

Het gedwongen ontgrendelen van een smartphone in het licht van het nemo-teneturbeginsel

Reactie op Boods 'Geef ze een vinger ...'

Dave van Toor¹

In deze bijdrage wordt Boods analyse waarmee hij tot de conclusie komt dat het gedwongen ontgrendelen van een smartphone met een *fysiek kenmerk* het nemo teneturbeginsel schendt besproken. Centraal daarbij staan de volgende vragen, die in de conclusie worden beantwoord: (i) mag de verdachte worden verplicht zijn smartphone met een fysiek kenmerk te ontgrendelen? en; (ii) mogen de op zijn smartphone vastgelegde *verklaringen* van de verdachte vervolgens tegen hem in het strafproces worden gebruikt?

1. Inleiding

De interpretatie van de EHRM-jurisprudentie over het nemo teneturbeginsel blijft de strafrechtswetenschap bezighouden. De afgelopen jaren betrof de discussie onder andere de invoering van een decryptiebevel² als onderdeel van de Wet Computercriminaliteit III op grond van een rapport van Koops.³ De discussie of nieuwe opsporingsmethoden in strijd zijn met het nemo teneturbeginsel gaat verder met de verplichting om mee te werken aan handschriftanalyse of stemverge-

Door aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van de Hoge Raad neemt de auteur eventuele verschillen in de rechtspraak tussen de Hoge Raad en EHRM wel voor lief

lijking in de Conceptwetsvoorstellen Wetboek van Strafvordering (art. 2.6.5.5.1),⁴ en de verplichte ontgrendeling van een smartphone (op voorstel van een commissie onder voorzitterschap van Koops).⁵ Met betrekking tot die laatste verplichting beargumenteerde ik dat het gedwongen ontgrendelen van een smartphone met een *fysiek kenmerk* het nemo teneturbeginsel niet schendt.⁶ Onlangs beargumenteerde Bood in dit tijdschrift het tegenovergestelde.⁷ In deze bijdrage wordt Boods analyse besproken. Centraal daarbij staan de volgende vragen, die in de conclusie worden beantwoord: (i) mag de verdachte worden verplicht zijn smartphone met een fysiek kenmerk te ontgrendelen?

en; (ii) mogen de op zijn smartphone vastgelegde *verklaringen* van de verdachte vervolgens tegen hem in het strafproces worden gebruikt?



Auteur

1. D.A.G. van Toor PhD LLM BSc is verbonden als universitair docent aan de Open Universiteit en als wetenschappelijk medewerker Straf(proces)recht & Criminologie aan de Universität Bielefeld (Duitsland).

Noten

2. D. van Toor, 'Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel', *NJB* 2013/88, 8, p. 477-479; D.A.G. van Toor, 'Over het nemo-teneturbeginsel en het decryptiebevel: is een mee-

werkverplichting bij het ontsleutelen van bestanden gerechtvaardigd?', *Strafblad* 2013/4, p. 317-323.

3. B.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel*.

Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?, Den Haag: WODC 2012, p. 150-156. Zie daarover ook de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie Opstellen in *Kamerstukken II* 2012/13, 33400 VI, 68.

4. D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel in de Conceptwetsvoorstellen van het Wetboek van Strafvordering', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2018, 4,

p. 249-254.

5. Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, s.l. 2018, p. 107.

6. D.A.G. van Toor, 'De vergrendelde smartphone als object van strafvorderlijk onderzoek', *Computerrecht* 2017, 1, p. 3-11.

7. A. Bood, 'Geef ze een vinger ...', *NJB* 2018/1880, afl. 36, p. 2744-2748.

Een vastgelegde verklaring bestaat in fysieke zin en daarom kan die volgens de rechtspraak van het EHRM met gepaste dwang worden verkregen

2. Boods analyse van de verplichte ontgrendeling

Deze bijdrage start met een bespreking van Boods artikel. Daarbij ga ik in op twee aspecten van zijn analyse. In subparagraaf 2.1. staat de auteurs keuze centraal om aan te sluiten bij de interpretatie van de EHRM-jurisprudentie in de rechtspraak van de Hoge Raad. In subparagraaf 2.2. wordt Boods categorisatie van de op de smartphone beschikbare berichten als van de wil afhankelijk bestaand materiaal besproken.

