



Datum van
inontvangstneming

:

02/12/2022

Zaak C-670/22

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:

24 oktober 2022

Verwijzende rechter:

Landgericht Berlin (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

19 oktober 2022

Strafvervolgingsautoriteit:

Staatsanwaltschaft Berlin

Verdachte:

M.N.

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Justitiële samenwerking in strafzaken – Richtlijn 2014/41/EU – Europees opsporingsbevel in strafzaken – Begrip „uitvaardigende autoriteit” – Geheime interceptie van verkeers- en locatiegegevens van een aanbieder van communicatiediensten op internet – Mobiele telefoons met encryptiesoftware – Verboden handel in verdovende middelen in niet geringe hoeveelheden – Toelating van bewijsmiddelen in het strafproces

Voorwerp en rechtsgrondslag van de verwijzing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. Uitlegging van het begrip „uitvaardigende autoriteit” in de zin van artikel 6, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 2, onder c), van richtlijn 2014/41

- a) Moet een Europees opsporingsbevel (hierna: „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 nationale 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 ten einde de onttrokken gegevens vervolgens ter fine van strafvervolgning ter beschikking te stellen van de onderzoeksautoriteiten in de uitvaardigende staat die in de gegevens zijn geïnteresseerd?
 - c) Moet een EOB ter verkrijging van bewijsmiddelen ongeacht de nationale bevoegdheidsregels van de uitvaardigende staat steeds worden uitgevaardigd door een rechter (of een onafhankelijke instantie die niet met strafrechtelijk onderzoek is belast), wanneer de maatregel ernstige inmengingen in belangrijke grondrechten betreft?
2. Uitlegging van artikel 6, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/41
- a) Staat artikel 6, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/41 in de weg aan een EOB ter fine van overdracht van reeds in de uitvoerende staat (Frankrijk) aanwezige gegevens die afkomstig zijn uit een 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 communicatieaansluiting, 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 concrete aanwijzingen bestonden dat deze individuele gebruikers ernstige strafbare feiten pleegden?
 - b) Staat artikel 6, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/41 aan een dergelijk EOB in de weg, wanneer de integriteit van de door 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 richtlijn 2014/41
- a) Staat artikel 6, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/41 in de weg aan een EOB ter fine van overdracht van reeds in de uitvoerende staat (Frankrijk) aanwezige telecommunicatiegegevens, wanneer de interceptiemaatregel van de uitvoerende staat die aan het verkrijgen van de gegevens ten grondslag ligt naar het recht van de

uitvaardigende staat (Duitsland) in een vergelijkbare nationale zaak ongeoorloofd 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 richtlijn 2014/41
- a) Is een met de infiltratie van eindapparatuur verbonden maatregel ter onttrekking van verkeers-, locatie- en communicatiegegevens van een op het internet gebaseerde communicatiedienst een interceptie van telecommunicatie in de zin van artikel 31 van richtlijn 2014/41?
 - b) Moet de kennisgeving overeenkomstig artikel 31, lid 1, van richtlijn 2014/41 altijd worden gericht aan een rechter, of geldt dit tenminste wanneer de door de interceperende staat (Frankrijk) voorgenomen maatregel volgens het recht van de in kennis gestelde staat (Duitsland) in een vergelijkbare nationale zaak slechts door een rechter zou kunnen worden bevolen?
 - c) Voor zover artikel 31 van richtlijn 2014/41 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 (Duitsland) en is deze doelstelling in voorkomend geval gelijkwaardig met de ruimere doelstelling om de soevereiniteit van de in kennis gestelde lidstaat te beschermen?
5. Rechtsgevolgen van het verkrijgen van bewijs dat in strijd is met het Unierecht
- a) Kan, in geval bewijs wordt verkregen door een EOB dat strijdig is met het Unierecht, de uitsluiting van dit bewijs rechtstreeks voortvloeien uit het Unierechtelijk doeltreffendheidsbeginsel?
 - b) Leidt, in geval bewijs wordt verkregen door een EOB dat strijdig is met het Unierecht, het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel tot bewijsuitsluiting, wanneer de aan de bewijsverkrijging in de uitvoerende staat ten grondslag liggende maatregel in een vergelijkbare nationale zaak in de uitvaardigende staat niet had mogen worden bevolen en de op grond van een dergelijke onrechtmatige nationale maatregel verkregen bewijzen volgens het recht van de uitvaardigende staat niet zouden kunnen worden gebruikt?
 - c) Is het strijdig met het Unierecht, en in het bijzonder met het doeltreffendheidsbeginsel, wanneer het strafvorderlijk gebruik van bewijsmiddelen die juist vanwege het ontbreken van een verdenking in

strijd met Unierecht zijn verkregen, in het kader van een belangenafweging met de ernst van de feiten die voor het eerst aan het licht zijn gekomen door de beoordeling van de bewijzen, wordt gerechtvaardigd?

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

Aangehaalde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2014/41/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken (hierna: „richtlijn 2014/41”), in het bijzonder artikel 6, lid 1, juncto artikel 2, onder c), en artikel 31, leden 1 en 3

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), artikelen 7, 8 en 11

Aangehaalde bepalingen van nationaal recht

Strafprozessordnung (Duits wetboek van strafvordering; hierna: „StPO”), in het bijzonder §§ 100a, 100b en 100e

Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Duitse wet inzake internationale rechtshulp in strafzaken; hierna: „IRG”), § 91g

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 De Franse onderzoeksautoriteiten hebben vanaf 2017 vastgesteld dat verdachten bij het plegen van strafbare feiten, hoofdzakelijk op het gebied van verdovende middelen, gebruikt maakten van mobiele cryptotelefoons van de aanbieder „EncroChat”. Met deze mobiele telefoons, die waren uitgerust met speciale veiligheidscomponenten, kon via een server in Roubaix (Frankrijk) worden gecommuniceerd, waarbij de communicatie van begin tot eind (end-to-end) werd versleuteld, zodat deze niet met gebruikelijke onderzoeksmethoden kon worden geïntercepteerd.
- 2 De Franse politie is er in 2018 en 2019 met rechterlijke toestemming in geslaagd images van de servergegevens veilig te stellen. Op grond van de daaruit verkregen inzichten werd in het kader van een internationaal onderzoeksteam (joint investigation team; hierna: „JIT”) een Trojaans paard ontwikkeld, dat met

toestemming van de strafrechter in Lille (Frankrijk) in het voorjaar van 2020 op de server in Roubaix geüpload en vandaaruit via een gesimuleerde update op de eindapparaten geïnstalleerd werd. In totaal betrof de maatregel gebruikers in 122 landen, van wie 380 in Frankrijk en ongeveer 4 600 in Duitsland.

