



Datum van
inontvangstneming

:

19/08/2016

Zaak C-310/16

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

31 mei 2016

Verwijzende rechter:

Spetsializiran nakazatelen sad (Bulgarije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

25 mei 2016

Verwerende partij:

██████████

Andere partij in de procedure:

Spetsializirana prokuratura (bijzonder openbaar ministerie)

BESLISSING

Datum: 25 mei 2016

Stad: Sofia

Spetsializiran nakazatelen sad (Bulgaarse bijzondere rechtbank voor strafzaken) [OMISSIS]

In de onderhavige zaak heeft de rechtbank moeilijkheden met betrekking tot de uitlegging van het Unierecht, dat - met inachtneming van de rechten van de verdediging – een doeltreffende bestraffing van belastingontduiking verlangt –, artikel 325, lid 1, VWEU, artikel 2, lid 1, van de PIF-overeenkomst en artikel 47 van het Handvest.

In de onderhavige zaak werd een „bijzondere opsporingsmethode”, namelijk de „telefoontap”, ingezet, die voor de vaststelling van de feiten in de procedure van buitengewone betekenis was.

Tegelijkertijd werd de telefoontap bevolen door een onbevoegd orgaan en zijn de aldus verkregen bewijzen naar nationaal recht niet bruikbaar in de procedure.

Anderzijds is er een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie, in de zaak [WebMindLicenses] C-419/14 [EU:C:2015:832], dat betrekking heeft op een soortgelijk geval en voorziet in de mogelijkheid van een toetsing achteraf van de rechtmatigheid van een dergelijke telefoontap door de rechter bij wie de zaak aanhangig is.

Dat plaatst de rechter bij wie de zaak aanhangig is voor de moeilijkheid hoe hij te werk dient te gaan opdat zijn beslissing niet indruist tegen het Unierecht.

Dit maakt het noodzakelijk te verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende de mogelijkheid van een rechterlijke toetsing achteraf van de vraag of al dan niet is voldaan aan de wettelijke voorwaarden voor de telefoontap.

Derhalve geeft de verwijzende rechter de volgende

BESLISSING:

ER WORDT EEN PREJUDICIËEL VERZOEK INGEDIEND met de volgende inhoud:

Feiten

§ 1.1. [REDACTED] zijn aangeklaagd omdat zij, in het tijdvak van 1 juni 2011 tot en met 31 maart 2012, eerstgenoemde als leider, de anderen als leden, zouden hebben deelgenomen aan een criminele organisatie, die door middel van de vennootschap „Karoli Kepital” EOOD strafbare feiten – namelijk ontduiking van de vaststelling en voldoening van belastingschulden op grond van de Zakon za danak varhu dobavenata stoynost (Bulgaarse wet op de belasting over de toegevoegde waarde) – zou hebben begaan met het oogmerk zichzelf te bevoordelen, hetgeen een strafbaar feit op grond van artikel 321, lid 3, van de Nakazatelen kodeks (Bulgaars wetboek van strafrecht; hierna: „NK”) vormt.

§ 1.2. De vier (de verdachte, [REDACTED] als aanstichter, de verdachten [REDACTED] als daders, en de verdachte [REDACTED] als medeplichtige) worden voorts verdacht van concrete fiscale strafbare feiten die zouden zijn begaan door middel van de vennootschap „Karoli Kepital” EOOD in elk van de acht maandelijks belastingtijdvakken [Or. 2] van 1 juni 2011 tot en met 31 januari 2012, waarbij de niet aangegeven en niet betaalde belasting in totaal 372 667,99 BGN (meer dan 190 000 EUR) zou bedragen, hetgeen overeenkomstig artikel 255, lid 3, NK een strafbaar feit oplevert.

§ 2. Vóór de inleiding van de strafprocedure werd, overeenkomstig de Zakon za spetsialnite razuznavatelni sredstva (Bulgaarse wet inzake de bijzondere opsporingsmethoden), een operatieve inzet bevolen (§ 9.1.). Op verzoek van de bevoegde autoriteit – de Glavna direktسيا za borba s organiziranata prestapnost (directeur van de hoofddirectie ter bestrijding van georganiseerde criminaliteit)

beval de president van de Sofiyski gradski sad (rechtbank van de stad Sofia) Stadtgericht Sofia) als volgt tot plaatsing van een telefoontap op bepaalde telefoonaansluitingen:

2.1. Verzoek van 10 november 2011, op grond waarvan het bevel de volgende dag werd gegeven; het verzoek betrof de verdachte [REDACTED]

2.2. Verzoek van 7 december 2011, op basis waarvan het bevel diezelfde dag werd gegeven; het verzoek betrof een telefoontap op twee telefoonaansluitingen (uit de daaropvolgende verzoeken bleek dat de ene telefoonaansluiting toebehoorde aan de verdachte [REDACTED] en de andere aan een getuige in de procedure).

2.3. Verzoek van 4 januari 2012 om verlenging, op basis waarvan het bevel de volgende dag werd gegeven; het verzoek betrof de verlenging van de telefoontap op de verdachte [REDACTED]

2.4. Verzoek om verlenging van 31 januari 2012, op basis waarvan het bevel diezelfde dag werd gegeven; het verzoek betrof de verlenging van de telefoontap op de verdachte [REDACTED]

2.5. Drie verzoeken van 2 februari 2012, op basis waarvan het bevel de volgende dag werd gegeven; de verzoeken betroffen de telefoontap op de verdachten [REDACTED].

