



Datum van
inontvangstneming

:

24/12/2021

Zaak C-548/21

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:

6 september 2021

Verwijzende rechter:

Landesverwaltungsgericht Tirol (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

1 september 2021

Verzoekende partij:

C.G.

Verwerende partij:

Bezirkshauptmannschaft Landeck

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroep tegen de inbeslagname van een mobiele telefoon en de daarna beoogde analyse van de gegevens door politiediensten

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1) Moet artikel 15, lid 1 (eventueel gelezen in samenhang met artikel 5), van richtlijn 2002/58, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG, in het licht van de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten, aldus worden uitgelegd dat de toegang van overheidsinstanties tot de op mobiele telefoons opgeslagen gegevens op dermate ernstige wijze inbreuk maakt op de door die artikelen van het Handvest gewaarborgde grondrechten dat die toegang op het gebied van het

voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten moet worden beperkt tot de bestrijding van zware criminaliteit?

2) Moet artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136, in het licht van de artikelen 7, 8 en 11 alsook artikel 52, lid 1, van het Handvest van de grondrechten, aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling als § 18 juncto § 99, lid 1, van de Strafprozessordnung [(wetboek van strafvordering; hierna: „StPO”)], op grond waarvan veiligheidsdiensten zichzelf in het kader van een strafrechtelijk onderzoek zonder toestemming van een rechterlijke instantie of onafhankelijk bestuursorgaan volledige en ongecontroleerde toegang kunnen verschaffen tot alle op een mobiele telefoon opgeslagen digitale gegevens?

3) Moet artikel 47 van het Handvest van de grondrechten, eventueel gelezen in samenhang met de artikelen 41 en 52 van het Handvest, vanuit het oogpunt van het beginsel van wapengelijkheid (*equality of arms*) en een doeltreffende voorziening in rechte aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die, zoals § 18 juncto § 99, lid 1, StPO, toestaat dat een mobiele telefoon digitaal wordt uitgelezen zonder dat de betrokkene daarvan vooraf of op zijn minst na de toepassing van de maatregel in kennis wordt gesteld?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

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, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG, met name de artikelen 5 en 15

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), met name de artikelen 7, 8, 15, 41, 47 en 52

Aangevoerde nationale bepalingen

Strafprozessordnung 1975 (wetboek van strafvordering; hierna: „StPO”), in de versie die gold ten tijde van het delict (BGBl I, nr. 24/2020), met name §§ 17, 18, 91, 99, 109 tot en met 111 en 113

Bundesgesetz über Suchtgifte, psychotrope Stoffe und Drogenausgangsstoffe (federale wet inzake verdovende middelen, psychotrope stoffen en drugsprecursoren; hierna: „SMG”), in de versie die gold ten tijde van het delict (BGBl I, nr. 23/2016), met name § 27

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure

Verzoeker heeft de Duitse nationaliteit. Hij werkt voor een Oostenrijks bedrijf en woont in St. Anton am Arlberg.

Op 23 februari 2021 namen ambtenaren van het douanekantoor Innsbruck bij een drugscontrole een aan verzoeker geadresseerd pakket in beslag. Het bevatte 85 gram cannabis.

Op 6 maart 2021 verhoorden twee politieagenten van het politiebureau van St. Anton am Arlberg verzoeker over de afzender van het drugspakket en doorzochten zij zijn woning.

Verzoeker werd verzocht om toegang te verlenen tot de verkeersgegevens van zijn mobiele telefoon. Hij weigerde dit uitdrukkelijk en wilde ook de toegangscode niet meedelen. De mobiele telefoon werd in beslag genomen.

Voor de genomen maatregelen bestond er geen bevel van het openbaar ministerie, noch een rechterlijke beschikking.

Het Bezirkspolizeikommando Landeck (regionale politie Landeck) slaagde er niet in om de mobiele telefoon te ontgrendelen. Daarom werd deze aan het Bundeskriminalamt (federale recherche) in Wenen gezonden. Daar werd nogmaals geprobeerd om de telefoon te ontgrendelen en de daarop opgeslagen gegevens uit te lezen.

Bij schriftuur van 31 maart 2021 maakte verzoeker bezwaar tegen de inbeslagname.

De mobiele telefoon werd hem op 20 april 2021 teruggezonden.