- 3 Tussen 1 april 2020 en 28 juni 2020 hebben de Franse autoriteiten dankzij het Trojaanse paard de IMEI-nummers van de in de betreffende staten vastgestelde eindapparaten alsook locatie-, verkeers- en communicatiegegevens met inbegrip van de in de lopende chats verzonden teksten en foto's kunnen onderscheppen. Bovendien werden de apparaatgegevens inclusief de daarin nog niet gewiste chats van vóór 1 april 2020 uitgelezen. Technische details betreffende de werking van het Trojaanse paard alsook de opslag, koppeling en filtering van de gegevens door de Franse autoriteiten of Europol zijn niet bekend. De werking van het Trojaanse paard is in beginsel onderworpen aan de Franse militaire geheimhouding.
- 4 Voor zover de eindapparaten zich in het buitenland bevonden, zijn de onttrokken gegevens vanaf 3 april 2020 via een server van Europol ter beschikking gesteld van een aantal nationale onderzoeksautoriteiten, waaronder het Bundeskriminalamt (Duitse federale recherche; hierna: „BKA”).
- 5 Het BKA wist sinds 2018 dat in Duitsland EncroChat-telefoons werden gebruikt bij het plegen van ernstige strafbare feiten, met name op het gebied van verdovende middelen. Vanaf begin 2020 werden besprekingen gevoerd tussen het BKA en de Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main (parket-generaal Frankfurt am Main, Duitsland; hierna: „parket-generaal Frankfurt”) over mogelijke onderzoeksmaatregelen tegen de Duitse eindgebruikers.
- 6 In een videoconferentie van Eurojust op 9 maart 2020, waarin werd geïnformeerd over de door de Franse politie geplande interceptiemaatregel en de beoogde gegevensoverdracht aan de andere landen, gaven vertegenwoordigers van het BKA en het parket-generaal Frankfurt er blijk van geïnteresseerd te zijn in de gegevens van de Duitse gebruikers.
- 7 Op aansporing van het BKA in een brief van 13 maart 2020 om een onderzoek in te stellen tegen alle onbekende gebruikers van de EncroChat-dienst op verdenking van georganiseerde handel in verdovende middelen in niet geringe hoeveelheden en vorming van een criminele organisatie, is het parket-generaal Frankfurt op 20 maart 2020 hiernaar een opsporingsonderzoek tegen onbekende dader(s) (hierna: „onderzoek tegen NN”) gestart. Aanvankelijk zijn geen opsporingsmaatregelen ingesteld of bij de onderzoeksrechter aangevraagd.
- 8 Op 27 maart 2020 ontving het BKA via de Europese beveiligde netwerktoepassing voor informatie-uitwisseling SIENA een bericht van het JIT aan de politieke autoriteiten van de landen die in de EncroChat-gegevens geïnteresseerd waren, met het verzoek om schriftelijk te bevestigen dat zij op de hoogte waren gesteld van de methoden die voor het verzamelen van gegevens van

apparaten op hun grondgebied waren toegepast. Tegelijkertijd dienden zij te verzekeren dat de gegevens die aanvankelijk enkel voor beoordelingsdoeleinden waren verstrekt, alleen met toestemming van de JIT-landen voor lopende opsporingsonderzoeken zouden worden gebruikt. De Duitse autoriteiten hebben de in het bericht gevraagde toestemmingen en bevestigingen afgegeven. Een kennisgeving door de Franse autoriteiten overeenkomstig artikel 31, lid 1, van richtlijn 2014/41 en § 91g IRG heeft niet plaatsgevonden, waartegen van Duitse zijde ook geen bezwaar is gemaakt.

- 9 Tussen 3 april 2020 en 28 juni 2020 heeft het BKA de dagelijks op de Europol-server ter beschikking gestelde gegevens van de in Duitsland gebruikte eindapparaten geraadpleegd. Nadat de beoordeling van de gegevens had geleid tot een concrete verdenking tegen enkele gebruikers, verzocht het BKA het Franse openbaar ministerie bij brief van 13 mei 2020 om toestemming om nog tijdens de lopende maatregel, zo mogelijk zonder verwijzing naar het voorwerp van de Franse procedure en de aard van die maatregel, bij de onderzoeksrechter afzonderlijke besluiten tot identificatie te mogen aanvragen. Nadat die toestemming was verleend, heeft het parket-generaal Frankfurt vervolgens afzonderlijke rechterlijke besluiten tot het verzamelen van locatiegegevens en andere opsporingsmaatregelen aangevraagd en verkregen.
- 10 Op 2 juni 2020 heeft het parket-generaal Frankfurt de Franse autoriteiten in het kader van het onderzoek tegen NN middels EOB verzocht om toestemming te verlenen voor het onbeperkte gebruik van de EncroChat-gegevens in strafzaken. Als reden voor dit verzoek werd erop gewezen dat de verdenking bestond dat in Duitsland door tot dusver niet geïdentificeerde personen met behulp van EncroChat-telefoons tal van zeer ernstige strafbare feiten (met name invoer en handel in verdovende middelen in niet geringe hoeveelheden) werden gepleegd. Daarop heeft de strafrechter in Lille toestemming gegeven voor de overdracht en het gerechtelijk gebruik van de EncroChat-gegevens van de Duitse gebruikers. Daarop zijn op basis van twee aanvullende EOB's van 9 september 2020 en 2 juli 2021 aanvullende gegevens verstrekt.
- 11 Vervolgens heeft het parket-generaal Frankfurt onderzoeken tegen individuele gebruikers, onder wie verdachte in casu, uit het onderzoek tegen NN gesepareerd en aan lokale parketten doorgegeven.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 12 De Staatsanwaltschaft Berlin (openbaar ministerie Berlijn, Duitsland) legt de verdachte meervoudige verboden handel in en verboden bezit van verdovende middelen in niet geringe hoeveelheden in Duitsland ten laste. In het kader van deze handelsactiviteiten zou hij gebruik hebben gemaakt van de communicatiedienst „EncroChat” en zo via tekst- en fotoberichten hebben gecommuniceerd. De vermoedelijk door verdachte opgestelde of aan hem gestuurde tekst- en fotoberichten werden op grond van de maatregel ter interceptie

van telecommunicatie van de Franse autoriteiten in het kader van de daar ingestelde onderzoeken onderschept. De ten laste gelegde feiten berusten in wezen op deze berichten.

