Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
T. ĆAPETA
fremsat den 26. oktober 2023 [1]

Sag C-670/22

Staatsanwaltschaft Berlin
mod
M.N.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Landgericht Berlin (den regionale ret i første instans i Berlin, Tyskland))

»Præjudiciel anmodning – retligt samarbejde i straffesager – direktiv 2014/41/EU – europæisk efterforskningskendelse – artikel 6, stk. 1 – betingelser for udstedelse af en europæisk efterforskningskendelse – overførsel af bevismateriale, som en anden medlemsstat allerede er i besiddelse af – begrebet udstedelsesmyndighed – artikel 2, litra c), nr. i) – antagelse af beviser til realitetsbehandling«

I. Indledning

1. En europæisk efterforskningskendelse er et EU-instrument, som muliggør grænseoverskridende samarbejde i forbindelse med strafferetlig efterforskning. Den er reguleret ved direktiv 2014/41/EU [2]. Den foreliggende præjudicielle anmodning giver Domstolen lejlighed til for første gang at fortolke dette direktiv i en situation, hvor en europæisk efterforskningskendelse er blevet udstedt med henblik på overførsel af bevismateriale, der allerede var i en anden stats besiddelse.

2. Med henblik på en strafferetlig efterforskning udstedte Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main (anklagemyndigheden i Frankfurt am Main, Tyskland) en række europæiske efterforskningskendelser, hvorved der blev anmodet om overførsel af bevismateriale indsamlet ved en fælles fransk-nederlandsk strafferetlig efterforskning af EncroChat-brugere. EncroChat var et krypteret telekommunikationsnetværk, som tilbød sine brugere næsten total anonymitet [3].

[1] – Originalsprog: engelsk.

[2] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 3.4.2014 om den europæiske efterforskningskendelse i straffesager (EUT 2014, L 130, s. 1) (herefter »direktiv 2014/41«).

[3] – Dette omfattede et dobbelt operativsystem (med et ikke-sporbart krypteret interface), idet enheden hverken havde kamera, mikrofon, GPS eller USB-port. Beskeder kunne slettes automatisk og brugerne kunne efter at have anvendt en særlig PIN-kode slette alle data på enheden, og samme virkning indtrådte efter flere på hinanden følgende indtastninger af et forkert kodeord. Endelig kunne en helpdesk eller distributør om nødvendigt også slette alle data på enheden på afstand. For yderligere oplysninger jf. https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe

3. Den foreliggende præjudicielle anmodning er indgivet som led i en af de straffesager, der er anlagt ved Landgericht Berlin (den regionale ret i første instans i Berlin, Tyskland) mod M.N. på grundlag af aflyttede telekommunikationsoplysninger, som er blevet overført på grundlag af de førnævnte europæiske efterforskningskendelser. Den forelæggende ret skal tage stilling til, om de europæiske efterforskningskendelser blev udstedt i strid med direktiv 2014/41, og hvilke konsekvenser dette i så fald måtte have for anvendelsen af et sådant bevismateriale i straffesagen.

II. Faktiske omstændigheder, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

4. Baggrunden for straffesagen i hovedsagen er en strafferetlig efterforskning, som blev indledt i Frankrig og fortsatte som en fælles operation mellem Frankrig og Nederlandene, hvorved lokaliserings-, trafik- og kommunikationsoplysninger, herunder tekster og billeder overført i igangværende chats mellem brugerne af EncroChat-netværket, blev aflyttet.

5. Denne fælles operation udviklede en trojaner-software, som blev uploadet til serveren i Roubaix (Frankrig) i foråret 2020 og herfra blev installeret på terminalerne gennem en simuleret opdatering. Tribunal correctionnel de Lille (retten i første instans i strafferetlige sager i Lille, Frankrig) gav operationen tilladelse til at indsamle kommunikationsoplysninger. EncroChat-brugere i 122 lande blev berørt af denne aflytning, herunder ca. 4 600 brugere i Tyskland.

6. På en videokonference afholdt den 9. marts 2020 informererede Den Europæiske Unions Agentur for Strafferetligt Samarbejde (Eurojust) andre lande om de overvågningsforanstaltninger, som fransk politi planlagde, og den påtænkte overførsel af oplysninger. Repræsentanter for Bundeskriminalamt (forbundskriminalpoliti, Tyskland) og anklagemyndigheden i Frankfurt am Main gav udtryk for, at de var interesserede i indsamlingen af de tyske brugeres oplysninger.

7. Anklagemyndigheden i Frankfurt am Main indledte en efterforskningsprocedure mod ukendte personer den 20. marts 2020. De oplysninger, som det fransk-nederlandske efterforskningshold havde indsamlet, blev gjort tilgængelige for bl.a. de tyske myndigheder gennem en server tilhørende Den Europæiske Unions Agentur for Retshåndhævelsessamarbejde (Europol) fra den 3. april 2020.

8. Den 2. juni 2020 anmodede anklagemyndigheden i Frankfurt am Main inden for rammerne af efterforskningsproceduren mod ukendte personer ved en europæisk efterforskningskendelse de franske myndigheder om tilladelse til at anvende EncroChat-oplysningerne i straffesagen. Som begrundelse blev det anført, at der var mistanke om, at ulovlig handel med narkotika i ikke ubetydeligt omfang blev begået af endnu uidentificerede personer. Der var dog mistanke om, at de var medlemmer af en organiseret kriminel organisation i Tyskland, som anvendte EncroChat-telefoner. Tribunal correctionnel de Lille (retten i første instans i strafferetlige sager i Lille) godkendte den europæiske efterforskningskendelse, hvorved der blev anmodet om overførsel og retlig anvendelse af de tyske brugeres EncroChat-oplysninger. På grundlag af to supplerende europæiske efterforskningskendelser af henholdsvis 9. september 2020 og 2. juli 2021 blev der herefter overført yderligere oplysninger.

9. På grundlag af det modtagne bevismateriale udskilte anklagemyndigheden i Frankfurt am Main de efterforskninger, der skulle gennemføres mod individuelle EncroChat-brugere, og tildelte dem til lokale anklagemyndigheder. Herefter rejste Staatsanwaltschaft Berlin (anklagemyndigheden i Berlin, Tyskland) tiltale mod den tiltalte i den foreliggende sag for flere tilfælde af ulovlig handel med narkotika i ikke ubetydeligt omfang og ulovlig besiddelse af narkotika i ikke ubetydeligt omfang i Tyskland.

10. Denne straffesag verserer i øjeblikket for den forelæggende ret. Selv om det ikke fremgår klart af den præjudicielle anmodning, er der under denne sag tilsyneladende opstået det spørgsmål, om de europæiske efterforskningskendelser, der blev udstedt af anklagemyndigheden i Frankfurt am Main, blev udstedt i strid med direktiv 2014/41, og om der i så fald skal ses bort fra dette bevismateriale i straffesagen mod den tiltalte.

11. På denne baggrund har den forelæggende ret forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Vedrørende fortolkningen af kriteriet »udstedelsesmyndighed« som omhandlet i artikel 6, stk. 1, [i direktiv 2014/41,] sammenholdt med artikel 2, litra c), [heri]

a) Skal en europæisk efterforskningskendelse med henblik på indsamling af bevismateriale, som allerede befinder sig i fuldbyrdelsesstaten (her Frankrig), udstedes af en ret, hvis den tilgrundliggende bevisindsamling i henhold til udstedelsesstatens (her Tysklands) lovgivning skulle være blevet [anordnet] af retten i en sammenlignelig indenlandsk sag?

b) Gælder dette subsidiært i det mindste i tilfælde, hvor fuldbyrdelsesstaten har gennemført den tilgrundliggende foranstaltning på udstedelsesstatens område med det formål at stille de indsamlede oplysninger til rådighed for efterforskningsmyndigheder i udstedelsesstaten med interesse for oplysningerne med henblik på retsforfølgning?

c) Skal en europæisk efterforskningskendelse med henblik på indsamling af bevismateriale altid udstedes af en ret (eller et uafhængigt organ, som ikke varetager strafferetlig efterforskning) uanset de nationale kompetencebestemmelser i udstedelsesstaten, hvis foranstaltningen vedrører alvorlige indgreb i væsentlige grundlæggende rettigheder?

2) Vedrørende fortolkningen af artikel 6, stk. 1, litra a), i direktiv 2014/41

a) Er artikel 6, stk. 1, litra a), i direktiv 2014/41 til hinder for en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overføring af oplysninger fra en aflytning af telekommunikation, som allerede er tilgængelige i fuldbyrdelsesstaten (Frankrig) – navnlig trafik- og lokaliseringsdata og optagelser af kommunikationsindhold – hvis den af fuldbyrdelsesstaten gennemførte aflytning har omfattet samtlige slutbrugere af en kommunikationstjeneste, der med den europæiske efterforskningskendelse anmodes om overføring af oplysninger fra samtlige tilslutninger, som er i brug på udstedelsesstatens område, og der hverken ved vedtagelsen og gennemførelsen af aflytningsforanstaltningen eller ved udstedelsen af den europæiske efterforskningskendelse forelå konkrete holdepunkter for, at disse individuelle brugere havde begået alvorlige strafbare handlinger?

b) Er artikel 6, stk. 1, litra a), i direktiv 2014/41 til hinder for en sådan europæisk efterforskningskendelse, hvis integriteten af de oplysninger, der er indsamlet ved aflytningsforanstaltningen, ikke kan kontrolleres som følge af den omfattende hemmeligholdelse, der udøves af myndighederne i fuldbyrdelsesstaten?

3) Vedrørende fortolkningen af artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41

   a) Er artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41 til hinder for en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overføring af telekommunikationsoplysninger, som allerede er tilgængelige i fuldbyrdelsesstaten (Frankrig), hvis den aflytningsforanstaltning i fuldbyrdelsesstaten, der ligger til grund for indsamlingen af oplysningerne, i henhold til udstedelsesstatens (Tysklands) lovgivning ville have været ulovlig i en sammenlignelig indenlandsk sag?

   b) Subsidiært: Gælder dette i hvert fald i tilfælde, hvor fuldbyrdelsesstaten har gennemført aflytningen på udstedelsesstatens område og i dennes interesse?

4) Vedrørende fortolkningen af artikel 31, stk. 1 og 3, i direktiv 2014/41

   a) Udgør en foranstaltning, som er forbundet med infiltration af terminaler, med henblik på indsamling af trafik-, lokaliserings- og kommunikationsdata fra en internetbaseret udbyder af kommunikationstjenester en aflytning af telekommunikation som omhandlet i artikel 31 i direktiv 2014/41?

   b) Skal den underretning, der er fastsat i artikel 31, stk. 1, i direktiv 2014/41, altid tilstilles en ret, eller gælder dette i det mindste i tilfælde, hvor den foranstaltning, der påtænkes af den aflyttende stat (Frankrig), i henhold til den underrettede stats (Tysklands) lovgivning i en sammenlignelig national sag kun ville kunne [anordnes] af en ret?

   c) For så vidt som artikel 31 i direktiv 2014/41 også tjener til de berørte telekommunikationsbrugeres individuelle beskyttelse, omfatter denne beskyttelse da også anvendelsen af oplysninger til retsforfølgning i den underrettede stat (Tyskland), og er dette formål i givet fald ligeværdigt med det yderligere formål om at beskytte den underrettede medlemsstats suverænitet?

