Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
T. ĆAPETA
van 26 oktober 2023 [1]

Zaak C-670/22

Staatsanwaltschaft Berlin
tegen
M.N.

[verzoek van het Landgericht Berlin (rechter in eerste aanleg Berlijn, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in strafzaken – Richtlijn 2014/41/EU – Europees onderzoeksbevel – Artikel 6, lid 1 – Voorwaarden voor het uitvaardigen van een Europees onderzoeksbevel – Overdracht van bewijsmateriaal dat reeds in het bezit is van een andere lidstaat – Begrip ‚uitvaardigende autoriteit' – Artikel 2, onder c), i) – Toelaatbaarheid van bewijsmateriaal"

I. Inleiding

1. Een Europees onderzoeksbevel (hierna: „EOB") is een Unierechtelijk instrument dat grensoverschrijdende samenwerking in strafrechtelijke onderzoeken mogelijk maakt. Dit instrument wordt geregeld door de EOB-richtlijn [2]. Met deze prejudiciële verwijzing wordt het Hof voor het eerst verzocht deze richtlijn uit te leggen in een situatie waarin een EOB is uitgevaardigd voor de overdracht van bewijsmateriaal dat reeds in het bezit was van een andere staat.

2. Ten behoeve van een strafrechtelijk onderzoek in Duitsland heeft de Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main (openbaar ministerie Frankfurt am Main, Duitsland) verschillende EOB's uitgevaardigd voor de overdracht van bewijsmateriaal dat was vergaard tijdens een gezamenlijk Frans-Nederlands strafrechtelijk onderzoek naar EncroChat-gebruikers. EncroChat was een versleutelde telecommunicatiedienst die de gebruikers ervan nagenoeg volledige anonimiteit bood. [3]

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 Richtlijn 2014/41/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken (PB 2014, L 130, blz. 1; hierna: „EOB-richtlijn").

3 Deze dienst omvatte een dubbel besturingssysteem (met een niet-detecteerbare versleutelde interface), waarbij de gebruikte apparaten geen camera, microfoon, GPS of USB-poort hadden. Berichten konden automatisch worden verwijderd. Gebruikers konden met een speciale pincode onmiddellijk alle gegevens op het apparaat wissen, wat ook gebeurde na herhaaldelijk gebruik van een verkeerd wachtwoord. Tot slot kon tevens een helpdeskmedewerker of een verkoper op afstand indien nodig alle gegevens op het apparaat wissen. Meer informatie is beschikbaar op het volgende internetadres: https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe.

3. De onderhavige prejudiciële verwijzing vloeit voort uit een strafprocedure die voor het Landgericht Berlin (rechter in eerste aanleg Berlijn, Duitsland) is ingeleid tegen M.N. op basis van geïntercepteerde telecommunicatiegegevens die krachtens de bovengenoemde EOB's zijn overgedragen. Bij de verwijzende rechter is de vraag gerezen of de EOB's in strijd met de EOB-richtlijn zijn uitgevaardigd en, zo ja, welke gevolgen dit kan hebben voor het gebruik van dergelijk bewijsmateriaal in de strafprocedure.

II. Feiten, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

4. De strafprocedure in het hoofdgeding vloeit voort uit een strafrechtelijk onderzoek dat in Frankrijk is gestart en dat is voortgezet als een gezamenlijk onderzoek van Frankrijk en Nederland, waarbij locatie-, verkeers- en communicatiegegevens, waaronder teksten en afbeeldingen die in lopende chats van gebruikers van het EncroChat-netwerk werden verzonden, zijn geïntercepteerd.

5. In het kader van dit gezamenlijk onderzoek is software – een zogenoemd Trojaans paard – ontwikkeld die in het voorjaar van 2020 op een server in Roubaix (Frankrijk) werd geüpload en van daaruit via een valse update op de eindapparaten werd geïnstalleerd. De tribunal correctionnel de Lille (strafrechter in eerste aanleg Lille, Frankrijk) gaf toestemming om communicatiegegevens te vergaren. Wereldwijd werden berichten geïntercepteerd van EncroChat-gebruikers in 122 landen, onder wie ongeveer 4 600 gebruikers in Duitsland.

6. In een videoconferentie op 9 maart 2020 verstrekte het Agentschap van de Europese Unie voor justitiële samenwerking in strafzaken (Eurojust) inlichtingen over de door de Franse opsporingsambtenaren geplande interceptiemaatregelen en de beoogde gegevensoverdracht aan andere landen. De vertegenwoordigers van het Bundeskriminalamt (federale recherche, Duitsland) en de Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main gaven blijk van hun belangstelling voor de van Duitse gebruikers vergaarde gegevens.

7. De Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main heeft op 20 maart 2020 een vooronderzoek tegen onbekenden geopend. De door het Frans-Nederlandse onderzoeksteam vergaarde gegevens werden vanaf 3 april 2020 via een server van het Agentschap van de Europese Unie voor samenwerking op het gebied van rechtshandhaving (Europol) aan onder andere de Duitse autoriteiten ter beschikking gesteld.

8. Op 2 juni 2020 verzocht de Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main in het kader van het Duitse vooronderzoek tegen onbekende personen de Franse autoriteiten door middel van een EOB om toestemming voor het gebruik van de EncroChat-gegevens in strafprocedures. Dat verzoek was gebaseerd op de verdenking van illegale handel in aanzienlijke hoeveelheden verdovende middelen door personen van wie de identiteit nog niet was vastgesteld. Het vermoeden bestond echter dat zij deel uitmaakten van een criminele organisatie in Duitsland die EncroChat-telefoons gebruikte. De tribunal correctionnel de Lille gaf toestemming voor de uitvoering van het EOB waarbij werd verzocht om de overdracht en het gerechtelijk gebruik van de EncroChat-gegevens van de Duitse gebruikers. Daarna werden nog meer gegevens overgedragen op basis van twee aanvullende EOB's van 9 september 2020 en 2 juli 2021.

9. Op basis van het ontvangen bewijsmateriaal heeft de Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main de uit te voeren onderzoeken uitgesplitst naar geïndividualiseerde EncroChat-gebruikers en plaatselijke openbare ministeries hiermee belast. Daaropvolgend heeft de Staatsanwaltschaft

Berlin (openbaar ministerie Berlijn, Duitsland) de verdachte in de onderhavige zaak meervoudige verboden handel in en verboden bezit van verdovende middelen in aanzienlijke hoeveelheden in Duitsland ten laste gelegd.

10. Deze strafprocedure is momenteel aanhangig bij de verwijzende rechter. De verwijzingsbeslissing spreekt zich hier weliswaar niet duidelijk over uit, maar het lijkt erop dat in die zaak de vraag is gerezen of de van de Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main afkomstige EOB's in strijd met de EOB-richtlijn zijn uitgevaardigd en, zo ja, of het op basis hiervan verkregen bewijsmateriaal toelaatbaar is in de strafprocedure tegen de verdachte.

11. In het licht van deze feiten heeft de verwijzende rechter het Hof verzocht om beantwoording van de volgende prejudiciële vragen:

„1) Uitlegging van het begrip ‚uitvaardigende autoriteit' in de zin van artikel 6, lid 1, van [de EOB-richtlijn], gelezen in samenhang met artikel 2, onder c), ervan:

a) Moet een [EOB] ter verkrijging van bewijsmateriaal dat zich reeds in de uitvoerende staat (in casu Frankrijk) bevindt, door een rechter worden uitgevaardigd wanneer naar het recht van de uitvaardigende staat (in casu Duitsland) in een vergelijkbare binnenlandse zaak de onderliggende bewijsgaring door de rechter had moeten worden bevolen?

b) Subsidiair, is dit althans het geval wanneer de uitvoerende staat de onderliggende maatregel op het grondgebied van de uitvaardigende staat ten uitvoer heeft gelegd teneinde de vergaarde gegevens vervolgens ter beschikking te stellen van de onderzoeksautoriteiten in de uitvaardigende staat die ter fine van strafvervolging in de gegevens zijn geïnteresseerd?

c) Moet een EOB ter verkrijging van bewijsmateriaal ongeacht de bevoegdheidsregels van de uitvaardigende staat steeds worden uitgevaardigd door een rechter (of een onafhankelijke instantie die niet met strafrechtelijk onderzoek is belast), wanneer met de maatregel ernstige inmenging in zwaarwegende grondrechten gemoeid is?

2) Uitlegging van artikel 6, lid 1, onder a), van [de EOB-richtlijn]:

a) Staat artikel 6, lid 1, onder a), van [de EOB-richtlijn] in de weg aan een EOB ter fine van de overdracht van reeds in de uitvoerende staat ([in casu] Frankrijk) aanwezige gegevens die verkregen zijn uit interceptie van telecommunicatie – met name verkeers- en locatiegegevens en opnames van de inhoud van de communicatie –, wanneer de interceptie door de uitvoerende staat betrekking had op alle gebruikers van een communicatienetwerk, het EOB gericht is op de overdracht van de gegevens van alle op het grondgebied van de uitvaardigende staat gebruikte aansluitingen, en er noch bij de instelling en de uitvoering van de interceptiemaatregel, noch bij de uitvaardiging van het EOB concreet bewijsmateriaal bestond dat deze individuele gebruikers ernstige strafbare feiten pleegden?

b) Staat artikel 6, lid 1, onder a), van [de EOB-richtlijn] in de weg aan een dergelijk EOB, wanneer de integriteit van de door middel van de interceptiemaatregel verkregen gegevens vanwege omvattende geheimhouding door de overheidsinstanties in de uitvoerende staat niet kan worden geverifieerd?

3) Uitlegging van artikel 6, lid 1, onder b), van [de EOB-richtlijn]:

   a) Staat artikel 6, lid 1, onder b), van [de EOB-richtlijn] in de weg aan een EOB ter fine van de overdracht van reeds in de uitvoerende staat ([in casu] Frankrijk) aanwezige telecommunicatiegegevens, wanneer de interceptiemaatregel van de uitvoerende staat die aan de vergaring van de gegevens ten grondslag ligt naar het recht van de uitvaardigende staat ([in casu] Duitsland) in een vergelijkbare binnenlandse zaak onrechtmatig zou zijn geweest?

   b) Subsidiair, geldt dit in ieder geval, wanneer de uitvoerende staat de interceptie op het grondgebied van de uitvaardigende staat en in diens belang heeft uitgevoerd?

4) Uitlegging van artikel 31, leden 1 en 3, van [de EOB-richtlijn]:

   a) Is een met de infiltratie van eindapparatuur verbonden maatregel voor de vergaring van verkeers-, locatie- en communicatiegegevens van een op het internet gebaseerde communicatiedienst een interceptie van telecommunicatie in de zin van artikel 31 van [de EOB-richtlijn]?

   b) Moet de kennisgeving overeenkomstig artikel 31, lid 1, van [de EOB-richtlijn] altijd worden gericht aan een rechter, of geldt dit tenminste wanneer de door de intercepterende staat ([in casu] Frankrijk) voorgenomen maatregel naar het recht van de in kennis gestelde staat ([in casu] Duitsland) in een vergelijkbare binnenlandse zaak slechts door een rechter zou kunnen worden bevolen?

   c) Voor zover artikel 31 van [de EOB-richtlijn] ook de eerbiediging van de individuele rechten van de betrokken telecommunicatiegebruikers ten doel heeft, strekt dit zich dan ook uit tot het gebruik van de gegevens ten behoeve van strafvervolging in de in kennis gestelde staat ([in casu] Duitsland) en, zo ja, is dit doel gelijkwaardig met de nevendoelstelling om de soevereiniteit van de in kennis gestelde lidstaat te beschermen?

