



# Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. SZPUNAR

fremsat den 20. oktober 2022<sup>1</sup>

**Sag C-365/21**

**MR**

**proceddeltager:**

**Generalstaatsanwaltschaft Bamberg**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberlandesgericht Bamberg (den regionale appeldomstol i Bamberg, Tyskland))

»Konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen – artikel 54 – forbehold med hensyn til anvendelsen af princippet *ne bis in idem* – artikel 55 – krænkelse af den nationale sikkerhed eller andre lige så væsentlige interesser – nationale erklæringer – overensstemmelse med artikel 50 og 52 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder«

## I. Indledning

1. Domstolen har flere gange fået forelagt spørgsmål vedrørende princippet *ne bis in idem* i artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen (herefter »gennemførelseskonventionen«)<sup>2</sup>, men kun én gang vedrørende foreneligheden af erklæringer, der begrænser dette princip, i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 55. I denne tidligere sag var det uforment for Domstolen at besvare et spørgsmål herom, eftersom Domstolens besvarelse af et andet spørgsmål i samme sag medførte, at det ikke længere var nødvendigt at tage stilling til gyldigheden af en erklæring<sup>3</sup>. Den foreliggende sag giver Domstolen lejlighed til at afklare dette spørgsmål.

<sup>1</sup> – Originalsprog: engelsk.

<sup>2</sup> – Konvention om gennemførelse af Schengenaf-talen af 14.6.1985 mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser (EFT 2000, L 239, s. 19).

<sup>3</sup> – Jf. dom af 29.6.2016, Kossowski (C-486/14, EU:C:2016:483, præmis 55).

## II. Retsforskrifter

### A. EU-retten

#### 1. Gennemførelseskonventionen

2. Afsnit III i gennemførelseskonventionen om »Politi og sikkerhed« omfatter bl.a. kapitel 3 med titlen »Straffedommes negative retsvirkninger (ne bis in idem)«, som indeholder denne konventions artikel 54 og 55. Gennemførelseskonventionens artikel 54 fastsætter følgende:

»En person, over for hvem der er afsagt endelig dom af en kontraherende part, kan ikke retsforfølges af en anden kontraherende part for de samme strafbare handlinger, dersom sanktionen, i tilfælde af domfældelse, er fuldbyrdet, er ved at blive fuldbyrdet eller ikke længere kan kræves fuldbyrdet efter den dømmende kontraherende parts lovgivning.«

3. Artikel 55 i gennemførelseskonventionen har følgende ordlyd:

»1. En kontraherende part kan på tidspunktet for ratifikation, accept eller godkendelse af denne konvention erklære, at den ikke er bundet af artikel 54 i et eller flere af følgende tilfælde:

- a) Når de strafbare handlinger, der ligger til grund for den udenlandske dom, helt eller delvis er begået på dens område. I sidstnævnte tilfælde gælder undtagelsen imidlertid ikke, hvis de pågældendes handlinger delvis er begået på den dømmende kontraherende parts område.
- b) Når de strafbare handlinger, der ligger til grund for den udenlandske dom, udgør en krænkelse af denne kontraherende parts sikkerhed eller andre lige så væsentlige interesser.
- c) Når de strafbare handlinger, der ligger til grund for den udenlandske dom, er begået af en ansat i denne stats tjeneste i strid med den pågældendes embedspligter.

2. En kontraherende part, der har afgivet en erklæring om undtagelsen i stk. 1, litra b), skal angive, hvilke former for strafbare handlinger denne undtagelse gælder.

3. En kontraherende part kan til enhver tid tilbagekalde en sådan erklæring om en eller flere af undtagelserne i stk. 1.

4. Undtagelser, der er nævnt i en erklæring efter stk. 1, finder ikke anvendelse, når den pågældende kontraherende part har anmodet den anden kontraherende part om at iværksætte retsforfølgning for de samme strafbare handlinger eller har efterkommet en begæring om udlevering af den pågældende.«

4. Artikel 56 i gennemførelseskonventionen bestemmer:

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

5. Gennemførelseskonventionen blev indarbejdet i EU-retten ved protokollen om integration af Schengenreglerne i Den Europæiske Union, der blev knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab ved Amsterdamtraktaten<sup>4</sup>. Senere blev protokol (nr. 19) om Schengenreglerne integreret i Den Europæiske Union knyttet som bilag til Lissabontraktaten (»protokol (nr. 19)«)<sup>5</sup>.

6. Artikel 7 i protokol (nr. 19) er affattet således<sup>6</sup>:

»I forbindelse med forhandlingerne om optagelse af nye medlemsstater i Den Europæiske Union betragtes Schengenreglerne og yderligere foranstaltninger, der træffes af institutionerne inden for rammerne heraf, som gældende regler, der skal accepteres fuldt ud af alle stater, der søger om optagelse.«

## 2. *Rammeafgørelse 2008/841/RIA*

7. I henhold til artikel 2 i Rådets rammeafgørelse 2008/841/RIA af 24. oktober 2008 om bekæmpelse af organiseret kriminalitet<sup>7</sup> med overskriften »Strafbare handlinger med forbindelse til deltagelse i en kriminel organisation« træffer »[h]ver medlemsstat [...] de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at en eller begge af følgende typer af handlinger i forbindelse med en kriminel organisation betragtes som strafbare handlinger: a) handlinger begået af en person, som forsætligt og med kendskab til enten formålet med den kriminelle organisation og dennes almindelige kriminelle virksomhed eller dens hensigt om at begå de pågældende strafbare handlinger aktivt deltager i organisationens kriminelle virksomhed, herunder ved at tilvejebringe oplysninger eller materielle midler, ved at rekruttere nye medlemmer og ved enhver form for finansiering af dens aktiviteter, vel vidende, at denne deltagelse vil bidrage til udførelsen af denne organisations kriminelle virksomhed; b) handlinger begået af en person bestående i en aftale med en eller flere personer om at udføre en handling, når denne handling, såfremt den udføres, vil være ensbetydende med, at der begås strafbare handlinger, der er omhandlet i artikel 1, selv hvis den pågældende person ikke deltager i selve udførelsen af handlingen«.

## B. Tysk ret

8. Forbundsrepublikken Tyskland tog ved ratifikationen af gennemførelseskonventionen et »forbehold«<sup>8</sup> i forhold til gennemførelseskonventionens artikel 54 i henhold til artikel 55, stk. 1, litra b) (BGBl. 1994 II, s. 631), hvorefter Forbundsrepublikken Tyskland bl.a. ikke er bundet af gennemførelseskonventionens artikel 54, når de handlinger, som den udenlandske dom vedrører, udgør en strafbar handling i henhold til § 129 i Strafgesetzbuch (straffeloven, herefter »StGB«).

9. StGB's § 129, der har overskriften »Dannelse af kriminelle organisationer«, har følgende ordlyd i den version, der er gældende for hovedsagen:

»(1) Med fængsel i op til fem år eller bøde straffes den, der danner en kriminel organisation eller som medlem tilslutter sig en sådan organisation, der har til formål eller genstand at begå strafbare

<sup>4</sup> – EFT 1997, C 340, s. 93.