5) Retsvirkninger af en bevisindsamling i strid med EU-retten

   a) Kan et forbud mod at anvende beviser i tilfælde af, at beviserne er blevet indsamlet ved en europæisk efterforskningskendelse, som er i strid med EU-retten, følge umiddelbart af det EU-retlige effektivitetsprincip?

   b) Medfører det EU-retlige ækvivalensprincip i tilfælde af, at beviser er blevet indsamlet ved en europæisk efterforskningskendelse, som er i strid med EU-retten, et forbud mod at anvende beviserne, hvis det i en sammenlignelig indenlandsk sag ikke ville være lovligt i udstedelsesstaten at [anordne] den foranstaltning, der ligger til grund for bevisindsamlingen i fuldbyrdelsesstaten, og de ved en sådan ulovlig indenlandsk foranstaltning indsamlede beviser ikke ville kunne anvendes i henhold til udstedelsesstatens lovgivning?

   c) Udgør det en tilsidesættelse af EU-retten, navnlig effektivitetsprincippet, hvis den straffeprocessuelle anvendelse af bevismateriale, hvis indsamling var i strid med EU-retten netop som følge af manglende mistanke, i forbindelse med en interesseafvejning begrundes med grovheden af de handlinger, som først bliver kendte ved undersøgelsen af bevismaterialet?

d) Subsidiært: Følger det af EU-retten, navnlig effektivitetsprincippet, at tilsidesættelser af EU-retten ved indsamlingen af bevismateriale i en national straffesag heller ikke i tilfælde af alvorlige strafbare handlinger kan være helt uden konsekvenser og derfor i det mindste med hensyn til bevisvurderingen eller strafudmålingen skal tages i betragtning til fordel for den tiltalte?«

12. Der er indgivet skriftlige indlæg af anklagemyndigheden i Berlin, den tyske, den estiske, den franske, den nederlandske, den polske og den svenske regering samt Irland og Europa-Kommissionen.

13. Der blev afholdt retsmøde den 4. juli 2023, hvor M.N., anklagemyndigheden i Berlin, den tjekkiske, den tyske, den spanske, den franske, den ungarske, den nederlandske og den svenske regering samt Irland og Kommissionen afgav mundtlige indlæg.

III. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

14. Anfægtelser af strafferetlige domfældelser på baggrund af de aflyttede EncroChat-oplysninger er i øjeblikket genstand for intens drøftelse ved de øverste retsinstanser i Europa [4], og Domstolen er ingen undtagelse.

15. I de fleste af disse sager anfægtes de aflytningsforanstaltninger, som Frankrig har gennemført. Selv om et sådant spørgsmål åbenbart er relevant i de straffesager, der er indledt på grundlag af det bevismateriale, som blev indsamlet ved denne aflytning, er det væsentligt at præcisere, at den foreliggende præjudicielle anmodning ikke vedrører lovligheden af de franske aflytningsforanstaltninger.

16. Den foreliggende sag vedrører derimod den mulige uforenelighed mellem de europæiske efterforskningskendelser, der blev udstedt af anklagemyndigheden i Frankfurt am Main, og direktiv 2014/41 og konsekvenserne af en sådan konklusion. De franske foranstaltninger, hvorved telekommunikation mellem EncroChat-brugere blev aflyttet, blev ikke udløst af disse europæiske efterforskningskendelser. Aflytningerne skete uafhængigt af de omhandlede europæiske efterforskningskendelser. Den retlige anfægtelse af disse efterforskningskendelser er et anliggende for de kompetente franske retter.

17. Ved de i den foreliggende sag omhandlede europæiske efterforskningskendelser blev der ikke tilstræbt indsamling af oplysninger i Frankrig ved aflytning af telekommunikation, men blot anmodet om overførsel af det bevismateriale, der allerede var indsamlet ved aflytningen i Frankrig.

[4] – F.eks. fastslog Conseil constitutionnel (forfatningsråd, Frankrig) i april 2022, at den franske lovgivning, på grundlag af hvilken den tilgrundliggende kommunikationsaflytningsforanstaltning i den foreliggende sag blev anordnet, er i overensstemmelse med den franske forfatning, i afgørelse 2022-987 QPC af 8.4.2022; Bundesgerichthof (forbundsdomstol, Tyskland) fastslog, at aflytningen var lovlig i henhold til tysk lov i dom 5 StR 457/21 af 2.3.2022; endelig verserer en anfægtelse af anvendelsen af EncroChat-oplysninger fra Frankrig ved britiske domstole i øjeblikket for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) i sag nr. 44715/20 (A.L mod Frankrig) og nr. 47930/21 (E.J. mod Frankrig). Den 3.1.2022 sendte Menneskerettighedsdomstolen bl.a. parterne spørgsmål om, hvorvidt de havde mulighed for at anfægte aflytningsforanstaltningerne for kompetente franske retter (men ikke havde gjort brug af en sådan mulighed).

18. Disse faktiske omstændigheder skal betegnes korrekt i henhold til direktiv 2014/41. Nærmere bestemt fastsætter artikel 1, stk. 1, i direktiv 2014/41, at en europæisk efterforskningskendelse for det første kan udstedes »for at få en eller flere specifikke efterforskningsforanstaltninger udført i en anden medlemsstat« og for det andet »for at fremskaffe bevismateriale, som de kompetente myndigheder i fuldbyrdelsesstaten allerede er i besiddelse af«[5].

19. Forenklet sagt kan en europæisk efterforskningskendelse udstedes enten med henblik på at fremskaffe nyt bevismateriale eller med henblik på overførsel af bevismateriale, som allerede findes. Jeg vil anvende denne terminologi til at henvise til de to forskellige typer europæisk efterforskningskendelse.

20. I hovedsagen blev de europæiske efterforskningskendelser udstedt med henblik på det sidstnævnte formål: Anklagemyndigheden i Berlin anmodede om overførsel af bevismateriale, som Frankrig allerede var i besiddelse af.

21. Det fremgår imidlertid klart af den præjudicielle anmodning, at den forelæggende ret for det første finder, at på trods af sondringen mellem de to typer europæiske efterforskningskendelser i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2014/41, kan en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale ikke udstedes uden at tage i betragtning, hvorledes dette bevismateriale oprindeligt blev indsamlet. For det andet rejser den forelæggende ret tvivl om forholdsmæssigheden og dermed lovligheden af de oprindelige foranstaltninger i Frankrig, hvorved det bevismateriale, de senere blev overført til Tyskland, blev indsamlet. Endelig er den forelæggende ret uenig med den tyske forbundsdomstol[6], som har fastslået, at de aflyttede EncroChat-oplysninger kunne anvendes som bevismateriale i Tyskland[7].

22. På denne baggrund skal Domstolen afklare, om betingelserne for at udstede en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale kræver en vurdering af de tilgrundliggende bevisindsamlingsforanstaltninger i fuldbyrdelsesstaten. Jeg præciserer indledningsvis og vil senere drøfte dette yderligere, at udstedelsesmyndigheden i et sådant scenario ikke kan rejse tvivl om lovligheden af de foranstaltninger, hvorved fuldbyrdelsesstaten indsamlede bevismateriale. Denne sag vedrører derfor ikke forholdsmæssigheden af den franske foranstaltning om aflytning af EncroChat-telefoner.

B. Omstrukturering af den forelæggende rets spørgsmål og opbygningen af forslaget til afgørelse

23. Ifølge den forelæggende ret blev de europæiske efterforskningskendelser udstedt i strid med direktiv 2014/41, idet i) de ikke overholdt de betingelser, der er fastsat i dette direktivs artikel 6, stk. 1, og ii) de blev udstedt af en offentlig anklager og ikke af en ret. Endvidere burde de franske

[5] – Før vedtagelsen af direktiv 2014/41 var overførsel af bevismateriale, som en anden medlemsstat allerede er i besiddelse af, reguleret ved Rådets rammeafgørelse 2008/978/RIA af 18.12.2008 om en europæisk bevissikringskendelse med henblik på fremskaffelse af genstande, dokumenter og data til brug i straffesager (EUT 2008, L 350, s. 72). Det fremgår af fjerde til syvende betragtning til direktiv 2014/41, at den tidligere ordning var for fragmenteret og kompliceret, hvorfor den europæiske efterforskningskendelse blev udformet som et enkelt instrument til fremskaffelse af nyt og allerede eksisterende bevismateriale.

[6] – Jf. denne rets afgørelse som anført i fodnote 4.

[7] – Denne præjudicielle anmodning er derfor et eksempel på et klassisk forløb, hvor den præjudicielle procedure medfører, at ordinære nationale retter tillægges beføjelser i forhold til de overordnede retsinstanser, tydeligst udtrykt af K.J. Alter, »The European Court's Political Power«, *West European Politics*, bind 19(3), 1996, s. 452. For en empirisk demonstration af den omvendte dynamik, hvor overordnede nationale retsinstanser forelægger Domstolen spørgsmål for at afskære de underordnede retsinstanser fra at gøre det samme, jf. T. Pavone og D.R. Kelemen, »The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and national courts revisited«, *European Law Journal*, bind 25(4), 2019, s. 352.

myndigheder i overensstemmelse med artikel 31 i direktiv 2014/41 have underrettet den kompetente tyske ret om aflytningsforanstaltningerne. Endelig finder retten, at EU-retten, nærmere bestemt ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet, skal fortolkes således, at den er til hinder for, at bevismateriale, som er indsamlet i strid med direktiv 2014/41, anvendes i straffesagen.

24. Den forelæggende ret ønsker således nærmere bestemt oplyst, om dens forståelse af direktiv 2014/41 og virkningerne heraf er korrekt. Den har struktureret sine spørgsmål i fem grupper, som jeg har reorganiseret med henblik på min bedømmelse som anført herunder.

25. De første tre grupper spørgsmål vedrører fortolkningen af den myndighed, der er kompetent til at udstede en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale, og betingelserne for at udstede en sådan europæisk efterforskningskendelse. Spørgsmålene om betingelserne, som er anført i artikel 6, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 2014/41, er forbundet med spørgsmålene om den kompetente udstedelsesmyndighed. Jeg vil derfor behandle dem samlet under punkt C.

26. Den fjerde gruppe spørgsmål, hvormed der anmodes om fortolkning af artikel 31, stk. 1 og 3, i direktiv 2014/41, kan behandles separat, hvilket jeg vil gøre under punkt D.

27. Endelig vil jeg bedømme den sidste gruppe spørgsmål, som vedrører følgerne af en mulig tilsidesættelse af direktiv 2014/41, under punkt E. Disse spørgsmål kan karakteriseres som hypotetiske, såfremt det ikke følger af besvarelsen af de foregående spørgsmål, at direktiv 2014/41 er blevet tilsidesat. Eftersom denne konklusion afhænger af fortolkningen af den relevante nationale lovgivning, som tilkommer den forelæggende ret, foreslår jeg, at Domstolen også besvarer disse spørgsmål.

