



Datum van
inontvangstneming

:

08/09/2021

Zaak C-349/21

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:

4 juni 2021

Verwijzende rechter:

Spetsializiran nakazatelen sad (bijzondere strafrechter, Bulgarije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

3 juni 2021

Verdachten:

SS

HYA

IA

DD

ZI

In tegenwoordigheid van:

Spetsializirana prokuratura

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Is een feitelijk ontstane praktijk van de nationale rechterlijke instanties, volgens welke de rechterlijke machtiging tot het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden bestaande in het aftappen, opnemen en opslaan van telefoongesprekken tussen verdachten, om die vervolgens in het kader van de strafprocedure tegen deze verdachten als bewijsmiddel te gebruiken, wordt gemotiveerd met een vooraf opgestelde tekst in algemene bewoordingen, verenigbaar met het Unierecht, meer bepaald met artikel 15, lid 1, juncto artikel 5, lid 1, en overweging 11 van richtlijn 2002/58?

Voorwerp en rechtsgrondslag van de verwijzing

De verwijzing geschiedt op grond van artikel 267, lid 1, onder b), VWEU.

Prejudiciële vragen

Is een praktijk van de nationale rechterlijke instanties in strafprocedures op grond waarvan de rechter wanneer hij machtiging verleent tot het aftappen, opnemen en opslaan van telefoongesprekken van verdachten gebruik maakt van een vooraf opgestelde tekst in algemene bewoordingen, waarin zonder enige individualisering enkel wordt gesteld dat de wettelijke bepalingen in acht zijn genomen, verenigbaar met artikel 15, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 1, en overweging 11 van richtlijn 2002/58?

Zo nee, is het dan in strijd met het Unierecht dat het nationale recht aldus wordt uitgelegd dat informatie die is verkregen als gevolg van een dergelijke machtiging, kan worden gebruikt om de tenlastelegging te bewijzen?

Aangehaalde bepalingen 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 2002, L 201, blz. 37; hierna: „richtlijn”).

Arrest van het Hof van Justitie van 8 april 2014, Digital Rights Ireland en [REDACTED] e.a., C-293/12 en C-594/12, EU:C:2014:238

Arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016, Digital Rights Ireland en [REDACTED] e.a., C-203/12 en C-698/12, EU:C:2016:970

Arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 2020, La Quadrature du Net e.a., C-511/18, C-512/18 en C-520/18, EU:C:2020:791

Arrest van het Hof van 2 maart 2021, Prokuratuur ((Voorwaarden voor toegang tot elektronischecommunicatiegegevens)), C-746/18, EU:C:2021:152

Aangehaalde bepalingen van nationaal recht

Nakazatelno protsesualen kodeks (wetboek van strafvordering)

Zakon za spetsialnite razuznavatelni sredstva (wet inzake bijzondere onderzoeksmethoden).