§ 3. Na inleiding van de strafprocedure diende de thans bevoegde autoriteit (§ 9.1.) – de openbaar aanklager – bij de president van de Spetsializiran nakazatelen sad als volgt verzoeken in om een bevel tot plaatsing van een telefoontap op bepaalde telefoonaansluitingen:

3.1. Vier verzoeken van 1 maart 2012, op basis waarvan het bevel de volgende dag werd gegeven; de verzoeken betroffen de vier verdachten.

3.2. Twee verzoeken van 7 maart 2012, op basis waarvan het bevel de volgende dag werd gegeven; de verzoeken betroffen getuigen in de procedure.

§ 4.1. Naar nationaal recht dient de president van de op dat moment bevoegde rechtbank (of de gemachtigde vicepresident) een met redenen omklede beslissing te geven – Artikel 15 van de Zakon za spetsialnite razuznavatelni sredstva (Bulgaarse wet inzake de bijzondere opsporingsmethoden; hierna: „ZSRS”) en artikel 174 van de Nakazatelno-protsesualen kodeks (Bulgaars wetboek van strafvordering; hierna: „NPK”).

Alle gegeven bevelen zijn gelijksoortig – het verzochte bevel werd gegeven, waarbij in plaats van een motivering voor het geven van het bevel de tekst van de wettelijke voorschriften werd weergegeven. Het enige individualiserende kenmerk van deze bevelen is het vermelde nummer van elk individueel verzoek. Deze

rechterlijke beslissingen zijn feitelijk niet gemotiveerd (volgens het nationale recht geldt de enkele weergave van een wettelijk voorschrift niet als motivering van een rechterlijke beslissing). De verplichting tot motivering van rechterlijke beslissingen is ook in de grondwet verankerd – artikel 121, lid 4, van de Konstitutsia na Republika Balgaria (grondwet van de Republiek Bulgarije).

§ 4.2. De door de ofiyski gradski sad gegeven bevelen vertonen een bijzonderheid. Bij enkele ervan (§ 2.1.-§ 2.3.) werd voor de naam van de rechterlijke instantie een open plek gelaten (puntjes); de naam werd achteraf handgeschreven ingevuld. Bij de andere (§ 2.4. en § 2.5.) werd de naam van de president van de Sofiyski gradski sad (Vladimira Yaneva) als deel van een getypte tekst aangegeven; deze naam werd doorgestreept, waarna handgeschreven de naam werd ingevuld van de vicepresident (Nikola Dimov), die de bevelen heeft gegeven.

§ 4.3. Dit alles roept een zekere twijfel op omtrent de vraag of en in hoeverre het bevoegde orgaan daadwerkelijk de wil had om met inaanmerkingneming van de bijzonderheden [**Or. 3**] van elk geval te bevelen tot plaatsing of verlenging van individuele telefoontaps.

§ 4.4. Op een later tijdstip werden op nationaal niveau systematische fouten vastgesteld bij het geven van bevelen tot het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden, met name de plaatsing van de telefoontap, hetgeen leidde tot een wijziging van het toepasselijke recht. [OMISSIS].

§ 5. Inspanningen van de verwijzende rechter om bij te dragen aan de uitlegging van het nationale recht in het licht van het Unierecht.

§ 5.1. De fout, te weten het ontbreken van bevoegdheid voor het geven van de bevelen tot plaatsing van een telefoontap, leidt er naar nationaal recht toe dat zij niet mogen worden gebruikt als bewijs (§ 11.3. en § 14).

Anderzijds zou uit een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in een soortgelijk geval (C-419/19) de conclusie kunnen worden getrokken dat deze fout op zichzelf niet volstaat om de bruikbaarheid van telefoongesprekken als bewijs uit te sluiten, en dat verdere toetsing achteraf van bepaalde omstandigheden noodzakelijk is – punt 91 [van het arrest in de zaak] C-419/14.

§ 5.2. De rechter bij wie de zaak aanhangig is, vestigt de aandacht op uitleggingsbeslissing nr. 5/14 (§ 13). Die beslissing bevestigt dat uitzonderingen op het beginsel van bevoegdheid van rechterlijke instanties niet toelaatbaar zijn; desalniettemin wordt deze onaanvaardbaarheid en ontoelaatbaarheid van uitzonderingen algemeen en vaag geformuleerd (in § 13 aangevoerd). Om de reikwijdte van deze uitzonderingen te kunnen vaststellen, heeft de rechter bij wie de zaak aanhangig is derhalve bij de strafrechtafdeling van de Varhoven kasatsionen sad (Bulgaarse hooggerechtshof; hierna: „Varhoven sad”) verzocht

om kopieën van de ingediende standpunten en om processen-verbaal van de beraadslagingen bij de vaststelling van deze uitleggingsbeslissing.

De president van de Varhoven sad heeft het verzoek afgewezen op grond dat de rechter bij wie de zaak aanhangig is enkel de uitleggingsbeslissing moet toepassen, zodat hij de standpunten en de in de beraadslagingen aangevoerde argumenten niet nodig heeft.

