

Brussel, 28 mei 2018
(OR. en)

9418/18

Interinstitutionele dossiers:
2018/0107 (COD)
2018/0108 (COD)

JAI 516
COPEN 166
CYBER 117
DROIPEN 76
JAIEX 56
ENFOPOL 284
DAPIX 158
EJUSTICE 62
MI 399
CODEC 873

NOTA

van:	het voorzitterschap
aan:	Raad
Betreft:	Elektronisch bewijsmateriaal a) verordening betreffende het Europees bevel tot verstrekking en het Europees bevel tot bewaring van elektronisch bewijsmateriaal b) richtlijn betreffende wettelijke vertegenwoordigers op het gebied van bewijsgaring = Oriënterend debat

I. Inleiding

- Op 17 april 2018 heeft de Commissie twee wetgevingsvoorstellen aangenomen, te weten een *voorstel voor een verordening betreffende het Europees bevel tot verstrekking en het Europees bevel tot bewaring van elektronisch bewijsmateriaal in strafzaken*¹ en een *voorstel voor een richtlijn tot vaststelling van geharmoniseerde regels inzake de aanwijzing van wettelijke vertegenwoordigers ten behoeve van de bewijsgaring in strafprocedures*². Doel is de grensoverschrijdende toegang tot elektronisch bewijsmateriaal te verbeteren via een rechtskader voor rechtstreeks aan wettelijke vertegenwoordigers van dienstverleners gerichte rechterlijke bevelen, dat wil zeggen zonder tussenkomst van een autoriteit van de lidstaat waarin de wettelijke vertegenwoordiger gevestigd is.

¹ 8110/18.

² 8115/18.

Uit de eerste besprekingen op deskundigenniveau en uit een debat in het CATS kwam een aantal politiek belangrijke kwesties naar voren die het voorzitterschap op 4 juni aan de Raad (JBZ) wil voorleggen, opdat die politieke richtsnoeren kan verstrekken over zowel de insteek voor de komende onderhandelingen over de voorstellen, als de externe betrekkingen van de EU over deze kwestie met belangrijke partners als de Verenigde Staten (VS).

II. Toepassingsgebied van de wetgevingsvoorstellen van de Commissie

2. Een aantal delegaties was weliswaar ingenomen met de voorstellen maar betreunde het beperkte toepassingsgebied van de voorgestelde verordening, aangezien die niet gaat over de *rechtstreekse toegang tot elektronisch bewijsmateriaal* (rechtstreekse toegang tot gegevens zonder medewerking van een derde partij (dienstverlener) als tussenpersoon), noch over de *interceptie van gegevens in real-time*. Voor veel delegaties zijn dit echter twee belangrijke elementen die wel degelijk aan bod moeten komen omdat ze in een operationele behoefte voorzien en derhalve volgens hen nadere en veel uitvoerigere studie behoeven. Maar de meningen lopen uiteen over de vraag of dit zou moeten gebeuren met het oog op de opname ervan in de huidige voorstellen of eerder in het kader van een parallel proces naast deze voorstellen teneinde de huidige onderhandelingen niet te vertragen of te rekken.
3. Wat betreft de *interceptie van gegevens in real-time* zijn tot dusverre navolgende overwegingen naar voren gebracht:
 - dit is een gevoelige en indringende maatregel;
 - deze mogelijkheid is reeds vastgelegd in de meeste nationale wetgeving met het oog op binnenlands gebruik, in de richtlijn over het Europees onderzoeksbevel, alsmede in de CLOUD Act van de VS. Met dit bredere kader moet de EU rekening houden bij het ontwerpen van een grondslag voor interceptie van gegevens in real-time, waarbij ook niet uit het oog mag worden verloren dat de autoriteiten van de lidstaten moeten worden uitgerust met het volledige scala aan instrumenten ter bestrijding van misdaad in het digitale tijdperk (waarover hun Amerikaanse collega's beschikken). Bovendien gaven de lidstaten aan dat in het kader van de reflectie over deze maatregel eveneens gekeken moet worden naar de mogelijkheid om, op basis van wederkerigheid, de interceptie van gegevens in real-time te regelen in een uitvoeringsovereenkomst krachtens de CLOUD Act van de VS.

4. Wat betreft de *rechtstreekse toegang tot elektronisch bewijsmateriaal* zijn tot dusverre navolgende overwegingen naar voren gebracht:
- dit is een krachtig middel bij verlies van locatie of bij niet-coöperatieve dienstverleners omdat het de autoriteiten van de lidstaten de bevoegdheid verleent zich, na een hulpmiddel te hebben doorzocht en in beslag genomen of na gebruik te hebben gemaakt van wettelijk verkregen persoonlijke beveiligingsgegevens voor toegang tot een gebruikersaccount, op afstand toegang tot gegevens te verschaffen;
 - de huidige nationale wetgeving ter regulering van dit soort rechtstreekse toegang in de lidstaten is zeer divers, met name wat betreft waarborgen en bevoegdheden;
 - een gemeenschappelijk EU-kader tot stand brengen kan nuttig zijn, maar bij een dergelijke EU-aanpak moet zorgvuldig rekening worden gehouden met dat uiteenlopende karakter van de nationale rechtskaders en moeten een aantal juridische kwesties, bijvoorbeeld de passende rechtsgrond, zorgvuldig worden bestudeerd.
5. *De ministers wordt verzocht van gedachten te wisselen over de urgentie van deze kwestie en over de modaliteiten voor voortzetting van de besprekingen over de totstandbrenging van een EU-kader voor rechtstreekse toegang tot elektronisch bewijsmateriaal en interceptie van gegevens in real-time.*

