



Datum van inontvangstneming : 06/06/2023

Zaak C-229/23

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

12 april 2023

Verwijzende rechter:

Sofiyski gradski sad (Bulgarije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

12 april 2023

Verdachten:

SS

IP

ZI

DD

HYA

Voorwerp van het hoofdgeding

Bewijskracht van rechterlijke machtigingen om bijzondere inlichtingentechnieken te gebruiken

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Het verzoek om een prejudiciële beslissing is gebaseerd op artikel 267, eerste alinea, onder b), VWEU.

Prejudiciële vraag

Moet artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58, gelezen in samenhang met artikel 47, tweede alinea, van het Handvest, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn arrest van 16 februari 2023 in zaak C-349/21 en in het licht van overweging 11 van de richtlijn, artikel 52, lid 1, en artikel 53 van het Handvest alsmede het gelijkwaardigheidsbeginsel, aldus worden uitgelegd dat het de nationale rechter de verplichting oplegt

– om nationale wetgeving (artikel 121, lid 4, van de grondwet, artikel 174, lid 4, NPK en artikel 15, lid 2, ZSRS) en de uitlegging van artikel 8, lid 2, EVRM door het EHRM in het arrest in zaak nr. 70078/12, volgens welke de uitdrukkelijke schriftelijke motivering in de rechterlijke machtiging (om zonder toestemming van de gebruikers telecommunicatie af te luisteren, af te tappen en op te slaan) vereist is, niettegenstaande het bestaan van een met redenen omkleed verzoek op basis waarvan de machtiging is verleend, buiten toepassing te laten, waarbij de reden voor het buiten toepassing laten is dat, wanneer het verzoek en de machtiging naast elkaar worden gelegd, kan worden nagegaan 1) op welke precieze gronden de rechter in de feitelijke en juridische omstandigheden van het concrete geval tot de conclusie is gekomen dat aan de wettelijke vereisten is voldaan, en 2) ten aanzien van welke persoon en welk communicatiemiddel de rechterlijke machtiging is verleend;

– in het kader van het onderzoek naar de vraag of de in de procedure aan de orde zijnde telecommunicatie als bewijs moet worden uitgesloten, een nationale wettelijke bepaling (artikel 105, lid 2, NPK) buiten toepassing te laten of conform het Unierecht uit te leggen voor wat het gedeelte betreft waarin de naleving van de nationale procedureregels wordt vereist (in casu artikel 174, lid 4, NPK en artikel 15, lid 2, ZSRS), en in plaats daarvan de door het Hof van Justitie in het arrest van 16 februari 2023 in zaak C-349/21 vastgestelde regel toe te passen?

Wetgeving en rechtspraak van de Europese Unie

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 (PB L 201, 2002, hierna: richtlijn 2002/58)

Arrest van 6 september 2012, Trade Agency (C-619/10, EU:C:2012:531, hierna: C-619/10)

Arrest van 26 februari 2013, ██████████ (C-399/11, EU:C:2013:107, hierna: C-399/11)

Arrest van 21 december 2016, Tele2 Sverige ██████████ e.a. (C-203/15 en C-698/15, EU:C:2016:970, hierna: C-203/15)

Arrest van 17 januari 2019, ██████████ (C-310/16, EU:C:2019:30, hierna: C-310/16)

Arrest van 6 oktober 2020, Privacy International (C-623/17, EU:C:2020:790, hierna: C-623/17)

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, hierna: C-511/18)

Arrest van 24 november 2020, Minister van Buitenlandse Zaken (C-225/19 en C-226/19, EU:C:2020:951, hierna: C-225/19)

Arrest van 2 maart 2021, H. K. (C-746/18, EU:C:2021:152, hierna: C-746/18)

Arrest van 16 februari 2023, HYA e.a (C-349/21, EU:C:2023:102, hierna: C-349/21)

Rechtspraak van het EHRM

Arrest van 11 januari 2022 inzake klacht nr. 70078/12, ██████████ e.a. tegen Bulgarije, ECLI:CE:ECHR:2022:0111JUD007007812, hierna: arrest van het EHRM in zaak nr. 70078/12

Nationale wettelijke bepalingen

Konstitutsia na Republika Bulgaria (grondwet van de Republiek Bulgarije)

Nakazatelnoprotsesualen kodeks (wetboek van strafvordering, hierna: NPK)

Zakon za spetsialnite razuznavatelni sredstva (wet inzake bijzondere inlichtingentechnieken, hierna: ZSRS)

Nakazatelen kodeks (wetboek van strafrecht, hierna: NK)

Grazhdanski protsesualen kodeks (wetboek van burgerlijke rechtsvordering)

Zakon za elektronnite saobshtenia (wet op de elektronische communicatie, hierna: ZES)

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Vijf personen (IP, DD, ZI, SS en HYA) werden beschuldigd van lidmaatschap van een criminele organisatie, medeplichtigheid aan illegale grensoverschrijding alsmede het betalen en aanvaarden van steekpenningen.
- 2 Tijdens de precontentieuze fase van de ingeleide strafprocedure heeft de president van de rechtbank op basis van uitvoerig gemotiveerde verzoeken van de officier van justitie zeven beslissingen gegeven waarbij toestemming werd verleend voor

het gebruik van bijzondere inlichtingentechnieken voor het afluisteren, aftappen en opslaan van telecommunicatieverkeer via de telefoons van de verdachten. Dit zijn beslissingen in de vorm van een tekstmodel waarin de op deze activiteit toepasselijke wettelijke bepalingen worden opgesomd en de inhoud ervan gedeeltelijk wordt weergegeven. De enige geïndividualiseerde elementen zijn het nummer van het verzoek, het zaaknummer en de duur (aangegeven in het dictum). Zij bevatten met name geen geïndividualiseerde motivering van de beslissing.

- 3 Zij bevatten ook geen geïndividualiseerd dictum. Hoewel het dictum van de rechterlijke beslissing duidelijk de te nemen maatregelen (namelijk het afluisteren, aftappen en opslaan van telecommunicatie) en de duur van deze maatregelen (begin en totale duur) aangeeft, vermeldt het niet de naam van de persoon of het communicatiemiddel (IMEI van het telefoontoestel of SIM-kaartnummer) die aan deze maatregelen moeten worden onderworpen. De enige vastgelegde geïndividualiseerde informatie daarin is de duur van de maatregel.
- 4 In het verzoek worden al deze omstandigheden wel duidelijk uiteengezet.
- 5 Op basis van de zeven verleende rechterlijke machtigingen zijn de telefoongesprekken van de verdachten en een niet-geïdentificeerde persoon gedurende verschillende perioden afgeluisterd, afgetapt en opgeslagen.
- 6 Naar aanleiding van de aanwijzingen van het Hof van Justitie in punt 38 van het arrest in zaak C-349/21 stelt de verwijzende rechter vast dat de telecommunicatie-exploitanten die telecommunicatiediensten verrichten, betrokken werden bij deze maatregelen en dat hun bijstand binnen de werkingssfeer van artikel 4, punt 2, van verordening 2016/679 valt. Krachtens de artikelen 304 tot en met 310 ZES bieden telecommunicatie-exploitanten interfaces aan en onderhouden deze, via welke afgetapte elektronische communicatie wordt doorgezonden naar de faciliteiten van de politieautoriteiten. Zij verstrekken ook gegevens over het betrokken telefoongesprek en over de decoding ervan.
- 7 Bijgevolg worden de rechterlijke machtigingen uitgevoerd op basis van de verplichtingen tot verwerking van persoonsgegevens in de zin van artikel 4, punt 2, van verordening 2016/679 die bij wet aan aanbieders van elektronische communicatiediensten zijn opgelegd en daadwerkelijk zijn nagekomen, voor zover die aanbieders met technische middelen handelingen hebben verricht om persoonsgegevens (de inhoud van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde telecommunicatie) te verzamelen en aan de strafrechtelijke autoriteiten door te geven op zodanige wijze dat die gegevens voor die autoriteiten toegankelijk zijn geworden.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 8 Het is een wettelijk vereiste dat zowel het verzoek als de machtiging van de rechter met redenen omkleed zijn. Indien de rechterlijke beslissing niet met redenen omkleed is, vormt dit een wezenlijk vormverzuim en leidt dit tot

nietigverklaring van de rechterlijke beslissing. Krachtens het NPK moet bewijsmateriaal worden verzameld of opgesteld overeenkomstig de regels en procedures zoals vastgelegd in deze wet. Een onderdeel van het verzamelen van dit bewijs (de opgenomen telecommunicatie) is het bestaan van een voorafgaande rechtmatige machtiging van de rechter. Aangezien het ontbreken van een uitdrukkelijk wettelijk voorgeschreven motivering een wezenlijk vormverzuim is, moeten de opgenomen telefoongesprekken als bewijs worden uitgesloten.

- 9 Het ontbreken van een motivering is alleen toegestaan in de uitdrukkelijk bij wet geregelde gevallen. In alle andere gevallen is altijd een motivering vereist.

ALGEMENE OPMERKINGEN

Arrest in zaak C-349/21

- 10 In punt 45 van het arrest in zaak C-349/21 heeft het Hof geoordeeld dat rechterlijke beslissingen waarbij toegang wordt verleend tot krachtens artikel 5 van richtlijn 2002/58 beschermde elektronische communicatie, met redenen moeten worden omkleed. Het Hof is er in de punten 50 tot en met 53 echter ook van uitgegaan dat wanneer het verzoek om toegang uitvoerig is gemotiveerd, de rechter de motivering van het verzoek bekrachtigt door een vooraf volgens een model opgestelde tekst te ondertekenen waarin staat dat aan de wettelijke vereisten voor het verlenen van de machtiging is voldaan. Zo introduceert het Hof de methode waarbij het verzoek en de machtiging kruislings worden gelezen (punten 59 en 61 en dictum), waarbij de precieze redenen waarom de machtiging is verleend, kunnen worden afgeleid uit hun gemeenschappelijke inhoud. Zo worden de in het verzoek vermelde redenen de motivering van de rechterlijke machtiging, aangezien de rechter die de machtiging heeft verleend, de motivering in het verzoek als de zijne heeft overgenomen en op basis daarvan tot de conclusie is gekomen dat aan de wettelijke vereisten is voldaan en hij die machtiging om die reden heeft verleend (punt 60). Het Hof draagt de verwijzende rechter in punt 56 op na te gaan of de aldus gegeven motivering toegankelijk en begrijpelijk is door het verzoek en de rechterlijke machtiging daartoe kruislings te lezen (punten 58 tot en met 61).
- 11 De verwijzende rechter wijst er uitdrukkelijk op dat het verzoek in zijn geheel in het dossier is opgenomen en toegankelijk was voor de verdediging. Voorts bevat het de nodige inhoud voor de in de wet genoemde punten, zodat de redenen voor de gegeven beslissing om zonder toestemming van de gebruikers telecommunicatie af te luisteren, af te tappen en op te slaan, gemakkelijk en ondubbelzinnig te begrijpen zijn als de motivering van het verzoek en de rechterlijke machtiging kruislings worden gelezen.

Tegenstrijdigheid tussen het arrest in zaak C-349/21 en het nationale recht

- 12 De door het Hof van Justitie in zaak C-349/21 vastgestelde motiveringsmaatstaf, namelijk de motivering door ondertekening van een vooraf volgens een model opgestelde tekst, is naar nationaal recht niet van toepassing in procedures inzake

rechterlijke machtiging voor het afluisteren, aftappen en opslaan van telecommunicatie zonder toestemming van de gebruikers.

