

ANNOTATIE

Noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2015, zaaknr. 21-006079-14.

mr. P.C. Verloop

Op 22 april jl. wees het Hof Arnhem-Leeuwarden een belangwekkend – maar tot op heden ongepubliceerd – arrest. Slechts via www.bijzonderstrafrecht.nl en volgens dat medium dankzij de advocaten Thom Dieben en Marleen van Beckhoven is het arrest aan de buitenwereld toevertrouwd. Dat moge opvallend worden genoemd en roept herinneringen op aan de tijd dat de rechtspraak haar vonnissen en arresten nog niet via het internet publiceerde. Het belang van het arrest is gelegen in het oordeel dat het hof velde over de rechtmatigheid van het onderzoek aan een rechtmatig in beslag genomen voorwerp.

De zaak zelf. Aan de verdachte is ten laste gelegd dat hij openlijk in vereniging geweld heeft gepleegd tegen een persoon, welk geweld lichamelijk letsel ten gevolge heeft gehad. Op enig moment na dit strafbare feit is onder de verdachte op de voet van artikel 94 Sv een smartphone in beslag genomen. Deze smartphone is door de politie onderzocht, waarna bepaalde uit de smartphone afkomstige gegevens (een WhatsApp-gesprek) aan het strafdossier zijn toegevoegd.

De verdediging stelde zich op het standpunt dat het door de politie aan de smartphone verrichte onderzoek onrechtmatig was wegens strijd met artikel 8 EVRM (het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer), hetgeen een onherstelbaar vormverzuim in het voorbereidend onderzoek als bedoeld in artikel 359a Sv zou opleveren. De onrechtmatigheid vloeide volgens de verdediging niet voort uit een schending van de Nederlandse regelgeving omtrent beslag, maar wel uit het feit dat die regelgeving niet langer is toegesneden ‘op de feitelijke situatie waarin mensen vandaag de dag in de maatschappij functioneren, en waarbij, zoals hier het geval is, een smartphone een bron van opslag is van het hele privé-leven van de gebruiker van de smartphone’. Het onderzoek vormde daarmee volgens de verdediging een inbreuk op het recht op eerbiediging van het privéleven en de correspondentie van de verdachte. De Nederlandse regeling biedt volgens de verdediging geen redelijke begrenzing

van de bevoegdheid onderzoek te verrichten aan in beslag genomen voorwerpen en dus zou sprake zijn van een 'onbegrensde onderzoeksbevoegdheid', hetgeen in strijd zou zijn met artikel 8 EVRM.

Het hof is met de verdediging van oordeel dat het onderzoek aan de smartphone van de verdachte een inbreuk maakt op de door artikel 8 EVRM verleende bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het hof stelt vervolgens vast dat de technische ontwikkelingen anno 2015 met zich brengen 'dat er via een smartphone niet alleen toegang wordt verkregen tot verkeersgegevens, maar ook tot de inhoud van communicatie en privé-informatie van de gebruiker van de smartphone'. Het hof overweegt dat toegang tot deze gegevens wordt verkregen zonder enige vorm van voorafgaande beoordeling van de subsidiariteit en/of proportionaliteit van de toepassing van deze bevoegdheid. Dat maakt dat toepassing op deze wijze zodanig ingrijpend is 'dat, mede gelet op art. 1 Sv., de algemene bevoegdheidsomschrijving van art. 94 Sv heden ten dage niet meer kan worden aangemerkt als een wettelijk voorschrift dat als voldoende kenbaar en voorzienbaar kan worden aangemerkt bij de uitoefening van de verleende bevoegdheid' en derhalve de toets van artikel 8 EVRM niet (meer) kan doorstaan.

Het oordeel van het hof raakt aan een belangrijk – en ook door de minister niet onopgemerkt – punt. In de discussiestukken die door het ministerie van Veiligheid en Justitie zijn verspreid rondom het congres Modernisering Wetboek van Strafvordering wordt aandacht besteed aan deze problematiek: 'Met de huidige opslagcapaciteit van mobiele telefoons, laptops en computers kan het onderzoek van daarop vastgelegde gegevens een – soms ingrijpende – inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene opleveren. Het onderzoek van een mobiele telefoon (smartphone) kan niet alleen inzicht geven in de telefoonnummers die de betrokkene heeft gebeld, maar ook in zijn agenda, de locaties waar de telefoon zich heeft bevonden (GPS-gegevens), de contacten van de betrokkene en de inhoud van communicatie' (Discussiestuk, Onderzoek ter plaatse, inbeslagneming en doorzoeking en onderzoek van gegevensdragers en in geautomatiseerde werken (Boek 2)).