Korte weergave van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Vijf personen werd ten laste gelegd dat zij lid waren van een criminele organisatie, die gericht was op verrijking door middel van het wederrechtelijk binnensmokkelen van onderdanen van derde landen (Bangladesh en Irak) in Bulgarije, wederrechtelijke hulp bij binnenkomst en het in verband daarmee aannemen en betalen van steekpenningen. Bij deze organisatie waren ook overheidsambtenaren betrokken, hetgeen strafbaar is gesteld in artikel 321, lid 3, punt 2, juncto lid 2, van het Nakazatelen kodek (wetboek van strafrecht; hierna: „NK”). Ook andere handelingen in het kader van de criminele organisatie werden ten laste gelegd, namelijk dat de verdachten ter verkrijging van geldelijk voordeel concrete personen wederrechtelijk hebben geholpen om illegaal het land binnen te komen, wat strafbaar is gesteld in artikel 281, lid 2, NK, en dat zij steekpenningen hebben aangenomen en betaald, hetgeen strafbaar is op grond van de artikelen 301 en 304, NK.
- 2 Alle bovengenoemde handelingen vormen „ernstige strafbare feiten” in de zin van de nationale wet, aangezien zij worden bestraft met een gevangenisstraf van meer dan 5 jaar.
- 3 In het kader van de ingeleide strafprocedure heeft de met het onderzoek belaste officier van justitie op 10 april 2017 in de fase van het vooronderzoek tegen twee van de verdachten twee verzoeken ingediend tot het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden (te weten observatie, aftappen van telefoongesprekken, tracering en vastlegging).
- 4 Elk verzoek besloeg meer dan acht bladzijden en bevatte een uitvoerige beschrijving van wat werd gevraagd, ten aanzien van welke persoon en welke telefoonnummers, de redenen voor het aannemen van een verband tussen de nummers en de persoon, het tot dusver verzamelde bewijsmateriaal, de vastgestelde feiten en de rol van de verdachten bij de strafbare feiten. Het verzoekschrift bevatte talrijke feiten. De noodzaak van het aftappen van telefoongesprekken voor bewijsdoeleinden in verband met de onderzochte strafbare feiten en de oorzaken en omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de informatie niet op een andere wijze kon worden verkregen, werden uitvoerig gemotiveerd.
- 5 Bij beslissing van 10 april 2017 heeft de president van het Spetsializiran nakazatelen sad (speciale strafrechtbank) (hierna: „bijzondere strafrechter”) machtiging verleend tot het aftappen en opnemen van telefoongesprekken en het opslaan van deze opnamen ten behoeve van de strafprocedure. Deze machtiging bestaat slechts uit één bladzijde en bevat een motivering in algemene bewoordingen. Andere soortgelijke verzoeken zijn ingediend ten aanzien van andere personen en met betrekking tot dezelfde omstandigheden. Daarbij is elke machtiging van de bijzondere strafrechter op gelijke wijze gemotiveerd. In de machtiging wordt enkel vermeld dat aan de wettelijke vereisten is voldaan, zonder dat deze duidelijk worden gepreciseerd (er wordt verwezen naar een bepaling die

meerdere situaties regelt) en zonder dat feiten worden genoemd die tot de conclusie leiden dat aan deze wettelijke vereisten is voldaan.

- 6 In feite zijn deze rechterlijke machtigingen tot het aftappen van telefoongesprekken bij alle verdachten volkomen identiek. De reden daarvoor is dat zij bewust zodanig zijn geformuleerd dat zij beantwoorden aan de verschillende mogelijke situaties waarin om aftapping wordt verzocht. Er is bewust een algemene tekst opgesteld die in algemene bewoordingen vermeldt dat aan de verschillende wettelijke vereisten is voldaan, zonder evenwel de afzonderlijke wettelijke vereisten concreet te benoemen of een concreet feit te vermelden dat leidt tot de conclusie dat dit inderdaad het geval is.
- 7 Deze algemene tekst wordt gebruikt in alle gevallen waarin machtiging tot aftapping wordt verleend, ongeacht de verschillende feitelijke en juridische omstandigheden. Het doel van deze tekst is om alle mogelijke gevallen te omvatten.
- 8 Als gevolg van de telefoontap werden bepaalde gesprekken van de verdachten opgenomen en opgeslagen. De inhoud van deze gesprekken is rechtstreeks van belang voor de vaststelling dat de beschuldigingen tegen de verdachten gegrond zijn.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

Ontvankelijkheid van de vragen

- 9 De eerste vraag betreft de wijze waarop de rechterlijke machtiging tot het aftappen van telefoons moet worden gemotiveerd. Het Hof van Justitie (hierna: „Hof”) heeft er reeds op gewezen dat de rechterlijke organisatie in de lidstaten weliswaar onder hun eigen bevoegdheid valt, maar dat dit niet wegneemt dat de lidstaten bij de uitoefening van deze bevoegdheid de verplichtingen in acht moeten nemen die voor hen voortvloeien uit het Unierecht (arrest van 2 maart 2021, A.B. e.a., C-824/18, EU:C:2021:153, punt 68). Bijgevolg is het niet voldoende dat de omzettingwet in overeenstemming is met het recht van de Unie, maar ook noodzakelijk dat zij daadwerkelijk wordt toegepast.
- 10 In het onderhavige geval is het vaste praktijk dat een motivering van de rechterlijke machtigingen tot het aftappen van de telefoon feitelijk ontbreekt.

