



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE

TAMARE ČAPETA,

predstavljeni 26. oktobra 2023¹

Zadeva C-670/22

Staatsanwaltschaft Berlin

proti

M. N.

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Landgericht Berlin (deželno sodišče v Berlinu, Nemčija))

„Predhodno odločanje – Pravosodno sodelovanje v kazenskih zadevah – Direktiva 2014/41/EU – Evropski preiskovalni nalog – Člen 6(1) – Pogoji za izdajo evropskega preiskovalnega naloga – Posredovanje dokazov, s katerimi že razpolaga druga država članica – Pojem odreditvenega organa – Člen 2(c)(i) – Dopustnost dokazov“

I. Uvod

1. Evropski preiskovalni nalog (EPN) je instrument Unije, ki omogoča čezmejno sodelovanje v kazenskih preiskavah. Ureja ga Direktiva o EPN.² S tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe je Sodišče prvič pozvano k razlagi navedene direktive v okoliščinah, ko je bil EPN izdan za posredovanje dokazov, s katerimi že razpolaga druga država.
2. Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main (državno tožilstvo v Frankfurtu na Majni, Nemčija) je za namene kazenske preiskave v Nemčiji izdalo več EPN, s katerimi je prosilo za posredovanje dokazov, zbranih med skupno francosko-nizozemsko kazensko preiskavo uporabnikov omrežja EncroChat. EncroChat je bilo šifrirano telekomunikacijsko omrežje, ki je uporabnikom zagotavljalo skoraj popolno anonimnost.³

¹ Jezik izvirnika: angleščina.

² Direktiva 2014/41/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 3. aprila 2014 o evropskem preiskovalnem nalogu v kazenskih zadevah (UL 2014, L 130, str. 1, ter popravki v UL 2015, L 143, str. 16, UL 2019, L 245, str. 9, UL 2020, L 191, str. 8, in UL 2021, L 57, str. 93; v nadaljevanju: direktiva o EPN).

³ Storitve so vključevale dvojni operacijski sistem (s šifriranim vmesnikom, ki ga ni bilo mogoče odkriti), v napravah pa so bili odstranjeni kamera, mikrofoni, sistem GPS in vhod USB. Omogočeno je bilo samodejno brisanje sporočil in uporabniki so lahko z uporabo posebne kode PIN ali z večkratnim zaporednim vnosom napačnega gesla takoj izbrisali vse podatke na napravi. Če je bilo potrebno, je lahko vse podatke na napravi na daljavo izbrisala tudi služba za pomoč uporabnikom ali posrednik za prodajo. Za več informacij glej: <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe>.

3. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe izhaja iz enega od kazenskih postopkov, ki so se zoper M. N. začeli pred Landgericht Berlin (deželno sodišče v Berlinu, Nemčija) na podlagi prestreženih telekomunikacijskih podatkov, posredovanih na podlagi zgoraj navedenih EPN. Predložitveno sodišče se sprašuje, ali so bili EPN izdani v nasprotju z Direktivo o EPN, in če so bili, katere posledice ima to za uporabo takih dokazov v kazenskem postopku.

II. Dejansko stanje v postopku v glavni stvari, vprašanja za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

4. Kazenski postopek v postopku v glavni stvari izvira iz kazenske preiskave, začete v Franciji, ki se je nadaljevala kot skupna operacija med Francijo in Nizozemsko, v okviru katere so bili prestreženi podatki o lokaciji, prometu in komunikaciji, vključno z besedilnimi sporočili in slikami, poslani v pogovorih med uporabniki omrežja EncroChat.

5. V okviru navedene skupne operacije je bila razvita programska oprema v obliki trojanskega konja, ki je bila spomladi leta 2020 nameščena na strežnik v Roubaixu (Francija), od tam pa na terminalsko opremo na podlagi simulirane posodobitve. Tribunal correctionnel de Lille (kazensko sodišče v Lillu, Francija) je odobrilo operacijo za zbiranje podatkov o komunikaciji. V okviru navedenega prestrežanja so bili prizadeti uporabniki omrežja EncroChat v 122 državah, vključno s približno 4600 uporabniki v Nemčiji.

6. Na videokonferenci, ki je potekala 9. marca 2020, je Agencija Evropske unije za pravosodno sodelovanje v kazenskih zadevah (Eurojust) državam zagotovila informacije glede ukrepov prestrežanja, ki jih je načrtovala francoska policija, ter glede nameravanega posredovanja podatkov. Predstavniki Bundeskriminalamt (zvezni kriminalistični urad, Nemčija) in državnega tožilstva v Frankfurtu so izrazili interes za zbiranje podatkov o nemških uporabnikih.

7. Državno tožilstvo v Frankfurtu je 20. marca 2020 začelo preiskavo zoper neznane storilce. Podatki, ki jih je zbrala francosko-nizozemska preiskovalna skupina, so bili prek strežnika Agencije Evropske unije za sodelovanje na področju preprečevanja, odkrivanja in preiskovanja kaznivih dejanj (Europol) od 3. aprila 2020 na voljo tudi nemškemu organom.

8. V okviru nemške preiskave zoper neznane storilce je državno tožilstvo v Frankfurtu 2. junija 2020 z EPN prosilo francoske organe za dovoljenje za uporabo podatkov iz omrežja EncroChat v kazenskem postopku. Navedena prošnja je temeljila na sumu nedovoljene trgovine z večjimi količinami prepovedanih drog, ki so jo izvajali še neidentificirani storilci. Osumljeni so bili, da so del hudodelske združbe v Nemčiji, ki uporablja telefone EncroChat. Kazensko sodišče v Lillu je odobrilo EPN za posredovanje in uporabo podatkov EncroChat o nemških uporabnikih v sodnih postopkih. Na podlagi dveh dopolnilnih EPN z dne 9. septembra 2020 in 2. julija 2021 so bili naknadno posredovani dodatni podatki.

9. Na podlagi prejetih dokazov je državno tožilstvo v Frankfurtu preiskavo razdelilo glede na posamezne uporabnike EncroChat in spisi so bili dodeljeni lokalnim uradom tožilstva. Nato je Staatsanwaltschaft Berlin (državno tožilstvo v Berlinu, Nemčija) obdolžencem v obravnavani zadevi očitalo več primerov nedovoljene trgovine s prepovedanimi drogami v velikih količinah in nedovoljenega posedovanja prepovedanih drog v velikih količinah v Nemčiji.

10. To je kazenski postopek, v katerem je predložitveno sodišče trenutno prekinilo odločanje. Čeprav to ni jasno pojasnjeno v predložitveni odločbi, se zdi, da se je v navedenem postopku zastavilo vprašanje, ali so bili EPN, ki jih je izdalo državno tožilstvo v Frankfurtu, izdani v nasprotju z Direktivo o EPN, in če je tako, ali bi jih bilo treba izločiti kot dokaze v kazenskem postopku zoper obdolžene.

11. Na podlagi navedenega je predložitveno sodišče Sodišču v predhodno odločanje predložilo naslednja vprašanja:

„1. Razlaga pojma „odreditveni organ“ iz člena 6(1) [Direktive o EPN] v povezavi s členom 2(c) te direktive

- (a) Ali mora evropski preiskovalni nalog (v nadaljevanju: EPN) za pridobitev dokazov, ki v državi izvršiteljici (v obravnavani zadevi: Francija) že obstajajo, izdati sodnik, če bi v skladu s pravom države izdajateljice (v obravnavani zadevi: Nemčija) v podobnem notranjem primeru moral zadevno zbiranje dokazov odrediti sodnik?
- (b) Ali to podredno velja vsaj v primeru, ko je država izvršiteljica zadevni ukrep zbiranja izvedla na ozemlju države izdajateljice, da bi nato pridobljene podatke dala na voljo preiskovalnim organom v državi izdajateljici, ki so zainteresirani za podatke, za namene kazenskega pregona?
- (c) Ali mora EPN za pridobitev dokazov ne glede na nacionalna pravila o pristojnosti države izdajateljice izdati sodnik (ali neodvisen organ, ki ni vključen v kazenske preiskave) vedno, kadar gre za resen poseg v temeljne pravice najvišjega pomena?

2. Razlaga člena 6(1)(a) [Direktive o EPN]

- (a) Ali člen 6(1)(a) [Direktive o EPN] nasprotuje EPN za posredovanje podatkov, pridobljenih s prestrežanjem telekomunikacij – zlasti podatkov o prometu in lokaciji ter zapisov vsebin komunikacije – ki so v državi izvršiteljici ([v obravnavani zadevi]: Francija) že na voljo, če je prestrežanje, ki ga je izvedla država izvršiteljica, zajelo vse uporabnike priključka za komunikacijsko storitev, če se z EPN zahteva posredovanje podatkov z vseh priključkov, ki se uporabljajo na ozemlju države izdajateljice, ter če niti ob odreditvi in izvedbi ukrepa prestrežanja niti ob izdaji EPN ni bilo konkretnih indicev, da so ti posamezni uporabniki storili huda kazniva dejanja?
- (b) Ali člen 6(1)(a) [Direktive o EPN] nasprotuje takšnemu EPN, če celovitosti podatkov, pridobljenih z ukrepom prestrežanja, ni mogoče preveriti zaradi obsežnih zahtev glede tajnosti s strani organov države izvršiteljice?

3. Razlaga člena 6(1)(b) [Direktive o EPN]

- (a) Ali člen 6(1)(b) [Direktive o EPN] nasprotuje EPN za posredovanje podatkov, povezanih s telekomunikacijami, ki so v državi izvršiteljici ([v obravnavani zadevi]: Francija) že na voljo, če ukrep prestrežanja države izvršiteljice, na katerem temelji zbiranje podatkov, v skladu s pravom države izdajateljice ([v obravnavani zadevi]: Nemčija) v podobnem notranjem primeru ne bi bil dopusten?

(b) Podredno: ali to vsekakor velja, kadar je država izvršiteljica izvajala nadzor na ozemlju države izdajateljice in v njenem interesu?

4. Razlaga člena 31(1) in (3) [Direktive o EPN]

(a) Ali je ukrep, ki je povezan s prikritim posegom v terminalske naprave in je namenjen pridobivanju podatkov o prometu, lokaciji in komunikaciji, povezanih s spletno komunikacijsko storitvijo, prestrezanje telekomunikacij v smislu člena 31 [Direktive o EPN]?

(b) Ali je treba uradno obvestilo v skladu s členom 31(1) [Direktive o EPN] vedno nasloviti na sodnika oziroma ali to velja vsaj, kadar bi lahko ukrep, ki ga načrtuje država, ki prestreza ([v obravnavani zadevi]: Francija), v skladu s pravom obveščene države ([v obravnavani zadevi]: Nemčija) v podobnem notranjem primeru odredil le sodnik?