<sup>5</sup> – EUT 2010, C 83, s. 290.

<sup>6</sup> – Som ordret gengiver ordlyden af protokollen til Amsterdamtraktaten.

<sup>7</sup> – EUT 2008, L 300, s. 42.

<sup>8</sup> – På tysk: »Vorbehalt«.

handlinger, som maksimalt straffes med mindst to års fængsel. Med fængsel i op til tre år eller bøde straffes den, som støtter en sådan organisation eller hverver medlemmer eller støtter til den.

(2) En organisation er en længerevarende organiseret sammenslutning af mere end to personer, uafhængigt af fastlæggelsen af medlemmernes roller, medlemskabets kontinuitet og strukturens udformning, med henblik på at forfølge en overordnet fælles interesse.

[...]

(5) I de særligt alvorlige tilfælde, der er omhandlet i stk. 1, første punktum, er straffen fængsel af en varighed på mellem seks måneder og fem år. Et særligt alvorligt tilfælde foreligger typisk, når gerningsmanden er en af de ledende personer eller en person, der opererer bag kulisserne i organisationen. [...]«

### III. De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

10. Generalstaatsanwaltschaft Bamberg – Zentralstelle Cybercrime Bayern (anklagemyndigheden i Bamberg, Bayerns centrale afdeling for cyberkriminalitet, Tyskland) gennemfører bl.a. mod den sigtede MR, som er israelsk statsborger, en efterforskning på grund af mistanke om oprettelse af en kriminel organisation og investeringsbedrageri.

11. Den 8. december 2020 anordnede undersøgelsesdommeren ved Amtsgericht Bamberg (byretten i Bamberg, Tyskland) varetægtsfængsling af den sigtede MR (national arrestordre). Som begrundelse for fængslingen anførtes risiko for flugt. Undersøgelsesdommeren ved Amtsgericht Bamberg (byretten i Bamberg) er af den opfattelse, at der er bestyrket mistanke om dannelse af en kriminel organisation i realkonkurrence med erhvervmæssigt bedrageri som medlem af en organiseret bande som omhandlet i StGB's § 129, stk. 1, § 129, stk. 5, første punktum og andet punktum, § 263, stk. 1, § 263, stk. 3, andet punktum, nr. 1, § 263, stk. 5, § 25, stk. 2, og § 53. Den 11. december 2020 udstedte denne domstol en europæisk arrestordre på grundlag af den nationale arrestordre.

12. MR er allerede tidligere ved endelig dom afsagt af Landesgericht Wien (den regionale domstol i Wien, Østrig) den 1. september 2020 idømt fire års fængsel for groft erhvervmæssigt bedrageri og hvidvask af penge. MR har i mellemtiden delvis afsonet straffen på fire års fængsel, som han blev idømt ved denne dom. Resten af fængselsstraffen blev gjort betinget med virkning pr. 29. januar 2021.

13. Samme dag blev MR imidlertid ved kendelse afsagt af Landesgericht Wien (den regionale domstol i Wien) den 29. januar 2021 fængslet med henblik på overgivelse på grundlag af den europæiske arrestordre udstedt af undersøgelsesdommeren ved Amtsgericht Bamberg (byretten i Bamberg). MR blev varetægtsfængslet indtil den 18. maj 2021. Siden da har han været frihedsberøvet med henblik på udsendelse (til Israel). Ifølge uofficielle oplysninger kan han allerede være ankommet til Israel.

14. MR har iværksat appel til prøvelse af den nationale arrestordre og den europæiske arrestordre, der er udstedt på grundlag af denne nationale arrestordre. Ved kendelse af 8. marts 2021 forkastede Landgericht Bamberg (den regionale ret i første instans i Bamberg, Tyskland) disse appeller. Denne ret fandt, at den straf, som MR var blevet idømt af Landesgericht Wien (den regionale domstol i Wien), kun blev idømt for strafbart bedrageri begået til skade for skadelidte i

Østrig. Nu retsforfølges MR for strafbart bedrageri til skade for skadelidte i Tyskland. Da disse to appeller ikke vedrører de samme skadelidte personer, udgør de ikke de samme strafbare handlinger som omhandlet i gennemførelseskonventionens artikel 54 og artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«). Subsidiært henviste Landgericht Bamberg (den regionale ret i første instans i Bamberg) til gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), eftersom MR retsforfølges for en strafbar handling i henhold til StGB's § 129, og Forbundsrepublikken Tyskland har erklæret et tilsvarende forbehold ved ratifikationen af gennemførelseskonventionen.

15. MR har efterfølgende appelleret denne kendelse afsagt af Landgericht Bamberg (den regionale ret i første instans i Bamberg). Den forelæggende ret behandler denne anden indsigelse, og det er i forbindelse med afgørelsen af denne, at anmodningen om præjudiciel afgørelse forelægges.

16. Den forelæggende ret har rejst tvivl om, hvorvidt EU-retten er til hinder for retsforfølgelsen. Hvis dette er tilfældet, må den nationale arrestordre ophæves, og dermed vil også den europæiske arrestordre miste sit grundlag.

17. Det afgørende for spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en hindring for retsforfølgelsen, er, om MR med den tyske nationale henholdsvis den europæiske arrestordre ville blive retsforfulgt for en handling, som han allerede er blevet retsforfulgt og dømt for af de østrigske myndigheder.

18. Dette afhænger af de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for den tyske nationale arrestordre, og de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for Landesgericht Wiens (den regionale domstol i Wien) dom.

19. MR beskyldes i den nationale arrestordre for sammen med sine medgerningsmænd at have dannet og opretholdt et kompleks af såkaldte cybertradingvirksomheder, hvor de såkaldte agenter, der var ansat til kundeakkvisition og -pleje (»conversion agents« og »retention agents«) – i henhold til gerningsplanen – fra callcentre i udlandet, bl.a. Bulgarien, tilbød godtroende investorer (kunderne) i flere europæiske lande, herunder Tyskland og Østrig, lovende investeringer. På denne måde fik agenterne investorerne til at foretage indbetalinger, som blev indkasseret direkte som udbytte. Investorerne blev i denne forbindelse ved anvendelse af en speciel software foregøglet, at investeringerne havde været tabsgivende. Udbyttet gik – efter fradrag af omkostninger og personaleudgifter til callcentrene og de personer, som var ansat der (bl.a. agenterne) – ad omveje, som havde til formål at sløre pengestrømmene, til MR og hans medgerningsmænd. MR's rolle bestod i, at han og hans medgerningsmænd organiserede virksomheden, som var en betingelse for agenternes konkrete bedrageriske handlinger til skade for de respektive skadelidte. MR varetog altså udelukkende ledelsesfunktioner, mens agenterne i callcentrene, som arbejdede i afdelinger alt efter de skadelidtes modersmål (for Tyskland og Østrig i den såkaldte »German Desk«), blev ledet af afdelingsledere. Ifølge den forelæggende rets konstateringer stemmer de handlinger, som MR sigtes for, og som lå til grund for den tyske nationale arrestordre og for den dom, der blev afsagt af Landesgericht Wien (den regionale domstol i Wien), overens.