- 13 Naar nationaal recht is de motiveringsplicht tweeledig: eerst moet het verzoek worden gemotiveerd en vervolgens ook de rechterlijke machtiging. Alleen vanwege het feit dat het verzoek – zelfs zeer goed – is gemotiveerd, maakt het volgens de wet niet mogelijk dat de rechterlijke machtiging niet met redenen hoeft te worden omkleed.
- 14 De nationale wetgever heeft vastgesteld dat het gebruik van bijzondere inlichtingentechnieken voor het onderscheppen van telefoongesprekken de kern van de persoonlijke levenssfeer van de burgers zodanig schendt dat zowel het verzoek als de rechterlijke beslissing waarbij dat gebruik wordt toegestaan, noodzakelijkerwijs onafhankelijk moeten worden gemotiveerd.
- 15 Bijgevolg is er een tegenstrijdigheid tussen het nationale recht en het Unierecht met betrekking tot de kwaliteit van de motivering van de rechterlijke machtiging. Het nationale recht vereist namelijk uitdrukkelijk een schriftelijke motivering van de rechterlijke machtiging, terwijl volgens het Unierecht, zoals uitgelegd in het arrest in zaak C-349/21, een rechterlijke machtiging in de vorm van een volgens een model opgestelde tekst voldoende is, wanneer de machtiging wordt verleend op basis van een met redenen omkleed en gedetailleerd verzoek waartoe de rechter en de verdediging toegang hebben, zodat de motivering van de gegeven beslissing begrijpelijk is indien deze kruislings worden gelezen. Dit is een wezenlijke tegenstrijdigheid en een uitlegging conform het Unierecht is niet mogelijk. Voor zover een uitlegging in overeenstemming met het Unierecht niet mogelijk is, moet het nationale recht derhalve buiten toepassing blijven.

Tegenstrijdigheid tussen het arrest in zaak C-349/21 en het arrest van het EHRM in zaak nr. 70078/12

- 16 Aangenomen moet worden dat ook het EVRM geen motivering door ondertekening toestaat. Deze vraag is uitdrukkelijk aan de orde gesteld door het EHRM in zaak nr. 70078/12, waarin de nationale regeling inzake het gebruik van bijzondere inlichtingentechnieken voor het aftappen van telefoongesprekken werd getoetst aan artikel 8 EVRM. Het EHRM vindt dat een – zelf opgestelde korte – motivering noodzakelijk is om ervoor te zorgen dat de rechter het verzoek daadwerkelijk heeft gelezen en het in de zaak aangedragen bewijsmateriaal in overweging heeft genomen. Het ontbreken van een dergelijke motivering leidt tot de conclusie dat de verlening van de machtiging niet verenigbaar is met artikel 8, lid 2, EVRM. Het EHRM komt tot deze conclusie nadat het heeft vastgesteld dat het verzoek met redenen omkleed was.
- 17 Bijgevolg erkent het EHRM niet het door het Hof van Justitie van de Europese Unie ingestelde instituut van de motivering door ondertekening van een vooraf volgens een model opgestelde tekst en de kruislingse lezing van de rechterlijke machtiging en het verzoek. Het EHRM oordeelt veeleer dat een dergelijke

opstelling van rechterlijke machtigingen een schending van artikel 8 EVRM oplevert.

Uiteenzetting van het probleem in verband met de bovengenoemde tegenstrijdigheden

- 18 Volgens de feiten van het hoofdgeding zijn de rechterlijke machtigingen op zich niet gemotiveerd, aangezien daaruit niet blijkt op welke precieze gronden de president van de Spetsializiran nakazatelen sad (bijzondere strafrechter, Bulgarije) tot de conclusie is gekomen dat in de feitelijke en juridische omstandigheden van het concrete geval aan de wettelijke vereisten was voldaan. Deze rechterlijke machtigingen moeten daarentegen als gemotiveerd worden beschouwd wanneer zij samen met de verzoeken worden bestudeerd en de machtiging en het verzoek kruislings worden gelezen.
- 19 Bijgevolg is het mogelijk de wet op twee manieren uit te leggen die tot tegengestelde resultaten leiden. Bij toepassing van het Unierecht, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie in zaak C-349/21, zou de verwijzende rechter de opvatting van „motivering door ondertekening” volgen, waardoor de rechterlijke machtiging en het verzoek kruislings zouden worden gelezen. Zodoende zou hij ervan uitgaan dat de rechterlijke machtigingen formeel rechtmatig zijn. Indien hij daarentegen het nationale recht en het EVRM zoals uitgelegd door het EHRM in het arrest in zaak nr. 70078/12 zou toepassen, zou hij ervan uitgaan dat de rechterlijke machtigingen voor het aftappen van telefoongesprekken niet gemotiveerd en dus ook onrechtmatig zijn.
- 20 Om het Unierecht toe te passen, moet de verwijzende rechter zich er eerst van vergewissen dat het beginsel van voorrang van het Unierecht boven het nationale recht van toepassing is en, voor zover de toepassing van het Unierecht vereist dat het nationale recht en het EVRM, zoals uitgelegd in het arrest van het EHRM in zaak nr. 70078/12, niet worden toegepast, zich er vervolgens van vergewissen dat die niet-toepassing geen andere bepalingen van het Unierecht schendt – overweging 11 van richtlijn 2002/58, artikelen 52 en 53 van het Handvest.
- 21 Alle uiteengezette problemen zijn het onderwerp van de eerste prejudiciële vraag.

Voorrang van het recht van de Europese Unie boven het nationale recht.

