



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
P. CRUZ VILLALÓN  
fremsat den 12. juni 2012<sup>1</sup>

**Sag C-617/10**

**Åklagaren  
mod  
Hans Åkerberg Fransson**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Haparanda tingsrätt (Sverige))

»Anvendelsesområdet for Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder — chartrets artikel 51 — medlemsstaternes anvendelse af EU-retten — national sanktionsordning for manglende opfyldelse af momslovgivningen — chartrets artikel 50 — ne bis in idem som generelt princip i EU-retten — kumulation af administrativ og strafferetlig sanktion — definition af »samme forhold« — fortolkning af chartret i lyset af den europæiske menneskerettighedskonvention — artikel 4 i protokol nr. 7 til den europæiske menneskerettighedskonvention — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis — fastlæggelse af EU's grundlæggende rettigheder ud fra medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner«

### Indhold

I	– Indledning .....	3
II	– Retsforskrifter .....	3
	A – EU-retlige forskrifter .....	3
	B – Den europæiske menneskerettighedskonvention .....	4
	C – Relevante nationale retsforskrifter .....	4
III	– De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne ved den nationale ret .....	5
IV	– Retsforhandlingerne ved Domstolen .....	6
V	– Domstolens kompetence .....	7
	A – Generel tilgang .....	8

<sup>1</sup> – Originalsprog: spansk.

1. En abstrakt »situation«: medlemsstaternes »gennemførelse« af EU-retten .....	8
2. Et forslag til forståelse: et regel-/undtagelsesforhold .....	9
3. Et grundlag: Unionens særlige interesse .....	10
4. En måde at argumentere på: plads til kategorisering og plads til konkret bedømmelse .....	10
B – Svar på kompetenceproblemet i det foreliggende tilfælde .....	11
1. Den omhandlede grundlæggende rettighed .....	11
2. Et særligt område for offentlig myndighedsudøvelse: straffebeføjelsen .....	11
3. Rækkevidden af forskydningen af sikringen af ne bis in idem fra staterne til Unionen .....	12
4. Konklusion: et tilfælde, der ikke er omfattet af situationen »gennemførelse af EU-retten« ..	12
VI – De præjudicielle spørgsmål .....	14
A – Det andet, tredje, fjerde og femte præjudicielle spørgsmål .....	14
1. Omformulering og formaliteten .....	14
2. Gennemgang af det andet, tredje og fjerde præjudicielle spørgsmål .....	14
a) Artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis i denne forbindelse .....	15
i) Undertegnelse og ratificering af artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK .....	15
ii) Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis vedrørende artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK .....	16
b) Princippet ne bis in idem i EU-retten: chartrets artikel 50 og fortolkningen heraf i lyset af artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK .....	17
i) En delvist selvstændig fortolkning af chartrets artikel 50: grænserne for en fortolkning alene i lyset af EMRK .....	17
ii) Chartrets artikel 50 og den dobbelte administrative og strafferetlige sanktion .....	19
c) Chartrets artikel 50 anvendt på den foreliggende sag .....	21
B – Det første præjudicielle spørgsmål .....	21
1. Et »klart grundlag« som kriterium for den nationale rets anvendelse af den europæiske menneskerettighedskonvention .....	22
2. »Klart grundlag« som kriterium for den nationale rets anvendelse af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder .....	23
VII – Forslag til afgørelse .....	24

## I – Indledning

1. Bag sagens tilsyneladende enkelhed – retsforfølgning af en fisker, der opererer i Den Botniske Bugt, for manglende opfyldelse af skatteretlige pligter – giver denne anmodning om præjudiciel afgørelse anledning til to særligt følsomme problemer samt en vis rådvildhed.

2. Det første af problemerne drejer sig om, hvorvidt spørgsmålet kan antages til realitetsbehandling, da vurderingen af Domstolens kompetence til at afgøre et spørgsmål om grundlæggende rettigheder i betragtning af sagens utvivlsomt interne karakter kræver, at medlemsstaten bedømmer sagen som omfattet af anvendelsesområdet for EU-retten, som nu omhandlet i artikel 51, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

3. Det andet – materielle – problem vedrører *ne bis in idem*-princippet funktion i forbindelse med kumulation af den administrative sanktionsbeføjelse og medlemsstatens straffebeføjelse i forbindelse med retsforfølgningen af samme handling, hvilket nu endeligt fører os tilbage til chartrets artikel 50.

4. Rådvildheden skyldes det første af de spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt, og hvor problemet i sig selv synes forholdsvist enklere end de andre. Spørgsmålet vedrører rækkevidden af princippet om EU-rettens forrang konfronteret med et krav fra den nationale ret i sidste instans om, at der skal foreligge et »klart« grundlag eller indicium for at tilsidesætte national ret. Rådvildheden skyldes en situation, hvor på den ene side det krævede »klare grundlag« nu synes konsolideret i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols nyeste retspraksis, men hvor denne udvikling på den anden side ikke forenkler, men snarere komplicerer, svaret på *ne bis in idem*-princippet rækkevidde i EU-retten.

5. Hvad angår realitetsbehandlingen foreslår jeg, at Domstolen erklærer sig inkompetent, da medlemsstaten ikke gennemfører EU-retten som omhandlet i chartrets artikel 51, stk. 1. Som jeg vil redegøre for i det følgende, mener jeg, at en opmærksom undersøgelse af sagens omstændigheder tilråder at nå til denne konklusion. Det er imidlertid meget muligt, at Domstolen i den forbindelse må overtage visse standpunkter, som jeg foreslår vedrørende dette omtvistede spørgsmål. Jeg må erkende, at disse standpunkter ikke følger i kølvandet på den hidtil afsagte retspraksis.

6. For det tilfælde at Domstolen anser sig for kompetent til at realitetsbehandle sagen, foreslår jeg subsidiært Domstolen en selvstændig definition af *ne bis in idem*-princippet i EU-retten. Som jeg vil redegøre for, giver den regel, der er indeholdt i chartrets artikel 52, stk. 3, nemlig proklamationen af, at de rettigheder, der er indeholdt i chartret, har »samme« betydning og omfang som i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«), anledning til særlige vanskeligheder med hensyn til det omhandlede princip.

7. Hvad endelig angår kravet om et »klart grundlag« i EMRK og EU-retten, foreslår jeg en fortolkning heraf, der er forenelig med princippet om forrang.

## II – Retsforskrifter

### A – EU-retlige forskrifter

8. *Ne bis in idem*-princippet er nu anført i chartrets artikel 50, der lyder således:

»Ingen skal i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken den pågældende allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen.«

9. Direktiv 2006/112/EF om det fælles merværdiafgiftssystem<sup>2</sup> fastslår i artikel 273 følgende:

»Medlemsstaterne kan fastsætte andre forpligtelser, som de skønner nødvendige for at sikre en korrekt opkrævning af moms 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.

[...]«

#### B – *Den europæiske menneskerettighedskonvention*

10. Følgende er fastsat i artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK under overskriften »Ret til ikke at blive retsforfulgt eller straffet to gange«:

- »1. Under én og samme stats jurisdiktion skal ingen i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken han allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i overensstemmelse med denne stats lovgivning og strafferetspleje.
2. Bestemmelserne i det foregående stykke forhindrer ikke genoptagelse af sagen i overensstemmelse med vedkommende stats lovgivning og strafferetspleje, såfremt der foreligger bevis for nye eller nyopdagede kendsgerninger, eller såfremt der i den tidligere rettergang er begået en grundlæggende fejl, som kunne påvirke sagens udfald.
3. Der kan ikke ske fravigelse fra denne artikel i medfør af artikel 15 i konventionen.«

#### C – *Relevante nationale retsfor skrifter*

11. Kapitel 5, §§ 1 og 4 i Taxeringslagen (ligningsloven, 1990:324) fastsætter følgende grundbestemmelser vedrørende ordningen med tillægsafgift i Sverige:

»§ 1

Såfremt den skattepligtige person på anden vis end mundtligt under proceduren har indgivet urigtige oplysninger til brug for skatteligningen, pålægges en særskilt afgift (tillægsafgift). Det samme gælder, såfremt den skattepligtige person har indgivet en sådan oplysning i en ligningssag, og oplysningen, efter at være blevet undersøgt under sagen, ikke er blevet antaget.

En oplysning anses for urigtig, når det klart fremgår, at en oplysning, der er indgivet af den skattepligtige person, er fejlagtig, eller når den skattepligtige person har undladt at indgive en oplysning til brug for skatteligningen, som han havde pligt til at indgive. En oplysning skal dog ikke anses for urigtig, når oplysningen sammen med de øvrige indgivne oplysninger udgør et tilstrækkeligt grundlag for en korrekt afgørelse. En oplysning skal heller ikke anses for urigtig, når oplysningen er så urimelig, at den åbenbart ikke kan lægges til grund for afgørelsen.

[...]

<sup>2</sup> — Rådets direktiv af 28.11.2006 (EFT L 347, s. 1).

§ 4

Såfremt der er indgivet urigtige oplysninger, er tillægsafgiften 40% af den skat, der er omfattet af kapitel 1, § 1, stk. 1, nr. 1)-5), og som i tilfælde af, at den urigtige oplysning var blevet antaget, ikke ville være blevet pålagt den skattepligtige person eller dennes ægtefælle. For så vidt angår merværdiafgift er tillægsafgiften 20% af den skat, som fejlagtigt ville være blevet krediteret den skattepligtige person.

Tillægsafgiften beregnes ud fra en sats på 10% eller for så vidt angår merværdiafgift på 5%, når den urigtige oplysning er blevet rettet eller ville have kunnet rettes ved hjælp af det kontrolmateriale, som er almindeligt tilgængeligt for Skatteverket, og som var tilgængeligt for Skatteverket inden udgangen af november i skatteåret.

[...]«

12. § 2 og 4 i Skattebrottslagen (lov om skattesvig, 1971:69) indeholder de strafferetlige bestemmelser, som finder anvendelse på skattesvig, og har følgende ordlyd:

»§ 2

For skattesvig straffes med fængsel indtil to år den, som på anden vis end mundtligt med forsæt afgiver urigtige oplysninger til myndigheden, eller til myndigheden undlader at indgive erklæring, kontroloplysninger eller andre foreskrevne oplysninger og derved giver anledning til fare for, at skat undrages samfundet eller fejlagtigt krediteres eller efterbetales til denne person eller tredjemand.

[...]

§ 4

Såfremt en lovovertrædelse omfattet af § 2 er at anse for grov, straffes for groft skattesvig med fængsel fra seks måneder indtil seks år.

Ved bedømmelsen af, om lovovertrædelsen er at anse for grov, skal det navnlig tages i betragtning, om der er tale om betydelige beløb, om gerningsmanden har anvendt falske dokumenter eller vildledende bogføring, eller om forholdet er foregået som led i systematisk kriminalitet og i stort omfang, eller på anden vis har været af særlig farlig art.«

### III – De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne ved den nationale ret

13. Hans Åkerberg Fransson er selvstændig erhvervsdrivende og beskæftiger sig hovedsageligt med fiskeri og salg af hvidfisk (*Coregonus albula*). Hans fiskerivirksomhed foregår i Kalixälven, men fangsterne markedsføres både på svensk og finsk område.

