

Nederland

Computerrecht 2021/63

HOGE RAAD (STRAFKAMER)

9 februari 2021, 19/05471 CW

(Mrs. V. van den Brink, Y. Buruma en A.E.M. Röttgering)

m.nt. D.A.G. van Toor¹ & T. Beekhuis²

(Art. 29, 94, 95, 96 Sv; art. 6 en 8 EVRM)

RvdW 2021/218

NJB 2021/588

ECLI:NL:PHR:2020:927

ECLI:NL:HR:2021:202

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 bewezenverklaard, en de rechtbank gebruikt daarvoor bewijsmiddelen die verkregen zijn doordat de politie de verdachte heeft gedwongen zijn smartphone te ontgrendelen. Tegen dit vonnis is cassatie in het belang van de wet ingediend. Advocaat-generaal Bleichrodt dient twee cassatiemiddelen in: dat het gedwongen ontgrendelen van een smartphone, doordat de duim van de verdachte op het toestel wordt gelegd door de politie, (i) gebaseerd is op een ontoereikende wettelijke grondslag; en (ii) in strijd is met het nemo-teneturbeginsel.

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

STRAFKAMER

Nummer 19/05471 CW

Datum 9 februari 2021

ARREST

op het beroep in cassatie in het belang van de wet van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden tegen een vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 28 februari 2019, nummer 15/870028-16, in de zaak van [verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1991,

hierna: de verdachte.

1 Het vonnis van de rechtbank

De rechtbank heeft in haar vonnis geoordeeld dat het onder dwang gebruikmaken van de vingerafdruk van de verdachte om toegang te krijgen tot zijn iPhone rechtmatig was.

¹ D.A.G. (Dave) van Toor is verbonden als universitair docent aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht.

² T. (Tekla) Beekhuis is als promovenda verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht.

2 Het cassatieberoep

De advocaat-generaal F.W. Bleichrodt heeft beroep in cassatie in het belang van de wet ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank. De voordracht tot cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. De vordering strekt tot vernietiging van die uitspraak.

3 Waar het in deze zaak om gaat

Het gaat in deze zaak om de biometrische ontgrendeling van een inbeslaggenomen smartphone van een verdachte om ten behoeve van het opsporingsonderzoek toegang te krijgen tot de inhoud daarvan. Daarbij is op de aangehouden verdachte dwang uitgeoefend door hem te boeien en zijn duim op de vingerafdrukscanner van die smartphone te plaatsen. De rechtbank heeft geoordeeld dat het verkrijgen van toegang tot de smartphone aldus op rechtmatige wijze heeft plaatsgevonden.

4 De overwegingen van de rechtbank

De rechtbank heeft het volgende overwogen over het ontgrendelen van de smartphone van de verdachte:

“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 inbeslagneming van voorwerpen en de daarin besloten liggende 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 inbeslagneming 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 gegevens, 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.”

5 Juridisch kader

De bepalingen die in deze zaak van belang zijn, luiden als volgt:

- artikel 94 lid 1 van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv):

“Vatbaar voor inbeslagneming zijn alle voorwerpen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen (...).”

- artikel 95 lid 1 Sv:

“De opsporingsambtenaar die de verdachte staande houdt of aanhoudt, kan de voor inbeslagneming vatbare voorwerpen die de verdachte met zich voert, in beslag nemen.”

- artikel 96 lid 1 Sv:

“In geval van ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit of in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, is de opsporingsambtenaar bevoegd de daarvoor vatbare voorwerpen in beslag te nemen en daartoe elke plaats te betreden.”

6 Beoordeling van het eerste cassatiemiddel

6.1 Het cassatiemiddel klaagt over het oordeel van de rechtbank dat het samenstel van onder meer de artikelen 94, 95 en 96 Sv een voldoende wettelijke grondslag vormt voor het zich de toegang verschaffen tot een inbeslaggenomen voorwerp door dit tegen de wil van de verdachte met gebruikmaking van diens vingerafdruk biometrisch te ontgrendelen.

6.2.1 Bij de beoordeling van het cassatiemiddel moet worden vooropgesteld dat in het samenstel van de bepalingen waarop de bevoegdheid tot inbeslagneming is gebaseerd tevens de wettelijke basis ligt voor de bevoegdheid om aan inbeslaggenomen voorwerpen onderzoek te

doen ten behoeve van de waarheidsvinding, teneinde gegevens voor het strafrechtelijk onderzoek ter beschikking te krijgen. In computers en andere inbeslaggenomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken, waaronder smartphones, opgeslagen of beschikbare gegevens zijn daarvan niet uitgezonderd (vgl. HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2076 en HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584).

