

## Computerrecht 2019/94

Rechtbank Noord-Holland 28 februari 2019, nrs. 15/870028-16 en 13/032439-13 (tul)  
m.nt. dr. D.A.G. van Toor<sup>1</sup>

(Art. 29 Sv; art. 6 EVRM)

ECLI:NL:RBNHO:2019:1568

**In de onderhavige zaak wordt de verdachte vervolgd voor verschillende vermogensdelicten en deelname aan een criminele organisatie met als doel het plegen van vermogensdelicten. Vier feiten worden bewezen verklaard, en de rechtbank gebruikt daarvoor bewijsmiddelen die verkregen zijn doordat de politie de verdachte heeft gedwongen zijn *smartphone* te ontgrendelen. In deze uitspraak staat de rechtsvraag centraal of het gedwongen ontgrendelen van een *smartphone*, doordat de duim van de verdachte op het toestel wordt gelegd door de politie, in strijd is met het nemo-teneturbeginsel.**

Dit vonnis is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de openbare terechtzittingen van 28 januari 2019, 30 januari 2019 en 14 februari 2019 (locatie Haarlem) [...].

De rechtbank heeft kennisgenomen van de vordering van de officier van justitie, mr. J. van der Putte, en van hetgeen verdachte en zijn raadsman, mr. M.C. Jonge Vos, advocaat te Amsterdam, naar voren hebben gebracht.

### 1 Tenlastelegging

Aan verdachte is ten laste gelegd dat hij

#### *feit 2*

op een of meer tijdstip(pen) in de periode van 1 september 2015 tot en met 29 september 2015 te Amsterdam, meermalen, althans eenmaal, (telkens) tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, (telkens) met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening in/uit een of meer postbus(sen)/brievenbus(sen) heeft/hebben weggenomen (telkens) een of meer poststuk(ken)/envelop(pen) inhoudende een of meer bankpas(sen), in elk geval een of meer goed(eren), (telkens) geheel of ten dele toebehorende aan

- [rekeninghouder 4] en/of [rekeninghouder 5] (10-09-2015) en/of
- [rekeninghouder 6] en/of [rekeninghouder 7] (10-09-2015) en/of
- [rekeninghouder 8] en/of [rekeninghouder 9] (24/09/2015) en/of
- [rekeninghouder 10] en/of [rekeninghouder 11] (25/09/2015) en/of

- [rekeninghouder 12] en/of [rekeninghouder 13] (25/09/2015) en/of
- [rekeninghouder 14] (25/09/2015) en/of
- [rekeninghouder 15] en/of [rekeninghouder 16] (25/09/2015) en/of
- [rekeninghouder 1] (29/09/2015) en/of
- [rekeninghouder 2] en/of [rekeninghouder 3] (29/09/2015) en/of
- Rabobank en/of
- ABN-AMRO bank,

in elk geval aan een ander of anderen dan aan verdachte en/of zijn mededader(s), waarbij verdachte en/of zijn mededader(s) zich (telkens) de toegang tot de plaats van het misdrijf heeft/hebben verschaft en/of die/dat weg te nemen poststuk(ken)/envelop(pen) onder zijn en/of hun bereik heeft/hebben gebracht door middel van (een) valse sleutel(s), te weten (een) niet daartoe bestemd(e)) sleutel(s);

#### *feit 3*

op een of meer tijdstip(pen) in de periode van 1 september 2015 tot en met 10 september 2015 te Amsterdam en/of elders in Nederland, (telkens) tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, meermalen, althans eenmaal, (telkens) opzettelijk en wederrechtelijk in een (gedeelte van) een of meer geautomatiseerd werk(en), te weten de computer(s) en/of server(s) van de (beveiligde) internetbankieren omgeving (van de Rabobank) is/zijn binnengedrongen, waarbij hij, verdachte en/of zijn mededader(s) (telkens) de toegang heeft/hebben verworven tot het/de geautomatiseerde werk(en)

- met behulp van (een) valse sleutel(s), te weten de inlogcode voor het internetbankieren, welke code is verkregen door het onbevoegd gebruik maken van de bankpas en pincode (in combinatie met de randomreader) (van [rekeninghouder 7] ) en/of
- door het aannemen van een valse hoedanigheid, te weten als zijnde een geautoriseerde van [rekeninghouder 7]

(en zich aldus toegang verschaft tot de zich op die internetbankieren omgeving (van de Rabobank) bevindende gegevens (van [rekeninghouder 7] ));

[...]