14. De svenske skattemyndigheder har anklaget Hans Åkerberg Fransson for ikke at have opfyldt sin skatteoplysningspligt for indkomstårene 2004 og 2005, med det heraf følgende tab af skatteindtægter fra forskellige indkomster. Hvad angår momsafgørelsen for de nævnte indkomstår har de svenske myndigheder beregnet, at Hans Åkerberg Franssons oplysninger indebar et indkomsttab for statskassen på i alt 60 000 SEK i indkomståret 2004 og på 87 550 SEK i indkomståret 2005.

15. Den 24. maj 2007 pålagde Skatteverket i henhold til det svenske skatteretlige sanktionssystem Hans Åkerberg Fransson en bøde, i form af en afgift, for skattelovovertrædelser begået i skatteåret 2004, hvoraf 4 872 SEK vedrører overtrædelser med hensyn til moms. Hvad angår skatteåret 2005 pålagde Skatteverket en yderligere bøde, hvoraf 3 255 SEK vedrører moms. Hverken sanktionen for indkomståret 2004 eller den for 2005 blev påklaget, og de blev endelige den 31. december 2010, henholdsvis den 31. december 2011.

16. Den 9. juni 2009 rejste den offentlige anklager tiltale mod Hans Åkerberg Fransson ved Haparanda tingsrätt, som indledte en straffesag. Den offentlige anklager har tiltalt Hans Åkerberg Fransson for at have begået skattesvig i skatteårene 2004 og 2005. Efter den offentlige anklagers opfattelse indebar den manglende opfyldelse af skatteoplysningspligten, herunder for så vidt angår moms, et betydeligt tab af indtægter for statskassen, hvilket gav grundlag for indledning af straffesagen. I henhold til §§ 2 og 4 i Skattebrottslagen straffes den lovovertrædelse, som Hans Åkerberg Fransson er tiltalt for, med fængsel i op til seks år.

17. Ifølge den forelæggende rets oplysninger er de faktiske omstændigheder, som støtter den offentlige anklagers tiltale, de samme som dem, der lå til grund for den administrative sanktion, der blev pålagt af Skatteverket den 24. maj 2007.

18. Den 23. december 2010 udsatte Haparanda tingsrätt straffesagen mod Hans Åkerberg Fransson i forbindelse med konstateringen af, at sagen havde forbindelse til EU-retten, nærmere bestemt artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som fastsætter den grundlæggende ret til *ne bis in idem*.

#### **IV – Retsforhandlingerne ved Domstolen**

19. Haparanda tingsrätts anmodning om præjudiciel afgørelse blev indført i Domstolens register den 27. december 2010 og indeholder følgende spørgsmål:

- »1) I henhold til svensk ret kan en national ret kun undlade at anvende nationale bestemmelser, som mistænkes for at krænke princippet *ne bis in idem* i artikel 4 i tillægsprotokol nr. 7 til den europæiske konvention af 4. november 1950 til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«) og dermed ligeledes mistænkes for at krænke artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder af 7. december 2000 (herefter »chartret«), såfremt der er klart grundlag herfor i EMRK eller Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis. Er en sådan betingelse for at undlade at anvende bestemmelser i national ret forenelig med EU-retten og navnlig dens almindelige principper om bl.a. EU-rettens forrang og direkte virkning?
- 2) Er en tiltale for skattesvig omfattet af princippet *ne bis in idem* i artikel 4 i tillægsprotokol nr. 7 til EMRK og chartrets artikel 50, når den tiltalte tidligere under en administrativ procedure er blevet pålagt en økonomisk sanktion (tillægsafgift) som følge af samme indgivelse af urigtige oplysninger?
- 3) Påvirkes svaret på spørgsmål 2 af den omstændighed, at disse sanktioner skal koordineres, således at den almindelige domstol har mulighed for at nedsætte straffen i straffesagen under hensyntagen til, at den tiltalte på grundlag af samme indgivelse af urigtige oplysninger også er blevet pålagt en tillægsafgift?
- 4) Inden for rammerne af det i spørgsmål 2 nævnte princip *ne bis in idem* er det under visse omstændigheder tilladt at træffe afgørelse om yderligere sanktioner under en ny sag vedrørende samme handling, som allerede er blevet undersøgt og har ført til en afgørelse om sanktioner mod den pågældende. Såfremt spørgsmål 2 besvares bekræftende, er betingelserne i henhold til

princippet *ne bis in idem* for pålæggelse af flere sanktioner under forskellige sager da opfyldt, når der i den senere sag i forhold til den tidligere sag foretages en ny og selvstændig undersøgelse af sagens faktiske omstændigheder?

- 5) Den svenske ordning med at pålægge tillægsafgift og undersøge ansvaret for skattesvig i forskellige sager er begrundet i en række hensyn af almen interesse, som beskrives nærmere nedenfor. Såfremt spørgsmål 2 besvares bekræftende, er en ordning som den svenske da forenelig med princippet *ne bis in idem*, når det ville være muligt at indrette en ordning, som ikke ville være omfattet af [nævnte] princip[...], uden at det herved ville være nødvendigt hverken at afstå fra at pålægge tillægsafgift eller træffe afgørelse om ansvar for skattesvig, ved at beslutningen om pålæggelse af tillægsafgift i de tilfælde, hvor et ansvar for skattesvig kunne være aktuelt, overføres fra Skatteverket og i givet fald en forvaltningsdomstol til den almindelige domstol, når denne behandler tiltalen for skattesvig?«

20. Der er indgivet skriftlige indlæg af Kongeriget Sverige, Kongeriget Nederlandene, Kongeriget Danmark, Den Tjekkiske Republik, Republikken Østrig, Irland samt Kommissionen.

21. Under retsmødet den 24. januar 2012 blev der afgivet mundtlige indlæg af repræsentanterne for Hans Åkerberg Fransson, de befuldmægtigede for Den Tjekkiske Republik, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Irland, Den Helleniske Republik, Den Franske Republik, Kongeriget Nederlandene og Kommissionen.

## V – Domstolens kompetence

22. Såvel de stater, som har fremsat skriftlige indlæg (med undtagelse af Østrig), som dem, der kun har fremsat mundtlige indlæg (Tyskland og Frankrig), og Kommissionen har ligesom den offentlige anklager i hovedsagen fundet, at svaret på det problem, som sikringen af *ne bis in idem*-princippet rejser, ikke skal søges i EU-retten eller ved Domstolen. Mere konkret udtrykt er det ikke chartrets artikel 50, der skal regulere det omhandlede spørgsmål. Dette er årsagen til, at debatten om det grundlæggende problem, dvs. indholdet og rækkevidden af det nævnte princip i EU-retten, ofte er blevet undvejet og dermed svækket.

23. Det spørgsmål, der fortrinsvist er blevet debatteret, er utvivlsomt, hvorvidt Domstolen har kompetence på de her angivne vilkår. Domstolen er således atter konfronteret med en problematik, hvor anmodningen om klare kriterier, der kan fastlægge rækkevidden af begrebet »medlemsstaternes gennemførelse af EU-retten«, kun modsvares af, hvor vanskeligt det er at besvare denne<sup>3</sup>.

24. I det følgende tilsigter jeg blot at henlede Domstolens opmærksomhed på nogle standpunkter som supplement til de mange andre, som navnlig generaladvokaterne har bidraget med i den seneste tid<sup>4</sup>. Efter min mening giver denne sag mulighed for at indarbejde argumenter, der kan bidrage til opgaven med opbygning af retspraksis på dette område, hvilket ikke afsluttes fra den ene dag til den anden.

3 — Jf. bl.a. X. Groussot, L. Pech og G.T. Petursson: »The Scope of Application of EU Fundamental Rights on Member States' Action: In Search of Certainty in EU Adjudication«, *Eric Stein Working Paper* 1/2011.

4 — Jf. f.eks. generaladvokat Bots forslag til afgørelse i Scattolon-sagen (dom af 6.9.2011, sag C-108/10, Sml. I, s. 7491), generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i Ruiz Zambrano-sagen (dom af 8.3.2011, sag C-34/09, Sml. I, s. 1177), generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse i Centro Europa 7-sagen (dom af 31.1.2008, sag C-380/05, Sml. I, s. 349), og generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Schmidberger-sagen (dom af 12.6.2003, sag C-112/00, Sml. I, s. 5659).

## A – Generel tilgang

### 1. En abstrakt »situation«: medlemsstaternes »gennemførelse« af EU-retten

25. Som sagt er det grundargument, som alle parterne i denne sag er enige om, at den omstændighed eller det krav, der nu er udtømmende fastsat i chartrets artikel 51, stk. 1, hvorefter dettes bestemmelser kun gælder for medlemsstaterne, »når de gennemfører EU-retten«, ikke foreligger eller er opfyldt her. Sammenhængen mellem reglen i chartret og den indtil daværende tidspunkt udelukkende retspraksisbaserede tilsvarende regel fremgår af de relevante forklaringer til chartret<sup>5</sup>. Uanset hvilken værdi de tillægges, tyder forklaringerne således på en kontinuitet snarere end en konflikt mellem den nævnte retspraksis og dens kodificering i chartret. Efter min opfattelse er dette – med en vis nuancering – korrekt.

26. Uafhængigt heraf har mange analyser, lige siden chartrets oprindelige proklamation i Nice, peget på en uoverensstemmelse mellem Domstolens retspraksis, både den gældende retspraksis i 2000 og i 2007<sup>6</sup>, og den nævnte regel i chartret. »Gennemførelse« (som kategori i chartret) og »anvendelsesområde« (som kategori i retspraksis) er blevet fremført som de udtryk, der opsummerede den nævnte uoverensstemmelse<sup>7</sup>.

27. Efter at være nået til dette punkt mener jeg, vi bør se de forskellige anvendte formuleringer som udtryk, der ikke er kvalitativt forskellige. Det er klart, at der kan være nuancer mellem dem, men afgrænsninger er altid upræcise. De to angivne formuleringer peger efter min opfattelse navnlig på en situation, hvor der altid foreligger en skønsmargen for staterne, således at Unionen ikke grundlæggende kan tilregnes en eventuel krænkelse af rettigheden, og hvor EU-rettens *tilstedeværelse* i den givne situation har tilstrækkelig intensitet til, at det er begrundet, at situationen prøves i lyset af EU-retten og dermed af Domstolen.

28. Det vil først og fremmest sige, at lovligheden af en prøvelse, såfremt der ikke foreligger en skønsmargen (hvilket var tilfældet i »Bosporus«-sagen)<sup>8</sup>, er ubestridt. Der er tale om *gengivelse* snarere end *gennemførelse*.

29. Under alle omstændigheder rejser »gennemførelses«-situationen i sig selv en horisont, hvor fordelingen af ansvar i forbindelse med sikring af de grundlæggende rettigheder grundlæggende er flydende. Når der er fastslået et princip om, at medlemsstaternes offentlige myndigheders i større eller mindre grad *selvstændige* tilkendegivelser i visse tilfælde skal afvejes mod de grundlæggende rettigheder, således som de gælder i Unionen ifølge dennes højeste fortolkningsinstans, dvs. Domstolen, er det spørgsmål, som umiddelbart opstår, rækkevidden af dette princip.