6.2.2 Voorts is van belang dat uitoefening van het dwangmiddel van inbeslagneming kan inhouden dat desnoods met toepassing van proportioneel geweld handelingen worden verricht die strekken tot het in de zin van artikel 134 lid 1 Sv onder zich nemen of gaan houden van voorwerpen ten behoeve van strafvordering (vgl. HR 7 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5819). Datzelfde heeft te gelden voor handelingen die strekken tot het verkrijgen van toegang tot de inhoud van die voorwerpen teneinde daaraan onderzoek te doen.

6.3 Gelet op het voorgaande getuigt het oordeel van de rechtbank dat het samenstel van bepalingen waarop de bevoegdheid tot inbeslagneming is gebaseerd een wettelijke grondslag biedt voor het zich de toegang verschaffen tot een inbeslaggenomen smartphone van de verdachte door die tegen zijn wil met gebruikmaking van zijn vingerafdruk biometrisch te ontgrendelen niet van een onjuiste rechtsopvatting.

6.4 Het cassatiemiddel faalt.

7 Beoordeling van het tweede cassatiemiddel

7.1 Het cassatiemiddel klaagt over het oordeel van de rechtbank dat het onder dwang gebruikmaken van de vingerafdruk van de verdachte ter ontgrendeling van de bij hem in gebruik zijnde smartphone met het oog op bewijsgaring geen inbreuk op het onder meer in artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) vervatte nemo tenetur-beginsel oplevert.

7.2 Bij de beoordeling van het cassatiemiddel moet worden vooropgesteld dat in het Nederlandse recht niet een onvoorwaardelijk recht of beginsel is verankerd dat een verdachte op geen enkele wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal. In artikel 6 EVRM ligt besloten dat, indien ten aanzien van een verdachte sprake is van een “criminal charge” in de zin van die bepaling, deze het recht heeft “to remain silent” en “not to incriminate oneself”. Beslissend voor de vraag of in een strafrechtelijke procedure het nemo tenetur-beginsel is geschonden, is of het gebruik tot het bewijs van het onder dwang van de verdachte verkregen materiaal in een strafzaak zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen (vgl. HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6144). In zijn uitspraak van 11 juli 2006, nr. 54810/00 (Jalloh/Duitsland) heeft het Europees hof voor de rechten van de mens (hierna: EHRM) in dit verband de volgende factoren benoemd:

“1. General principles established under the Court’s case-law

(...)

101. In examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination, the Court will have regard, in particular, to the following elements: the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put (see, for example, *Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain* (dec.), no. 43486/98, ECHR 1999-V; *Heaney and McGuinness*, cited above, §§ 51-55; and *Allan*, cited above, § 44).

102. The Court has consistently held, however, that the right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood, urine, hair or voice samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing (see *Saunders*, cited above, § 69; *Choudhary v. the United Kingdom* (dec.), no. 40084/98, 4 May 1999; *J.B. v. Switzerland*, cited above, § 68; and *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, cited above, § 80).”

Het EHRM heeft in dezelfde uitspraak achtereenvolgens het volgende overwogen over het uitoefenen van fysieke dwang bij de verkrijging van bewijs in strafzaken:

“2. Application of those principles to the present case

103. In determining whether in the light of these principles the criminal proceedings against the applicant can be considered fair, the Court notes at the outset that the evidence secured through the administration of emetics to the applicant was not obtained “unlawfully” in breach of domestic law. It recalls in this connection that the national courts found that Article 81a of the Code of Criminal Procedure permitted the impugned measure.

104. The Court held above that the applicant was subjected to inhuman and degrading treatment contrary to the substantive provisions of Article 3 when emetics were administered to him in order to force him to regurgitate the drugs he had swallowed. The evidence used in the criminal proceedings against the applicant was thus obtained as a direct result of a violation of one of the core rights guaranteed by the Convention.