5) Rechtsgevolgen van de verkrijging van bewijsmateriaal die in strijd is met het Unierecht:

   a) Kan, ingeval bewijsmateriaal wordt verkregen door middel van een EOB dat strijdig is met het Unierecht, de niet-toelaatbaarheid van dit bewijsmateriaal rechtstreeks voortvloeien uit het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel?

   b) Leidt, ingeval bewijsmateriaal wordt verkregen door een EOB dat strijdig is met het Unierecht, het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel tot de niet-toelaatbaarheid van bewijsmateriaal, wanneer de maatregel die aan de bewijsvergaring in de uitvoerende staat ten grondslag ligt in een vergelijkbare binnenlandse zaak in de uitvaardigende staat niet had mogen worden bevolen en het op grond van een dergelijke onrechtmatige binnenlandse maatregel verkregen bewijsmateriaal naar het recht van de uitvaardigende staat niet zou kunnen worden gebruikt?

   c) Is het strijdig met het Unierecht, en in het bijzonder met het doeltreffendheidsbeginsel, wanneer het gebruik in een strafprocedure van bewijsmateriaal waarvan de verkrijging in strijd was met het Unierecht juist omdat er geen verdenking bestond, in het kader van een belangenafweging wordt gerechtvaardigd door de ernst van de feiten die voor het eerst bij de analyse van het bewijsmateriaal aan het licht zijn gekomen?

d) Subsidiair, vloeit uit het Unierecht, en in het bijzonder het doeltreffendheidsbeginsel, voort dat schendingen van het Unierecht bij het verkrijgen van bewijsmateriaal ook in geval van ernstige strafbare feiten in een nationale strafprocedure niet geheel zonder gevolgen mogen blijven en dus op zijn minst bij de beoordeling van het bewijsmateriaal of bij de bepaling van de strafmaat ten gunste van de verdachte in aanmerking moeten worden genomen?"

12. De Staatsanwaltschaft Berlin, Ierland, de Duitse, de Estse, de Franse, de Nederlandse, de Poolse en de Zweedse regering alsmede de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

13. Ter terechtzitting van 4 juli 2023 hebben M.N., de Staatsanwaltschaft Berlin, Ierland, de Tsjechische, de Duitse, de Spaanse, de Franse, de Hongaarse, de Nederlandse en de Zweedse regering alsmede de Commissie hun standpunten naar voren gebracht.

III. Analyse

A. Opmerkingen vooraf

14. De aanvechting van strafrechtelijke veroordelingen die zijn voortgevloeid uit geïntercepteerde EncroChat-gegevens zorgt bij verschillende hoogste rechters in Europa voor flinke deining [4] en het Hof vormt geen uitzondering hierop.

15. In de meeste van deze zaken worden de door Frankrijk genomen interceptiemaatregelen aangevochten. Ook al is die kwestie uiteraard relevant in de strafprocedures die zijn ingeleid op basis van bewijsmateriaal dat door middel van een dergelijke interceptie is vergaard, het is belangrijk te verduidelijken dat de onderhavige prejudiciële verwijzing geen betrekking heeft op de geldigheid van de Franse interceptiemaatregelen.

16. In de onderhavige zaak gaat het veeleer om de mogelijke onverenigbaarheid van de door de Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main uitgevaardigde EOB's met de EOB-richtlijn en de gevolgen van die onverenigbaarheid. Deze EOB's waren niet de aanleiding voor de Franse maatregelen om telecommunicatie tussen EncroChat-gebruikers te intercepteren. De intercepties hebben onafhankelijk van de aan de orde zijnde EOB's plaatsgevonden. De aanvechting van deze interceptiemaatregelen moet voor de bevoegde Franse rechter plaatsvinden.

17. De EOB's waar het in deze zaak om gaat, beoogden niet de vergaring in Frankrijk van gegevens door middel van interceptie van telecommunicatie, maar enkel de overdracht van het bewijsmateriaal dat reeds door middel van interceptie in Frankrijk was vergaard.

[4] Zo heeft de Conseil constitutionnel (grondwettelijk hof, Frankrijk) in april 2022 geoordeeld dat de Franse wetgeving, op basis waarvan de onderliggende maatregel ter interceptie van communicatie in deze zaak werd bevolen, verenigbaar is met de Franse grondwet (beslissing nr. 2022-987 QPC van 8 april 2022); het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) heeft geoordeeld dat de interceptie rechtmatig was naar Duits recht (arrest van 2 maart 2022, 5 StR 457/21), en tot slot buigt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaken nr. 44715/20 (A.L. tegen Frankrijk) en nr. 47930/21 (E.J. tegen Frankrijk) zich momenteel over het gebruik van uit Frankrijk afkomstige EncroChat-gegevens waartegen bij verschillende rechters in het Verenigd Koninkrijk is opgekomen. Op 3 januari 2022 heeft het EHRM onder andere aan de betreffende partijen gevraagd of zij de mogelijkheid hadden (maar niet hadden gebruikt) om de interceptiemaatregelen aan te vechten voor de bevoegde Franse rechter.

18. Dit samenstel van feiten moet op de juiste wijze worden gekwalificeerd in het licht van de EOB-richtlijn. Artikel 1, lid 1, van die richtlijn bepaalt namelijk dat een EOB kan worden uitgevaardigd om, ten eerste, „in een andere lidstaat [...] één of meer specifieke onderzoeksmaatregelen te laten uitvoeren" en, ten tweede, „om bewijsmateriaal te verkrijgen dat reeds in het bezit is van de bevoegde autoriteiten van de uitvoerende staat" [5].

19. Eenvoudig gezegd kan een EOB worden uitgevaardigd om hetzij nieuw bewijsmateriaal te vergaren, hetzij bestaand bewijsmateriaal te doen overdragen. Ik zal deze terminologie gebruiken om te verwijzen naar de twee verschillende soorten EOB's.

20. In het hoofdgeding werden de EOB's met dat laatste doel uitgevaardigd. De Staatsanwaltschaft Berlin verzocht namelijk om overdracht van bewijsmateriaal dat Frankrijk al in zijn bezit had.

21. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt echter duidelijk dat de verwijzende rechter in de eerste plaats van mening is dat, ondanks het onderscheid tussen de twee soorten EOB's in artikel 1, lid 1, van de EOB-richtlijn, een EOB voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal niet kan worden uitgevaardigd zonder rekening te houden met de wijze waarop dat bewijsmateriaal oorspronkelijk is vergaard. In de tweede plaats trekt de verwijzende rechter de evenredigheid, en dus de rechtmatigheid, in twijfel van de oorspronkelijke maatregelen tot vergaring in Frankrijk van het bewijsmateriaal dat later aan Duitsland is overgedragen. Ten slotte is de verwijzende rechter het niet eens met het Bundesgerichtshof [6], dat heeft geoordeeld dat de geïntercepteerde EncroChat-gegevens als bewijsmateriaal in Duitsland konden worden gebruikt [7].

22. Met dit in het achterhoofd moet het Hof verduidelijken of de voorwaarden voor het uitvaardigen van een EOB voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal vereisen dat er wordt gekeken naar de onderliggende maatregelen van bewijsgaring in de uitvoerende staat. Ik wil van meet af aan duidelijk maken, en ik zal daar later uitgebreid op ingaan, dat de uitvaardigende autoriteit in een dergelijk scenario de rechtmatigheid van de maatregelen op basis waarvan de uitvoerende staat bewijsmateriaal heeft vergaard niet in twijfel kan trekken. De evenredigheid van de Franse maatregel ter fine van de interceptie van EncroChat-telefoons, is daarom niet aan de orde in deze zaak.

B. Herschikking van de vragen van de verwijzende rechter en structuur van deze conclusie

23. De verwijzende rechter is van mening dat de EOB's in strijd met de EOB-richtlijn zijn uitgevaardigd, aangezien zij i) in strijd waren met de voorwaarden van artikel 6, lid 1, ervan, en ii) zijn uitgevaardigd door een officier van justitie, en niet door een rechter. Bovendien hadden de Franse autoriteiten de bevoegde Duitse rechter overeenkomstig artikel 31 van de EOB-richtlijn in kennis moeten stellen van de interceptiemaatregelen. Ten slotte is de verwijzende rechter van

5 Vóór de EOB-richtlijn werd de overdracht van bewijsmateriaal dat reeds in het bezit was van een andere lidstaat geregeld door kaderbesluit 2008/978/JBZ van de Raad van 18 december 2008 betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures (PB 2008, L 350, blz. 72). In de overwegingen 4 tot en met 7 van de EOB-richtlijn valt te lezen dat het vorige systeem te gefragmenteerd en te ingewikkeld was en dat daarom het EOB werd ontworpen als één enkel instrument voor het verkrijgen van nieuw en reeds bestaand bewijsmateriaal.

6 Zie het in voetnoot 4 hierboven aangehaalde arrest van deze rechterlijke instantie.

7 Deze verwijzing is dus een schoolvoorbeeld van de bekende gang van zaken waarin de prejudiciële verwijzingsprocedure heeft geleid tot een versterking van de rechtsmacht van gewone nationale rechterlijke instanties ten opzichte van hogere rechterlijke instanties, zoals het best beschreven in Alter, K. J., „The European Court's Political Power", *West European Politics*, deel 19(3), 1996, blz. 452. Zie voor de empirische demonstratie van de omgekeerde dynamiek, waarbij hogere nationale rechterlijke instanties vragen aan het Hof voorleggen om lagere rechterlijke instanties ervan te weerhouden dit te doen, Pavone, T., en Kelemen, D. R., „The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and national courts revisited", *European Law Journal*, deel 25(4), 2019, blz. 352.

mening dat het Unierecht, meer in het bijzonder de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, aldus moet worden uitgelegd dat in een strafprocedure geen gebruik mag worden gemaakt van bewijsmateriaal dat in strijd met de EOB-richtlijn is vergaard.

24. De verwijzende rechter vraagt zich dus in wezen af of zijn interpretatie van de EOB-richtlijn en de daaruit voortvloeiende gevolgen juist is. De verwijzende rechter heeft zijn vragen ingedeeld in vijf groepen, die ik ten behoeve van mijn analyse op de navolgende wijze heb herschikt.

25. De eerste drie groepen vragen gaan over de uitlegging van het begrip „uitvaardigende autoriteit" die bevoegd is met betrekking tot een EOB voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal en de voorwaarden die gelden voor het uitvaardigen van een dergelijk EOB. De vragen over de voorwaarden zoals opgenomen in artikel 6, lid 1, onder a) en b), van de EOB-richtlijn hangen samen met de vragen over de bevoegde uitvaardigende autoriteit. Ik zal ze daarom samen behandelen in onderdeel C.

26. De vierde groep vragen, waarin het gaat om de uitlegging van artikel 31, leden 1 en 3, van de EOB-richtlijn, kan afzonderlijk worden behandeld. Ik zal dit doen in onderdeel D.

27. Tot slot zal ik de laatste groep vragen, die betrekking heeft op de gevolgen van een eventuele schending van de EOB-richtlijn, in onderdeel E analyseren. Deze vragen kunnen als hypothetisch worden aangemerkt indien uit de antwoorden op de voorafgaande vragen geen schending van de EOB-richtlijn voortvloeit. Aangezien die slotsom echter afhangt van de uitlegging van het relevante nationale recht, hetgeen aan de verwijzende rechter staat, geef ik het Hof in overweging ook deze vragen te beantwoorden.