(c) Če je namen člena 31 [Direktive o EPN] tudi individualno varstvo zadevnih uporabnikov telekomunikacij, ali se to varstvo nanaša tudi na uporabo podatkov za kazenski pregon v obveščeni državi ([v obravnavani zadevi]: Nemčija) in, če je tako, ali je ta namen enakovreden nadaljnjemu namenu, ki se nanaša na varstvo suverenosti obveščene države članice?

5. Pravne posledice pridobivanja dokazov v nasprotju s pravom Unije

(a) Ali lahko v primeru pridobitve dokazov z EPN, ki je v nasprotju s pravom Unije, prepoved uporabe dokazov izhaja neposredno iz načela učinkovitosti prava Unije?

(b) Ali v primeru pridobitve dokazov z EPN, ki je v nasprotju s pravom Unije, načelo enakovrednosti iz prava Unije privede do prepovedi uporabe dokazov, če ukrep, na podlagi katerega so bili zbrani dokazi v državi izvršiteljici, v državi izdajateljici v podobnem notranjem primeru ne bi smel biti odrejen, dokazov, zbranih s takim nezakonitim nacionalnim ukrepom, pa v skladu s pravom države izdajateljice ne bi bilo mogoče uporabiti?

(c) Ali je v nasprotju s pravom Unije, zlasti z načelom učinkovitosti, če se uporaba dokazov v kazenskem postopku, katerih pridobitev je bila v nasprotju s pravom Unije prav zato, ker ni obstajal sum storitve kaznivega dejanja, v okviru tehtanja interesov upraviči s težo kaznivih dejanj, ki so bila prvič ugotovljena na podlagi analize teh dokazov?

(d) Podredno: ali iz prava Unije, zlasti iz načela učinkovitosti, izhaja, da kršitve prava Unije pri pridobivanju dokazov v nacionalnem kazenskem postopku ne morejo ostati povsem brez posledic, tudi v primeru hudih kaznivih dejanj, in jih je zato treba upoštevati v korist obdolženca vsaj na ravni ocenjevanja dokazov ali v okviru določitve kazni?“

12. Pisna stališča so predložili državno tožilstvo v Berlinu, nemška, estonska, francoska, nizozemska, poljska in švedska vlada ter Irska in Evropska komisija.

13. Na obravnavi, ki je potekala 4. julija 2023, so svoja stališča ustno predstavili M. N., državno tožilstvo v Berlinu, češka, nemška, španska, francoska, madžarska, nizozemska in švedska vlada ter Irska in Komisija.

III. Analiza

A. Uvodne opombe

14. Pri številnih najvišjih sodiščih po Evropi so bila vložena odmevna pravna sredstva zoper kazenske obsodbe, ki izhajajo iz prestreženih podatkov EncroChat,⁴ in Sodišče Evropske unije ni izjema.

15. V večini od navedenih zadev se izpodbijajo ukrepi prestrežanja, ki jih je izvedla Francija. Čeprav je to vprašanje očitno relevantno v kazenskih postopkih, ki so se začeli na podlagi dokazov, zbranih s takim prestrežanjem, pa je pomembno pojasniti, da se obravnavani predlog za predhodno odločanje ne nanaša na veljavnost francoskih ukrepov za prestrežanje.

16. Obravnavana zadeva se namreč nanaša na morebitno nezdržljivost EPN, ki jih je izdalo državno tožilstvo v Frankfurtu, z Direktivo o EPN ter na posledice take ugotovitve. Navedeni EPN niso bili podlaga za francoske ukrepe prestrežanja telekomunikacij med uporabniki EncroChat. Prestrežanje je potekalo neodvisno od zadevnih EPN. Izpodbijanje navedenih ukrepov prestrežanja je vprašanje za pristojna francoska sodišča.

17. Z EPN, ki so predmet obravnavane zadeve, se ni prosilo za zbiranje podatkov v Franciji s prestrežanjem telekomunikacij, ampak se je le prosilo za posredovanje dokazov, ki so bili na podlagi prestrežanja v Franciji že zbrani.

18. Navedeno dejansko stanje je treba ustrezno opredeliti na podlagi Direktive o EPN. Člen 1(1) Direktive o EPN namreč določa, da je mogoče EPN izdati, prvič, „zaradi izvedbe enega ali več posebnih preiskovalnih ukrepov v drugi državi članici“ in, drugič, „za pridobitev dokazov, ki jih pristojni organi države izvršiteljice že imajo“.⁵

19. Preprosto povedano, EPN je mogoče izdati za zbiranje novih dokazov ali za posredovanje že obstoječih. To terminologijo bom uporabljala za sklicevanje na dve različni vrsti EPN.

20. V obravnavani zadevi so bili EPN izdani za slednji namen: državno tožilstvo v Berlinu je prosilo za posredovanje dokazov, s katerimi je Francija že razpolagala.

21. Vendar pa iz predložitvene odločbe jasno izhaja, da predložitveno sodišče meni, prvič, da kljub razlikovanju med dvema vrstama EPN iz člena 1(1) zadevne direktive EPN za posredovanje obstoječih dokazov ni mogoče izdati brez upoštevanja načina zbiranja zadevnih dokazov. Drugič, predložitveno sodišče dvomi o sorazmernosti in s tem o zakonitosti prvotnih ukrepov za zbiranje

⁴ Na primer francoski Conseil constitutionnel (ustavni svet, Francija) je v odločbi št. 2022-987 QPC z dne 8. aprila 2022 ugotovil, da je francoska zakonodaja, na podlagi katere je bil odrejen prvotni ukrep prestrežanja komunikacij, iz katerega izhaja obravnavana zadeva, v skladu s francosko ustavo; Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija) je v sodbi 5 StR 457/21 z dne 2. marca 2022 ugotovilo, da je bilo prestrežanje zakonito na podlagi nemškega prava; nazadnje, v zadevah 44715/20 (A. L. proti Franciji) in 47930/21 (E. J. proti Franciji) pred Evropskim sodiščem za človekove pravice (ESČP) trenutno poteka postopek glede uporabe podatkov EncroChat iz Francije pred sodišči v Združenem kraljestvu. ESČP je 3. januarja 2022 strankam poslalo vprašanja, v katerih jih med drugim sprašuje, ali so imele priložnost (in je niso izkoristile) izpodbijati ukrepe prestrežanja pred pristojnimi francoskimi sodišči.

⁵ Pred sprejetjem direktive o EPN je posredovanje dokazov, s katerimi je že razpolagala druga država članica, urejal Okvirni sklep Sveta 2008/978/PNZ z dne 18. decembra 2008 o evropskem dokaznem nalogu za namene pridobitve predmetov, dokumentov in podatkov za uporabo v kazenskih postopkih (UL 2008, L 350, str. 72). Iz uvodnih izjav od 4 do 7 direktive o EPN izhaja, da je bil predhodni sistem preveč razdrobljen in zapleten, zato je bil EPN oblikovan kot enotni instrument za pridobivanje novih in obstoječih dokazov.

dokazov v Franciji, ki so bili pozneje posredovani v Nemčijo. Nazadnje, predložitveno sodišče se ne strinja z nemškim nemškim zveznim vrhovnim sodiščem,⁶ ki je ugotovilo, da je prestrežene podatke EncroChat mogoče uporabiti kot dokaze v Nemčiji.⁷

22. Ob upoštevanju tega mora Sodišče pojasniti, ali pogoji za izdajo EPN za posredovanje obstoječih dokazov zahtevajo presojo prvotnih ukrepov zbiranja dokazov v državi izvršiteljici. Že takoj na začetku želim pojasniti, kar bom pozneje tudi podrobneje obrazložila, da v takem primeru odreditveni organ ne more dvomiti o zakonitosti ukrepa, na podlagi katerega je država izvršiteljica zbirala dokaze. Ta zadeva se torej ne nanaša na sorazmernost francoskih ukrepov, s katerimi je bilo odrejeno prestrežanje komunikacije na telefonih EncroChat.

B. Preoblikovanje vprašanj predložitvenega sodišča in struktura sklepnih predlogov

23. Predložitveno sodišče meni, da so bili EPN izdani v nasprotju z Direktivo o EPN, saj (i) so kršili pogoje iz člena 6(1) navedene direktive in (ii) jih je izdal državni tožilec in ne sodišče. Poleg tega bi morali francoski organi v skladu s členom 31 Direktive o EPN o ukrepih prestrežanja uradno obvestiti pristojno nemško sodišče. Nazadnje, navedeno sodišče meni, da bi bilo treba pravo Unije, natančneje načeli enakovrednosti in učinkovitosti, razlagati tako, da prepovedujeta uporabo dokazov, zbranih v nasprotju z Direktivo o EPN, v kazenskem postopku.

24. Predložitveno sodišče torej v bistvu sprašuje, ali je njegovo razumevanje Direktive o EPN in posledic, ki iz nje izhajajo, pravilna. Svoja vprašanja je združilo v pet skupin, ki jih bom za namene svoje analize preoblikovala.

25. Prve tri skupine vprašanj se nanašajo na razlago pristojnega odreditvenega organa EPN za posredovanje obstoječih podatkov ter na pogoje, ki veljajo za izdajo takega EPN. Vprašanja o pogojih, kot so navedeni v členu 6(1)(a) in (b) Direktive o EPN, so prepletena z vprašanji o pristojnem odreditvenem organu. Zato jih bom skupaj obravnavala v okviru naslova C.

26. Četrto skupino vprašanj, ki se nanaša na razlago člena 31(1) in (3) Direktive o EPN, je mogoče obravnavati ločeno. To bom storila v naslovu D.

27. Nazadnje bom v naslovu E analizirala zadnjo skupino vprašanj, ki se nanašajo na posledice morebitne kršitve Direktive o EPN. Ta vprašanja je mogoče opredeliti kot hipotetična, če se pri odgovorih na predhodna vprašanja izkaže, da ni bilo kršitve Direktive o EPN. Ker pa je končni odgovor odvisen od razlage upoštevne nacionalnega prava, kar mora storiti predložitveno sodišče, predlagam, da Sodišče odgovori tudi na navedena vprašanja.

⁶ Glej odločbo navedenega sodišča, ki je omenjena v opombi 4.

⁷ Ta predlog je torej klasični primer, v katerem se postopek predhodnega odločanja uporabi za opolnomočenje rednih nacionalnih sodišč nasproti njihovim višjim sodiščem, ki ga je najbolj slavno obravnaval Alter, K. J., „The European Court’s Political Power“, *West European Politics*, zv. 19(3), 1996, 452. Za praktični primer nasprotne dinamike, v kateri višja nacionalna sodišča predložijo vprašanja Sodišču v predhodno odločanje, da bi tako prehitela nižja sodišča v svoji državi, glej Pavone, T., in Kelemen, D. R., „The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and national courts revisited“, *European Law Journal*, zv. 25(4), 2019, 352.

C. Pogoji za izdajo EPN za posredovanje obstoječih dokazov in pristojni odreditveni organ

28. Pogoji za izdajo EPN, ki jih mora izpolniti odreditveni organ,⁸ so navedeni v členu 6(1) Direktive o EPN, ki določa:

„Odreditveni organ lahko izda EPN le, kadar sta izpolnjena naslednja pogoja:

- (a) izdaja EPN je nujna in sorazmerna za namene postopkov iz člena 4 ob upoštevanju pravic osumljenca ali obdolženca in
- (b) preiskovalni ukrep(i), predviden(i) v EPN, bi lahko bil(i) pod istimi pogoji odrejen(i) tudi v podobnem notranjem primeru.“

29. Direktiva o EPN torej določa dva pogoja za izdajo EPN. Namen teh pogojev je zagotoviti, da se EPN ne izda v nasprotju s pravom države izdajateljice.⁹ Ker kazenska preiskava ali nadaljnji kazenski postopek poteka v državi izdajateljici, je končni namen navedenih pogojev varstvo pravic obdolžencev in osumljencev. Člen 14(2) Direktive o EPN določa, da je izpolnjevanje navedenih pogojev mogoče izpodbijati le v državi izdajateljici.

30. Za doseg navedenih ciljev člen 6(1) Direktive o EPN od odreditvenega organa zahteva abstraktno in konkretno presojo.

31. Abstraktna presoja je določena v členu 6(1)(b) Direktive o EPN – v skladu z njo mora odreditveni organ opredeliti, ali preiskovalni ukrep, ki bo predmet EPN, obstaja v njegovem nacionalnem pravu in pod katerimi pogoji ga je mogoče odrediti.

32. Konkretna presoja na podlagi člena 6(1)(a) Direktive o EPN pa odreditvenemu organu nalaga obveznost opredeliti, ali je določen EPN nujen in sorazmeren za namene konkretnega kazenskega postopka.

33. Šele ko odreditveni organ na podlagi člena 6(1)(b) Direktive o EPN ugotovi, da nacionalno pravo načeloma omogoča določene preiskovalne ukrepe, se lahko loti konkretne zadeve ter opravi presojo nujnosti in sorazmernosti na podlagi člena 6(1)(a) Direktive o EPN. Zato menim, da je bolj logično, če se navedenih dveh pogojev lotim v obratnem vrstnem redu.

34. Abstraktni in konkretni pogoji so povezani z vprašanjem, kako opredeliti, kateri organ je pristojen za izdajo EPN v konkretni zadevi. Predložitveno sodišče meni, da državni tožilec v okoliščinah obravnavane zadeve ni bil pristojen za izdajo EPN za posredovanje dokazov iz Francije, med katerimi so bili tudi prestreženi telekomunikacijski podatki.

⁸ Glej člen 6(2) direktive o EPN.

⁹ Glej v tem smislu sodbo z dne 16. decembra 2021, *Spetsializirana prokuratura (Podatki o prometu in lokaciji)* (C-724/19, EU:C:2021:1020, točka 44). Glej tudi Csúri, A., „Towards an Inconsistent European Regime of Cross-Border Evidence: The EPPO and the European Investigation Order“ v Geelhoed, W., in drugi, *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, T.M.C. Asser Press, Hague, 2018, str. 146.

35. Člen 2(c) Direktive o EPN določa, kateri organi lahko izdajo EPN. Zadevna določba se glasi:

„odreditveni organ“ pomeni:

(i) sodnika, sodišče, preiskovalnega sodnika ali javnega tožilca, pristojnega v zadevnem primeru“.¹⁰

36. V členu 2(c)(i) Direktive o EPN so torej navedeni organi, ki lahko samostojno, brez dodatne potrditve, izdajo EPN. V nasprotju z okvirnim sklepom Sveta o evropskem nalogu za prijetje in predajo¹¹ Direktiva o EPN med navedene organe izrecno vključuje javne tožilce.¹² Zato je Sodišče – v nasprotju z okvirnim sklepom o ENPP – v zadevi Staatsanwaltschaft Wien (Ponarejeni nalogi za nakazilo) ugotovilo, da je državni tožilec lahko odreditveni organ pri izdaji EPN, četudi ni povsem neodvisen od izvršilne veje oblasti.¹³

37. Vendar pa ta načelna pristojnost državnih tožilcev ne pomeni, da so v vsaki zadevi pristojni odreditveni organ. To je odvisno od okoliščin zadeve in je povezano s pogoji iz člena 6(1) Direktive o EPN. Zato bom obravnavala, *kaj* ti pogoji zahtevajo od odreditvenega organa in kako vplivajo na to, *kateri* organ je lahko odreditveni.

1. Člen 6(1)(b) Direktive o EPN in podoben notranji primer

38. Člen 6(1)(b) Direktive o EPN določa, da se EPN lahko izda, *če bi lahko bil* preiskovalni ukrep *pod istimi pogoji odrejen tudi v podobnem notranjem primeru*.

39. Zato je treba ugotoviti, kaj je podoben notranji primer, če se EPN izda za posredovanje obstoječih dokazov.

40. Preden ponudim razlago pojma „podoben notranji primer“, moram omeniti še nekaj. Vprašanje je bilo postavljeno in udeleženci postopka so o njem razpravljali zaradi stališča zveznega vrhovnega sodišča,¹⁴ da se člen 6(1)(b) Direktive o EPN sploh ne uporablja za EPN za posredovanje obstoječih dokazov. Po mnenju navedenega sodišča posredovanje dokazov sploh ni preiskovalni ukrep, zato ne spada na področje uporabe navedene določbe.

¹⁰ Člen 2(c)(ii) direktive o EPN določa, da lahko EPN izda tudi drug organ, pristojen na podlagi nacionalnega prava, če tak EPN nato potrdi eden od organov iz člena 2(c)(i) navedene direktive.

¹¹ Okvirni sklep Sveta 2002/584/PNZ z dne 13. junija 2002 o evropskem nalogu za prijetje in postopkih predaje med državami članicami (UL, posebna izdaja v slovenščini: poglavje 19, zvezek 6, str. 34, in popravek v UL 2018, L 25, str. 88), kakor je bil spremenjen z Okvirnim sklepom Sveta 2009/299/PNZ z dne 26. februarja 2009 o spremembi okvirnih sklepov 2002/584/PNZ, 2005/214/PNZ, 2006/783/PNZ, 2008/909/PNZ in 2008/947/PNZ zaradi krepitev procesnih pravic oseb ter spodbujanja uporabe načela vzajemnega priznavanja odločb, izdanih na sojenju v odsotnosti zadevne osebe (UL 2009, L 81, str. 24; v nadaljevanju: okvirni sklep o ENPP).

¹² V sodbi z dne 2. marca 2023, Staatsanwaltschaft Graz (Urad za davčne kazenske zadeve v Düsseldorfu) (C-16/22, EU:C:2023:148, točke od 33 do 36), je Sodišče ugotovilo, da se točki (i) in (ii) člena 2(c) direktive o EPN medsebojno izključujeta.

¹³ Sodba z dne 8. decembra 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Ponarejeni nalogi za nakazilo) (C-584/19, EU:C:2020:1002, točke od 57 do 63). Za primerjavo, v sodbi z dne 27. maja 2019, OG in PI (Državni tožilstvi v Lübecku in Zwickau) (C-508/18 in C-82/19 PPU, EU:C:2019:456, točke od 88 do 90), je Sodišče ugotovilo, da nemški državni tožilec v obravnavanem primeru ne izpolnjuje zahteve glede neodvisnosti, ki je potrebna za izdajo Evropskega naloga za prijetje (ENPP). Iz tega sledi, da državni tožilec, ki ni povsem neodvisen od izvršilne veje oblasti, ne more izdati ENPP, lahko pa izda EPN. Poudariti je treba, da je v navedenih dveh sodbah pravno sredstvo zoper državnega tožilca zadostovalo za varstvo temeljnih pravic v okviru izdaje EPN, ne pa v okviru izdaje ENPP.

¹⁴ Glej odločbo zveznega vrhovnega sodišča, citirano v opombi 4.

41. S tem stališčem se ne strinjam: člen 6(1)(b) Direktive o EPN določa pogoje za izdajo EPN, pri čemer ne razlikuje med obema vrstama ukrepa iz člena 1 Direktive o EPN. Besedilo zadevne določbe s svojega področja uporabe ne izključuje preiskovalnih ukrepov, s katerimi se zahteva posredovanje obstoječih dokazov. Člen 6(1)(b) Direktive o EPN se torej uporablja tudi za EPN, izdan za posredovanje obstoječih dokazov, kot velja v obravnavani zadevi.¹⁵

42. Podoben notranji primer, upošteven za presojo, ali je mogoče izdati EPN, je odvisen od tega, ali se EPN izda za zbiranje novih ali posredovanje obstoječih dokazov. Kot so predlagali Komisija, državno tožilstvo v Berlinu in nemška vlada, je podoben notranji primer tisti, pri katerem se dokazi posredujejo iz enega kazenskega postopka v drugega znotraj Nemčije (na primer od Münchenskega državnega tožilstva k berlinskemu).

43. Tako razlago potrjuje besedilo člena 6(1)(b) Direktive o EPN, ki določa, da so „preiskovalni ukrep(i), *predviden(i) v EPN*“¹⁶, tisti, ki jih lahko organ odredi tudi v notranjem primeru. V obravnavani zadevi je ukrep, naveden v EPN, posredovanje dokazov, s katerimi so francoski organi že razpolagali.

44. Ali je mogoče posredovati dokaze, ki jih sestavlja prestrežena komunikacija, zbrana za eno kazensko preiskavo ali postopek, v drugo preiskavo ali postopek, je vprašanje nemškega prava. To ni vprašanje, na katerega bi bilo mogoče odgovoriti zgolj na podlagi Direktive o EPN, saj se navedena direktiva sklicuje na pravo države izdajateljice.

45. Ali ukrepi, na podlagi katerih so bili dokazi zbrani v Franciji, kakor koli vplivajo na to presojo?

46. Ukrep, ki je podlaga za zbiranje dokazov, je lahko upošteven, če nacionalno pravo določa pogoje za posredovanje dokazov med kazenskimi postopki. Če bi na primer nemško pravo prepovedovalo notranje posredovanje prestreženih telekomunikacij iz ene kazenske zadeve v drugo, odreditveni organ tudi ne bi mogel odrediti takega čezmejnega posredovanja.