20. Den forelæggende ret har præciseret, at der efter tysk ret ikke foreligger en hindring for retsforfølgelse. Desuden præciserer den forelæggende ret, at den ikke deler Landgericht Bambergs (den regionale ret i første instans i Bamberg) synspunkt, hvorefter gerningsidentitet er udelukket allerede på grund af de forskellige skadelidte (den tyske nationale arrestordre omhandler de formuetab, der er opstået i Tyskland, og de tyske skadelidte, mens Landesgericht Wiens (den regionale domstol i Wien) dom omhandler de tab, der er opstået i Østrig, og østrigske

skadelidte). Til forskel fra Landgericht Bamberg (den regionale ret i første instans i Bamberg) er den forelæggende ret også i tvivl om, hvorvidt der foreligger en hindring for retsforfølgelsen på grund af EU-retlige bestemmelser.

21. Da der ikke foreligger en hindring for retsforfølgelsen ud fra national lovgivning, er det alene afgørende, om der foreligger en hindring for proceduren på grundlag af forbuddet mod dobbelt retsforfølgelse, som er reguleret i gennemførelseskonventionens artikel 54 og chartrets artikel 50. Selv hvis der skulle foreligge et sådant forbud, vil det endvidere skulle afklares, om gennemførelseskonventionens artikel 54 kan være uden betydning i den foreliggende sag. Denne artikel finder ikke anvendelse, hvis gennemførelseskonventionens artikel 55 og den erklæring, som Forbundsrepublikken Tyskland i henhold til denne artikel afgav i forbindelse med ratifikationen af gennemførelseskonventionen, fortsat er gældende.

22. Endvidere ønsker den forelæggende ret oplyst, hvorvidt den erklæring, som Forbundsrepublikken Tyskland afgav vedrørende StGB's § 129 i forbindelse med ratifikationen af gennemførelseskonventionen, er forenelig med gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), i denne henseende (dvs. når organisationen udelukkende beskæftiger sig med økonomisk kriminalitet, men ikke derudover forfølger politiske, ideologiske, religiøse eller anskuelsesmæssige mål).

23. I den forbindelse har Oberlandesgericht Bamberg (den regionale appeldomstol i Bamberg, Tyskland) ved kendelse af 4. juni 2021, indgået til Domstolen den 11. juni 2021, besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Er artikel 55 i [gennemførelseskonventionen] forenelig med artikel 50 i [chartret] og fortsat gyldig, for så vidt som den tillader den undtagelse fra forbuddet mod dobbelt strafforfølgelse, at en kontraherende part på tidspunktet for ratifikation, accept eller godkendelse af denne konvention kan erklære, at den ikke er bundet af denne konventions artikel 54, når de strafbare handlinger, der ligger til grund for den udenlandske dom, udgør en krænkelse af denne kontraherende parts sikkerhed eller andre lige så væsentlige interesser?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

Er artikel 54 og 55 i [gennemførelseskonventionen] og chartrets artikel 50 og 52 til hinder for, at de tyske domstole fortolker Forbundsrepublikken Tysklands erklæring i forbindelse med ratifikationen af konventionen om gennemførelse af Schengenaftalen vedrørende § 129 i [StGB] således, at erklæringen også omfatter kriminelle organisationer, der – som den foreliggende – udelukkende begår økonomisk kriminalitet og derudover ikke forfølger politiske, ideologiske, religiøse eller anskuelsesmæssige mål og heller ikke med urimelige midler søger at påvirke det politiske liv, medierne, den offentlige forvaltning, retsvæsenet eller økonomien?»

24. Der er indgivet skriftlige indlæg af MR, den østrigske, den franske og den tyske regering samt Europa-Kommissionen. I retsmødet den 7. juli 2022 afgav disse parter og Generalstaatsanwaltschaft Bamberg mundtlige indlæg.

## IV. Bedømmelse

### A. Det første spørgsmål

25. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en erklæring, der er baseret på gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), er forenelig med chartrets artikel 50 og 52, stk. 1.

26. Dette kræver en kort klassificering og kategorisering af gennemførelseskonventionens artikel 54 og artikel 55, stk. 1, litra b), inden for EU-rettens rammer.

#### 1. Gennemførelseskonventionens artikel 54

27. Gennemførelseskonventionens artikel 54 forankrer princippet *ne bis in idem* i gennemførelseskonventionen ved at fastslå, at en person, over for hvem der er afsagt endelig dom af en kontraherende part<sup>9</sup>, ikke kan retsforfølges i en anden kontraherende part for de samme strafbare handlinger, dersom sanktionen, i tilfælde af domfældelse, er fuldbyrdet, er ved at blive fuldbyrdet eller ikke længere kan kræves fuldbyrdet efter den dømmende kontraherende parts lovgivning.

28. Princippet *ne bis in idem* udgør en grundlæggende rettighed, som er kendt i enhver retsorden, der er baseret på retsstatsprincippet. Det har siden sin indførelse tjent til at beskytte personer mod den vilkårlighed, der ligger i, at den samme person dømmes flere gange for det samme strafbare forhold efter forskellige retsregler<sup>10</sup>. I et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, der er kendetegnet ved afskaffelsen af de indre grænser, tjener det en »ny målsætning«<sup>11</sup>, nemlig at sikre den frie bevægelighed. I bredere forstand falder det også ind under princippet om gensidig tillid mellem medlemsstater: Hvis myndighederne i medlemsstat A har dømt eller frikendt en person i en straffesag, bør myndighederne i medlemsstat B have tillid til resultatet af denne sag og ikke længere kunne indlede en sag. I en sådan situation, som det er almindeligt inden for andre områder af EU-retten, forstyrres territorialitetsprincippet, der er indbygget i ethvert nationalt strafferetssystem, af området med frihed, sikkerhed og retfærdighed.

29. Domstolen har således i sin første sag om *ne bis in idem* i henhold til gennemførelseskonventionen – som i øvrigt var den første sag om fortolkning af gennemførelseskonventionen<sup>12</sup> – fastslået, at hvad enten princippet *ne bis in idem*, der er fastslået i gennemførelseskonventionens artikel 54, anvendes på procedurer med tiltalefrafald, som eventuelt forudsætter medvirken af en retsinstans, eller anvendes på domme, indebærer det nødvendigvis, at der består en gensidig tillid mellem medlemsstaterne i deres respektive strafferetsplejeordninger, og at hver enkelt medlemsstat accepterer anvendelse af strafferetlige bestemmelser, der er i kraft i de øvrige medlemsstater, uanset om anvendelse af medlemsstatens egen retsorden måtte føre til en anden løsning<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> – Det forhold, at man i gennemførelseskonventionen anvender udtrykket »kontraherende part« i stedet for »medlemsstat«, skyldes, at den er af mellemstatslig oprindelse.

<sup>10</sup> – Jf. generaladvokat Bots forslag til afgørelse Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, punkt 36).