5 — Jf. forklaringerne til artikel 51 afgivet af det konventionspræsidium, der udarbejdede chartret i dets tilpassede affattelse, hvortil TEU's artikel 6, stk. 3, første afsnit, henviser.

6 — Jf. på den ene side dom af 13.7.1989, sag 5/88, Wachauf, Sml. s. 2609, af 24.3.1994, sag C-2/92, Bostock, Sml. I, s. 955, og af 12.6.2003, sag C-112/00, Schmidberger, Sml. I, s. 5659; på den anden side dom af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, og af 26.6.1997, sag C-368/95, Familiapress, Sml. I, s. 3689, sammenholdt med dom af 13.6.1996, sag C-144/95, Maurin, Sml. I, s. 2909, af 29.5.1997, sag C-299/95, Kremzow, Sml. I, s. 2629, og af 18.12.1997, sag C-309/96, Annibaldi, Sml. I, s. 7493.

7 — Jf. bl.a. J. Nusser: *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 54 ff., J. Kokott og C. Sobotta: »The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon«, *EUJ Working Papers*, Academy of European Law, No 2010/06, R. Alonso García: »The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union«, nr. 8 *European Law Journal*, 2002, X. Groussot, L. Pech, G.T. Petursson: »The Scope of Application...«, nævnt ovenfor, P. Eeckhout: »The EU Charter of Fundamental Rights and the federal question«, 39 *Common Market Law Review*, 2002, J.P. Jacqué: »La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: aspects juridiques généraux«, REDP, vol. 14, nr. 1, 2002, A. Egger: »EU-Fundamental Rights in the National Legal Order: The Obligations of Member States Revisited«, *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2006, A. Rosas og H. Kaila: »L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice – un premier bilan«, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2011, og J. Weiler og N. Lockhart: »Taking rights seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part I«, nr. 32, *Common Market Law Review*, 1995.

8 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 30.6.2005, sag 45036/98, Bosporus mod Irland.

30. Det forekommer mig, at Domstolen oprindeligt har givet en individualiseret besvarelse af spørgsmålet om, hvornår der bør gennemføres en »centraliseret« prøvelse af en medlemsstats handling med hensyn til de grundlæggende rettigheder, hvilket har gjort det muligt at identificere nogle få velkendte, gentagne gange kommenterede og forskelligt vurderede »situationer«<sup>9</sup>.

31. Måske på grund af dette punktuelle udgangspunkt for retsteorien er der under alle omstændigheder aldrig fremkommet en virkelig solid argumentation, forstået således, at den havde en tilstrækkelig abstraktionsgrad, når den skulle forklares. Der kan være forskellige årsager hertil, som jeg på nuværende tidspunkt ikke skal komme ind på.

32. Der forelå heller ikke nogen videre forklaring i ERT-dommen, der synes at være omdrejningspunktet mellem identifikationen af en mere eller mindre veldefineret »situation« (fravigelse af frihedsrettighederne) og overgangen til den generelle situation, som til sidst blev konsolideret: dvs. altid EU-rettens »område«, »anvendelsesområde« eller »gennemførelse«.

33. Med henblik på en abstrakt beskrivelse af det omhandlede fænomen vil jeg hævde, at et fælles træk for de forskellige anvendte formuleringer er kravet om EU-rettens *tilstedeværelse* ved kilden til den offentlige myndighedsudøvelse: tilstedeværelse – skal det tilføjes – i form af en ret, dvs. med mulighed for at afgøre eller i større eller mindre omfang at få indvirkning på indholdet af den pågældende medlemsstats offentlige myndighedsudøvelse. »Tilstedeværelse« er imidlertid ikke det samme som »forudbestemmelse«, for så vidt som denne sidstnævnte situation ikke bør give problemer<sup>10</sup>.

34. Ingen af disse formuleringer (»område«, »anvendelsesområde«, »gennemførelse«) kan i sig selv begrænse rækkevidden af dette principudsagn. De har – om man så må sige – ikke meget at gøre med tanken om *lex stricta*, såfremt et sådant krav skulle være anvendeligt på dem. De har tværtimod alle fordele og ulemper, som enhver hovedsagelig åben formulering har. De omtvistede ord »dog kun« i chartrets artikel 51, stk. 1, bringer os heller ikke meget videre: Eventuelt indeholder de en vis forebyggelse af en fremtidig udvidende fortolkning, eventuelt udtrykker de en optimistisk holdning til de semantiske muligheder ved verbet »gennemfører«.

## 2. Et forslag til forståelse: et regel-/undtagelsesforhold

35. I en korrekt forståelse af den grundlæggende forfatningsmæssige struktur for det kompleks, som Unionen og staterne danner – det, der er blevet betegnet som det europæiske »Verfassungsverbund«<sup>11</sup>, henhører kontrollen af medlemsstaternes offentlige myndigheds skønmæssige handlinger som regel under medlemsstaterne selv i sammenhæng med deres forfatningsmæssige bestemmelser og de indgåede internationale forpligtelser.

36. Denne regel ledsages imidlertid af en undtagelse, som har fået en indiskutabel rækkevidde, nemlig de situationer, hvor de offentlige myndigheder anvender EU-retten, således som den nu er affattet i chartret. Opfattelsen af den dialektiske forbindelse mellem de to scenarier, reglen og undtagelsen, er efter min opfattelse stadig berettiget.

9 — Jf. bl.a. »situationerne« i de paradigmatiske Wachauf- og ERT-sager, samt de mange eksempler anført af H. Kaila: »The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States« i P. Cardonnel, A. Rosas og N. Wahl: *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart Publishers, Oxford-Portland, 2012.

10 — Jf. J. Nusser: *Die Bindung der Mitgliedstaaten* [...], op.cit.

11 — I. Pernice: »Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung« i R. Bieber og P. Widmer, (eds.): *L'espace constitutionnel européen. Der europäische Verfassungsraum. The European constitutional area*, Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995, s. 261 ff., og for nylig af samme forfatter: *Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund*, Ed. de Gruyter, Berlin, 2006, s. 17 ff.

37. Følgen er, at Unionens overtagelse af sikringen af rettighederne i forbindelse med staternes offentlige myndighedsudøvelse i disse tilfælde skal undersøges som *forskydning* i den forstand, at staternes oprindelige ansvar for så vidt angår sikringen heraf overføres til Unionen.

38. EU-retten er ganske vist i sit indhold en variabel virkelighed gennem tiderne, og denne variation vil uvægerligt og lovligt fastsætte undtagelsernes rækkevidde. Men princippet som sådant indebærer strukturelt, idet udtrykket »Verfassungsverbund« giver mening for at beskrive Unionen forfatningsmæssigt, en undtagelse til en regel. En forståelse af denne undtagelse, hvorefter den kan omdannes til regel, stemmer efter min opfattelse ikke overens med den grundtanke, jeg har redegjort for.

39. På denne baggrund mener jeg, at den grundlæggende, men upræciserede tanke, at chartret kun finder anvendelse på medlemsstaterne, »når de gennemfører EU-retten«, på indeværende tidspunkt kræver en supplerende fortolkningsbestræbelse fra Unionens retsinstanser side. En sådan bestræbelse har længe været efterspurgt, selv om der ikke mangler forslag fra retsteorien<sup>12</sup>.

### 3. Et grundlag: Unionens særlige interesse

40. Efter min mening skal Unionens kompetence til at overtage sikringen af de grundlæggende rettigheder i forbindelse med medlemsstaternes myndighedsudøvelse, når de anvender deres ret, forklares ud fra Unionens særlige interesse i, at denne myndighedsudøvelse tilpasses Unionens forståelse af de grundlæggende rettigheder. Den omstændighed, at myndighedsudøvelsen har sin oprindelse i EU-retten, er ikke i sig selv tilstrækkelig til at antage, at der foreligger en »gennemførelses«-situation.

41. Jeg mener, at det i sidste instans er legitimt i situationer, der er vanskelige at præcisere på forhånd, at Unionens interesse i at sætte sit præg på og sin opfattelse af en grundlæggende rettighed går forud for de enkelte medlemsstats interesse. Det vigtigste grundlag for Unionens interesse er EU-retten tilstedeværelse eller tilmed hovedrolle i den nationale ret i det enkelte tilfælde. Det drejer sig kort sagt om tilfælde, hvor lovligheden af den europæiske *res publica* kan stå på spil, hvilket må løses på passende vis.

### 4. En måde at argumentere på: plads til kategorisering og plads til konkret bedømmelse

42. Der påhviler i det væsentlige Domstolen den hovedopgave at begrunde sine afgørelser og i særdeleshed at foreslå retningslinjer, som bidrager til at legitimere domstolens virksomhed.

43. Med andre ord opstår der med kategorien »gennemførelse af EU-retten« som grundlag for en prøvelse af, om de nationale offentlige myndigheder overholder de grundlæggende rettigheder i forbindelse med deres virksomhed, efter min mening et behov for en retspraksis, som supplerer og i sidste instans *bringer orden* i en åben ordlyd som den omhandlede.

44. Hvis en kortfattet påberåbelse af eller erklæring om en bestemt retstilstand som »gennemførelse af EU-retten« ikke synes tilfredsstillende, mener jeg nærmere bestemt, at det er fordi der angiveligt mangler et element eller en faktor, som kan *kvalificere* en således identificeret situation. Den førnævnte betragtning svarer i sidste instans til en opfordring til at give en udtrykkelig begrundelse, der under alle omstændigheder er mere omfattende end de hidtidige, for de tilfælde, hvor der bør ske en forskydning af funktionen og ansvaret for sikringen af de grundlæggende rettigheder fra medlemsstaterne til Unionen.

12 — Jf. eksempelvis J. Nusser: *Die Bindung der Mitgliedstaaten* [...], op.cit.

45. Samtidig mener jeg, selv om det kan forekomme paradoksalt, at der er behov for en sideløbende bestræbelse med hensyn til undersøgelse af omstændighederne i den pågældende sag, altså en konkret bedømmelse. Fastsættelsen af, om et givet tilfælde skal anses for gennemførelse af EU-retten, må ofte være et resultat af afvejningen af en række faktorer, der indgår i sagen. Jo knappere typificeringen af tilfældene af forskydning af ansvaret er i retspraksis, jo mere opmærksomhed må domstolene rette mod sagens omstændigheder.

46. Jeg mener, at en markant åben bestemmelse som den, der nu er anført i chartrets artikel 51, stk. 1, har behov for en grundlæggende fastsættelse af dens betydning. Dette skal for det første foregå ved hjælp af fastsættelsen af de forskellige situationer, hvor forskydningen af sikringen af de grundlæggende rettigheder fra staterne til Unionen principielt kan begrundes. For det andet mener jeg, at en afvejning af hver enkelt sags konkrete omstændigheder bør muliggøre en endelig og definitiv vurdering af, om ansvaret for sikringen af disse rettigheder skal henføres til Unionen eller staterne.

#### *B – Svar på kompetenceproblemet i det foreliggende tilfælde*

47. I et forsøg på at overføre de ovennævnte ræsonnementer til den omhandlede sag må man begynde med at rette opmærksomheden mod den berørte grundlæggende rettighed inden for EU og de nationale offentlige myndigheders handling, som skal undersøges i forhold hertil, inden der kan siges noget om graden af sammenhæng mellem dem.