- 13 Met het verzoek om een prejudiciële beslissing wenst de verwijzende rechter te vernemen of de Duitse onderzoeksautoriteiten bij de verkrijging van de gegevens richtlijn 2014/41 hebben geschonden en, zo ja, of dit ertoe dient te leiden dat de gegevens worden uitgesloten als bewijs in de strafprocedure – met vrijspraak als gevolg –, dan wel op andere wijze in de uitspraak van de rechter dient door te werken.
- 14 Ten aanzien van de prejudiciële vragen wijst de verwijzende rechter op het volgende:
- 15 Wat betreft de vragen onder 1: In het nationale recht is de interceptie van telecommunicatie ten behoeve van strafvervolgning geregeld in §§ 100a e.v. StPO. Volgens § 100a, lid 1, eerste zin, StPO is het toegestaan om lopende communicatie te intercepteren. Verder is het toegestaan om door middel van de installatie van spyware op de eindapparaten lopende communicatie te intercepteren (§ 100a, lid 1, tweede zin, StPO), communicatieprocessen die op het tijdstip dat de interceptie wordt bevolen, ontstaan, reeds afgesloten en op het apparaat opgeslagen zijn, te registreren (§ 100a, lid 1, derde zin, StPO) en alle op het eindapparaat opgeslagen gegevens uit te lezen (§ 100b StPO). Al deze maatregelen vereisen de concrete verdenking van een der in § 100a, lid 2, en § 100b, lid 2, StPO limitatief opgesomde strafbare feiten. In § 100e, leden 1 en 2, StPO wordt bepaald dat de maatregelen enkel op aanvraag van het openbaar ministerie door de rechter mogen worden bevolen; daarbij mag overeenkomstig § 100e, lid 2, StPO juncto § 74a, lid 4, GVG (Gerichtsverfassungsgesetz; Duitse wet op de rechterlijke organisatie) de zogenaamde onlinedoorzoeking als bedoeld in artikel § 100b StPO enkel worden bevolen door een gespecialiseerde kamer van het Landgericht (regionale rechtbank) die geen strafzaken ter terechtzitting behandelt.
- 16 De Franse maatregel lijkt kennelijk op een combinatie van een onlinedoorzoeking in de zin van § 100b StPO en een of meer van de in § 100a, lid 1, StPO bedoelde maatregelen. Overeenkomstig § 100e, lid 2, StPO, zou dus het Landgericht bevoegd zijn geweest om deze maatregel te bevelen. Aangezien volgens de algemene Duitse regels een EOB waarin wordt verzocht om een interceptie van telecommunicatie in het buitenland, in het opsporingsonderzoek vóór indiening van de akte van beschuldiging kan worden uitgevaardigd door de zaakofficier van justitie, gaat het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) in zijn fundamentele besluit van 2 maart 2022 (5 StR 457/21, punt 47) daarentegen wat de uitvaardiging van het EOB ter fine van bewijsoverdracht betreft uit van de bevoegdheid van het parket-generaal Frankfurt dat met het onderzoek tegen NN is belast.

- 17 Met name in het licht van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) van 16 december 2021, Spetsializirana prokuratura (Verkeers- en locatiegegevens), C-724/19, EU:C:2021:1020, punten 32 e.v., vraagt de verwijzende rechter zich af of de uitvaardiging van de EOB’s van 2 juni 2020, 9 september 2020 en 2 juli 2021 met richtlijn 2014/41 verenigbaar is. Er zijn goede redenen om aan te nemen dat volgens artikel 6, lid 1, juncto artikel 2, onder c), van richtlijn 2014/41 een rechter (absoluut en relatief: het Landgericht Frankfurt am Main) bevoegd zou zijn geweest, wanneer men de aangehaalde rechtspraak toepast op het geval dat de uitvoerende staat de onderzoeksmaatregel reeds heeft uitgevoerd en de uitvaardigende staat met het EOB verzoekt om de aldus verkregen gegevens over te dragen of toestemming te verlenen voor het rechterlijk gebruik ervan. Voor de bevoegdheid van een rechter pleiten in het bijzonder de bewoordingen van artikel 2, onder c), i) en ii), en de in artikel 6, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 2014/41 genoemde onderzoeksstappen.
- 18 Verder waren de later bij EOB opgevraagde gegevens uitsluitend afkomstig van gebruikers op het grondgebied van de uitvaardigende staat (Duitsland). De uitvoerende staat (Frankrijk) had deze van meet af aan slechts verzameld en opgeslagen met het oog op de overdracht ervan aan de uitvaardigende staat ten behoeve van de strafvervolging aldaar. De Duitse strafvervolgingsautoriteiten waren vóór het begin van de interceptiemaatregel op de hoogte. Door de akkoordverklaring en de toezeggingen in het antwoord op het SIENA-bericht van 27 maart 2020, zonder welke de gegevens niet doorlopend op de Europol-server ter beschikking zouden zijn gesteld, onderschreven zij de maatregel. Met het oog hierop, zou het voor de Duitse autoriteiten voor de hand hebben gelegen om de Franse autoriteiten reeds vóór het begin van de maatregel bij EOB met de uitvoering van de maatregel tegen de Duitse gebruikers te belasten. Subsidiair zouden de Franse autoriteiten verplicht zijn geweest tot kennisgeving overeenkomstig artikel 31 van richtlijn 2014/41, hetgeen in Duitsland overeenkomstig artikel 31, lid 3, van richtlijn 2014/41 en § 91g, lid 6, IRG eveneens zou hebben geleid tot voorafgaande rechterlijke toetsing van de maatregel.
- 19 Aangezien richtlijn 2014/41 ook bedoeld is om nationale minimumnormen te waarborgen, lijkt het geboden om een EOB ter fine van de overdracht van gegevens te onderwerpen aan dezelfde bevoegdheidsregels als die welke van toepassing zouden zijn geweest op een EOB ter fine van de uitvoering van de interceptie. Dit geldt in het bijzonder voor het EOB van 2 juni 2020, toen de interceptie nog gaande was. Het feit dat de maatregel in Frankrijk was bevolen door een rechter, heeft de beslissing van de Duitse rechter niet overbodig gemaakt [zie, wat betreft de rechterlijke erkenning van het EOB in de tenuitvoerleggingsstaat, arrest van het Hof van 2 maart 2021, Prokuratuur (Voorwaarden voor toegang tot elektronische-communicatiegegevens), C-746/18, EU:C:2021:152, punt 53].
- 20 Volgens de verwijzende rechter kan uit dit arrest van het Hof worden afgeleid dat de EOB’s in casu ook los van de nationale bevoegdheidsregels hadden moeten