47. Vendar se zdi, da v obravnavani zadevi ni tako. Na obravnavi je nemška vlada potrdila, da je na podlagi nemškega prava mogoče posredovati dokaze med dvema kazenskima postopkoma, tudi dokaze, zbrane na podlagi prestreženih komunikacij. Pogoji za tako posredovanje so določeni v nemškem Strafprozessordnung (zakonik o kazenskem postopku, v nadaljevanju: StPO). Naloga predložitvenega sodišča je razlaga nemškega prava, da preveri, ali je res tako.¹⁷

¹⁵ Navesti je treba tudi, da je bilo na obravnavi postavljeno vprašanje, ali dejstvo, da je Europol Nemčiji zagotovil dostop do prestreženih komunikacij v realnem času (vsaj od 3. aprila 2020 naprej), pomeni, da bi Nemčija morala izdati EPN za *zbiranje* navedenih podatkov. Kot sta pojasnila državno tožilstvo v Berlinu in nemška vlada, navedeni neposredni dostop ni bil omogočen za namene kazenskega pregona, ampak zgolj za preventivne policijske namene. Trdila sta, da so bili EPN naknadno potrebni zaradi uporabe navedenih dokazov v nemškem kazenskem postopku. Nasprotno pa EPN za zbiranje podatkov, do katerih je Europol omogočil dostop v realnem času, ni bil potreben (prva tako ga ni bilo mogoče izdati), saj navedeni dostop do podatkov ni bil povezan s postopkom iz člena 4 direktive o EPN. Navedena direktiva se torej ni uporabljala za dostop policije do podatkov v realnem času.

¹⁶ Moj poudarek.

¹⁷ Iz mojega – nujno površnega – pregleda StPO izhaja, da člen 477(2) določa *ex officio* posredovanje osebnih podatkov iz enega kazenskega postopka v drugega in člen 480(1) določa, da to odredi državni tožilec v pripravljalnem postopku in po koncu postopka, v vseh drugih delih postopka pa lahko to odredi razpravljajoči sodnik. Dolžnost posredovanja dokazov je mogoče izvesti iz načela obveznega pregona iz člena 152(2). Načeloma je posredovanje možno le, če se zadevni dokazi nanašajo na kaznivo dejanje, za pregon katerega je tak ukrep mogoče odrediti, v nasprotnem primeru pa je potrebna privolitev zadevne osebe. Vogel, B., Köppen, P., in Wahl, T., „Access to Telecommunication Data in Criminal Justice: Germany“ v Sieber, U., in von zur Mühlen, N., (ur.), *Access to Telecommunication Data in Criminal Justice. A Comparative Analysis of European Legal Orders*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2016, na str. 518; Gieg, G. v Barthe, C. in Gericke, J. (ur.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, člen 477, odstavek 1; člen 479, odstavek 3, C.H. Beck, München, 2023.

48. Vendar pa direktiva odreditvenemu organu ne nalaga – mu celo prepoveduje – presojo, ali so bili prvotni ukrepi v državi članici izvršiteljici opravljeni zakonito. Pri izdaji EPN za posredovanje obstoječih dokazov odreditveni organ zavezuje načelo vzajemnega priznavanja, ki je podlaga za sodelovanje v kazenskih zadevah v Evropski Uniji. Razen če se v sodnem postopku v Franciji, ki mora biti na voljo zadevni osebi, izkaže, da so bili prvotni ukrepi zbiranja podatkov nezakoniti,¹⁸ odreditveni organ ne more dvomiti o njihovi zakonitosti.

49. M. N. je trdil, da razlikovanje med posredovanjem dokazov in ukrepi, na podlagi katerih so bili zbrani, omogoča izogibanje varstvu osumljencev ali obdolžencev v okviru prava države izdajateljice. Po njegovem mnenju so se nemški organi obrnili na francoske organe z namenom pridobitve dokazov v nasprotju z nemškim pravom.

50. Iz okoliščin obravnavane zadeve ne izhaja sum zlorabe čezmejnih preiskovalnih postopkov. Francija je zadevne dokaze pridobila med svojo kazensko preiskavo. Če se je izkazalo, da so navedeni dokazi zanimivi tudi za Nemčijo, Francija ni začela zbiranja za namene nemške kazenske preiskave. Torej tudi če bi držalo, da nemški sodnik ne bi odobril takega prestrežanja, če bi zanj zaprosili v Nemčiji, pa so francoski organi te ukrepe izvedli v skladu s francoskim pravom in ob odobritvi pristojnega francoskega sodišča.

51. Čeprav se sistemi kazenskega prava držav članic močno razlikujejo,¹⁹ to še ne pomeni, da en sistem varuje, drugi pa kršijo temeljne pravice osumljencev in obdolžencev. Pravosodno sodelovanje v kazenskih zadevah v EU temelji na domnevi, da vse države članice spoštujejo temeljne pravice. Čeprav je v posamezni zadevi to domnevo mogoče ovreči pred pristojnim sodiščem, pa to ne more biti podlaga za dvom v načelo medsebojnega zaupanja, ki je podlaga za instrument EPN in druge instrumente sodelovanja v kazenskih zadevah.

52. Odreditveni organ mora torej na podlagi člena 6(1)(b) Direktive o EPN preveriti, ali je v Nemčiji podatke, zbrane s prestrežanjem telekomunikacij za namene enega kazenskega postopka, mogoče prenesti v drug kazenski postopek. Če je tako, lahko ta organ izda EPN za posredovanje dokazov, zbranih s prestrežanjem telekomunikacij v drugi državi članici EU. Pri izdaji takega EPN odreditveni organ ne sme podvomiti v zakonitost ukrepov, s katerimi so bili dokazi zbrani v državi članici izvršiteljici.

53. Nazadnje, v alternativnem vprašanju 3(b) predložitveno sodišče sprašuje, ali je pomembno, da je prestrežanje, ki ga je izvajala država izvršiteljica, vključevalo podatke na mobilnih telefonih uporabnikov v Nemčiji, ali da je bilo tako prestrežanje v interesu kazenskih pregonov v tej državi članici. Menim, da te okoliščine, tudi če veljajo, niso upoštevne za razlago člena 6(1)(b) Direktive o EPN.

¹⁸ Ali so osebe, na katere so se nanašala prestrežanja v zadevi EncroChat, imele možnost izpodbijanja navedenega v Franciji, je vprašanje, o katerem trenutno odloča ESČP. Glej zgoraj opombo 4.

¹⁹ Nacionalni kazenski postopki se med državami članicami zelo razlikujejo, ne samo glede preiskovalnih ukrepov, ki so na voljo (Armada, I., „The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence: Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?“, *New Journal of European Criminal Law*, zv. 6(1), 2015, str. 8, na str. 9), ampak tudi glede pogojev, pod katerimi jih je mogoče uporabiti (Bachmaier, L., „Mutual Recognition and Cross-Border Interception of Communications: The Way Ahead for the European Investigation Order“ v Brière, C., in Weyembergh, A., (ur.), *The Needed Balances in EU Criminal Law: Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford, 2018, na str. 317). Na področju prestrežanja komunikacij na primer nekatere države članice določajo seznam kaznivih dejanj, za preiskavo katerih je tak ukrep mogoče odrediti (na primer Nemčija); nekatere se osredotočajo na zahtevo glede najnižje zagrožene kazni (na primer Francija); druge pa uporabljajo kombinacijo navedenega. Poleg tega različna nacionalna prava tak preiskovalni ukrep omogočajo ob pogoju, da obstaja določena stopnja suma, ali na podlagi obvezne presoje nujnosti (ali bi bilo z manj vsiljivim ukrepom mogoče doseči enak rezultat). Nazadnje, države članice se razlikujejo glede najdaljšega trajanja veljavnosti naloga o prestrežanju in glede možnosti njegovega podaljšanja (glej Tropina, T., „Comparative Analysis“ v Sieber, U., in Von Zur Mühlen, N., (ur.), *Access to Telecommunication Data in Criminal Justice. A Comparative Analysis of European Legal Orders*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, na str. 67-72 in 77-79).

54. Prvič, dejstvo, da je bilo prestrezanje izvedeno tudi na mobilnih telefonih uporabnikov na ozemlju Nemčije, ni upoštevno pri uporabi člena 6(1)(b) Direktive o EPN: ne glede na to, kje so bili dokazi zbrani, je treba, da bi bili na podlagi EPN posredovani iz Francije v Nemčijo, upoštevati nemška pravila, ki se uporabljajo v podobnem notranjem primeru.

55. Drugič, domneva, da so francoski organi prestrezali komunikacije v interesu Nemčije, je domneva glede dejanskega stanja, ki v predložitveni odredbi ni obrazložena in o kateri Sodišče ne more presojati; pomembneje pa je, da iz člena 6(1)(b) Direktive o EPN nikakor ni mogoče sklepati, da je interes države izdajateljice pomemben pri razlagi navedene določbe.

Vmesni predlog

56. Če se izda EPN za posredovanje dokazov, s katerimi že razpolaga druga država, mora odreditveni organ na podlagi sklicevanja na podoben notranji primer iz člena 6(1)(b) Direktive o EPN ugotoviti, ali in pod katerimi pogoji zadevno nacionalno pravo omogoča posredovanje dokazov, zbranih s prestrezanjem komunikacij med notranjimi kazenskimi postopki.

57. Odreditveni organ pri odločanju, ali lahko izda EPN za posredovanje obstoječih dokazov, ne more presojati o zakonitosti načina zbiranja dokazov v državi izvršiteljici, katere posredovanje zahteva z EPN.

58. Dejstvo, da so bili prvotni ukrepi, ki so podlaga za posredovanje, opravljeni na ozemlju države izdajateljice ali da so bili v interesu navedene države, ne vpliva na predhodni odgovor.

2. Člen 6(1)(b) Direktive o EPN in pristojni odreditveni organ

59. Predložitveno sodišče meni, da bi EPN v obravnavani zadevi morale izdati sodišče in ne državni tožilec. V zvezi s tem predložitveno sodišče sprašuje, prvič, ali tak sklep izhaja iz člena 2(c)(i) v povezavi s členom 6(1)(b) Direktive o EPN, in drugič, ali dejstvo, da so francoski organi mobilne telefone prestrezali na ozemlju Nemčije, vpliva na odgovor na navedeno vprašanje.

60. Sodišče Evropske unije je že pojasnilo, da je člen 6(1)(b) Direktive o EPN upošteven za opredelitev pristojnega odreditvenega organa v posamezni zadevi. V zadevi Spetsialisirana Prokuratura (Podatki o prometu in lokaciji), je Sodišče člen 2(c)(i) Direktive o EPN povežalo s členom 6(1)(b) navedene direktive.²⁰ Pojasnilo je, da mora EPN izdati sodišče, če tako zahteva pravo države članice izdajateljice v primeru enakega ukrepa v nacionalnem okviru.²¹ V takem primeru je sodišče *pristojni* odreditveni organ, kljub temu, da je državni tožilec omenjen v členu 2(c)(i) te direktive.²²

61. Na kratko, državni tožilec je načeloma lahko odreditveni organ, ampak nacionalno pravo, ki se uporablja v podobnem notranjem primeru, določa, kateri je pristojni odreditveni organ v konkretni zadevi.