De rechter bij wie de zaak aanhangig is heeft zijn vraag aan de Varhoven sad geconcretiseerd, door aan te geven dat hij vooral is geïnteresseerd in de laatste zin van de motivering, alsook in de vraag of de vaststelling dat „*alle argumenten daartegen*” moeten worden afgewezen ook betrekking heeft op het geval waarin Uniebelangen op het spel staan en Hof van Justitie van de EU anderszins heeft geoordeeld. Uitdrukkelijk werd verwezen naar het arrest in de prejudiciële procedure C-419/14.

De president van de Varhoven sad heeft het verzoek opnieuw afgewezen, waarbij hij erop wees dat de wet niet in dergelijke preciseringen voorziet.

[OMISSIS].

§ 5.3. Parallel hieraan heeft de rechter bij wie de zaak aanhangig is aan de nationale vergadering (Narodno sabranie) verzocht om kopieën van het ontwerp van de Zakon za izmenenie i dopalnenie na Nakazatelno-protseusualnia kodeks (Bulgaarse wet tot wijziging en aanvulling van het wetboek van strafvordering; hierna: „ZIDNPK”) (§ 12), van de beraadslagingen in de juridische commissie (pravna komisija) van de nationale vergadering alsmede van de beraadslagingen in het kader van de eerste en tweede lezing van de wet, en deze ook verkregen.

§ 6. In de procedure heeft de rechter een gerechtelijk vooronderzoek gelast waarin alle door de betrokkenen in de procedure gevraagde en door de rechter ambtshalve verzamelde bewijzen werden voorgelegd. Aan de betrokkenen in de procedure werden kopieën van alle telefoontaps ter beschikking gesteld, waarvan een deel in de rechtzaal werd afgespeeld (de verdediging gaf aan dat de overige taps niet hoefden te worden afgespeeld). De verdachten werd de mogelijkheid geboden zich daartegen te verdedigen. **[Or. 4]**

Er vond een debat plaats voor de rechter en de betrokkenen in de procedure werden gehoord.

De openbaar aanklager vorderde een veroordeling overeenkomstig de aanklachten.

De verdediging pleitte voor niet-schuldigverklaring en eiste vrijspraak.

§ 7. De rechter gaat ervan uit dat de in de procedure verkregen bewijzen de genoemde strafbare feiten onbetwistbaar aantonen, doch alleen tot en met

14 februari 2012, toen de laatste btw-verklaring na de uitschrijving van de vennootschap – op 16 januari 2012 – overeenkomstig de btw-wet was afgegeven.

De rechter is van oordeel dat op grond van de in de procedure verkregen bewijzen (zonder dat de in § 2.3. tot en met § 2.5. aangevoerde bewijzen worden gebruikt) onbetwistbaar vaststaat dat de verdachten Georgi ██████████ ██████████ het eerste strafbare feit hebben begaan; ook het plegen van het tweede strafbare feit door de verdachten ██████████ ██████████ (ten dele) is bewezen, terwijl de verdachte ██████████ in dit verband volledig moet worden vrijgesproken. Gebruikmaking van de in § 2.3. tot en met § 2.5. aangevoerde bewijzen vormt een aanvullende bevestiging van deze conclusie.

Met betrekking tot de verdachte ██████████ gaat de rechter er vanuit dat de in de procedure verkregen bewijzen (zonder dat de in § 2.3. tot en met § 2.5. aangevoerde bewijzen worden gebruikt) niet voldoende zijn voor een veroordeling.

Het gaat om de volgende bewijzen: de verdachten ██████████ ██████████ kennen de verdachte ██████████. Verder hebben twee getuigen verklaard dat een persoon met de voornaam van de verdachte ██████████ voor de criminele activiteit verantwoordelijk was (er bestaan echter talrijke personen met een dergelijke naam). Voorts ontweek de verdachte Petar ██████████ met zijn eigen vennootschap in het tijdvak van 2007 tot en met 2009 op identieke wijze de vaststelling van belastingschulden, namelijk door middel van vervalste facturen. Deze rekeningen werden opgesteld door de vennootschappen van ██████████ ██████████ (verdachte in de onderhavige procedure) en ██████████ (van wie werd vastgesteld dat hij eigenaar en manager is van een deel van de vennootschappen die in de onderhavige procedure vervalste facturen hebben opgesteld).

De rechtmatig ingezette bijzondere opsporingsmethoden (§ 2.1. tot en met § 2.2.) tonen aan dat de verdachte ██████████ een aantal maal contact heeft opgenomen met de verdachten ██████████ ██████████. Aan de hand van deze telefoongesprekken kan [OMISSIS] de medewerking van de verdachte ██████████ ██████████ aan de criminele activiteit niet worden vastgesteld.

De rechtmatig ingezette bijzondere opsporingsmethoden (§ 3) blijken niet relevant te zijn – ze betreffen een activiteit van de verdachte die niet in de akte van beschuldiging is opgenomen. Dit geldt voor zover een aanklacht werd ingediend wegens leidinggeven en deelnemen aan een criminele vereniging die door middel van de vennootschap „Karoli Kepital” EOOD fiscale strafbare feiten pleegt. Deze vennootschap werd evenwel op 16 januari 2012 overeenkomstig de btw-wet uitgeschreven. De laatste criminele handeling betreffende de btw-ontduiking dateerde van 14 februari 2012, toen de laatste btw-aangifte werd afgegeven. Deze bijzondere opsporingsmethoden (§ 3.) werden in maart 2012 ingezet en hebben geen betrekking op de feiten die het voorwerp van de procedure zijn.

De naar nationaal recht onrechtmatig verkregen bewijzen met betrekking tot telefoongesprekken (§ 2.3. tot en met § 2.5.) blijken van bijzonder groot belang. Zij tonen duidelijk en onbetwistbaar de talrijke contactopnamen tussen de verdachte ██████ en de andere verdachten, alsook zijn leidende functie.

Derhalve is de rechter bij wie de zaak aanhangig is van oordeel dat een veroordeling van de verdachte overeenkomstig de beide aanklachten enkel mogelijk is wanneer gebruik wordt gemaakt van deze telefoongesprekken. **[Or. 5]**

§ 8. Andere, niet op de onderhavige procedure betrekking hebbende, omstandigheden, die evenwel verband houden met de noodzaak van een prejudiciële verwijzing.

§ 8.1. In een andere strafprocedure (strafprocedure zonder klachtvereiste; nakazatelno delo ot obsht harakter, NOHD, nr. 646/15) heeft de rechter bij wie de zaak aanhangig is een voortdurende tegenstrijdigheid in de rechtspraktijk vastgesteld tussen het vereiste van artikel 5, lid 4, juncto artikel 5, lid 1, onder c), van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (bestaan van voldoende verdenking dat een persoon een strafbaar feit heeft gepleegd, als dwingende voorwaarde voor de verlenging van de vrijheidsbeperkende maatregel „voorlopige hechtenis”), en het nationale voorschrift van artikel 270, lid 2, NPK (krachtens hetwelk de rechter niet bevoegd is zich uit te spreken over het al dan niet bestaan van voldoende verdenking, wanneer hij in een strafrechterlijke procedure beslist over verzoeken tot wijziging van de vrijheidsbeperkende maatregel „voorlopige hechtenis”).

De Varhoven sad, die zich over deze vraag dient te buigen, stelde deze tegenstrijdigheid vast; hij was verder van oordeel daarvoor geen oplossing te kunnen vinden. Derhalve heeft hij recentelijk de volgende aanwijzing aan de nationale rechters gericht: „... *elke kamer dient zelf te beoordelen of zij voorrang geeft aan het EVRM of aan het nationale recht, en of zij binnen dit kader tot een beslissing kan komen.*”

§ 8.2. [OMISSIS].

RECHTSOVERWEGINGEN

§ 9. Telefoontap

§ 9.1. Het verbod om – behalve in wettelijk voorziene gevallen – op een persoon een telefoontap te plaatsen is grondwettelijk vastgelegd, namelijk in artikel 32, lid 2, van de grondwet.

De procedure voor plaatsing van een telefoontap is geregeld in de artikelen 1 tot en met 3, 6 en 12 tot en met 18 ZSRS en in de artikelen 172 tot en met 177 NPK. Zij kan zowel vóór de inleiding van de strafprocedure (operatieve inzet), als daarna plaatshebben. In het eerste geval wordt het verzoek ingediend door een

orgaan van het ministerie van binnenlandse zaken (Ministerstvo na vatreshnite raboti) (in casu door de directeur van de hoofddirectie voor de bestrijding van georganiseerde criminaliteit), in het tweede geval door de openbaar aanklager (§ 2 respectievelijk § 3).

Het verzoek om een bevel tot plaatsing van een telefoontap moet vooraf worden gedaan. In het verzoek wordt aangegeven op welke persoon (of telefoonaansluiting) en wegens welk onderzocht feit de telefoontap moet worden geplaatst.

De beslissing op het verzoek wordt genomen door de president of de gemachtigde vicepresident van de ter zake bevoegde rechterlijke instantie, door middel van een niet voor beroep vatbare rechterlijke beslissing. In de onderhavige procedure was tot 1 januari 2012 de Sofiyski gradski sad de bevoegde rechterlijke instantie, terwijl dit na **[Or. 6]** dat tijdstip de Spetsializiran nakazatelen sad (§ 12) was. De telefoontap kan enkel rechtmatig plaatsvinden indien deze vooraf wordt bevolen.

Dit bevel is een door de president, respectievelijk de gemachtigde vicepresident in zijn functie als rechter, en niet als directeur van de desbetreffende rechterlijke instantie, gegeven rechterlijke beslissing. De andere rechters van die rechterlijke instantie zijn niet bevoegd een dergelijk bevel te geven. De reden daarvoor is het hoge niveau van bescherming van de rechten van de burgers. (§ 10). De rechter bij wie de zaak aanhangig is, is bevoegd om in het kader van elke bij hem aanhangige procedure een toetsing achteraf te verrichten (§ 11).