C. Betingelserne for udstedelse af en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale og den kompetente udstedelsesmyndighed

28. De betingelser for udstedelse af en europæisk efterforskningskendelse, som udstedelsesmyndigheden skal vurdere[8], er fastsat i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2014/41. Denne bestemmelse har følgende ordlyd:

»Udstedelsesmyndigheden kan kun udstede en europæisk efterforskningskendelse, når den anser det for godtgjort, at følgende betingelser er opfyldt:

a) udstedelsen af den europæiske efterforskningskendelse er nødvendig og står i et rimeligt forhold til de i artikel 4 omhandlede formål med retssagen under hensyn til den mistænktes eller tiltaltes rettigheder, og

b) der kunne være blevet udstedt kendelse om den eller de efterforskningsforanstaltninger, der er anført i den europæiske efterforskningskendelse, under samme omstændigheder i en lignende national sag.«

[8] – Jf. artikel 6, stk. 2, i direktiv 2014/41.

29. Direktiv 2014/41 fastsætter således to betingelser for udstedelse af en europæisk efterforskningskendelse. Disse betingelser har til formål at sikre, at den europæiske efterforskningskendelse ikke udstedes i strid med udstedelsesstatens lovgivning [9]. Eftersom den strafferetlige efterforskning eller den efterfølgende straffesag finder sted i udstedelsesstaten, har disse betingelser i sidste ende til formål at beskytte de tiltaltes og mistænktes rettigheder. Manglende overholdelse af disse betingelser kan i henhold til artikel 14, stk. 2, i direktiv 2014/41 kun gøres gældende i udstedelsesstaten.

30. Med henblik på opfyldelsen af disse formål kræver artikel 6, stk. 1, i direktiv 2014/41, at udstedelsesmyndigheden foretager en abstrakt og en konkret vurdering.

31. Den abstrakte vurdering er omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41 og indebærer, at udstedelsesmyndigheden skal fastslå, om den efterforskningsforanstaltning, som vil blive genstand for en europæisk efterforskningskendelse, findes i national ret, og under hvilke betingelser der kan udstedes kendelse om en sådan foranstaltning.

32. Den konkrete vurdering, som er omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra a), i direktiv 2014/41, indebærer, at udstedelsesmyndigheden er forpligtet til at fastslå, om en bestemt europæisk efterforskningskendelse er nødvendig og står i et rimeligt forhold til formålene med en konkret straffesag.

33. Først når udstedelsesmyndigheden som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41 har fastslået, at national lovgivning i princippet tillader en bestemt efterforskningsforanstaltning, kan den behandle den konkrete sag og vurdere nødvendigheden og forholdsmæssigheden som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra a), i direktiv 2014/41. Jeg finder det derfor mere logisk at drøfte disse to betingelser i omvendt rækkefølge.

34. Både de abstrakte og de konkrete betingelser er forbundet med spørgsmålet om, hvilken myndighed der har kompetence til at udstede en europæisk efterforskningskendelse i en konkret sag. Ifølge den forelæggende ret var den offentlige anklager under den foreliggende sags omstændigheder kompetent til at udstede europæiske efterforskningskendelser med henblik på overførsel af bevismateriale fra Frankrig bestående af aflyttede telekommunikationsoplysninger.

35. Artikel 2, litra c), i direktiv 2014/41 fastsætter, hvilke myndigheder der kan udstede en europæisk efterforskningskendelse. Den relevante bestemmelse har følgende ordlyd:

»»udstedelsesmyndighed«:

i) en dommer, domstol, undersøgelsesdommer eller offentlig anklager, der er kompetent i den pågældende sag« [10].

[9] – Jf. i denne forbindelse dom af 16.12.2021, Spetsializirana prokuratura (Trafik- og lokaliseringsdata) (C-724/19, EU:C:2021:1020, præmis 44). Jf. også A. Csúri, »Towards an Inconsistent European Regime of Cross-Border Evidence: The EPPO and the European Investigation Order«, i W. Geelhoed m.fl., *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, T.M.C. Asser Press, Haag, 2018, s. 146.

[10] – I henhold til artikel 2, litra c), nr. ii), i direktiv 2014/41 kan en anden kompetent myndighed i henhold til national ret også udstede en europæisk efterretningskendelse, når denne europæiske efterretningskendelse herefter godkendes af en af de myndigheder, der er anført i dette direktivs artikel 2, litra c), nr. i).

36. Artikel 2, litra c), nr. i), i direktiv 2014/41 opregner således myndigheder, som uden yderligere godkendelse kan udstede en europæisk efterforskningskendelse. Til forskel fra rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre [11] opregner direktiv 2014/41 udtrykkeligt offentlige anklagere blandt sådanne myndigheder [12]. I modsætning til rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre fastslog Domstolen således i dom i sagen Staatsanwaltschaft Wien (Forfalskede overførselsordrer), at en offentlig anklager kan være den myndighed, der udsteder en europæisk arrestordre, selv hvis den ikke er fuldstændig uafhængig i forhold til den udøvende magt [13].

37. Det forhold, at offentlige anklagere således principielt tillægges beføjelser, medfører imidlertid ikke, at de er den kompetente udstedelsesmyndighed i alle sager. Dette afhænger i stedet af sagens omstændigheder og er forbundet med de betingelser, der er fastsat i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2014/41. Derfor vil jeg ikke blot vurdere, *hvad* disse betingelser kræver af en udstedelsesmyndighed, men også deres betydning for, *hvilken* myndighed der kan være tale om.

1. Artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41 og en lignende national sag

38. Artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41 underlægger udstedelsen af en europæisk efterforskningskendelse den betingelse, at efterforskningsforanstaltningen ville være *mulig under samme omstændigheder i en lignende national sag*.

39. Det er derfor nødvendigt at fortolke, hvad der skal forstås ved en lignende national sag, hvis der udstedes en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale.

40. Før begrebet »en lignende national sag« fortolkes, anføres følgende indledende bemærkning. Denne problemstilling opstod og er blevet drøftet af denne sags parter som følge af forbundsdomstolens synspunkt [14], hvorefter artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41 slet ikke finder anvendelse på en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale. Overførsel af bevismateriale er ifølge denne ret ikke en efterforskningsforanstaltning som sådan og falder således uden for denne bestemmelses anvendelsesområde.

41. Jeg deler ikke dette synspunkt: Artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41 fastsætter betingelserne for udstedelse af en europæisk efterforskningskendelse uden at sondre mellem de to typer foranstaltninger, der er nævnt i artikel 1 i direktiv 2014/41. Bestemmelsens ordlyd udelukker ikke efterforskningsforanstaltninger, hvorved der anmodes om overførsel af allerede

[11] – Rådets rammeafgørelse 2002/584/RIA af 13.6.2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne (EFT 2002, L 190, s. 1), som ændret ved Rådets rammeafgørelse 2009/299/RIA af 26.2.2009 om ændring af rammeafgørelse 2002/584/RIA, rammeafgørelse 2005/214/RIA, rammeafgørelse 2006/783/RIA, rammeafgørelse 2008/909/RIA og rammeafgørelse 2008/947/RIA samt styrkelse af personers proceduremæssige rettigheder og fremme af anvendelsen af princippet om gensidig anerkendelse i forbindelse med afgørelser afsagt, uden at den pågældende selv var til stede under retssagen (EUT 2009, L 81, s. 24) (herefter »rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre«).

[12] – I dom af 2.3.2023, Staatsanwaltschaft Graz (myndigheden for retsforfølgning og efterforskning af skattesager i Düsseldorf) (C-16/22, EU:C:2023:148, præmis 33-36), fastslog Domstolen, at artikel 2, litra c), nr. i) og ii), i direktiv 2014/41 gensidigt udelukker hinanden.

[13] – Dom af 8.12.2020, Staatsanwaltschaft Wien (Forfalskede overførselsordrer) (C-584/19, EU:C:2020:1002, præmis 57-63). Derimod fastslog Domstolen i dom af 27.5.2019, OG og PI (Anklagemyndighederne i Lübeck og i Zwickau) (C-508/18 og C-82/19 PPU, EU:C:2019:456, præmis 88-90), at den tyske offentlige anklager i den sag ikke opfyldte det krav om uafhængighed, som er nødvendigt for at kunne udstede en europæisk arrestordre. Heraf følger, at en offentlig anklager, som ikke er fuldstændig uafhængig af den udøvende magt, ikke kan udstede en europæisk arrestordre, men ikke desto mindre kan udstede en europæisk efterforskningskendelse. Det skal understreges, at en adgang til at anlægge søgsmål mod den offentlige anklager i disse to domme blev fundet tilstrækkelig med henblik på beskyttelsen af grundlæggende rettigheder i forbindelse med udstedelsen af en europæisk efterforskningskendelse, men utilstrækkelig i forbindelse med udstedelsen af en europæisk arrestordre.

[14] – Jf. forbundsdomstolens afgørelse som anført i fodnote 4.

eksisterende bevismateriale, fra dens anvendelsesområde. Artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41 finder derfor også anvendelse på en europæisk efterforskningskendelse, der er udstedt med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale som i den foreliggende sag [15].

42. Spørgsmålet om, hvad der udgør en lignende national sag, som er relevant for vurderingen af, om der kan udstedes en europæisk efterforskningskendelse, kan besvares forskelligt, afhængigt af om en europæisk efterforskningskendelse udstedes med henblik på indsamling af nyt bevismateriale eller overførsel af bevismateriale, som allerede findes. Som anført af Kommissionen, anklagemyndigheden i Berlin og den tyske regering er en lignende national sag derfor en sag, hvor bevismateriale overføres fra én straffesag til en anden i Tyskland (f.eks. fra den offentlige anklager i München til den tilsvarende myndighed i Berlin).

43. Denne fortolkning bekræftes af ordlyden i artikel 6, stk. 1, litra b), hvorefter »de efterforskningsforanstaltninger, der er *anført i den europæiske efterforskningskendelse*« [16], er foranstaltninger, hvorom myndigheden skal kunne udstede kendelse i indlandet. I den foreliggende sag består den foranstaltning, der er anført i de europæiske efterforskningskendelser, i overførslen af bevismateriale, der allerede var i de franske myndigheders besiddelse.

44. Det er et anliggende for tysk lovgivning, om det er muligt at overføre bevismateriale bestående af aflyttet kommunikation, som er indsamlet med henblik på én strafferetlig efterforskning eller straffesag, til en anden. Dette spørgsmål afklares ikke af direktiv 2014/41, da dette direktiv derimod henviser til udstedelsesstatens lovgivning.

45. Spiller de tilgrundliggende foranstaltninger, hvorved bevismaterialet blev indsamlet i Frankrig, nogen rolle for denne vurdering?

46. I det omfang national lovgivning fastsætter betingelser for overførsel af bevismateriale mellem straffesager, kan den tilgrundliggende foranstaltning blive relevant. Hvis tysk lovgivning f.eks. forbyder en indenlandsk overførsel af aflyttet telekommunikation fra én straffesag til en anden, vil udstedelsesmyndigheden ligeledes være afskåret fra at anordne en sådan grænseoverskridende overførsel.

47. Dette synes imidlertid ikke at være tilfældet i den foreliggende sag. I retsmødet bekræftede den tyske regering, at overførslen af bevismateriale mellem to straffesager er mulig i henhold til tysk lovgivning, herunder bevismateriale, som er indsamlet ved aflytning af kommunikation.