- 22 Het Unierecht heeft ongetwijfeld voorrang boven het nationale recht. Dit moet derhalve buiten toepassing worden gelaten indien een uitlegging in overeenstemming met het Unierecht niet mogelijk is. De verwijzende rechter zou dan het door het Hof van Justitie geformuleerde instituut van de motivering door ondertekening toepassen en de redenen in het verzoek erkennen als de redenen van de rechter die de rechterlijke machtiging heeft verleend. Dit geldt echter alleen als het Unierecht de betrokken aangelegenheid regelt.
- 23 De verwijzende rechter wijst er evenwel op dat artikel 15 van richtlijn 2002/58 geen specifieke eisen stelt aan de motivering van rechterlijke machtigingen tot

beperking van de in artikel 5 bedoelde rechten. De enige eis is dat deze rechtmatig moet zijn. De maatstaf van de motivering door ondertekening en latere kruislingse lezing [van verzoek en rechterlijke machtiging] is door het Hof van Justitie vastgesteld in het kader van de uitlegging van artikel 47, tweede alinea, van het Handvest. Blijkens artikel 51 van het Handvest breidt het Handvest zelf het toepassingsgebied van het recht van de Unie echter niet uit. Bijgevolg bevat het Unierecht geen maatstaf voor de motivering buiten artikel 47, tweede alinea, van het Handvest om.

- 24 Indien artikel 47, tweede alinea, van het Handvest voor de motivering van rechterlijke machtigingen een andere maatstaf vaststelt dan het nationale recht, rijst bijgevolg de vraag of het beginsel van de voorrang van het Unierecht van toepassing is, volgens hetwelk het nationale recht buiten toepassing moet worden gelaten en in plaats daarvan de Unierechtelijke motiveringsmaatstaf moet worden toegepast. Dit is het onderwerp van de eerste deelvraag van de eerste prejudiciële vraag.

Toepasselijkheid van overweging 11 van richtlijn 2002/58

- 25 In deze overweging wordt uitdrukkelijk vastgesteld dat de toepassing van de maatregelen uit hoofde van artikel 15, lid 1, in overeenstemming moet zijn met het EVRM zoals geïnterpreteerd in de uitspraken van het EHRM. Bovendien moeten deze maatregelen voldoen aan de procedurele waarborgen van het EVRM.
- 26 Bijgevolg moeten specifiek met betrekking tot de verlening van de rechterlijke machtigingen in het hoofdgeding, die gebaseerd zijn op het nationale recht en de rechtspraak tot omzetting van artikel 15 van de richtlijn, de bepalingen van het EVRM, met name artikel 8, lid 2, EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM in het arrest in zaak nr. 70078/12, en niet het Unierecht, met name artikel 47, tweede alinea, van het Handvest, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie in zaak C-349/21, worden toegepast.
- 27 De vraag rijst of overweging 11 (die door het Hof niet is besproken in het arrest in zaak C-349/21) een voldoende reden is om artikel 47, tweede alinea, van het Handvest niet toe te passen, aangezien dit voorziet in een lagere beschermingsnorm dan artikel 8, lid 2, EVRM. Dit is het onderwerp van de tweede deelvraag van de eerste prejudiciële vraag.

Toepassing van artikel 52, lid 1, van het Handvest

- 28 Deze bepaling houdt in dat elke beperking op de uitoefening van de in het Handvest erkende rechten bij wet moet worden gesteld, de wezenlijke inhoud van die rechten moet eerbiedigen en in overeenstemming moet zijn met het evenredigheidsbeginsel, dat wil zeggen dat zij noodzakelijk moet zijn en moet beantwoorden aan doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. De afzonderlijke vereisten zijn het onderwerp van de eerste prejudiciële vraag.

Rechtmatigheid van de beperking

- 29 Het recht op eerbiediging van het privé-leven, het recht op bescherming van persoonsgegevens en het recht op vrijheid van meningsuiting zijn verankerd in het Handvest (artikelen 7, 8 en 11) en de specifieke uitingsvorm ervan – de vertrouwelijkheid van communicatie door openbare communicatiediensten – wordt beschermd door artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/58/EG.
- 30 De Bulgaarse wet voorziet in een speciale procedure voor het verlenen van een rechterlijke machtiging (voor het afluisteren en aftappen van telecommunicatie). Een onderdeel van deze procedure is de uitdrukkelijke eis dat de machtiging moet worden gemotiveerd, en deze verplichting bestaat onafhankelijk van de naleving van de andere, op zichzelf staande verplichting dat het verzoek voor een dergelijke machtiging eveneens moet worden gemotiveerd. Bovendien moet de rechterlijke beslissing aldus zijn geformuleerd dat zij als zodanig uitvoerbaar is. In de praktijk betekent dit dat de rechterlijke beslissing ten minste het IMEI-nummer moet vermelden van de telefoon of het nummer van de SIM-kaart via welke de telecommunicatie plaatsvindt die het onderwerp is van het afluisteren, aftappen en opslaan. Juist daarom moet in de rechterlijke beslissing ook de naam van de betrokkene worden vermeld, zodat men weet tegen wie de beslissing is gericht en deze zijn rechten van verdediging kan uitoefenen.
- 31 Niettemin is bij sommige gerechten, ook bij de verwijzende rechter, de praktijk ontstaan dat rechterlijke machtigingen in strijd met het nationale recht in feite niet worden gemotiveerd, zoals in het hoofdgeding.
- 32 In deze omstandigheden rijst de vraag naar de inhoud van het vereiste „bij wet gesteld” in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest of van het vereiste van rechtmatigheid uit hoofde van overweging 11 en artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/58.
- 33 In het arrest in zaak C-349/21 is reeds de maatstaf voor een dergelijke motivering vastgesteld, namelijk de „motivering door ondertekening” (punt 53) en de daaropvolgende „kruislingse lezing” (punten 59 en 61, dictum). Bijgevolg zou juist deze uitspraak kunnen voldoen aan het vereiste van een wettelijke regeling.
- 34 Bovendien zou men kunnen aannemen dat ook de nationale rechtspraak, volgens welke rechterlijke machtigingen worden verleend in de vorm van vooraf volgens een model opgestelde teksten die geen geïndividualiseerde motivering bevatten en evenmin de naam van de betrokkene vermelden, voldoet aan het vereiste van „bij wet gesteld” in artikel 52 van het Handvest. In werkelijkheid is deze nationale rechtspraak echter in strijd met de wettelijke regeling dat de rechterlijke machtiging gemotiveerd moet zijn.
- 35 Ten slotte zou kunnen worden aangenomen dat onder „bij wet gesteld” wordt verstaan hetzij een handeling van de Unie die de kwestie van de motivering van de rechterlijke machtiging uitdrukkelijk regelt, hetzij een nationale handeling die deze kwestie eveneens uitdrukkelijk regelt.