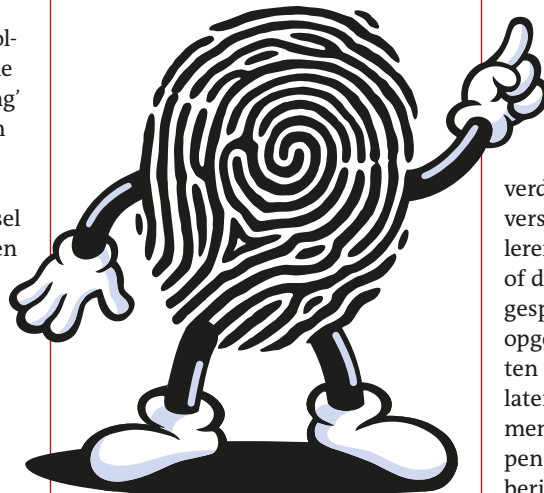
2.1. De keuze voor de interpretatie van de EHRM-jurisprudentie in de rechtspraak van de Hoge Raad

Boods begint zijn analyse met de opmerking dat hij zich richt op 'de interpretatie van die EHRM-jurisprudentie (over het nemo tenetur-beginsel, DvT) in de rechtspraak van de Hoge Raad', omdat de Raad als meest gezaghebbend is te beschouwen (ik begrijp: in vergelijking met de Nederlandse rechtswetenschappers).⁸ Dit is een verdedigbaar standpunt.⁹ Uiteindelijk is het de Hoge Raad die voor de Nederlandse strafpraktijk gaat beoordelen of de gedwongen ontgrendeling van een smartphone door de (Straatsburgse) beugel kan. Door aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van de Hoge Raad neemt de auteur eventuele verschillen in de rechtspraak tussen de Hoge Raad en EHRM wel voor lief.

De Hoge Raad (en in zijn navolging ook Bood)¹⁰ ziet 'de aard van de in het document vervatte verklaring' als kern voor de beoordeling of een vastgelegde verklaring (zoals een WhatsApp-bericht) onder bescherming van het nemo tenetur-beginsel valt.¹¹ Objectieve gegevens, zoals een bedrijfsafvalwaterrapportage, die zijn opgenomen in bescheiden vallen in ieder geval niet onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel, aldus de Hoge Raad.¹²

Dit is een *material based* nemo tenetur-beginsel waarbij de

verdachte wordt beschermd tegen gedwongen verkrijging van materiaal dat afhankelijk van zijn wil bestaat. Zoals in de volgende paragraaf wordt uitgewerkt, hangt het EHRM een *means based* nemo tenetur-beginsel aan, waarbij de verdachte wordt beschermd tegen ongeoorloofde middelen om bewijs te vergaren (onafhankelijk van de aard van het materiaal). Boods stelling dat 'het Europees Hof in *Saunders* meent [...] dat het beginsel aan het zwijgrecht ten grondslag ligt, maar ook dat dat zwijgrecht er de kern van vormt en er in principe de reikwijdte van bepaalt'¹³ kan ik niet onderschrijven. Het EHRM heeft in latere rechtspraak duidelijk gemaakt dat ook de gedwongen overdracht van goederen of documenten het nemo tenetur-beginsel kunnen schenden.¹⁴ De aard van het materiaal speelt daarmee geen (doorslaggevende) betekenis. Het nemo-teneturbeginsel biedt de verdachte dus een uniek beschermingsbereik dat los staat van het zwijgrecht, waarbij de aard en mate van dwang ter verkrijging van het materiaal centraal staan (het is dus *means based*). In de benadering van het nemo tenetur-beginsel door de Hoge Raad en EHRM zit derhalve verschil.



2.2. Het criterium 'materiaal dat (on)afhankelijk van de wil bestaat'

Bij het EHRM draait de beoordeling van nemo-teneturbeginselklachten over hoe het bewijs is verkregen. Documenten kunnen onder dwang worden verkregen, maar niet elke aard en mate van dwang is toelaatbaar. Daarmee rijst de vraag welke aard en mate van dwang dan toelaatbaar is. Bij het inschatten hiervan is mede van belang welk soort bewijsmateriaal wordt verzameld. Binnen de rechtspraak over het nemo-teneturbeginsel wordt hierbij een onderscheid gemaakt tussen materiaal dat afhankelijk en materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat. De aard van het *materiaal* bepaalt mede welke aard en mate van *dwang* geoorloofd is.