Eerste vraag

- 11 Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/58 verbiedt uitdrukkelijk „het afluisteren, aftappen, opslaan of anderszins onderscheppen of controleren van de communicatie [...] door anderen dan de gebruikers, indien de betrokken gebruikers daarin niet hebben toegestemd”, tenzij dat bij wet is toegestaan overeenkomstig artikel 15, lid 1, van de richtlijn.

- 12 De nationale wettelijke regeling inzake het ten behoeve van bewijs aftappen, opnemen en opslaan van telefoongesprekken van personen die ervan worden verdacht een strafbaar feit te hebben begaan, machtigt precies het „afluisteren, aftappen en opslaan” dat bij artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/58 is verboden. Deze handelingen zijn derhalve alleen toegestaan onder de voorwaarden van artikel 15, lid 1, van de richtlijn.
- 13 Aan de voorwaarden voor opheffing van het verbod van artikel 5, lid 1, van de richtlijn is voldaan, aangezien dit noodzakelijk is voor „het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten”, zoals uitdrukkelijk vermeld in artikel 15, lid 1. Daarbij rijst de gestelde vraag in het licht van artikel 15, lid 1, laatste volzin, van de richtlijn, waarin is bepaald dat maatregelen die in strijd zijn met het verbod van artikel 5, lid 1, in overeenstemming dienen te zijn met de algemene beginselen van het recht van de Unie, met inbegrip van de beginselen als bedoeld in artikel 6, lid 1, VEU. In die zin dienen deze maatregelen volgens overweging 11, vierde volzin, van deze richtlijn ook „passend te zijn voor, en strikt evenredig met, het beoogde doel en noodzakelijk [...]” en moeten zij „adequate waarborgen bevatten overeenkomstig het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden”.
- 14 Volgens de verwijzende rechter voldoet het nationale recht volledig aan deze vereisten. Het regelt uitvoerig de voorwaarden waaronder het aftappen, opnemen en opslaan van telefoongesprekken van verdachten en beklaagden is toegestaan, zowel materieel als formeel, met name wat betreft de inhoud van het verzoek van de onderzoeksautoriteiten en de verplichting van de rechter die de machtiging verleent om zijn beslissing met redenen te omkleden.
- 15 De vaste praktijk van de nationale rechterlijke instanties gaat uit van de veronderstelling dat om te voldoen aan het wettelijke vereiste van motivering van de rechterlijke beslissing waarbij machtiging wordt verleend tot het aftappen, opnemen en opslaan van telefoongesprekken van verdachten voor bewijdsdoeleinden, in die motivering enkel hoeft te worden vermeld dat aan de genoemde wettelijke vereisten is voldaan.
- 16 Het is twijfelachtig of deze praktijk in overeenstemming is met artikel 15, lid 1, en overweging 11 van richtlijn 2002/58. In het bijzonder rijst de vraag of de beginselen van het recht van de Unie – het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming en het evenredigheidsbeginsel – worden geëerbiedigd wanneer de bijzondere strafrechter die machtiging verleent tot het aftappen, opnemen en opslaan van telefoongesprekken van verdachten, zijn beslissing motiveert met een vooraf opgestelde algemene tekst waarin de bestaande wettelijke bepalingen worden aangevoerd en wordt vermeld dat hieraan is voldaan. Biedt deze rechter de verdachten daarmee een effectieve rechterlijke bescherming, waarbij hij waarborgt dat hun rechten overeenkomstig de artikelen 6 en 7 van het Handvest worden geschonden ten behoeve van een hoger staatsbelang, namelijk de bestrijding van criminaliteit? Deze twijfels rijzen omdat uit de tekst van de rechterlijke machtiging geenszins blijkt welke redenen de bijzondere strafrechter

had om bevel te geven tot het aftappen, opnemen en opslaan van de telefoongesprekken.