##### 1. Den omhandlede grundlæggende rettighed

48. I denne forbindelse foreslår jeg at rette opmærksomheden mod en betragtning af systematisk karakter, men som kan være vejledende for argumentationen. Der skal tages højde for, at grundlaget for *ne bis in idem*-princippet nu er chartret, nærmere bestemt dets artikel 50. Kodificeringen af de grundlæggende rettigheder inden for EU har, uanset sameksistensen med de øvrige komponenter i artikel 6 TEU, særlige konsekvenser. Chartret synliggør navnlig »betydningssammenhænge« (*Sinnzusammenhänge*), som i et fortrinsvis retspraksisbaseret system til beskyttelse af rettigheder ligger hen i halvmørke.

49. Chartrets system komplicerer i betydelig grad etableringen af en forskellig behandling af den i artikel 50 anerkendte garanti og resten af de mange materielle og formelle garantier, der er fastsat i de artikler, der udgør chartrets afsnit VI, dvs. artikel 47-50, under overskrifterne »Adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol« (artikel 47), »Uskyldsformodning og ret til et forsvar« (artikel 48), »Legalitetsprincippet og princippet om proportionalitet mellem lovovertrædelse og straf« (artikel 49).

##### 2. Et særligt område for offentlig myndighedsudøvelse: straffebeføjelsen

50. Som udgangspunkt må det antages, at det ofte som sådant anerkendte område for medlemsstaternes udøvelse af straffebeføjelser, som har grundlag i EU-retten, har en berettigelse for så vidt angår Unionens interesse, der ikke let kan bestrides.

51. Vi befinder os i en staternes »straffebeføjelseskontekst« med oprindelse i EU-retten, dvs. et tilfælde, hvor retspraksis allerede giver en del retningslinjer, således som det atter blev tilkendegivet under retsmødet. Domstolen har således gentagne gange fastslået, at staterne skal udøve straffebeføjelsen under iagttagelse af EU-retten og dens almindelige grundsætninger, hvis rækkevidde det logisk

tilkommer Domstolen at fortolke<sup>13</sup>. Det kan vanskeligt opfattes således, at disse almindelige grundsætninger ikke nu omfatter de grundlæggende rettigheder, sådan som de i dag er anført i chartret.

### 3. Rækkevidden af forskydningen af sikringen af ne bis in idem fra staterne til Unionen

52. Under disse omstændigheder er spørgsmålet, om denne opfordring til iagttagelse af de nævnte grundsætninger ved udøvelsen af straffebeføjelsen skal forstås som proklameringen af en generel forskydning af alle de nævnte garantier, der sammen med ne bis in idem-princippet indgår i chartrets afsnit VI, til EU's retsinstanser?

53. Efter min opfattelse udgør staternes straffebeføjelse med oprindelse i EU-retten et princip, der legitimerer forskydningen af ansvaret for sikringen af rettighederne. Selv om påleggelsen af sanktioner for individuelle handlinger, der strider mod EU-retten, med stor hyppighed har ligget i hænderne på medlemsstaterne, kan det ikke af den grund hævdes, at Unionen ikke har interesse i, at udøvelsen af straffebeføjelsen finder sted under iagttagelse af de almindelige grundsætninger, der regulerer et retsfællesskab som Unionen.

54. Det er tvingende nødvendigt, at det ovenfor nævnte legitimationsprincip suppleres og indgår i en række argumenter, der uddrages af sagens omstændigheder. Jeg mener med andre ord, at alene en vurdering af, at en bestemt national straffebeføjelse har en EU-retlig bestemmelse som oprindelse, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at forskyde kontrollen af enhver forfatningsmæssig garanti, der finder anvendelse på udøvelsen af straffebeføjelsen, fra staternes område til Unionens område.

55. På baggrund af ovenstående betragtninger vurderer jeg, at fastsættelsen af Domstolens kompetence til at fastslå, om ne bis in idem er iagttaget i tilstrækkelig grad i den foreliggende sag, skal tage udgangspunkt i undersøgelse af det omhandlede område, dvs. statslig straffebeføjelse med oprindelse i EU-retten, som vil give en rent indledende og principiel støtte til en bekræftende besvarelse. Det må imidlertid være en opmærksom analyse af både den påberåbte grundlæggende rettighed og sagens omstændigheder, der giver et definitivt svar.

### 4. Konklusion: et tilfælde, der ikke er omfattet af situationen »gennemførelse af EU-retten«

56. Den forelæggende rets forelæggelse af og argumentation vedrørende det præjudicielle spørgsmål kan kun være foruroligende. De relevante EU-retlige bestemmelser, sådan som de fremgår af forelæggelseskendelsen, er udtømte med omtalen af artikel 6 TEU og chartrets artikel 50, uden det mindste forsøg på at identificere den EU-ret, hvis »gennemførelse« fra statens side det i sidste instans drejer sig om. Endnu mere forvirrende er det, at den forelæggende ret fastslår, at svensk ret ikke er vedtaget under anvendelse af EU-retten, og at besvarelsen under alle omstændigheder kan være nyttig for andre tilfælde, for hvilke det vil være særdeles fordelagtigt med en besvarelse fra Domstolen<sup>14</sup>.

57. Ud over den forelæggende rets tvivl er det grundlæggende spørgsmål, der skal analyseres i den foreliggende sag, sammenhængen mellem EU-retten, i dette tilfælde utvivlsomt momsdirektivet, og den situation, der er skabt i medlemsstaten som følge af den dér fremherskende opfattelse af rækkevidden af princippet ne bis in idem. Det bør ikke glemmes, at graden af sammenhæng mellem den i princippet

13 — Jf. bl.a. dom af 7.7.1976, sag 118/75, Watson og Belmann, Sml. s. 1185, af 14.7.1977, sag 8/77, Sagulo m.fl., Sml. s. 1495, af 10.7.1990, sag C-326/88, Hansen, Sml. I, s. 2911, af 2.10.1991, sag C-7/90, Vandevenne m.fl., Sml. I, s. 4371, af 21.9.1989, sag 68/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 2965, af 27.2.1997, sag C-177/95, Ebony Maritime og Loten Navigation, Sml. I, s. 1111, af 31.3.2011, sag C-546/09, Aurubis Bulgaria, Sml. I, s. 2531, og af 9.2.2012, sag C-210/10, Urbán. Mere specifikt vedrørende nationale sanktioner ved gennemførelse af EU-direktiver jf. bl.a. dom af 12.7.2001, sag C-262/99, Louloudakis, Sml. I, s. 5547, af 11.9.2003, sag C-13/01, Safalero, Sml. I, s. 8679, af 2.10.2003, sag C-12/02, Grilli, Sml. I, s. 11585, af 3.5.2005, forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., Sml. I, s. 3565, og af 5.7.2007, sag C-430/05, Ntioniok og Pikoulas, Sml. I, s. 5835.

14 — Jf. punkt 17 i forelæggelseskendelsen.

»gennemførte« EU-ret og udøvelsen af statens offentlige beføjelse er forudsætningen for at konstatere en EU-interesse i at overtage sikringen af den grundlæggende rettighed i den foreliggende sag. Denne sammenhæng er efter min mening særdeles svag og under ingen omstændigheder tilstrækkelig til at begrunde Unionens klart identificerbare interesse i at overtage sikringen af denne konkrete grundlæggende rettighed i forhold til Unionen.

58. I direktiv 2006/112 kan der identificeres en beføjelse til effektivisering i forbindelse med opkrævning af moms<sup>15</sup>. Det er klart, at i vore samfund er forfølgning af manglende opfyldelse af skatteforpligtelserne en afgørende betingelse for effektiviteten af skattebeføjelsens udøvelse. Som en logisk følge heraf skal medlemsstaten stille sin almindelige skatteordning, herunder den sanktionerende, til rådighed på samme måde, som den skal stille sin egen skatteforvaltning til rådighed for momsopkrævningen.

59. De lovbestemmelser, der ligger til grund for henholdsvis forvaltningens sanktionsbeføjelse og statens straffebeføjelse i egentlig forstand (*jus puniendi*), indgår helt klart i den nævnte logik: I det foreliggende tilfælde straffes der generelt for skattepligtiges urigtige oplysninger til skattevæsenet, og dette som en grundlæggende forudsætning for den nævnte sanktionsordning. Det er denne del af det svenske skattesystem, der stilles til rådighed for opkrævningen af moms.

60. Spørgsmålet er således, om fænomenet statslig retsanordnende virksomhed, der er direkte begrundet i EU-retten, kan sammenlignes med det i denne sag omhandlede fænomen tilrådgivelsesstilling af nationalretlige bestemmelser for mål, der er fastsat i EU-retten. Dvs. om de to situationer kan sammenlignes set fra synsvinklen Unionens kvalificerede interesse i direkte og centraliseret at overtage sikringen af den pågældende rettighed.

61. Ved analysen af dette ømtålelige emne bør forskellen mellem den mere eller mindre nærliggende grund (*causa*) og den rene begivenhed (*occasio*) efter min opfattelse fremgå. I det omfang det findes, er problemet med hensyn til, hvorledes rækkevidden af princippet *ne bis in idem* opfattes i svensk ret, et generelt problem for udformningen af sanktionsretten i denne retsorden, og som sådan eksisterer det uafhængigt af momsopkrævningen, hvor det foreliggende tilfælde af retsforfølgning af en handling, der består i indgivelse af urigtige oplysninger, blot fremstår som en *occasio*.

62. Hvis det forholder sig sådan, er spørgsmålet, om konsekvensen af denne *occasio* er, at det i sidste instans er EU's retsinstanser, som, med uundgåeligt generelle følger, fastsætter rækkevidden af princippet *ne bis in idem* i den svenske retsorden med højere prioritet end den, der følger af dens forfatningsmæssige strukturer og internationale forpligtelser.

63. Efter min mening vil det være uforholdsmæssigt af denne *occasio* at udlede en forskydning af fordelingen af ansvaret for sikringen af de grundlæggende rettigheder mellem Unionen og staterne. På samme måde som det ville være uforholdsmæssigt, hvis de spørgsmål, der var forelagt Domstolen, havde drejet sig om et passende forsvar, bevisets tilstrækkelighed eller andre rettigheder indeholdt i afsnit VI i chartret. Det er kort sagt risikabelt at hævde, at man ved artikel 273 i direktiv 2006/112 foregreb en forskydning af alle de forfatningsmæssige garantier, som regulerer udøvelsen af staternes straffebeføjelse, herunder i forbindelse med opkrævning af moms, fra staterne til Unionen.

64. På baggrund af det ovenstående mener jeg, at det spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt Domstolen, når alle sagens omstændigheder er afvejet, ikke bør bedømmes som et tilfælde af gennemførelse af EU-retten som omhandlet i chartrets artikel 51, stk. 1. Jeg foreslår derfor, at Domstolen fastslår sin manglende kompetence til at besvare det foreliggende præjudicielle spørgsmål.

15 — Jf. artikel 273 i direktiv 2006/112.

65. Såfremt Domstolen derimod anser sig for kompetent til at tage stilling til sagens realitet, foreslår jeg i det følgende subsidiært at besvare Haparanda tingsrätts præjudicielle spørgsmål.

