (defineret og sagsspecifik) begrundelse for aflytning, udgør et sådant krav så »blot« en processuel regel? Vanskeligheden i denne og andre sager[85] med at klassificere sådanne bestemmelser, som ligger på grænsen, understreger blot igen, hvorfor denne sondring ikke rigtig er til hjælp i forbindelse med sager som den foreliggende.

129. For det femte mener jeg ikke, at en undersøgelse af, i hvor mange sager en regel er blevet anvendt på en bestemt måde, bør have nogen som helst relevans for bedømmelsen af reglers overensstemmelse med EU-retten. Selv hvis det måtte have relevans, bør et struktureret svar på sådanne eventuelle mangler være fremtidsorienteret og prospektivt og bør ikke finde anvendelse i verserende sager til skade for dem, som allerede bliver forfulgt strafferetligt. Hvis Domstolen imidlertid måtte finde, at systemiske mangler er relevante for denne type af sager, som omhandlet i Taricco-dommen og Kolev-dommen, har jeg følgende bemærkninger.

130. Som anført af Kommissionen, fremgår det ikke af de faktiske omstændigheder i denne sag, således som disse er fremstillet af den forelæggende ret, at anvendelsen af de pågældende nationale regler vil medføre en *systemisk risiko* for straffrihed i Kolev-dommens forstand eller hæmme opkrævningen af moms i et *betydeligt antal sager* i Taricco-dommens forstand.

131. Hvor grænsen end måtte gå, kan man godt antage, at »systemisk« og »betydelig« skal betyde mere end én (sag). Desuden mener jeg fuldt ud på linje med andre sager, hvor der er drøftet systemiske fejl, som N.S.-sagen eller Aranyosi og Căldăraru-sagen, at enhver sådan vidtgående antagelse bør bakkes op af beviser[86], som går ud over, hvad der forekommer at være en enkelt rets individuelle fortolkning af de nationale regler og praksis[87].

132. I den foreliggende sag er fire personer tiltalt. Som den forelæggende ret har anført, kan de frembragte beviser påberåbes til at konkludere, at de øvrige tiltalte i hovedsagen er skyldige, dog undtaget Petar Dzivev. Det forekommer således at forholde sig sådan, at anklagemyndigheden i tre ud af fire sager – »på trods af« den omhandlede nationale regel – har været i stand til på lovlig vis at fremskaffe beviser efter national ret imod de tre andre tiltalte. Det fremstår derfor ikke på baggrund af

84 – Ovenfor, punkt 96-101 og 102-112.

85 – Er eksempelvis en regel, der i forbindelse med miljørevisionsprocedurer fastslår, at *omkostningerne ikke må være prohibitivt dyre*, en processuel eller en materiel regel? Der er mere om dette spørgsmål i mit forslag til afgørelse Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, punkt 82-91).

86 – I begge domme var diskussionen omkring beviserne ikke blot et resultat af indlæg fra en række parter og intervenerende medlemsstater, men blev også underbygget af autoritative erklæringer fra Menneskerettighedsdomstolen om spørgsmålet (jf. dom af 21.12.2011, N.S. m.fl., C-411/10 og C-493/10, EU:C:2011:865, præmis 88-90, og af 5.4.2016, Aranyosi and Căldăraru, C-404/15 og C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, præmis 43 og 60). Jeg foreslår bestemt ikke, at kravene med hensyn til systemiske mangler vil nødvendiggøre denne form for eller dette omfang af beviser i alle sager. Sammenligningen tjener snarere til at illustrere den store begrebsmæssige forskel, der er i forhold til graden af de fremlagte beviser.

87 – Som allerede nævnt kort oven for i punkt 24 og 44, synes der at være uenighed blandt de nationale retter om den rette fortolkning af den nye lov. Man kan dertil, diplomatisk, føje, at graden af uenighed, som denne fremstår i forelæggelsesafgørelsen, mellem på den ene side den forelæggende ret og på den anden side Varhoven kasatsionen sad (øverste kassationsdomstol) og Sofiyski gradski sad (byretten i Sofia), virker til at stikke endnu dybere.

de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag klart, hvordan anvendelsen af disse regler alvorligt skulle kunne hindre håndhævelsen af effektive sanktioner i noget større omfang. Derudover forekommer problemet, der udspringer af usikkerheden omkring, hvilken ret der har kompetence til at tillade overvågning, også at være af midlertidig karakter.

V. Forslag til afgørelse

133. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer det af Spetsializiran nakazatelen sad (særlig domstol i straffesager, Bulgarien) stillede spørgsmål som følger:

»Artikel 325, stk. 1, TEUF, artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, i konventionen om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser samt artikel 206, artikel 250, stk. 1, og artikel 273 i Rådets direktiv 2006/112/EF af 28. november 2006 om det fælles merværdiafgiftssystem, således som fortolket i lyset af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, er ikke til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der forbyder anvendelsen af beviser, som er frembragt i strid med national ret, såsom beviser erhvervet gennem telekommunikationsovervågning, der er godkendt af en ret, der ikke havde kompetence hertil.«