²⁰ Sodba z dne 16. decembra 2021, Spetsialisirana prokuratura (Podatki o prometu in lokaciji) (C-724/19, EU:C:2021:1020, točki 35 in 44). Glej tudi sodbo z dne 8. decembra 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Ponarejeni nalogi za nakazila) (C-584/19, EU:C:2020:1002, točka 52).

²¹ Sodba z dne 16. decembra 2021, Spetsialisirana prokuratura (Podatki o prometu in lokaciji) (C-724/19, EU:C:2021:1020, točki 35 in 45).

²² To je smiselno tudi z vidika preprečevanja izbiranja najugodnejšega sodišča: če nacionalno pravo v nacionalnem primeru zahteva sodelovanje sodišča, uporaba EPN te zahteve ne bi smela zaobiti. Mangiaracina, A., „A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order“, *Utrecht Law Review*, zv. 10(1), 2014, str. 126.

62. Ob upoštevanju moje predhodne analize tega, kaj se na podlagi člena 6(1)(b) Direktive o EPN šteje za podoben notranji primer, kadar se EPN izda za posredovanje obstoječih dokazov, bi moralo EPN izdati sodišče, če nemško pravo tako zahteva v primeru notranjega posredovanja prestreženih telekomunikacijskih podatkov.

63. Za opredelitev pristojnega odreditvenega organa torej ni pomembno, ali bi na podlagi nemškega prava moralo sodišče odrediti ukrepe prestrežanja. Vprašati se moramo le, ali bi v podobnem notranjem primeru posredovanja dokazov to moralo odobriti sodišče. Zdi se, da v nemškem pravu ni tako.

64. Ostaja pa pomemben pomislek. Če bi se posredovanje obstoječih dokazov opravilo v nacionalnem okviru, od enega državnega tožilca drugemu (na primer iz Münchna v Berlin), bi na podlagi nemškega prava prvotni ukrep prestrežanja telekomunikacij odredilo sodišče. Sorazmernost posega v temeljne pravice bi torej nadzorovalo sodišče. S stališča varstva pravic osumljencev in obdolžencev to torej omogoča uporabo navedenih dokazov v drugem kazenskem postopku, brez ponovne vključitve sodišča.

65. Kadar pa prvotni ukrep ureja drug pravni sistem, pravilo, ki ne zahteva sodnega nadzora posredovanja obstoječih dokazov, deluje v drugem, neznanem okviru.²³

66. Ne glede na navedeno pa so v obravnavani zadevi prestrežanje telekomunikacij odobrila francoska sodišča.²⁴ Načelo vzajemnega priznavanja, na katerem temelji sistem EPN, zahteva, da nemški organi navedenemu postopkovnemu koraku pripišejo enako veljavo kot bi jo v notranjem primeru. To velja tudi, če bi v konkretni zadevi nemško sodišče odločilo drugače.

67. Kaj pa če francosko pravo ne bi zahtevalo sodne odobritve ukrepov prestrežanja? Na obravnavi je Komisija navedla, da bi bile v takem primeru okoliščine drugačne, zaradi česar bi se lahko štelo, da je EPN za posredovanje obstoječih dokazov v nasprotju s pravom Unije, če francoska sodišča ne bi odobrila prvotnega ukrepa. To bi pomenilo, da člen 6(1)(b) Direktive o EPN ni povsem neodvisen od prvotnega ukrepa, kadar je EPN izdan za posredovanje obstoječih dokazov.

68. Če nacionalno pravo državnemu tožilcu omogoča zahtevati posredovanje dokazov, ker je prvotno zbiranje takih dokazov odobrilo sodišče, menim, da navedeno nacionalno pravilo postane pomembno pri obravnavi člena 6(1)(b) Direktive o EPN. To pomeni, da mora odreditveni organ preveriti, ali je prvotni ukrep odobrilo sodišče, kot to zahteva nacionalno pravo. Vendar pa odreditveni organ ne bi smel dvomiti o kakovosti take odobritve, temveč bi moral sprejeti odobritev sodišča v državi izvršiteljici, tako kot bi sprejel odločitev nacionalnega sodišča.

69. Če pa v državi izvršiteljici ne bi sodišče odobrilo prvotnega ukrepa, pri čemer bi država izdajateljica v podobnem notranjem primeru tako sodno odobritev zahtevala, bi lahko slednja zahtevala odobritev sodišča za izdajo EPN glede posredovanja obstoječih dokazov. To velja tudi, če pri notranjem posredovanju dokazov ne zahteva take odobritve.

²³ Pri tem je treba navesti, da imajo prizadevanja za zagotovitev minimalne harmonizacije na področju kazenskega procesnega prava pomembno vlogo pri „približevanju“ različnih pravnih sistemov držav članic. Pri tem imam v mislih instrumente, kot so Direktiva (EU) 2016/343 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2016 o krepitvi nekaterih vidikov domneve nedolžnosti in krepitvi pravice biti navzoč na sojenju v kazenskem postopku (UL 2016, L 65, str. 1) ali Direktiva 2012/13/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2012 o pravici do obveščeniosti v kazenskem postopku (UL 2012, L 142, str. 1).

²⁴ V zvezi s tem sem že omenila, da je francoski ustavni svet aprila 2022 ugotovil, da je francoska zakonodaja, na podlagi katere je bilo odrejeno prestrežanje EncroChat, v skladu s francosko ustavo. Glej zgoraj opombo 4.

70. V obravnavani zadevi so vsa dejanja za zbiranje podatkov prek strežnika EncroChat v Franciji odobrila pristojna francoska sodišča.²⁵ Zato ne vidim razloga, zakaj nemški državni tožilec ne bi mogel izdati EPN za posredovanje navedenih dokazov.

71. Predložitveno sodišče je postavilo tudi alternativno vprašanje 1(b), ki temelji na domnevi, da so nemški organi dali povod za zbiranje podatkov s strani francoskih organov v interesu Nemčije, zbiranje pa je potekalo na ozemlju Nemčije.²⁶

72. Navedeno vprašanje je delno hipotetično, saj so se dokazi zbirali na pobudo Francije za namene preiskave v Franciji. Odkritje nemških uporabnikov EncroChat je bila posledica in ne razlog za prestrežanje telekomunikacij.

73. Okoliščina, da so bili nekateri uporabniki EncroChat na ozemlju Nemčije, po mojem mnenju ni pomembna pri obravnavi pojma odreditvenega organa. Ker je EPN mogoče izdati le za ukrepe, ki so na voljo tudi v podobnem notranjem primeru, se uporabljajo ista nacionalna pravila glede odreditvenega organa, ne glede na to, kje je bil preiskovalni ukrep izveden in kdo ga je izvedel. Edina razlika je v tem, ali bo uporabljen EPN ali nacionalni preiskovalni nalog.²⁷

Vmesni predlog

74. Če prvotni ukrep v državi izvršiteljici odobri sodnik, ni potrebno, da tudi EPN za posredovanje takih dokazov izda sodnik, tudi če bi na podlagi prava države izdajateljice tako zbiranje dokazov moral odobriti sodnik.

75. Dejstvo, da je bilo prestrežanje izvedeno na ozemlju druge države članice, nikakor ni upoštevno pri opredelitvi odreditvenega organa.

3. Člen 6(1)(a) Direktive o EPN in sorazmernost

76. Člen 6(1)(a) Direktive o EPN določa, da mora biti EPN nujen in sorazmeren za namene kazenskih postopkov, ob upoštevanju pravic osumljenca in obdolženca.²⁸

77. To presojo sorazmernosti urejata pravo Unije in pravo države izdajateljice.²⁹

78. Odreditveni organ se mora prepričati, da je EPN nujen in sorazmeren glede na okoliščine v trenutku izdaje EPN. V zvezi s tem ima M. N. prav, ko trdi, da za presojo sorazmernosti EPN zagotovo ni pomembno, da je bila kazenska preiskava zelo uspešna in se je končala v številnih obsodbah za huda kazniva dejanja.

²⁵ Iz predložitvene odločbe izhaja, da je to odobrilo kazensko sodišče v Lillu, Francija.

²⁶ Glede na to, da so bili mobilni telefoni nemških uporabnikov, na katerih so bili shranjeni podatki, v Nemčiji.

²⁷ Upoštevnost dejstva, da se je prestrežanje izvajalo na ozemlju države izdajateljice, bo obravnavana v okviru četrte skupine vprašanj v zvezi z razlago člena 31 direktive o EPN. Glej oddelek D v nadaljevanju.

²⁸ Uvodna izjava 11 direktive o EPN nadalje pojasnjuje navedeno določbo, saj je v njej navedeno, da bi „[o]dreditveni organ [...] torej moral ugotoviti ali so želeni dokazi nujni in sorazmerni glede na namen postopka, ali je izbrani preiskovalni ukrep nujen in sorazmeren za zbiranje zadevnih dokazov in ali bi bilo treba pri izdaji EPN v zbiranje teh dokazov vključiti drugo državo članico“. Kot izhaja iz besedila navedene uvodne izjave, se večinoma nanaša na prvo vrsto EPN, in sicer tisto glede zbiranja novih dokazov.

²⁹ V obrazcu za izdajo EPN je prostor, v katerem lahko odreditveni organ podrobno pojasni, zakaj je EPN nujen glede na okoliščine posamezne zadeve (Priloga A k direktivi o EPN, oddelek G). V zvezi z upoštevnostjo obrazca EPN pri presoji sorazmernosti glej Bachmaier Winter, L., „The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights“ v Ruggeri S., (ur.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Berlin, 2013, str. 318.

79. Pomembno vprašanje je, ali je raven posega v zasebna življenja, ki je posledica dostopa državnega tožilca do posredovanih dokazov, mogoče upravičiti s stopnjo javnega interesa v zadevni kazenski preiskavi ali postopku, ob upoštevanju okoliščin posamezne zadeve.

80. Glede tega je Sodišče v svoji sodni praksi v zvezi z direktivo o zasebnosti in elektronskih komunikacijah³⁰ ugotovilo, da dostop javnih organov do podatkov o prometu in lokaciji vedno pomeni hud poseg v zasebna življenja zadevnih oseb.³¹

81. Čeprav se direktiva o zasebnosti in elektronskih komunikacijah v obravnavani zadevi ne uporablja,³² pa so ugotovitve glede hudega posega v temeljne pravice zaradi dostopa do podatkov o prometu in lokaciji upoštevne tudi v obravnavani zadevi: dostop nemških javnih organov do podatkov o komunikaciji, posredovanih iz Francije, se lahko opredeli kot hud poseg v temeljne pravice. Vendar pa je tudi hud poseg mogoče upravičiti z ustreznim javnim interesom.³³

82. Interes lahko presoja le odreditveni organ (ali nacionalno sodišče, ki tako odločitev preverja na podlagi člena 14(2) Direktive o EPN) glede na vse okoliščine zadeve, predvsem na podlagi nacionalnega prava.³⁴ Kot sem že pojasnila, je upoštevno nacionalno pravo tisto, ki ureja posredovanje dokazov iz enega kazenskega postopka v drugega.