Verzoeker werd op geen enkel tijdstip ervan in kennis gesteld dat de politie had geprobeerd de mobiele telefoon te analyseren of uit te lezen. Dit feit kwam enkel aan het licht doordat de politieagent die de telefoon in beslag had genomen en daarna met de digitale analyse was begonnen, als getuige onder ede is verhoord. In het strafdossier is evenmin een aantekening gemaakt van het feit dat gepoogd werd de gegevens te analyseren.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

Hoewel § 110, lid 2, StPO bepaalt dat een inbeslagname in beginsel door het openbaar ministerie moet worden gelast en door de gerechtelijke politie moet worden uitgevoerd, mogen volgens § 110, lid 3, StPO politieagenten ook op eigen initiatief tot inbeslagname overgaan.

In casu staat de wet er niet aan in de weg dat de recherche – zonder opdracht van het openbaar ministerie of het gerecht – heeft geprobeerd om de in beslag genomen mobiele telefoon te analyseren.

In de StPO is duidelijk bepaald in welke gevallen en door wie voorwerpen in beslag mogen worden genomen, bijvoorbeeld om een reservekopie van op gegevensdragers opgeslagen informatie te maken of om in beslag genomen

voorwerpen te bewaren. De analyse van in beslag genomen voorwerpen, met name van de op gegevensdragers opgeslagen informatie, is daarentegen niet uitputtend geregeld.

a) Eerste prejudiciële vraag:

De bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) heeft vooral betrekking op de toegang van overheidsinstanties tot de door de aanbieders van communicatiediensten bewaarde persoonsgegevens (verkeers- en locatiegegevens). Volgens de verwijzende rechter vertoont deze rechtspraak evenwel een aantal gelijkenissen met de in casu aan de orde zijnde rechtsvragen.

In de zaak *Ministerio Fiscal*, die heeft geleid tot het arrest van 2 oktober 2018 (C-207/16, EU:C:2018:788, punt 52 e.v.), heeft het Hof zich reeds gebogen over de vraag of communicatiegegevens (in dat geval echter in de vorm van verkeers- en locatiegegevens) bijzondere bescherming verdienen, en gepreciseerd welke elementen in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of delicten waarvoor politiediensten in het kader van een onderzoek toegang kan worden verleend tot persoonsgegevens die door aanbieders van elektronischecommunicatiediensten worden bewaard, voldoende ernstig zijn om de inmenging te rechtvaardigen die een dergelijke toegang betekent in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest gewaarborgde grondrechten, zoals deze door het Hof worden uitgelegd in zijn arresten van 8 april 2014, *Digital Rights Ireland e.a.* (C-293/12 en C-594/12, EU:C:2014:238), en 21 december 2016, *Tele2 Sverige en* ████████ *e.a.* (C-203/15 en C-698/15, EU:C:2016:970).

In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat op het gebied van het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten alleen de bestrijding van zware criminaliteit kan rechtvaardigen dat overheidsinstanties toegang krijgen tot door aanbieders van communicatiediensten bewaarde persoonsgegevens waaruit, in hun geheel beschouwd, precieze conclusies kunnen worden getrokken over het privéleven van de betrokken personen (punt 54).

Het Hof heeft deze uitlegging echter gemotiveerd met de overweging dat de met een dergelijke toegangsregeling nagestreefde doelstelling in verhouding moet staan tot de ernst van de inmenging in de betreffende grondrechten die deze ingreep met zich meebrengt (punt 55), aangezien het evenredigheidsbeginsel impliceert dat op het gebied van het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten ernstige inmenging slechts kan worden gerechtvaardigd door de doelstelling om – eveneens „ernstige” – criminaliteit te bestrijden (punt 56).

Is de inmenging waartoe een dergelijke toegang leidt daarentegen niet ernstig, dan kan die toegang worden gerechtvaardigd door de doelstelling van het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van „strafbare feiten” in het algemeen (punt 57). Derhalve moet allereerst worden uitgemaakt of in casu, gelet op de omstandigheden van de onderhavige zaak, de inmenging in de door de artikelen 7

en 8 van het Handvest gewaarborgde grondrechten die zou voortvloeien uit het feit dat aan de recherche toegang wordt verleend tot de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gegevens, als „ernstig” moet worden beschouwd (punt 58).