<sup>11</sup> – Generaladvokat Bots forslag til afgørelse Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, punkt 38).

<sup>12</sup> – Domstolens kompetence var da baseret på den tidligere artikel 35, stk. 4, TEU. Jf. også generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Gözütok og Brügge (C-187/01 og C-385/01, EU:C:2002:516, punkt 2).

<sup>13</sup> – Jf. dom af 11.2.2003, Gözütok og Brügge (C-187/01 og C-385/01, EU:C:2003:87, præmis 33).

30. Med hensyn til foreneligheden af gennemførelseskonventionens artikel 54 med chartret fastslog Domstolen i Spasic-dommen<sup>14</sup>, at selv om en bestemmelse som gennemførelseskonventionens artikel 54 skal anses for at respektere det væsentligste indhold i det i chartrets artikel 50 knæsatte princip *ne bis in idem*<sup>15</sup>, skal det efterprøves, om den restriktion, der følger af fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54, er forholdsmæssig, i overensstemmelse med chartrets artikel 52, stk. 1. Domstolen nåede til den konklusion, at restriktionen er forholdsmæssig<sup>16</sup>.

31. På samme måde nævnes i de ikke-bindende, men ikke desto mindre instruktive<sup>17</sup> forklaringer vedrørende chartret, hvad angår artikel 50, udtrykkeligt gennemførelseskonventionens artikel 54 blandt de bestemmelser, der er omfattet af den horisontale bestemmelse i chartrets artikel 52, stk. 1<sup>18</sup>.

## **2. Gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b) – erklæringer om undtagelser fra *ne bis in idem***

### **a) Generelle betragtninger**

32. Gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, indeholder en række undtagelser fra princippet *ne bis in idem* ved at give de kontraherende parter mulighed for at erklære, at de under visse omstændigheder ikke er bundet af gennemførelseskonventionens artikel 54. Det hedder således i denne bestemmelse, at en kontraherende part på tidspunktet for ratifikation, accept eller godkendelse af denne konvention kan erklære, at den ikke er bundet af artikel 54 i et eller flere af følgende tilfælde: a) når de strafbare handlinger, der ligger til grund for den udenlandske dom, helt eller delvis er begået på dens område. I sidstnævnte tilfælde gælder undtagelsen imidlertid ikke, hvis de pågældendes handlinger delvis er begået på den dømmende kontraherende parts område, b) når de strafbare handlinger, der ligger til grund for den udenlandske dom, udgør en krænkelse af denne kontraherende parts sikkerhed eller andre lige så væsentlige interesser, og c) når de strafbare handlinger, der ligger til grund for den udenlandske dom, er begået af en ansat i denne stats tjeneste i strid med den pågældendes embedspligter.

33. I henhold til gennemførelseskonventionens artikel 139, stk. 1, deponeres ratifikations-, godkendelses- eller acceptinstrumenterne hos Storhertugdømmet Luxembourgs regering, som giver alle kontraherende meddelelse om deponeringen.

<sup>14</sup> – Jf. dom af 27.5.2014, Spasic (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586).

<sup>15</sup> – Jf. dom af 27.5.2014, Spasic (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, præmis 59).

<sup>16</sup> – Jf. dom af 27.5.2014, Spasic (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, præmis 59 ff.).

<sup>17</sup> – I overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, tredje afsnit, TEU og chartrets artikel 52, stk. 7, er forklaringerne udarbejdet med henblik på at give vejledning i fortolkningen af chartret, og Unionens og medlemsstaternes domstole tager behørigt hensyn til disse forklaringer.

<sup>18</sup> – Jf. forklaring til artikel 50 – Ret til ikke at blive retsforfulgt eller straffet to gange for samme lovovertrædelse, der findes i forklaringerne til chartret om grundlæggende rettigheder, EUT 2007, C 303, s. 17: »I henhold til artikel 50 gælder *non bis in idem*-reglen ikke kun inden for en medlemsstats retsområde, men også mellem flere medlemsstater. Dette svarer til gældende EU-ret, se artikel 54-58 i Schengengennemførelseskonventionen og Domstolens dom af 11.2.2003, [Gözütok og Brügger (C-187/01 and C-385/01, EU:C:2003:87)], artikel 7 i konventionen om beskyttelse af Fællesskabets finansielle interesser og artikel 10 i konventionen om bekæmpelse af bestikkelse. De meget begrænsede undtagelser i disse konventioner, hvorefter medlemsstaterne kan fravige *non bis in idem*-reglen, er omfattet af den horisontale bestemmelse i chartrets artikel 52, stk. 1, om begrænsninger. For så vidt angår de situationer, der er omhandlet i artikel 4 i nævnte protokol nr. 7, dvs. anvendelsen af princippet inden for én og samme stat, har den rettighed, der sikres, samme betydning og omfang som den tilsvarende ret i [Den europæiske menneskerettighedskonvention (menneskerettighedskonventionen)].«



34. Som følge af Amsterdamtraktatens indarbejdelse af Schengenreglerne i EU's retsorden udgør gennemførelseskonventionen en EU-retsakt.

35. Indledningsvis skal det understreges, at sådanne erklæringer hvad angår deres juridiske karakter ikke skal forstås som »forbehold« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, stk. 1, litra d), i Wienerkonventionen om traktatretten<sup>19</sup>. Dette skyldes ikke blot, at gennemførelseskonventionen som følge af integrationen af Schengenreglerne i Unionens retsorden betragtes som en EU-retsakt, hvilket pr. definition ikke giver plads til et »forbehold« i henhold til Wienerkonventionen, men også gennemførelseskonventionens artikel 137, som kun tillader »forbehold« i forbindelse med gennemførelseskonventionens artikel 60<sup>20</sup>. Som følge heraf bør udtrykket »erklæring« anvendes i stedet for udtrykket »forbehold«<sup>21</sup>. En sådan erklæring bør udelukkende analyseres ud fra et EU-retligt perspektiv, og det er ikke hensigtsmæssigt at anvende folkeretten i den forbindelse.

### ***b) Foreneligheden med chartrets artikel 50 og artikel 52, stk. 1***

36. Herefter opstår spørgsmålet – og det er dette, den forelæggende ret ønsker oplyst – om en erklæring på grundlag af navnlig gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), er forenelig med chartret, nærmere bestemt med chartrets artikel 50 og artikel 52, stk. 1. En sådan undtagelse er omfattet af chartrets anvendelsesområde<sup>22</sup>, således som det udtrykkeligt er fastsat i gennemførelseskonventionen, som er en retsakt i (det, der i dag er) EU-retten, og som gør det muligt for medlemsstaterne at begrænse en grundlæggende rettighed ved at pålægge dem at give meddelelse om en sådan begrænsning.