105. As noted above, the use of evidence obtained in violation of Article 3 in criminal proceedings raises serious issues as to the fairness of such proceedings. The Court has not found in the instant case that the applicant was subjected to torture. In its view, incriminating

evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterised as torture – should never be relied on as proof of the victim’s guilt, irrespective of its probative value. Any other conclusion would only serve to legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3 of the Convention sought to proscribe or, as it was so well put in the United States Supreme Court’s judgment in the *Rochin* case (see paragraph 50 above), to “afford brutality the cloak of law”. It notes in this connection that Article 15 of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment provides that statements which are established to have been made as a result of torture shall not be used in evidence in proceedings against the victim of torture.

106. Although the treatment to which the applicant was subjected did not attract the special stigma reserved to acts of torture, it did attain in the circumstances the minimum level of severity covered by the ambit of the Article 3 prohibition. It cannot be excluded that on the facts of a particular case the use of evidence obtained by intentional acts of ill-treatment not amounting to torture will render the trial against the victim unfair, irrespective of the seriousness of the offence allegedly committed, the weight attached to the evidence and the opportunities which the victim had to challenge its admission and use at his trial.

107. In the present case, the general question whether the use of evidence obtained by an act qualified as inhuman and degrading treatment automatically renders a trial unfair can be left open. The Court notes that, even if it was not the intention of the authorities to inflict pain and suffering on the applicant, the evidence was obtained by a measure which breached one of the core rights guaranteed by the Convention. Furthermore, it was common ground between the parties that the drugs obtained by the impugned measure were the decisive element in securing the applicant’s conviction. It is true that, as was equally uncontested, the applicant was given the opportunity, which he took, of challenging the use of the drugs obtained by the impugned measure. However, any discretion on the part of the national courts to exclude that evidence could not come into play as they considered the administration of emetics to be authorised by domestic law. Moreover, the public interest in securing the applicant’s conviction cannot be considered to have been of such weight as to warrant allowing that evidence to be used at the trial. As noted above, the measure targeted a street dealer selling drugs on a relatively small scale who was eventually given a six-month suspended prison sentence and probation.

108. In these circumstances, the Court finds that the use in evidence of the drugs obtained by the forcible administration of emetics to the applicant rendered his trial as a whole unfair.

109. This finding is of itself a sufficient basis on which to conclude that the applicant was denied a fair trial in breach of Article 6. However, the Court considers it appropriate to address also the applicant's argument that the manner in which the evidence was obtained and the use made of it undermined his right not to incriminate himself. To that end, it will examine, firstly, whether this particular right was relevant to the circumstances of the applicant's case and, in the affirmative, whether it has been breached.

110. As regards the applicability of the principle against self-incrimination in this case, the Court observes that the use at the trial of "real" evidence - as opposed to a confession - obtained by forcible interference with the applicant's bodily integrity is in issue. It notes that the privilege against self-incrimination is commonly understood in the Contracting States and elsewhere to be primarily concerned with respecting the will of the defendant to remain silent in the face of questioning and not to be compelled to provide a statement.

111. However, the Court has on occasion given the principle of self-incrimination as protected under Article 6 § 1 a broader meaning so as to encompass cases in which coercion to hand over real evidence to the authorities was in issue. In *Funke v. France* (25 February 1993, § 44, Series A no. 256-A), for instance, the Court found that an attempt to compel the applicant to disclose documents, and thereby to provide evidence of offences he had allegedly committed, violated his right not to incriminate himself. Similarly, in *J.B. v. Switzerland* (cited above, §§ 63-71) the Court considered the State authorities' attempt to compel the applicant to submit documents which might have provided information about tax evasion to be in breach of the principle against self-incrimination (in its broader sense).

112. In *Saunders*, the Court considered that the principle against self-incrimination did not cover "material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing" (cited above, § 69).

113. In the Court's view, the evidence in issue in the present case, namely, drugs hidden in the applicant's body which were obtained by the forcible administration of emetics, could be considered to fall into the category of material having an existence independent of the will of the suspect, the use of which is generally not prohibited in criminal proceedings. However, there are several elements which distinguish the present case from the examples listed in *Saunders*. Firstly, as with the impugned measures in *Funke* and *J.B. v. Switzerland*, the administration of emetics was used to retrieve real evidence in defiance of the applicant's will. Conversely, the bodily material listed in *Saunders* concerned material obtained by coercion for forensic examination

with a view to detecting, for example, the presence of alcohol or drugs.

114. Secondly, the degree of force used in the present case differs significantly from the degree of compulsion normally required to obtain the types of material referred to in the *Saunders* case. To obtain such material, a defendant is requested to endure passively a minor interference with his physical integrity (for example when blood or hair samples or bodily tissue are taken). Even if the defendant's active participation is required, it can be seen from *Saunders* that this concerns material produced by the normal functioning of the body (such as, for example, breath, urine or voice samples). In contrast, compelling the applicant in the instant case to regurgitate the evidence sought required the forcible introduction of a tube through his nose and the administration of a substance so as to provoke a pathological reaction in his body. As noted earlier, this procedure was not without risk to the applicant's health.

115. Thirdly, the evidence in the present case was obtained by means of a procedure which violated Article 3. The procedure used in the applicant's case is in striking contrast to procedures for obtaining, for example, a breath test or a blood sample. Procedures of the latter kind do not, unless in exceptional circumstances, attain the minimum level of severity to contravene Article 3. Moreover, though constituting an interference with the suspect's right to respect for private life, these procedures are, in general, justified under Article 8 § 2 as being necessary for the prevention of criminal offences (see, inter alia, *Tirado Ortiz and Lozano Martin*, cited above).

116. Consequently, the principle against self-incrimination is applicable to the present proceedings.

117. In order to determine whether the applicant's right not to incriminate himself has been violated, the Court will have regard, in turn, to the following factors: the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put.

118. As regards the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence in the present case, the Court reiterates that forcing the applicant to regurgitate the drugs significantly interfered with his physical and mental integrity. The applicant had to be immobilised by four policemen, a tube was fed through his nose into his stomach and chemical substances were administered to him in order to force him to surrender up the evidence sought by means of a pathological reaction of his body. This treatment was found to be inhuman and degrading and therefore to violate Article 3.

119. As regards the weight of the public interest in using the evidence to secure the applicant's conviction, the Court observes that, as noted above, the impugned measure targeted a street dealer who was offering drugs for sale on a comparatively small scale and who was

eventually given a six-month suspended prison sentence and probation. In the circumstances of the instant case, the public interest in securing the applicant's conviction could not justify recourse to such a grave interference with his physical and mental integrity.

120. Turning to the existence of relevant safeguards in the procedure, the Court observes that Article 81a of the Code of Criminal Procedure prescribed that bodily intrusions had to be carried out *lege artis* by a doctor in a hospital and only if there was no risk of damage to the defendant's health. Although it can be said that domestic law did in general provide for safeguards against arbitrary or improper use of the measure, the applicant, relying on his right to remain silent, refused to submit to a prior medical examination. He could only communicate in broken English, which meant that he was subjected to the procedure without a full examination of his physical aptitude to withstand it.

121. As to the use to which the evidence obtained was put, the Court reiterates that the drugs obtained following the administration of the emetics were the decisive evidence in his conviction for drug trafficking. It is true that the applicant was given and took the opportunity to oppose the use at his trial of this evidence. However, and as noted above, any possible discretion the national courts may have had to exclude the evidence could not come into play, as they considered the impugned treatment to be authorised by national law.

122. Having regard to the foregoing, the Court would also have been prepared to find that allowing the use at the applicant's trial of evidence obtained by the forcible administration of emetics infringed his right not to incriminate himself and therefore rendered his trial as a whole unfair."

7.3 De rechtbank heeft vastgesteld dat onder de verdachte een smartphone in beslag is genomen en dat teneinde deze smartphone biometrisch te ontgrendelen de verdachte tegen zijn wil is geboeid en zijn duim op de vingerafdruks scanner is geplaatst. Op deze wijze is de vingerafdruk van de verdachte gebruikt om de gegevens die op dat moment al in de smartphone waren vastgelegd, voor het bewijs van het strafbare feit waarvan hij werd verdacht veilig te stellen. De rechtbank heeft in de kern geoordeeld dat het op deze wijze toepassen van een zeer geringe mate van fysieke dwang met als doel het door middel van de vingerafdruk van de verdachte biometrisch ontgrendelen van de smartphone geen inbreuk op het door artikel 6 EVRM gewaarborgde nemo tenetur-beginsel oplevert. Daarin ligt tevens besloten dat het ondergaan van deze fysieke dwang slechts een geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit van de verdachte opleverde. Dit oordeel getuigt – gelet op wat onder 7.2 is vooropgesteld – niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