#### *feit 8*

op een of meer tijdstip(pen) in de periode van 1 december 2015 tot en met 16 februari 2016 te Amsterdam en/of elders in Nederland, meermalen, althans eenmaal, (telkens) tezamen en in vereniging met een ander of anderen, (telkens) met het oogmerk dat daarmee een misdrijf als bedoeld in artikel 138ab, eerste lid, 138b of 139c wordt gepleegd en/of met het oogmerk dat daarmee een misdrijf als bedoeld in artikel 350a, eerste lid, of 350c wordt gepleegd, een computerwachtwoord, toegangscode of daarmee vergelijkbaar gegeven, waardoor toegang kan worden verkregen tot (een) (gedeelte van een) geautomatiseerd werk(en), te weten de pincode van de bank- en/of betaalpas (van [rekeninghouder 19] ) bestemd voor het verrichten of verkrijgen van betalings-

<sup>1</sup> D.A.G. (Dave) van Toor PhD LLM BSc is verbonden als universitair docent aan de Open Universiteit en als wetenschappelijk medewerker Strafrecht & Criminologie aan de *Universität Bielefeld* (Duitsland).

gen langs geautomatiseerde weg, heeft/hebben verworven, verspreid of anderszins ter beschikking heeft/hebben gesteld of voorhanden heeft/hebben gehad;

**feit 9**

in de periode van 1 september 2015 t/m 9 februari 2016 te Amsterdam en/of een of meer plaats(en) in Nederland heeft deelgenomen aan een organisatie, welke organisatie tot oogmerk had het plegen van misdrijven, namelijk

- oplichting (art. 326 Wetboek van Strafrecht) en/of
- plaatsen opname- aftap- en/of af luisterapparatuur (art. 139d wetboek van Strafrecht) en/of
- gegevens voorhanden hebben om computergegevens(s) aan te tasten of te manipuleren (art. 350d wetboek van Strafrecht) en/of
- computervrederebreuk (art. 138ab Wetboek van strafrecht) en/of
- aantasting of manipulatie van computergegevens (art. 350a Wetboek van Strafrecht) en/of
- diefstal door middel van een valse sleutel (art. 311 Wetboek van Strafrecht) en/of
- witwassen (art. 420bis Wetboek van Strafrecht).

**2 Voorvragen**

De rechtbank heeft vastgesteld dat de dagvaarding geldig is, dat zij bevoegd is tot kennisneming van de zaak, dat het Openbaar Ministerie ontvankelijk is in zijn vervolging en dat er geen redenen zijn voor schorsing van de vervolging.

**3 Beoordeling van het bewijs**

**3.1. Inleiding**

In september 2015 is de politie onderzoek Cyber007 gestart. Dit onderzoek draait om een vorm van fraude die bekend staat als “phishing”. Phishing houdt kort gezegd in dat rekeninghouders of banken onder valse voorwendselen worden bewogen tot de afgifte van bankpassen en/of vertrouwelijke gegevens, die nodig zijn voor internetbankieren en het pinnen van geld. Tijdens onderzoek Cyber007 heeft de politie verschillende verdachten geïdentificeerd. Verdachte wordt verweten dat hij heeft deelgenomen aan een criminele organisatie gericht op het plegen van met phishing fraude verband houdende misdrijven (feit 9) en dat hij zich samen met andere deelnemers van deze organisatie heeft schuldig gemaakt oplichtingen (feit 1), diefstallen door middel van valse sleutels (feiten 2 en 6) en verschillende vormen van computercriminaliteit (feiten 3, 4, 5, 7 en 8). De vraag die voorligt, is of de in het dossier aangedragen feiten en omstandigheden, alsmede het verhandelde ter terechtzitting voldoende redengevend zijn voor het bewijs dat hij zich aan deze strafbare feiten schuldig heeft gemaakt.

**3.2. Standpunt van het Openbaar Ministerie**

De officier van justitie heeft gerekwireerd tot bewezenverklaring van het onder 1, 2, 3, 7, 8 en 9 tenlastegelegde. Het onder 4, 5 en 6 tenlastegelegde kan volgens de officier van

justitie niet wettig en overtuigend worden bewezen. Daarvan heeft de officier van justitie vrijspraak gevorderd.