§ 9.2. [OMISSIS] [volgens de verwijzende rechter niet relevant geval]

§ 9.3. De mogelijkheid bestaat dat de resultaten van plaatsing van een telefoontap op een persoon gebruikt worden tegen een andere persoon – wanneer de telefoontap is geplaatst op een getuige of een benadeelde in dezelfde procedure, of ten bewijze van bepaalde ernstige strafbare feiten in andere, niet daarmee samenhangende procedures. Hiervoor is het evenwel noodzakelijk dat een geldig bevel is gegeven tot een telefoontap op de eerste persoon (ook als die geen verdachte is).

§ 10. Beginsel van uitsluitende bevoegdheid

Het nationale recht kent een bijzonder grote betekenis toe aan de uitsluitende bevoegdheid van het met de uitvoering van de strafrechtspleging belaste orgaan. Dit geldt zeker in die gevallen waarin bijzondere opsporingsmethoden, waaronder de telefoontap, worden ingezet. In deze gevallen dient het bevel uitsluitend door de president (of de gemachtigde vicepresident) van de daartoe bevoegde rechterlijke instantie te worden gegeven. Wanneer het door een andere rechter in deze rechterlijke instantie of door de president of vicepresident van een andere rechterlijke instantie wordt gegeven, volgt daaruit ondubbelzinnig dat dit bevel onrechtmatig is en de verkregen bewijzen niet kunnen worden gebruikt. De

beoordeling vindt plaats op grond van een louter formeel criterium, namelijk of het bevel is gegeven door een bevoegd orgaan.

Argumenten die de feitelijke verdediging van de verdachte (wanneer bijvoorbeeld het verzoek één bepaalde persoon betreft en het bevel door een onbevoegd orgaan werd gegeven, doch de aldus verkregen bewijzen worden gebruikt tegen een andere persoon, voor wie dit orgaan wel bevoegd was) een verontschuldigbare fout of de mogelijkheid van toetsing achteraf door het bevoegde orgaan betreffen, worden niet toegelaten.

In alle gevallen waarin rechterlijke instantie toetsingsfuncties uitoefent en de beperking van de rechten van staatsburgers beveelt (hechtenis, vrijlating, doorzoeking enz.) voorziet artikel 284c NK uitsluitend voor het onwettig bevel tot inzet van bijzondere opsporingsmethoden uitdrukkelijk in een strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechter.

§ 11. Toetsing achteraf

§ 11.1. De rechter bij wie de zaak aanhangig is, die de door middel van een telefoontap verkregen bewijzen in aanmerking neemt, heeft de onbeperkte bevoegdheid om niet alleen hun bewijswaarde, maar ook hun rechtsgeldigheid te toetsen (beslissing van de Konstitusionen sad [grondwettelijk hof] nr. 10/10). Hoewel de inzet ervan werd bevolen, kan hij ervan uitgaan dat bij de vaststelling van het bevel een procedurefout werd gemaakt, en het op die grond afwijzen.

Dit is ook in casu het geval – de rechter heeft de ontbrekende bevoegdheid vastgesteld van het orgaan dat overeenkomstig § 2.3. tot en met § 2.5. de telefoontap heeft gelast. **[Or. 7]**

§ 11.2. Het nationale recht voorziet niet in een bevoegdheid van de rechter om, wanneer hij wordt geconfronteerd met een telefoontap die heeft plaatsgevonden zonder bevel of op grond van een door een onbevoegd orgaan gegeven bevel, de rechtmatigheid daarvan te beoordelen (bijvoorbeeld door na te gaan of een dergelijk bevel had mogen worden gegeven indien het verzoek daartoe was gedaan bij het bevoegde orgaan), en in voorkomend geval de verkregen bewijzen in aanmerking te nemen. In dergelijke gevallen is hij verplicht dit onbruikbaar te verklaren.

§ 12. Hervorming van 1 januari 2012 en bevoegdheidsoverdracht

§ 12.1. Op 1 januari 2012 trad de ZIDNPK in werking, inzake de instelling en werkwijze van de Spetsializiran nakazatelen sad, die uitsluitend bevoegd is voor procedures tegen criminele verenigingen. Op de Spetsializiran nakazatelen sad werden bevoegdheden overgedragen die voorheen (in de onderhavige procedure) bij de Sofijski gradski sad berustten.

Concreet is voor het geven van een bevel tot plaatsing van een telefoontap op personen die (zoals in casu) worden verdacht aan deelname aan een criminele organisatie, de president van de Spetsializiran nakazatelen sad (of de vicepresident) bij uitsluiting bevoegd.

Deze bevoegdheidsoverdracht vond plaats op grond van de §§ 5, 9 en 10 ZIDNPK.

Overeenkomstig § 5 ZIDNPK wordt de bevoegdheid voor het geven van bevelen tot plaatsing van een telefoontap (bij aanklachten als in de onderhavige procedure) overgedragen op de Spetsializiran sad. Het voorschrift van § 10 ZIDNPK, dat de overeenkomstige wijzigingen in de wet inzake bijzondere opsporingsmethoden invoert, is identiek.

Krachtens § 9, lid 2, ZIDNPK worden de reeds ingeleide strafprocedures door de tot dan toe bevoegde organen afgerond. Later, namelijk op 6 maart 2012, werd het voorschrift gewijzigd, doordat hieraan werd toegevoegd dat de rechterlijke toetsing nog steeds wordt uitgevoerd door de vóór 1 januari 2012 bevoegde rechter.