## VI – De præjudicielle spørgsmål

66. De fem præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af den nationale ret, kan reduceres til to. Som jeg vil redegøre for i det følgende, er det andet, tredje, fjerde og femte centreret om anvendelsen af princippet *ne bis in idem*, der er omhandlet i chartrets artikel 50, på situationer med både administrativ og strafferetlig sanktion pålagt af medlemsstaterne. Det første præjudicielle spørgsmål, som det er nødvendigt at besvare sidst, omhandler de af den svenske højesteret krævede betingelser for at anvende EMRK og chartret ved landets retter.

### A – *Det andet, tredje, fjerde og femte præjudicielle spørgsmål*

#### 1. Omformulering og formaliteten

67. Som sagt omhandler det andet, tredje, fjerde og femte præjudicielle spørgsmål fra Haparanda tingsrätt fortolkningen af chartrets artikel 50. Navnlig det andet spørgsmål drejer sig om, hvorvidt der er tale om samme forhold i henhold til princippet *ne bis in idem*, dvs. om det kan konstateres, at den samme adfærd pådømmes gentagne gange. Det tredje og fjerde spørgsmål er centreret om den processuelle dimension af princippet *ne bis in idem*, bestående i et forbud mod en dobbelt sag. Det femte spørgsmål er formuleret hypotetisk, idet det som referenceparameter henviser til en national regulering som alternativ til den i Sverige gældende.

68. Jeg mener, at det andet, tredje og fjerde præjudicielle spørgsmål kan besvares samlet. De tre spørgsmål omhandler forskellige komponenter af samme grundlæggende rettighed, som jeg i det følgende vil komme nærmere ind på, men som en integrerende del af princippet *ne bis in idem*. Den forelæggende ret ønsker kort sagt oplyst, om det nævnte princip, sådan som det er omhandlet i chartrets artikel 50, er til hinder for, at en stat, når den gennemfører EU-retten, pålægger både en administrativ og en strafferetlig sanktion for samme forhold.

69. Det femte spørgsmål kan derimod ikke antages til realitetsbehandling. Den forelæggende ret spørger, om den svenske ordning er forenelig med chartrets artikel 50, i lyset af en hypotetisk alternativ ordning (som for indeværende ikke forekommer i Sverige) vedrørende strafferetlig forhåndsafgørelse. At besvare dette spørgsmål ville medføre, at Domstolen indirekte tager stilling til en ikke-eksisterende national foranstaltning i den svenske retsorden. Spørgsmålets hypotetiske karakter ville give anledning til en afgørelse fra Domstolen, der snarere er en udøvelse af responderende virksomhed end en afgørelse om præjudiciel fortolkning, hvilket retspraksis har afvist mange gange<sup>16</sup>. Jeg foreslår derfor Domstolen at afvise det femte spørgsmål fra realitetsbehandling.

#### 2. Gennemgang af det andet, tredje og fjerde præjudicielle spørgsmål

70. Det spørgsmål, som Haparanda tingsrätt forelægger, er særligt komplekst og er ikke mindre ømtåleligt end det spørgsmål, der er behandlet ovenfor. På den ene side er både en administrativ og en strafferetlig sanktion en særdeles udbredt praksis i medlemsstaterne, navnlig på skatteområdet og inden for miljøpolitik og offentlig sikkerhed. Den måde, hvorpå kumulationen af sanktioner gennemføres, varierer stærkt mellem retsordener og udviser særtræk, som er specifikke og unikke for hver medlemsstat. I de fleste tilfælde vedtages sådanne særtræk med det formål at mildne følgerne af

16 — Jf. bl.a. Schmidberger-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 32, samt dom af 8.9.2009, sag C-478/07, Budějovický Budvar, Sml. I, s. 7721, præmis 64, og af 11.3.2010, sag C-384/08, Attanasio Group, Sml. I, s. 2055, præmis 28.

de offentlige myndigheders dobbelte straffereaktion. På den anden side har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, som det fremgår nedenfor, for nylig udtalt sig i denne forbindelse og bekræftet, at en sådan praksis, i modsætning til hvad der oprindeligt syntes at være tilfældet, strider mod den grundlæggende ret til *ne bis in idem*, som er omhandlet i artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK. Det forholder sig imidlertid sådan, at ikke alle medlemsstaterne har ratificeret denne bestemmelse og i nogle tilfælde har indført andre forbehold eller fortolkende erklæringer af samme. Det følger af denne situation, at kravet om fortolkning af chartret i lyset af EMRK og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis (chartrets artikel 52, stk. 3) så at sige bliver asymmetrisk og rejser betydelige problemer ved anvendelsen på sagen.

a) Artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis i denne forbindelse

i) Undertegnelse og ratificering af artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK

71. Princippet *ne bis in idem* udgjorde ikke en udtrykkelig del af EMRK fra starten. Dets inddragelse i samme skete som bekendt gennem protokol nr. 7, der blev åbnet for undertegnelse den 22. november 1984 og har været i kraft siden den 1. november 1988. Blandt andre rettigheder omhandler artikel 4 garantien for *ne bis in idem* med henblik på, ifølge Europarådets forklaringer til protokollen, at give udtryk for princippet om, at ingen bør dømmes i en straffesag på grundlag af en lovovertrædelse, for hvilken han allerede er blevet domfældt eller frikendt ved en endelig dom.

72. Til forskel fra andre i EMRK omhandlede rettigheder er rettigheden i artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK ikke blevet enstemmigt antaget af de stater, der har undertegnet konventionen, herunder flere EU-medlemsstater. I skrivende stund er protokol nr. 7 ikke blevet ratificeret af Tyskland, Belgien, Nederlandene og Det Forenede Kongerige. Af de stater, som har ratificeret den, har Frankrig formuleret et forbehold til den nævnte protokols artikel 4 og begrænset dens anvendelse til lovovertrædelser af strafferetlig karakter<sup>17</sup>. I forbindelse med undertegnelsen har Tyskland, Østrig, Italien og Portugal ligeledes formuleret forskellige erklæringer, der peger på den samme omstændighed, nemlig den begrænsede rækkevidde af artikel 4 i protokol nr. 7, hvis beskyttelse alene omfatter en dobbelt »strafferetlig« sanktion som omhandlet i den interne retsorden<sup>18</sup>.

73. Det ovenfor anførte viser klart og udtrykkeligt, at problemerne som følge af en dobbelt administrativ og strafferetlig sanktion er karakteriseret ved en betragtelig mangel på enighed mellem EU's medlemsstater. Aftalens problematiske karakter bekræftes, hvis man ser på forhandlingerne om Unionens fremtidige tiltrædelse af EMRK, hvori staterne og Unionen har besluttet på indeværende tidspunkt at udelukke protokollerne fra EMRK, herunder den, som er omhandlet i den foreliggende sag<sup>19</sup>.

74. Denne manglende enighed kan føres tilbage til den betydning, som instrumenterne til administrativ forfølgning har i flere medlemsstater, samt den særlige vægt, der i disse medlemsstater tillægges straffesager og strafferetlige sanktioner. På den ene side ønsker staterne ikke at give afkald på den effektivitet, som karakteriserer administrative sanktioner, navnlig i sektorer, hvor de offentlige

17 — Det forbehold, der blev deponeret den 17.2.1986, erklærer: »Le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole.«

18 — Affattelsen af disse erklæringer er praktisk talt den samme som det franske forbehold, med nogle varianter. Det skal imidlertid bemærkes, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i sagen *Gradinger mod Østrig* fastslog, at den østrigske erklæring om artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK var ugyldig (præmis 49-51), om end af formelle grunde og i henhold til den retspraksis, der blev indledt med den velkendte sag *Belilos mod Schweiz*. Jf. i den forbindelse I. Cameron og F. Horn: »Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos Case*«, *German Yearbook of International Law*, 33, 1990 og G. Cohen-Jonathan: »Les réserves à la Convention Européenne des Droits de l'Homme«, *Revue Générale de Droit International Public*, T. XCIII, 1989.

19 — Jf. Ministerudvalgets rapport om udarbejdelsen af retlige instrumenter med henblik på Den Europæiske Unions tiltrædelse af den europæiske menneskerettighedskonvention af 14.10.2011, CDDH(2011)009, s. 17, punkt 19 ff.

myndigheder er interesseret i at sikre en nøje håndhævelse af loven, såsom inden for skatteretten og retten inden for offentlig sikkerhed. På den anden side får strafferetlige indgrebs ekstraordinære karakter og de garantier, der omgiver den anklagede under sagen, staterne til at forbeholde sig et spillerum med hensyn til, hvilke handlinger der skal underkastes strafferetlig behandling. Denne dobbelte interesse i at opretholde en opdelt – administrativ og strafferetlig – straffebeføjelse forklarer, at et stort antal medlemsstater på indeværende tidspunkt på den ene eller den anden måde afviser at underlægge sig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis, der, som jeg vil gennemgå i det følgende, har udviklet sig i en retning, som praktisk talt udelukker denne opdeling.

ii) Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis vedrørende artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK

75. Behandlingen af tilfældene med både administrativ og strafferetlig sanktion i EMRK-systemet har udviklet sig betydeligt, siden protokol nr. 7 trådte i kraft, og består af tre elementer, som jeg nu skal undersøge, nemlig definitionen af en straffesag, identiteten mellem typiske handlinger og dobbelt anklage.

76. For det første fortolkede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol tidligt udtrykket »straffesag« i lyset af de såkaldte Engel-kriterier med henblik på at udvide anvendelsesområdet for EMRK's artikel 6 og 7 til de offentlige myndigheders sanktioner, der formelt kvalificeres som administrative<sup>20</sup>. Som bekendt har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol siden den nævnte dom benyttet tre kriterier for at vurdere, om en bestemt sanktion har strafferetlig karakter i henhold til artikel 6 og 7 EMRK: kvalificeringen af lovovertrædelsen i national ret, lovovertrædelsens karakter og intensiteten af den sanktion, der pålægges lovovertræderen<sup>21</sup>. Disse kriterier er blevet anvendt på tillægsafgifter, herunder den omhandlede tillægsafgift i svensk ret<sup>22</sup>, og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har bekræftet, at denne type foranstaltninger falder ind under overskriften en sanktion af »strafferetlig« karakter som omhandlet i artikel 6 og 7 EMRK og i forlængelse heraf i artikel 4 i protokol nr. 7<sup>23</sup>.

77. For det andet har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis med direkte henvisning til princippet *ne bis in idem*, efter en vis oprindelig tøven, bekræftet, at forbuddet mod dobbelt sanktion henviser til en sanktion, der pålægges for samme forhold, og ikke for en handling, der kvalificeres på samme måde i de bestemmelser, der definerer lovovertrædelser. Mens denne anden tilgang, der er klart formel og reducerer rækkevidden af artikel 4 i EMRK's protokol nr. 7, ses i en række domme, der er afsagt efter dens ikrafttrædelse<sup>24</sup>, bekræftede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols Store Afdeling i 2009 den første tilgang i dommen afsagt i sagen *Zolotukhin mod Rusland*<sup>25</sup>. I den nævnte sag fastslog Den Europæiske Menneskerettsdomstol utvetydigt, at artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK skal fortolkes således, at den forbyder enhver anklage på grundlag af en overtrædelse nummer to, hvis denne har sit grundlag i omstændigheder, der er

20 — Dommen i sagen *Engel m.fl. mod Nederlandene* af 8.6.1976 (Serie A, nr. 22, præmis 82).