- 17 Volgens overweging 11, vierde volzin, van de richtlijn dienen de maatregelen „passend te zijn voor, en strikt evenredig met, het beoogde doel en noodzakelijk [...]”. Het Hof heeft erop gewezen dat het vertrouwelijke karakter van de communicatie alleen terzijde kan worden geschoven, wanneer dit „absoluut noodzakelijk” is en het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen, nadat de verschillende betrokken belangen met elkaar zijn verzoend, en er voldoende waarborgen tegen misbruik zijn. Aangezien een concrete individuele motivering feitelijk ontbreekt en in plaats daarvan gebruik is gemaakt van een vooraf opgestelde tekst in algemene bewoordingen, rijst twijfel over de vraag of de bijzondere strafrechter die in casu de machtigingen heeft verleend hoegenaamd een toetsing volgens deze maatstaven heeft verricht.
- 18 Artikel 5, lid 1, van de richtlijn voorziet in het beginsel van het vertrouwelijk karakter van de communicatie via openbare elektronische-communicatiediensten. Artikel 15, lid 1, van de richtlijn voorziet in een uitzondering op dit beginsel. Derhalve is artikel 52 van het Handvest hier van toepassing, met inbegrip van het daarin vervatte vereiste dat beperkingen van de grondrechten krachtens de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest de wezenlijke inhoud daarvan eerbiedigen. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat deze wezenlijke inhoud wordt geëerbiedigd wanneer alleen verkeersgegevens, zonder het vrijgeven van de inhoud, worden getraceerd. In het onderhavige geval raakt de machtiging tot het aftappen van telefoongesprekken aan de kern van de in de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest neergelegde grondrechten. Dit houdt in dat aan de motivering van de rechterlijke machtiging tot het aftappen en opnemen van elektronische communicatie nog hogere eisen worden gesteld, zodat in die motivering de noodzaak en de evenredigheid van deze maatregel in het specifieke geval duidelijk naar voren dienen te komen.
- 19 Overeenkomstig artikel 47 van het Handvest heeft eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Een van de uitingsvormen van deze bescherming is de toetsing door de strafrechter van de procedurele geldigheid van de rechterlijke machtiging tot het aftappen, opnemen en opslaan van de telefoongesprekken van verdachten (in casu de aangeklaagden in het hoofdgeding). Deze toetsing kan echter niet plaatsvinden wanneer de rechterlijke machtiging geen enkele concrete verwijzing naar het individuele geval bevat. De aangezochte rechter zal namelijk zijn eigen eerste beoordeling van het verzoek tot aftapping uitvoeren aan de hand van het bewijsmateriaal dat beschikbaar was op het tijdstip van het verzoek. Hij zal daarin de motivering van de bijzondere strafrechter die de machtiging heeft verleend niet kunnen volgen, aangezien deze motivering algemeen van aard is, en enkel wetteksten aanhaalt, met de vermelding dat deze zijn nageleefd. Uit de motivering blijkt niet of er aanvankelijk enigerlei toetsing is verricht, en zo ja, welke redenen bepalend waren om aan te nemen dat

de maatregelen van het aftappen, opnemen en opslaan van de telefoongesprekken van de verdachten passend, redelijk en noodzakelijk waren.

- 20 Volgens overweging 11, derde volzin, van de richtlijn moet bij het aftappen van de gesprekken van de verdachten het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”), zoals geïnterpreteerd in de uitspraken van het Europees Hof voor de rechten van de mens (hierna: „EHRM”), in acht worden genomen. In dit verband heeft het EHRM in de zaak *Dragojevic/Kroatië* (68955/11) geoordeeld dat het ontbreken van een duidelijke en concrete motivering in de rechterlijke machtiging tot het aftappen van de telefoongesprekken een schending van artikel 8 EVRM inhoudt.