C. Voorwaarden voor het uitvaardigen van een EOB voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal en de bevoegde uitvaardigende autoriteit

28. De voorwaarden die gelden voor het uitvaardigen van een EOB en waarvan de vervulling door de uitvaardigende autoriteit moet worden beoordeeld [8], zijn te vinden in artikel 6, lid 1, van de EOB-richtlijn. Die bepaling luidt als volgt:

„De uitvaardigende autoriteit kan een EOB alleen uitvaardigen indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

a) het uitvaardigen van het EOB is noodzakelijk voor en staat in verhouding tot het doel van de in artikel 4 bedoelde procedure, daarbij rekening houdend met de rechten van de verdachte of beschuldigde persoon, en

b) de in het EOB aangegeven onderzoeksmaatregel(en) had(den) in dezelfde omstandigheden in een vergelijkbare binnenlandse zaak bevolen kunnen worden."

29. De EOB-richtlijn verbindt dus twee voorwaarden aan het uitvaardigen van een EOB. Deze voorwaarden moeten ervoor zorgen dat het EOB niet in strijd met het recht van de uitvaardigende staat wordt uitgevaardigd. [9] Aangezien het strafrechtelijk onderzoek of de

[8] Zie artikel 6, lid 2, van de EOB-richtlijn.

[9] Zie dienaangaande arrest van 16 december 2021, Spetsializirana prokuratura (Verkeers- en locatiegegevens) (C-724/19, EU:C:2021:1020, punt 44). Zie ook Csúri, A., „Towards an Inconsistent European Regime of Cross-Border Evidence: The EPPO and the European Investigation Order", in Geelhoed, W. e.a., *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, T.M.C. Asser Press, Den Haag, 2018, blz. 146.

daaropvolgende strafprocedure plaatsvindt in de uitvaardigende staat, zijn deze voorwaarden uiteindelijk gericht op de bescherming van de rechten van de verdachte of beschuldigde persoon. De naleving van deze voorwaarden kan ingevolge artikel 14, lid 2, van de EOB-richtlijn uitsluitend in de uitvaardigende staat worden aangevochten.

30. Om die doelstellingen te bereiken, eist artikel 6, lid 1, van de EOB-richtlijn van de uitvaardigende autoriteit een abstracte en een concrete beoordeling.

31. De abstracte beoordeling is geregeld in artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn en schrijft voor dat de uitvaardigende autoriteit beoordeelt of de onderzoeksmaatregel waarop het EOB betrekking zal hebben, in haar nationale recht bestaat en onder welke voorwaarden deze kan worden bevolen.

32. De concrete beoordeling in artikel 6, lid 1, onder a), van de EOB-richtlijn verplicht de uitvaardigende autoriteit te beoordelen of een bepaald EOB noodzakelijk is voor en in verhouding staat tot het doel van een concrete strafprocedure.

33. Pas nadat de uitvaardigende autoriteit overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn heeft vastgesteld dat het nationale recht een bepaalde onderzoeksmaatregel in beginsel toestaat, kan zij overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder a), van de EOB-richtlijn de noodzakelijkheid en evenredigheid van het concrete geval beoordelen. Ik vind het dan ook logischer om deze twee voorwaarden in omgekeerde volgorde tegen het licht te houden.

34. Zowel de abstracte als de concrete voorwaarde hangt samen met de vraag hoe moet worden bepaald welke autoriteit bevoegd is om in een concreet geval een EOB uit te vaardigen. De verwijzende rechter is van mening dat de Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main in de omstandigheden van de onderhavige zaak niet de autoriteit was die bevoegd was om de EOB's uit te vaardigen voor de overdracht uit Frankrijk van bewijsmateriaal bestaande uit geïntercepteerde telecommunicatiegegevens.

35. Artikel 2, onder c), van de EOB-richtlijn regelt welke autoriteiten een EOB kunnen uitvaardigen. Voor zover relevant luidt deze bepaling:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

c) ‚uitvaardigende autoriteit':

i) een in de zaak bevoegde rechter, rechtbank, een onderzoeksrechter of officier van justitie, [...]

[...]"[10]

[10] Ingevolge artikel 2, onder c), ii), van de EOB-richtlijn mag ook een andere autoriteit die naar nationaal recht bevoegd is een EOB uitvaardigen, mits een dergelijk EOB vervolgens door een van de rechterlijke autoriteiten die worden opgesomd in artikel 2, onder c), i), van die richtlijn wordt gevalideerd.

36. In artikel 2, onder c), i), van de EOB-richtlijn worden dus autoriteiten opgesomd die zelfstandig, zonder toestemming van buitenaf, een EOB kunnen uitvaardigen. Anders dan in het EAB-kaderbesluit [11] wordt in de EOB-richtlijn de officier van justitie expliciet genoemd als zijnde een dergelijke autoriteit. [12] Bijgevolg heeft het Hof in het arrest Staatsanwaltschaft Wien (Vervalste overschrijvingsopdrachten) geoordeeld dat, anders dan bij het EAB-kaderbesluit, een officier van justitie de uitvaardigende autoriteit van een EOB kan zijn, ook al is hij niet volledig onafhankelijk van de uitvoerende macht. [13]

37. Het feit dat een officier van justitie in beginsel bevoegd is, betekent evenwel niet dat hij in elke zaak de bevoegde uitvaardigende autoriteit is. Dat hangt veeleer af van de omstandigheden van de zaak en houdt verband met de voorwaarden van artikel 6, lid 1, van de EOB-richtlijn. Daarom zal ik niet alleen nagaan *wat* deze voorwaarden impliceren voor een uitvaardigende autoriteit, maar ook hoe zij gevolgen hebben voor de vraag *welke* autoriteit dat is.

1. Artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn en een vergelijkbare binnenlandse zaak

38. Artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn schrijft voor dat een EOB wordt uitgevaardigd op voorwaarde dat de onderzoeksmaatregel *in dezelfde omstandigheden in een vergelijkbare binnenlandse zaak* bevolen kan worden.

39. Bijgevolg moet worden nagegaan wat moet worden verstaan onder een vergelijkbare binnenlandse zaak wanneer een EOB wordt uitgevaardigd voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal.

40. Voordat ik inga op het begrip „vergelijkbare binnenlandse zaak", is een opmerking op zijn plaats. Deze vraag is gerezen en door de deelnemers aan deze procedure besproken vanwege het standpunt van het Bundesgerichtshof [14], volgens hetwelk artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn in het geheel niet van toepassing is op een EOB voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal. Volgens die rechterlijke instantie is de overdracht van bewijsmateriaal geen onderzoeksmaatregel als zodanig en is die bepaling hierop dus niet van toepassing.

41. Ik deel dat standpunt niet. Artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn bevat namelijk de voorwaarden voor het uitvaardigen van een EOB zonder onderscheid te maken tussen de twee soorten maatregelen die in artikel 1 van de EOB-richtlijn worden genoemd. De bewoordingen van deze bepaling sluiten onderzoeksmaatregelen waarbij om de overdracht van reeds bestaand

[11] Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (PB 2002, L 190, blz. 1), zoals gewijzigd bij kaderbesluit 2009/299/JBZ van de Raad van 26 februari 2009 tot wijziging van kaderbesluit 2002/584/JBZ, kaderbesluit 2005/214/JBZ, kaderbesluit 2006/783/JBZ, kaderbesluit 2008/909/JBZ en kaderbesluit 2008/947/JBZ en tot versterking van de procedurele rechten van personen, tot bevordering van de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen gegeven ten aanzien van personen die niet verschenen zijn tijdens het proces (PB 2009, L 81, blz. 24; hierna: „EAB-kaderbesluit").

[12] In het arrest van 2 maart 2023, Staatsanwaltschaft Graz (Dienst voor belastingstrafzaken van Düsseldorf) (C-16/22, EU:C:2023:148, punten 33-36), was het Hof van oordeel dat de punten i) en ii) van artikel 2, onder c), van de EOB-richtlijn elkaar uitsluiten.

[13] Arrest van 8 december 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Vervalste overschrijvingsopdrachten) (C-584/19, EU:C:2020:1002, punten 57-63). In het arrest van 27 mei 2019, OG en PI (Openbaar ministerie van Lübeck en van Zwickau) (C-508/18 en C-82/19 PPU, EU:C:2019:456, punten 88-90), heeft het Hof daarentegen verklaard dat de Duitse officieren van justitie in de zaken die tot dat arrest hebben geleid, niet voldeden aan het vereiste van onafhankelijkheid om een Europees aanhoudingsbevel (EAB) uit te vaardigen. Hieruit zou volgen dat een officier van justitie die niet volledig onafhankelijk is van de uitvoerende macht, geen EAB kan uitvaardigen, maar wel een EOB. Het is goed om te benadrukken dat in deze twee arresten een rechtsmiddel tegen de officier van justitie voldoende werd geacht voor de bescherming van de grondrechten in de context van het uitvaardigen van een EOB, maar onvoldoende in de context van het uitvaardigen van een EAB.

[14] Zie het in voetnoot 4 hierboven aangehaalde arrest van het Bundesgerichtshof.

bewijsmateriaal wordt verzocht, niet uit van de werkingssfeer ervan. Artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn is derhalve ook van toepassing op een EOB dat wordt uitgevaardigd met het oog op de overdracht van bestaand bewijsmateriaal, zoals in de onderhavige zaak. [15]

42. Een vergelijkbare binnenlandse zaak die relevant is voor de beoordeling of een EOB kan worden uitgevaardigd, verschilt naargelang het gaat om de vraag of een EOB wordt uitgevaardigd voor de vergaring van nieuw bewijsmateriaal of voor de overdracht van reeds bestaand bewijsmateriaal. Zoals in overweging gegeven door de Commissie, de Staatsanwaltschaft Berlin en de Duitse regering, is een vergelijkbare binnenlandse zaak dus een zaak waarin bewijsmateriaal binnen Duitsland wordt overgedragen van de ene strafprocedure naar de andere (bijvoorbeeld van de Staatsanwaltschaft München naar de Staatsanwaltschaft Berlin).

43. Die uitlegging vindt steun in de bewoordingen van artikel 6, lid 1, onder b), volgens welke het bij „de *in het EOB aangegeven* onderzoeksmaatregel(en)" [16] gaat om maatregelen die de autoriteit binnenlands moet kunnen bevelen. In het onderhavige geval is de in de EOB's aangegeven maatregel de overdracht van bewijsmateriaal dat reeds in het bezit was van de Franse autoriteiten.

44. Of het mogelijk is om bewijsmateriaal dat bestaat uit geïntercepteerde communicatie die vergaard is voor een bepaald strafonderzoek of een bepaalde strafprocedure over te dragen naar een ander strafonderzoek of een andere strafprocedure, is een vraag die naar Duits recht moet worden beantwoord. Dat is geen vraag waarop de EOB-richtlijn zelf een antwoord biedt; die richtlijn verwijst veeleer naar het recht van de uitvaardigende staat.

45. Spelen de onderliggende maatregelen op basis waarvan het bewijsmateriaal in Frankrijk werd vergaard een rol in deze beoordeling?

46. Voor zover het nationale recht voorwaarden bepaalt voor de overdracht van bewijsmateriaal tussen strafprocedures, kan de onderliggende maatregel relevant worden. Indien bijvoorbeeld naar Duits recht een binnenlandse overdracht van geïntercepteerde telecommunicatie van de ene strafprocedure naar de andere verboden zou zijn, zou de uitvaardigende autoriteit evenmin opdracht kunnen geven tot een dergelijke grensoverschrijdende overdracht.