III. Recente internationale ontwikkelingen en de impact van de CLOUD Act van de VS

6. Bij de op 23 maart 2018 door het Amerikaans Congres goedgekeurde CLOUD Act³ is de Stored Communications Act uit 1986 gewijzigd met de verduidelijking dat Amerikaanse dienstverleners verplicht zijn gehoor te geven aan Amerikaanse orders om inhoudsgegevens vrij te geven ongeacht waar deze zijn opgeslagen⁴. Daarnaast voorziet de CLOUD Act in de sluiting, onder bepaalde voorwaarden, van uitvoeringsovereenkomsten met buitenlandse regeringen op basis waarvan Amerikaanse dienstverleners onder in dergelijke uitvoeringsovereenkomsten vast te stellen voorwaarden, inhoudsgegevens rechtstreeks aan deze buitenlandse regeringen kunnen leveren (en communicatie per draad kunnen onderscheppen).

³ Clarifying Lawful Overseas Use of Data

⁴ De zaak US vs. Microsoft Corporation over dit onderwerp is hierdoor nu zonder voorwerp. De zaak ging over de vraag of Amerikaanse rechtshandhavingsautoriteiten krachtens de Stored Communications Act uit 1986 een in de Verenigde Staten gevestigde dienstverlener via een rechterlijk bevel kunnen sommeren de inhoud van een op een buitenlandse server opgeslagen e-mailaccount vrij te geven.

7. De ministers spraken zich bij het overleg over dit onderwerp tijdens de Raad (JBZ) van maart uit voor een gemeenschappelijke EU-aanpak jegens de Verenigde Staten, waarbij zij benadrukten dat dit niet alleen verregaand zou bijdragen tot juridische duidelijkheid voor dienstverleners en de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, maar dat hiermee tevens kan worden voorkomen dat er allerlei verschillende regelingen komen, de EU op dit onderwerp fragmenteert, en lidstaten ongelijk behandeld worden.
8. Tijdens de bijeenkomst van het CATS van 18 mei hebben de Commissie en de Juridische Dienst van de Raad verduidelijkt dat de EU bevoegd is dergelijke onderhandelingen met de VS te voeren en dat de lidstaten geen bilaterale onderhandelingen moeten openen. De Commissie benadrukte bij deze gelegenheid tevens een aantal van voornoemde voordelen. Ook tijdens de ministeriële bijeenkomst van de EU en de VS van 22 en 23 mei 2018 in Sofia hebben de Commissie en het voorzitterschap aangegeven dat de EU ter zake bevoegd is.
9. De sluiting van een uitvoeringsovereenkomst tussen de EU en de VS moet tevens gezien worden in het licht van de bepalingen van artikel 48 van de zojuist in werking getreden algemene verordening gegevensbescherming. In dat artikel is bepaald dat *elke rechterlijke uitspraak [...] op grond waarvan een verwerkingsverantwoordelijke of een verwerker persoonsgegevens moet doorgeven of verstrekken, alleen op enigerlei wijze mag worden erkend of afdwingbaar mag zijn indien zij gebaseerd is op een internationale overeenkomst [...] tussen het verzoekende derde land en de Unie [...] onverminderd andere gronden voor doorgifte uit hoofde van [...] hoofdstuk [V]*.
10. Tot besluit dient bij de vormgeving van de toekomstige betrekkingen bijzondere aandacht te worden besteed aan de specifieke regels in de desbetreffende wetgeving die betrekking hebben op gevallen waarin dienstverleners met conflicterende nationale wetgevingen te maken hebben. Zo bevat de Amerikaanse CLOUD Act een "courtoisie-clausule"⁵, terwijl artikel 15 van de ontwerpverordening van de EU⁶ voorziet in een toetsingsprocedure in geval van tegenstrijdige verplichtingen. Met het oog op wederkerigheid en operationele efficiëntie zullen deze bepalingen uitvoerig en zorgvuldig moeten worden bestudeerd.

⁵ De "courtoisie-clausule" stelt dienstverleners in staat een Amerikaanse rechter te verzoeken een bevel betreffende bewaring of verstrekking van gegevens te vernietigen of te wijzigen indien de gegevens betrekking hebben op een niet-Amerikaan, alsmede indien zij door het bevel op te volgen de wetten zouden schenden van een land waarmee de VS een uitvoeringsovereenkomst heeft gesloten, die uit hoofde van de voor hen geldende wetgeving voorziet in soortgelijke mogelijkheden voor dienstverleners.

⁶ Artikel 15 voorziet in een dialoog met de centrale autoriteit van het desbetreffende derde land. Uitsluitend wanneer deze autoriteit geen bezwaar aantekent, wordt het Europees verstrekkingbevel gehandhaafd en moeten de gevraagde gegevens daadwerkelijk worden verstrekt.

11. *De ministers wordt verzocht te bevestigen dat zij spoedig met de Verenigde Staten in onderhandeling willen treden over de sluiting van een uitvoeringsovereenkomst tussen de EU en de VS, alsmede om de Commissie te verzoeken binnen de kortst mogelijke termijn de Raad een aanbeveling voor een onderhandelingsmandaat ter zake voor te leggen. De ministers wordt verzocht de Commissie te verzoeken om dit tevens te doen voor het tweede aanvullende protocol bij het Verdrag van Budapest, dat momenteel wordt uitgewerkt onder auspiciën van de Raad van Europa.*
-