[15] – Det skal tilføjes, at der i retsmødet blev rejst det spørgsmål, om den omstændighed, at Tyskland via Europol fik adgang i realtid til den aflyttede kommunikation (i det mindste fra den 3.4.2020), betyder, at Tyskland ikke behøvede at udstede en europæisk efterforskningskendelse, hvorved der blev anmodet om indsamling af disse oplysninger. Som anklagemyndigheden og den tyske regering har anført, blev denne adgang ikke muliggjort med henblik på strafferetlig forfølgning, men alene af præventive politimæssige formål. De har gjort gældende, at de europæiske efterforskningskendelser efterfølgende var nødvendige med henblik på anvendelsen af dette bevismateriale i den tyske straffesag. Derimod var en europæisk efterforskningskendelse om indsamling af de oplysninger, der blev gjort tilgængelige i realtid, ikke nødvendig (eller for den sags skyld mulig), eftersom denne adgang til oplysninger ikke blev givet i forbindelse med sager, som er opregnet i artikel 4 i direktiv 2014/41. Dette direktiv fandt derfor ikke anvendelse på politiets adgang til oplysninger i realtid.

[16] – Min fremhævelse.

Betingelserne for en sådan overførsel er fastsat i den tyske Strafprozessordnung (strafferetsplejeloven). Det tilkommer den forelæggende ret at fortolke tysk lovgivning med henblik på at afklare, om dette faktisk er tilfældet [17].

48. Direktiv 2014/41 kræver imidlertid ikke, men er derimod til hinder for, at udstedelsesmyndigheden vurderer, om de tilgrundliggende foranstaltninger, hvorved bevismaterialet blev indsamlet, blev truffet lovligt i udstedelsesstaten. Når udstedelsesmyndigheden udsteder en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale, er den bundet af princippet om gensidig anerkendelse, som ligger til grund for samarbejdet i strafferetlige sager i Den Europæiske Union. Medmindre de tilgrundliggende foranstaltninger kendes ulovlige i retssager i Frankrig, som den berørte person skal have mulighed for at anlægge [18], har udstedelsesmyndigheden ikke mulighed for at anfægte deres lovlighed.

49. M.N. har gjort gældende, at en sondring mellem overførslen af bevismateriale og de foranstaltninger, hvorved de blev indsamlet, gør det muligt at omgå beskyttelsen af mistænkte eller tiltalte i henhold til udstedelsesstatens lovgivning. Ifølge M.N. henvendte de tyske myndigheder sig til de franske myndigheder for at fremskaffe bevismateriale i strid med tysk lovgivning.

50. Den foreliggende sags omstændigheder giver ikke anledning til mistanke om misbrug af grænseoverskridende efterforskningsprocedurer. Frankrig kom i besiddelse af det pågældende bevismateriale som led i sin egen strafferetlige efterforskning. Selv om det viste sig, at Tyskland også var interesseret i dette bevismateriale, begyndte Frankrig ikke at indsamle det med henblik på den tyske strafferetlige efterforskning. Selv hvis det er rigtigt, at en tysk ret ikke ville godkende en sådan aflytning, såfremt den blev foretaget i Tyskland, har de franske myndigheder således gennemført disse foranstaltninger i overensstemmelse med fransk lovgivning og med en kompetent fransk rets godkendelse.

[17] – Det fremgår af min egen – nødvendigvis overfladiske – undersøgelse af strafferetsplejeloven, at § 477, stk. 2, fastsætter en ex officio-overførsel af personoplysninger fra én straffesag til en anden og i henhold til § 480, stk. 1, skal en offentlig anklager træffe afgørelse herom under den forberedende sagsbehandling og efter sagens endelige afgørelse, idet det i øvrige tilfælde tilkommer den dommer, der skal tage stilling til sagen, at træffe afgørelse herom. En pligt til at overføre bevismateriale kan udledes af princippet om obligatorisk retsforfølgning, som er fastsat i § 152, stk. 2. En overførsel er principielt kun mulig, såfremt det relevante bevismateriale vedrører en strafbar handling, med henblik på hvis retsforfølgning en sådan foranstaltning kunne være blevet anordnet, idet der i modsat fald kræves samtykke fra den berørte person. B. Vogel, P. Köppen og T. Wahl, »Access to Telecommunication Data in Criminal Justice: Germany«, i U. Sieber og N. Von Zur Mühlen (red.), *Access to Telecommunication Data in Criminal Justice. A Comparative Analysis of European Legal Orders*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2016, s. 518, og G. Gieg i C. Barthe og J. Gericke (red.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, § 477, stk. 1, og § 479, stk. 3, C.H. Beck, München, 2023.

[18] – Spørgsmålet om, hvorvidt de personer, der er berørt af EncroChat-aflytningerne, havde mulighed for at anfægte dem i Frankrig, behandles i øjeblikket for Menneskerettighedsdomstolen. Jf. fodnote 4 ovenfor.

51. Til trods for at de strafferetlige systemer i medlemsstaterne udviser betydelige forskelle [19], indebærer dette ikke, at ét system beskytter mistænkte og tiltalte personers grundlæggende rettigheder, mens et andet system tilsidesætter dem. Derimod hviler det retlige samarbejde i straffesager i Den Europæiske Union på en formodning om, at alle medlemsstater overholder grundlæggende rettigheder. Selv om denne formodning kan tilsidesættes i en specifik sag for en kompetent ret, berører dette ikke princippet om gensidig tillid, som ligger til grund for den europæiske efterforskningskendelse og andre samarbejdsinstrumenter i straffesager.

52. I henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41 er det derfor nødvendigt, at udstedelsesmyndigheden undersøger, om de oplysninger, som er indsamlet ved aflytningen af telekommunikation med henblik på én straffesag inden for Tyskland, kan overføres til en anden straffesag. Hvis dette er tilfældet, kan denne myndighed udstede en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af bevismateriale, som er indsamlet ved aflytning af telekommunikation i en anden EU-medlemsstat. Når udstedelsesmyndigheden udsteder en sådan europæisk efterforskningskendelse, kan den ikke anfægte lovligheden af de foranstaltninger, hvorved bevismaterialet blev indsamlet i fuldbyrdelsesstaten.

53. Endelig ønsker den forelæggende ret med det tredje spørgsmål, litra b), subsidiært oplyst, om det er relevant, at den aflytning, som fuldbyrdelsesstaten foretog, omfattede oplysninger på mobiltelefoner tilhørende brugere i Tyskland, eller at denne aflytning var af interesse for straffesager i Tyskland. Efter min opfattelse er disse omstændigheder, selv hvis de er korrekte, ikke relevante for fortolkningen af artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41.

54. For det første er det forhold, at aflytningen vedrørte mobiltelefoner tilhørende brugere på tysk område, irrelevant for, om artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41 finder anvendelse: Uanset hvor bevismaterialet er indsamlet, skal det være i overensstemmelse med de tyske regler, der ville finde anvendelse på en lignende national sag, for at det kan overføres fra Frankrig til Tyskland ved en europæisk efterforskningskendelse.

55. For det andet er formodningen om, at de franske myndigheder aflyttede kommunikationen i Tysklands interesse, en faktuel formodning, som ikke underbygges i forelæggelseskendelsen, og som Domstolen ikke kan udtale sig om, og mere væsentligt er der intet i artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41, der støtter den konklusion, at udstedelsesstatens interesse er relevant for fortolkningen af denne bestemmelse.

[19] – Der er stor variation mellem nationale straffesager i de forskellige medlemsstater, ikke kun hvad angår de efterforskningsforanstaltninger, der er tilgængelige (I. Armada, »The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence: Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?«, *New Journal of European Criminal Law*, bind 6(1), 2015, s. 9), men også hvad angår de betingelser, der er knyttet til deres anvendelse (L. Bachmaier, »Mutual Recognition and Cross-Border Interception of Communications: The Way Ahead for the European Investigation Order«, i C. Brière og A. Weyembergh (red.), *The Needed Balances in EU Criminal Law: Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford, 2018, s. 317). Med hensyn til aflytning af kommunikation fastsætter visse medlemsstater f.eks. en liste over strafbare handlinger, med henblik på hvis efterforskning en sådan foranstaltning kan iværksættes (f.eks. Tyskland); andre fokuserer på kriteriet om en minimumsstraf (f.eks. Frankrig); andre igen anvender en blanding af de to tilgange. Ydermere giver forskellige nationale lovgivninger mulighed for en sådan efterforskningsforanstaltning på den betingelse, at der foreligger en vis grad af mistanke, eller en obligatorisk nødvendighedsvurdering (hvorvidt det samme resultat kunne nås med en mindre indgribende foranstaltning). Endelig adskiller medlemsstaterne sig fra hinanden med hensyn til den maksimale længde af aflytningskendelsen og muligheden for at forlænge den (jf. T. Tropina, »Comparative Analysis«, i U. Sieber og N. Von Zur Mühlen (red.), *Access to Telecommunication Data in Criminal Justice. A Comparative Analysis of European Legal Orders*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2016, s. 67-72 og 77-79).

Delkonklusion

56. Når en europæisk efterforskningskendelse udstedes med henblik på overførsel af bevismateriale, som allerede er i en anden stats besiddelse, indebærer henvisningen til en lignende national sag i artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41, at udstedelsesmyndigheden skal fastslå, om og under hvilke betingelser den relevante nationale lovgivning giver mulighed for en indenlandsk overførsel mellem straffesager af bevismateriale, som er indsamlet ved aflytning af kommunikation.

57. Når udstedelsesmyndigheden afgør, om den kan udstede en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale, kan den ikke vurdere lovligheden af den tilgrundliggende foranstaltning, hvorved det bevismateriale, hvis overførsel den anmoder om ved en europæisk efterforskningskendelse, blev indsamlet i fuldbyrdelsesstaten.

58. Det forhold, at de tilgrundliggende foranstaltninger blev gennemført på udstedelsesstatens område eller i denne stats interesse, påvirker ikke ovenstående besvarelse.

2. Artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41 og den kompetente udstedelsesmyndighed

59. Ifølge den forelæggende ret burde de europæiske efterforskningskendelser i den foreliggende sag have været udstedt af en ret og ikke af en offentlig anklager. I denne forbindelse ønsker den forelæggende ret for det første oplyst, om en sådan konklusion følger af en samlet læsning af artikel 2, litra c), nr. i), og artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41, og, for det andet, om det forhold, at de franske myndigheder aflyttede mobiltelefoner på tysk område, påvirker besvarelsen af dette spørgsmål.

60. Domstolen har allerede bemærket, at artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41 faktisk er relevant for fastlæggelsen af den kompetente udstedelsesmyndighed i en bestemt sag. I dommen i sagen Spetsialisirana Prokuratura (Trafik- og lokaliseringsdata) forbandt Domstolen artikel 2, litra c), nr. i), i direktiv 2014/41 med samme direktivs artikel 6, stk. 1, litra b)[20]. Den bemærkede, at en europæisk efterforskningskendelse skal udstedes af en ret, hvis dette kræves i henhold til udstedelsesstatens lovgivning vedrørende samme foranstaltning i en national sammenhæng[21]. I et sådant tilfælde er en ret den kompetente udstedelsesmyndighed, selv om den offentlige anklager nævnes i artikel 2, litra c), nr. i), i direktiv 2014/41[22].

61. Kort sagt kan en offentlig anklager i princippet være en udstedende myndighed, men den nationale lovgivning, der ville finde anvendelse i en lignende national sag, er afgørende for fastlæggelsen af den kompetente udstedelsesmyndighed i en konkret sag.