7.4 Het cassatiemiddel faalt.

8 Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Noot

1. In 2017 verscheen in dit tijdschrift een artikel waarin de rechtmatigheid van het gedwongen ontgrendelen door de verdachte van elektronische informatiedragers centraal stond.³ Daarin werden, los van de mogelijkheid de verdachte te verzoeken zijn elektronische gegevensdrager te ontgrendelen, vier verschillende mogelijkheden besproken om een door de verdachte vergrendelde informatiedrager te ontgrendelen: via de afname van een vingerafdruk; directe (gedwongen) ontgrendeling door de verdachte; dat derden – bijvoorbeeld telecommunicatieaanbieders, software- of hardwarebedrijven – de toegang verschaffen; of door het kraken van het apparaat. Twee jaar, en enkele andere wetenschappelijke bijdragen,⁴ later heeft een Nederlandse rechter zich over het *directe ontgrendelen door de verdachte* uitgelaten.⁵ Tegen dat vonnis is vorig jaar cassatie in het belang der wet ingediend.⁶ De Hoge Raad verwerpt beide door advocaat-generaal Bleichrodt ingediende cassatiemiddelen, en volgt daarmee de conclusie van Bleichrodt.

2. In deze annotatie staat dit sluitstuk van de zaak *Cyber007* centraal. Wij gaan daarbij in op de twee cassatieklachten, te weten (i) dat het gedwongen ontgrendelen van een elektronische gegevensdrager met een biometrisch kenmerk een schending van het nemo-teneturbeginsel oplevert (randnrs. 3 tot 5, cassatiemiddel II); en (ii) dat de bepalingen betreffende de inbeslagname van goederen voor een strafvorderlijk doeleinde een ontoereikende wettelijke grondslag vormt voor het verkrijgen van toegang tot het in beslag genomen goed (randnrs. 6 tot 9, cassatiemiddel I).

3. De rechtbank Noord-Holland oordeelt in rechts-overweging 3.4.1.3.2 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. De rechtbank stelt daarbij centraal dat een verdachte gedwongen kan worden tot het ondergaan en dulden van onderzoeksmaatregelen *en* dat materiaal dat onafhankelijk van de wil van verdachte bestaat – dat is bewijsmateriaal waarover de verdachte, met betrekking tot het bestaan daarvan, *enkel* met zijn wil geen controle kan uitoefenen – onder

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

4 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 nemo-teneturbeginsel. Reactie op Boods 'Geef ze een vinger ...' *NJB* 2019/317; A. Bood, 'Naschrift', *NJB* 2019/318.

5 D.A.G. van Toor, 'Het gedwongen ontgrendelen van een smartphone. Annotatie bij: Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568', *Computerrecht* 2019/94, p. 205-210.

6 Conclusie A-G Bleichrodt, 13 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:927.

dwang mag worden verkregen, indien en voor zover hierbij de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht worden genomen. Die conclusie komt overeen met de meerderheidsopvatting uit de literatuur,⁷ maar de onderbouwing van die conclusie door de rechtbank liet te wensen over.⁸ Zo sluit die conclusie niet goed aan bij de criteria die uit de rechtspraak van het EHRM over het nemo-teneturbeginsel volgen. Van Toor riep de Hoge Raad op 'duidelijker aansluiting te zoeken bij het toetsingskader zoals dat blijkt uit de rechtspraak van het EHRM.'⁹

4. In de rechtspraak van het EHRM staat namelijk niet het criterium 'materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat' (het zogenoemde *Saunders*-criterium) centraal. De Hoge Raad en, in navolging daarvan, de rechtbank Noord-Holland in de onderhavige zaak zoeken juist consequent aansluiting bij dat criterium.¹⁰ In het onderhavige arrest neemt de Hoge Raad echter (impliciet) afstand van het *Saunders*-criterium. Niet langer stelt hij het arrest *Saunders* centraal bij de beoordeling of een opsporingshandeling het nemo-teneturbeginsel schendt, maar zoekt hij nadrukkelijk aansluiting bij de post-*Saunders* ontwikkelde criteria uit *Jalloh* en citeert daar uitvoerig uit (r.o. 7.2). Alleen al vanwege deze vermeende breuk met het *Saunders*-criterium is de cassatie in belang der wet geslaagd.¹¹