**3.3. Standpunt van de verdediging**

De raadsman heeft bepleit dat verdachte integraal van de negen aan hem ten laste gelegde feiten moet worden vrijgesproken.

**3.4. Oordeel van de rechtbank**

**3.4.1. Bewijsverweer: bewijsuitsluiting na vormverzuim ontgrendelen van en onderzoek aan smartphone verdachte**

**3.4.1.1. Standpunt van de verdediging**

De raadsman heeft bepleit dat de bestanden, die zijn aange troffen op de iPhone van verdachte, van het bewijs dienen te worden uitgesloten. Tijdens het onderzoek zijn volgens de raadsman meerdere belangrijke rechtsbeginselen in aanzienlijke mate geschonden en is inbreuk gemaakt op de grondrechten van verdachte, zonder dat daarvoor een wettelijke voorziening bestaat. Hierdoor is sprake van meerdere onherstelbare vormverzuimen. De officier van justitie heeft, zonder dat hiertoe een specifieke wettelijke bevoegdheid bestaat, de politie opdracht gegeven verdachte (fysiek) te dwingen zijn iPhone te ontgrendelen om zo toegang te krijgen tot de volledige inhoud van die iPhone. Niet alleen is met het (onnodig) aanleggen van de handboeien en het vervolgens drukken van de duim op het telefoonscherm gehandeld in strijd met de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren en met het recht op lichamelijke integriteit (artikel 11 van de Grondwet), ook is gehandeld in strijd met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Bij de gedwongen ontgrendeling van de iPhone ging het om het verkrijgen van de informatie op de iPhone. Door de iPhone volledig uit te lezen en deze (onrechtmatig) te doorzoeken is dan ook op ontoelaatbare wijze inbreuk gemaakt op het recht van verdachte op een eerlijk proces (artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM)), meer in het bijzonder het nemo tenetur-beginsel, en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer/privacy van verdachte.

**3.4.1.2. Standpunt van de officier van justitie**

De officier van justitie heeft zich op het standpunt gesteld dat het ontgrendelen van de onder verdachte in beslag genomen iPhone op rechtmatige wijze heeft plaatsgevonden en dat het daarin aangetroffen materiaal voor het bewijs kan worden gebruikt. Het vermoeden bestond – gelet op de eerdere bevindingen bij onderzoek aan de telefoons van medeverdachten [medeverdachte 1] (hierna: [medeverdachte 1] ) en [medeverdachte 2] (hierna: [medeverdachte 2] ) – dat ook in de telefoon van verdachte afbeeldingen en chats zouden worden gevonden die betrokkenheid bij phishing aantoonde. De politie beschikte echter niet over het wachtwoord van de iPhone om de telefoon daarmee te ontgrendelen. De techniek om een dergelijk type iPhone en besturingssysteem te kraken was er op dat moment ook nog niet. Op grond van artikel 61a van het Wetboek van Straf-

vordering (hierna: Sv) is verdachte daarom door de officier van justitie bevolen mee te werken aan het ontgrendelen van zijn iPhone. Toen verdachte dat weigerde, is hij geboeid en is zijn duim op het toestel geplaatst, waardoor deze ontgrendelde. De daarmee gemaakte inbreuk op de lichamelijke integriteit van verdachte is volgens de officier van justitie minimaal. Verder heeft de officier van justitie aangevoerd dat een vingerafdruk onafhankelijk van de wil van verdachte bestaat, waardoor het verkrijgen van toegang tot de telefoon niet in strijd is met het nemo tenetur-beginsel en op dit punt dus ook geen sprake is van een vormverzuim. [...]

### 3.4.1.3. Oordeel van de rechtbank

#### 3.4.1.3.1. Feiten en omstandigheden

Op grond van de inhoud van het dossier en het behandelde ter terechtzitting stelt de rechtbank de volgende feiten en omstandigheden vast.