47. Dat lijkt in de onderhavige procedure echter niet het geval te zijn. Ter terechtzitting heeft de Duitse regering bevestigd dat de overdracht van bewijsmateriaal tussen twee strafprocedures naar Duits recht mogelijk is, met inbegrip van bewijsmateriaal dat is vergaard door de interceptie van communicatie. De voorwaarden voor een dergelijke overdracht zijn vastgelegd in de

[15] Hieraan moet worden toegevoegd dat ter terechtzitting de vraag is gerezen of het feit dat Duitsland via Europol in real time toegang heeft gekregen tot de geïntercepteerde communicatie (in ieder geval vanaf 3 april 2020), betekent dat Duitsland een EOB had moeten uitvaardigen met het verzoek om *vergaring* van die gegevens. Zoals de Staatsanwaltschaft Berlin en de Duitse regering hebben uiteengezet, werd die rechtstreekse toegang niet mogelijk gemaakt met het oog op strafrechtelijke vervolging, maar alleen voor preventieve politiedoeleinden. Zij hebben betoogd dat de EOB's vervolgens vereist waren voor het gebruik van het verkregen bewijsmateriaal in de Duitse strafprocedure. Een EOB om de in real time via Europol toegankelijk gemaakte gegevens te vergaren zou daarentegen niet nodig (of zelfs niet mogelijk) zijn geweest, aangezien die toegang tot gegevens niet plaatsvond met betrekking tot de in artikel 4 van de EOB-richtlijn opgesomde procedures. Die richtlijn zou dus niet van toepassing zijn geweest op de toegang in real time van de politie tot gegevens.

[16] Cursivering van mij.

Strafprozessordnung (Duits wetboek van strafvordering; hierna: „StPO"). Het staat aan de verwijzende rechter om het Duitse recht uit te leggen, teneinde te bepalen of dit inderdaad het geval is. [17]

48. De uitvaardigende autoriteit is echter op grond van de EOB-richtlijn niet verplicht om te beoordelen of de onderliggende maatregelen op basis waarvan het bewijsmateriaal is vergaard, in de uitvoerende staat rechtmatig zijn genomen. Sterker nog, dit mag zelfs niet. Bij het uitvaardigen van een EOB voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal is de uitvaardigende autoriteit gebonden door het beginsel van wederzijdse erkenning, dat ten grondslag ligt aan de samenwerking in strafzaken in de Europese Unie. Tenzij de onderliggende maatregelen in een gerechtelijke procedure in Frankrijk, die de betrokkene moet kunnen inleiden [18], onrechtmatig worden bevonden, kan de uitvaardigende autoriteit de rechtmatigheid ervan niet in twijfel trekken.

49. M.N. heeft betoogd dat het maken van onderscheid tussen de overdracht van bewijsmateriaal en de maatregelen op basis waarvan het is vergaard, het mogelijk maakt de bescherming van een verdachte of een beschuldigde persoon krachtens het recht van de uitvaardigende staat te omzeilen. Volgens hem hebben de Duitse autoriteiten met hun verzoek aan hun Franse tegenhangers bewijsmateriaal verkregen dat strijdig is met het Duitse recht.

50. De omstandigheden van deze zaak voeden geen vermoeden van misbruik van grensoverschrijdende onderzoeksprocedures. Frankrijk kwam in het bezit van het betrokken bewijsmateriaal in de loop van zijn eigen strafrechtelijk onderzoek. Ook al is dat bewijsmateriaal toevallig ook voor Duitsland van belang, Frankrijk is niet ten behoeve van het Duitse strafrechtelijke onderzoek met de vergaring ervan begonnen. Dus ook al zou een Duitse rechter geen toestemming hebben gegeven voor een dergelijke interceptie indien deze in Duitsland zou hebben plaatsgevonden, dan nog hebben de Franse autoriteiten die interceptiemaatregelen genomen in overeenstemming met het Franse recht en met toestemming van een bevoegde Franse rechter.

[17] Volgens mijn eigen, noodzakelijkerwijs oppervlakkige, onderzoek van de StPO staat § 477, lid 2, ervan de ambtshalve overdracht van persoonsgegevens van de ene strafprocedure naar de andere toe en bepaalt § 480, lid 1, ervan dat dit in de voorbereidende procedure en na de definitieve beëindiging van die procedure wordt bevolen door de officier van justitie; in elke andere situatie staat het aan de met de zaak belaste rechter om dit te bevelen. Een verplichting tot overdracht van bewijsmateriaal kan worden afgeleid uit het in § 152, lid 2, neergelegde legaliteitsbeginsel. Overdracht is in beginsel alleen mogelijk als het relevante bewijsmateriaal een strafbaar feit betreft voor de vervolging waarvan een dergelijke maatregel had kunnen worden bevolen; anders is de toestemming van de betrokken persoon nodig. Vogel, B., Köppen, P., en Wahl, T., „Access to Telecommunication Data in Criminal Justice: Germany", in Sieber, U., en von zur Mühlen, N., (red.), *Access to Telecommunication Data in Criminal Justice. A Comparative Analysis of European Legal Orders*, Duncker & Humblot, Berlijn, 2016, blz. 518, en Gieg, G., in Barthe, C., en Gericke, J., (red.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, § 477, lid 1; § 479, lid 3, C. H. Beck, München, 2023.

[18] Of personen die zijn geraakt door de EncroChat-intercepties deze in Frankrijk konden aanvechten, is een kwestie die bij het EHRM aanhangig is. Zie voetnoot 4.

51. Het feit dat er aanzienlijke verschillen tussen de strafrechtsstelsels van de lidstaten bestaan [19], betekent niet dat het ene stelsel de grondrechten van verdachten of beschuldigde personen beschermt, terwijl het andere deze grondrechten schendt. De justitiële samenwerking in strafzaken in de Unie berust veeleer op de aanname dat alle lidstaten de grondrechten eerbiedigen. Dat die aanname in een bepaalde zaak voor de bevoegde rechter kan worden weerlegd, mag het beginsel van wederzijds vertrouwen dat aan het EOB en andere instrumenten voor samenwerking in strafzaken ten grondslag ligt, niet op losse schroeven zetten.

52. Daarom moet de uitvaardigende autoriteit overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn beoordelen of de gegevens die door de interceptie van telecommunicatie ten behoeve van een strafprocedure zijn vergaard, binnen Duitsland mogen worden overgedragen naar een andere strafprocedure. Als dat het geval is, kan deze autoriteit een EOB uitvaardigen voor de overdracht van bewijsmateriaal dat is vergaard door de interceptie van telecommunicatie in een andere lidstaat. Bij het uitvaardigen van een dergelijk EOB mag de uitvaardigende autoriteit de rechtmatigheid van de maatregelen op basis waarvan het bewijsmateriaal in de uitvoerende lidstaat is vergaard, niet in twijfel trekken.

53. Ten slotte wenst de verwijzende rechter met zijn subsidiaire derde vraag, onder b), te vernemen of het van belang is dat de door de uitvoerende staat verrichte interceptie gegevens over gebruikers van mobiele telefoons in Duitsland omvatte, dan wel dat een dergelijke interceptie in het belang van strafvervolging in die staat was. Ik ben van mening dat deze omstandigheden, ook al zouden zij juist zijn, niet relevant zijn voor de uitlegging van artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn.

54. In de eerste plaats is het feit dat de interceptie plaatsvond met betrekking tot mobiele telefoons van gebruikers op Duits grondgebied niet relevant voor de toepasselijkheid van artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn. Ongeacht waar het bewijsmateriaal werd vergaard, moet er, om dat bewijsmateriaal van Frankrijk naar Duitsland te kunnen overdragen door middel van een EOB, namelijk worden voldaan aan de Duitse regels die van toepassing zijn op een vergelijkbare binnenlandse zaak.

55. In de tweede plaats is de veronderstelling dat de Franse autoriteiten de communicatie in het belang van Duitsland hebben geïntercepteerd een veronderstelling omtrent de feiten waarvoor in de verwijzingsbeslissing geen bewijs te vinden is en waarover het Hof zich niet kan uitspreken. Belangrijker nog, niets in artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn leidt tot de slotsom dat het belang van de uitvaardigende staat relevant is voor de uitlegging ervan.

[19] De nationale strafprocedures van de lidstaten lopen sterk uiteen, niet alleen wat betreft de beschikbare onderzoeksmaatregelen (Armada, I., „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*, deel 6(1), 2015, blz. 9), maar ook wat betreft de voorwaarden die aan hun bruikbaarheid worden verbonden [Bachmaier, L., „Mutual Recognition and Cross-Border Interception of Communications: The Way Ahead for the European Investigation Order", in Brière, C., en Weyembergh, A., (red.), *The Needed Balances in EU Criminal Law: Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford, 2018, blz. 317]. Als het bijvoorbeeld gaat om interceptie van communicatie, kennen sommige lidstaten een lijst van strafbare feiten voor het onderzoek waarvan een dergelijke maatregel kan worden bevolen (bijvoorbeeld Duitsland); andere gaan uit van het vereiste van een minimumstraf (bijvoorbeeld Frankrijk); weer andere gebruiken een mengvorm van beide benaderingen. Daarnaast staan verschillende nationale wetten een dergelijke onderzoeksmaatregel toe op voorwaarde dat er sprake is van een bepaalde mate van verdenking of dat er wordt gekeken naar de noodzaak (de vraag of een minder ingrijpende maatregel tot hetzelfde resultaat zou leiden). Ten slotte verschillen de lidstaten wat betreft de maximale duur van de interceptiemaatregel en de mogelijkheid tot verlenging ervan [zie Tropina, T., „Comparative Analysis", in Sieber, U., en von zur Mühlen, N., (red.), *Access to Telecommunication Data in Criminal Justice. A Comparative Analysis of European Legal Orders*, Duncker & Humblot, Berlijn, 2016, blz. 67-72 en 77-79].

Voorlopige conclusie

56. Wordt een EOB uitgevaardigd voor de overdracht van bewijsmateriaal dat reeds in het bezit is van een andere staat, dan impliceert de verwijzing in artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn naar een vergelijkbare binnenlandse zaak dat de uitvaardigende autoriteit beoordeelt of en onder welke voorwaarden het relevante nationale recht de overdracht van door interceptie van communicatie verkregen bewijsmateriaal tussen strafprocedures in eigen land toestaat.

57. Wanneer de uitvaardigende autoriteit beslist of zij een EOB kan uitvaardigen voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal, mag zij niet nagaan of het bewijsmateriaal waarvan zij de overdracht door middel van een EOB verzoekt, rechtmatig in de uitvoerende staat is vergaard.

58. Het feit dat de onderliggende maatregelen ten uitvoer werden gelegd op het grondgebied van de uitvaardigende staat of in het belang van die staat waren, is niet relevant voor het voorafgaande antwoord.

2. Artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn en de bevoegde uitvaardigende autoriteit

59. De verwijzende rechter is van mening dat de EOB's in casu hadden moeten worden uitgevaardigd door een rechter, en niet door een officier van justitie. Dienaangaande wenst de verwijzende rechter in de eerste plaats te vernemen of een dergelijke slotsom voortvloeit uit de gecombineerde lezing van artikel 2, onder c), i), en artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn, en in de tweede plaats of het feit dat de Franse autoriteiten mobiele telefoons op Duits grondgebied hebben geïntercepteerd gevolgen heeft voor het antwoord op die vraag.