62. Henset til min ovenstående bedømmelse af, hvad der skal forstås ved en lignende national sag som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41, når en europæisk efterforskningskendelse udstedes med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale, burde

[20] – Dom af 16.12.2021, Spetsializirana prokuratura (Trafik- og lokaliseringsdata) (C-724/19, EU:C:2021:1020, præmis 35 og 44). Jf. også dom af 8.12.2020, Staatsanwaltschaft Wien (Forfalskede overførselsordrer) (C-584/19, EU:C:2020:1002, præmis 52).

[21] – Dom af 16.12.2021, Spetsializirana prokuratura (Trafik- og lokaliseringsdata) (C-724/19, EU:C:2021:1020, præmis 35 og 45).

[22] – Dette giver også mening med henblik på at forhindre forum shopping: Hvis national lovgivning kræver deltagelse af en ret i nationale sager, bør anvendelsen af en europæisk efterforskningskendelse ikke medføre, at dette krav bortfalder. A. Mangiaracina, »A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order«, *Utrecht Law Review*, bind 10(1), 2014, s. 126.

den europæiske efterforskningskendelse have været udstedt af en ret, såfremt dette kræves i henhold til tysk lovgivning i forbindelse med en indenlandsk overførsel af de aflyttede telekommunikationsoplysninger.

63. Ved fastlæggelsen af den kompetente udstedelsesmyndighed er det således irrelevant, om en ret i henhold til tysk lovgivning ville være forpligtet til at godkende aflytningsforanstaltningerne. Der er kun behov for at spørge, om en ret ville være forpligtet til at godkende dem i forbindelse med en lignende indenlandsk overførsel. Dette synes ikke at være tilfældet i henhold til tysk lovgivning.

64. Når det er sagt, henstår der én væsentlig bekymring. Såfremt overførslen af eksisterende bevismateriale var foregået internt, fra én offentlig anklager til en anden (f.eks. fra München til Berlin), ville den tilgrundliggende foranstaltning om aflytning af telekommunikation i henhold til tysk lovgivning være blevet anordnet af en ret. Forholdsmæssigheden af indgrebet i grundlæggende rettigheder ville således have været underlagt domstolskontrol. Dette gør det med hensyn til beskyttelsen af mistænktes og tiltaltes rettigheder acceptabelt at tillade anvendelse af dette bevismateriale i en anden straffesag uden på ny at inddrage en ret.

65. Når den tilgrundliggende foranstaltning er reguleret ved et andet retssystem, opererer en regel, som ikke kræver domstolskontrol med overførslen af eksisterende bevismateriale, imidlertid i en anden og uvant sammenhæng [23].

66. Ikke desto mindre blev aflytningen af telekommunikation i den foreliggende sag godkendt af franske retter [24]. Princippet om gensidig anerkendelse, som ordningen for den europæiske efterforskningskendelse bygger på, kræver, at tyske myndigheder tillægger dette processuelle skridt samme vægt, som de ville gøre i en indenlandsk sammenhæng. Dette gælder, selv om en tysk ret i en konkret sag ville træffe en anden afgørelse.

67. Hvordan ville det forholde sig, hvis fransk lovgivning ikke krævede domstolsgodkendelse af aflytningsforanstaltningerne? I retsmødet gjorde Kommissionen gældende, at situationen i så fald ville være anderledes, og hævdede med denne begrundelse, at den europæiske efterforskningskendelse, hvorved der blev anmodet om overførsel af eksisterende bevismateriale, muligvis ville kunne anses for at være i strid med EU-retten, såfremt de franske retter ikke havde godkendt den tilgrundliggende foranstaltning. Det synes at følge heraf, at den tilgrundliggende foranstaltning ikke er helt uden betydning for anvendelsen af artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41, når en europæisk efterforskningskendelse udstedes med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale.

68. Når national lovgivning giver en offentlig anklager beføjelse til at anmode om overførsel af bevismateriale, eftersom den oprindelige indsamling af dette bevismateriale blev godkendt af en ret, bliver denne nationale regel efter min opfattelse relevant i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/41. Dette betyder, at udstedelsesmyndigheden skal efterprøve, om den tilgrundliggende foranstaltning blev godkendt af en domstol som krævet i henhold til national

[23] – Det skal dog anføres, at de bestræbelser, der gøres for at sikre en minimumsharmonisering på området for strafferetspleje, spiller en væsentlig rolle med henblik på at »vænne« de forskellige retssystemer i medlemsstaterne til hinanden. Jeg tænker i denne henseende på instrumenter såsom Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/343 af 9.3.2016 om styrkelse af visse aspekter af uskyldsformodningen og retten til at være til stede under retssagen i straffesager (EUT 2016, L 65, s. 1) eller Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/13/EU af 22.5.2012 om ret til information under straffesager (EUT 2012, L 142, s. 1).

[24] – I denne sammenhæng har jeg allerede nævnt, at det franske forfatningsråd i april 2022 fastslog, at den franske lovgivning, i henhold til hvilken EncroChat-aflytningen blev anordnet, er i overensstemmelse med den franske forfatning. Jf. fodnote 4 ovenfor.

lovgivning. Udstedelsesmyndigheden ville imidlertid ikke kunne anfægte en sådan godkendelses kvalitet, men ville i stedet skulle acceptere domstolsgodkendelsen i fuldbyrdelsesstaten på samme måde som en national godkendelse.

69. Hvis fuldbyrdelsesstaten ikke har inddraget en ret i godkendelsen af den tilgrundliggende foranstaltning, mens udstedelsesstaten ville kræve dette i en lignende national sag, kan sidstnævnte stat dog være underlagt et krav om domstolsgodkendelse for at kunne udstede en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale. Dette er tilfældet, selv hvis den ikke behøver en sådan godkendelse i forbindelse med en intern overførsel af bevismateriale.

70. I den foreliggende sag blev alle de skridt, der blev foretaget med henblik på indsamling af oplysninger gennem EncroChat-serveren i Frankrig, godkendt af kompetente franske retter [25]. Jeg ser derfor ingen grund til, at en tysk offentlig anklager ikke ville kunne udstede en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af dette bevismateriale.

71. Den forelæggende ret har forelagt et subsidiært det første spørgsmål, litra b), som hviler på den præmis, at de tyske myndigheder udløste Frankrigs indsamling af oplysninger i Tysklands interesse, som fandt sted på tysk område [26].

72. Dette spørgsmål er delvist hypotetisk, eftersom bevisindsamlingen fandt sted på fransk initiativ med henblik på Frankrigs egen efterforskning. Opdagelsen af tyske EncroChat-brugere var en følge af og ikke årsagen til aflytningen af telekommunikation.

73. Den omstændighed, at visse EncroChat-brugere befandt sig på tysk område, er efter min opfattelse irrelevant for begrebet udstedelsesmyndighed. Eftersom en europæisk efterforskningskendelse kun kan udstedes med henblik på foranstaltninger, som ville kunne anordnes i en lignende national sag, finder de samme nationale regler vedrørende udstedelsesmyndigheden anvendelse, uanset hvor og af hvem efterforskningsforanstaltningen blev gennemført. Den eneste forskel er, om der anvendes en europæisk efterforskningskendelse eller en national efterforskningskendelse [27].

Delkonklusion

74. Når en tilgrundliggende foranstaltning i fuldbyrdelsesstaten er blevet godkendt af en ret, behøver en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af et sådant bevismateriale ikke også at blive udstedt af en ret, selv hvis den tilgrundliggende bevisindsamling i henhold til udstedelsesstatens lovgivning ville skulle anordnes af en ret.

75. Det forhold, at aflytningen er blevet gennemført på en anden medlemsstats område, gør ingen forskel for fastlæggelsen af udstedelsesmyndigheden.

[25] – Ifølge forelæggelseskendelsen blev dette godkendt af tribunal correctionnel de Lille (retten i første instans i strafferetlige sager i Lille).

[26] – For så vidt som de mobiltelefoner tilhørende tyske brugere, hvorpå der blev lagret oplysninger, befandt sig i Tyskland.

[27] – Relevansen af den aflytning, der gennemføres på udstedelsesstatens område, vil blive behandlet i forbindelse med den fjerde gruppe spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 31 i direktiv 2014/41. Jf. punkt D nedenfor.

3. Artikel 6, stk. 1, litra a), i direktiv 2014/41 og forholdsmæssigheden

76. I henhold til artikel 6, stk. 1, litra a), i direktiv 2014/41 skal en europæisk efterforskningskendelse være nødvendig og stå i et rimeligt forhold til formålene med straffesagen under hensyn til den mistænktes eller tiltaltes rettigheder [28].

77. Denne forholdsmæssighedsvurdering er både reguleret ved EU-retten og udstedelsesstatens lovgivning [29].

78. Udstedelsesmyndigheden skal være overbevist om, at den europæiske efterforskningskendelse er nødvendig og forholdsmæssig i lyset af de omstændigheder, der forelå på tidspunktet for udstedelsen af den europæiske efterforskningskendelse. I denne henseende har M.N. med rette gjort gældende, at det uden tvivl er irrelevant for vurderingen af en europæisk efterforskningskendelses forholdsmæssighed, om den strafferetlige efterforskning gav store resultater og medførte en lang række domfældelser for alvorlige forbrydelser.

79. Det relevante spørgsmål er derimod, om alvoren af det indgreb i privatlivet, der følger af den offentlige anklagers adgang til det overførte bevismateriale, kan begrundes med væsentligheden af den offentlige interesse i den pågældende strafferetlige efterforskning eller straffesag under hensyntagen til omstændighederne i den konkrete sag.

80. I denne henseende har Domstolen i sin retspraksis vedrørende direktiv 2002/58/EF [30] fastslået, at offentlige myndigheders adgang til trafik- og lokaliseringsdata altid udgør et alvorligt indgreb i de berørte personers privatliv [31].

81. Selv om e-databeskyttelsesdirektivet ikke som sådan finder anvendelse på den foreliggende sag [32], er konklusionerne vedrørende alvorlige indgreb i grundlæggende rettigheder som følge af, at der gives adgang til trafik- og lokaliseringsdata, også relevante for den foreliggende sag: De tyske offentlige myndigheders adgang til kommunikationsoplysninger, der blev overført fra Frankrig, kan karakteriseres som et alvorligt indgreb i grundlæggende rettigheder. Imidlertid kan selv et alvorligt indgreb være begrundet i en offentlig interesse af tilsvarende væsentlighed [33].

[28] – Denne bestemmelse præciseres yderligere i 11. betragtning til direktiv 2014/41, hvorefter »[u]dstedelsesmyndigheden […] derfor [bør] vurdere, om det ønskede bevismateriale er nødvendigt og rimeligt i forhold til sagens formål, om den valgte efterforskningsforanstaltning er nødvendig og rimelig med henblik på indsamling af det pågældende bevismateriale, og om en europæisk efterforskningskendelse bør udstedes med henblik på at inddrage en anden medlemsstat i indsamlingen af dette bevismateriale«. Som det fremgår af ordlyden, vedrører denne betragtning primært den første type europæiske efterretningskendelse, altså en europæisk efterretningskendelse med henblik på indsamling af nyt bevismateriale.