Bood concludeert dat '[h]et vastleggen van een verklaring die verklaring dus niet wilsonafhankelijk [maakt],¹⁵ maar dat '[d]e aard van die gegevens bepaalt of dat materiaal wils(on)afhankelijk is,¹⁶ en vervolgens dat '[g]edwongen ontgrendeling van een smartphone in principe in strijd [komt] met het nemo tenetur-beginsel als de op de verdachte uitgeoefende dwang op de verkrijging van wilsafhankelijk materiaal is gericht.'¹⁷ Deze conclusie is op zichzelf bezien correct: materiaal dat afhankelijk van de wil bestaat mag slechts met zeer geringe dwang worden verkregen.

Geopenbaarde gesprekken en berichten bestaan echter niet afhankelijk van de wil van de verdachte. Zodra zij zijn uitgesproken of verstuurd, kan de verdachte niet met enkel zijn wil de verspreiding van zijn woord controleren. Een willekeurige voorbijganger of de autoriteiten kunnen de gesprekken hebben opgevangen en opgenomen of de verstuurd berichten hebben onderschept of op een later moment in beslag hebben genomen. Als Boods standpunt zou kloppen dat al opgestelde WhatsApp-berichten wilsafhankelijk materiaal

zijn, dan kunnen de autoriteiten nooit opgestelde en/of verzonden e-mailberichten, sms-berichten en allerlei andere vormen van geschreven of getypte communicatie onder dwang bij de verdachte verkrijgen.¹⁸ Een vastgelegde verklaring bestaat in fysieke zin – het staat op een harde schijf of een andere gegevensdrager, het is opgeschreven op papier *et cetera* –, en daarom kan die volgens de rechtspraak van het EHRM met gepaste dwang worden verkregen.

3. Het nemo-teneturbeginsel volgens het EHRM

Latere EHRM-rechtspraak, onder andere *Jalloh, O'Halloran & Francis* en *Ibrahim en anderen*, maken duidelijker wat volgens het EHRM onder de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel valt. Uit deze rechtspraak blijkt dat het EHRM een drietal criteria gebruikt om te toetsen of een bepaalde overheidshandeling het nemo tenetur-beginsel schendt: Dit zijn: 1. de mate en aard van *dwang* die werd gebruikt om het bewijs te verkrijgen; 2. relevante *waarborgen* in de procedure en; 3. de manier waarop het bewijs wordt *gebruikt*.¹⁹ Hierin wordt de aard van het bewijs, zoals Bood en de Hoge Raad dat doen, niet als toetsingscriterium genoemd, maar wel de aard en mate van *dwang*. Zoals al eerder opgemerkt, het nemo tenetur-beginsel is derhalve *means based*. Het beschermt tegen *bepaalde wijze van verkrijging* van bewijsmateriaal.

In 2016 heeft de Grote Kamer van het EHRM vervolgens het volgen- de overzicht opgesteld met betrek-

king tot ongeoorloofde dwang. Gezien het belang en de duidelijkheid van die overweging wordt die hier integraal weergegeven: 'The Court, through its case-law, has identified at least *three* kinds of situations which give rise to concerns as to *improper compulsion* in breach of Article 6. The first is where a suspect is obliged to testify under threat of *sanctions* and either testifies in consequence (see, for example, *Saunders*, cited above; and *Brusco/France*, 1466/07, 14 October 2010) or is sanctioned for refusing to testify (see, for example, *Heaney and McGuinness*, cited above; and *Weh/Austria*, 38544/97, 8 April 2004). The second is where physical or psychological pressure, often in the form of treatment which *breaches Article 3* of the Convention, is applied to obtain real evidence or statements (see, for example, *Jalloh, Magee and Gäfgen*, all cited above). The third is where the authorities *use subterfuge* to elicit information that they were unable to obtain during questioning (see *Allan/the United Kingdom*, 48539/99, ECHR 2002IX) (cursiveringen DvT).²⁰ Het afnemen van een vingerafdruk – dat ter identificatie al decennia is toegestaan – is naar zijn aard en mate geen dwang die ongeoorloofd is. Ook de verkrijging van vastgelegde verklaringen door de ontgrendeling van een smartphone is niet ongeoorloofd: de niet-medewerking wordt niet met een straf, of de bedreiging daarmee, afgedwongen maar met gepast, fysiek 'geweld' – het inscannen van een vinger –, waarbij de op de smartphone aanwezige communi-

catie hoogstwaarschijnlijk ook via andere wegen kan worden verkregen (bijvoorbeeld een vordering bij een communicatiedienst).