21 — Jf. bl.a. dommen i sagen *Öztürk mod Tyskland* af 21.2.1984 (Serie A, nr. 73), sagen *Lauko mod Slovakiet* af 2.9.1998 (*Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI) og sagen *Jussila mod Finland* af 23.11.2006 (nr. 73053/01, ECHR 2006-XIV). De to sidste kriterier er alternative, men Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kan på grundlag af sagens omstændigheder vurdere dem samtidigt.

22 — Jf. dommen i sagen *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mod Sverige* af 23.7.2002 (nr. 36985/97) og sagen *Janosevic mod Sverige* af 23.7.2002 (ECHR 2002-VII).

23 — Jf. dommen i sagen *Zolotukhin mod Rusland* af 10.2.2009 (nr. 14939/03, ECHR 2009).

24 — Jf. dommen i sagen *Oliveira mod Schweiz* af 30.7.1998 (Rep. 1998-V; fasc. 83), sagen *Franz Fischer mod Østrig* af 29.5.2001 (nr. 37950/97), sagen *Sailer mod Østrig* af 6.6.2002 (nr. 38237/97), og *Ongun mod Tyrkiet* af 23.6.2009 (nr. 15737/02).

25 — Dom nævnt ovenfor i fodnote 23.

identiske eller i det væsentlige de samme som dem, der er grundlag for en anden lovovertrædelse<sup>26</sup>. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol overtog således en fortolkning af dobbelt retsforfølgning, der er i overensstemmelse med den, Domstolen har udviklet i sin retspraksis vedrørende artikel 54 i Schengenaføften<sup>27</sup>.

78. For det tredje og sidste har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vedrørende den processuelle dimension af *ne bis in idem*, eller det som også kvalificeres som forbuddet mod dobbelt anklage, fastslået, at når det viser sig, at der foreligger en sanktion på grundlag af samme forhold, forbydes en ny sag, hvis den første sanktion er blevet endelig<sup>28</sup>. Denne konklusion gælder for de tilfælde, hvor den første sanktion er af administrativ karakter, og den anden er strafferetlig<sup>29</sup>, men også for sager, hvor det omvendte er tilfældet<sup>30</sup>. Endelig har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol efter forelæggelsen af det foreliggende præjudicielle spørgsmål erklæret det irrelevant, at den første af sanktionerne er blevet »fradraget« den anden sanktion med henblik på at lempe den dobbelte sanktion<sup>31</sup>.

79. Sammenfattende viser udviklingen af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis, at artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK nu er til hinder for foranstaltninger med både administrativ og strafferetlig sanktion, der er afsagt på grundlag af samme forhold, og således er til hinder for påbegyndelsen af en anden sag – administrativ eller strafferetlig – når den første sanktion allerede er blevet endelig. I henhold til den nuværende retspraksis, navnlig efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols udtalelser i dommen i sagen Zolotukhin mod Rusland, indtager Strasbourg nu et fast standpunkt i spørgsmålet. Denne retspraksis burde, set fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols synsvinkel, i princippet forsyne den forelæggende ret med mere end tilstrækkelige elementer til at afgøre tvisten mellem Hans Åkerberg Fransson og den svenske stat.

80. De problemer, som vi stilles over for i denne sag, ophører imidlertid ikke her. Man kan snarere sige, at de først lige er begyndt. At den forelæggende ret synes at ligestille artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK med chartret, volder som tidligere nævnt store vanskeligheder.

b) Princippet *ne bis in idem* i EU-retten: chartrets artikel 50 og fortolkningen heraf i lyset af artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK

i) En delvist selvstændig fortolkning af chartrets artikel 50: grænserne for en fortolkning alene i lyset af EMRK

81. Chartrets artikel 52, stk. 3, fastsætter, at de i chartret anførte rettigheder, når de svarer til dem, der er sikret af EMRK, har »samme betydning og omfang som i konventionen«.

26 — Zolotukhin-dommen, præmis 82-84.

27 — Jf. bl.a. dom af 11.2.2003, forenede sager C-187/01 og C-386/01, Gözütok og Brügger, Sml. I, s. 1345, af 10.3.2005, sag C-469/03, Miraglia, Sml. I, s. 2009, af 9.3.2006, sag C-436/04, Van Esbroeck, Sml. I, s. 2333, af 28.9.2006, sag C-150/05, Van Straaten, Sml. I, s. 9327, af 28.9.2006, sag C-467/04, Gasparini m.fl., Sml. I, s. 9199, og af 11.12.2008, sag C-297/07, Bourquain, Sml. I, s. 9425.

28 — Jf. Franz Fischer-dommen, præmis 22, Gradinger-dommen, præmis 53, og dommen i sagen Nitikin mod Rusland af 2.11.2006 (nr. 15969/02), præmis 37.

29 — Zolotukhin-dommen.

30 — Ruotsalainen mod Finland-dommen af 16.6.2009 (nr. 13079/03).

31 — Dommen i sagen Tomasovic mod Kroatien af 18.10.2011 (nr. 53785/09), hvis resultat står i modsætning til det oprindeligt fastslåede i dommen i sagen Oliveira mod Suiza, hvis afgørelse, der har været genstand for stærk kritik, nu synes opgivet. Jf. i denne forbindelse D. Carpio Briz: »Europeización y reconstitución del *non bis in idem*«, *Revista General de Derecho Penal*, nr. 14, 2010, Ed. Iustel, Madrid.

82. Som det fremgår nedenfor, stiller den foreliggende sag et ubehandlet spørgsmål, som er afgørende for både rækkevidden af beføjelsen i chartrets artikel 52, stk. 3, og proklamationen af EMRK's rettigheder som generelle EU-retlige principper. Til trods for, at chartrets artikel 50 fastsætter en rettighed, som svarer til den i artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK anførte rettighed<sup>32</sup>, er det i denne sag omhandlede aspekt af *ne bis in idem* langt fra at være udbredt og konsolideret i de stater, der har undertegnet EMRK. Som anført i punkt 72 i dette forslag til afgørelse, har et betydeligt antal medlemsstater ikke ratificeret protokol nr. 7 til EMRK, eller de har indført forbehold eller erklæringer specifikt til protokollens artikel 4 for at undgå, at den udvides til at omfatte administrative sanktioner.

83. Som tidligere nævnt har forvaltningen i EU-staterne altid, om end i forskellig grad, mulighed for at pålægge sanktioner. I en række medlemsstater er denne mulighed forenelig med *jus puniendi* og kan resultere i en både administrativ og strafferetlig sanktion. Dette betyder imidlertid på ingen måde, at de medlemsstater, der anerkender en dobbelt sanktion, gør det med absolut skønsbeføjelse. I de fleste tilfælde har de stater, som råder over instrumenter til en dobbelt sanktion, fastsat en ordning for at undgå et uforholdsmæssigt sanktionsresultat<sup>33</sup>. I Frankrig har forfatningsrådet således fastslået, at de to sanktioner tilsammen ikke må være strengere end den strengeste sanktion, der er fastsat for hver af lovovertrædelserne<sup>34</sup>. Den tyske retspraksis anvender et proportionalitetskriterium i den konkrete sag med henblik på at undgå sanktioner, der tilsammen bliver uforholdsmæssige<sup>35</sup>. Andre stater har fastsat en regel om strafferetlig forhåndsafgørelse, som forpligter forvaltningsdomstolen til at udsætte sagen i afventning af den endelige afgørelse i det strafferetlige system<sup>36</sup>. EU-retten har ligeledes fastsat en sådan løsning, f.eks. i artikel 6 i finansforordningen om beskyttelse af Unionens finansielle interesser<sup>37</sup>. I andre retsordener, som det forekommer at være tilfældet i Sverige, kan den strafferet, som behandler den anden sag, fradrage den administrative sanktion fra den strafferetlige sanktions beløb.

84. Under disse omstændigheder mener jeg, at proklamationen af chartrets artikel 52, stk. 3, nødvendigvis får egen profil i forhold til *ne bis in idem*-princippet. Og for at anvende udtrykket i artikel 6, stk. 3, TEU »garanterer« EMRK ikke *ne bis in idem*-princippet på samme måde, som den sikrer EMRK's kerneindhold, som gælder for alle de stater, der er part i EMRK. Jeg mener, at den EMRK, som den primære EU-ret henviser til, er konventionen *som sådan*, dvs. i dens kombination af bindende indhold og indhold, der til en vis grad er vilkårligt. Ved fortolkningen af henvisningerne til EMRK, der er indeholdt i den primære EU-ret, kan der ikke se bort fra dette.

32 — Dette bekræftes af de forklaringer, der er udarbejdet som en vejledning ved fortolkningen af chartret, som alle domstole tager hensyn til, således som det kræves i chartrets artikel 52, stk. 7. Forklaringen til artikel 50 slutter med tilføjeisen: »For så vidt angår de situationer, der er omhandlet i artikel 4 i protokol nr. 7 [til EMRK], dvs. anvendelsen af princippet inden for én og samme stat, har den rettighed, der sikres, samme betydning og omfang som den tilsvarende ret i EMRK.«

33 — Jf. den sammenlignende analyse af F. Moderne: »La sanction administrative. Elements d'analyse comparative«, *Revue Française de Droit Administratif*, nr. 3, 2002.

34 — Jf. det franske forfatningsråds afgørelse af 28.7.1989, nr. 89-260 DC, loi relative à la sécurité et à la transparence des marchés financiers, 16. betragtning, af 30.12.1997, nr. 97-395 DC, loi des finances pour 1998, 41. betragtning. Om denne retspraksis se D. Gutmann: »Sanctions fiscales et Constitution«, *Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, nr. 33, 2011.

35 — Jf. eksempelvis dom afsagt af OLG Celle den 6.8.1970, 1Ss 164/70.

36 — Dette er f.eks. tilfældet i Spanien, hvis kongelige dekret nr. 1398/1993, som regulerer de offentlige forvaltningers straffebeføjelse, i artikel 7 prioriterer en straffesag frem for en administrativ sanktionsprocedure. Jf. i denne sammenhæng A. Queralt Jiménez: La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, s. 263 ff., og M. Beltrán de Felipe og F. Puerta Seguido: »Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el »ne bis in idem«, *Revista española de derecho constitucional*, nr. 71, 2004.

37 — I artikel 6, stk. 1, anføres muligheden for suspension af en administrativ procedure som følge af anlæggelse af en straffesag for samme forhold. I artikel 6, stk. 3, tilføjes, at »[n]år straffesagen er afsluttet, genoptages den suspendede administrative procedure, hvis dette ikke strider mod generelle retsprincipper« (min fremhævelse).

85. På baggrund af det ovenstående finder jeg, at kravet om fortolkning af chartret i lyset af EMRK skal nuanceres, når den pågældende grundlæggende rettighed eller en del af den (såsom spørgsmålet om anvendeligheden af artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK på en dobbelt administrativ og strafferetlig sanktion) ikke er blevet fuldt internaliseret af medlemsstaterne. Selv om gældende ret og retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vedrørende samme område under disse omstændigheder udgør en inspirationskilde for EU-retten, mener jeg ikke, at forpligtelsen til at sammenligne chartrets beskyttelsesniveau med EMRK's har samme gennemslagskraft.