Daarmee was overeenkomstig § 9 ZIDNPK de Sofiyski gradski sad ook na 1 januari 2012 bevoegd voor verzoeken tot verlenging van een telefoontap in het kader van de onderzoeksprocedure.

§ 12.2. Niet duidelijk is, of de opschorting van de werking van de bevoegdheidsoverdracht bij reeds ingeleide strafprocedures ook geldt voor reeds aangevangen operationele inzetten (§ 9.1.). Deze onduidelijkheid wordt versterkt door § 11 ZIDNPK, die de werking van alle voorschriften opschort.

Nadat de verwijzende rechter de met name met het oog hierop gevraagde memorie van toelichting van de nationale vergadering (§ 5.3.) heeft behandeld, gaat hij er vanuit dat de oorspronkelijk bevoegde rechter zijn bevoegdheden bij operationele inzetten niet behoudt (bijlage 5).

Aangezien de verwijzende rechter de standpunten met betrekking tot uitleggingsbeslissing nr. 5/14 en de naar aanleiding van de vaststelling daarvan opgestelde processen-verbaal van de beraadslagingen niet heeft ontvangen, kon hij in deze kwestie niet tot een bepaalde conclusie komen. (§ 5.2.).

§ 13. Uitleggingsbeslissing nr. 5/14

De bepaling van § 9 ZIDNPK leidde tot een omvangrijke en tegenstrijdige rechtspraak.

Zij werd opgeheven door uitleggingsbeslissing nr. 5/14, die het beginsel van uitsluitende bevoegdheid (§10) bevestigt.

De uitleggingsbeslissing is een rechtshandeling van de Varhoven sad, waarmee bindende aanwijzingen worden gegeven inzake de feitelijke betekenis van een wettelijke bepaling. **[Or. 8]**

Relevant voor de onderhavige procedure is hetgeen de Varhoven sad verklaart met betrekking tot de wettelijke bevoegdheid:

„... (de wettelijke) regelingen laten in beginsel niet toe dat de openbaar aanklager of de rechter buiten het kader van zijn bevoegdheid handelt, of dat zij deze bij hun procedureelrechtelijke betrekkingen niet in acht nemen.”

Van belang is ook de verklaring inzake de ontbrekende mogelijkheid om door een onbevoegd orgaan verrichte handelingen te bevestigen:

„Tenslotte heeft (de Varhoven sad), om de uiteengezette redenen, alle ‚tegenargumenten’ die tegen de gegeven antwoorden waren aangevoerd, afgewezen, aangezien zij ongeschikt zijn om deze te ontkrachten, wanneer men er rekening mee houdt dat zij: betrekking hebben op de doeltreffendheid van de wetgeving (bijvoorbeeld in verband met de personele middelen van de organen die belast zijn met de binnen de bevoegdheid van de Spetsializiran nakazatelen sad [SpNS] vallende procedures; berusten op een onaanvaardbare uitlegging van de besproken overgangsregels (onder beklemtoning van de letterlijke betekenis van het daarin gebruikte werkwoord ‚beëindigen’, dat daartoe wordt gerelateerd aan de strafprocedure in zijn geheel in plaats van enkel aan de opsporingsprocedure, of zij worden onnodig aldus uitgelegd dat de openbaar aanklager – behalve zijn ontbrekende bevoegdheid – er juridisch geen belang bij heeft bezwaar te maken); argumenten ter beperking (in plaats van opheffing) van de gevolgen van reeds begane schendingen vormen.”

Het directe gevolg is dat talrijke rechtshandelingen nietig worden verklaard omdat op een bepaald ogenblik een niet bevoegde openbaar aanklager in de procedure is opgetreden (bijlage 6).

§ 14. Toepassing van het nationale recht op de onderhavige procedure.

§ 14.1. Naar nationaal recht had in de onderhavige zaak van wetswege als volgt moeten worden gehandeld:

Sinds 1 januari 2012 hadden alle verzoeken tot verlenging van een telefoontap alsmede om een bevel tot plaatsing van een nieuwe telefoontap moeten worden gericht aan de president van de Spetsializiran nakazatelen sad.

Voor zover zij echter waren gericht aan de president van Sofiyski gradski sad, had deze de verzoeken moeten doorsturen naar het thans bevoegde orgaan, namelijk de president van de Spetsializiran nakazatelen sad.

De vicepresident van Sofiyski gradski sad had de gegrondheid van de verzoeken niet mogen onderzoeken en ze niet mogen toewijzen.

§ 14.2. Desalniettemin heeft de vicepresident van Sofiyski gradski sad dit in vijf gevallen gedaan (§ 2.3 tot en met § 2.5.). Derhalve mogen de telefoongesprekken die vanaf 1 januari 2012 op bevel van de Sofiyski gradski sad werden afgetapt, niet als bewijs worden gebruikt. De reden daarvoor is dat het bevel ertoe is gegeven door een onbevoegd orgaan. Overeenkomstig uitleggingsbeslissing nr. 5/14 mogen tegenargumenten niet in behandeling worden genomen. Uitvoerige overwegingen voor deze op het nationale recht gebaseerde slotsom zijn in bijlage 7 uiteengezet.

