

ANNOTATIE

## **Annotatie bij Rechtbank Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568.**

*prof. mr. J.S. Nan*

*Annotatie bij Rechtbank Noord-Holland, 28-02-2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568 (SR-2019-0097)*

In deze uitspraak van 28 februari 2019 heeft de Rechtbank Noord-Holland bepaald dat het opsporingsambtenaren was toegestaan de duim van een verdachte ter ontgrendeling op diens iPhone te plaatsen.[1] De verdachte wilde de toegangscode namelijk niet geven, ook niet nadat werd aangegeven dat hij anders zou worden geboeid en zijn vingerafdruk zou worden gebruikt, desnoods met gepast geweld. Aldus geschiedde, zij het dat geen geweld is toegepast. Op die wijze werden relevante gegevens verkregen voor een onderzoek naar diverse vermogensdelicten (zoals *phishing* en oplichting) en deelname aan een criminele organisatie. De rechtbank overwoog dat, anders dan door de verdediging betoogd, deze handelwijze niet in strijd was met het *nemo tenetur*-beginsel. De verdachte heeft niets hoeven verklaren of actief ergens aan moeten meewerken, maar heeft slechts de onderzoekshandeling moeten dulden. Hierbij is een zeer geringe mate van dwang toegepast. Dat hierdoor mogelijk wilsafhankelijk en voor de verdachte belastend gegevens zouden worden verkregen, maakte haar oordeel volgens de rechtbank niet anders. Ook de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit waren volgens de rechtbank niet geschonden. Voor haar was met name van belang dat via toegang tot de telefoon de opsporing kon verwachten relevante gegevens te vergaren, de telefoon nieuw en (nog) niet te kraken was, het ging om een verdenking van ernstige strafbare feiten en slechts in beperkte mate inbreuk is gemaakt op de lichamelijke integriteit van de verdachte.

Past deze uitspraak binnen de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de

Mens (EHRM) en de Hoge Raad over het *nemo tenetur*-beginsel?[2] Het is inmiddels vaste jurisprudentie van het EHRM, zoals nog maar eens uiteengezet in de Grote Kamer-uitspraak *Ibrahim en anderen/Verenigd Koninkrijk*,[3] dat het recht van de verdachte om zichzelf niet te hoeven belasten hoofdzakelijk inhoudt ‘*respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused*’. De rechtbank verwijst hiernaar terecht, wat mij betreft. De gedachte achter dit recht is dat het, samen met het recht om te zwijgen, de verdachte beschermt tegen ‘*improper compulsion*’, zodat ‘*miscarriages of justice*’ kunnen worden voorkomen. Beide rechten zijn voor het EHRM zeer belangrijk. Zij garanderen dat de verdachte zelf kan bepalen of hij iets wil verklaren en zo ja, wat dan. Daarom is het zo belangrijk dat de verdachte tijdig van deze rechten op de hoogte geraakt, doordat hij in een vroeg stadium toegang heeft tot een raadsman die hem hierover inlicht (of door notificatie door de autoriteiten). Het EHRM bekijkt ten aanzien van het recht van de verdachte om zichzelf niet te belasten of dat in essentie is gewaarborgd in het concrete geval (‘*whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination*’), waarbij in het bijzonder als factoren gelden ‘*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*’.

Het beginsel is volgens het EHRM niet absoluut. Enige druk of poging om de verdachte toch te laten praten is niet uitgesloten, als dat maar niet geschiedt ‘*in defiance of the will*’ van de verdachte.[4] En aan het zwijgen of liegen van de verdachte mogen onder omstandigheden gevolgtrekkingen worden verbonden ten nadele van de verdachte.[5] Omdat het *nemo tenetur*-beginsel in de visie van het EHRM toch vooral de verklaringsvrijheid van de verdachte beschermt, ziet het niet op het gebruik in het strafproces van materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte kan worden verkregen ‘*such as documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing*’.[6] Zo ruim is het bereik van het beginsel niet. Heel soms wil het EHRM de gelding van het beginsel iets oprekken, zoals bij een schending van artikel 3 EVRM. Problematisch kan ook zijn dat de belastingplichtige wordt gedwongen documenten c.q. gegevens te verschaffen. Maar dan is er eigenlijk altijd iets bijzonders aan de hand (bijvoorbeeld omdat onduidelijk is of deze documenten überhaupt wel bestaan of omdat met een aanzienlijk sanctie wordt bedreigd als de verlangde informatie uit zou blijven).[7] Voorwaarde bij alles is wel steeds dat, zoals hiervoor al aangegeven, aan de essentie van het recht om te zwijgen en om niet mee te hoeven werken aan de eigen veroordeling, niet tekort wordt gedaan. Daarom kan de wijze waarop het (echte of fysieke) bewijs wordt verkregen dermate onbehoorlijk zijn, dat sprake is van ontoelaatbare dwang of druk jegens de verdachte en het *nemo tenetur*-beginsel toch in beeld komt en geschonden wordt als het bewijs tegen hem wordt gebruikt en een belangrijke

bewijspoot is. De verdachte heeft zodoende ook dan geen eerlijk strafproces gehad.[8]