Voorts heeft het Hof geoordeeld dat er geen sprake is van een „ernstige” inmenging in de grondrechten van de betrokken personen wanneer door aanbieders van elektronischecommunicatiediensten bewaarde persoonsgegevens die uitsluitend strekken tot het identificeren van de houders van simkaarten die in een periode van twaalf dagen met het IMEI-nummer van de gestolen mobiele telefoon zijn geactiveerd, worden geanalyseerd en deze analyse enkel tot doel heeft toegang te verkrijgen tot de met die simkaarten corresponderende telefoonnummers en tot de identiteitsgegevens van de houders van die kaarten, zoals hun naam, hun voornaam en in voorkomend geval hun adres (punt 61).

Deze kwalificatie als niet-ernstige inmenging was echter gebaseerd op de aanname dat het met die gegevens niet mogelijk was om de datum, het tijdstip, de duur of de ontvangers van de met de simkaart(en) in kwestie verrichte oproepen te achterhalen, noch om te achterhalen waar deze communicatie heeft plaatsgevonden of hoe vaak in een gegeven periode met bepaalde personen is gecommuniceerd. Uit die gegevens kunnen dus geen nauwkeurige conclusies over het privéleven van de betrokken personen worden getrokken (punt 60).

In casu betekent de analyse van een mobiele telefoon echter de compleet ongecontroleerde toegang tot de volledige digitale communicatie van de betrokkene. Met de aldus verkregen informatie kan een zeer gedetailleerd en diepgaand beeld van bijna alle gebieden van de persoonlijke levenssfeer worden gereconstrueerd (wat de verkeersgegevens betreft, kunnen bijna alle contacten worden gereconstrueerd qua frequentie, tijdstip en duur van de communicatie, en wat de communicatie via sms en andere messengerdiensten betreft kan tevens de inhoud ervan worden gereconstrueerd; ook de analyse van opgeslagen foto's en de browsergeschiedenis geeft een zeer intiem inzicht in het privéleven van de betrokkene).

Bovendien lijkt het relevant dat § 27, lid 1, SMG op het strafbare feit dat verzoeker in het strafrechtelijk onderzoek ten laste wordt gelegd, een gevangenisstraf van maximaal één jaar stelt en dat dit strafbare feit volgens de onderverdeling in § 17 van het Strafgesetzbuch (wetboek van strafrecht) slechts een overtreding is.

b) Tweede prejudiciële vraag:

Zoals het Hof in het arrest (Grote kamer) van 2 maart 2021 in de zaak C-746/18 reeds heeft geoordeeld, staat het aan het nationale recht om de voorwaarden vast te stellen waaronder de aanbieders van elektronischecommunicatiediensten de bevoegde nationale instanties toegang moeten verlenen tot de gegevens waarover zij beschikken. Om aan het evenredigheidsvereiste te voldoen, dient een dergelijke regeling evenwel duidelijke en nauwkeurige regels te bevatten die de reikwijdte

en de toepassing van de maatregel in kwestie vastleggen en minimumvereisten opleggen, zodat degenen van wie de persoonsgegevens in het geding zijn, over voldoende waarborgen beschikken dat die gegevens doeltreffend worden beschermd tegen het risico op misbruik. Die regeling moet verbindend zijn naar nationaal recht en in het bijzonder aangeven in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden een maatregel die voorziet in de verwerking van dergelijke gegevens kan worden genomen, teneinde te waarborgen dat de inmenging tot het strikt noodzakelijke wordt beperkt (punt 48).

Met name mag een nationale regeling die de toegang van de bevoegde instanties tot bewaarde verkeers- en locatiegegevens regelt, en die is vastgesteld op grond van artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58, zich er niet toe beperken te eisen dat de instanties toegang tot de gegevens wordt verleend voor het doel dat met die regeling wordt nagestreefd, maar moet zij ook de materiële en procedurele voorwaarden voor dit gebruik bepalen (punt 49).