86. Den foreliggende sag påviser en situation, hvor manglende enighed om en ret i konventionssystemet står i modsætning til den omfattende forekomst af veletablerede systemer med en dobbelt administrativ og strafferetlig sanktion i medlemsstaterne. I tilfældet dobbelt administrativ og strafferetlig sanktion kan omfanget af denne forekomst af veletablerede systemer tilmed kvalificere disse som medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige tradition.

87. Under disse omstændigheder mener jeg, at chartrets artikel 50 kræver en delvis selvstændig fortolkning<sup>38</sup>. Der skal naturligvis tages hensyn til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols gældende retspraksis, men den beskyttelsestærskel, som Domstolen anvender, skal være et resultat af en uafhængig fortolkning, der udelukkende er baseret på ordlyden og rækkevidden af chartrets artikel 50.

ii) Chartrets artikel 50 og den dobbelte administrative og strafferetlige sanktion

88. Princippet *ne bis in idem* er veletableret i EU-retten. Før Schengenaf-talen og rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre fastsatte det som grænse for udøvelsen af medlemsstaternes *jus puniendi*, hvilket også var inden ikrafttrædelsen af protokol nr. 7 til EMRK, berørte Domstolens retspraksis princippet inden for konkurrenceområdet og EU-personaleretten<sup>39</sup>. I sit forslag til afgørelse i Gözutok og Brügge-sagen gav generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer en detaljeret redegørelse for princippet i EU-rettens historiske udvikling<sup>40</sup>, ligesom generaladvokat Kokott har gjort det senere i forslaget til afgørelse i Toshiba Corporation-sagen<sup>41</sup>. Jeg kommer ikke nærmere ind på dette spørgsmål og begrænser mig til at henvise til de to tekster.

89. I gældende retspraksis behandler Domstolen princippet *ne bis in idem* stort set ensartet, med visse forbehold, som vil fremgå af det følgende<sup>42</sup>.

38 — I denne retning L. Burgorgue-Larsen: »Les interactions normatives en matière de droits fondamentaux«, i Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte og S. Touzé: *Les interactions normatives. Droit de l'Union Européenne et Droit International*, Ed. Pedone, 2012, Paris, s. 372 og 373.

39 — Jf. på området for offentligt ansatte den tidligere dom af 5.5.1966, forenede sager 18/65 og 35/65, Gutmann mod Kommissionen for Det Europæiske Atomenergifællesskab, Sml. 1965-1968, s. 175; org.ref.: Rec. s. 149, og på konkurrenceområdet dom af 15.7.1970, sag 45/69, Boehringer Mannheim mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 153; org.ref.: Rec. s. 769.

40 — Forslag til afgørelse fremsat den 19.9.2002 (dom af 11.2.2003, sag C-187/01 og C-385/01, Sml. I, s. 1345), punkt 47 ff.

41 — Forslag til afgørelse fremsat den 8.9.2011 (dom af 14.2.2012, sag C-17/10), punkt 96 ff.

42 — Jf. bl.a. B. van Bockel: *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Kluwer, La Haye, 2010, s. 205 ff.

90. Som udgangspunkt har retspraksis vedtaget et bredt »sanktionsbegreb« i tråd med Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols Engel-doktrin med det formål at placere de sanktioner, som Kommissionen pålægger på konkurrenceområdet, under anvendelsesområdet for den nævnte retspraksis<sup>43</sup>. Set fra dette synspunkt og i tråd med Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis må en tillægsafgift, der er vedtaget for at sikre udøvelsen af EU-retten, materielt anses for en »strafferetlig« sanktion.

91. Efterfølgende har Domstolens retspraksis, om end med visse undtagelser, gennemført en særdeles snæver fortolkning i forbindelse med fastsættelsen af, hvad der kræves for, at der foreligger en dobbelt sanktion. Ved fortolkningen af Schengenaftalens artikel 54 og af rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre har Domstolen fundet, at den identitet, som princippet *ne bis in idem* kræver, henviser til »samme handlinger« og ikke til samme type lovovertrædelse eller samme beskyttede retlige interesse<sup>44</sup>. Konteksten i den foreliggende sag vedrører den nationale udøvelse af EU-retten, netop den dimension, hvor den bredeste opfattelse af *ne bis in idem* gør sig gældende. Jeg mener derfor, at en situation som den foreliggende må behandles ligesådan, hvilket netop er den behandling, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har valgt siden *Zolotukhinin*-dommen.

92. Tilbage står spørgsmålet, om en medlemsstats indledning af en straffesag og en eventuel straffedom skal afvises på baggrund af en forudgående en administrativ sanktionsprocedure, hvor der er truffet en endelig afgørelse om skyld.

93. Når spørgsmålet således er indsnævret, og med det væsentlige forbehold, jeg vil tilføje nedenfor, mener jeg ikke, at chartrets artikel 50 i øjeblikket indebærer, at en forudgående endelig administrativ sanktion endegyldigt lukker adgangen til at indlede en procedure, eventuelt med domfældelse, ved en strafferet. Mit forbehold er, at princippet om forbud mod vilkårlighed, som er uadskilleligt fra retsstatsprincippet (artikel 2 TEU), forpligter til, at den nationale retsorden muliggør, at retten, som idømmer straffen, på den ene eller den anden måde kan tage hensyn til en forudgående administrativ sanktion med henblik på at lempe den strafferetlige sanktion.

94. På den ene side er der intet i chartrets artikel 50 i sig selv, der fører til den konklusion, at man har ønsket at forbyde alle tilfælde af sammenfald mellem forvaltningens sanktionsbeføjelse og strafferettens beføjelser i forbindelse med samme handling. I denne forbindelse skal opmærksomheden henledes på betoningen af adjektivet »straffe« i ordvalget i chartrets artikel 50 i forhold til ordvalget i artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK. Således er dette indeholdt såvel i de respektive bestemmelsers titel som i beskrivelsen af den endelige dom, der i den førstnævnte men ikke i den sidstnævnte bestemmelse kvalificeres som en »straffedom«. Denne forskel kan anses for ikke at være uden betydning, når det drejer sig om en bestemmelse, der ligesom bestemmelsen i chartret er affattet flere år efter bestemmelsen i protokollen.

43 — Jf. i den forbindelse generaladvokat Kokotts detaljerede undersøgelse af dette spørgsmål i forslaget til afgørelse af 15.12.2011 i *Bonda*-sagen (dom af 5.6.2012, sag C-489/10), punkt 32 ff. Jf. ligeledes generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse fremsat den 10.2.2011 i sag *KME Germany mod Kommissionen* (dom af 8.12.2011, sag C-272/09 P, Sml. I, s. 12789), punkt 64, generaladvokat Bots forslag til afgørelse fremsat den 26.10.2010 i sagen *ArcelorMittal Luxembourg mod Kommissionen m.fl.* (dom af 26.3.2011, forenede sager C-201/09 P og C-216/09 P, Sml. I, s. 2239), punkt 41, og i sagen *ThyssenKrupp Nirosta mod Kommissionen* (sag C-352/09 P, Sml. I, s. 2359), punkt 49, samt generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse fremsat den 3.7.2007, *ETI m.fl.* (dom af 11.12.2007, sag C-280/06, Sml. I, s. 10893), punkt 71.

44 — Jf. *Van Esbroeck*-dommen, præmis 27, 32 og 36, *Van Straaten*-dommen, præmis 41, 47 og 48, og dom af 16.11.2010, sag C--261/09, *Mantello*, Sml. I, s. 11477, præmis 39. Denne tilgang adskiller sig fra den anvendte på konkurrenceområdet, hvor Domstolen fortsat kræver tre betingelser opfyldt, nemlig at de faktiske omstændigheder er identiske, at lovovertræderen er den samme person, og at den retsbeskyttede interesse er den samme. Jf. bl.a. dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Sml. I, s. 123, præmis 338, *Toshiba Corporation*-dommen, præmis 97 og 98. Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts kritik af denne særordning for konkurrenceområdet i forslaget til afgørelse fremsat i *Toshiba*-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 41.

95. På den anden side forhindrer proportionalitetsprincippet og under alle omstændigheder princippet om forbud mod vilkårlighed, som det følger såvel af retsstatsprincippet som af de fælles forfatningsmæssige traditioner<sup>45</sup>, en udøvelse af strafferetten, som fuldstændig ser bort fra den omstændighed, at en handling, der er indbragt for retten, allerede har været genstand for en administrativ sanktion.

96. Jeg mener derfor, at chartrets artikel 50 skal fortolkes således, at den ikke forhindrer medlemsstaterne i at rejse sigtelse ved en strafferet for forhold, der allerede er endeligt sanktioneret ad administrativ vej, forudsat at strafferetten har mulighed for at tage hensyn til en forudgående administrativ sanktion med henblik på at lempe den straf, den pålægger.

c) Chartrets artikel 50 anvendt på den foreliggende sag

97. På dette stadium og i overensstemmelse med det tidligere anførte finder jeg, at det eneste spørgsmål, som det på EU-rettens nuværende udviklingstrin er fornødent at undersøge, er, om national ret giver strafferetsdommeren mulighed for at tage hensyn til en forudgående endelig administrativ sanktion for ikke at nå til et uforholdsmæssigt endeligt resultat, og under alle omstændigheder for ikke at tilsidesætte det princip om forbud mod vilkårlighed, som er en del af retsstaten.

98. Det fremgår af sagen, at Hans Åkerberg Fransson har betalt de administrative bøder, som han på daværende tidspunkt blev pålagt af Skatteverket, og at disse afgørelser er blevet endelige.

99. Som repræsentanten for Hans Åkerberg Fransson forklarede under retsmødet, er hans klient nu også konfronteret med en retssag i henhold til §§ 2 og 4 i Skattebrottslagen, hvis overtrædelse straffes med op til seks års fængsel.

100. Det fremgår ikke af sagen, om den svenske lovgivning udtrykkeligt omfatter et udligningssystem, men forelæggelseskendelsen angiver, at de svenske retter skal »tage hensyn« til den tidligere pålagte tillægsafgift »ved fastsættelsen af straffen for skattesvig«.

101. Det påhviler således den forelæggende ret og ikke Domstolen at bedømme de specifikke egenskaber ved udligningssystemet i svensk ret, både på lovgivningsplan og i landets retters praksis. Såfremt der er tale om en udligningsmekanisme, som gør det muligt at tage hensyn til den første sanktion med den virkning, at den anden sanktion lempes, mener jeg ikke, at gennemførelsen af en anden procedure er i strid med chartrets artikel 50. Såfremt det kriterium, der benyttes i den svenske retsorden, derimod ikke giver mulighed for udligning som nævnt ovenfor og således lader muligheden stå åben for, at Hans Åkerberg Fransson udsættes for en anden sanktion, mener jeg, at chartrets artikel 50 er blevet overtrådt.

B – *Det første præjudicielle spørgsmål*

102. Med det første præjudicielle spørgsmål forelægger Haparanda tingsrätt sin tvivl om foreneligheden med EU-retten af et kriterium i svensk ret, nærmere bestemt i svensk højesterets retspraksis, i medfør af hvilket en tilsidesættelse af en bestemmelse, der strider imod de i chartret og EMRK fastsatte rettigheder, som betingelse kræver et »klart grundlag« i chartret, EMRK og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis.