Op 16 februari 2016 is verdachte aangehouden op verdenking van overtreding van de artikelen 310, 311 en 326 jo artikel 47 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) (kort gezegd: diefstal in vereniging en oplichting), zijnde feiten waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. De iPhone die verdachte bij zijn aanhouding bij zich had, is in beslag genomen en door de politie meteen in 'Flight Mode' gezet, zodat de telefoon niet van afstand kon worden gewist. Tijdens zijn verhoor heeft verdachte verklaard dat de in beslag genomen iPhone zijn toestel is en dat niemand anders dat toestel gebruikt. Aan verdachte is gevraagd of hij de toegangscode van zijn telefoon wilde geven. Dat wilde hij niet. De officier van justitie heeft vervolgens, op grond van artikel 61a Sv, verdachte bevolen mee te werken aan het ontgrendelen van de iPhone. Verdachte is nogmaals gevraagd naar zijn toegangscode, waarna verdachte is meegedeeld dat als hij zijn toegangscode niet zou geven, verbalisanten hem, desnoods met gepast geweld, zouden boeien om zijn vingerafdruk te gebruiken om de iPhone te ontgrendelen. Verdachte heeft hierop geantwoord dat hij zijn toegangscode niet zou geven. Vervolgens is verdachte geboeid en is zijn rechterduim, zonder geweld, op de vingerafdrukscanner van de iPhone geplaatst. Hierdoor werd de iPhone ontsloten.

#### 3.4.1.3.2. Toegang tot de iPhone

##### *Wettelijke grondslag*

De rechtbank stelt voorop dat de opsporingsambtenaren bevoegd waren tot inbeslagname van de iPhone van verdachte. Onder verwijzing naar het zogenaamde Smartphone-arrest van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2017:584) overweegt de rechtbank dat ten behoeve van de waarheidsvinding onderzoek mag worden gedaan aan in beslag genomen voorwerpen teneinde gegevens voor het strafrechtelijk onderzoek ter beschikking te krijgen. In een iPhone opgeslagen of beschikbare gegevens zijn daarvan niet uitgezonderd. De wettelijke basis voor dat onderzoek door opsporingsambtenaren is gelegen in de artikelen 94 jo. 95 en 96 Sv. De bevoegdheid tot inbeslagname van voorwerpen en de daarin besloten bevoegdheid tot het verrichten van onderzoek aan die voorwerpen kunnen op grond van artikel 95 en 96

Sv ook worden uitgeoefend door de op grond van artikel 148 Sv met het gezag over de opsporing belaste officier van justitie, nu deze blijkens artikel 141, aanhef en onder a, Sv met opsporing is belast. Tevens bieden deze wettelijke bepalingen de grondslag voor het verrichten van onderzoek aan in beslag genomen voorwerpen door de officier van justitie, indien de inbeslagname is geschied door een opsporingsambtenaar.

Uit dit samenstel van wettelijke bepalingen volgt naar het oordeel van de rechtbank ook dat opsporingsambtenaren en de officier van justitie zich de toegang tot een in beslag genomen voorwerp, in dit geval een iPhone, mogen verschaffen teneinde de gegevens op die telefoon veilig te stellen voor onderzoek. Indien de toegang tot het in beslag genomen voorwerp is beveiligd met bijvoorbeeld een toegangscode, is het de opsporingsambtenaren toegestaan deze beveiliging te kraken, zonder dat daarvoor de medewerking van een verdachte nodig is. Het komt ook voor dat de toegang tot een in beslag genomen voorwerp alleen kan worden verkregen met medewerking van een verdachte, zoals in deze zaak het geval bleek. Naar het oordeel van de rechtbank kan een verdachte tot die medewerking worden gedwongen, mits dit niet in strijd komt met het nemo tenetur-beginsel en wordt voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

##### *Het nemo tenetur-beginsel*

In dit verband is de vraag aan de orde of het plaatsen van de duim van verdachte op de iPhone zonder zijn toestemming/medewerking in strijd is met het nemo tenetur-beginsel. Dit beginsel betreft het recht van een verdachte om niet te worden gedwongen (actief) aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Uit jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens (hierna: EHRM) volgt dat dit vooral betrekking heeft op het afleggen van verklaringen onder dwang. Het recht van verdachte om zichzelf niet te belasten is immers "primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent" (EHRM 29 juni 2007, O'Halloran and Francis, UN BB3173, NJ 2008/25, rov. 47). Een verdachte is wel gehouden tot het (passief) ondergaan en dulden van onderzoeksmaatregelen. Materiaal dat onafhankelijk van de wil van verdachte bestaat, mag onder dwang worden verkregen, zoals bijvoorbeeld geldt voor bloed- en urinemonsters (EHRM 8 april 2004, appl.nr 38544/97 (Weh/Austria) en EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699 (Saunders/United Kingdom)).