5. De casus van *Cyber007* is niet ideaal om te kunnen beoordelen of de Hoge Raad daadwerkelijk is omgegaan. Het inscannen van een vinger om een elektronische gegevensdrager te ontgrendelen levert namelijk geen schending op van het nemo-teneturbeginsel als de focus ligt op *Saunders*-criterium, maar ook niet als de focus ligt op de toepassing van de *Jalloh*-criteria. Als *Saunders* wordt toegepast, is die conclusie gebaseerd op het feit dat de vingerafdruk *bestaat* (wilsonafhankelijk materiaal). De verdachte heeft enkel met zijn wil geen controle over het bestaan van zijn lichaam en ledematen. In de *Jalloh*-criteria staat de aard en mate van de toegepaste dwang centraal. Die is in de onderhavige gering te noemen: het beperken van de bewegingsvrijheid van een hand en het vervolgens (zonder geweld) op een scanner leggen van een vinger is als een lichte inbreuk op de lichamelijke integriteit gecategoriseerd. Zodoende leidt de toepassing van beide criteria tot dezelfde conclusie. Het citeren uit *Jalloh* en het weglaten van verwijzingen naar *Saunders*

zijn wel bemoedigende aanwijzingen voor de conclusie dat de Hoge Raad nadrukkelijk aansluiting zoekt bij het geldende EHRM-toetsingskader.¹²

6. Ook het oordeel met betrekking tot het cassatiemiddel over de ontoreikende wettelijke grondslag komt niet als een verrassing. Het is inderdaad zo dat geen *expliciete* wettelijke grondslag bestaat voor het ontgrendelen van een elektronische gegevensdrager en het vervolgens analyseren van de inhoud van die gegevensdrager, maar 'voor de waarheidsvinding [mag] onderzoek worden gedaan aan inbeslaggenomen voorwerpen ten einde gegevens voor het strafrechtelijk onderzoek ter beschikking te krijgen en in computers opgeslagen gegevens [zijn] daarvan niet (...) uitgezonderd.'¹³

7. Deze argumentatie overtuigt, ondanks dat hij al 25 jaar wordt gebruikt, niet. Precies gezien, zijn in *Cyber007* de volgende handelingen verricht: (i) het in beslag nemen van een *smartphone*; (ii) het beperken van de bewegingsvrijheid van de verdachte; (iii) het verkrijgen van toegang tot de inhoud van de *smartphone* door het scannen van een vingerafdruk; (iv) het eventueel maken van een kopie van de inhoud van de *smartphone*;¹⁴ en (v) het analyseren van de inhoud van de *smartphone*. Dit zijn allemaal handelingen die *op zichzelf* al een inbreuk op het recht op respect voor privacy opleveren, en waarvoor een rechtvaardiging in een wettelijke grondslag van voldoende kwaliteit moet worden gevonden. Deze twee laatste handelingen maken niet enkel een geringe inbreuk op het privéleven: toegang tot iemands *smartphone* betekent toegang tot onder andere historische telecommunicatiegegevens, inhoudelijke berichten, zijn netwerk en foto's. Hiermee kan zondermeer een min of meer compleet beeld van iemands privéleven worden gecreëerd. Als een vergelijking wordt gemaakt met het betreden van een woning, dan is voor het verkrijgen van toegang tot de plek waar de informatie is opgeslagen een andere (specifieke) bevoegdheid van toepassing dan voor het in beslag nemen van de aldaar aanwezige goederen, het verrichten van een netwerkzoekling, het plaatsen van een *keylogger* of het ophangen van een camera. Blijkbaar mag na de inbeslagname van een *smartphone* alles dat al is opgeslagen op de *smartphone*, maar ook de informatie die nog binnenkomt als de telefoon niet wordt uitgeschakeld, worden vergaard en geanalyseerd. Gezien de hoeveelheid informatie die tegenwoordig in draagbare elektronische gegevensdragers wordt opgeslagen in vergelijking met de informatie die vroeger in iemands woning lag, is het on-

7 Van Toor, *Computerrecht* 2017/2; Van Toor, *NJB* 2019/315; Egberts & Ferdinandusse, *NJB* 2019/316; D.A.G. van Toor, W. Albers, C.M. Taylor Parkins-Ozephuis & T. Beekhuis, 'De ontgrendelplicht in rechtsvergelijkend perspectief (deel 1)', *Computerrecht* 2020/131; T. Beekhuis, C.M. Taylor Parkins-Ozephuis, D.A.G. van Toor & W. Albers, 'De ontgrendelplicht in rechtsvergelijkend perspectief (deel 2)', *Computerrecht* 2020/179; W. Albers, T. Beekhuis & C.M. Taylor Parkins-Ozephuis, 'Geef mij toegang tot uw smartphone! Een zoektocht naar de wettelijke grondslag van de gedwongen biometrische ontgrendeling van de smartphone', *TBS&H* 2019, 3, p. 173-181.