De mening van de Varhoven sad met betrekking tot de behandeling van tegenargumenten, inclusief die welke na de vaststelling van uitleggingsbeslissing nr. 5/14 zijn geuit, namelijk in het arrest in zaak C-419/14, is onduidelijk en eerder ontkennend. (§ 5.2.).

§ 14.3. De rechtspraak kent aan de omstandigheid van de ontbrekende motivering van het gegeven bevel geen betekenis toe (§ 4.1.). Ondanks de ontbrekende motivering gelden deze bevelen als rechtmatig en kan het gebruik van de bewijzen niet op deze grondslag worden afgewezen. Dit geldt ook voor zijn tweede bijzonderheid. (§ 4.2.) [Or. 9]

§15. PREJUDICIËLE VRAGEN

1. Is het verenigbaar met:

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

- artikel 2, lid 1, juncto artikel 1, lid 1, onder b), van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (PIF-overeenkomst) juncto artikel 2, lid 1, onder b), van het besluit 2007/436/EG [Euratom van de Raad van 7 juni 2007 betreffende het stelsel van eigen middelen van de Europese Gemeenschappen], op grond waarvan elke lidstaat de nodige maatregelen neemt om de doeltreffende bestraffing van btw-ontduiking te waarborgen;

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

wanneer naar nationaal recht de bewijzen die zijn verkregen door de inzet van „bijzondere opsporingsmethoden”, namelijk door middel van het plaatsen van een telefoontap op personen tegen wie later een aanklacht

wegens belastingontduiking is uitgebracht, niet mogen worden gebruikt, aangezien het bevel ertoe is gegeven door een onbevoegde rechter, en daarbij aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- op een eerder tijdstip (tussen een en drie maanden van tevoren) werd verzocht om een telefoontap op een deel van dit telefoonverkeer, welke werd bevolen door dezelfde rechter, waarbij deze op dat tijdstip nog bevoegd was;
- het verzoek om het bevel tot de betrokken telefoontap (tot verlenging van de eerdere telefoontap en tot plaatsing van een telefoontap op nieuwe aansluitingen) werd ingediend bij dezelfde rechter, die niet meer bevoegd was, aangezien zijn bevoegdheid vlak daarvoor was overgedragen aan een andere rechter; de oorspronkelijke rechter heeft ondanks zijn ontbrekende bevoegdheid de gegrondheid van het verzoek onderzocht en het bevel gegeven;
- op een later tijdstip (ongeveer een maand later) werd opnieuw om het bevel tot plaatsing van een telefoontap op dezelfde aansluitingen verzocht, welk bevel door de thans daartoe bevoegde rechter werd gegeven;
- de gegeven bevelen zijn feitelijk geen van alle gemotiveerd;
- het rechtsvoorschrift waarop de bevoegdheidsoverdracht berustte was onduidelijk, leidde tot talrijke tegenstrijdige rechterlijke bevelen en bracht de Varhoven sad er derhalve toe, ongeveer twee jaar na de wettelijke bevoegdheidsoverdracht en de betrokken telefoontap, een bindende uitleggingsbeslissing te geven;
- de rechter bij wie de onderhavige zaak aanhangig is, is niet bevoegd om te beslissen op verzoeken om inzet van bijzondere opsporingsmethoden (telefoontap); hij is evenwel bevoegd om zich uit te spreken over de rechtmatigheid van een geplaatste telefoontap, waarbij hij ook kan vaststellen dat een bevel niet in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en derhalve af kan zien van een beoordeling van de via deze weg verkregen bewijzen; deze bevoegdheid bestaat alleen wanneer een geldig bevel tot telefoontap is gegeven;
- het gebruik van deze bewijzen (telefoongesprekken van de verdachte die werden afgetapt op bevel van een rechter die zijn bevoegdheid reeds had verloren) is van fundamenteel belang voor de beslissing op de vraag naar de verantwoordelijkheid van de verdachte als leider van een criminele vereniging die werd opgericht met als doel het begaan van fiscale delicten op grond van de btw-wet, respectievelijk als aanstichter van de concrete fiscale delicten, waarbij hij enkel kan worden beschuldigd en veroordeeld [Or. 10] wanneer deze telefoongesprekken als bewijzen mogen worden gebruikt; anders dient hij te worden vrijgesproken.

2. is het in prejudiciële zaak C-614/14 gewezen arrest op het onderhavige geval van toepassing?

GRONDEN voor het verzoek om een prejudiciële beslissing

§ 16.1. De Varhoven heeft het EVRM hoog in het vaandel staan; hij beroept zich in vrijwel elke uitleggingsbeslissing en in het grootste deel van de cassatiebeslissingen op de rechtspraak van het Hof in Straatsburg. Er valt zelfs een tendens te bespeuren dat duidelijke en eenduidige nationale regelingen waarvan wordt aangenomen dat zij niet verenigbaar zijn met het EVRM, buiten toepassing blijven, zoals is gebeurd in uitleggingsbeslissing nr. 3/15, die de regeling van het beginsel „[ne] *bis in idem*” betreft.