Anders dan de situatie waarin verdachte wordt gedwongen de toegangscode van zijn telefoon te geven, hetgeen een verklaring van verdachte vereist, maakt het plaatsen van de duim van verdachte op zijn iPhone naar het oordeel van de rechtbank geen inbreuk op het nemo tenetur-beginsel. Het betreft hier namelijk het dulden van een onderzoeksmaatregel die geen actieve medewerking van verdachte vereist. Daar komt bij dat de vingerafdruk met een zeer geringe mate van dwang is verkregen. Dat met het plaatsen van de duim van verdachte op de iPhone toegang wordt verkregen tot mogelijk wilsafhankelijke en voor hem belastende ge-

gevens, maakt dit naar het oordeel van de rechtbank niet anders.

*Proportionaliteit en subsidiariteit*

De officier van justitie heeft ter terechtzitting verklaard dat ten tijde van de aanhouding van verdachte de technologie van de onder verdachte in beslag genomen iPhone zo nieuw was, dat de toegang tot die telefoon (en meer in het bijzonder de gegevens op die telefoon) zonder medewerking van verdachte nog niet met technische hulpmiddelen en/of destructief onderzoek door het NFI kon worden verkregen. De mogelijkheid tot ontgrendeling van de iPhone met gebruik van een vingerafdruk was bovendien in tijd en aantal toegangspogingen gelimiteerd. De rechtbank heeft geen redenen te twijfelen aan deze mededelingen van de officier van justitie en gaat derhalve uit van voornoemde onderzoeksbeperkingen aan de iPhone van verdachte.

De rechtbank stelt vast dat het doel van het ontgrendelen van de iPhone, door middel van het plaatsen van de duim van verdachte op het toestel, het veiligstellen van de daarin opgeslagen of beschikbare gegevens betrof. Gelet op de ernst en aard van de verdenkingen tegen verdachte, het ontbreken van zijn medewerking tot het ontgrendelen van de iPhone, de gerechtvaardigde verwachting bij de opsporingsambtenaren dat zich op de iPhone voor het onderzoek relevante gegevens zouden bevinden, alsmede voornoemde onderzoeksbeperkingen aan de iPhone, is de rechtbank van oordeel dat een minder ingrijpend middel tot ontgrendeling van de iPhone niet voorhanden was. Onder deze omstandigheden was het plaatsen van de duim van verdachte op zijn telefoon om deze te ontgrendelen en de gegevens op die telefoon veilig te stellen, rechtmatig.

Voor het plaatsen van de duim van verdachte op de iPhone heeft een verbalisant verdachte handboeien omgedaan, ter voorkoming van vernieling van de telefoon, en zijn duim vervolgens op de iPhone geplaatst. Hiermee is naar het oordeel van de rechtbank slechts een beperkte inbreuk gemaakt op de lichamelijke integriteit van verdachte, welke inbreuk gelet op het risico van frustratie van het onderzoek door verdachte gerechtvaardigd was.

*Conclusie toegang iPhone*

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de toegang tot de iPhone met het onder dwang gebruikmaken van de vingerafdruk van verdachte in de gegeven omstandigheden op rechtmatige wijze heeft plaatsgevonden.

[...]

**3.5. Bewezenverklaring**

De rechtbank acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het onder 2, 3, 8 en 9 tenlastegelegde heeft begaan,

[...]

**4 Kwalificatie en strafbaarheid van de feiten**

Het bewezenverklaarde levert op:

**feit 2**

diefstal door twee of meer verenigde personen, waarbij de schuldige het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebracht door middel van valse sleutels, meermalen gepleegd;

**feit 3**

medeplegen van computervredebreuk;

**feit 8**

medeplegen van het met het oogmerk dat daarmee een misdrijf als bedoel in artikel 138ab, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht wordt gepleegd, een computerwachtwoord, toegangscode of een daarmee vergelijkbaar gegeven waardoor toegang kan worden verkregen tot een geautomatiseerd werk of deel daarvan, voorhanden hebben;

**feit 9**

deelnemen aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven.

Er is geen omstandigheid aannemelijk geworden waardoor de wederrechtelijkheid aan het bewezenverklaarde zou ontbreken. Het bewezenverklaarde is derhalve strafbaar.

[...]