[29] – Den formular, hvormed en europæisk efterforskningskendelse udstedes, giver udstedelsesmyndigheden plads til at forklare i detaljer, hvorfor den europæiske efterforskningskendelse er nødvendig under omstændighederne i en bestemt sag (bilag A til direktiv 2014/41, afsnit G). Vedrørende den relevans, som formularen for den europæiske efterforskningskendelse har for vurderingen af forholdsmæssigheden, jf. L. Bachmaier Winter, »The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights«, i S. Ruggeri m.fl. (red.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Berlin, 2013, s. 318.

[30] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.7.2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (EFT 2002, L 201, s. 37) (herefter »e-databeskyttelsesdirektivet«).

[31] – Jf. f.eks. dom af 2.3.2021, Prokuratuur (Betingelser for adgang til data om elektronisk kommunikation) (C-746/18, EU:C:2021:152, præmis 39), og af 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána m.fl. (C-140/20, EU:C:2022:258, præmis 44).

[32] – Dette direktiv finder kun anvendelse på situationer, hvor myndighederne i en stat får adgang til trafik- og lokaliseringsdata, som er gemt af telekommunikationsoperatørerne. Når disse myndigheder direkte aflytter telekommunikationsoplysninger, finder e-databeskyttelsesdirektivet derimod ikke anvendelse. Jf. hvad dette angår 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 103).

[33] – Jf. analogt dom af 21.6.2022, Ligue des droits humains (C-817/19, EU:C:2022:491, præmis 122).

82. Denne interesse kan kun vurderes af udstedelsesmyndigheden (eller den prøvende nationale ret i henhold til artikel 14, stk. 2, i direktiv 2014/41) i lyset af alle sagens omstændigheder, som primært er reguleret ved national lovgivning [34]. Som tidligere nævnt udgøres den relevante nationale lovgivning af den lovgivning, der regulerer overførslen af bevismateriale fra én straffesag til en anden.

83. Domstolen kan ikke træde i udstedelsesmyndighedens eller den prøvende nationale rets sted ved vurderingen af en konkret europæisk efterforskningskendelses forholdsmæssighed. Ud over at Domstolen ikke har kompetence til at gøre dette, har den heller ikke fuldt kendskab til al relevant lovgivning og alle relevante faktiske omstændigheder i forbindelse med en bestemt strafferetlig efterforskning. Derfor tilkommer det ikke Domstolen at afgøre, om det var uforholdsmæssigt at anordne en overførsel af oplysninger om alle EncroChat-brugere i Tyskland, hvis der ikke var konkrete beviser for de begåede strafbare handlinger.

84. Med det andet spørgsmål, litra b), ønsker den forelæggende ret oplyst, om der ved forholdsmæssighedsvurderingen skal tages hensyn til den hemmeligholdelse, der var en del af metoden for aflytningen af oplysningerne, idet integriteten af de indsamlede oplysninger ikke kan kontrolleres af myndighederne i udstedelsesstaten.

85. Efter min opfattelse kan hemmeligholdelsen meget vel påvirke mistænktes eller tiltaltes forsvarsmuligheder. Dette er imidlertid relevant for spørgsmålet om, hvorvidt bevismaterialet kan antages til realitetsbehandling, som omhandles i den femte gruppe spørgsmål fra den forelæggende ret.

Delkonklusion

86. Vurderingen af nødvendigheden og forholdsmæssigheden af en europæisk efterforskningskendelse, hvorved der anmodes om overførsel af eksisterende bevismateriale, er et anliggende for udstedelsesmyndigheden, idet der er mulighed for prøvelse ved den kompetente nationale ret. Ved en sådan vurdering skal det tages i betragtning, at den nationale myndigheds adgang til de aflyttede kommunikationsoplysninger udgør et alvorligt indgreb i de berørte personers privatliv. Dette indgreb skal være opvejet af en væsentlig offentlig interesse i efterforskning og retsforfølgning af strafbare handlinger.

4. Kræver EU-retten, at forholdsmæssigheden vurderes af en ret i tilfælde af alvorlige indgreb i grundlæggende rettigheder?

87. Med det første spørgsmål, litra c), ønsker den forelæggende ret oplyst, om EU-retten uanset den nationale lovgivning, der finder anvendelse, kræver, at en ret godkender en offentlig anklagers adgang til bevismateriale, der er fremskaffet ved aflytning af kommunikation.

88. Den forelæggende ret har anført, at udstedelse af en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af bevismateriale bestående af aflyttet telekommunikation altid kræver domstolsgodkendelse. Retten har henvist til dommen i sagen Prokuratuur (Betingelser for adgang til data om elektronisk kommunikation).

[34] – F.eks. angående den grad af mistanke, der kræves for at anordne en bestemt efterforskningsforanstaltning.

89. I denne dom fastslog Domstolen, at offentlige myndigheders adgang til data, som udbydere af telekommunikationstjenester lagrer, kræver forudgående godkendelse fra en ret eller en anden upartisk enhed [35]. Domstolen støttede sig på generaladvokatens overbevisende argumentation [36], hvorefter en offentlig anklagemyndighed, som er part i straffesagen, ikke kan anses for at være upartisk. Derfor er det tvivlsomt, om en sådan enhed er i stand til at foretage forholdsmæssighedsvurderingen uden at prioritere interessen i retsforfølgning højere end mistænktes og tiltaltes interesse i privatliv og databeskyttelse.

90. For så vidt som artikel 6, stk. 1, litra a), også kræver, at en europæisk efterforskningskendelse er forholdsmæssig, opstår på baggrund af den i dommen sagen Prokuratuur (Betingelser for adgang til data om elektronisk kommunikation) anvendte logik det spørgsmål, om en offentlig anklager nogensinde kan tildeles opgaven med at udføre en sådan forholdsmæssighedsvurdering.

91. Direktiv 2014/41 overlader vurderingen af, om en offentlig anklager kan udstede en europæisk efterforskningskendelse, til de nationale retsordener. Dette giver mening i lyset af forskellene i organiseringen af de strafferetlige systemer i medlemsstaterne. Denne vurdering, som foretages i de nationale retsordener, omfatter spørgsmålet om, hvorvidt den offentlige anklager kan gennemføre en upartisk forholdsmæssighedsvurdering. Hvis det forhold, at den offentlige anklager er part i straffesagen, er til hinder for, at denne myndighed udsteder en europæisk efterforskningskendelse, vil artikel 2, litra c), nr. i), i direktiv 2014/41 være meningsløs.

92. Den forelæggende ret har dog påpeget, at EU-retten kun bør finde anvendelse og kræve en domstolsgodkendelse, når foranstaltningerne indebærer et alvorligt indgreb i grundlæggende rettigheder. Denne situation forelå netop i sagen Prokuratuur (Betingelser for adgang til data om elektronisk kommunikation) og andre sager vedrørende e-databeskyttelsesdirektivet.

93. Det korte svar er, at e-databeskyttelsesdirektivet og den relevante retspraksis ikke finder anvendelse på den foreliggende situation. Dette direktiv og denne retspraksis er kun relevant, når udbydere af telekommunikationstjenester i henhold til national lovgivning er forpligtede til at lagre trafik- og lokaliseringsdata i forbindelse med telekommunikation, og når offentlige myndigheder kræver adgang til de således lagrede oplysninger. Når aflytning foretages direkte af medlemsstaterne, uden at udbyderne af telekommunikationstjenester pålægges nogen forpligtelser, er det ikke e-databeskyttelsesdirektivet, der finder anvendelse, men derimod national lovgivning [37].

94. Ved en nærmere undersøgelse af den i dommen sagen Prokuratuur (Betingelser for adgang til data om elektronisk kommunikation) anvendte logik, således som den forelæggende ret har argumenteret for, opstår imidlertid det spørgsmål, hvorfor Domstolen fastslog, at en offentlig anklager som følge af sine opgaver ikke er i stand til at gennemføre en upartisk forholdsmæssighedsvurdering angående rekvirering af telekommunikationsoplysninger fra udbydere af netværkstjenester.

95. I forbindelse med e-databeskyttelsesdirektivet er de oplysninger, som en offentlig anklager får adgang til, altid de oplysninger, som telekommunikationsvirksomheder, der i henhold til national lovgivning skal lagre den brede befolknings trafik- og lokaliseringsdata, er i besiddelse af. Denne

[35] – Dom af 2.3.2021, Prokuratuur (Betingelser for adgang til data om elektronisk kommunikation) (C-746/18, EU:C:2021:152, præmis 51, 53 og 54).

[36] – Generaladvokat Pitruzzellas forslag til afgørelse Prokuratuur (Betingelser for adgang til data om elektronisk kommunikation) (C-746/18, EU:C:2021:152, punkt 103-123).

[37] – 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 103).

lagring af oplysninger vedrører ikke en specifik sag, men udgør derimod masseovervågning. En offentlig anklagers anmodning om adgang med henblik på en specifik strafferetlig efterforskning er det første tilfælde, hvor individuelle omstændigheder kan tages i betragtning. Derfor var det begrundet at kræve, at en ret vurderede forholdsmæssigheden af denne adgang, idet det er nødvendigt at inddrage en ret for at forhindre misbrug af adgangen til oplysninger, der er lagret massivt og generelt.

96. Herved adskiller konklusionerne i dommen sagen Prokuratuur (Betingelser for adgang til data om elektronisk kommunikation) sig fra situationen i den foreliggende sag. Her blev de oplysninger, som skulle overføres, ikke indsamlet udifferentieret fra hele befolkningen, men med henblik på en konkret strafferetlig efterforskning i Frankrig. I dette første skridt, som gjorde disse oplysninger tilgængelige, var indsamlingen af disse oplysninger underlagt domstolskontrol.

97. Derfor er alvoren af det indgreb i grundlæggende rettigheder vedrørende privatliv og databeskyttelse, som gav anledning til dommen sagen Prokuratuur (Betingelser for adgang til data om elektronisk kommunikation), ikke den samme som alvoren af det indgreb, der fulgte af den i den foreliggende sag omhandlede foranstaltning. De oplysninger, om hvis overførsel anklagemyndigheden i Frankfurt am Main anmodede ved de tre europæiske efterforskningskendelser, var begrænset til EncroChat-brugere i Tyskland i en situation, hvor der forelå mistanke om, at denne tjeneste primært blev brugt til at begå strafbare handlinger.

98. Hermed menes ikke, at indgrebet i disse borgeres privatliv ikke er væsentligt. Det kan imidlertid ikke sidestilles med masseovervågning af den brede befolkning.

99. Ud over at forpligte udstedelsesmyndigheden til at foretage og begrunde sin forholdsmæssighedsvurdering, fastsætter direktiv 2014/41 yderligere garantier. Hvis offentlige anklagere tilsidesætter grundlæggende rettigheder, kræver artikel 14, stk. 1, i direktiv 2014/41, at medlemsstaterne sikrer retsmidler svarende til dem, der er tilgængelige i en lignende national sag. Den mistænkte eller tiltalte bør derfor kunne anfægte den forholdsmæssighedsvurdering, som den offentlige anklager gennemfører ved udstedelsen af en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af bevismateriale[38]. Dette er ikke tilfældet for så vidt angår e-databeskyttelsesdirektivet.