83. Pri presoji sorazmernosti konkretnega EPN Sodišče ne more nadomestiti odreditvenega organa ali nacionalnega sodišča, ki preverja njegovo odločitev. Poleg tega, da za to ni pristojno, Sodišče tudi nima vseh informacij in znanja o upoštevnom pravu in dejanskem stanju v zvezi s konkretno kazensko preiskavo. Zato Sodišče ne more odločati, ali je sorazmerno odrediti posredovanje podatkov o vseh uporabnikih EncroChat v Nemčiji, če niso obstajali konkretni dokazi o storjenih kaznivih dejanjih.

84. Predložitveno sodišče z vprašanjem 2(b) sprašuje, ali bi bilo treba pri presoji sorazmernosti upoštevati tajnost metod prestrezanja podatkov, če celovitosti zbranih podatkov ne morejo preveriti organi v državi izdajateljici.

85. Menim, da tajnost dejansko lahko vpliva na možnost obrambe osumljenca ali obdolženca. To pa je upoštevno pri dopustnosti dokazov, kar bom obravnavala v peti skupini vprašanj predložitvenega sodišča.

Vmesni predlog

86. Presojo nujnosti in sorazmernosti EPN za posredovanje obstoječih dokazov opravi odreditveni organ, morebiten sodni nadzor pa zagotavlja pristojno nacionalno sodišče. Pri taki presoji je treba upoštevati, da dostop nacionalnega organa do prestreženih podatkov o komunikaciji pomeni hud poseg v zasebno življenje zadevnih oseb. Zato mora biti poseg uravnotežen s pomembnim javnim interesom za preiskovanje in pregon kaznivih dejanj.

³⁰ Direktiva 2002/58/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. julija 2002 o obdelavi osebnih podatkov in varstvu zasebnosti na področju elektronskih komunikacij (UL, posebna izdaja v slovenščini: poglavje 13, zvezek 29, str. 514, in popravek v UL 2013, L 241, str. 9; v nadaljevanju: direktiva o zasebnosti in elektronskih komunikacijah).

³¹ Glej na primer sodbi z dne 2. marca 2021, Prokuratuur (Pogoji za dostop do podatkov o elektronskih komunikacijah) (C-746/18, EU:C:2021:152, točka 39), in z dne 5. aprila 2022, Commissioner of An Garda Síochána in drugi (C-140/20, EU:C:2022:258, točka 44).

³² Navedena direktiva se uporablja le v primerih, ko organi države dostopajo do podatkov o prometu in lokaciji, ki jih hranijo operaterji telekomunikacij. Nasprotno pa se ne uporablja, če ti organi neposredno prestrezajo telekomunikacijske podatke. Glej v tem smislu sodbo z dne 6. oktobra 2020, La Quadrature du Net in drugi (C-511/18, C-512/18 in C-520/18, EU:C:2020:791, točka 103).

³³ Glej po analogiji sodbo z dne 21. junija 2022, Ligue des droits humains (C-817/19, EU:C:2022:491, točka 122).

³⁴ Na primer glede stopnje suma, ki je potreben za odreditev določenega preiskovalnega ukrepa.

4. Ali pravo Unije zahteva, da v primeru hudih posegov v temeljne pravice sorazmernost oceni sodišče?

87. Predložitveno sodišče z vprašanjem 1(c) sprašuje, ali pravo Unije, ne glede na nacionalno pravo, ki se uporablja, zahteva, da sodišče odobri dostop državnega tožilca do dokazov, pridobljenih s prestrezanjem komunikacij.

88. Predložitveno sodišče domneva, da je pri izdaji EPN za posredovanje dokazov, ki jih sestavljajo prestrežene telekomunikacije, vedno potrebna sodna odobritev. Pri tem se sklicuje na sodbo v zadevi Prokuratuur.

89. V navedeni sodbi je Sodišče ugotovilo, da je za omogočanje dostopa javnih organov do podatkov, ki jih hranijo ponudniki telekomunikacijskih storitev, potrebna predhodna odobritev sodišča ali drugega nepristranskega organa.³⁵ Sodišče se je sklicevalo na prepričljiv argument generalnega pravobranilca,³⁶ v skladu s katerim državnega tožilstva, ki je stranka v kazenskem postopku, ni mogoče šteti za nepristranskega. Iz tega razloga je vprašljivo, ali tak organ lahko opravi analizo sorazmernosti, ne da bi dajal prednost interesom pregona pred interesi zasebnosti in varstva podatkov osumljencev in obdolžencev.

90. Glede na to, da člen 6(1)(a) Direktive o EPN zahteva tudi, da mora biti EPN sorazmeren, se je na podlagi logike iz zadeve Prokuratuur mogoče vprašati, ali je državnemu tožilcu sploh mogoče zaupati izvedbo take analize sorazmernosti?

91. Direktiva o EPN prepušča odločitev o tem, ali lahko državni tožilec izda EPN, nacionalnim pravnim redom. To je smiselno zaradi razlik v organizaciji kazenskopravnih sistemov v državah članicah. V nacionalnem pravnem redu mora biti odločeno, ali je državni tožilec sposoben nepristranske presoje sorazmernosti. Če bi bil državni tožilec zaradi svoje vloge stranke v kazenskem postopku neprimeren za izdajo EPN, člen 2(c)(i) Direktive o EPN ne bi imel smisla.

92. Predložitveno sodišče pa meni, da bi moralo pravo Unije poseči vmes in zahtevati sodno odobritev le, kadar ukrepi pomenijo hud poseg v temeljne pravice. Prav take so bile tudi okoliščine v zadevi Prokuratuur in drugih, ki so se nanašale na direktivo o zasebnosti in elektronskih komunikacijah.

93. Kratek odgovor je, da se direktiva o zasebnosti in elektronskih komunikacijah in sodna praksa, ki se nanjo nanaša, ne uporabljata v tej zadevi. Upoštevni sta le, kadar morajo ponudniki telekomunikacijskih storitev na podlagi nacionalnega prava hraniti podatke o prometu in lokaciji, povezane s telekomunikacijami, ter kadar javni organi zahtevajo dostop do tako hranjenih podatkov. Kadar pa prestrezanje opravijo neposredno države članice, brez nalaganja obveznosti ponudnikom telekomunikacijskih storitev, se direktiva o zasebnosti in elektronskih komunikacijah ne uporablja, nacionalno pravo pa se.³⁷

³⁵ Sodba z dne 2. marca 2021, Prokuratuur (Pogoji za dostop do podatkov o elektronskih komunikacijah) (C-746/18, EU:C:2021:152, točke 51, 53 in 54).

³⁶ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca G. Pitruzzelle v zadevi Prokuratuur (Pogoji za dostop do podatkov o elektronskih komunikacijah) (C-746/18, EU:C:2020:18, točke od 103 do 123).

³⁷ Sodba z dne 6. oktobra 2020, La Quadrature du Net in drugi (C-511/18, C-512/18 in C-520/18, EU:C:2020:791, točka 103).

94. Če pa se globlje poglobimo v logiko sodbe v zadevi Prokuratuur, kot to predlaga predložitveno sodišče, se lahko kljub temu vprašamo, zakaj je Sodišče ugotovilo, da državni tožilec zaradi narave svoje funkcije ne more opraviti nepristranske ocene sorazmernosti, kadar zahteva dostop do telekomunikacijskih podatkov od ponudnikov omrežnih storitev.

95. V okviru direktive o zasebnosti in elektronskih komunikacijah državni tožilec dostopa do podatkov, ki jih hranijo ponudniki telekomunikacij, te pa nacionalno pravo zavezuje k hrambi podatkov o prometu in lokaciji splošne populacije. Tako hranjeni podatki se ne nanašajo na določeno zadevo, ampak gre za splošen nadzor. Zahteva državnega tožilca za dostop v konkretni kazenski preiskavi je prva priložnost, v kateri je mogoče upoštevati individualne okoliščine. Zato se je štelo za upravičeno, da mora sodišče presoditi o sorazmernosti takega dostopa, vključenost sodišča pa je potrebna za preprečevanje zlorabe dostopa do množično in splošno zbranih podatkov.

96. V tem se ugotovitve iz sodbe v zadevi Prokuratuur razlikujejo od okoliščin obravnavane zadeve. V slednji se prenašajo podatki, ki niso zbrani na splošno pri celotni populaciji, ampak za namene konkretne kazenske preiskave v Franciji. V prvem koraku, s katerim se je omogočilo zbiranje takih podatkov, je nadzor opravljalo sodišče.

97. Raven posega v temeljne pravice zasebnosti in varstva podatkov iz sodbe v zadevi Prokuratuur torej ni ista kot v obravnavani zadevi. Podatki, katerih posredovanje se je zahtevalo s tremi EPN, ki jih je izdalo državno tožilstvo v Frankfurtu, so se nanašali le na uporabnike EncroChat v Nemčiji, pri čemer je že obstajal sum, da se navedena storitev uporablja predvsem za namene kaznivih dejanj.

98. To ne pomeni, da poseg v zasebno življenje navedenih posameznikov ni pomemben. Kljub temu pa ga ni mogoče primerjati z množičnim nadzorom splošne populacije.

99. Direktiva o EPN poleg obveznosti, da mora odreditveni organ opraviti in pojasniti presojo sorazmernosti, vsebuje tudi druge zaščitne ukrepe. Če državni tožilci kršijo temeljne pravice, člen 14(1) Direktive o EPN določa, da morajo države članice zagotoviti pravna sredstva, ki so enakovredna tistim, ki so na voljo v podobnih notranjih primerih. Osumljenec oziroma obdolženec mora torej imeti možnost izpodbijati presojo sorazmernosti, ki jo opravi državni tožilec pri izdaji EPN za posredovanje dokazov.³⁸ To pa ne velja v primeru direktive o zasebnosti in elektronskih komunikacijah.

100. Nazadnje želim na kratko obravnavati še upoštevnost direktive o varstvu podatkov pri preprečevanju, odkrivanju in preiskovanju kaznivih dejanj³⁹ v zvezi z določitvijo odreditvenega organa. Vprašanje je bilo postavljeno, ker je Sodišče v svoji sodbi v zadevi La Quadrature du Net pojasnilo, da se direktiva o zasebnosti in elektronskih komunikacijah ne uporablja za neposredno prestrezanje podatkov, ampak se uporablja nacionalno pravo, „s pridržkom uporabe [direktive o varstvu podatkov pri preprečevanju, odkrivanju in preiskovanju kaznivih dejanj]“.⁴⁰ Vprašanje je

³⁸ V sodni praksi, ki jo je Evropsko sodišče za človekove pravice razvilo v zvezi s členom 8 Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP), ki zagotavlja pravico do zasebnosti, so bile ugotovljene kršitve, če pravo ni zahtevalo presoje sorazmernosti in ni omogočalo sodne presoje. Glej na primer sodbo ESČP z dne 12. januarja 2016, Szabó in Vissy proti Madžarski, (CE:ECHR:2016:0112JUD003713814, točka 89).