60. Het Hof heeft reeds verklaard dat artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn wel degelijk relevant is voor de vraag wie in een bepaald geval de uitvaardigende autoriteit is. In het arrest Spetsializirana Prokuratura (Verkeers- en locatiegegevens) heeft het Hof een verband gelegd tussen artikel 2, onder c), i), van de EOB-richtlijn en artikel 6, lid 1, onder b), van die richtlijn.[20] Het Hof heeft verklaard dat een EOB door een rechter moet worden uitgevaardigd indien het recht van de uitvaardigende lidstaat dit voorschrijft met betrekking tot dezelfde maatregel in een binnenlandse context.[21] In een dergelijk geval is de rechter de *bevoegde* uitvaardigende autoriteit, ook al vermeldt artikel 2, onder c), i), van de EOB-richtlijn ook de officier van justitie.[22]

61. Kortom, een officier van justitie kan in beginsel een uitvaardigende autoriteit zijn, maar het nationale recht dat van toepassing is in een vergelijkbare binnenlandse zaak bepaalt welke uitvaardigende autoriteit bevoegd is in een concreet geval.

[20] Arrest van 16 december 2021, Spetsializirana prokuratura (Verkeers- en locatiegegevens) (C-724/19, EU:C:2021:1020, punten 35 en 44). Zie ook arrest van 8 december 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Vervalste overschrijvingsopdrachten) (C-584/19, EU:C:2020:1002, punt 52).

[21] Arrest van 16 december 2021, Spetsializirana prokuratura (Verkeers- en locatiegegevens) (C-724/19, EU:C:2021:1020, punten 35 en 45).

[22] Dit is ook zinvol vanuit het oogpunt van het voorkomen van forumshopping. Als het nationale recht de tussenkomst van een binnenlandse rechter vereist, mag het gebruik van een EOB namelijk niet in de weg staan aan dat vereiste. Mangiaracina, A., „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*, deel 10(1), 2014, blz. 126.

62. Rekening houdend met mijn voorafgaande analyse van wat moet worden verstaan onder een vergelijkbare binnenlandse zaak overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn wanneer een EOB wordt uitgevaardigd voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal, had het EOB moeten worden uitgevaardigd door een rechter indien het Duitse recht dit vereist bij een binnenlandse overdracht van geïntercepteerde telecommunicatiegegevens.

63. Voor het bepalen van de bevoegde uitvaardigende autoriteit is het dus niet relevant of naar Duits recht een rechter toestemming moet geven voor de interceptiemaatregelen. De enige vraag is of bij een vergelijkbare binnenlandse overdracht een rechter toestemming zou moeten verlenen. Dat lijkt naar Duits recht niet het geval te zijn.

64. Niettemin blijft een belangrijk punt van zorg over. Als de overdracht van bestaand bewijsmateriaal in het binnenland had plaatsgevonden, van één officier van justitie naar een andere (bijvoorbeeld van München naar Berlijn), dan had de onderliggende maatregel van de interceptie van telecommunicatie naar Duits recht door een rechter moeten zijn bevolen. De evenredigheid van de inmenging in de grondrechten zou dan door een rechter zijn gecontroleerd. Dat maakt het vanuit het oogpunt van de bescherming van de rechten van verdachten of beschuldigde personen aanvaardbaar om het gebruik van dat bewijsmateriaal in een andere strafprocedure toe te staan zonder dat daar opnieuw een rechter aan te pas hoeft te komen.

65. Wordt de onderliggende maatregel evenwel door een ander rechtsstelsel beheerst, dan werkt een regel die geen rechterlijke controle op de overdracht van bestaand bewijsmateriaal vereist, in een andere, niet-vergelijkbare context. [23]

66. In casu heeft de Franse rechter evenwel toestemming gegeven voor de interceptie van telecommunicatie. [24] Het beginsel van wederzijdse erkenning, waarop het EOB-stelsel is gebaseerd, vereist dat de Duitse autoriteiten aan die procedurele stap dezelfde waarde toekennen als zij zouden doen in geval van een binnenlandse procedurele stap. Dit geldt zelfs dan wanneer in een concrete zaak een Duitse rechter anders zou beslissen.

67. Maar wat als het Franse recht niet zou vereisen dat de rechter toestemming geeft voor de interceptiemaatregelen? Ter terechtzitting heeft de Commissie verklaard dat de situatie in een dergelijk geval anders zou zijn, waarbij zij heeft betoogd dat het EOB waarin om de overdracht van bestaand bewijsmateriaal wordt verzocht als strijdig met het Unierecht kan worden beschouwd wanneer de Franse rechter geen toestemming zou hebben gegeven voor de onderliggende maatregel. Dit doet vermoeden dat artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn niet geheel neutraal is ten opzichte van de onderliggende maatregel wanneer een EOB wordt uitgevaardigd voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal.

68. Wanneer het nationale recht een officier van justitie de bevoegdheid geeft te verzoeken om de overdracht van bewijsmateriaal omdat de rechter toestemming heeft gegeven voor de oorspronkelijke vergaring van dat bewijsmateriaal, wordt die nationale regel mijns inziens

[23] Niettemin spelen de inspanningen die zijn geleverd om te zorgen voor een minimale harmonisatie op het gebied van strafprocesrecht een belangrijke rol bij het nader tot elkaar brengen van de verschillende rechtsstelsels van de lidstaten. Ik denk aan instrumenten zoals richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (PB 2016, L 65, blz. 1), of richtlijn 2012/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het recht op informatie in strafprocedures (PB 2012, L 142, blz. 1).

[24] In dat verband heb ik reeds vermeld dat het Franse grondwettelijk hof in april 2022 heeft geoordeeld dat de Franse wetgeving op grond waarvan de opdracht tot de EncroChat-interceptie is gegeven, in overeenstemming is met de Franse grondwet. Zie voetnoot 4.

relevant met het oog op artikel 6, lid 1, onder b), van de EOB-richtlijn. Dat betekent dat de uitvaardigende autoriteit moet nagaan of de rechter toestemming heeft gegeven voor de onderliggende maatregel, zoals het nationale recht vereist. De uitvaardigende autoriteit zou zich dan evenwel niet mogen afvragen of een dergelijke toestemming wel voldoet, maar zou in plaats daarvan de toestemming van de rechter in de uitvoerende staat op dezelfde wijze moeten aanvaarden als een binnenlandse toestemming.

69. Heeft de uitvoerende staat evenwel geen rechter ingeschakeld om toestemming voor de onderliggende maatregel te verkrijgen, terwijl de uitvaardigende staat dat wel zou eisen in een vergelijkbare binnenlandse zaak, dan kan laatstgenoemde staat toestemming van de rechter verlangen voor het uitvaardigen van een EOB voor de overdracht van bestaand bewijs. Dat is zelfs het geval wanneer deze staat een dergelijke toestemming niet vereist bij een binnenlandse overdracht van bewijsmateriaal.

70. In het onderhavige geval heeft de bevoegde Franse rechter voor alle stappen voor de vergaring van gegevens via de EncroChat-server in Frankrijk toestemming gegeven.[25] Ik zie daarom geen reden waarom het Duitse openbaar ministerie geen EOB zou kunnen uitvaardigen voor de overdracht van dat bewijs.

71. De verwijzende rechter stelt subsidiair de eerste vraag, onder b), die berust op de premisse dat de Duitse autoriteiten de aanzet hebben gegeven tot de vergaring op Duits grondgebied van gegevens door Frankrijk in het belang van Duitsland.[26]

72. Die vraag is gedeeltelijk hypothetisch van aard, aangezien het bij de vergaring van bewijsmateriaal ging om een Frans initiatief ten behoeve van het eigen onderzoek. De ontdekking van de Duitse EncroChat-gebruikers was het gevolg, en niet de reden, van de interceptie van telecommunicatie.

73. De omstandigheid dat sommige EncroChat-gebruikers zich op Duits grondgebied bevonden, is naar mijn mening niet relevant voor wat onder een „uitvaardigende autoriteit" moet worden verstaan. Omdat een EOB alleen kan worden uitgevaardigd voor maatregelen die in een vergelijkbare binnenlandse zaak kunnen worden bevolen, zijn dezelfde nationale regels betreffende de uitvaardigende autoriteit van toepassing, ongeacht waar en door wie de onderzoeksmaatregel is uitgevoerd. Het enige verschil is of een EOB of een binnenlands onderzoeksbevel wordt gebruikt.[27]

Voorlopige conclusie

74. Heeft een rechter toestemming gegeven voor een onderliggende maatregel in de uitvoerende staat, dan hoeft een EOB voor de overdracht van het vergaarde bewijsmateriaal niet ook door een rechter te worden uitgevaardigd, ook al zou de onderliggende bewijsgaring naar het recht van de uitvaardigende staat door een rechter moeten worden bevolen.

75. Het feit dat de interceptie is uitgevoerd op het grondgebied van een andere lidstaat maakt geen verschil voor de vraag wie de uitvaardigende autoriteit is.

[25] Volgens de verwijzingsbeslissing heeft de tribunal correctionnel de Lille hiervoor toestemming gegeven.

[26] Aangezien de mobiele telefoons van Duitse gebruikers waarop gegevens waren opgeslagen, zich in Duitsland bevonden.

[27] Het belang van de interceptie op het grondgebied van de uitvaardigende staat zal worden behandeld in het kader van de vierde groep vragen, betreffende de uitlegging van artikel 31 van de EOB-richtlijn. Zie onderdeel D hieronder.

3. Artikel 6, lid 1, onder a), van de EOB-richtlijn en het evenredigheidsbeginsel

76. Volgens artikel 6, lid 1, onder a), van de EOB-richtlijn moet een EOB noodzakelijk zijn voor en in verhouding staan tot het doel van de strafprocedure, daarbij rekening houdend met de rechten van de verdachte of beschuldigde persoon. [28]

77. Deze evenredigheidsbeoordeling vindt plaats op basis van zowel het Unierecht als het recht van de uitvaardigende staat. [29]

78. De uitvaardigende autoriteit moet de overtuiging hebben dat het EOB noodzakelijk en evenredig is gezien de omstandigheden van het moment waarop het EOB wordt uitgevaardigd. In dat verband stelt M.N. terecht dat het voor de beoordeling van de evenredigheid van een EOB absoluut irrelevant is of het strafrechtelijk onderzoek zeer vruchtbaar is geweest en heeft geresulteerd in talrijke veroordelingen voor ernstige misdrijven.

79. De relevante vraag is veeleer of de mate van inmenging in het privéleven die de toegang van de officier van justitie tot het overgedragen bewijsmateriaal met zich brengt, kan worden gerechtvaardigd door het openbaar belang bij het betrokken strafrechtelijk onderzoek of de betrokken strafprocedure, rekening houdend met de omstandigheden van de specifieke zaak.

80. In dat verband heeft het Hof in zijn rechtspraak met betrekking tot de e-privacyrichtlijn [30] geoordeeld dat de toegang van overheidsinstanties tot verkeers- en locatiegegevens altijd een ernstige inmenging in het privéleven van de betrokken personen vormt. [31]

81. Hoewel de e-privacyrichtlijn als zodanig niet van toepassing is op de onderhavige zaak [32], zijn de bevindingen met betrekking tot de ernstige inmenging in de grondrechten door het toegankelijk maken van verkeers- en locatiegegevens ook relevant voor de onderhavige zaak. De toegang van de Duitse overheidsinstanties tot uit Frankrijk overgedragen communicatiegegevens kan immers worden gekarakteriseerd als een ernstige inmenging in de grondrechten. Niettemin kan zelfs een ernstige inmenging worden gerechtvaardigd door een net zo zwaarwegend algemeen belang. [33]

[28] Overweging 11 van de EOB-richtlijn verduidelijkt deze bepaling verder door te zeggen dat „[d]e uitvaardigende autoriteit [...] derhalve [moet] nagaan of het verlangde bewijsmateriaal noodzakelijk is voor de procedure, en in verhouding staat tot het doel ervan, of de gekozen onderzoeksmaatregel noodzakelijk en proportioneel is voor het verkrijgen van het bewijs in kwestie, en of een andere lidstaat door middel van de uitvaardiging van het EOB bij de bewijsgaring moet worden betrokken". Zoals uit de bewoordingen ervan blijkt, is die overweging vooral gericht op het eerste type EOB, namelijk dat voor de vergaring van nieuw bewijsmateriaal.