100. Endelig vil jeg kort drøfte relevansen af direktiv 2016/680[39] for fastlæggelsen af udstedelsesmyndigheden. Dette spørgsmål er opstået, fordi Domstolen i dommen i sagen La Quadrature du Net m.fl. bemærkede, at e-databeskyttelsesdirektivet ikke finder anvendelse på direkte aflytning af oplysninger, idet det derimod er national lovgivning anvendelse, der finder anvendelse, »med forbehold af anvendelsen af [retshåndhævelsesdirektivet]«[40]. Spørgsmålet er derfor, om kravet om, at en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale udstedes af en ret, når bevismaterialet består af de aflyttede oplysninger, følger af retshåndhævelsesdirektivet.

[38] – I den retspraksis, som Menneskerettighedsdomstolen har udviklet vedrørende artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (EMRK), som sikrer retten til privatliv, er det blevet fastslået, at der forelå tilsidesættelser, hvor lovgivningen ikke krævede en forholdsmæssighedsvurdering og ikke fastsatte en domstolsprøvelse. Jf. f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom af 12.1.2016, Szabó og Vissy mod Ungarn, CE:ECHR:2016:0112JUD003713814, § 89.

[39] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/680 af 27.4.2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med kompetente myndigheders behandling af personoplysninger med henblik på at forebygge, efterforske, afsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af Rådets rammeafgørelse 2008/977/RIA (EUT 2016, L 119, s. 89) (herefter »retshåndhævelsesdirektivet«).

[40] – 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 103).

101. Retshåndhævelsesdirektivet, som beskytter personoplysninger i forbindelse med strafferetlige efterforskninger, kan meget vel anvendes på denne sags omstændigheder [41]. Imidlertid indeholder dette direktiv efter min opfattelse ingen bestemmelser, der giver Domstolen mulighed for at konkludere, at EU-retten pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til at sikre en forudgående domstolsgodkendelse af, at offentlige anklagere gives direkte adgang til oplysninger, som er fremskaffet ved aflytning af kommunikation.

102. Dette direktiv regulerer forpligtelserne for offentlige myndigheder, der handler som dataansvarlige, idet disse bl.a. er forpligtede til at foretage en forholdsmæssighedsvurdering [42], men fastlægger ikke, hvilke myndigheder der kan være tale om.

Delkonklusion

103. EU-retten kræver ikke, at en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale, som er indsamlet ved aflytning af telekommunikation, udstedes af en ret, såfremt national lovgivning bestemmer, at en offentlig anklager kan anordne en sådan overførsel i en lignende national sag.

D. Artikel 31 i direktiv 2014/41 og kravet om underretning

104. Med den fjerde gruppe spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om den aflytning af kommunikation, der blev gennemført af de franske myndigheder, skulle have været underlagt forpligtelsen til underretning som fastsat i artikel 31 i direktiv 2014/41. Den forelæggende ret ønsker desuden oplyst, om en sådan underretning i så fald skulle have været tilstillet en ret, for så vidt som aflytningen af kommunikation i henhold til tysk lovgivning kun kunne være blevet godkendt af en ret.

105. De relevante dele af artikel 31 i direktiv 2014/41 har følgende ordlyd:

»1. Hvis aflytningen af telekommunikation er godkendt af den kompetente myndighed i en medlemsstat med henblik på at udføre en efterforskningsforanstaltning, og telekommunikationsadressen på den person, der er genstand for aflytningen, som er anført i den lovmæssige beslutning om aflytning, anvendes på en anden medlemsstats område, uden at der er behov for teknisk assistance fra denne medlemsstat til at gennemføre aflytningen, underretter den første medlemsstat (den »aflyttende medlemsstat«) den kompetente myndighed i den anden medlemsstat (den »underrettede medlemsstat«) om aflytningen:

a) inden aflytningen i de tilfælde, hvor den kompetente myndighed i den aflyttende medlemsstat på tidspunktet for beordringen af aflytningen er bekendt med, at den person, der er genstand for aflytningen, befinder sig eller vil befinde sig på den underrettede medlemsstats område

[41] – Når den foreliggende sag vurderes i lyset af retshåndhævelsesdirektivet, kan den beskrives som to tilfælde af behandling af personoplysninger: Først var de kompetente franske myndigheder dataansvarlige, da de aflyttede og indsamlede elektroniske kommunikationsoplysninger med henblik på forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning af strafbare handlinger. Herefter blev anklagemyndigheden i Frankfurt am Main, som anmodede om disse oplysninger med henblik på en strafferetlig efterforskning i Tyskland på grundlag af de europæiske efterforskningskendelser, dataansvarlig, da disse oplysninger blev overført til denne myndighed.

[42] – Domstolen har fastslået, at i forbindelse med behandling til et andet formål som omhandlet i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2016/680 skal vurderingen af, om kravene til databehandling inden for dette direktivs anvendelsesområde er blevet overholdt, gennemføres, hver gang der foretages specifik og særskilt databehandling (jf. dom af 8.12.2022, Inspektor v Inspektorata kam Visshia sadeben savet (Formål med behandling af personoplysninger – strafferetlig efterforskning), C-180/21, EU:C:2022:967, præmis 56).

b) under aflytningen, eller efter at aflytningen er blevet udført, umiddelbart efter, at den bliver klar over, at den person, der er genstand for aflytningen, befinder sig på den underrettede medlemsstats område eller har befundet sig der under aflytningen.

2. Den underretning, der er omhandlet i stk. 1, udføres ved hjælp af formularen i bilag C.

[…]«

106. Artikel 31 i direktiv 2014/41 vedrører situationer, hvor en medlemsstat foretager aflytning af telekommunikation på en anden medlemsstats område, uden at der er behov for teknisk assistance fra sidstnævnte stat [43].

107. Denne bestemmelse har to formål. For det første har underretningsforpligtelsen som en fortsættelse af princippet om international høflighed fra tidligere aftaler om gensidig retshjælp [44] til formål at styrke den gensidige tillid mellem deltagerne i området med frihed, sikkerhed og retfærdighed [45]. For det andet har underretningen til formål at gøre den underrettede medlemsstat i stand til at beskytte borgernes grundlæggende rettigheder på sit område [46].

108. Artikel 31 i direktiv 2014/41 finder anvendelse på en situation, hvor en grænseoverskridende foranstaltning er igangværende, men uden en europæisk efterforskningskendelse, idet den udføres unilateralt af en medlemsstat [47].

109. Denne fortolkning følger af ordlyden i artikel 31 i direktiv 2014/41, som i modsætning til dette direktivs artikel 30 slet ikke nævner udstedelsen af en europæisk efterforskningskendelse. Tilsvarende anvender artikel 31 ikke udtrykkene »udstedelsesstat« og »fuldbyrdelsesstat«, men derimod »den aflyttende« og »den underrettede« medlemsstat [48].

110. Efter min opfattelse tager denne bestemmelse netop sigte på situationer såsom Frankrigs aflytning af telekommunikationsoplysninger på mobiltelefoner i Tyskland i forbindelse med den franske strafferetlige efterforskning. Derfor burde Frankrig have underrettet de tyske myndigheder, så snart de franske myndigheder indså, at dele af de aflyttede oplysninger hidrørte fra mobiltelefoner i Tyskland [49].

[43] – I situationer, hvor der er behov for teknisk assistance fra den medlemsstat, på hvis område aflytningen foretages, finder artikel 30 i direktiv 2014/41 anvendelse.

[44] – Ordlyden af artikel 31 i direktiv 2014/41 svarer for en stor dels vedkommende til artikel 20 i konventionen om gensidig retshjælp i straffesager mellem medlemsstaterne i Den Europæiske Union, vedtaget af Rådet i overensstemmelse med artikel 34 i traktaten om Den Europæiske Union (EFT 2000, C 197, s. 3).

[45] – L. Bachmaier, nævnt i fodnote 19 ovenfor, s. 330.

[46] – Nærmere bestemt giver artikel 31, stk. 3, i direktiv 2014/41 den relevante myndighed i den underrettede stat mulighed for at efterprøve, om en sådan aflytning ville være lovlig i en tilsvarende national sag, og senest 96 timer efter modtagelsen af underretningen meddele den aflyttende medlemsstat, at aflytningen ikke må udføres eller skal afsluttes, eller at de fremskaffede oplysninger ikke må anvendes eller kun må anvendes under visse betingelser.

[47] – Jeg er derfor uenig med den franske regering, som har gjort gældende, at artikel 31 i direktiv 2014/41 ikke finder anvendelse på den foreliggende sag, eftersom aflytningen af kommunikation ikke blev udført med henblik på fuldbyrdelse af en europæisk efterforskningskendelse, men derimod fandt sted, før der var udstedt en europæisk efterforskningskendelse.

[48] – L. Bachmaier, nævnt i fodnote 19 ovenfor, s. 331.

[49] – For at opfylde den underretningsforpligtelse, der er fastsat i artikel 31 i direktiv 2014/41, skulle Frankrig have anvendt formularen i bilag C til dette direktiv.

111. Hvilken tysk myndighed skulle Frankrig have underrettet? Direktiv 2014/41 pålægger ikke medlemsstaterne en forpligtelse til at oplyse, hvilken national myndighed der er kompetent til at modtage sådanne underretninger, således som det gør i visse andre situationer [50]. Derfor kan den aflyttende stat ikke vide, hvilken enhed der er kompetent til at modtage en sådan underretning i den underrettede medlemsstat.

112. Frankrig var således ikke forpligtet til at underrette en kompetent tysk ret, men kunne også f.eks. have underrettet en offentlig anklager. Det påhviler den underrettede medlemsstat at modtage en sådan underretning og videresende den til den myndighed, der er kompetent i henhold til national lovgivning.

Delkonklusion

113. En medlemsstat, der som led i sin unilaterale strafferetlige efterforskning eller straffesag aflytter telekommunikation på en anden medlemsstats område, skal underrette denne anden stat om aflytningen.

114. Denne underretning kan tilstilles enhver myndighed, som den aflyttende medlemsstat finder passende, idet denne stat ikke kan vide, hvilken myndighed der ville være kompetent i en lignende national sag.

115. Artikel 31 i direktiv 2014/41 har både til formål at beskytte de berørte individuelle brugere af telekommunikation og den underrettede medlemsstats suverænitet.

E. Antagelse af bevismateriale til realitetsbehandling

116. Med den femte gruppe spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om den konklusion, at en europæisk efterforskningskendelse blev udstedt i strid med kravene i direktiv 2014/41, medfører, at dette bevismateriale ikke kan antages til realitetsbehandling i straffesagen i udstedelsesstaten. Den forelæggende ret støtter sig på ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet. Sidstnævnte påberåbes med den begrundelse, at såfremt det bevismateriale, der er fremskaffet i strid med direktiv 2014/41, alligevel anvendes i udstedelsesstaten, vil dette være til skade for direktivets effektive virkning.

117. Denne gruppe spørgsmål kan besvares kort: EU-retten regulerer ikke antagelsen af bevismateriale til realitetsbehandling i straffesager.

118. Selv om Den Europæiske Union i henhold til artikel 82, stk. 2, litra a), TEUF har beføjelse til at indføre minimumsharmonisering af den gensidige anerkendelse af bevismateriale, er dette endnu ikke sket [51].

119. Den eneste omtale af vurdering af bevismateriale, der er fremskaffet gennem en europæisk efterforskningskendelse, fremgår af artikel 14, stk. 7, andet punktum, i direktiv 2014/41: »Uden at dette berører nationale procedureregler[,] sikrer medlemsstaterne, at retten til et forsvar og en

[50] – Jf. artikel 33, stk. 1, i direktiv 2014/41.