- 36 In deze context wordt de prejudiciële vraag gesteld of een nationale bepaling die een onafhankelijke schriftelijke motivering van de rechterlijke machtiging vereist, niet van toepassing is. En voldoet de motivering door ondertekening, zoals die door het Hof van Justitie in punt 53 van het arrest in zaak C-349/21 is vastgesteld en reeds gedeeltelijk in de nationale rechtspraak is toegepast voordat dit arrest werd gewezen, aan het vereiste van „bij wet gesteld” van artikel 52 van het Handvest? Want alleen in dit geval is het mogelijk de rechten voortvloeiende uit de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest te beperken in hun uitingsvorm van de bescherming van telecommunicatie op grond van artikel 5 van richtlijn 2002/58.
- 37 De vraag rijst wat de juridische betekenis is van de conclusie van het Hof in het arrest in zaak C-349/21 dat de in het geding aan de orde zijnde rechterlijke machtigingen wat betreft de motivering in overeenstemming zijn met artikel 47, tweede alinea, van het Handvest (mits er sprake is van een motivering door ondertekening, zodat de redenen van de verleende rechterlijke machtiging gemakkelijk en ondubbelzinnig te begrijpen zijn, als men de machtiging en het verzoek kruislings leest). Moet deze conclusie van het Hof de verwijzende rechter ertoe brengen aan te nemen dat het in het geding aan de orde zijnde afluisteren, aftappen en opslaan [van telecommunicatie] in overeenstemming is met artikel 52, lid 1, van het Handvest omdat het bij wet is gesteld?

Eerbiediging van de wezenlijke inhoud van het beperkte recht

- 38 Voorts rijst de vraag naar de eerbiediging van de wezenlijke inhoud van het beperkte recht. In het hoofdgeding is de president van de Spetsializiran nakazatelen sad belast met de beslissing om een machtiging te verlenen voor het afluisteren, aftappen en opslaan van telecommunicatie zonder toestemming van de gebruikers. Door verlening van de rechterlijke machtiging schendt hij noodzakelijkerwijs het in artikel 5 van richtlijn 2002/58 gewaarborgde recht op bescherming van dergelijke telecommunicatie. Voldoet zijn beslissing om de rechterlijke machtiging zo op te stellen dat zij geen geïndividualiseerde motivering en zelfs niet de naam van de betrokkene vermeldt, aan het vereiste van artikel 52, lid 1, van het Handvest om de wezenlijke inhoud van het beperkte recht te eerbiedigen?
- 39 Er moet rekening worden gehouden met de betekenis van dit beperkte recht. Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/58 beschermt het recht op vertrouwelijkheid van telecommunicatie, dat een uitingsvorm is van de rechten voortvloeiende uit de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest. Bijgevolg is het essentieel voor de rechtsorde van de Unie.
- 40 Voorts moet rekening worden gehouden met de omvang van de beperking van dit recht. Het Hof van Justitie heeft zich herhaaldelijk moeten uitspreken over de bewaring van verkeersgegevens en heeft bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer de daaruit verkregen informatie vergeleken met de openbaarmaking van de inhoud van telecommunicatie. Bijgevolg is de openbaarmaking van deze inhoud de ernstigst mogelijke vorm van inmenging in

de rechten die worden gewaarborgd door artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/58 en door de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest. Vandaar dat bijzondere zorgvuldigheid geboden is bij de naleving van het vereiste dat de wezenlijke inhoud van dit recht wordt geëerbiedigd, aangezien het mogelijk is dit recht zodanig te beperken dat het volledig wordt opgeheven.

- 41 Dit zou het geval zijn indien de rechterlijke machtigen worden verleend op een wijze die routine en automatisme suggereert. Aldus zou de uitzondering overeenkomstig artikel 15, lid 1, van de richtlijn de facto de regel worden. Dit zou namelijk het geval zijn indien de rechterlijke machtiging bewust wordt verleend in de vorm van een vooraf geformuleerde tekst die slechts de wettelijke voorschriften weergeeft en voor alle gevallen geldt. In dit geval wordt afgezien van een motivering uit de overtuiging dat een motivering niet echt nodig is (mogelijk omdat de officier van justitie zijn verzoek goed met redenen heeft omkleed). De verwijzende rechter is van oordeel dat een dergelijke benadering de essentie van het beperkte recht schendt, aangezien de beperking ervan niet gekoppeld is aan een besef van de daadwerkelijke schade voor de persoon tegen wie de bijzondere inlichtingentechnieken zijn gericht, en de uit dat besef voortvloeiende noodzaak om eigen, zelf opgestelde summiere redenen aan te voeren waaruit blijkt waarom die beperking noodzakelijk is.
- 42 Het is ook een beperking die tot volledige opheffing leidt indien de naam van de persoon ten aanzien van wie de vertrouwelijkheid van de telecommunicatie is opgeheven, niet in de rechterlijke machtigen is vermeld.
- 43 Een dergelijk geval doet zich voor in het hoofdgeding, aangezien de rechterlijke machtiging niet eens de naam van de betrokkene vermeldt. Het gaat om een anonimisering van het geval.
- 44 Voorts blijft de essentie van het beperkte recht behouden indien de beperking wordt opgelegd onder de volgende voorwaarden: a) er zijn reële en doeltreffende waarborgen tegen misbruik, b) er is een garantie dat de beperking alleen wordt opgelegd voor zover deze strikt noodzakelijk is, en c) ontmoediging en afschrikking van de uitoefening van het recht op communicatie krachtens artikel 5 van de richtlijn en op vrijheid van meningsuiting krachtens artikel 11 van het Handvest worden vermeden.