Voorafgaand aan deze uitspraak had Alexander Bood stelling genomen tegen de gedwongen ontgrendeling.[9] Hij meende – kort gezegd – dat dit in principe in strijd komt met het *nemo tenetur*-beginsel als met op de verdachte uitgeoefende dwang wilsafhankelijk materiaal wordt verkregen. Mede na een bespreking van Nederlandse jurisprudentie ziet hij informatie op de telefoon die van de verdachte afkomstig is, nog steeds als wilsafhankelijk en dus onbruikbaar na een gedwongen ontgrendeling. In daaropvolgende reacties werd dat standpunt krachtig bestreden door Lonneke Stevens, Martijn Egberts en Ward Ferdinandusse en Dave van Toor.[10] Bood hield vervolgens in een naschrift aan zijn standpunt vast.[11] Ik denk dus ook dat Bood ongelijk heeft. Het is wel juist dat de Hoge Raad sterk hangt aan het arrest *Saunders/Verenigd Koninkrijk* en voor onze hoogste strafrechter de wils(on)afhankelijkheid van het materiaal de (on)mogelijkheid voor gebruik in een strafzaak bepaalt. Hij bepaalde dit nog eens heel duidelijk in een civiele zaak over de omvang van de verplichting van een belastingplichtige om gegevens aan te leveren.[12] Materiaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte mag tegen de verdachte in een fiscale beboeting of strafzaak worden gebruikt, wilsafhankelijk materiaal niet. Daarbij is het volgens de Hoge Raad wel zo dat de overheid aannemelijk moet maken dat het gevorderde materiaal bestaat en dat de belastingplichtige daarover de beschikking heeft of, met de van hem redelijkerwijs te verwachten inspanning, kan verkrijgen. De Hoge Raad heeft voorts aangegeven dat ‘de kwalificatie van materiaal als “wilsafhankelijk” dan wel “wilsafhankelijk” – welk onderscheid samenhangt met het zwijgrecht van de betrokkene – verbonden [is] aan de aard van het materiaal (of het in fysieke zin “bestaat” onafhankelijk van de wil van de betrokkene).’ Een vaste overweging van de Hoge Raad is voorts dat de enkele grond dat de medewerking van de verdachte nodig is om documenten te verkrijgen waarin een verklaring van de verdachte is vervat, die documenten nog niet als wilsafhankelijk bewijsmateriaal moeten worden aangemerkt.[13] Zie overigens ook nog HR 14 juni 2016, ECLI:NL:HR:NL:2016:1200, NJ 2016/364, m.nt. T. Kooijmans. Daarin herhaalde de Hoge Raad dat de bevoegdheid om een voorwerp in beslag te nemen, ook de bevoegdheid omvat tot het desnoods tegen de wil van de betrokkene en met proportioneel geweld openen van diens vuist.

Anders dan Bood lees ik de overweging van de Hoge Raad over de aard van het materiaal dan ook zo, dat materiaal voor de Hoge Raad alleen wilsafhankelijk is als het nog gecreëerd moet worden met een persoonlijke inbreng van de verdachte en niet al fysiek of digitaal bestaat (of alleen nog bij elkaar moet worden gezet). Informatie afkomstig van de verdachte die al in documenten staat of in een apparaat aanwezig is of daartoe toegang geeft (denk aan Whatsapp-correspondentie, een notitie van de hand van de verdachte, etc.), is niet (meer)

wilsafhankelijk. Die informatie is al vrijwillig uit het brein van de verdachte ontsproten en bruikbaar tegen de verdachte, ook als hij aan de (fysieke of digitale) verkrijging daarvan onder enige dwang (passief) moet meewerken. De verklaringenvrijheid van de verdachte is niet in het geding. De verklaring 'bestaat', zoals gezegd, al.[14]

Het *nemo tenetur*-beginsel verzet zich, resumerend, in eerste instantie alleen ertegen dat de verdachte *tegen zijn wil in* gedwongen wordt een verklaring alsnog mondeling te geven of schriftelijk op te stellen of aan gegevens een nadere duiding te geven. Daarnaast heeft degene die op wettelijke basis en onder druk van een (on)behoorlijke sanctie gedwongen wordt een verklaring op te stellen of documenten moet verzamelen en vervolgens aan de autoriteiten te overhandigen, een sterke positie als hij voor het in gebreke blijven gestraft wordt of wel gegeven informatie ter bestraffing tegen hem wordt gebruikt. Dan is immers, in de woorden van de Hoge Raad, de verklaring niet in vrijheid afgelegd en wordt het *nemo tenetur*-beginsel van zijn betekenis ontdaan. Of in de woorden van het EHRM: '*the procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination*'. [15] De verdachte produceert dan ongewild bewijs tegen zichzelf. Voorts kan, zoals gezegd, ook de wijze van verkrijging door de overheid van reeds bestaande, door ontgrendeling te ontsluiten wilsonafhankelijke informatie maken dat toch problemen met het beginsel ontstaan.

Het afdwingen, zo nodig met gepast geweld, van medewerking van de verdachte aan het ontgrendelen van diens telefoon zodat deze kan worden onderzocht, valt mijns inziens duidelijk niet onder het bereik van het *nemo tenetur*-beginsel. De verklaringenvrijheid van de verdachte is gerespecteerd; hij heeft niet ongewild bewijs tegen zichzelf hoeven produceren. Alleen als de manier waarop de verdachte in het concrete geval zou zijn gedwongen mee te werken disproportioneel te noemen is (voorbeeld: men bracht hem met gas onder algemene narcose of brak een arm), had het beginsel toch nog in de kern kunnen worden aangetast (zeker als de ernst van het feit de gang van zaken niet zou kunnen rechtvaardigen). In dit Haarlemse geval kan wat mij betreft echter bij lange na niet gezegd worden dat de handelwijze van de politieagenten onbehoorlijk is geweest en dat om die reden alsnog een schending van het *nemo tenetur*-beginsel moet worden aangenomen. Deze uitspraak zou Den Haag- en Straatsburg-*proof* zijn geweest, waren er rechtsmiddelen tegen aangewend (hetgeen niet het geval is).

[1] Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568.

[2] Zie naast art. 6 EVRM ook nog art. 7 Richtlijn 2016/343/EU, betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld.

[3] EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, par. 266-269 (*Ibrahim*

e.a./Verenigd Koninkrijk). Zie eerder al EHRM (Grote Kamer) 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, par. 88-93 (*Bykov/Rusland*); EHRM (Grote Kamer) 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, par. 53-63 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, par. 94-102 (*Jalloh/Duitsland*).

[4] EHRM 5 februari 2003, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, par. 52 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*), aangaande een informant op cel, waarin het EHRM de gebruikte list ('subterfuge') te ver vond gaan. In EHRM (Grote Kamer) 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*) werd het gebruik van bewijsmateriaal dat was verkregen via een informant die contact moest houden met de verdachte wel geaccordeerd.

[5] EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*John Murray/Verenigd Koninkrijk*), bijv. EHRM 4 juli 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0704DEC004314998 (*Kok/Nederland*) (niet-ontvankelijkheidsbeslissing). De 'bewijslast' mag echter niet te snel overgaan van het Openbaar Ministerie op de verdachte, zie bijv. EHRM 20 juni 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0320JUD003350196 (*Telfner/Oostenrijk*) en EHRM 18 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0318JUD001320105 (*Krumpholz/Oostenrijk*). Hierover ook HR 5 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7372, NJ 2012/369.

[6] Zie immers al EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, par. 69 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*). In Richtlijn 2016/343/EU, wordt hierbij aangesloten (zie preambule, 27-29).

[7] EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, par. 111 (*Jalloh/Duitsland*), onder verwijzing naar EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*) en EHRM 3 augustus 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*). Hieraan kan EHRM 5 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0405JUD001166304 (*Chambaz/Zwitserland*) worden toegevoegd. Zie over art. 3 EVRM en bewijsvergaring natuurlijk EHRM (Grote Kamer) 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*).

[8] Zie EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, par. 111 (*Jalloh/Duitsland*).

[9] A. Bood, 'Geef ze een vinger... Gedwongen ontgrendeling van een smartphone en het nemo tenetur-beginsel', *NJB* 2018/1880, afl. 36, p. 2744-2748.

[10] Resp. L. Stevens, 'Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met

nemo tenetur', *NJB* 2019/315, afl. 6, p. 400-403, M. Egberts & W. Ferdinandusse, 'Reactie op Alex Bood', *NJB* 2019/316, afl. 6, p. 404 en D. 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, afl. 6, p. 405-407. Zie ook 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.

[11] A. Bood, 'Naschrift', *NJB* 2019/318, afl. 6, p. 408-409.

[12] HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1137, in verband met HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer.

[13] HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer en herhaald in HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3354, *NJ* 2016/58, m.nt. J.M. Reijntjes.

[14] Zo ook 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, par. 3 en 4 onder Ad 3) Maartens smartphone.

[15] Zie resp. HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes; HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6144, *NJB* 2011/1489; EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, par. 97 (*Jalloh/Duitsland*) en EHRM (Grote Kamer) 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, par. 92 (*Bykov/Rusland*).