Veroordeelt verdachte tot een gevangenisstraf voor de duur van 218 (tweehonderdachttien) dagen, met bevel dat van deze straf een gedeelte van 180 (honderdtachtig) dagen niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten op grond dat verdachte voor het einde van de op 2 (twee) jaren bepaalde proeftijd zich aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt.

**Noot**

1. In 2017 verscheen in dit tijdschrift een artikel van mijn hand waarin de rechtmatigheid van het gedwongen ontgrendelen door justitie en politie van elektronische informatiedragers van de verdachte centraal stond, naar aanleiding van berichtgeving uit de Verenigde Staten van Amerika waarin de autoriteiten vergrendelde informatiedragers onderzochten.<sup>2</sup> Destijds voorzag ik vier verschillende mogelijkheden om een door de verdachte vergrendelde informatiedrager te ontgrendelen: via de afname van een vingerafdruk; directe ontgrendeling door de verdachte; dat derden – bijvoorbeeld telecommunicatieaanbieders, software- of hardwarebedrijven – de toegang verschaffen of; het kraken van het apparaat. Twee jaar, en enkele andere wetenschappelijke bijdragen,<sup>3</sup> later heeft een Nederlandse

2 D.A.G. van Toor, 'De vergrendelde smartphone als object van strafvorderlijk onderzoek', *Computerrecht* 2017/2.

3 A. Bood, 'Geef ze een vinger ...', *NJB* 2018/1880; L. Stevens, 'Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur', *NJB* 2019/315; M. Egberts & W. Ferdinandusse, 'Reactie op Alex Bood', *NJB* 2019/316; D.A.G. van Toor, 'Het gedwongen ontgrendelen van een smartphone in het licht van het nemoteneturbeginsel. Reactie op Boods 'Geef ze een vinger ...'', *NJB* 2019/317; A. Bood, 'Naschrift', *NJB* 2019/318.

rechter zich voor het eerst over het *directe ontgrendelen door de verdachte* met een duimscan uitgelaten.<sup>4</sup> In deze uitspraak staat de rechtsvraag centraal of het gedwongen ontgrendelen van een *smartphone*, doordat de duim van de verdachte op het toestel wordt gelegd, in strijd is met het nemo-teneturbeginsel. In deze annotatie wordt eerst het oordeel van de rechtbank beschreven (randnr. 2) en vervolgens geanalyseerd (randnr. 3). Daarna wordt specifiek ingegaan op het begrip “wils(on)afhankelijkheid”, dat volgt uit het *Saunders*-arrest en in de rechtspraak van de Hoge Raad, mijns inziens ten onrechte,<sup>5</sup> centraal wordt gesteld bij de analyse van de betekenis van het nemo-teneturbeginsel<sup>6</sup> (randnr. 4).

2. De rechtbank oordeelt in rechtsoverweging 3.4.1.3.2.<sup>7</sup> dat de autoriteiten zich rechtmatig toegang tot de inhoud van verdacht *smartphone* hebben verschaft door de informatiedrager met het gedwongen inscannen van biometrische gegevens te ontgrendelen. (Overigens wordt de analyse van de inhoud wel als vormverzuim bestempeld door de rechtbank (r.o. 3.4.1.3.3.)) Volgens de rechtbank biedt het nemo-teneturbeginsel – dat door de rechtbank wordt omschreven als ‘het recht van een verdachte om niet te worden gedwongen (actief) aan zijn eigen veroordeling mee te werken’ – de verdachte voornamelijk bescherming tegen de verkrijging van afgedwongen verklaringen. In tegenstelling tot afgedwongen verklaringen beschermt het beginsel niet tegen het onder dwang verkrijgen van materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat. Volgens de rechtbank is het gedwongen verkrijgen van een toegangscode het ongeoorloofd verkrijgen van een verklaring, terwijl biometrische gegevens geen actieve medewerking vereisen. Als (ondergeschikt) argument vermeldt de rechtbank dat zeer geringe mate van dwang is gebruikt. Het oordeel wordt ook niet anders doordat ‘mogelijk wilsafhankelijke en voor hem belastende gegevens’ worden verkregen.