Noodzaak van de beperking en toelaatbaarheid ervan met het oog op de bescherming van doelstellingen van algemeen belang of de bescherming van de rechten en vrijheden van derden

- 45 Dit gaat over een beperking binnen de beperking. Allereerst werd het in artikel 5, lid 1, van de richtlijn bedoelde recht beperkt, en vervolgens werd ook het recht op een gemotiveerde machtiging van de rechter om de eerstgenoemde beperking toe te staan, beperkt.
- 46 Enerzijds heeft het Hof van Justitie vastgesteld dat met betrekking tot het verzamelen van grafische gegevens, die niet onder het begrip telecommunicatie

vallen, de noodzakelijke rechterlijke controle moet plaatsvinden „voorafgaand aan elke toegang”, aangezien met een „latere toetsing” niet tegemoet kan worden gekomen aan het doel van de voorafgaande toetsing, dat erin bestaat te verhinderen dat tot de betrokken gegevens een toegang wordt verleend die verder gaat dan strikt noodzakelijk is (punt 58 van het arrest in zaak C-746/18). Met betrekking tot de openbaarmaking van de inhoud van de telecommunicatie heeft het Hof daarentegen vastgesteld dat deze noodzakelijke voorafgaande toetsing tot uitdrukking kan komen in afgezwakte motiveringseisen, namelijk in de vorm van een motivering door ondertekening (punt 53 van het arrest in zaak C-349/21), waardoor de verdachte en de bevoegde rechter kennis kunnen nemen van de motivering van het openbaar ministerie die de rechter die de machtiging heeft verleend, ten behoeve van de latere toetsing van de rechtmatigheid heeft overgenomen (punten 55 tot en met 56 juncto punten 59 tot en met 61, dictum van het arrest in zaak C-349/21). Volgens de verwijzende rechter bedoelde het Hof van Justitie daarmee dat de verdachte in het geval van een latere aanvechting een uitgebreide bescherming geniet, onder meer in de vorm van een uitdrukkelijke motivering in de rechterlijke beslissing.

- 47 Derhalve rijst de vraag of het werkelijk nodig is een lagere beschermingsnorm te erkennen in de vorm van een vereenvoudigde motivering (in casu motivering door ondertekening overeenkomstig punt 53 van het arrest in zaak C-349/21). In zijn arrest in zaak C-349/21 verwees het Hof naar zijn eerdere rechtspraak in de zaken C-225/19 en C-619/10. Deze arresten hebben echter betrekking op andere gevallen waarin een vereenvoudigde motivering objectief noodzakelijk is.
- 48 In casu is niet duidelijk welke doelstelling van algemeen belang rechtvaardigt dat lagere eisen worden gesteld aan de motivering van de rechterlijke machtiging voor de openbaarmaking van de inhoud van de telecommunicatie.

Toepassing van artikel 53 van het Handvest

- 49 Volgens artikel 53 van het Handvest mag geen enkele bepaling van het Handvest worden uitgelegd als een beperking van een door het EVRM of door de grondwet van een lidstaat erkend recht.
- 50 Dit roept de in verband met artikel 53 van het Handvest gestelde vraag op of de verwijzende rechter artikel 121, lid 4, van de grondwet en artikel 8, lid 2, van het EVRM, die het ontbreken van een uitdrukkelijke motivering in rechterlijke machtigingen voor het aftappen van telefoongesprekken als onrechtmatig aanmerken, buiten toepassing moet laten. Deze vraag betreft de tegenstrijdigheid tussen de verschillende rechtsordes.
- 51 De grondwet vereist dat rechterlijke beslissingen gemotiveerd zijn, dat wil zeggen uitdrukkelijk en niet alleen stilzwijgend. Volgens artikel 121, lid 4, van de grondwet, zoals uitgelegd door het Konstitutsionen sad (grondwettelijk hof, Bulgarije), is een motivering door ondertekening, zoals erkend door het Hof van

Justitie (punt 53 van het arrest in zaak C-349/21), niet toegestaan, zodat er een tegenstrijdigheid bestaat tussen beide rechtsordes.

- 52 Gezien de voorrang van het Unierecht moet het nationale recht, ook al is het van grondwettelijke aard, ongetwijfeld op de achtergrond blijven. Dit zou echter alleen het geval zijn indien het Unierecht geen voorrang verleent aan het nationale recht. Dit is het geval met artikel 53 van het Handvest, dat in het onderhavige geval van toepassing is, aangezien de grondwet in een hogere beschermingsnorm voorziet dan het Unierecht.
- 53 Bijgevolg moet worden aangenomen dat de uitlegging van het Hof van Justitie in zaak C-349/21 een minimumnorm voor de motivering vaststelt, maar niet verbiedt dat de nationale grondwet een hogere norm invoert en de naleving daarvan eist.