[51] – K. Ligeti m.fl. nævner, at medlemsstaterne afviser at tage dette skridt på grund af bekymringer vedrørende subsidiaritet og forholdsmæssighed, og at dette ville påvirke systemet for ligevægt mellem beføjelserne på nationalt plan (K. Ligeti, B. Garamvölgy, A. Ondrejová og M. von Galen, »Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU«, *eucrim*, bind 3, 2020, s. 202 og fodnote 14).

retfærdig behandling af sagen respekteres i straffesager i udstedelsesstaten i forbindelse med vurderingen af det bevismateriale, der er fremskaffet gennem den europæiske efterforskningskendelse« [52].

120. I retsmødet udtalte Kommissionen, da den blev spurgt, om denne bestemmelse har nogen betydning for reglerne om antagelse af bevismateriale til realitetsbehandling i medlemsstaterne, at en sådan konklusion ville være for vidtgående. Den forklarede, at dette punktum kun tjener som en påmindelse om, at de rettigheder, der beskyttes ved artikel 47 og 48 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), skal overholdes. Jeg er tilbøjelig til at være enig i denne fortolkning, som anerkender, at den politiske proces i Den Europæiske Union i øjeblikket ikke bevæger sig fremad med hensyn til fastsættelse af regler for antagelse af bevismateriale til realitetsbehandling.

121. Så vidt jeg ved, er det tætteste, EU-retten er kommet på at regulere antagelsen af bevismateriale til realitetsbehandling, artikel 37, stk. 1, i forordning 2017/1939 [53]: »Bevismateriale, som anklagerne ved EPPO eller sagsøgte fremlægger for en domstol, må ikke nægtes fremlagt alene af den grund, at bevismaterialet er indsamlet i en anden medlemsstat eller i henhold til national ret i en anden medlemsstat.«

122. Af denne bestemmelse fremgår det imidlertid blot, at der ikke må ses bort fra bevismateriale, *fordi* det er indsamlet i udlandet eller i henhold til en anden medlemsstats lovgivning. Den pålægger ikke den nationale ret yderligere begrænsninger med hensyn til, hvorledes den skal vurdere, om bevismateriale kan antages til realitetsbehandling.

123. Samme tilgang fremgår af Menneskerettighedsdomstolens retspraksis. Denne ret fastslog klart, at antagelsen af bevismateriale til realitetsbehandling er et anliggende for national lovgivning [54], mens det i forbindelse med vurderingen af en mulig tilsidesættelse af EMRK's artikel 6 fremgår, at »Domstolen vil anlægge en helhedsvurdering af sagen under hensyn til retten til forsvar, men også den offentlige interesse og ofrenes interesse i en hensigtsmæssig retsforfølgning af forbrydelsen og om nødvendigt vidners rettigheder« [55].

124. Selv om den juridiske litteratur er kritisk over for utilstrækkeligheden af en sådan standard, navnlig i lyset af forskellene mellem medlemsstaternes retsplejelovgivning [56], ændrer dette ikke, at antagelsen af bevismateriale til realitetsbehandling i øjeblikket ikke er reguleret på EU-niveau.

125. Alt i alt er spørgsmålet om, hvorvidt bevismateriale, som er fremskaffet i strid med national lovgivning eller med EU-retten, kan antages til realitetsbehandling, reguleret ved medlemsstaternes lovgivning.

[52] – I 34. betragtning til direktiv 2014/41 anføres desuden følgende: »Af samme grund bør vurderingen af, om en genstand skal anvendes som bevismateriale og derfor være genstand for en europæisk efterforskningskendelse, endvidere overlades til udstedelsesmyndigheden.«

[53] – Rådets forordning (EU) 2017/1939 af 12.10.2017 om gennemførelse af et forstærket samarbejde om oprettelse af Den Europæiske Anklagemyndighed (EUT 2017, L 283, s. 1) (herefter »EPPO-forordningen«).

[54] – Menneskerettighedsdomstolens dom af 12.7.1988, Schenk mod Schweiz, CE:ECHR:1988:0712JUD001086284, §§ 45-46, af 11.7.2017, Moreira Ferreira mod Portugal (nr. 2), CE:ECHR:2017:0711JUD001986712, § 83, og af 1.3.2007, Heglas mod Tjekkiet, CE:ECHR:2007:0301JUD000593502, § 84.

[55] – Menneskerettighedsdomstolens dom af 17.1.2017, Habran og Dalem mod Belgien, CE:ECHR:2017:0117JUD004300011, § 96.

[56] – B. Hecker, »Mutual Recognition and Transfer of Evidence. The European Evidence Warrant«, i S. Ruggeri m.fl. (red.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Berlin, 2013, s. 277, og I. Armada, nævnt i fodnote 19 ovenfor, s. 30.

126. Direktiv 2014/41 fastsætter kun få konsekvenser af en mulig manglende opfyldelse af betingelserne for udstedelse af en europæisk efterforskningskendelse: I henhold til artikel 6, stk. 3, i direktiv 2014/41 kan fuldbyrdelsesmyndigheden, hvis den tror, at artikel 6, stk. 1, i dette direktiv er blevet overtrådt, høre udstedelsesmyndigheden om betydningen af at fuldbyrde den europæiske efterforskningskendelse, og efter en sådan høring kan udstedelsesmyndigheden beslutte at trække den europæiske efterforskningskendelse tilbage.

127. Spørgsmålet om antagelse af bevismateriale til realitetsbehandling er således foreløbig et anliggende for national lovgivning. I sager, hvor EU-retten finder anvendelse, må de relevante nationale bestemmelser dog ikke være i strid med chartrets artikel 47 og 48 [57].

128. Det processuelle ækvivalensprincip og effektivitetsprincip finder anvendelse på situationer, hvor EU-retten tillægger borgerne rettigheder, som ikke kan gøres gældende ved sagsanlæg. Medlemsstaterne skal sikre, at en EU-rettighed kan udøves under samme betingelser som en tilsvarende national rettighed, og de processuelle regler, der finder anvendelse, må ikke gøre håndhævelsen af sådanne rettigheder næsten umulig [58].

129. Der findes imidlertid ikke nogen rettighed vedrørende antagelse (eller manglende antagelse) af bevismateriale til realitetsbehandling, som borgerne er tillagt på grundlag af EU-retten. Ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet finder ikke anvendelse.

130. Endelig anføres det, at selv om det (formentlig) ville øge den effektive virkning af direktiv 2014/41, hvis en tilsidesættelse af dette direktiv medførte, at der skulle ses bort fra bevismateriale, giver dette ikke Domstolen beføjelse til at indføre en sådan regel.

Delkonklusion

131. EU-retten regulerer på sit nuværende udviklingstrin ikke antagelsen til realitetsbehandling af bevismateriale, som er fremskaffet gennem en europæisk efterforskningskendelse, der er udstedt i strid med kravene i direktiv 2014/41. Antagelsen af bevismateriale til realitetsbehandling er et anliggende for national lovgivning, som dog skal opfylde kravene vedrørende retten til forsvar i chartrets artikel 47 og 48.

IV. Forslag til afgørelse

132. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Landgericht Berlin (den regionale ret i første instans i Berlin, Tyskland) således:

»1) Besvarelse af den første gruppe præjudicielle spørgsmål:

Når en tilgrundliggende foranstaltning i fuldbyrdelsesstaten er blevet godkendt af en ret, behøver en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af et sådant bevismateriale ikke også at blive udstedt af en ret, selv hvis den tilgrundliggende bevisindsamling i henhold til udstedelsesstatens lovgivning ville skulle anordnes af en ret.

[57] – Dom af 7.9.2023 (Kropsvisitation) (C-209/22, EU:C:2023:634, præmis 58 og 61).

[58] – Fastlagt ved dom af 16.12.1976, Rewe-Zentralfinanz og Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, præmis 5), og af 16.12.1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191, præmis 13). Jf. senest f.eks. dom af 13.7.2023, CAJASUR Banco (C-35/22, EU:C:2023:569, præmis 23).

Det forhold, at aflytningen er blevet gennemført på en anden medlemsstats område, gør ingen forskel for fastlæggelsen af udstedelsesmyndigheden.

EU-retten kræver ikke, at en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale, som er indsamlet ved aflytning af telekommunikation, udstedes af en ret, såfremt national lovgivning bestemmer, at en offentlig anklager kan anordne en sådan overførsel i en lignende national sag.

2) Besvarelse af den anden gruppe præjudicielle spørgsmål:

Vurderingen af nødvendigheden og forholdsmæssigheden af en europæisk efterforskningskendelse, hvorved der anmodes om overførsel af eksisterende bevismateriale, er et anliggende for udstedelsesmyndigheden, idet der er mulighed for prøvelse ved den kompetente nationale ret. Ved en sådan vurdering skal det tages i betragtning, at den nationale myndigheds adgang til de aflyttede kommunikationsoplysninger udgør et alvorligt indgreb i de berørte personers privatliv. Dette indgreb skal være opvejet af en væsentlig offentlig interesse i efterforskning og retsforfølgning af strafbare handlinger.

3) Besvarelse af den tredje gruppe præjudicielle spørgsmål:

Når en europæisk efterforskningskendelse udstedes med henblik på overførsel af bevismateriale, som allerede er i en anden stats besiddelse, indebærer henvisningen til en lignende national sag i artikel 6, stk. 1, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/41/EU af 3. april 2014 om den europæiske efterforskningskendelse i straffesager, at udstedelsesmyndigheden skal fastslå, om og under hvilke betingelser den relevante nationale lovgivning giver mulighed for en indenlandsk overførsel mellem straffesager af bevismateriale, som er indsamlet ved aflytning af kommunikation.

Når udstedelsesmyndigheden afgør, om den kan udstede en europæisk efterforskningskendelse med henblik på overførsel af eksisterende bevismateriale, kan den ikke vurdere lovligheden af den tilgrundliggende foranstaltning, hvorved det bevismateriale, hvis overførsel den anmoder om ved en europæisk efterforskningskendelse, blev indsamlet i fuldbyrdelsesstaten.

Det forhold, at de tilgrundliggende foranstaltninger blev gennemført på udstedelsesstatens område eller i denne stats interesse, påvirker ikke ovenstående besvarelse.

4) Besvarelse af den fjerde gruppe præjudicielle spørgsmål:

En medlemsstat, der som led i sin unilaterale strafferetlige efterforskning eller straffesag aflytter telekommunikation på en anden medlemsstats område, skal underrette denne anden stat om aflytningen.

Denne underretning kan tilstilles enhver myndighed, som den aflyttende medlemsstat finder passende, idet denne stat ikke kan vide, hvilken myndighed der ville være kompetent i en lignende national sag.

Artikel 31 i direktiv 2014/41 har både til formål at beskytte de berørte individuelle brugere af telekommunikation og den underrettede medlemsstats suverænitet.

5) Besvarelse af den femte gruppe præjudicielle spørgsmål:

EU-retten regulerer på sit nuværende udviklingstrin ikke antagelsen til realitetsbehandling af bevismateriale, som er fremskaffet gennem en europæisk efterforskningskendelse, der er udstedt i strid med kravene i direktiv 2014/41. Antagelsen af bevismateriale til realitetsbehandling er et anliggende for national lovgivning, som dog skal opfylde kravene vedrørende retten til forsvar i artikel 47 og 48 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.«