³⁹ Direktiva (EU) 2016/680 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov, ki jih pristojni organi obdelujejo za namene preprečevanja, preiskovanja, odkrivanja ali pregona kaznivih dejanj ali izvrševanja kazenskih sankcij, in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Okvirnega sklepa Sveta 2008/977/PNZ (UL 2016, L 119, str. 89) (v nadaljevanju: direktiva o varstvu podatkov pri preprečevanju, odkrivanju in preiskovanju kaznivih dejanj).

⁴⁰ Sodba z dne 6. oktobra 2020, La Quadrature du Net in drugi (C-511/18, C 512/18 in C 520/18, EU:C:2020:791, točka 103).

torej, ali obveznost sodišča izdati EPN za posredovanje obstoječih dokazov, kadar ti vsebujejo prestrežene podatke, izhaja iz direktive o varstvu podatkov pri preprečevanju, odkrivanju in preiskovanju kaznivih dejanj.

101. Direktivo o varstvu podatkov pri preprečevanju, odkrivanju in preiskovanju kaznivih dejanj, ki zagotavlja varstvo osebnih podatkov na področju kazenskih preiskav, je dejansko mogoče uporabiti v okoliščinah obravnavane zadeve.⁴¹ Kljub temu pa po mojem mnenju navedena direktiva ne vsebuje nobenega pravila, na podlagi katerega bi Sodišče lahko ugotovilo, da pravo Unije nalaga obveznost državam članicam zagotoviti predhodno sodno odobritev neposrednega dostopa državnega tožilca do podatkov, pridobljenih s prestrežanjem komunikacij.

102. Navedena direktiva ureja obveznosti javnih organov, ki prevzamejo vlogo upravljavca podatkov in ki morajo med drugim opraviti oceno sorazmernosti,⁴² vendar direktiva ne določa, kateri organi so to.

Vmesni predlog

103. Pravo Unije ne zahteva, da mora EPN za posredovanje obstoječih dokazov, zbranih s prestrežanjem telekomunikacij, izdati sodišče, če nacionalno pravo v podobnem notranjem primeru določa, da lahko državni tožilec odredi tako posredovanje.

D. Člen 31 Direktive o EPN in dolžnost uradnega obveščanja

104. Predložitveno sodišče s četrto skupino vprašanj sprašuje, ali za prestrežanje komunikacij, ki so ga opravili francoski organi, velja dolžnost uradnega obveščanja iz člena 31 Direktive o EPN. Če je tako, predložitveno sodišče tudi sprašuje, ali je treba tako uradno obvestilo nasloviti na sodnika, ker bi na podlagi nemškega prava samo sodnik lahko odobril prestrežanje komunikacij.

105. Upoštevnih deli člena 31 določajo:

„1. Kadar zaradi izvršitve preiskovalnega ukrepa prestrežanje telekomunikacij odobri pristojni organ ene države članice (v nadaljnjem besedilu: država članica, ki prestreza) in se naslov komunikacijskega priključka osebe, katere telekomunikacije se prestrezajo in določene v sklepu o prestrežanju, uporablja na ozemlju druge države članice (v nadaljnjem besedilu: obveščena država članica), katere tehnična pomoč za izvedbo prestrežanja ni potrebna, država članica, ki prestreza, uradno obvesti pristojni organ obveščene države članice:

(a) pred prestrežanjem, kadar pristojni organ države članice, ki prestreza, ob njegovi odreditvi ve, da oseba, katere telekomunikacije se prestrezajo, je ali bo na ozemlju obveščene države članice;

⁴¹ Če obravnavano zadevo presojava z vidika direktive o varstvu podatkov pri preprečevanju, odkrivanju in preiskovanju kaznivih dejanj, jo je mogoče opisati kot dva primera obdelave osebnih podatkov: prvič so bili v vlogi upravljavca pristojni francoski organi, ko so prestregli in zbrali elektronske podatke o komunikacijah za namene preprečevanja, preiskovanja, odvzema prostosti ali pregona kaznivih dejanj, drugič pa je vlogo upravljavca prevzelo državno tožilstvo v Frankfurtu, ko so mu francoski organi na podlagi njegovih EPN za namene kazenske preiskave v Nemčiji posredovali navedene podatke.

⁴² Sodišče je navedlo, da je treba v okviru ponovne uporabe na podlagi člena 4(2) direktive o varstvu podatkov pri preprečevanju, odkrivanju in preiskovanju kaznivih dejanj skladnost z načeli, ki urejajo obdelavo v okviru navedene direktive, preveriti vsakokrat, ko se podatki obdelujejo kot posebni in ločeni (glej sodbo z dne 8. decembra 2022, Inspektor v Inspektorata kam Visshia sadeben svet (Nameni obdelave osebnih podatkov - Kazenska preiskava) (C-180/21, EU:C:2022:967, točka 56).

(b) med prestrezanjem ali po njem, in sicer takoj ko izve, da oseba, katere telekomunikacije se prestrezajo, je ali je bila na ozemlju obveščene države članice.

2. Za uradno obvestilo iz odstavka 1 se uporabi obrazec iz Priloge C.

[...]“

106. Člen 31 Direktive o EPN se nanaša na okoliščine, v katerih ena država članica opravlja prestrezanje telekomunikacij na ozemlju druge države članice, pri čemer tehnična pomoč slednje ni potrebna.⁴³

107. Navedena določba ima dva namena. Prvič, kot nadaljevanje mednarodne pravne kurtoazije na podlagi predhodnih dogovorov o medsebojni pravni pomoči⁴⁴ je vloga obveznosti uradnega obveščanja okrepiti medsebojno zaupanje med udeleženci območja svobode, varnosti in pravice.⁴⁵ Drugič, namen uradnega obveščanja je obveščeni državi članici omogočiti varstvo temeljnih pravic posameznikov na svojem ozemlju.⁴⁶

108. Člen 31 Direktive o EPN se uporablja v primerih, ko se čezmejni ukrep izvaja, vendar brez EPN, saj ga enostransko izvaja ena država članica.⁴⁷

109. Taka razlaga izhaja iz besedila člena 31 Direktive o EPN, ki sploh ne omenja izdaje EPN, za razliko od člena 30 te direktive. V členu 31 prav tako nista uporabljena izraza „država izdajateljica“ in „država izvršiteljica“, ampak izraza „država, ki prestreza“ in „obveščena država“.⁴⁸

110. Menim, da se navedena določba nanaša prav na primer, kot je prestrezanje telekomunikacijskih podatkov s strani Francije na mobilnih telefonih v Nemčiji v okviru francoske kazenske preiskave. Francija bi torej morala obvestiti nemške organe, takoj ko je ugotovila, da del prestreženih podatkov izvira z mobilnih telefonov v Nemčiji.⁴⁹

111. Kateri nemški organ bi morala Francija uradno obvestiti? Direktiva o EPN od držav članic ne zahteva, da morajo priglasiti nacionalni organ, ki je pristojen za prejemanje takih uradnih obvestil, kot se to zahteva v nekaterih drugih primerih.⁵⁰ Država, ki prestreza, torej ne more vedeti, kateri organ je pristojen za prejemanje takih uradnih obvestil v obveščeni državi članici.

112. Francija zato ni imela obveznosti obvestiti pristojno nemško sodišče, ampak je zadoščalo, da bi obvestila na primer državnega tožilca. Obveščena država članica mora sprejemati taka uradna obvestila in jih posredovati organu, ki je pristojen na podlagi nacionalnega prava.

⁴³ Če je potrebna tehnična pomoč države članice, na katere ozemlju se opravlja prestrezanje, se uporablja člen 30 direktive o EPN.

⁴⁴ Besedilo člena 31 direktive o EPN v veliki meri ustreza členu 20 Konvencije o medsebojni pravni pomoči v kazenskih zadevah med državami članicami Evropske unije (UL, posebna izdaja v slovenščini: poglavje 19, zvezek 1, str. 172), ki jo je v skladu s členom 34 Pogodbe o Evropski uniji sprejel Svet.

⁴⁵ Bachmaier, L., glej opombo št. 18, na str. 330.

⁴⁶ Natančneje, člen 31(3) direktive o EPN zadevnemu organu obveščene države omogoča preverjanje, ali bi bilo tako prestrezanje dovoljeno v podobnem notranjem primeru, da lahko v 96 urah od prejete uradnega obvestila uradno obvesti državo članico, ki prestreza, da prestrezanja ne sme opraviti, da ga mora prenehati opravljati ali da zbranih podatkov sploh ne sme uporabiti oziroma jih sme uporabiti le pod določenimi pogoji.

⁴⁷ Zato se ne strinjam s francosko vlado, ki trdi, da se člen 31 direktive o EPN ne uporablja v obravnavani zadevi, ker prestrezanje komunikacij ni bilo izvedeno za namene izvrševanja EPN, ampak je bilo izvedeno še pred izdajo EPN.

⁴⁸ Bachmaier, L., glej opombo št. 18, na str. 331.

⁴⁹ Za izpolnitev obveznosti uradnega obveščanja iz člena 31 direktive o EPN bi morala Francija uporabiti obrazec iz Priloge C navedene direktive.

⁵⁰ Glej člen 33(1) direktive o EPN.

Vmesni predlog

113. Država članica, ki v okviru enostranske kazenske preiskave ali postopka prestreže telekomunikacije na ozemlju druge države članice, mora o tem uradno obvestiti navedeno drugo državo članico.

114. Tako uradno obvestilo se lahko naslovi na kateri koli organ, za katerega država članica, ki prestreza, meni, da je ustrezen, saj ne more vedeti, kateri organ bi bil pristojen v podobnem notranjem primeru.

115. Namen člena 31 Direktive o EPN je varstvo zadevnih posameznih uporabnikov telekomunikacij in suverenosti obveščene države članice.

E. Dopustnost dokazov

116. S peto skupino vprašanj predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali iz ugotovitve, da je bil EPN izdan v nasprotju z zahtevami Direktive o EPN, izhaja, da so navedeni dokazi nedopustni v kazenskem postopku države članice izdajateljice. Predložitveno sodišče se sklicuje na načeli enakovrednosti in učinkovitosti. Na slednje se sklicuje s tem, da če bi se dokazi, pridobljeni v nasprotju z Direktivo o EPN, kljub temu uporabili v državi izdajateljici, bi to škodilo učinkovitosti navedene direktive.