[29] Het formulier waarmee een EOB wordt uitgevaardigd, biedt ruimte voor de uitvaardigende autoriteit om in detail uit te leggen waarom het EOB in de omstandigheden van een bepaald geval noodzakelijk is (bijlage A bij de EOB-richtlijn, deel G). Zie wat betreft het belang van dat formulier voor de beoordeling van de evenredigheid, Bachmaier Winter, L., „The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights", in Ruggeri, S. (red.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings: A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Berlijn, 2013, blz. 318.

[30] Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) (PB 2002, L 201, blz. 37; hierna: „e-privacyrichtlijn").

[31] Zie onder andere arresten van 2 maart 2021, Prokuratuur (Voorwaarden voor toegang tot elektronische-communicatiegegevens) (C-746/18, EU:C:2021:152, punt 39), en 5 april 2022, Commissioner of An Garda Síochána e.a. (C-140/20, EU:C:2022:258, punt 44).

[32] Die richtlijn is alleen van toepassing op situaties waarin de autoriteiten van een staat toegang hebben tot de verkeers- en locatiegegevens die door telecommunicatie-exploitanten worden bewaard. Wanneer die autoriteiten rechtstreeks telecommunicatiegegevens intercepteren, is zij daarentegen niet van toepassing. Zie in dat verband arrest van 6 oktober 2020, La Quadrature du Net e.a. (C-511/18, C-512/18 en C-520/18, EU:C:2020:791, punt 103).

[33] Zie naar analogie arrest van 21 juni 2022, Ligue des droits humains (C-817/19, EU:C:2022:491, punt 122).

82. Dat belang kan alleen door de uitvaardigende autoriteit (of de toetsende nationale rechter als bedoeld in artikel 14, lid 2, van de EOB-richtlijn) worden beoordeeld in het licht van alle omstandigheden van de zaak, welke beoordeling eerst en vooral overeenkomstig het nationale recht plaatsvindt.[34] Zoals ik reeds heb uiteengezet, is het relevante nationale recht het recht dat de overdracht van bewijsmateriaal van de ene strafprocedure naar de andere regelt.

83. Het Hof kan wat betreft de evenredigheidsbeoordeling van een concreet EOB niet op de stoel gaan zitten van de uitvaardigende autoriteit of de toetsende nationale rechter. Het Hof is daartoe niet alleen niet bevoegd, maar heeft ook niet de volledige kennis van alle relevante wetgeving en feiten rond een bepaald strafrechtelijk onderzoek. Daarom staat het niet aan het Hof om te beslissen of het bij gebreke van concreet bewijs van de gepleegde misdrijven onevenredig is om de overdracht van gegevens van alle EncroChat-gebruikers in Duitsland te bevelen.

84. Met de tweede vraag, onder b), wenst de verwijzende rechter te vernemen of de geheimhouding wat betreft de methode voor de interceptie van gegevens in aanmerking moet worden genomen bij de evenredigheidsbeoordeling, wanneer de integriteit van de vergaarde gegevens niet kan worden geverifieerd door de autoriteiten in de uitvaardigende staat.

85. Mijns inziens kan deze geheimhouding inderdaad van invloed zijn op de mogelijkheid van een verdachte of een beschuldigde persoon om zich te verdedigen. Dat is echter relevant voor de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal, hetgeen in de vijfde groep vragen van de verwijzende rechter aan de orde komt.

Voorlopige conclusie

86. De beoordeling of een EOB waarin om overdracht van bestaand bewijsmateriaal wordt verzocht, noodzakelijk en evenredig is, staat aan de uitvaardigende autoriteit, waarbij toetsing door de bevoegde nationale rechter mogelijk is. Bij die beoordeling moet er rekening mee worden gehouden dat de toegang van de nationale autoriteiten tot de geïntercepteerde communicatiegegevens een ernstige inmenging in het privéleven van de betrokken personen vormt. Tegenover deze inmenging moet een zwaarwegend algemeen belang bij het onderzoek en de vervolging van misdrijven staan.

4. Vereist het Unierecht een evenredigheidstoetsing door de rechter in geval van ernstige inmenging in de grondrechten?

87. Met de eerste vraag, onder c), wenst de verwijzende rechter te vernemen of het Unierecht, niettegenstaande het toepasselijke nationale recht, vereist dat een rechter toestemming geeft voor de toegang van een officier van justitie tot bewijsmateriaal dat is verkregen door interceptie van communicatie.

88. De verwijzende rechter geeft in overweging dat voor het uitvaardigen van een EOB voor de overdracht van bewijsmateriaal dat bestaat uit geïntercepteerde telecommunicatie altijd toestemming van de rechter vereist is. Deze rechter verwijst naar het arrest Prokuratuur.

[34] Bijvoorbeeld als het gaat om de mate van verdenking die nodig is om een bepaalde onderzoeksmaatregel te bevelen.

89. In dat arrest heeft het Hof verklaard dat de toegang van nationale instanties tot gegevens die worden bewaard door aanbieders van elektronische-communicatiediensten onderworpen is aan voorafgaande toestemming van een rechterlijke instantie of een andere onafhankelijke entiteit.[35] Het Hof heeft zich gebaseerd op het overtuigende argument van de advocaat-generaal[36] dat het openbaar ministerie, dat partij is in de strafprocedure, niet als onpartijdig kan worden beschouwd. Daarom is het de vraag of een dergelijk orgaan de evenredigheid kan beoordelen zonder de belangen van de vervolging zwaarder te laten wegen dan de belangen van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de gegevensbescherming van de verdachte of beschuldigde persoon.

90. Aangezien ook artikel 6, lid 1, onder a), van de EOB-richtlijn vereist dat een EOB evenredig is, kan men zich afvragen of het openbaar ministerie volgens de redenering van het arrest Prokuratuur überhaupt kan worden belast met een dergelijke beoordeling van de evenredigheid.

91. De EOB-richtlijn laat de vraag of een officier van justitie een EOB kan uitvaardigen over aan de nationale rechtsorden. Dat is logisch gezien de verschillen in de organisatie van de strafrechtsstelsels in de lidstaten. Bij de beantwoording van die vraag binnen de nationale rechtsorden gaat het erom of de officier van justitie de evenredigheid onpartijdig kan beoordelen. Zou de officier van justitie, doordat hij partij is in de strafprocedure, niet geschikt zijn om een EOB uit te vaardigen, dan zou artikel 2, onder c), i), van de EOB-richtlijn een lege huls worden.

92. De verwijzende rechter heeft evenwel in overweging willen geven dat enkel wanneer maatregelen een ernstige inmenging op de grondrechten vormen, het Unierecht van toepassing is en de toestemming van de rechter voorschrijft. Dat was inderdaad het geval in de zaak die heeft geleid tot het arrest Prokuratuur en in andere zaken met betrekking tot de e-privacyrichtlijn.

93. Het korte antwoord is dat de e-privacyrichtlijn en de desbetreffende rechtspraak niet van toepassing zijn in de onderhavige situatie. Deze richtlijn en rechtspraak zijn alleen relevant wanneer aanbieders van telecommunicatiediensten op grond van nationaal recht verplicht zijn verkeers- en locatiegegevens in verband met telecommunicatie te bewaren en wanneer overheidsinstanties toegang eisen tot de aldus bewaarde gegevens. Wordt de interceptie rechtstreeks door de lidstaten uitgevoerd zonder dat aan de aanbieders van telecommunicatiediensten verplichtingen worden opgelegd, dan is de e-privacy-richtlijn niet van toepassing, maar de nationale wetgeving wel.[37]

94. Wordt evenwel, zoals in overweging is gegeven door de verwijzende rechter, preciezer naar de redenering van het arrest Prokuratuur gekeken, dan rijst niettemin de vraag waarom het Hof heeft geoordeeld dat het openbaar ministerie door de aard van zijn taken niet in staat is om de evenredigheid onpartijdig te beoordelen wanneer het gaat om het verzoeken om toegang tot telecommunicatiegegevens van aanbieders van netwerkdiensten.

95. In de context van de e-privacyrichtlijn zijn de gegevens waartoe een officier van justitie toegang krijgt, altijd de gegevens die in het bezit zijn van telecommunicatie-exploitanten die krachtens de nationale wetgeving verplicht zijn verkeers- en locatiegegevens van het algemene publiek te bewaren. Bij de gegevens die op die manier worden bewaard, gaat het niet om een

[35] Arrest van 2 maart 2021, Prokuratuur (Voorwaarden voor toegang tot elektronische-communicatiegegevens) (C-746/18, EU:C:2021:152, punten 51, 53, en 54).

[36] Conclusie van advocaat-generaal Pitruzzella in de zaak Prokuratuur (Voorwaarden voor toegang tot elektronische-communicatiegegevens) (C-746/18, EU:C:2020:18, punten 103-123).

[37] Arrest van 6 oktober 2020, La Quadrature du Net e.a. (C-511/18, C-512/18 en C-520/18, EU:C:2020:791, punt 103).

specifiek geval, maar veeleer om grootschalig toezicht. Het verzoek om toegang door een officier van justitie in het kader van een concreet strafrechtelijk onderzoek is de eerste gelegenheid waarbij rekening kan worden gehouden met individuele omstandigheden. Daarom was het gerechtvaardigd om beoordeling door de rechter van een dergelijke toegang te eisen. De inschakeling van de rechter is namelijk noodzakelijk om te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van de toegang tot gegevens die op grote schaal en algemeen worden bewaard.

96. Dat onderscheidt de bevindingen in het arrest Prokuratuur van de situatie in de onderhavige zaak. In casu worden de over te dragen gegevens niet zonder onderscheid vergaard bij het algemene publiek, maar ten behoeve van een concreet strafrechtelijk onderzoek in Frankrijk. In die eerste stap, waardoor deze gegevens beschikbaar zijn geworden, werd de vergaring ervan door een rechter gecontroleerd.

97. Daarom is de zwaarte van de inmenging in de fundamentele rechten van de bescherming van de privacy en gegevens, die de aanleiding vormde voor het arrest in de zaak Prokuratuur, niet dezelfde als die van de inmenging waarvan in het kader van de onderhavige zaak sprake is. De gegevens waarvan de overdracht werd verzocht door middel van de drie EOB's van de Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main, waren – in een context waarin werd vermoed dat EncroChat voornamelijk werd gebruikt voor het plegen van strafbare feiten – beperkt tot gebruikers van deze dienst in Duitsland.

98. Daarmee is niet gezegd dat de inmenging in het privéleven van deze personen niet zwaar weegt. Zij is evenwel nog lang niet vergelijkbaar met grootschalig toezicht op het algemene publiek.

99. Behalve de verplichting voor de uitvaardigende autoriteit om de evenredigheid te beoordelen en te motiveren, bevat de EOB-richtlijn nog verdere waarborgen. Voor het geval dat een officier van justitie grondrechten schendt, moeten de lidstaten ingevolge artikel 14, lid 1, van de EOB-richtlijn erop toezien dat rechtsmiddelen toepasselijk zijn die gelijkwaardig zijn met die welke in een vergelijkbare binnenlandse zaak mogelijk zijn. Daarom moet een verdachte of een beschuldigde persoon de evenredigheidsbeoordeling kunnen aanvechten die de officier van justitie maakt wanneer hij voor de overdracht van bewijsmateriaal een EOB uitvaardigt.[38] Dat is niet het geval in de context van de e-privacyrichtlijn.