worden uitgevaardigd door een rechter. De overwegingen van het Hof betreffende de uitlegging van artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58 in het licht van de in de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest neergelegde grondrechten kunnen ook worden toegepast op de uitlegging van artikel 6, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/41. Voor de uitlegging van artikel 2, onder c), van richtlijn 2014/41 kan uit deze rechtspraak worden afgeleid dat een EOB ter fine van strafvervolging – los van de nationale bevoegdheidsregels in een vergelijkbare nationale zaak – moet worden uitgevaardigd door een rechter die geen bemoeienis heeft met de concrete onderzoeksmaatregelen, wanneer, zoals in casu, de evenredigheidstoets overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/41 een complexe afweging en ernstige inmengingen in belangrijke grondrechten betreft.

- 21 Reeds de overdracht van verkeers- en locatiegegevens aan een autoriteit houdt volgens de rechtspraak van het Hof een ernstige inmenging in de grondrechten van artikelen 7 en 8 van het Handvest in [zie arresten van 2 maart 2021, Prokuratuur (Voorwaarden voor de toegang tot elektronische-communicatiegegevens), C-746/18, EU:C:2021:152, punt 39, en 6 oktober 2020, La Quadrature du Net e.a., C-511/18, C-512/18 en C-520/18, EU:C:2020:929, punt 116]. Door de overdracht van de complete inhoud van de communicatie over een periode van meerdere maanden werd de inmenging nog intensiever. Voor zover EncroChat geen „klassieke” telecommunicatiedienst is in de zin van artikel 2, eerste zin, van richtlijn 2002/58, gelezen in samenhang met artikel 2, onder c), van kaderrichtlijn 2002/21, maar een zogenoemde over-the-topdienst via internet, rechtvaardigt dit geen verschil in beoordeling.
- 22 Wat betreft de vragen onder 2 en 3: Het nationale recht bevat geen bepalingen die zien op de materiële vereisten die aan een uitgaand EOB worden gesteld. Bijgevolg moet aanvullend worden teruggegrepen op artikel 6 van richtlijn 2014/41.
- 23 Overeenkomstig §§ 100a en 100b StPO is voor de geheime interceptie van telecommunicatie de verdenking van een strafbaar feit vereist. In §§ 100a en 100b StPO worden de in aanmerking komende delicten – op volgorde van de ernst van de inmenging in de grondrechten – limitatief opgesomd, waarbij de verdenking moet zijn gebaseerd op „bepaalde feiten”. Aangezien in casu de voor aanvang van de maatregel aanwezige niet-specifieke verdenkingsgronden en de opsomming van diverse subsidiair denkbare strafbare feiten niet voldoen aan de hiervoor geldende grondwettelijke vereisten, zou een surveillance van alle EncroChat-gebruikers overeenkomstig §§ 100a e.v. en 100e, lid 3, punten 2 en 4, StPO niet geoorloofd zijn geweest.
- 24 Volgens artikel 6, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/41 moet de uitvaardiging van het EOB noodzakelijk zijn voor en in verhouding staan tot het doel van de procedure. Een EOB waarin wordt verzocht om toegang tot gegevens die door interceptie van telecommunicatie met het oog op strafvervolging zijn verkregen, voldoet volgens de verwijzende rechter slechts aan deze voorwaarde, wanneer

tegen elke betrokkene een op concrete feiten gebaseerde verdenking van betrokkenheid bij een ernstig delict bestaat.

- 25 In zijn besluit van 2 maart 2022 (5 StR 457/21, punt 55) heeft het Bundesgerichtshof geoordeeld dat de „niet-gespecificeerde verdenking” ten aanzien van de „in aanmerking komende diverse strafbare feiten” volstond om het EOB overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/41 uit te vaardigen. De verwijzende rechter gaat hierin niet mee.
- 26 De door het Bundesgerichtshof beschreven verdenkingsgronden betroffen strafrechtelijke vaststellingen uit een in verhouding tot het totale aantal gebruikers zeer beperkt aantal eerdere strafzaken, zonder dat daarbij verwezen werd naar de individuele gebruikers waarop het EOB betrekking had. Bovendien blijkt uit bepaalde kenmerken van de functies van de EncroChat-telefoons en de wijze waarop deze werden verkocht, dat zij bijzonder aantrekkelijk waren voor criminele gebruikers. Legale gebruiksmogelijkheden voor personen met een meer dan gemiddelde behoefte aan veiligheid zijn echter nooit onderzocht. Concrete strafbare feiten waren zelfs niet grofweg bekend. Voor zover er aanknopingspunten waren dat de EncroChat-aanbieders hun systeem specifiek richtten op de behoeften van criminelen, kon daaruit slechts worden afgeleid dat enkele, maar in geen geval (bijna) alle gebruikers criminele activiteiten ontplooiden. Er waren geen aanwijzingen dat alle EncroChat-gebruikers een onderling verbonden criminele groepering vormden.
- 27 Volgens de verwijzende rechter zijn deze verdenkingsgronden onvoldoende om de uitvaardiging van een EOB te rechtvaardigen. Aangezien de opbouw en interpretatie van §§ 100a e.v. StPO in beslissende mate zijn vormgegeven door de vereisten van de Duitse grondwet, en de bescherming van de grondrechten van de Unie tegen geheime afluistermaatregelen vergelijkbaar sterk is, ligt het voor de hand om ook in het kader van artikel 6, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/41 vergelijkbaar sterke en specifieke verdenkingsgronden te eisen.
- 28 Deze uitlegging van artikel 6, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/41 vindt steun in de rechtspraak van het Hof inzake de rechtmatigheid van de bewaring van gegevens, volgens welke de opslag van verkeers- of locatiegegevens en de toegang van de instanties tot deze gegevens een ernstige inmenging vormen in de in de artikelen 7 en 8 van het Handvest verankerde grondrechten [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 the Garda Síochána e.a., C-140/20, punt 44]. De daarin geformuleerde overwegingen betreffende de evenredigheid in de zin van artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58 kunnen ook worden toegepast op de evenredigheid in de zin van artikel 6, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/41.
- 29 Verdere twijfels over de proportionaliteit van het EOB rijzen met betrekking tot het recht op een eerlijke procesgang (artikel 47, lid 2, van het Handvest en artikel 6, lid 1, EVRM), op grond waarvan de partij bij een gerechtelijke