37. Domstolen har endnu ikke fastslået, hvorvidt de undtagelser, der er fastsat i gennemførelseskonventionens artikel 55, er forenelige med trindhøjere ret. I Kossowski-dommen<sup>23</sup> afviste den at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt erklæringer afgivet i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra a), nemlig at en medlemsstat ikke er bundet af gennemførelseskonventionens artikel 54, når de strafbare handlinger, der ligger til grund for den udenlandske dom, helt eller delvis er begået på dens område<sup>24</sup>, fortsat er gældende efter integrationen af Schengen-reglerne i Unionens retsorden, eftersom spørgsmålet i den pågældende sag ikke længere skulle besvares som følge af Domstolens svar på et andet spørgsmål. Efter en grundig analyse fandt generaladvokat Bot imidlertid, at undtagelsen i artikel 55, stk. 1, litra a), »ikke [respekterede] det væsentligste indhold af princippet ne bis in idem, der er forankret i chartrets artikel 50«<sup>25</sup>. Jeg vender tilbage til generaladvokat Bots forslag til afgørelse nedenfor<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> – Udfærdiget i Wien, den 23.5.1969. Trådte i kraft den 27.1.1980. *United Nations Treaty Series*, bd. 1155, s. 331. I henhold til denne bestemmelse forstås ved »forbehold« en ensidig erklæring, uanset formulering eller betegnelse, fremsat af en stat i forbindelse med undertegnelse, ratifikation, accept, godkendelse eller tiltrædelse af en traktat i den hensigt at udelukke eller modificere retsvirkningerne af visse af traktatens bestemmelser i relation til den pågældende stat.

<sup>20</sup> – I henhold til gennemførelseskonventionens artikel 60 finder konventionens bestemmelser anvendelse i forholdet mellem to kontraherende parter, hvoraf den ene ikke har undertegnet den europæiske udleveringskonvention af 13.9.1957, under hensyn til de forbehold og erklæringer, der er afgivet enten ved nævnte konventions ratifikation eller, for så vidt angår de kontraherende parter, der ikke har undertegnet den, ved denne konventions ratifikation, accept eller godkendelse.

<sup>21</sup> – Det bemærkes, at Tyskland i den retsakt, der er vedtaget på grundlag af gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), har henvist til »forbehold« (Vorbehalt) i stedet for »erklæring«.

<sup>22</sup> – Jf. chartrets artikel 51, stk. 1.

<sup>23</sup> – Jf. dom af 29.6.2016 (C-486/14, EU:C:2016:483).

<sup>24</sup> – I sidstnævnte tilfælde (dvs. når de strafbare handlinger, der ligger til grund for den udenlandske dom, delvis er begået på dens område), finder denne undtagelse ikke anvendelse, hvis handlingerne delvis er begået på den dømmende kontraherende parts område.

<sup>25</sup> – Jf. forslag til afgørelse Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, punkt 68).

<sup>26</sup> – Jf. punkt 55 i nærværende forslag til afgørelse.

38. Undtagelser fra princippet i chartrets artikel 50 er i princippet mulige, så længe de opfylder kravene i chartrets artikel 52, stk. 1<sup>27</sup>. Det skal derfor ligesom i den ovennævnte Spasic-dom undersøges, om den undtagelse, der er fastsat i gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), opfylder kriterierne i chartrets artikel 52, stk. 1.

39. I henhold til chartrets artikel 52, stk. 1, skal enhver begrænsning af udøvelsen af de rettigheder og frihedsrettigheder, der anerkendes i chartret, være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.

### 1) *Begrænsning*

40. En erklæring, der er baseret på gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), udgør utvivlsomt en begrænsning af den grundlæggende ret til *ne bis in idem*, da denne bestemmelse netop har til formål at ophæve denne grundlæggende rettighed under visse omstændigheder.

### 2) *Fastlagt i lovgivningen*

41. Da muligheden for at afgive erklæringer og dermed for at fastsætte begrænsninger af princippet *ne bis in idem* er indeholdt i gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), som undersøges her, kunne man umiddelbart antage, at den er fastlagt i lovgivningen, således som det kræves i henhold til chartrets artikel 52, stk. 1.

42. Ikke desto mindre vil jeg hævde, at den juridiske situation ikke er så ligetil, som den umiddelbart kan se ud. Spørgsmålet om, hvorvidt gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), fortsat finder anvendelse, er uløseligt forbundet med spørgsmålet om, hvorvidt de erklæringer, der er fremsat i denne forbindelse, finder anvendelse. Med andre ord finder hele mekanismen i gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), ikke længere anvendelse, hvis det ikke er muligt at påberåbe sig en erklæring.

43. Som den østrigske regering med rette påpeger i sine skriftlige bemærkninger, skal loven for at opfylde betingelsen om, at den er fastlagt i lovgivningen, for det første være tilstrækkeligt tilgængelig, hvilket betyder, at den berørte person skal kunne få en efter omstændighederne passende angivelse af de retsregler, der finder anvendelse i en given sag, og skal kunne forudse de konsekvenser, som en given handling kan medføre, og for det andet være formuleret tilstrækkeligt præcist til, at den berørte person kan regulere sin adfærd<sup>28</sup>.

44. Gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), opfylder tilsyneladende ovennævnte kriterier, idet den er klart formuleret og gør det muligt for enhver at sikre sig, at medlemsstaterne kan fastsætte undtagelser fra princippet *ne bis in idem* med henblik på at beskytte deres nationale sikkerhed eller andre lige så væsentlige interesser. Ikke desto mindre synes domstolene i nogle

<sup>27</sup> – I denne henseende kan jeg ikke tilslutte mig MR's argument om, at den ret, der er indeholdt i chartrets artikel 50, overhovedet ikke kan begrænses.

<sup>28</sup> – Jf. i denne henseende Menneskerettighedsdomstolens domme af 26.4.1979, *The Sunday Times mod Det Forenede Kongerige* (CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, § 49), og af 29.3.2010, *Medvedyev m.fl. mod Frankrig* (CE:ECHR:2010:0329JUD000339403, §§ 93 ff.).

medlemsstater (Italien<sup>29</sup> og Grækenland<sup>30</sup>) at nære tvivl om gyldigheden af deres respektive medlemsstaters erklæringer i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b). Her er begrundelsen, at erklæringer ikke længere er gyldige, fordi gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), ikke længere skal anvendes.

45. Hvad angår medlemsstaternes erklæringer, der er baseret på denne bestemmelse, tegner der sig et andet billede.

46. Indledningsvis er det efter gennemførelseskonventionens integration i Unionens retsorden vanskeligt at forstå, hvordan gennemførelseskonventionens artikel 139, hvorefter ratifikations-, godkendelses- eller acceptinstrumenterne deponeres hos Storhertugdømmet Luxembourgs regering, som skal underrette alle de kontraherende parter herom, stadig kan opretholdes. Offentliggørelsen af undtagelser fra en grundlæggende rettighed, som er sikret ved chartret, i en situation, hvor muligheden for at fravige en EU-retlig retsakt er fastsat, kan ikke overlades til en medlemsstats regering, men skal ske på EU-plan, helst i *Den Europæiske Unions Tidende*. Den omstændighed, at erklæringerne ikke er blevet offentliggjort af EU (hverken i *Den Europæiske Unions Tidende* eller andetsteds), gør det vanskeligt præcist at afgøre, hvilke kontraherende parter der har fremsat sådanne erklæringer.