EVRM

- 54 Volgens artikel 52, lid 3, van het Handvest hebben de daarin verleende rechten dezelfde inhoud en reikwijdte als de rechten in het EVRM, hoewel het Unierecht een ruimere bescherming kan bieden. Tegelijkertijd komt het recht op eerbiediging van het privé-leven uit hoofde van artikel 7 van het Handvest overeen met hetzelfde recht in artikel 8, lid 1, EVRM. Dit blijkt ook uit overweging 11 [van de richtlijn], die op haar beurt verwijst naar het EVRM.
- 55 Bovendien heeft het EHRM in zaak nr. 70078/12, bij het onderzoek van artikel 8 EVRM in een met het hoofdgeding vergelijkbare zaak, geoordeeld dat de rechter die de machtiging voor het aftappen van telefoongesprekken verleent, ondanks het bestaan van een uitvoerig gemotiveerd verzoek, een – zelf opgestelde korte – motivering moet geven zodat kan worden vastgesteld dat hij kennis heeft genomen van de processtukken en deze daadwerkelijk heeft bestudeerd. Het Hof van Justitie gaat er in het arrest in zaak C-349/21 daarentegen van uit dat het ontbreken van een afzonderlijke motivering niet in de weg staat aan de vaststelling dat de rechterlijke machtiging daadwerkelijk gemotiveerd is. Dit moet worden aangenomen wanneer het verzoek met redenen omkleed is en de rechter deze redenen als de zijne overneemt door ondertekening van een vooraf volgens een model opgestelde tekst (punt 53 van het arrest in zaak C-439/21) en de motivering van de gegeven beslissing begrijpelijk is wanneer deze [en het verzoek] kruislings worden gelezen (dictum van het arrest).
- 56 In deze omstandigheden rijst de vraag of artikel 53 van het Handvest in de weg staat aan het buiten toepassing laten van de rechtspraak van het EHRM, in plaats waarvan de rechtspraak van het Hof van Justitie moet worden toegepast. Biedt het Unierecht, door de maatstaf van een motivering door ondertekening en latere kruislingse lezing vast te leggen, meer bescherming dan het EVRM?
- 57 De verwijzende rechter wijst erop dat, wat de bescherming van het recht op eerbiediging van het privé-leven krachtens artikel 8 EVRM of de rechten krachtens de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest betreft, de door het EHRM vastgestelde motiveringsmaatstaf een grotere bescherming biedt dan de door het

Hof van Justitie erkende maatstaf, aangezien de door het EHRM vereiste – zelf opgestelde korte – motivering bovendien bevestigt dat de rechter daadwerkelijk kennis heeft genomen van de in het verzoek uiteengezette redenen en zelf tot dezelfde conclusie is gekomen.

- 58 Indien daarentegen de doeltreffendheid van de strafvervolgning, opgevat als het massale gebruik van het aftappen van telefoongesprekken, moet worden beschermd, zou de stilzwijgende motivering zeer passend zijn, vooral omdat een rechter snel meerdere machtigingen zou kunnen verlenen indien hij of zij van mening is dat de verzoeken naar behoren met redenen omkleed zijn, zonder dat hij of zij dit zelf hoeft te motiveren. Richtlijn 2002/58 heeft echter ten doel de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector te beschermen en niet de procedure voor het aftappen van telefoongesprekken ten behoeve van strafprocedures te regelen.

Gelijkwaardigheidsbeginsel

- 59 Dit beginsel vereist dat een rechtssituatie betreffende het recht van de Unie niet minder gunstig door het nationale recht en de nationale rechtspraak wordt geregeld dan een soortgelijke rechtssituatie die uitsluitend een nationale situatie betreft.
- 60 De rechterlijke machtiging (om zonder toestemming van de gebruikers telecommunicatie af te luisteren, af te tappen en op te slaan) maakt deel uit van de nationale voorschriften ter omzetting van artikel 15, lid 1, juncto artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/58/EG. Een soortgelijke rechtssituatie, die alleen het nationale recht betreft, ligt ten grondslag aan de rechterlijke machtigingen tot inbeslagneming van correspondentie uit hoofde van artikel 165 NPK, met als enig verschil met het aftappen van telefoongesprekken, dat het gaat om schriftelijke communicatie op papier en niet om mondelinge berichten die via communicatienetwerken worden doorgegeven. In het laatste geval worden alle rechterlijke machtigingen gemotiveerd, waarbij de rechter, zij het kort, aangeeft waarom hij van oordeel is dat het verzoek van het openbaar ministerie moet worden ingewilligd. In alle gevallen wordt zonder uitzondering ook de naam van de door deze maatregelen getroffen persoon vermeld.
- 61 In feite wordt alleen in de rechterlijke machtigingen voor het gebruik van bijzondere inlichtingentechnieken geen motivering gegeven, maar wordt deze vervangen door een vooraf geformuleerde tekst waarin de wettelijke voorschriften worden weergegeven en wordt verklaard dat deze zijn nageleefd. Dit is een uitzondering op de algemeen geldende nationale regel dat rechterlijke beslissingen gemotiveerd moeten zijn en een dictum moeten bevatten, rekening houdend met het ontbreken van een motiveringsplicht in bepaalde specifieke en afwijkende gevallen.
- 62 Daarom rijst de vraag of het gelijkwaardigheidsbeginsel in de weg staat aan het buiten toepassing laten van het nationale recht dat voor rechterlijke beslissingen

een uitdrukkelijke motivering vereist en een motivering door ondertekening niet toestaat, zoals vastgesteld door het Hof van Justitie in het arrest in zaak C-349/21.

Motivering van de tweede prejudiciële vraag

- 63 De tweede vraag is de belangrijkste voor de verwijzende rechter, aangezien het antwoord daarop hem in staat stelt te beslissen of de litigieuze opnames van telefoongesprekken als bewijs in het geding kunnen worden gebruikt.