procedure een reële mogelijkheid moet hebben om commentaar te leveren. Dit is met name het geval wanneer het bewijs afkomstig is van een technisch gebied waarvan de rechter en de betrokkene geen kennis hebben [arresten van het Hof van 2 maart 2021, Prokuratuur (Voorwaarden voor de toegang tot elektronische-communicatiegegevens), C-746/18, EU:C:2021:152, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 10 april 2003, ██████████ C-276/01, EU:C:2003:228, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

- 30 Ook in casu gaat het om bewijsmiddelen die verschillende ingewikkelde vragen opwerpen, met name in verband met de integriteit (dat wil zeggen de juistheid, de volledigheid en de consistentie) van de gegevens. Bovendien zijn de EncroChat-gegevens de enige bewijsmiddelen. Aangezien de ten laste gelegde feiten inzake handel in verdovende middelen reeds worden vervuld door ernstige onderhandelingen over een verkoop van verdovende middelen, gaat het de verdediging niet alleen om de beoordeling van afzonderlijke berichten, maar om het verband tussen de verzonden en ontvangen berichten in tijd en inhoud. Technische fouten en onvolkomenheden houden daarmee het risico in dat chatverlopen ook onbedoeld verkeerd worden weergegeven. Er zijn goede redenen om aan te nemen dat deze beperking van de verweermogelijkheden in de latere strafprocedure anticiperende gevolgen moet hebben voor de evenredigheidstoets overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/41. In dit verband zou kunnen worden overwogen dat bewijsmiddelen als hierboven beschreven, waartegen de verdachte zich in het kader van een latere strafprocedure niet doeltreffend zal kunnen verdedigen, niet mogen worden opgevraagd door middel van een EOB dat erop is gericht strafvervolging mogelijk te maken.
- 31 Krachtens artikel 6, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/41 moet de uitvaardigende autoriteit de in het EOB aangegeven maatregel toetsen aan het nationale recht. Volgens de verwijzende rechter moet deze toetsing in het geval van een EOB ter fine van bewijsoverdracht betrekking hebben op de onderzoeksmaatregel waarop de bewijsgaring in de uitvoerende staat berust; wanneer de interceptiemaatregel in een vergelijkbare nationale zaak niet had mogen worden bevolen, mogen de uit een dergelijke maatregel afkomstige gegevens evenmin bij wege van een EOB worden opgevraagd. Aangezien in casu niet was voldaan aan de voorwaarden van §§ 100a e.v. StPO, hadden ook de EOB's bij gebreke van een concrete verdenking niet mogen worden uitgevaardigd.
- 32 In zijn besluit van 2 maart 2022 (5 StR 457/21, punten 47 e.v.) heeft het Bundesgerichtshof evenwel geoordeeld dat artikel 6, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/41 niet van toepassing is op een EOB dat enkel betrekking heeft op de overdracht van reeds aanwezige bewijzen, en dat de maatregel dus niet aan het nationale recht hoeft te worden getoetst. Op het niveau van de uitvaardigende staat moet de individuele bescherming uitsluitend worden gewaarborgd door toetsing aan artikel 6, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/41 en door de daaropvolgende toetsing van de verkregen bewijsmiddelen in de nationale strafprocedure aan artikel 14, lid 7, tweede zin, van richtlijn 2014/41.

- 33 Bij het standpunt van het Bundesgerichtshof kunnen kanttekeningen worden geplaatst. Het is juist dat de overdracht van het bewijs als zodanig geen nuttig criterium vormt om te onderzoeken of een overeenkomstige maatregel in een nationaal geval kan worden bevolen, aangezien het daarbij gaat om een op zichzelf staande internationale situatie zonder zuiver nationaal equivalent. Anders dan het Bundesgerichtshof wenst de verwijzende rechter hieruit echter niet te concluderen dat artikel 6, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/41 niet van toepassing is op een EOB ter fine van bewijsoverdracht. Veeleer moet de uitvaardigende autoriteit in dit geval de toetsing aan het nationale recht betrekken op de onderzoeksmaatregel die aan de bewijsgaring ten grondslag ligt; zij mag in de uitvoerende staat reeds aanwezige bewijsmiddelen alleen bij EOB opvragen, wanneer de onderzoeksmaatregel via welke de bewijsmiddelen in de uitvoerende staat zijn verkregen, in de uitvaardigende staat in een vergelijkbare nationale zaak toelaatbaar zou zijn geweest.
- 34 Ofschoon de inperking van de werkingssfeer door het Bundesgerichtshof verenigbaar is met de bewoordingen van de norm, moet de toetsing aan het nationale recht niettemin betrekking hebben op de „in het EOB aangegeven onderzoeksmaatregel”, die niet noodzakelijkerwijs de bij dit EOB „bevolen” maatregel hoeft te zijn; voor de beschrijving van de over te dragen gegevens is in de regel ook vereist te verwijzen naar de oorspronkelijke maatregel en deze in die zin „aan te geven”. Ook de systematiek van de norm pleit tegen verschillende werkingssferen van artikel 6, lid 1, onder a) en b) van richtlijn 2014/41. Volgens de aanhef van lid 1 hebben beide bepalingen zonder onderscheid betrekking op „een EOB”. Ook artikel 6, leden 2 en 3, van richtlijn 2014/41 verwijst zonder voorbehoud op beide onderzoeksstappen in lid 1. In lid 2 wordt uitdrukkelijk bepaald dat „per geval” wordt beoordeeld of aan de in lid 1 genoemde voorwaarden – dat wil zeggen onder a) en b) – is voldaan. Het door het Bundesgerichtshof voorgestane onderscheid is bovendien in strijd met de conceptie van het EOB als uniform instrument. Bovendien zou met het wegvallen van het onderzoek overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/41 het door de regeling nagestreefde doel, te weten waarborging van de naleving van nationale minimumnormen ter bescherming van het individu en voorkoming van „forumshopping”, worden gemist.
- 35 Zelfs indien daarentegen artikel 6, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/41 in beginsel niet zou worden toegepast op een EOB ter fine van bewijsoverdracht, is de verwijzende rechter van mening dat in de onderhavige situatie iets anders moeten gelden. De door de Duitse autoriteiten in het belang van de eigen strafvervolgning vooraf bepleite en door de Franse autoriteiten in het belang van de Duitse autoriteiten uitgevoerde surveillance van de Duitse gebruikers komt neer op een eigen Duitse onderzoeksmaatregel, het bevel waartoe middels een EOB de normale gang van zaken zou zijn geweest. De rechtmatigheid van dit EOB had overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/41 moeten worden getoetst aan het Duitse strafprocesrecht. Dat aanvankelijk werd teruggegrepen op informele vormen van samenwerking, doet niet af aan de in artikel 6, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/41 bedoelde beschermingsbehoefte. Dit geldt te meer