47. Der er tale om en absolut mangel på tilgængelighed og forudsigelighed, således som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kræver, med hensyn til eksistensen og i givet fald offentliggørelsen af de undtagelser, som medlemsstaterne har vedtaget. Dette skyldes den omstændighed, at det ikke er klart for hverken medlemsstaterne eller indehaverne af grundlæggende rettigheder, om gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), stadig finder anvendelse.

48. Det kan med sikkerhed konstateres, at otte medlemsstater<sup>31</sup> (de daværende »kontraherende parter«) (Danmark, Tyskland, Østrig, Finland, Frankrig, Grækenland, Italien og Sverige) har fremsat erklæringer i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, før Schengenreglerne blev integreret i Unionens retsorden<sup>32</sup>. Den franske erklæring er imidlertid aldrig nået frem til depositaren (den luxembourgske regering)<sup>33</sup>. Endvidere findes der intet bevis for, at Italien har underrettet depositaren. Det fremgår desuden ikke, at nogen medlemsstat har

<sup>29</sup> – Ved dom af 6.7.2011 (Walz, RG 12396/927) fastslog Tribunale di Milano (retten i Milano, Italien), at den italienske erklæring ikke kunne finde anvendelse fra det tidspunkt, hvor gennemførelseskonventionen ved Amsterdamtraktaten blev inkorporeret i EU-retten. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at disse erklæringer, for så vidt som denne integration ikke vedrørte erklæringer afgivet af medlemsstaterne, skal anses for ikke længere at have virkning, medmindre de udtrykkeligt fornyes. Den forelæggende ret har desuden fremhævet, at princippet ne bis in idem inden for Unionen, hvor målet er at udvikle et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, hvor den frie bevægelighed for personer er sikret, skal anvendes særligt bredt med henblik på at undgå, at en person ved at udøve sin ret til fri bevægelighed retsforfølges for de samme forhold på flere medlemsstaters område, hvilket indebærer, at fravigelser fra princippet ne bis in idem, såsom dem, der fremgår af gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, ikke længere er tilladt.

<sup>30</sup> – Ved dom 1/2011 af 9.6.2011 fastslog den almindelige afdeling for straffesager ved Areios Pagos (kassationsdomstol, Grækenland), at Grækenlands erklæring ikke længere var gyldig i lighed med de erklæringer, der var afgivet af de øvrige medlemsstater. Den begrænsning, der var fastsat i den græske erklæring, var ikke en nødvendig begrænsning i henhold til chartrets artikel 52, stk. 1, og opfyldte ikke effektivt mål af almen interesse: Henset til medlemsstaternes retlige værdier og kulturer er retsforfølgelse og pålæggelse af en strafferetlig sanktion for denne overtrædelse ikke nødvendige og kan ikke anses for et mål af almen interesse, der er anerkendt af Den Europæiske Union.

<sup>31</sup> – Ud over disse medlemsstater afgav Norge, Liechtenstein og Schweiz erklæringer, og det samme gjorde Det Forenede Kongerige.

<sup>32</sup> – Det fremgår af en samlet læsning af de tilgængelige kilder. Jf. S. Göllly, »NE BIS IN IDEM«. *Das unionsrechtliche Doppelverfolgungsverbot*, Wien, 2017, s. 102-151, navnlig s. 113; W. Schomburg og T. Wahl i W. Schomburg, O. Lagodny, S. Gleß og T. Hackner, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen = International Cooperation in Criminal Matters*, 6. udg., C.H. Beck, München 2020, SDÜ art. 55, stk. 1a; Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene, bilag til Grønbog om konflikter om stedlig kompetence og princippet ne bis in idem i straffesager (KOM(2005) 696 endelig), SEK(2005) 1767, Bruxelles, 23.12.2005, s. 47; note fra Rådets formandskab til Artikel 36-udvalget, »Erklæringer fra medlemsstaterne i henhold til artikel 55 i Schengen-konventionen«, Bruxelles den 1.6.2006, 10061/06 (COPEN 61, COMIX 514, s. 2).

<sup>33</sup> – Frankrig erkendte dette i retsmødet for Domstolen.

fremSAT nogen enkelt erklæring efter integrationen af Schengenreglerne i Unionens retsorden<sup>34</sup>. Tiltrædelsestraktaterne af 2003, 2005 og 2012 fastsatte således, at bestemmelserne i protokol (nr. 19) og de retsakter, der bygger derpå eller på anden måde har tilknytning dertil, er bindende for de nye medlemsstater fra tiltrædelsesdatoen<sup>35</sup>. Men der er ingen oplysninger om disse medlemsstaters mulighed for at afgive erklæringer, fristen for dette og forpligtelsen til at indgive dem til depositaren eller til at offentliggøre dem. Dette skaber betydelig usikkerhed.

49. Eftersom ingen af erklæringerne er blevet offentliggjort på EU-plan, mener jeg ikke, at kravet om tilgængelighed er opfyldt. Det er ikke rimeligt at forvente, at personer, der potentielt er berørt af sådanne erklæringer, selv finder frem til oplysninger på de enkelte nationale niveauer, således som den franske regering har anført i retsmødet.

50. På den baggrund, som jeg netop har beskrevet, har jeg meget svært ved at mene, at de erklæringer, som de otte medlemsstater har afgivet, stadig udgør god lovgivning. Hele situationen forekommer at være for uklar og forvirrende til at kunne skabe sikkerhed med hensyn til retsgrundlaget for begrænsningen<sup>36</sup>.

51. Jeg er derfor af den opfattelse, at de erklæringer, der er fremsat på grundlag af gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), ikke er i overensstemmelse med kravet i chartrets artikel 52, stk. 1, hvorefter der skal være fastlagt en begrænsning i lovgivningen. Da disse erklæringer, således som det påvises ovenfor, er uadskilleligt forbundet med gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), er hele mekanismen i denne bestemmelse berørt og kan ikke længere anvendes af de nationale retter.

### 3) *Det væsentligste indhold af princippet ne bis in idem*

52. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt artikel 55, stk. 1, litra b), »respekterer [...] det væsentligste indhold af princippet ne bis in idem«, skal det understreges, at Domstolen for så vidt angår den i gennemførelseskonventionens artikel 54 fastsatte fuldbyrdelsesbetingelse har fastslået, at denne betingelse »ikke rejser tvivl om princippet ne bis in idem som sådan«<sup>37</sup>. Alligevel sætter undtagelsen i gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), i lighed med de øvrige undtagelser i gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, spørgsmålstegn ved dette princip som sådan, eftersom en medlemsstat i visse situationer kan erklære, at den slet ikke er bundet af dette princip. Som MR har gjort gældende i sit skriftlige indlæg, giver undtagelsen i gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), i modsætning til fuldbyrdelsesbetingelsen i gennemførelseskonventionens artikel 54, som har til formål at forhindre undgåelse af straf,

<sup>34</sup> – Artikel 8 i protokollen om integration af Schengenreglerne i Den Europæiske Union, der er knyttet som bilag til Amsterdamtraktaten, bestemmer i det væsentlige, at Schengenreglerne fuldt ud skal accepteres af alle stater, der søger om tiltrædelse.