Aangezien een algemene toegang tot alle bewaarde gegevens los van enig – zelfs ook maar indirect – verband met het nagestreefde doel niet kan worden geacht tot het strikt noodzakelijke te zijn beperkt, moet de betrokken nationale regeling dus aan de hand van objectieve criteria bepalen in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden aan de bevoegde nationale instanties toegang tot de bewuste gegevens moet worden verleend. In dit verband kan in beginsel voor het doel van bestrijding van de criminaliteit slechts toegang worden verleend tot de gegevens van personen die ervan worden verdacht een ernstig misdrijf te plannen, te plegen of te hebben gepleegd of op de een of andere wijze betrokken te zijn bij een dergelijk misdrijf. In bijzondere situaties, zoals die waarin vitale belangen van nationale veiligheid, landsverdediging of openbare veiligheid door terroristische activiteiten worden bedreigd, zou echter ook toegang tot de gegevens van andere personen kunnen worden verleend wanneer op grond van objectieve elementen kan worden geoordeeld dat deze gegevens in het concrete geval een daadwerkelijke bijdrage tot de bestrijding van dergelijke activiteiten zouden kunnen leveren (punt 50).

Om te waarborgen dat deze voorwaarden in de praktijk ten volle in acht worden genomen, is het van wezenlijk belang dat de toegang van de bevoegde nationale instanties tot de bewaarde gegevens wordt onderworpen aan een voorafgaande toetsing door een rechterlijke instantie of door een onafhankelijke bestuurlijke entiteit, en dat deze rechterlijke instantie of deze entiteit haar beslissing geeft op een met redenen omkleed verzoek van de bevoegde nationale instanties dat met name wordt ingediend in het kader van procedures ter voorkoming, opsporing of vervolging van strafbare feiten. In naar behoren gemotiveerde urgente gevallen dient die toetsing op korte termijn plaats te vinden (punt 51).

Die voorafgaande toetsing vereist onder meer, zoals de advocaat-generaal in wezen heeft opgemerkt in punt 105 van zijn conclusie in zaak C-746/18, dat de rechterlijke instantie of de entiteit die belast is met die toetsing, over alle bevoegdheden beschikt en alle noodzakelijke waarborgen biedt om ervoor te

zorgen dat de verschillende in het geding zijnde belangen en rechten met elkaar in overeenstemming worden gebracht. In het geval van een strafrechtelijk onderzoek vereist een dergelijke toetsing dat die rechterlijke instantie of entiteit in staat is een juist evenwicht tot stand te brengen tussen de belangen die verband houden met de behoeften van het onderzoek in het kader van de bestrijding van criminaliteit, enerzijds, en de fundamentele rechten op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op bescherming van de persoonsgegevens van de personen op wier gegevens de toegang betrekking heeft, anderzijds (punt 52).

Wanneer een dergelijke toetsing niet door een rechterlijke instantie maar door een onafhankelijke bestuurlijke entiteit wordt uitgeoefend, moet deze laatste een zodanige status hebben dat zij bij de uitoefening van haar taken objectief en onpartijdig kan handelen, en moet zij daartoe vrij zijn van elke invloed van buitenaf (punt 53).

Uit de voorgaande overwegingen volgt dat het in punt 51 van het arrest in zaak C-746/18 vermelde vereiste dat de met de voorafgaande toetsing belaste instantie onafhankelijk is, impliceert dat deze instantie de hoedanigheid van derde moet hebben ten opzichte van de instantie die om toegang tot de gegevens verzoekt, zodat eerstgenoemde instantie de toetsing objectief en onpartijdig kan verrichten zonder enige beïnvloeding van buitenaf. Op strafrechtelijk gebied impliceert het vereiste van onafhankelijkheid met name – zoals de advocaat-generaal in punt 126 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt – dat de met die voorafgaande toetsing belaste instantie niet betrokken mag zijn bij de uitvoering van het strafrechtelijk onderzoek in kwestie en bovendien neutraal moet zijn ten opzichte van de partijen in de strafprocedure (punt 54).

Deze rechtspraak van het Hof ten aanzien van verkeers- en locatiegegevens leidt met betrekking tot de op een mobiele telefoon opgeslagen persoonsgegevens tot de volgende vraag:

c) Derde prejudiciële vraag:

Volgens de StPO is de politie bij recherchehandelingen niet verplicht om de digitale analyse van een mobiele telefoon schriftelijk te documenteren, een bevestiging van de ambtshandeling af te geven of de betrokkene anderszins – bijvoorbeeld door inzage van het dossier – de mogelijkheid te geven om te vernemen dat de gegevens van zijn mobiele telefoon werden geanalyseerd. Door dit gebrek aan informatie wordt de betrokkenen hun belangrijkste rechten in de procedure ontnomen. Een beoogde analyse kan dus niet door middel van een preventieve voorziening worden voorkomen. De betrokkenen worden echter ook niet in de gelegenheid gesteld om zich op enige vorm van rechtsbescherming ter controle te beroepen.