8 Van Toor, *Computerrecht* 2019/94, rn. 3.

9 Van Toor, *Computerrecht* 2019/94, rn. 4.

10 Conclusie A-G Bleichrodt, 13 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:927, rn. 42-46.

11 Mogelijk was dit ook het enige doel; het antwoord dat de Hoge Raad op de rechtsvraag geeft, ligt volledig in de lijn der verwachting. Gezien de uitgekristalliseerde meerderheidsopvatting is eigenlijk verwonderlijk dat cassatie in het belang der wet is ingediend.

12 Overigens betekent dit niet dat de toepassing hiervan in alle situaties *wenselijk* is. Eén van de auteurs is kritisch over de toepassing van decenia-oude criteria, die ontwikkeld zijn als reactie op het gebruiken van geweld om bewijs te vergaren, op gedwongen medewerking bij moderne technologieën. D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel bij digitale opsporingsbevoegdheden: oproep tot discussie over fundamentele bezinning van de normering van het opsporingsonderzoek in een digitale context', *TBS&H* 2021 (*in press*).

13 HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2076, r.o. 9.3. Zie ook HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, r.o. 2.5-2.8.

14 Het is niet helemaal zeker dat in *Cyber007* een kopie is gemaakt van de inhoud van de *smartphone*. Wel wordt in r.o. 3.4.1.3.3 opgemerkt dat 'de veiliggestelde inhoud' is onderzocht en dat 'alle opgeslagen en beschikbare gegevens zijn uitgelezen.'

begrijpelijk dat niet meer rechtsbescherming wordt toegekend aan de *smartphone*-bezitter.

8. Daarbij is een algemeen uitgangspunt dat hoe ingrijpender een opsporingshandeling is, hoe preciezer de wettelijke grondslag moet zijn: 'While it may be permissible to rely on the implied powers of police officers to note evidence and collect and store exhibits for steps taken in the course of an investigation, it is trite law that specific statutory or other express legal authority is required for more invasive measures, whether searching private property or taking personal body samples.'¹⁵ Daarvan is bij de inbeslagname van een *smartphone* geen sprake. Dat de inbeslagnamebevoegdheid een voldoende wettelijke grondslag biedt voor toegang tot en analyse van de inhoud van de *smartphone* is misschien te begrijpen vanuit het idee dat *alleen* het nadere onderzoek de inbeslagnamebevoegdheid een effectief middel maakt. Dat neemt niet weg dat de inbeslagnamebevoegdheid geen *specifieke* en *expliciete* wettelijke grondslag vormt voor deze handelingen.

9. Het doorzoeken van een elektronische gegevensdrager is, gezien de informatie die daar kan worden gevonden, (met enige fantasie) te vergelijken met een doorzoeking van een woning. Gebaseerd op hetgeen een gemiddeld persoon allemaal op een *smartphone* opslaat en welke informatie toegankelijk is via *app's* (de Berichtenbox van de overheid, de ziektekostenverzekering, *health app's*, *dating app's*, de bankrekening *et cetera*) is de stelling dat een *smartphone* meer waardevolle informatie bevat dan een woning niet vreemd. De bescherming tegen ongewilde toegang tot en analyse van de inhoud van die *smartphone* staat in schril contrast tot de bescherming van het huisrecht. Dat de Hoge Raad een samenstel van niet-specifieke en niet-expliciete bepalingen als toereikende wettelijke grondslag voor zeer ingrijpende handelingen ziet, is, zonder nadere toelichting over de ingrijpendheid van de inbreuk op het privéleven, onbegrijpelijk.