Tweede vraag

- 21 De tweede vraag ziet op de regeling betreffende de bewijskracht van onregelmatig verkregen bewijs. Dit wordt uitsluitend door de nationale wetgeving geregeld. Het Hof heeft echter geoordeeld dat kan worden voorzien in andere mogelijkheden van rechtsbescherming dan uitsluiting van bewijs. Met name is bewijsuitsluiting alleen dwingend wanneer de verdediging „niet in de gelegenheid is om doeltreffend commentaar te leveren op een bewijsmiddel dat betrekking heeft op een gebied waarvan de rechters geen kennis hebben en dat een doorslaggevende invloed kan hebben op de beoordeling van de feiten” (arrest van 2 maart 2021, *Prokuratuur*, C-746/18, EU:C:2021:152, punt 44, en 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, punten 226 en 227). De verwijzende rechter heeft behoefte aan nadere verduidelijking van dit vereiste en met name van de vraag of het toegestaan is dat de verwijzende rechter als rechter die ten gronde kennisneemt van de zaak, na de betrokkenen, waaronder de verdediging, te hebben gehoord, zelf de toetsing verricht die de bijzondere strafrechter had moeten verrichten, toen hij de algemene en niet-gemotiveerde toestemming verleende? Daarna zou de rechter ten gronde, afhankelijk van de uitkomst van de toetsing, moeten beslissen of het bewijs dat is verkregen door het aftappen van de telefoongesprekken van de verdachten, moet worden toegelaten of niet.
- 22 Het Hof heeft als beletsel hiervoor genoemd de noodzakelijkheid van de „kennis die de rechter niet heeft”. Aangezien het in casu om een zuiver juridisch probleem gaat, beschikt de rechter over de nodige juridische kennis. Daarbij kan volgens de nationale wetgeving alleen de president van de speciale strafrechtbank (en de door hem gemachtigde vicepresidenten) machtiging verlenen tot het aftappen, opnemen en opslaan van telefoongesprekken. De verwijzende rechter is naar nationaal recht niet bevoegd om deze machtiging te verlenen en kan dus ook niet toetsen of deze op het tijdstip van verlening voldeed aan de hieraan gestelde wettelijke vereisten. Vormt een nationale rechtsregel die een exclusieve bevoegdheid toekent aan een andere autoriteit dan de kennismemende rechter, aldus beschouwd, „kennis die de rechter niet heeft”?

- 23 De mogelijkheid voor de verwijzende rechter om de gronden aan te voeren waaruit de rechtmatigheid van de aftapping, de opname en de opslag van de telefoongesprekken van de verdachten moet blijken, moet worden gezien in het licht van de overwegingen van het Hof in het arrest van 2 maart 2021, Prokuratuur, C-746/18, EU:C:2021:152, punt 58, waarin wordt gesteld dat het ontbreken van de aanvankelijke controle niet kan worden verholpen aan de hand van een later verrichte toetsing. Het onderhavige hoofdgeding verschilt echter van dat in zaak C-746/18, aangezien in casu de machtiging door de bevoegde autoriteit is verleend, maar niet naar behoren is gemotiveerd. De vraag blijft dus of de ontbrekende motivering niet kan worden verholpen door de verwijzende rechter na de betrokken partijen, waaronder de verdediging, te hebben gehoord.
- 24 Het Hof heeft geoordeeld dat een schending van het vertrouwelijke karakter van de communicatie op zich volstaat; het is niet relevant of de bewaarde gegevens vervolgens al dan niet worden gebruikt (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 116). Bijgevolg staat het mogelijke gebruik van de informatie los van de schending die zich reeds heeft voorgedaan. In het bijzonder kan het verbod om deze informatie te gebruiken de schending van de vertrouwelijkheid die zich reeds heeft voorgedaan, niet verhelpen. Het recht van de Unie waarborgt echter niet alleen – door middel van richtlijn 2002/58 – het vertrouwelijke karakter van de communicatie, maar ook de bestrijding van straffeloosheid. Daarom mag de schending van het ene rechtsbelang niet leiden tot een schending van het andere rechtsbelang.
- 25 Om deze redenen rijst in de tweede plaats de vraag of, indien het nationale recht aldus kan worden uitgelegd dat het ontbreken van motivering van de machtiging tot het aftappen, opnemen en opslaan van de telefoongesprekken van de verdachten geen belemmering vormt voor de toelaatbaarheid van de opnamen als bewijs in de strafprocedure tegen de betrokkenen, het Unierecht wel een dergelijke belemmering vormt.