45 — Jf. T. Bingham: *The Rule of Law*, Allen Lane, London, 2010, s. 66 ff.

103. Således som spørgsmålet er formuleret af den forelæggende ret, henviser det til to forskellige situationer. For det første til foreneligheden med EU-retten af et kriterium for anvendelse af den europæiske menneskerettighedskonvention som international aftale, hvis rettigheder *udgør en del af* Unionens retsorden (artikel 6, stk. 3 TEU). For det andet spørges der, om det nævnte kriterium er foreneligt, hvis det udvides til at omfatte anvendelsen af chartret og dermed til EU-retten.

1. Et »klart grundlag« som kriterium for den nationale rets anvendelse af den europæiske menneskerettighedskonvention

104. Haparanda tingsrätt har redegjort for svensk højesterets retspraksis, hvorefter det er nødvendigt forud for en tilsidesættelse af en svensk bestemmelse, der er uforenelig med den europæiske menneskerettighedskonvention, at have et »klart grundlag«, det være sig i den nævnte konvention eller Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis. Denne betingelse er blevet anvendt af den svenske højesteret i flere sager, som omhandlede den foreliggende sags problematik, og i alle sagerne var konklusionen, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis vedrørende artikel 4 i protokol nr. 7 til EMRK ikke gav et »klart grundlag«. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols nyere retspraksis bekræfter imidlertid, som anført i punkt 75-79 i dette forslag til afgørelse, at Hans Åkerberg Franssons påstand nu finder et »klart grundlag« til sin fordel.

105. Den reform, som Lissabontraktaten medførte, forklarer grundlaget for dette spørgsmål fra Haparanda tingsrätt. Som bekendt er artikel 6, stk. 3, TEU ikke sammenfaldende med ordlyden af den tidligere artikel 6, stk. 2, TEU. Før den 1. december 2009 hed det i den nævnte artikel, at Unionen »*respekterer* de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved [EMRK]«, mens den gældende affattelse betoner, at de grundlæggende rettigheder, som de er garanteret ved EMRK, »*udgør generelle principper i EU-retten*«<sup>46</sup>. De grundlæggende rettigheder, som er garanteret ved EMRK, er blevet ændret fra at være *respekteret af Unionen* til at *udgøre en del af* EU-retten. Ændringen er ikke irrelevant, og den forelæggende ret synes at mene, at EMRK, uafhængigt af Unionens fremtidige tiltrædelse af konventionen, siden 2009 har erhvervet en ny status i EU-retten.

106. På baggrund af det ovenstående, og når rettighederne i EMRK *udgør en del af EU-retten*, er det legitimt, at den forelæggende ret spørger, om EU-retten er til hinder for et kriterium som det af den svenske højesteret udviklede, der kræver et »klart grundlag« for at kunne tilsidesætte en national bestemmelse, der er i strid med EMRK.

107. Svaret på dette spørgsmål udledes af Domstolens nyligt afsagte Kamberaj-dom<sup>47</sup>. I den nævnte sag ønskedes det oplyst, om artikel 6, stk. 3, TEU ved konflikt mellem en national bestemmelse og EMRK forpligter en national ret til direkte at anvende en bestemmelse i EMRK og undlade at anvende en national bestemmelse, der er uforenelig med denne.

108. Efter at have fremhævet, at artikel 6, stk. 3, TEU i den ved Lissabontraktaten ændrede affattelse begrænser sig til at reproducere Domstolens faste praksis, fastslog Domstolen, at den nye affattelse af forskriften ikke ændrede EMRK's status i EU-retten og således heller ikke i medlemsstaternes retsordener<sup>48</sup>. Endvidere fastslog Domstolen, at artikel 6, stk. 3, EU heller ikke fastsætter, »hvilke konsekvenser en national ret skal udlede i tilfælde af konflikt mellem rettighederne sikret ved denne konvention og en bestemmelse i national ret«<sup>49</sup>.

46 — Min fremhævelse.

47 — Dom af 24.4.2012, sag C-571/10.

48 — Kamberaj-dommen, præmis 61.

49 — Ibidem, præmis 62.

109. Selv om de ved EMRK sikrede rettigheder udgør generelle principper i EU-retten, udgør EMRK ikke som sådan et retligt instrument, der er formelt integreret i den europæiske retsorden. Situationen vil ændre sig med gennemførelsen af beføjelsen i artikel 6, stk. 2, TEU, som foreskriver Unionens tiltrædelse af EMRK. På nuværende tidspunkt i integrationsprocessen kan kriterierne for anvendelse af EU-retten, nærmere bestemt principperne om direkte virkning og om forrang, ikke udvides til EMRK, når den anvendes af medlemsstaternes retter. I overensstemmelse med det for nyligt fastslåede i Kamberaj-dommen kan kriteriet om et »klart grundlag«, sådan som den svenske højesteret har anvendt det på tilfælde, der udelukkende henviser til fortolkningen og anvendelsen af EMRK, ikke være genstand for Domstolens vurdering.

2. »Klart grundlag« som kriterium for den nationale rets anvendelse af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

110. Haparanda tingsrätt henviser ligeledes til udvidelsen af kriteriet om et »klart grundlag« til at omfatte de rettigheder, der er beskyttet ved Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, navnlig artikel 50. I denne sag vedrører spørgsmålet ikke forholdet mellem EMRK og EU-retten, men udelukkende sidstnævnte.

111. Man må derfor ligesom den forelæggende ret spørge, om en betingelse pålagt af den svenske højesteret, såsom et »klart grundlag«, ved anvendelse af EU-retten betinger de svenske retters – herunder Haparanda tingsrätts – dømmende myndighed.

112. Ifølge Domstolens faste praksis er nationale retter, der inden for grænserne af deres kompetence skal anvende EU-retlige bestemmelser, forpligtet til at sikre den fulde virkning af disse regler og om fornødent af egen drift undlade at anvende enhver modstående bestemmelse i national lovgivning, uden at den behøver at anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af denne ad lovgivningsvejen eller ved ethvert andet forfatningsmæssigt middel<sup>50</sup>. Samme ræsonnement gælder ligeledes for en højere rets nationale retspraksis, som forhindrer eller vanskeliggør den fulde virkning af EU-rettens bestemmelser, på samme måde som det sker i det foreliggende tilfælde på grund af kravet om et »klart grundlag« i den svenske højesterets retspraksis for at undlade at anvende en national bestemmelse, der er uforenelig med chartret.

113. Efter min opfattelse indebærer kravet om et »klart grundlag« ikke *a priori*, at det bliver umuligt eller overdrevent vanskeligt at tilsidesætte en national regel, der er uforenelig med chartret. Således som kravet er formuleret i den svenske højesterets retspraksis, kan det kun fastslås, at en intern regel er uforenelig med chartret, hvis der foreligger en grundlæggende rettighed, hvis indhold er tilstrækkeligt fastlagt til, at retten kan udtale sig herom. Kravet om et »klart grundlag« er således et krav om minimumsklarhed af det retlige udsagn, idet retten i modsat fald ville mangle de nødvendige elementer til at bedømme den pågældende nationale bestemmelse. Det er ikke polemisk at hævde, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis før dommen i sagen Zolotukhin mod Rusland led under en signifikant mangel på »klarhed«, ikke mindst ved anvendelse på et tilfælde som det svenske, som endnu ikke havde været genstand for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols analyse og heller ikke havde ligheder med andre sager, der var afgjort af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

114. Hvad der under ingen omstændigheder kan antages, er, at kravet om et »klart grundlag« bliver til en betingelse, som påvirker intensiteten af den prøvelse, som de nationale retter foretager i forbindelse med anvendelsen af EU-retten. At kræve at den bestemmelse, der tjener som målestok for bedømmelsen, er »klar«, må ikke omdannes til et krav om, at en national bestemmelses ulovlighed skal være »åbenbar«. Et krav om en EU-retlig bestemmelses klarhed kan med andre ord ikke tjene som undskyldning for at mindske intensiteten af den retlige prøvelse, som de nationale retter

50 — Dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 24, og af 19.11.2009, sag C-314/08, Filipiak, Sml. I, s. 11049, præmis 81.

foretager ved anvendelsen af den nævnte bestemmelse i deres retsorden. I modsat fald ville der blive lagt en uforholdsmæssig bevisbyrde på de parter, der påberåber sig en national bestemmelses uforenelighed med en EU-bestemmelse, hvilket ville udgøre en hindring for den fulde virkning af direkte anvendelige EU-retlige bestemmelser. Denne konklusion styrkes endnu mere, når kravet om »klarhed« udelukkende mindsker intensiteten af den retlige prøvelse af EU-retten, men ikke af rent interne sager. Dette vil ikke alene krænke EU-rettens effektivitet, men også det ækvivalensprincip, som Domstolen har udviklet gennem en omfattende retspraksis<sup>51</sup>.

115. Jeg mener, at EU-retten skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for, at en national ret forud for tilsidesættelsen af en national bestemmelse vurderer, om en bestemmelse i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder er »klar«, forudsat at dette krav ikke vanskeliggør udøvelsen af de fortolknings- og tilsidesættelsesbeføjelser, som EU-retten tildeler de nationale retter.

## VII – Forslag til afgørelse

116. I betragtning af argumenterne anført i punkt 48-64 i dette forslag til afgørelse foreslår jeg, at Domstolen erklærer sig inkompetent til at besvare de af Haparanda tingsrätt forelagte spørgsmål.

117. I tilfælde af, at Domstolen anser sig for kompetent til at tage stilling til realiteten, foreslår jeg subsidiært, at den besvarer de nævnte præjudicielle spørgsmål således:

- »1) På den europæiske integrationsproces' nuværende udviklingstrin skal artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder fortolkes således, at den ikke forhindrer medlemsstaterne i at rejse sigtelse ved en strafferet for forhold, der allerede er endeligt sanktioneret ad administrativ vej, forudsat at strafferetten har mulighed for at tage hensyn til en forudgående administrativ sanktion med henblik på at lempe den straf, den pålægger.

Det påhviler den nationale ret at vurdere, om der i den foreliggende sag, i lyset af de nationale bestemmelser, der regulerer området, skal tages hensyn til den forudgående administrative sanktion med henblik på en lempelse af den af strafferetten afsagte afgørelse.

- 2) Domstolen er ikke kompetent til at tage stilling til foreneligheden med den europæiske menneskerettighedskonvention af et krav i svensk ret om, at der skal foreligge et »klart grundlag«, for at nationale retter kan tilsidesætte en intern bestemmelse.

EU-retten skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for, at en national ret forud for tilsidesættelsen af en national bestemmelse vurderer, om en bestemmelse i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder er »klar«, forudsat at dette krav ikke vanskeliggør udøvelsen af de fortolknings- og tilsidesættelsesbeføjelser, som EU-retten tildeler de nationale retter.«

51 — Jf. bl.a. dom af 15.9.1998, sag C-231/96, Edis, Sml. I, s. 4951, præmis 36, af 1.12.1998, sag C-326/96, Levez, Sml. I, s. 7835, præmis 41, af 16.5.2000, sag C-78/98, Preston m.fl., Sml. I, s. 3201, præmis 55, og af 19.9.2006, forenede sager C-392/04 og C-422/04, i-21 Germany og Arcor, Sml. I, s. 8559, præmis 62.