3. De rechtbank komt tot dezelfde conclusie met betrekking tot de rechtmatigheid van het verschaffen van toegang tot de *smartphone* als ondergetekende in het eerder aangehaalde artikel uit 2017.<sup>8</sup> Daar staat tegenover dat de argumentatie van de rechtbank onbegrijpelijk is doordat zij niet consequent doorredeneert. De rechtbank geeft drie argumenten waarom het verkrijgen van de duimafdruk *in casu* geen schending oplevert: (i) het betreft geen actieve medewerking; (ii) een zeer geringe mate van dwang is toegepast; en (iii) de inhoud – het verkrijgen van wilsafhankelijke gegevens – van de *smartphone* is irrelevant voor de beoordeling. Hier lopen drie thema’s door elkaar, namelijk

de aard van de medewerking, de aard en mate van dwang en de aard van het verkregen materiaal. Het eerste argument – dulden van een onderzoeksmaatregel – is, volgens de Hoge Raad, niet van belang voor het antwoord of materiaal wils(on)afhankelijk bestaat.<sup>9</sup> Daarvoor is de aard van het materiaal relevant, en niet de aard van de medewerking. Het tweede argument – de aard en mate van dwang – is in de rechtspraak van EHRM het centrale criterium,<sup>10</sup> terwijl in de rechtspraak van de Hoge Raad dit criterium niet centraal staat.<sup>11</sup> Door dit argument te gebruiken, lijkt de rechtbank aansluiting te zoeken bij het toetsingskader van het EHRM. De aard van de dwang is *in casu* een inbreuk op de lichamelijke integriteit, en de mate van dwang is als gering te bestempelen doordat de verdachte voor korte duur is beperkt in de bewegingsvrijheid van zijn armen en handen. In het derde argument maakt de rechtbank mijns inziens twee fouten. Ten eerste bestaat materiaal dat is opgeslagen op de *smartphone* niet wilsafhankelijk: de informatie bestaat voordat de verdachte wordt gedwongen de gegevensdrager te ontgrendelen.<sup>12</sup> Ten tweede is het mijns inziens wel relevant voor de beoordeling van de klacht over schending van het nemo-teneturbeginsel welke aard materiaal wordt verkregen door de dwang: de aard van het materiaal bepaalt mede welke aard en mate van dwang geoorloofd is.<sup>13</sup> De geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit is in deze casus de aard en mate van dwang, ter verkrijging van materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat (aard van het materiaal). Dit is geoorloofd in het licht van de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad. Bij een zwaardere mate van dwang wordt dit anders: fysiek geweld dat de ondergrens van artikel 3 EVRM overschrijdt, is een aard en mate van dwang waardoor ook de ontgrendeling met een vingerafdruk waarmee onafhankelijk van de wil bestaand materiaal wordt verkregen mogelijk tot bewijsuitsluiting moet leiden.<sup>14</sup> Ook zou het antwoord anders zijn als van de verdachte een andere ontgrendelmethode wordt verlangd. Namelijk als, zoals de rechtbank terecht opmerkt, de verdachte een wacht-

4 Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568.

5 Zie daarover uitgebreid: D.A.G. van Toor, ‘Het nemo-teneturbeginsel: rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad vergeleken’, *TBS&H* 2016, 1, p. 28-43.

6 S.L.T.J. Ligthart, ‘Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM. Doorwerking van het nemo tenetur-beginsel in enkele gedachte-experimenten volgens de benadering van het EHRM en van de Hoge Raad’, *DD* 2019/16.

7 Randnummers 2 en 3 zijn respectievelijk een beschrijving en analyse van deze rechtsoverweging, tenzij anders vermeld.

8 Anders Bood 2019. Zie voor kritiek op Bood, en dezelfde conclusie als de rechtbank: Stevens 2019; Egberts & Ferdinandusse 2019; Ligthart 2019; Van Toor 2019.

9 HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1135, r.o. 4.4.2: ‘Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel van het hof dat de door de Staat gevorderde bescheiden, in het bijzonder bankafschriften, in de gegeven omstandigheden zijn aan te merken als wilsafhankelijk materiaal. Dit onderdeel slaagt. Het arrest van 12 juli 2013 definieert onder 3.6 ‘wilsafhankelijk materiaal’, onder verwijzing naar het arrest *Saunders*, als ‘materiaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte’. Hieruit volgt dat de kwalificatie van materiaal als ‘wilsafhankelijk’ dan wel ‘wilsafhankelijk’ – welk onderscheid samenhangt met het zwijgrecht van de betrokkene – is verbonden aan de aard van het materiaal (of het in fysieke zin ‘bestaat’ onafhankelijk van de wil van de betrokkene). Het hof verbindt ten onrechte de wils(on)afhankelijkheid aan het antwoord op de vraag of de gevorderde bescheiden zonder medewerking van de betrokkene kunnen worden verkregen.’