100. Tot slot wil ik kort ingaan op de relevantie van de richtlijn gegevensbescherming bij rechtshandhaving[39] voor de vraag wie de uitvaardigende autoriteit is. Deze vraag is gerezen omdat het Hof in het arrest La Quadrature du Net heeft verklaard dat de e-privacyrichtlijn niet van toepassing is op de rechtstreekse interceptie van gegevens; in plaats daarvan is het nationale recht van toepassing „behoudens de toepassing van [de richtlijn gegevensbescherming bij rechtshandhaving]".[40] De vraag is dus of uit de richtlijn gegevensbescherming bij

[38] In de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), dat het recht op privacy garandeert, zijn schendingen vastgesteld in gevallen waarin de wet geen evenredigheidsbeoordeling vereiste en geen toetsing door de rechter voorschreef. Zie onder andere arrest van 12 januari 2016, Szabó en Vissy tegen Hongarije (CE:ECHR:2016:0112JUD003713814, § 89).

[39] Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad (PB 2016, L 119, blz. 89; hierna: „richtlijn gegevensbescherming bij rechtshandhaving").

[40] Arrest van 6 oktober 2020, La Quadrature du Net e.a. (C-511/18, C-512/18 en C-520/18, EU:C:2020:791, punt 103).

rechtshandhaving de verplichting voortvloeit dat een EOB voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal door de rechter wordt uitgevaardigd wanneer het bewijsmateriaal bestaat uit geïntercepteerde gegevens.

101. De richtlijn gegevensbescherming bij rechtshandhaving, die persoonsgegevens beschermt in het kader van strafrechtelijke onderzoeken, kan inderdaad worden toegepast op de omstandigheden van deze zaak.[41] Mijns inziens bevat deze richtlijn echter geen regel op grond waarvan het Hof tot de slotsom zou kunnen komen dat het Unierecht de lidstaten verplicht om te zorgen voor voorafgaande toestemming van de rechter wil een officier van justitie rechtstreeks toegang krijgen tot gegevens die zijn verkregen door de interceptie van communicatie.

102. Deze richtlijn regelt de verplichtingen van overheidsinstanties die optreden als verwerkingsverantwoordelijken en die onder meer een evenredigheidsbeoordeling moeten uitvoeren[42], maar bepaalt niet welke instanties dat kunnen zijn.

Voorlopige conclusie

103. Het Unierecht vereist niet dat een EOB voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal dat is vergaard door middel van interceptie van telecommunicatie, wordt uitgevaardigd door een rechter, wanneer het nationale recht bepaalt dat een officier van justitie een dergelijke overdracht kan bevelen in een vergelijkbare binnenlandse zaak.

D. Artikel 31 van de EOB-richtlijn en het kennisgevingsvereiste

104. Met zijn vierde groep vragen wenst de verwijzende rechter te vernemen of de interceptie van communicatie door de Franse autoriteiten onderworpen had moeten zijn aan het in artikel 31 van de EOB-richtlijn bedoelde kennisgevingsvereiste. Zo ja, dan wenst de verwijzende rechter tevens te vernemen of die kennisgeving aan een rechter had moeten worden gericht, aangezien naar Duits recht alleen de rechter toestemming voor de interceptie van communicatie had kunnen geven.

105. Voor zover relevant bepaalt artikel 31 van de EOB-richtlijn het volgende:

„1. Indien de bevoegde autoriteit van één lidstaat (de ‚intercepterende lidstaat') ten behoeve van de uitvoering van een onderzoeksmaatregel toestemming heeft gegeven voor interceptie van telecommunicatie, en het communicatieadres van de in de interceptieopdracht genoemde persoon op wie de interceptie betrekking heeft, in gebruik is op het grondgebied van een andere

[41] Bezien in het licht van de richtlijn gegevensbescherming bij rechtshandhaving kan de onderhavige zaak worden omschreven als twee gevallen van verwerking van persoonsgegevens: in de eerste plaats waren de bevoegde Franse autoriteiten de verwerkingsverantwoordelijken toen zij elektronische communicatiegegevens intercepteerden en vergaarden met het oog op het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten; in de tweede plaats werd door de overdracht van die gegevens aan de Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main, die daarom had verzocht op basis van de EOB's ten behoeve van een strafrechtelijk onderzoek in Duitsland, dat openbaar ministerie de verwerkingsverantwoordelijke.

[42] Het Hof heeft verklaard dat, in de context van de verwerking voor een ander doel overeenkomstig artikel 4, lid 2, van de richtlijn gegevensbescherming bij rechtshandhaving, de beoordeling of er is voldaan aan de beginselen inzake de binnen de werkingssfeer van die richtlijn vallende gegevensverwerking specifiek en afzonderlijk moet plaatsvinden voor elke gegevensverwerking [zie arrest van 8 december 2022, Inspektor v Inspektorata kam Visshia sadeben savet (Doeleinden van de verwerking van persoonsgegevens – Strafrechtelijk onderzoek) (C-180/21, EU:C:2022:967, punt 56)].

lidstaat (de ‚in kennis gestelde lidstaat') en de interceptie kan worden uitgevoerd zonder de technische bijstand van die lidstaat, stelt de intercepterende lidstaat de bevoegde autoriteit van de in kennis gestelde lidstaat van de interceptie in kennis, en wel:

a) voorafgaand aan de interceptie in de gevallen waarin de bevoegde autoriteit van de intercepterende lidstaat op het tijdstip van het geven van de interceptieopdracht weet dat de persoon op wie de interceptie betrekking heeft, zich op het grondgebied van de in kennis gestelde lidstaat bevindt of zal bevinden;

b) tijdens of na de interceptie, zodra de intercepterende lidstaat te weten komt dat de persoon op wie de interceptie betrekking heeft, zich tijdens de interceptie op het grondgebied van de in kennis gestelde lidstaat bevindt of heeft bevonden.

2. De in lid 1 bedoelde kennisgeving geschiedt middels het formulier in bijlage C.

[...]"

106. Artikel 31 van de EOB-richtlijn heeft betrekking op situaties waarin een lidstaat telecommunicatie intercepteert op het grondgebied van een andere lidstaat, zonder dat technische bijstand van laatstgenoemde staat nodig is. [43]

107. Deze bepaling dient twee doelen. In de eerste plaats is het vereiste van kennisgeving, als voortzetting van het comitas-gentiumbeginsel van eerdere regelingen inzake wederzijdse rechtshulp [44], bedoeld om het wederzijdse vertrouwen tussen de deelnemers aan de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht te versterken. [45] In de tweede plaats moet de kennisgeving de in kennis gestelde lidstaat in staat stellen de grondrechten van personen op zijn grondgebied te beschermen. [46]

108. Artikel 31 van de EOB-richtlijn is van toepassing op een situatie waarin er sprake is van een grensoverschrijdende maatregel, zij het zonder een EOB omdat deze maatregel eenzijdig door een lidstaat wordt uitgevoerd. [47]

109. Die uitlegging volgt uit de bewoordingen van artikel 31 van de EOB-richtlijn, waarin in het geheel geen sprake is van het uitvaardigen van een EOB, in tegenstelling tot artikel 30 van die richtlijn. Ook worden in artikel 31 niet de begrippen „uitvaardigende" en „uitvoerende" lidstaat gebruikt, maar de begrippen „intercepterende" en „in kennis gestelde" lidstaat. [48]

[43] In situaties waarin technische bijstand nodig is van de lidstaat op het grondgebied waarvan de interceptie plaatsvindt, is artikel 30 van de EOB-richtlijn van toepassing.

[44] De bewoordingen van artikel 31 van de EOB-richtlijn komen grotendeels overeen met artikel 20 van de Overeenkomst, door de Raad vastgesteld overeenkomstig artikel 34 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie (PB 2000, C 197, blz. 3).

[45] Bachmaier, L., op. cit., voetnoot 19, blz. 330.

[46] Meer in het bijzonder staat artikel 31, lid 3, van de EOB-richtlijn het de bevoegde autoriteit van de in kennis gestelde staat toe om na te gaan of de interceptie in een soortgelijke binnenlandse zaak zou zijn toegestaan, en de intercepterende lidstaat binnen 96 uur na ontvangst van de kennisgeving mee te delen dat de interceptie niet mag plaatsvinden, moet worden beëindigd, of dat de verkregen gegevens in het geheel niet of alleen onder bepaalde voorwaarden mogen worden gebruikt.

[47] Ik ben het dan ook niet eens met de Franse regering, die heeft betoogd dat artikel 31 van de EOB-richtlijn niet van toepassing is op de onderhavige zaak omdat de interceptie van communicatie niet is uitgevoerd met het oog op de uitvoering van een EOB, maar heeft plaatsgevonden voordat een EOB werd uitgevaardigd.

[48] Bachmaier, L., op. cit., voetnoot 19, blz. 331.

110. Mijns inziens richt deze bepaling zich precies op situaties zoals de interceptie door Frankrijk van telecommunicatiegegevens van mobiele telefoons in Duitsland in het kader van een Frans strafrechtelijk onderzoek. Daarom had Frankrijk de Duitse autoriteiten in kennis moeten stellen zodra het besefte dat een deel van de geïntercepteerde gegevens afkomstig was van mobiele telefoons in Duitsland. [49]

111. Aan welke Duitse autoriteit had Frankrijk de kennisgeving moeten richten? Anders dan in sommige andere situaties [50], verplicht de EOB-richtlijn de lidstaten niet om aan te geven welke nationale autoriteiten bevoegd zijn om dergelijke kennisgevingen te ontvangen. Daarom kan de intercepterende staat niet weten welke instantie in de in kennis gestelde lidstaat bevoegd is om de kennisgeving te ontvangen.

112. Frankrijk was dus niet verplicht om de bevoegde Duitse rechter in kennis te stellen, maar had bijvoorbeeld ook een officier van justitie in kennis kunnen stellen. Het staat aan de in kennis gestelde lidstaten om een dergelijke kennisgeving in ontvangst te nemen en door te geven aan de naar nationaal recht bevoegde autoriteit.

Voorlopige conclusie

113. Een lidstaat die in de loop van een eenzijdig strafrechtelijk onderzoek of een eenzijdige strafprocedure telecommunicatie intercepteert op het grondgebied van een andere lidstaat, moet die andere staat van die interceptie in kennis stellen.

114. Deze kennisgeving kan worden gedaan aan elke autoriteit die de intercepterende lidstaat geschikt acht, aangezien deze staat niet kan weten welke autoriteit bevoegd is in een vergelijkbare binnenlandse zaak.

115. Artikel 31 van de EOB-richtlijn heeft tot doel zowel de betrokken individuele telecommunicatiegebruikers als de soevereiniteit van de in kennis gestelde lidstaat te beschermen.

E. Toelaatbaarheid van het bewijsmateriaal

116. Met zijn vijfde groep vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de vaststelling dat een EOB in strijd met de EOB-richtlijn is uitgevaardigd, tot gevolg heeft dat het vergaarde bewijsmateriaal in de strafprocedure in de uitvaardigende lidstaat ontoelaatbaar is. Deze rechter verwijst naar de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Naar dit laatste beginsel wordt in die zin verwezen dat indien het in strijd met de EOB-richtlijn verkregen bewijsmateriaal in de uitvaardigende staat toch zou worden gebruikt, dit afbreuk zou doen aan het nuttig effect van die richtlijn.

117. Het antwoord op deze groep vragen kan kort zijn: het Unierecht regelt niet de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal in strafprocedures.

[49] Om te voldoen aan het kennisgevingsvereiste van artikel 31 van de EOB-richtlijn had Frankrijk het formulier in bijlage C bij die richtlijn moeten gebruiken.