Niet-toepasselijkheid van artikel 105, lid 2, NPK (wetboek van strafvordering)

- 64 Een eventueel bevestigend antwoord op de eerste vraag zal niet volstaan, aangezien het probleem van de bewijskracht blijft bestaan. Daarom moet ook artikel 105, lid 2, NPK worden onderzocht, dat de nationale rechter verplicht het verzamelde bewijsmateriaal (de opgenomen telefoongesprekken) uit te sluiten indien hij een procedurefout bij het verzamelen ervan vaststelt. En onderdeel van het verzamelen van dit bewijs is nu juist het verlenen van een rechterlijke machtiging die voldoet aan het motiveringsvereiste van artikel 174, lid 4, NPK, dat geldt ongeacht of er sprake is van een met redenen omkleed verzoek.
- 65 Meer bepaald voorziet artikel 47, tweede alinea, van het Handvest, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie in zaak C-349/21, in een andere motiveringsmethode dan de nationale. Bij toepassing daarvan komt men tot de conclusie dat de zeven rechterlijke machtigingen die in het geding aan de orde zijn, gemotiveerd zijn, hoewel dit op basis van het NPK niet het geval is.
- 66 Bijgevolg rijst de vraag of artikel 105, lid 2, NPK niet ook buiten toepassing moet worden verklaard – namelijk in het gedeelte dat alleen betrekking heeft op de bepalingen van het NPK over de beoordeling van de bewijskracht van het verzamelde bewijs (telecommunicatie). De rechtmatigheid van het bewijs zou dan niet kunnen worden beoordeeld volgens de bepalingen van het NPK, maar rechtstreeks volgens het Handvest. In dat geval zou niets het gebruik van de telefoongesprekken als bewijsmateriaal in de weg staan.

Uitlegging van artikel 105, lid 2, NPK conform het Unierecht

- 67 De vraag naar de uitlegging van artikel 105, lid 2, NPK in overeenstemming met het Unierecht rijst indien het Hof van Justitie de toepasselijkheid van artikel 174, lid 4, NPK bevestigt, hetgeen zou leiden tot de conclusie dat de zeven rechterlijke machtigingen die in het geding aan de orde zijn, niet met redenen omkleed zijn.
- 68 In dit verband is verduidelijking nodig. In de heersende nationale rechtspraak over de rechtmatigheid van rechterlijke machtigingen (voor het afluisteren, aftappen en opslaan van telecommunicatie zonder toestemming van de gebruikers) worden deze geacht rechtmatig te zijn opgesteld, zelfs indien zij een vooraf volgens een model opgestelde tekst bevatten. Deze rechtspraak gaat er dus van uit dat

artikel 105, lid 2, NPK zich niet verzet tegen het gebruik van de opgeslagen berichten als bewijsmateriaal.

- 69 Tegelijkertijd heeft het Hof in het arrest in zaak C-349/21 de maatstaf ingevoerd dat de machtiging en het verzoek „kruislings” moeten worden gelezen. Het Hof van Justitie gaat er dus van uit dat de rechterlijke machtiging op zich niet met redenen omkleed is, maar, wanneer deze en het verzoek kruislings worden gelezen, als gemotiveerd moet worden beschouwd.
- 70 Rekening houdend met de bevindingen van het Hof van Justitie in zaak C-349/21, van het EHRM in zaak nr. 70078/12 en uitgaande van een mogelijk antwoord van het Hof van Justitie in de onderhavige zaak dat de nationale wetgeving niet buiten toepassing mag blijven, zou de opvatting dat niet hoeft te worden onderzocht of rechterlijke machtigingen voldoende gemotiveerd zijn, of de algemene veronderstelling dat zij gemotiveerd zijn, niet langer rechtmatig zijn. Hieruit volgt dat artikel 105, lid 2, NPK zou moeten worden toegepast, hetgeen tot gevolg zou hebben dat de verzamelde telecommunicatie niet als bewijs zou mogen worden gebruikt.
- 71 De verwijzende rechter wil dit echter vermijden. Om die reden stelt hij een nieuwe en andere uitlegging van artikel 105, lid 2, NPK voor, volgens welke het gebruik van bewijsmateriaal toelaatbaar moet zijn, ook al is de machtiging voor het verzamelen ervan onrechtmatig verleend. Deze uitlegging is echter in flagrante tegenspraak met de nationale rechtsleer en rechtspraak en zou daarom onvermijdelijk worden verworpen. Mogelijk zou deze daarentegen voldoende serieus en kritisch worden onderzocht als ze de steun van het Hof van Justitie krijgt. Deze steun zou tot uitdrukking kunnen komen in het oordeel van het Hof dat het recht van de Unie zich niet verzet tegen een nationale regeling en rechtspraak volgens welke op basis van een niet gemotiveerde rechterlijke machtiging verkregen bewijsmateriaal mag worden gebruikt wanneer de rechtmatigheid van deze niet gemotiveerde rechterlijke machtiging in een later stadium door de bevoegde rechter in het kader van de uitoefening van de rechten van de verdediging van de verdachte is vastgesteld.
- 72 Het is in deze context dat het tweede deel van de tweede vraag wordt gesteld. Deze vraag is niet hypothetisch van aard, aangezien zij betrekking heeft op de verenigbaarheid met het Unierecht van een mogelijke juridische oplossing in een aanhangige strafprocedure op basis van de concrete feiten van de zaak (niet-gemotiveerde rechterlijke machtigingen) en het daaruit voortvloeiende juridische probleem (de bruikbaarheid van op basis van deze machtigingen verzameld bewijsmateriaal). De verwijzende rechter wenst te vernemen of de juridische oplossing in zaak C-349/21 toelaat dat een nationale bepaling, te weten artikel 105, lid 2, NPK, aldus wordt uitgelegd dat in het geval van het verzamelen van telecommunicatie op basis van een niet-gemotiveerde rechterlijke machtiging, de rechtmatigheid van deze verzameling van bewijsmateriaal door de procespartijen mag worden besproken en dat deze telecommunicatie alleen als bewijs moet worden uitgesloten indien de rechtmatigheid ervan wordt ontkend

(alook indien een technische manipulatie wordt vastgesteld die de geloofwaardigheid ervan ter discussie stelt).