Tegen deze achtergrond is de in § 8.1. aangevoerde beslissing van de Varhoven sad een grote uitzondering. Een mogelijke reden daarvoor zou (volgens de verwijzende rechter) kunnen zijn dat het initiatief afkomstig was van een rechtbank in eerste aanleg en niet van de Varhoven sad.

§ 16.2. [OMISSIS] - § 5.2.

Voorts beroept de Varhoven sad zich – voor zover de verwijzende rechter bekend is – in geen enkele van zijn beslissingen op een in een prejudiciële procedure gewezen arrest van het Hof van Justitie in Luxembourg.

§ 16.3. [OMISSIS].

§ 16.4. Dit alles maakt het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing noodzakelijk. De reden daarvoor is dat ongeacht welke overwegingen de verwijzende rechter in eerste aanleg, in naleving van de in [zaak] C-419/14 gevonden oplossing (bijlage 8) aanvoert, de rechter in twee aanleg en in cassatie deze met zekerheid niet zullen volgen.

§ 17. De onderhavige zaak brengt ook bepaalde verschillen aan het licht met [zaak] C-419/14. In casu gaat het om de persoonlijke strafrechtelijke aansprakelijkheid van een natuurlijke persoon, terwijl [zaak] C-419/14 de fiscaalrechtelijke aansprakelijkheid van een rechtspersoon betrof. Bovendien wordt in punt 91 van dat arrest overwogen: „*Deze bewijzen moeten eveneens buiten beschouwing worden gelaten wanneer deze rechter niet gemachtigd is te controleren of zij in de strafprocedure zijn verkregen in overeenstemming met het Unierecht of wanneer hij zich niet op zijn minst ervan kan vergewissen op basis van een toetsing die reeds door een strafgerecht is verricht in een procedure op tegenspraak, dat deze bewijzen zijn verkregen in overeenstemming met dat recht*”. De verwijzende rechter is noch de president, noch de vicepresident van de Spetsializiran nakazatelen sad, en hij is niet bevoegd om een bevel tot plaatsing van een telefoontap te geven; tegelijk heeft hij, als rechter bij wie de zaak aanhangig is, de bevoegdheid om een grondig onderzoek naar de rechtmatigheid van het gegeven bevel alsook naar de wijze van uitvoering van de telefoontap te

verrichten (§ 11.1-2), doch ontstaat deze bevoegdheid alleen wanneer een rechtsgeldig bevel is gegeven (§ 11.3). **[Or. 11]**

Verder werd in de onderhavige procedure zowel voor als na de omstreden telefoontaps een rechtsgeldig bevel tot de oorspronkelijke en de aansluitende telefoontaps (§ 2.1. en § 2.2; § 3.) gegeven door een bevoegde rechter; het ongeldige bevel werd gegeven door een rechter die vlak daarvoor bevoegd was (§ 12.); alle gegeven bevelen zijn in feite niet gemotiveerd (§ 4.1.); de bevoegdheidsoverdracht vond plaats op basis van een onduidelijk rechtsvoorschrift, dat leidde tot een omvangrijke tegenstrijdige rechtspraak en de latere vaststelling van de uitleggingsbeslissing (§ 13.).

Ook deze verschillen maken een verzoek om een prejudiciële beslissing noodzakelijk.

§ 18. Uiteenzetting van de overwegingen in de onderhavige procedure onder § 7.

§ 18.1. Om uitspraak te doen op het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, acht de rechter bij wie de zaak aanhangig is het noodzakelijk om de noodzaak van de gestelde prejudiciële vragen voor de juiste beslissing in de procedure te beoordelen, namelijk of de door middel van de omstreden telefoontaps verkregen bewijzen daadwerkelijk noodzakelijk zijn voor de beslissing in de procedure. Wanneer de overige bewijzen toereikend zijn, is immers ook een antwoord op de gestelde prejudiciële vragen niet meer nodig.

Derhalve heeft hij de bewijswaarde van de reeds verkregen bewijzen – zowel de naar nationaal recht rechtmatig verkregen alsook de omstreden bewijzen – onderzocht. Daarop is hij tot de conclusie gekomen dat de omstreden bewijzen van fundamenteel belang zijn voor de schuldigverklaring van de verdachte Petar [REDACTED] en voor diens veroordeling of vrijspraak en niet-veroordeling.

§ 18.2. Dit vormt evenwel naar nationaal recht een zeer ernstige schending, voor zover de rechter op die manier een voorlopig standpunt uitspreekt.

Ook hier gelden de overwegingen in het prejudicieel verzoek in zaak C-614/14.

Omdat destijds het arrest in prejudiciële zaak C-614/14 nog niet was geweest, en gelet op punt 91 van de conclusie van de advocaat-generaal, die vaststelt dat de rechter bij wie de zaak aanhangig is, is gebonden aan de reeds door de Deense rechter vastgestelde schuld, moet ook de tweede vraag worden gesteld.

Na het arrest in prejudiciële zaak C-614/14 zal deze prejudiciële vraag worden ingetrokken of – indien nodig – gewijzigd.

De verwijzende rechter beklemtoont nogmaals dat bij de indiening van dit verzoek om een prejudiciële beslissing alle procedurele regels zijn geëerbiedigd.

[OMISSIS].

[ondertekeningen]