[50] Zie artikel 33, lid 1, van de EOB-richtlijn.

118. Hoewel de Unie krachtens artikel 82, lid 2, onder a), VWEU bevoegd is om minimumvoorschriften vast te stellen met betrekking tot de wederzijdse toelaatbaarheid van bewijsmateriaal tussen de lidstaten, is dit nog niet gebeurd. [51]

119. De enige vermelding van een beoordeling van het door middel van een EOB verkregen bewijsmateriaal is te vinden in de tweede volzin van artikel 14, lid 7, van de EOB-richtlijn: „Onverminderd de nationale procedurele voorschriften zorgen de lidstaten ervoor dat, bij het beoordelen van het door middel van het EOB verkregen bewijsmateriaal, de rechten van de verdediging en het eerlijke verloop van de procedures tijdens een strafprocedure in de uitvaardigende staat worden gewaarborgd." [52]

120. Ter terechtzitting heeft de Commissie op de vraag of deze bepaling gevolgen heeft voor de regels inzake de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal in de lidstaten geantwoord dat het komen tot die slotsom te ver zou gaan. Zij heeft uiteengezet dat die volzin er alleen aan herinnert dat de rechten die door de artikelen 47 en 48 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") worden beschermd, moeten worden geëerbiedigd. Ik voel wel iets voor deze zienswijze die erkent dat het politieke proces van de Unie wat betreft het regelen van de toelaatbaarheid van bewijs op dit moment geen vooruitgang boekt.

121. Voor zover ik weet, komt het Unierecht het dichtst in de buurt van een regeling van de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal in artikel 37, lid 1, van de EOM-verordening [53]: „Bewijsmateriaal dat door de aanklagers van het EOM of de verdediging is voorgelegd aan de rechter kan niet wegens het enkele feit dat het in een andere lidstaat of overeenkomstig het recht van een andere lidstaat is vergaard, ontoelaatbaar worden verklaard."

122. Deze bepaling zegt echter alleen dat bewijsmateriaal niet ontoelaatbaar mag worden verklaard *omdat* het in het buitenland of naar het recht van een andere lidstaat is vergaard. Zij legt de nationale rechter geen verdere beperkingen op met betrekking tot de wijze van beoordeling van de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal.

123. Dezelfde benadering kan worden gevonden in de rechtspraak van het EHRM. Dat Hof heeft ondubbelzinnig verklaard dat de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal een kwestie van nationaal recht is [54], terwijl bij de beoordeling van de mogelijke schending van artikel 6 EVRM „het Hof de procedure in haar geheel zal bezien, rekening houdend met de rechten van de verdediging, maar ook met het belang van het publiek en de slachtoffers bij een adequate vervolging van het misdrijf en, waar nodig, met de rechten van getuigen" [55].

[51] Ligeti, K. e.a. merken op dat lidstaten weigeren die stap te zetten vanwege bezorgdheid over de subsidiariteit en de evenredigheid, alsmede over de invloed op het stelsel van checks and balances op nationaal niveau (Ligeti, K., Garamvölgy, B., Ondrejová, A., en von Galen, M., „Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU", *Eucrim*, deel 3, 2020, blz. 202 en voetnoot 14.

[52] In overweging 34 van de EOB-richtlijn valt te lezen dat „[o]m dezelfde reden [...] het de uitvaardigende autoriteit [is] die zal oordelen of een element als bewijsmateriaal zal worden gebruikt en of daarvoor dus een EOB wordt uitgevaardigd".

[53] Verordening (EU) 2017/1939 van de Raad van 12 oktober 2017 betreffende nauwere samenwerking bij de instelling van het Europees openbaar ministerie („EOM") (PB 2017, L 283, blz. 1; hierna: „EOM-verordening").

[54] EHRM, arresten van 12 juli 1988, Schenk tegen Zwitserland (CE:ECHR:1988:0712JUD001086284, §§ 45-46); 11 juli 2017, Moreira Ferreira tegen Portugal (nr. 2) (CE:ECHR:2017:0711JUD001986712, § 83), en 1 maart 2007, Heglas tegen Tsjechische Republiek (CE:ECHR:2007:0301JUD000593502, § 84).

[55] EHRM, arrest van 17 januari 2017, Habran en Dalem tegen België (CE:ECHR:2017:0117JUD004300011, § 96).

124. Ook al is de rechtsliteratuur kritisch wat betreft de ontoereikendheid van een dergelijke norm, met name in het licht van de verschillen tussen de procesrechtelijke regels van de lidstaten [56], dit laat het feit onverlet dat er op het niveau van Unie momenteel geen regeling omtrent de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal is.

125. Kortom, bij de huidige stand van de ontwikkeling van het Unierecht beheerst het recht van de lidstaten de vraag of bewijsmateriaal dat is vergaard in strijd met het nationale recht of het Unierecht, toelaatbaar is.

126. De EOB-richtlijn verbindt weinig tot geen gevolgen aan het feit dat mogelijk niet is voldaan aan de voorwaarden voor de uitvaardiging van een EOB. Artikel 6, lid 3, van de EOB-richtlijn bepaalt enkel dat indien de uitvoerende autoriteit redenen heeft om aan te nemen dat niet is voldaan aan de in artikel 6, lid 1, van die richtlijn bedoelde voorwaarden, zij met de uitvaardigende autoriteit in overleg kan treden over het belang van de tenuitvoerlegging van het EOB en dat na dat overleg de uitvaardigende autoriteit kan besluiten het EOB in te trekken.

127. Samenvattend is de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal vooralsnog een zaak van nationaal recht. In zaken waarin het Unierecht van toepassing is, mogen de betrokken nationale bepalingen echter niet in strijd zijn met de artikelen 47 en 48 van het Handvest. [57]

128. De procedurele beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid zijn van toepassing op situaties waarin het Unierecht justitiabelen rechten toekent zonder rechtsmiddelen. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat een door het Unierecht toegekend recht onder dezelfde voorwaarden kan worden uitgeoefend als een vergelijkbaar nationaal recht, en de toepasselijke procedureregels mogen de handhaving van dergelijke rechten niet nagenoeg onmogelijk maken. [58]

129. Het Unierecht kent aan de justitiabelen evenwel geen rechten toe met betrekking tot de (on)toelaatbaarheid van bewijs. De beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid zijn niet van toepassing.

130. Ten slotte, ook al zou het nuttig effect van de EOB-richtlijn (wellicht) vergroten als bewijsmateriaal ontoelaatbaar is indien er sprake is van schending van die richtlijn, dit geeft het Hof niet de bevoegdheid om een dergelijke regel in het leven te roepen.

Voorlopige conclusie

131. Het Unierecht regelt in de huidige stand van zijn ontwikkeling niet de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal dat is vergaard door middel van een EOB dat in strijd met de voorschriften van de EOB-richtlijn is uitgevaardigd. De toelaatbaarheid van bewijsmateriaal is een zaak van nationaal recht, maar het nationale recht moet voldoen aan de vereisten van de rechten van de verdediging als bedoeld in de artikelen 47 en 48 van het Handvest.

[56] Hecker, B., „Mutual Recognition and Transfer of Evidence. The European Evidence Warrant", in Ruggeri, S. (red.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings: A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Berlijn, 2013, blz. 277, en Armada, I., voetnoot 19, blz. 30.

[57] Arrest van 7 september 2023, Rayonna prokuratura Lovech, teritorialno otdelenie Lukovit (Fouillering) (C-209/22, EU:C:2023:634, punten 58 en 61).

[58] Zie arresten van 16 december 1976, Rewe-Zentralfinanz en Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, punt 5), en 16 december 1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191, punt 13). Meer recentelijk onder andere arrest van 13 juli 2023, CAJASUR Banco (C-35/22, EU:C:2023:569, punt 23).

IV. Conclusie

132. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Landgericht Berlin als volgt te beantwoorden:

„1) In antwoord op de eerste groep prejudiciële vragen:

Heeft een rechter toestemming gegeven voor een onderliggende maatregel in de uitvoerende staat, dan hoeft een Europees onderzoeksbevel (EOB) voor de overdracht van het vergaarde bewijsmateriaal niet ook door een rechter te worden uitgevaardigd, ook al zou de onderliggende bewijsgaring naar het recht van de uitvaardigende staat door een rechter moeten worden bevolen.

Het feit dat de interceptie is uitgevoerd op het grondgebied van een andere lidstaat maakt geen verschil voor de vraag wie de uitvaardigende autoriteit is.

Het Unierecht vereist niet dat een EOB voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal dat is vergaard door middel van interceptie van telecommunicatie, wordt uitgevaardigd door een rechter, wanneer het nationale recht bepaalt dat een officier van justitie een dergelijke overdracht kan bevelen in een vergelijkbare binnenlandse zaak.

2) In antwoord op de tweede groep prejudiciële vragen:

De beoordeling of een EOB waarin om overdracht van bestaand bewijsmateriaal wordt verzocht, noodzakelijk en evenredig is, staat aan de uitvaardigende autoriteit, waarbij toetsing door de bevoegde nationale rechter mogelijk is. Bij die beoordeling moet er rekening mee worden gehouden dat de toegang van de nationale autoriteiten tot de geïntercepteerde communicatiegegevens een ernstige inmenging in het privéleven van de betrokken personen vormt. Tegenover deze inmenging moet een zwaarwegend algemeen belang bij het onderzoek en de vervolging van misdrijven staan.

3) In antwoord op de derde groep prejudiciële vragen:

Wordt een EOB uitgevaardigd voor de overdracht van bewijsmateriaal dat reeds in het bezit is van een andere staat, dan impliceert de verwijzing in artikel 6, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/41/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken naar een vergelijkbare binnenlandse zaak dat de uitvaardigende autoriteit beoordeelt of en onder welke voorwaarden het relevante nationale recht de overdracht van door interceptie van communicatie verkregen bewijsmateriaal tussen strafprocedures in eigen land toestaat.

Wanneer de uitvaardigende autoriteit beslist of zij een EOB kan uitvaardigen voor de overdracht van bestaand bewijsmateriaal, mag zij niet nagaan of het bewijsmateriaal waarvan zij de overdracht door middel van een EOB verzoekt, rechtmatig in de uitvoerende staat is vergaard.

Het feit dat de onderliggende maatregelen ten uitvoer werden gelegd op het grondgebied van de uitvaardigende staat of in het belang van die staat waren, is niet relevant voor het voorafgaande antwoord.

4) In antwoord op de vierde groep prejudiciële vragen:

Een lidstaat die in de loop van een eenzijdig strafrechtelijk onderzoek of een eenzijdige strafprocedure telecommunicatie intercepteert op het grondgebied van een andere lidstaat, moet die andere staat van die interceptie in kennis stellen.

Deze kennisgeving kan worden gedaan aan elke autoriteit die de intercepterende lidstaat geschikt acht, aangezien deze staat niet kan weten welke autoriteit bevoegd is in een vergelijkbare binnenlandse zaak.

Artikel 31 van richtlijn 2014/41 heeft tot doel zowel de betrokken individuele telecommunicatiegebruikers als de soevereiniteit van de in kennis gestelde lidstaat te beschermen.

5) In antwoord op de vijfde groep prejudiciële vragen:

Het Unierecht regelt in de huidige stand van zijn ontwikkeling niet de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal dat is vergaard door middel van een EOB dat in strijd met de voorschriften van richtlijn 2014/41 is uitgevaardigd. De toelaatbaarheid van bewijsmateriaal is een zaak van nationaal recht, maar het nationale recht moet voldoen aan de vereisten van de rechten van de verdediging als bedoeld in de artikelen 47 en 48 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.”