daar geen kennisgeving heeft plaatsgevonden als bedoeld in artikel 31, lid 1, van richtlijn 2014/41 die ook zou hebben geleid tot een niet van beoordelingsbelangen afhankelijk onderzoek naar Duits recht en daarmee een vergelijkbare bescherming zou hebben gewaarborgd. Dit alles pleit ervoor om het onderzoek overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/41 ook van toepassing te achten op het latere EOB ter fine van bewijsverkrijging.

- 36 Wat betreft de vragen onder 4: Artikel 91 g, lid 6, IRG, dat voorziet in de omzetting van artikel 31, lid 1 van richtlijn 2014/41, bepaalt dat de Duitse instantie de uitvoering van de maatregel of het gebruik van de gegevens uiterlijk binnen 96 uur moet verbieden of het gebruik afhankelijk moet stellen van voorwaarden, wanneer de maatregel in een vergelijkbare nationale zaak niet zou worden toegestaan. Het IRG vermeldt niet uitdrukkelijk of de kennisgeving van de voorgenomen interceptiemaatregel aan het openbaar ministerie of aan de rechter moet worden gericht. In meerderheid wordt een rechterlijke bevoegdheid aangenomen.
- 37 In zijn besluit van 2 maart 2022 (5 StR 457/21, punt 41) heeft het Bundesgerichtshof twijfels geuit dat de Franse maatregel ter onttrekking van gegevens een interceptie van telecommunicatie in de zin van artikel 31, lid 1, van richtlijn 2014/41 betrof. De verwijzende rechter is daarentegen van oordeel dat artikel 31, lid 1, van richtlijn 2014/41 in casu van toepassing is en de Franse autoriteiten de bevoegde Duitse autoriteit (dat wil zeggen de bevoegde rechter) vóór het begin van de maatregel in kennis hadden moeten stellen van de voorgenomen infiltratie van de Duitse EncroChat-eindapparaten. Het begrip telecommunicatie lijkt, mede gelet op het doel van richtlijn 2018/1979, te weten een uniforme behandeling van alle vormen van intensief ingrijpende elektronische communicatievormen (zie punt 7 van de considerans), in ruime zin te moeten worden opgevat. Evenzo lijkt het begrip interceptie in de zin van artikel 31, lid 1, van richtlijn 2014/41 ruim te moeten worden uitgelegd en elke onttrekking van gegevens uit de lopende communicatie, met name verkeersgegevens, locatiegegevens of inhoud, te moeten omvatten, en wel ook door de inzet van malware op de eindapparaten.
- 38 Artikel 31, lid 1, van richtlijn 2014/41 laat de bepaling van de voor de inontvangstneming van de kennisgeving „bevoegde autoriteit” in beginsel aan het recht van de lidstaat die met de interceptie te maken heeft. In het licht van de grondrechten die voortvloeien uit de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest, neigt de verwijzende rechter echter naar de uitlegging dat „bevoegde autoriteit” in de zin van artikel 31, lid 1, van richtlijn 2014/41 alleen een niet aan aanwijzingen gebonden en niet voor onderzoeksdoeleinden in de gegevens geïnteresseerde instantie, met name een rechterlijke instantie, kan zijn.
- 39 Artikel 31, lid 1, en artikel 6 van richtlijn 2014/41 hebben tot doel een eenvormige bescherming te bieden en te waarborgen dat in het kader van de grensoverschrijdende interceptie van telecommunicatie nationale minimale beschermingsnormen worden nagekomen en de grondrechten in acht worden

genomen. Zowel overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder b), als artikel 31, lid 3, van richtlijn 2014/41 moet de maatregel aan het nationale recht worden getoetst. De overweging van het Hof in zijn arrest van 16 december 2021, Spetsializirana prokuratura (Verkeers- en locatiegegevens), C-724/19, EU:C:2021:1020, punt 34, dat een dergelijk onderzoek alleen kan worden uitgevoerd door een rechterlijke instantie, is derhalve ook van toepassing op artikel 31 van richtlijn 2014/41. Hetzelfde geldt voor het arrest van het Hof van 2 maart 2021, Prokuratuur (Voorwaarden voor toegang tot elektronische-communicatiegegevens), C-746/18, EU:C:2021:152, punten 51 e.v.), waarin wordt geoordeeld dat de afweging tussen het strafvervolgingsbelang van de staat en de bescherming van de grondrechten niet mag worden overgelaten aan de onderzoeksautoriteiten die in de gegevens geïnteresseerd zijn, maar moet worden toegewezen aan een niet aan aanwijzingen gebonden rechterlijke instantie.