117. Odgovor na to skupino vprašanj je kratek: pravo Unije ne ureja dopustnosti dokazov v kazenskih postopkih.

118. Čeprav je Evropska unija na podlagi člena 82(2)(a) PDEU pristojna za uvedbo minimalne harmonizacije vzajemne dopustnosti dokazov, tega pooblastila še ni uporabila.⁵¹

119. Edini primer, v katerem je v Direktivi o EPN omenjena presoja dokazov, pridobljenih na podlagi EPN, je drugi stavek člena 14(7) Direktive o EPN: „Države članice brez poseganja v nacionalne postopkovne predpise zagotovijo, da se v kazenskih postopkih v državi izdajateljici pri presoji dokazov, pridobljenih z EPN, spoštujeta pravica do obrambe in poštenost postopka.“⁵²

120. Komisija je na obravnavi na vprašanje, ali navedena določba kakor koli vpliva na pravila o dopustnosti dokazov v državah članicah, odgovorila, da bi bil tak sklep pretiran. Pojasnila je, da navedeni stavek zgolj opominja na upoštevanje pravic, ki jih zagotavljata člena 47 in 48 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina). S tako razlago se lahko strinjam, saj potrjuje, da se v okviru političnih procesov v EU ta trenutek ne obravnava urejanje dopustnosti dokazov.

⁵¹ Ligeti, K. in drugi navajajo, da države članice tak korak zavračajo zaradi pomislekov glede subsidiarnosti in sorazmernosti ter ker bi to vplivalo na sisteme zavor in ravnovesij na nacionalni ravni. Ligeti, K., Garamvölgy, B., Ondřejová, A. in Von Galen, M., „Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU“, *eucrim*, zv. 3, 2020, str. 202, opomba 14.

⁵² V uvodni izjavi 34 direktive o EPN je poleg tega navedeno: „Iz istega razloga bi morala biti tudi presoja, ali se bo predmet uporabil kot dokaz in bo zato zanj veljal EPN, prepuščena odreditvenemu organu.“

121. Kolikor sem seznanjena, se je pravo Unije najbolj približalo urejanju dopustnosti dokazov v členu 37(1) uredbe o EJT⁵³: „Dokazi, ki jih sodišču predložijo tožilci EJT ali obtoženec, se ne smejo zavrnilti kot nedopustni le zato, ker so bili zbrani v drugi državi članici ali v skladu s pravom druge države članice.“

122. Ampak navedena določba se nanaša zgolj na to, da dokazov ne bi smeli zavrnilti, *ker* so bili zbrani v tujini ali na podlagi prava druge države članice, ne določa pa nadaljnjih omejitev za nacionalne sodnike, kako morajo presojeti dopustnost dokazov.

123. Enak pristop je uporabilo tudi ESČP v svoji sodni praksi. Jasno je navedlo, da je dopustnost dokazov vprašanje nacionalnega prava,⁵⁴ pri čemer Sodišče pri presoji morebitne kršitve člena 6 EKČP „obravna postopek kot celoto, pri tem pa upošteva pravice obrambe ter interes javnosti in žrtev glede ustreznega pregona kaznivih dejanj, če je potrebno pa tudi pravice prič“.⁵⁵

124. Čeprav je v literaturi precej kritike takega nezadostnega standarda, zlasti glede na razlike v procesnem pravu držav članic,⁵⁶ pa to ne spremeni dejstva, da dopustnost dokazov trenutno ni urejena na ravni Unije.

125. Če povzamem, glede na trenutno stopnjo razvoja prava Unije pravo držav članic ureja vprašanje, ali so dopustni dokazi, zbrani v nasprotju z nacionalnim pravom oziroma pravom Unije.

126. Posledice morebitnega neupoštevanja pogojev izdaje EPN so v Direktivi o EPN redko navedene: člen 6(3) Direktive o EPN določa, da kadar izvršitveni organ upravičeno domneva, da pogoji iz člena 6(1) te direktive niso bili izpolnjeni, se lahko z odreditvenim organom posvetuje o pomembnosti izvršitve EPN, po takem posvetovanju pa se odreditveni organ lahko odloči za umik EPN.

127. Vprašanje dopustnosti dokazov je torej zaenkrat vprašanje nacionalnega prava. Če pa se uporablja pravo Unije, upoštevne nacionalne določbe ne smejo biti v nasprotju s členoma 47 in 48 Listine.⁵⁷

128. Procesni načeli enakovrednosti in učinkovitosti se nanašata na primere, ko pravo Unije posameznikom priznava pravice brez določitve pravnih sredstev. Države članice morajo zagotoviti uveljavljanje pravice iz prava Unije pod enakimi pogoji kot v primeru primerljive pravice iz nacionalnega prava, procesna pravila, ki se uporabljajo, pa ne smejo dejansko onemogočati uveljavljanja takih pravic.⁵⁸

129. Vendar pa pravo Unije posameznikom ne priznava nobene pravice v zvezi z dopustnostjo ali nedopustnostjo dokazov. Načeli enakovrednosti in učinkovitosti se torej ne uporabljata.

⁵³ Uredba Sveta (EU) 2017/1939 z dne 12. oktobra 2017 o izvajanju okrepljenega sodelovanja v zvezi z ustanovitvijo Evropskega javnega tožilstva (EJT) (UL, 2017, L 283, str. 1, ter popravka v UL 2020, L 433, str. 80, in UL 2021, L 57, str. 98; v nadaljevanju: uredba o EJT).

⁵⁴ Sodbe ESČP z dne 12. julija 1988, Schenk proti Švici (CE:ECHR:1988:0712JUD001086284, točki 45 in 46); z dne 11. julija 2017, Moreira Ferreira proti Portugalski (št. 2, CE:ECHR:2017:0711JUD001986712, točka 83); z dne 1. marca 2007, Heglas proti Češki republiki (CE:ECHR:2007:0301JUD000593502, točka 84).

⁵⁵ Sodba EKČP z dne 17. januarja 2017, Habran in Dalem proti Belgiji (CE:ECHR:2017:0117JUD004300011, točka 96).

⁵⁶ Hecker, B., „Mutual Recognition and Transfer of Evidence. The European Evidence Warrant“ v Ruggeri, S., (ur.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings: A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Berlin, 2013, na str. 277; Armada, I., opomba 19, str. 30.

⁵⁷ Sodba z dne 7. septembra 2023, Rayonna prokuratura (Osebna preiskava) (C-209/22, EU:C:2023:634, točki 58 in 61).

⁵⁸ Določeno v sodbah z dne 16. decembra 1976, Rewe-Zentralfinanz in Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, točka 5), in z dne 16. decembra 1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191, točka 13). V novejši sodni praksi glej na primer sodbo z dne 13. julija 2023, CAJASUR Banco (C-35/22, EU:C:2023:569, točka 23).

130. Nazadnje, tudi če bi se z nedopustnostjo dokazov kot posledico kršitve Direktive o EPN (domnevno) povečal *effet utile*, to še ne pomeni, da sme Sodišče oblikovati tako pravilo.

Vmesni predlog

131. Pravo Unije na tej stopnji razvoja ne ureja dopustnosti dokazov, zbranih na podlagi EPN, ki je bil izdan v nasprotju z zahtevami Direktive o EPN. Dopustnost dokazov je vprašanje nacionalnega prava, pri čemer pa je treba upoštevati zahteve glede pravice do obrambe iz členov 47 in 48 Listine.

IV. Predlog

132. Glede na zgoraj navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Landgericht Berlin (deželno sodišče v Berlinu, Nemčija), odgovori:

(1) v odgovor na prvo skupino vprašanj, predloženih v predhodno odločanje:

Če prvotni ukrep v državi izvršiteljici odobri sodnik, ni potrebno, da tudi evropski preiskovalni nalog (EPN) za posredovanje takih dokazov izda sodnik, tudi če bi na podlagi prava države izdajateljice tako zbiranje dokazov moral odobriti sodnik.

Dejstvo, da je bilo prestrežanje izvedeno na ozemlju druge države članice, nikakor ni upoštevno pri opredelitvi odreditvenega organa.

Pravo Unije ne zahteva, da mora EPN za posredovanje obstoječih dokazov, zbranih s prestrežanjem telekomunikacij, izdati sodišče, če nacionalno pravo v podobnem notranjem primeru določa, da lahko državni tožilec odredi tako posredovanje.

(2) v odgovor na drugo skupino vprašanj, predloženih v predhodno odločanje:

Presoja nujnosti in sorazmernosti EPN za posredovanje obstoječih dokazov opravi odreditveni organ, morebiten sodni nadzor pa zagotavlja pristojno nacionalno sodišče. Pri taki presoji je treba upoštevati, da dostop nacionalnega organa do prestreženih podatkov o komunikaciji pomeni hud poseg v zasebno življenje zadevnih oseb. Zato mora biti poseg uravnotežen s pomembnim javnim interesom za preiskovanje in pregon kaznivih dejanj.

(3) v odgovor na tretjo skupino vprašanj, predloženih v predhodno odločanje:

Če se izda EPN za posredovanje dokazov, s katerimi že razpolaga druga država, mora odreditveni organ na podlagi sklicevanja na podoben notranji primer iz člena 6(1)(b) Direktive 2014/41/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 3. aprila 2014 o evropskem preiskovalnem nalogu v kazenskih zadevah ugotoviti, ali in pod katerimi pogoji zadevno nacionalno pravo omogoča posredovanje dokazov, zbranih s prestrežanjem komunikacij med notranjimi kazenskimi postopki.

Odreditveni organ pri odločanju, ali lahko izda EPN za posredovanje obstoječih dokazov, ne more presojati o zakonitosti načina zbiranja dokazov v državi izvršiteljici, katere posredovanje zahteva z EPN.

Dejstvo, da so bili prvotni ukrepi, ki so podlaga za posredovanje, opravljeni na ozemlju države izdajateljice ali da so bili v interesu navedene države, ne vpliva na predhodni odgovor.

(4) v odgovor na četrto skupino vprašanj, predloženih v predhodno odločanje:

Država članica, ki v okviru enostranske kazenske preiskave ali postopka prestreže telekomunikacije na ozemlju druge države članice, mora o tem uradno obvestiti navedeno drugo državo članico.

Tako uradno obvestilo se lahko naslovi na kateri koli organ, za katerega država članica, ki prestreza, meni, da je ustrezen, saj ne more vedeti, kateri organ bi bil pristojen v podobnem notranjem primeru.

Namen člena 31 Direktive o EPN je varstvo zadevnih posameznih uporabnikov telekomunikacij in suverenosti obveščene države članice.

(5) v odgovor na peto skupino vprašanj, predloženih v predhodno odločanje:

Pravo Unije na tej stopnji razvoja ne ureja dopustnosti dokazov, zbranih na podlagi EPN, ki je bil izdan v nasprotju z zahtevami Direktive 2014/41. Dopustnost dokazov je vprašanje nacionalnega prava, pri čemer pa je treba upoštevati zahteve glede pravice do obrambe iz členov 47 in 48 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.