In het kader van de lopende gerechtelijke procedure werd de Bezirkshauptmannschaft Landeck (districtsbestuur Landeck, Oostenrijk) als verwerende instantie bij beschikking van 1 april 2021 gelast om het hele dossier

en alle daarop betrekking hebbende stukken aan het Landesverwaltungsgericht Tirol (bestuursrechter in eerste aanleg van de deelstaat Tirol, Oostenrijk) over te leggen. Aan deze beschikking heeft het districtsbestuur Landeck weliswaar gevolg gegeven, maar van de (beoogde) digitale analyse van verzoekers mobiele telefoon is nooit een aantekening gemaakt. Verzoeker en de aangezochte rechter kregen pas kennis van dit feit door de verklaringen van een als getuige onder ede verhoorde politieagent tijdens de openbare terechtzitting voor het Landesverwaltungsgericht.

Derhalve rijzen er ernstige bezwaren tegen § 18 juncto § 99, lid 1, StPO, vooral ook met het oog op een eerlijke behandeling, die door het beginsel van wapengelijkheid in de zin van artikel 47 van het Handvest wordt gewaarborgd. Aangezien geen proces-verbaal van de ambtshandeling is opgemaakt en deze ook niet op een andere wijze is gedocumenteerd, zijn er geen vaststaande feiten waarop een betrokkene zijn beroep kan baseren. Dit lijkt echter niet verenigbaar met het beginsel van wapengelijkheid (*equality of arms*).

Voorts moeten krachtens artikel 52, lid 1, van het Handvest alle beperkingen op de uitoefening van de in het Handvest erkende rechten en vrijheden bij wet worden gesteld en moeten die beperkingen de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld die noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Volgens de rechtspraak van het Hof staat het aan de nationale rechter om de omstandigheden die betrekking hebben op de vaststelling en uitvoering van een beperkende regeling, in hun geheel te beoordelen op basis van het door de bevoegde autoriteiten van de lidstaat aangevoerde bewijs dat er doelstellingen bestaan die een belemmering van een door het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheid kunnen rechtvaardigen, alsmede dat deze belemmering evenredig is (arrest van 28 februari 2018, Sporting Odds, C-3/17, EU:C:2018:130, punt 53, onder verwijzing naar het arrest van 14 juni 2017, Online Games e.a., C-685/15, EU:C:2017:452, punt 65).

Deze handelwijze is twijfelachtig omdat uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat de vereisten die voortvloeien uit de bescherming van in de communautaire rechtsorde erkende algemene beginselen, waaronder de grondrechten, de lidstaten ook binden wanneer zij gemeenschapsregelingen uitvoeren, zodat zij gehouden zijn om deze regelingen zoveel mogelijk toe te passen in overeenstemming met die vereisten (zie arresten van 27 juni 2006, Parlement/Raad, C-540/03, EU:C:2006:429; 24 maart 1994, ██████████ C-2/92, EU:C:1994:116, punt 16; 18 mei 2000, ██████████ C-107/97, EU:C:2000:253, punt 65, en in die zin ook arrest van 18 juni 1991, ERT, C-260/89, EU:C:1991:254, punt 43).

Volgens artikel 47 van het Handvest („Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht”) heeft eenieder wiens door het Unierecht gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, het recht op een

doeltreffende voorziening in rechte. Dit recht gaat gepaard met de in artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU neergelegde verplichting voor de lidstaten om te voorzien in de nodige rechtsmiddelen om effectieve rechterlijke bescherming op de onder het Unierecht vallende gebieden te waarborgen (arrest van 16 mei 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373, punt 44).

Een beperking van dat recht is volgens artikel 52, lid 1, van het Handvest weliswaar mogelijk, maar is alleen gerechtvaardigd indien zij bij wet is gesteld, de wezenlijke inhoud van bedoeld recht eerbiedigt en – met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel – zowel noodzakelijk is als daadwerkelijk beantwoordt aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (zie arrest van 20 september 2017, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, C-664/15, EU:C:2017:987, punt 90, onder verwijzing naar het arrest van 27 september 2017, ██████████ C-73/16, EU:C:2017:725, punten 61-71).