- 40 Artikel 31, lid 1, van richtlijn 2014/41 en artikel 91g IRG, dat voorziet in de omzetting daarvan, beschermen de soevereiniteit van de in kennis te stellen staat en houden rekening met de bijzonder hoge gevoeligheid van een geheime toegang tot het gesproken woord vanuit het oogpunt van de grondrechten. Dienaangaande is het Bundesgerichtshof (besluit van 2 maart 2022, 5 StR 457/21, punt 41) van oordeel dat de individuele bescherming van de grondrechten enkel betrekking heeft op het gebruik van bewijsmateriaal in het buitenland (in casu Frankrijk) en niet in de in kennis te stellen staat (in casu Duitsland). Bovendien gaat het om een normdoelstelling die ondergeschikt is aan de bescherming van de nationale soevereiniteit. De verwijzende rechter is daarentegen van oordeel dat volgens de gangbare opvatting van artikel 31, leden 1 en 3, van richtlijn 2014/41 de individuele bescherming van de betrokkenen zich uitstrekt tot elk gebruik van bewijsmateriaal met het oog op strafvervolgning, zowel in binnen- als buitenland, en ten minste gelijkwaardig is aan de bescherming van de soevereiniteit.
- 41 Artikel 31 van richtlijn 2014/41 vult de regels betreffende een uit te voeren EOB aan en beoogt op alomvattende wijze te voorkomen dat nationale beschermingsniveaus door grensoverschrijdende interceptie worden omzeild. Voor uitbreiding van de individuele bescherming tot het gebruik van bewijsmateriaal in de in kennis gestelde staat pleit de vergelijking met een ten uitvoer te leggen EOB. Indien de Duitse autoriteiten die geïnteresseerd zijn in de gegevens van de Duitse gebruikers, vóór het begin van de maatregel een EOB hadden uitgevaardigd om de voorgenomen maatregel uit te breiden tot het Duitse grondgebied, zou de bescherming van de grondrechten van de Duitse gebruikers zijn gewaarborgd door artikel 6, lid 1, van richtlijn 2014/41; deze zou ook betrekking hebben op het gebruik van gegevens door Duitse strafvervolgingsautoriteiten.
- 42 In grensoverschrijdende situaties in het gemeenschappelijk belang van meerdere staten moeten een uit te voeren EOB en de kennisgeving als bedoeld in artikel 31 van richtlijn 2014/41 niet scherp van elkaar worden gescheiden; zij kunnen daarentegen als alternatieven in aanmerking worden genomen. Bovendien maakt het voor de betrokken grondrechten en de ernst van de inmenging in beginsel niet

uit in welk land of welke landen de gegevens worden verkregen, opgeslagen en gebruikt. Dientengevolge moet artikel 31 van richtlijn 2014/41 volgens de verwijzende rechter de betrokkenen in ieder geval tegen het gebruik van bewijsmateriaal beschermen in het land dat belang heeft bij het verzamelen van de gegevens (in casu Duitsland).

- 43 Wat betreft de vragen onder 5: In het Duitse wetboek van strafvordering is het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs niet expliciet geregeld. Volgens vaste rechtspraak van het Bundesgerichtshof geldt als (ongeschreven) voorwaarde voor het uitsluiten van bewijs, dat het geschonden voorschrift ertoe strekt het individu te beschermen. Maar ook dan komt het alleen bij wijze van uitzondering en op basis van een omvattende afweging in aanmerking. Bij deze afweging moet met name rekening worden gehouden met de betekenis van de betrokken rechtsgoederen en de ernst van de inbreuk. Procedurele schendingen bij af luistermaatregelen overeenkomstig §§ 100a e.v. StPO hebben altijd een bijzonder gewicht. Wanneer het gaat om een maatregel die is uitgevoerd zonder rechterlijk bevel, ligt bewijsuitsluiting steeds voor de hand (zie BGH NJW 1999, 959, 961, met verdere verwijzingen). Gelet op de beginselen van een eerlijke procesgang moet worden uitgegaan van bewijsuitsluiting, steeds wanneer er geen wezenlijke materiële voorwaarden bestonden om de interceptiemaatregel te gelasten, en wel met name wanneer bij voorbaat geen sprake was van het vermoeden van een strafbaar feit als gecategoriseerd in § 100a StPO. Enkel in bijzondere uitzonderlijke gevallen is een rechtstreeks uit de grondwet voortvloeiende bewijsuitsluiting mogelijk zonder vaststelling van een schending van een gewone wet (zie BGH, besluit van 2 maart 2022, 5 StR 457/21, punten 65 e.v.)
- 44 Alle tot dusver gewezen uitspraken van de hoogste rechterlijke instanties en hogere gerechten gaan ervan uit dat de EncroChat-gegevens mogen worden gebruikt. Voor zover schendingen van het Unierecht aangenomen of ten minste in aanmerking worden genomen, wordt in het kader van de afweging met verwijzing naar de ernst van de strafbare feiten die aan de hand van de EncroChat-gegevens zijn opgespoord, prioriteit toegekend aan de strafvervolgingsbelangen. Voor zover kan worden vastgesteld, zijn de feitenrechters ook in een andere fase, met name die van de beoordeling van het bewijs en de bepaling van de strafmaat, niet verplicht daarmee rekening te houden; het Bundesgerichtshof heeft de strafverzachtende overweging van de schending van artikel 31 van richtlijn 2014/41 zelfs uitdrukkelijk als onjuist bestempeld (BGH, arrest van 3 augustus 2022, 5 StR 203/22, punt 19).
- 45 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het in beginsel aan de nationale rechtsorde van elke lidstaat om de rechtsgevolgen van schendingen van het Unierecht te regelen. De procedurele autonomie van de lidstaten wordt evenwel beperkt door het doeltreffendheidsbeginsel [arrest van 2 maart 2021, Prokuratuur (Voorwaarden voor toegang tot elektronische-communicatiegegevens), C-746/18, EU:C:2021:152, punten 42 e.v., en aldaar aangehaalde rechtspraak]: in overeenstemming hiermee moet het nationale recht ervoor zorgen dat de verdachte

in een strafzaak door onrechtmatig verkregen informatie en bewijzen niet onredelijk in zijn belangen wordt geschaad, wat niet alleen kan worden bereikt door uitsluiting van bewijs, maar ook door bij de beoordeling van de bewijzen of de bepaling van de strafmaat er rekening mee te houden dat de wet is geschonden. Dit neemt niet weg dat volgens de rechtspraak van het Hof het doeltreffendheidsbeginsel de nationale rechter in elk concreet geval kan verplichten om onrechtmatig verkregen bewijzen van de procedure uit te sluiten (arrest van 20 september 2022, VD en SR, C-339/20 en C-397/20, EU:C:2022:703, punt 106 en aldaar aangehaalde rechtspraak; fundamenteel arrest van 10 april 2003, ██████████ C-276/01, EU:C:2003:228, punten 77 e.v.). Voor de verwijzende rechter betekent dit dat in een dergelijk geval de rechtsschending steeds tot gevolg moet hebben dat de bewijzen worden uitgesloten, zonder dat een afweging behoeft te worden gemaakt tegen de nationale strafvervolgingsbelangen.