De discussie strekt zich uiteraard ook uit tot buiten de Nederlandse landsgrenzen. Het US Supreme Court oordeelde op 25 juni 2014 in de zaak *Riley t. Californië* (573 US 13-132) dat het in beslag nemen en doorzoeken van een mobiele telefoon van een aangehouden verdachte zonder voorafgaande machtiging in strijd was met de Amerikaanse grondwet. Toch is deze zaak niet goed vergelijkbaar met de onderhavige casus, omdat het in *Riley t. Californië* ging om een veiligheidsfouillering. Het is inderdaad niet goed denkbaar dat het doorzoeken van de inhoud van een smartphone noodzakelijk zou zijn om de veiligheid van de opsporingsambtenaren die de aanhouding verrichten, te garanderen.

Artikel 94 en 94a Sv geven aan welke voorwerpen vatbaar zijn voor inbeslagneming. De voor deze casus belangrijkste reden voor vatbaarheid is dat het voorwerp kan dienen om de waarheid aan de dag te brengen. Over de bevoegdheid tot inbeslagneming zeggen artikel 94 en 94a Sv niets. De bevoegdheden tot inbeslagneming bevinden zich verspreid door het Wetboek van Strafvordering en in de bijzondere wetten. De bevoegdheden worden voornamelijk beperkt door de plaats waar het in beslag genomen voorwerp zich bevindt en door de inspanning die dient te worden verricht teneinde het voorwerp in beslag te kunnen nemen. Het zijn de privacygevoeligheid van de plaats (de voorwerpen die hij met zich voert uit artikel 95 Sv vs. de woning uit artikel 110 Sv) en de inbreuk op de privacy die door die inspanningen wordt gemaakt (zoekend rondkijken vs. doorzoeken) die bepalend zijn voor de vraag of en op welke wijze de inbeslagneming nader wordt gereguleerd. De aard van het in beslag te nemen voorwerp bepaalt slechts in een enkel geval of nadere regels van toepassing zijn op de bevoegdheid tot inbeslagneming. Alleen als het gaat om brieven of geschriften, tot welke de geheimhoudingsplicht van een professioneel verschoningsgerechtigde zich uitstrekt, geldt een verbod op inbeslagneming (artikel 98 Sv, behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden waarin het belang van de waarheidsvinding dient te prevaleren boven het belang van het verschoningsrecht).

Het hof voegt daar dus in feite een categorie van voorwerpen aan toe: smartphones. De gedachte daarachter is sympathiek: met de doorzoeking van een smartphone kan een zeer vergaande inbreuk worden gemaakt op de bescherming van iemands privéleven, nu een groot deel van de gebruikers van smartphones dat apparaat gebruikt voor de opslag van foto's en video's, het verzenden en ontvangen van e-mails, het plaatsen en ontvangen van berichten op social media et cetera. De overweging van het hof 'dat de algemene bevoegdheidsbeschrijving van artikel 94 Sv heden ten dage niet meer kan worden aangemerkt als een wettelijk voorschrift dat als voldoende kenbaar en voorzienbaar kan worden aangemerkt bij de uitoefening van de verleende bevoegdheid' laat zich evenwel maar moeilijk doorgronden. Artikel 94 Sv geeft immers geen bevoegdheid en uit die bepaling kan al helemaal niet worden afgeleid op welke wijze het onderzoek aan een in beslag genomen voorwerp dient te worden uitgevoerd.

Dat laat onverlet dat het wel degelijk wenselijk is eens goed te doordenken of met het onderzoek van bepaalde bijzondere in beslag genomen voorwerpen (gegevensdragers, maar bijvoorbeeld ook dagboeken of andere persoonlijke aantekeningen), niet een dusdanig grote inbreuk wordt gemaakt op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer dat ook ten aanzien van dat onderzoek dient te worden voorzien in nadere waarborgen. Het is een uitdaging aan ons allen om daarover ideeën te ontwikkelen en de wetgever – in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering – daarmee handvatten te geven voor

een nieuwe regeling.