10 Van Toor 2016, p. 31-35; Ligthart 2019, p. 224.

11 Van Toor 2016, p. 37-39; Ligthart 2019, p. 226.

12 Vgl. het in voetnoot 7 opgenomen citaat.

13 Van Toor 2016, p. 33-35; Ligthart 2019, p. 226; anders over de relatie tussen aard van het materiaal en de aard en mate van dwang Stevens 2019, par. 2.

14 Vgl. EHRM (GK) 11 juli 2006, nr. 54810/00, (*Jalloh/Duitsland*), ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000; *NJ* 2007/226, m.nt. Schalken; *EHRC* 2006/118. Zie ook D.A.G. van Toor, annotatie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 31 oktober 2017, nr. 22767/08 (*DragoşloanRusu t. Roemenië*), *European Human Rights Cases* 2018, 1, nr. 13. Of bewijsuitsluiting moet volgen, wordt medebepaald door de gradatie van de schending van artikel 3 EVRM.

woord of pincode moet verstrekken die niet op een andere wijze kan worden verkregen dan doordat de verdachte het wachtwoord of de pincode uitspreekt of typt. Dan verstrekt de verdachte materiaal dat afhankelijk van zijn wil bestaat.

4. Zoals uit de analyse in rechtsoverweging 3.4.1.3.2. van de uitspraak en verschillende wetenschappelijke artikelen blijkt, bestaat vooral discussie over de rol van de aard van het materiaal voor de rechtmatigheid van de handeling. Zowel volgens Ligthart<sup>15</sup> als ondergetekende<sup>16</sup> dient op basis van de rechtspraak van het EHRM mede aan de hand van de aard van het materiaal te worden vastgesteld welke aard en mate van dwang geoorloofd is. De categorisatie van materiaal als wils(on)afhankelijk hangt in dat geval af van de actieve en/of intellectuele medewerking die van de verdachte wordt verlangd<sup>17</sup> of dat de medewerking een vorm van communicatie betreft.<sup>18</sup> Met dat laatste wordt bedoeld dat het niet enkel om de fysieke overdracht van bescheiden gaat, maar ook om bijvoorbeeld de bevestiging dat die documenten in het bezit van de verdachte zijn of dat de inhoud van de documenten wordt geordend en/of geïnterpreteerd. Door ordening van en/of uitleg over een brij aan bescheiden, die bijvoorbeeld zonder ordening of interpretatie onbegrijpelijk is, verbindt de verdachte de overdracht met een uiting van communicatieve aard. Hij verklaart dan aan de autoriteiten hoe het materiaal kan/moet worden geordend of geïnterpreteerd, en dat is een wilsafhankelijke uiting.<sup>19</sup> Stevens stelt (andersom) dat de aard en mate van dwang en de aard van de medewerking medebepalend zijn voor de beoordeling van de aard van het materiaal als wils(on)afhankelijk.<sup>20</sup> Zowel de rechtspraak van de Hoge Raad – die sterk gebonden is aan de overwegingen van het gerechtshof en de formulering van het cassatiemiddel – als de rechtspraak van het EHRM laten, door de aard van het materiaal niet te definiëren en de rol van het criterium in het toetsingskader niet te expliciteren, veel ruimte voor discussie. Het EHRM zou er goed aan doen om de betekenis en de rol van het criterium te expliciteren. De Hoge Raad dient mijns inziens duidelijker aansluiting te zoeken bij het toetsingskaders zoals dat blijkt uit de rechtspraak van het EHRM.

*Dr. D.A.G. van Toor*

15 Ligthart 2019, p. 224.

16 Van Toor 2016, p. 33-35.

17 Ligthart 2019, p. 221.

18 D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen? Een onderzoek naar het gebruik van hersenonderzoek als opsporingsmethode in het licht van eisen van instrumentaliteit en rechtsbescherming* (diss. RUN), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 392-397.

19 Vgl. Stevens 2019, par. 2, tweede alinea.

20 Stevens 2019, par. 2.