- 46 Er zijn goede redenen om ook hier een rechtstreeks uit het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel afgeleide bewijsuitsluiting aan te nemen, aangezien in meerdere opzichten aan het beginsel van een eerlijke procesgang afbreuk is gedaan; reeds de omstandigheid dat de met het EOB opgevraagde gegevens vanwege de Franse geheimhouding niet kunnen worden geverifieerd door een technisch deskundige, lijkt te voldoen aan de voorwaarden voor bewijsuitsluiting door de rechter, zoals door het Hof geformuleerd in het arrest van 10 april 2003, ██████████ (C-276/01, EU:C:2003:228). Daarbij komt dat formele en materiële zekerheidsmechanismen als bedoeld in artikel 31 en artikel 6 van richtlijn 2014/41 herhaaldelijk niet in acht zijn genomen, waarvoor de Duitse strafvervolgingsautoriteiten rechtstreeks verantwoordelijk zijn, dan wel op zijn minst hun ogen hebben gesloten. Bovendien hebben de Europese agentschappen en de Duitse strafvervolgingsautoriteiten de opheldering van de zaak en de verdediging verder bemoeilijkt door de weigering om ter zake doende stukken uit het dossier aan de verdediging over te dragen en de weigering om überhaupt procedureel relevante documenten aan het dossier toe te voegen. Daarbij wordt de weigering om de via het SIENA-systeem uitgewisselde berichten in het dossier op te nemen als zeer ernstig gezien. Ook het in de brief van het BKA van 13 mei 2020 aangekondigde verzwijgen van wezenlijke informatie jegens de onderzoeksrechter past in deze context, aangezien de uit het beginsel van de rechtsstaat voortvloeiende taak van de onderzoeksrechter om op eigen verantwoordelijkheid onderzoekshandelingen te toetsen is omzeild. Over het geheel gezien is in alle stadia van de procedure een onafhankelijke externe toetsing van het verzamelen en het verdere gebruik van gegevens verhinderd.
- 47 Aan de autonomie van de lidstaten bij de regeling van de rechtsgevolgen van schendingen van het Unierecht worden verder grenzen gesteld door het gelijkwaardigheidsbeginsel. Volgens dit beginsel mogen schendingen van het Unierecht niet minder zwaar worden bestraft dan vergelijkbare schendingen van het nationale recht [arrest Hof van 2 maart 2021, Prokuratuur (Voorwaarden voor toegang tot elektronische-communicatiegegevens), C-746/18, EU:C:2021:152, punt 42]. Ook vanuit dit oogpunt is een dwingende uitsluiting van bewijs denkbaar. Volgens het Duitse strafprocesrecht zou in geval van een

afluistermaatregel immers zowel het ontbreken van rechterlijke toestemming als van een concreet vermoeden van een wettelijk gecategoriseerd strafbaar feit tot uitsluiting van bewijs moeten leiden. Voor zover uit het Unierecht daarentegen geen dwingende bewijsuitsluiting voortvloeit, schrijft het Duitse strafprocesrecht een omvattende belangenafweging voor.

- 48 Het Bundesgerichtshof acht de ernst van de op te helderen strafbare feiten doorslaggevend en leidt daaruit af dat het wetshandhavingsbelang van de staat zwaarder weegt dan de individuele bescherming van de betrokken EncroChat-gebruikers (zie BGH, besluit van 2 maart 2022, 5StR 457/21, punten 36,44,57). De verwijzende rechter betwijfelt of deze redenering verenigbaar is met het Unierecht. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de doelstelling van bestrijding van zware criminaliteit de algemene en ongedifferentieerde bewaring van gegevens niet kan rechtvaardigen [arresten van 2 maart 2021, Prokuratuur (Voorwaarden voor toegang tot elektronische-communicatiegegevens), C-746/18, EU:C:2021:152, punt 50, en 5 april 2022, Commissioner of the Garda Síochána e.a., C-140/20, EU:C:2022:258, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak]. Dit geldt te meer, wanneer, zoals in casu, de onttrekking van gegevens met enige waarschijnlijkheid ook aan het beroepsgeheim onderworpen gebruikers, zoals advocaten en journalisten, betreft (zie arrest van het Hof van 20 september 2022, SpaceNet en Telekom Deutschland, C-793/19 en C-794/19, EU:C:2022:702, punt 82) en inhoud van communicatie wordt geregistreerd.
- 49 Het zou in strijd kunnen zijn met deze beoordeling en met het doeltreffendheidsbeginsel, wanneer een schending van de wet die rechtstreeks samenhangt met het ontbreken van verdenking, onder verwijzing naar achteraf uit de onrechtmatige verkregen gegevens verkregen inzichten zonder gevolgen blijft. De verwijzende rechter neigt dientengevolge tot de opvatting dat bij de afweging van de vraag of gegevens die zijn verkregen zonder voldoende verdenking, ondanks de schending van artikel 6, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 2014/41 kunnen worden gebruikt voor bewijsdoeleinden, het gewicht van de concreet aan de orde zijnde strafbare feiten slechts in geringe mate in aanmerking mag worden genomen, met als gevolg dat in geval van een inmenging in belangrijke grondrechten enkel dit aspect de schending van de wet niet kan compenseren en dus het gebruik voor bewijsdoeleinden niet kan rechtvaardigen. Vergelijkbare argumenten kunnen ten aanzien van artikel 31, lid 1, van richtlijn 2014/41 worden aangevoerd; de ernst van de schending vloeit voort uit het feit dat de bevoegde Duitse rechter de maatregel wegens het ontbreken van een verdenking van een strafbaar feit zou hebben verboden.
- 50 Wat betreft de spoedeisendheid: Het Hof wordt krachtens artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering verzocht de zaak volgens een versnelde procedure of, subsidiair, aangezien aanhouding in het geding is, met voorrang te behandelen, ook al wordt het aanhoudingsbevel momenteel niet ten uitvoer gelegd. Bovendien is de beslissing van het Hof relevant voor een groot aantal soortgelijke procedures.