10. De uitkomst van de cassatie in het belang der wet in de onderhavige zaak is, zoals gezegd, niet verwonderlijk. In de literatuur bestaat al jaren een duidelijke meerderheidsopvatting dat het gedwongen ontgrendelen van een *smartphone* geen schending van het nemo-teneturbeginsel oplevert en dat de inbeslagnamebevoegdheid een toereikende wettelijke grondslag is voor nader onderzoek aan een in beslag genomen elektronische gegevensdrager. De Hoge Raad heeft voor het nadere onderzoek aan de *smartphone* in de zogeheten *Smartphone*-arresten een toetsingskader geschetst om handvatten te geven voor een rechtmatig onderzoek aan de *smartphone*.¹⁶ De Hoge Raad erkent daarmee in zekere zin de bijzondere status van de *smartphone* in het huidige tijdperk, maar de vraag is wel of dit toetsingskader voldoende rechtsbescherming biedt aan

de verdachte van wie de *smartphone* wordt onderzocht. Het valt buiten het bestek van deze annotatie om uitgebreid stil te staan bij dit toetsingskader, maar de Hoge Raad legt in dat toetsingskader bijvoorbeeld veel nadruk op de *hoeveelheid geraadpleegde gegevens*, maar hij lijkt geen oog te hebben voor de aard van deze gegevens. Bepaalde gegevens die op een *smartphone* staan, zijn zeer privacygevoelig (bijvoorbeeld de eerder genoemde *health app's*) en verdienen gelet op de aard van deze gegevens reeds een hoge mate van (privacy)bescherming.¹⁷ Het *analyseren van de inhoud* daarvan kan als één van de meest ingrijpende strafvorderlijke handelingen worden gezien, waarvoor de waarborgen van de inbeslagnamebevoegdheid niet toereikend lijken te zijn.¹⁸

D.A.G. van Toor & T. Beekhuis

Computerrecht 2021/64

RECHTBANK DEN HAAG

3 juni 2020, C/09/560102 / HA ZA 18-988

(Mrs. J.M. Willems, M.C. Ritsema van Eck-van Drempt en T.J. de Graaf)

m.nt. W.F.R. Rinzema¹

(Art. 6:265, 6:271 en 7:401 BW)

RCR 2020/81

ECLI:NL:RBDHA:2020:4735

Split-Vision, als softwareontwikkelaar de partij met bij uitstek de kennis van zaken over deze werkwijze, had vooraf moeten waarschuwen over de haalbaarheid van de door Gemeente Leeuwarden gewenste – al in het Bestek opgenomen – planning en deadlines, indien de door haar gehanteerde scrummethoediek zich daarmee niet liet verenigen.

Gemeente Leeuwarden mocht van Split-Vision verwachten dat haar software van zodanige kwaliteit zou zijn dat die een acceptabele performance zou leveren. De rechtbank ziet aanleiding om de uit de ontbinding voor Split-Vision voortvloeiende ongedaanmakingsverbintenis in een redelijke verhouding te brengen met de ingrijpende gevolgen van de ontbinding voor Split-Vision, het aandeel van Gemeente Leeuwarden in

¹⁵ EHRM 25 september 2001, appl. no. 44787/98, ECLI:CE:ECHR:2001:0925JUD004478798, par. 62-63 (*P.G. & J.H./het Verenigd Koninkrijk*).

¹⁶ HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:580; HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584; HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:588 en HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:592.

¹⁷ Vgl. L. Stevens, 'Onderzoek in een smartphone: zoeken naar een redelijke verhouding tussen privacybescherming en werkbare opsporing', *AA* 2017, p. 730-735; S. Royer & J.J. Oerlemans, 'Naar een nieuwe regeling voor beslag op gegevensdragers', *Computerrecht* 2017/200, p. 277-284, in het bijzonder par. 5.1. Zie ook T. Beekhuis, 'Mag ik even in uw smartphone kijken? De visie van de Hoge Raad gelet op het recht op privacy op grond van artikel 8 EVRM', *TBSH* 2017/4.

¹⁸ Ook de bezinning op de normering via het nemo-teneturbeginsel ontbreekt en was volgens een van de auteurs noodzakelijk. Zie D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel bij digitale opsporingsbevoegdheden: oproep tot discussie over fundamentele bezinning van de normering van het opsporingsonderzoek in een digitale context', *TBS&H* 2021 (*in press*).

¹ Mr. W.F.R. Rinzema is advocaat bij Ventoux, IT-arbitrer en IT-mediator (MfN).