<sup>35</sup> – Jf. f.eks. artikel 3 i akt vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republiks, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Ungarns, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EUT 2003, L 236, s. 33).

<sup>36</sup> – Hvis undtagelsen i gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), blev opretholdt, ville vi i øvrigt befinde os i en situation, der er værre end en a la carte-anvendelse af EU-retten: Dette ville nemlig svare til at nægte de medlemsstater, der tiltrådte Den Europæiske Union på et senere tidspunkt end andre, »privilegier«.

<sup>37</sup> – Jf. dom af 27.5.2014, Spasic (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, præmis 58).

mulighed for ny retsforfølgning, domfældelse og fuldbyrdelse af en straf til trods for en dom, der er blevet endelig og er blevet fuldbyrdet. Dette ville være i direkte modstrid med selve formålet med princippet *ne bis in idem*<sup>38</sup>.

53. Jeg henviser i øvrigt til generaladvokat Bot, der i denne henseende har fremhævet den særlige betydning af området med frihed, sikkerhed og retfærdighed som støtte for det indre marked, der omfatter »de retlige rammer for unionsborgernes individuelle rettigheder«<sup>39</sup>, og som således bidrager til at give begrebet unionsborgerskab en »konkret dimension«<sup>40</sup>. Han understregede ligeledes den grundlæggende betydning af princippet om gensidig anerkendelse (og princippet om gensidig tillid) i forhold til princippet *ne bis in idem*<sup>41</sup>. Han gjorde i det væsentlige gældende, at Domstolens praksis vedrørende gennemførelseskonventionens artikel 54 allerede gør det muligt at tage hensyn til en lang række lovovertrædelser. En yderligere anvendelse af det territoriale forbehold tager ikke tilstrækkeligt hensyn til princippet *ne bis in idem*.

54. Jeg må erkende, at jeg ikke blot er modtagelig over for dette ræsonnement, men også mener, at det kan overføres til situationen i gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b). Undtagelserne i såvel gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra a), og artikel 55, stk. 1, litra b), vedrører det territorialitetsprincip, der ligger til grund for strafferetten: Hvis en stat i henhold til litra a) ønsker at bevare den strafferetlige kompetence, hvis der er begået en strafbar handling på dens område, ønsker den i henhold til litra b) at bevare en strafferetlig kompetence for krænkelse af sin nationale sikkerhed og de øvrige lige så væsentlige interesser, som den lægger vægt på. Følgelig finder generaladvokat Bots argumentation i Kossowski-sagen tilsvarende anvendelse i den foreliggende sag.

55. Området med frihed, sikkerhed og retfærdighed har udviklet sig meget siden vedtagelsen af gennemførelseskonventionen. Navnlig den gradvise udvikling af princippet om gensidig tillid og princippet om gensidig anerkendelse samt chartrets ikrafttræden betyder, at de undtagelser, der er fastsat i gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, forekommer mig at være overflødige. Det skal ligeledes bemærkes, at princippet om gensidig tillid var afgørende for Domstolens konklusion om, at udkastet til aftalen om tiltrædelse af EMK ikke var foreneligt med traktaterne<sup>42</sup>. På den baggrund er det vanskeligt at begrunde opretholdelsen af undtagelser som den omhandlede, som er i åbenbar strid med det nævnte princip<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> – Der er tydeligvis tale om en anden situation end den, der forelå i dom af 22.3.2022, bpost (C-117/20, EU:C:2022:202, præmis 43), hvori Domstolen fastslog, at mulighed for kumulation af retsforfølgelse og sanktioner respekterer det væsentligste indhold af chartrets artikel 50, forudsat at den nationale lovgivning ikke gør det muligt at retsforfølge og pålægge sanktioner vedrørende samme forhold eller *for samme overtrædelse eller med henblik på at forfølge samme formål*, men udelukkende fastsætter muligheden for kumulation af retsforfølgelse og sanktioner i medfør af særskilte lovgivninger.

<sup>39</sup> – Jf. generaladvokat Bots forslag til afgørelse Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, punkt 44).

<sup>40</sup> – Ibidem.

<sup>41</sup> – Jf. generaladvokat Bots forslag til afgørelse Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, punkt 43).

<sup>42</sup> – Jf. udtalelse 2/13 (Den Europæiske Unions tiltrædelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, punkt 168, 191-194 og 258).

<sup>43</sup> – I tråd hermed er det ligeledes blevet fremhævet i retslitteraturen, at de begrænsninger af princippet *ne bis in idem*, der blev indført med gennemførelseskonventionens artikel 55, er blevet overhalet af udviklingen inden for det strafferetlige samarbejde mellem medlemsstaterne, hvorfor der bør gives forrang til den pågældende persons frihed frem for den stat, der påberåber sig en undtagelse. Jf. i denne retning W. Schomburg og T. Wahl, *op.cit.*, SDÜ art. 55, nr. 11, hvor det ligeledes klart og utvetydigt fremgår, at gensidig anerkendelse ikke er et ensrettet begreb, der skal opfylde medlemsstaternes *libido puniendi*, men også fungerer til fordel for en borger.

#### 4) Konklusion

56. Af samtlige de ovenfor anførte grunde er det min opfattelse, at erklæringerne ikke længere finder anvendelse. De er ikke fastlagt i lovgivningen, og endvidere respekterer gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), ikke det væsentligste indhold af princippet *ne bis in idem*. Erklæringerne bør stedes til hvile.

57. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål med, at de erklæringer, der er fremsat på grundlag af gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), ikke er forenelige med chartrets artikel 50 og artikel 52, stk. 1. De bestemmelser, der henvises til i sådanne erklæringer, kan ikke anvendes i en retssag.

#### B. Det andet spørgsmål

58. Som følge af min analyse af det første spørgsmål er det uforholdent at behandle det andet spørgsmål. Nedenstående bedømmelse foretages således for fuldstændighedens skyld, såfremt Domstolen når til en anden konklusion for så vidt angår det første spørgsmål.

59. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om gennemførelseskonventionens artikel 54 og 55 samt chartrets artikel 50 og 52 er til hinder for en fortolkning, hvorefter den erklæring, der er afgivet i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), også omfatter kriminelle organisationer, der udelukkende begår økonomisk kriminalitet og derudover ikke forfølger politiske, ideologiske, religiøse eller anskuelsesmæssige mål og heller ikke med urimelige midler søger at påvirke det politiske liv, medierne, den offentlige forvaltning, retsvæsenet eller økonomien.

60. I den forbindelse vil jeg fremhæve, at de kontraherende parter har valgt udtrykket »denne kontraherende parts sikkerhed« i artikel 55, stk. 1, litra b), i gennemførelseskonventionen. Et tilsvarende udtryk forekommer i artikel 4, stk. 2, TEU, hvor det hedder, at Unionen skal respektere medlemsstaternes centrale statslige funktioner, herunder sikring af statens territoriale integritet, opretholdelse af lov og orden samt beskyttelse af den nationale sikkerhed. I samme bestemmelse præciseres det endvidere, at navnlig den nationale sikkerhed forbliver den enkelte medlemsstats eneansvar<sup>44</sup>.

61. Domstolen har været omhyggelig med at skelne mellem sådanne undtagelser vedrørende »national sikkerhed« og de almindelige undtagelser vedrørende »offentlig sikkerhed«, der er begrundet i hensynet til den offentlige orden (*ordre public*), som især er fremherskende inden for det indre marked<sup>45</sup>. Den har fastslået, at den nationale sikkerhed svarer til den primære interesse i at beskytte statens væsentlige funktioner og grundlæggende samfundsinteresser og omfatter forebyggelse og bekæmpelse af aktiviteter, der på alvorlig vis kan destabilisere et lands grundlæggende forfatningsmæssige, politiske, økonomiske eller sociale strukturer og navnlig direkte true samfundet, befolkningen eller staten som sådan, såsom bl.a. terrorvirksomhed<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> – Det skal i øvrigt bemærkes, at der i andre sprogversioner af gennemførelseskonventionen ikke er nogen parallelitet mellem terminologien i gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b) (på fransk »sûreté de l'État«; på tysk »Sicherheit«), og artikel 4, stk. 2, TEU (på fransk »sécurité nationale«; på tysk »nationale Sicherheit«). Jeg vil imidlertid ikke tillægge disse semantiske afvigelser nogen normativ betydning.

<sup>45</sup> – Jf. f.eks. artikel 36, artikel 45, stk. 3, artikel 52 og artikel 65, stk. 1, litra b), TEUF eller artikel 15, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12.7.2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation) (EFT 2002, L 201, s. 37-47).

<sup>46</sup> – Jf. dom af 6.10.2020, *La Quadrature du Net m.fl.* (C-511/18, C-512/18 og C-520/18, EU:C:2020:791, præmis 135). Jf. også dom af 20.9.2022, *SpaceNet og Telekom Deutschland* (C-793/19 og C-794/19, EU:C:2022:702, præmis 92).

Formålet om beskyttelse af den nationale sikkerhed går videre end formålet om bekæmpelse af kriminalitet i almindelighed, herunder også grov kriminalitet, og beskyttelse af den offentlige sikkerhed. Trusler mod den nationale sikkerhed adskiller sig nemlig på grund af deres art og særligt alvorlige karakter fra den generelle risiko for, at der vil opstå spændinger eller forstyrrelser, selv alvorlige, der påvirker den offentlige sikkerhed. Formålet om beskyttelse af den nationale sikkerhed kan derfor begrunde foranstaltninger, der indebærer indgreb i de grundlæggende rettigheder, som er mere alvorlige end dem, som disse andre formål kan begrunde<sup>47</sup>.

62. I henhold til den tyske erklæring, der er afgivet i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), er Tyskland ikke bundet af gennemførelseskonventionens artikel 54 for en række strafbare handlinger, herunder den i StGB's § 129 omhandlede. I henhold til denne bestemmelse er det strafbart at danne eller støtte en organisation, hvis formål eller aktiviteter er rettet mod at begå strafbare handlinger. Siden Tysklands gennemførelse af rammeafgørelse 2008/841/RIA<sup>48</sup> er en »organisation« i henhold til denne bestemmelse blevet defineret som »længerevarende organiseret sammenslutning af mere end to personer, uafhængigt af fastlæggelsen af medlemmernes roller, medlemskabets kontinuitet og strukturens udformning, med henblik på at forfølge en overordnet fælles interesse«.

63. I Tyskland er det almindeligt anerkendt i retspraksis og i retslæren, at denne bestemmelse, der har til formål at beskytte den offentlige orden (ordre public)<sup>49</sup>, tager sigte på den abstrakte fare og den høje »kriminelle intensitet«<sup>50</sup>, der ligger i dannelsen af en kriminel bande. Det har den konsekvens, at strafferetlige sanktioner pålægges på et tidspunkt, hvor (andre) forbrydelser typisk befinder sig i deres forberedelsesfase.

64. StGB's § 129 forbyder kriminel aktivitet ud over det ret snævre anvendelsesområde til sikring af den nationale sikkerhed. Det er faktisk sådan, at dannelse af en organisation med henblik på at udøve enhver anden kriminel aktivitet er omfattet af denne bestemmelse. Den foreliggende sag er et godt eksempel på dette: MR og hans medgerningsmænd har begået økonomisk kriminalitet, primært svig. De har ikke forfulgt eller gennemført yderligere mål. I en sådan situation er der ikke nogen som helst tegn på, at Tysklands nationale sikkerhed er truet. At begå svindel mod et betydeligt antal mennesker er ikke i nærheden af at røkke ved fundamentet for Forbundsrepublikken Tyskland<sup>51</sup>.

65. Som følge heraf foreslår jeg Domstolen, at det andet spørgsmål besvares således, at gennemførelseskonventionens artikel 54 og 55 og chartrets artikel 50 og 52 er til hinder for en fortolkning, hvorefter erklæringen i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b), også omfatter kriminelle organisationer, der udelukkende begår økonomisk kriminalitet og derudover ikke forfølger politiske, ideologiske, religiøse eller anskuelsesmæssige mål og heller ikke med urimelige midler søger at påvirke det politiske liv, medierne, den offentlige forvaltning, retsvæsenet eller økonomien.

<sup>47</sup> – Jf. dom af 6.10.2020, La Quadrature du Net m.fl. (C-511/18, C-512/18 og C-520/18, EU:C:2020:791, præmis 136).

<sup>48</sup> – Jf. Vierundfünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (55. lov om ændring af straffeloven – gennemførelse af Rådets rammeafgørelse 2008/841/RIA af 24.10.2008 om bekæmpelse af organiseret kriminalitet), lov af 17.7.2017, *Bundesgesetzblätter I*, s. 2440.

<sup>49</sup> – Jf. f.eks. M. Heger, i K. Lackner, Kr. Kühl og M. Heger, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29. udgave, München, 2018, § 129, stk. 1.

<sup>50</sup> – Jf. J. Schäfer, St. Anstötz i V. Erb, J. Schäfer, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, bind 3, 4. udgave, München, 2021, § 129, stk. 2.

<sup>51</sup> – Der er desuden intet, der tyder på, at MR's aktiviteter har haft en indvirkning på Tysklands finansielle system som helhed. I retsmødet syntes Kommissionen således at antyde, at en trussel mod en medlemsstats finansielle system svarede til interessen i at sikre den nationale sikkerhed i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 55, stk. 1, litra b).

## V. Forslag til afgørelse

66. På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Oberlandesgericht Bamberg (den regionale appeldomstol i Bamberg, Tyskland) forelagte spørgsmål således:

»Erklæringer afgivet på grundlag af artikel 55, stk. 1, litra b), i konventionen om gennemførelse af Schengenaf-talen af 14. juni 1985 mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser er ikke forenelige med artikel 50 og artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. De bestemmelser, der henvises til i sådanne erklæringer, kan ikke anvendes i en retssag.«