4. Conclusie

Zoals uit de rechtspraak van het EHRM blijkt, valt materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat ook onder de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel, maar is het afhankelijk van de aard en mate van dwang of de verkrijging daarvan het nemo tenetur-beginsel schendt. Pas bij (te) hoge straffen of strafbedreiging voor niet-meewerken, het verkrijgen van het materiaal door schending van artikel 3 EVRM of via slinkse operaties die de waarborgen van een verhoor omzeilen, accepteert het EHRM dat verkrijging van materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat het nemo tenetur-beginsel kan schenden. Dit betekent dat vingerafdrukken (en andere fysieke kenmerken en ergens opgeslagen wachtwoorden) ter ontgrendeling met gepast geweld kunnen worden verkregen. Materiaal dat onafhankelijk van zijn wil bestaat kan onder andere met een inbreuk op de lichamelijke integriteit of zelfs met een schending²¹ van het recht op respect voor privacy van de verdachte (of een derde) worden afgemen. De door de ontgrendeling toegankelijke bestanden kunnen vervolgens (in beginsel) tegen de verdachte in het strafproces worden gebruikt. •



8. Bood 2018, a.w., p. 2745.

9. Hierbij is het onzuiver om het artikel af te sluiten met de conclusie dat de 'regeling [...] de toets van Straatsburg niet doorstaat'. Het artikel bevat namelijk geen analyse van de Straatsburgse toets. Bood hanteert namelijk de interpretatie van de Hoge Raad van de Straatsburgse toets.

10. Bood 2018, a.w., p. 2745.

11. HR 21 december 2010, NJ 2011/425, r.o. 4.3.

12. HR 19 september 2006, NJ 2007/39, r.o. 6.5.2.

13. Bood 2018, a.w., p. 2745.

14. EHRM (GK) 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*); EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*).

15. Bood 2018, a.w., p. 2745.

16. Bood 2018, a.w., p. 2746.

17. Bood 2018, a.w., p. 2748.

18. Bij Boods verwijzing (vn. 16) bij zijn conclusie dat

'WhatsApp-berichten van de verdachte die feitelijk een bekende verklaring vormen, kunnen bezwaarlijk anders dan wilsafhankelijk worden genoemd' gaat het mijns inziens om het verkrijgen van een nog niet opgestelde schriftelijke verklaring. Nog op te stellen schriften moeten natuurlijk niet anders worden behandeld dan een verbale verklaring. Zie ook Schalken in zijn annotatie bij een van de arresten (NJ 1997/232) waarnaar door Bood wordt verwezen: 'Dat heeft met de verklaringsvrijheid – zowel met betrekking tot het verschaffen van mondelinge als schriftelijke informatie over mogelijke betrokkenheid bij een strafbaar feit – niets van doen.' Uit latere jurisprudentie (NJ 2007/39, r.o. 6.5.1) lijkt duidelijker af te leiden dat de Hoge Raad het heeft over nog af te leggen schriftelijke verklaringen (zoals een antwoordkaart): 'Wel brengt het aan art. 29 Sv ten grondslag liggende beginsel mee dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een verklaring – het verschaffen van

schriftelijke inlichtingen daaronder begrepen – omtrent zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit'. In zoverre biedt de Raads jurisprudentie geen steun voor Boods conclusie dat opgestelde schriftelijke verklaringen afhankelijk van de wil van de verdachte bestaan.

19. EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 par. 55 (*O'Halloran & Francis/het Verenigd Koninkrijk*). Zie over dit toetsingskader Van Toor 2017, a.w., p. 410-413.

20. EHRM *Ibrahim e.a.*, reeds aangehaald, par. 267. Zie ook ECHR 2018, a.w., rn. 175.

21. Zie over de doorwerking van privacy-schendingen naar het eerlijk-procesrecht: D.A.G. van Toor, annotatie: EHRM 31 oktober 2017, 22767/08 (*Dragoş Ioan Rusu/Roemenië*), EHC 2018, (1)13.