

ANNOTATIE

Annotatie bij Hoge Raad 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202.

mr. P.C. Verloop

Annotatie bij Hoge Raad, 09-02-2021, ECLI:NL:HR:2021:202 (SR-2021-0038)

Op 9 februari jl. heeft de Hoge Raad een voor de opsporingspraktijk belangwekkend arrest gewezen op een beroep in cassatie in het belang van de wet tegen een vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 28 februari 2019.

Door de advocaat-generaal bij de Hoge Raad werd de vraag aan de orde gesteld of het biometrisch ontgrendelen van een smartphone van de verdachte tegen zijn wil teneinde met het oog op de opsporing toegang te krijgen tot de inhoud van de smartphone rechtmatig was.

Die vraag valt uiteen in twee onderdelen. De eerste vraag is of de op inbeslagneming betrekking hebbende strafvorderlijke bepalingen een voldoende wettelijke grondslag bieden voor het zich toegang verschaffen tot de inhoud van een in beslag genomen smartphone van de verdachte door die tegen zijn wil met gebruikmaking van zijn vingerafdruk biometrisch te ontgrendelen. Een inbreuk op de privacy is in het licht van het bepaalde in artikel 8 EVRM immers alleen mogelijk indien bij wet voorzien en noodzakelijk gelet op genoemde doelen.

De tweede vraag is of een dergelijke handelwijze in strijd komt met het onder meer in artikel 6 EVRM vervatte *nemo tenetur*-beginsel.

De casus was als volgt: onder een van diefstal in vereniging en oplichting aangehouden verdachte was diens smartphone in beslag genomen. Ter voorkoming van het op afstand wissen van het toestel, was de telefoon in de 'flight mode' gezet. Tijdens zijn verhoor is aan de verdachte gevraagd of hij de toegangscode van zijn telefoon wilde geven, zodat de inhoud daarvan in het kader van het onderzoek kon worden bekeken. Nadat de verdachte weigerde

zijn toegangscode te geven, is hem nogmaals gevraagd de code te geven en is aan hem medegedeeld dat – bij herhaalde weigering de toegangscode te geven – hij zou worden geboeid waarna – desnoods met gepast geweld – zijn vingerafdruk zou worden gebruikt om de smartphone te ontgrendelen. Nadat de verdachte wederom had geweigerd zijn toegangscode te geven, werd hij geboeid en werd zijn rechterduim, zonder geweld, op de vingerafdrukscanner van de smartphone geplaatst.

Ten aanzien van de eerste door de advocaat-generaal gestelde vraag – of de op inbeslagneming betrekking hebbende strafvorderlijke bepalingen een voldoende wettelijke grondslag bieden voor het zich toegang verschaffen tot de inhoud van een in beslag genomen smartphone van de verdachte door die tegen zijn wil met gebruikmaking van zijn vingerafdruk biometrisch te ontgrendelen – oordeelt de Hoge Raad dat artikel 94, 95 en 96 Sv een voldoende wettelijke basis bieden voor de bevoegdheid om aan in beslag genomen voorwerpen – waaronder elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken als smartphones – en de zich daarin bevindende gegevens onderzoek te doen (HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2076, NJ 1994/577, m.nt. Schalken en HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, NJ 2017/229, m.nt. Kooijmans).

Daarbij heeft te gelden dat de uitoefening van het dwangmiddel inbeslagneming kan inhouden dat desnoods met toepassing van proportioneel geweld handelingen worden verricht die ertoe strekken het voorwerp onder zich te nemen of gaan houden ten behoeve van strafvordering (zoals het openen van een vuist of mond van de verdachte, vgl. HR 7 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5819). Die redenering geldt ook voor handelingen die strekken tot het verkrijgen van toegang tot de inhoud van die voorwerpen teneinde daaraan onderzoek te doen, zoals bijvoorbeeld het openbreken van een kluis of – voor de onderhavige zaak relevant – het verbreken van de elektronische beveiliging van een gegevensdrager.

Daarmee is het volgens de Hoge Raad ook geoorloofd dat toegang wordt verkregen tot een in beslag genomen smartphone van de verdachte door die tegen zijn wil met gebruikmaking van zijn vingerafdruk biometrisch te ontgrendelen. Dat geldt dan eveneens voor bijvoorbeeld het afgedwongen gebruik van gezichtsherkenning en de irisscan.

De tweede vraag die aan de orde komt, is de vraag of het afgedwongen biometrisch ontgrendelen van de smartphone in strijd komt met het onder meer in artikel 6 EVRM vervatte *nemo tenetur*-beginsel.

Bij de beoordeling van die vraag stelt de Hoge Raad voorop 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. De Hoge Raad wijst er daarbij op dat het *nemo tenetur*-beginsel voornamelijk betrekking heeft op het zwijgrecht van de verdachte en dat 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.

Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de uitspraak van het EHRM van 11 juli 2016 (nr. 54810/00, *NJ 2007/226 (Jalloh/Duitsland)*) en citeert hij uitgebreid uit deze uitspraak. In de *Jalloh*-uitspraak oordeelde het EHRM de gedwongen toediening van een braakmiddel teneinde bewijsmateriaal (een bolletje cocaïne) veilig te stellen in strijd met het verbod op een onmenselijke en vernederende behandeling (art. 3 EVRM) en het gebruik van het op die wijze onder dwang verkregen materiaal voor het bewijs in strijd met het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM).

De Hoge Raad concludeert dat de rechtbank heeft vastgesteld dat in casu sprake was van een zeer geringe mate van fysieke dwang met als doel het door middel van een vingerafdruk van de verdachte biometrisch ontgrendelen van de smartphone geen inbreuk op het *nemo tenetur*-beginsel oplevert. Daarin ligt volgens de Hoge Raad besloten het oordeel van de rechtbank dat het ondergaan van deze fysieke dwang slechts een geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit van de verdachte opleverde.

Toetsend aan de *Jalloh*-uitspraak getuigt dat oordeel van de rechtbank volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het niet onbegrijpelijk.

Daarmee is voor de opsporingspraktijk voorzien in een behoefte en is bovendien ten aanzien van onderzoek aan smartphones meer duidelijkheid geschapen met betrekking tot de mate van rechtsbescherming die verdachte burgers mogen verwachten.

Met dit arrest levert de Hoge Raad bovendien een bijdrage aan de terugkerende discussie over de vraag of een ontsleutelingsbevel (met de daaraan gekoppelde strafbedreiging) ook aan verdachten zou moeten kunnen worden gegeven.

De Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie-Koops) koos daar niet voor, omdat de strafbedreiging van artikel 184 Sr verdachten er niet altijd toe zou zetten om mee te werken en dat om die reden de nu door de Hoge Raad goed bevonden werkwijze te prefereren zou zijn. Om die reden zal – overeenkomstig het advies van de Commissie-Koops – in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering een bepaling worden opgenomen op grond waarvan de officier van justitie kan bevelen dat een opsporingsambtenaar de biometrische beveiliging of versleuteling ongedaan kan maken en

daarbij tegen de wil van degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij deze beveiliging of versleuteling ongedaan kan maken, maatregelen kan treffen die daartoe redelijkerwijs noodzakelijk zijn: de zogenoemde 'duldplicht' (art. 2.7.44 lid 2 Ambtelijke versie juli 2020 Wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering).

Daarmee wordt ook de in dit arrest aan de orde zijnde handelwijze van een concrete wettelijke basis voorzien. Net als dat eerder al werd voorgesteld ten aanzien van het onderzoek aan smartphones (art. 2.7.39 Ambtelijke versie juli 2020 Wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering).