

Politie mag duim verdachte op smartphone plaatsen om deze te ontgrendelen

• NautaDutilh

De Rechtbank Noord-Holland heeft op 28 februari 2019 een [interessante uitspraakgedaan](#). Volgens deze uitspraak mag de politie de duim van een verdachte op een smartphone plaatsen om deze te ontgrendelen en de gegevens die daarop staan veilig te stellen voor het onderzoek.

Wat was er aan de hand?

In een onderzoek naar een phishing-bende was een verdachte aangehouden. Ook zijn smartphone was in beslag genomen. Tijdens het verhoor van de verdachte werd hem de toegangscode van de smartphone gevraagd, maar die wilde hij niet geven. De officier van justitie heeft de verdachte vervolgens, op grond van artikel 61a van het Wetboek van Strafvordering, bevolen mee te werken aan het ontgrendelen van de smartphone. Toen hij dat opnieuw weigerde, werd hij geboeid en werd zijn rechterduim op de smartphone geplaatst om deze te ontgrendelen.

Wat werd er aangevoerd?

De advocaat van de verdachte voerde aan dat de bestanden aangetroffen op de smartphone die op deze manier was ontgrendeld van het bewijs moesten worden uitgesloten. Volgens de advocaat zijn namelijk meerdere belangrijke rechtsbeginselen geschonden en is inbreuk gemaakt op de grondrechten van de verdachte, zonder dat daartoe een wettelijke bevoegdheid bestond. Het gaat hier om het recht van een verdachte op een eerlijk proces (artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ("EVRM")), meer in het bijzonder het 'nemo tenetur-beginsel', en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer/privacy van de verdachte.

Wat vond de rechtbank?

De rechtbank leidt uit het wettelijke stelsel en het zogenaamde [Smartphone-arrest](#) af dat de politie zich toegang mocht verschaffen tot de smartphone om de gegevens die daarop stonden veilig te stellen voor het onderzoek. Voor dat doel mag de politie ook een toegangscode van een smartphone kraken.

Wanneer medewerking van de verdachte nodig is, ligt het iets genuanceerder volgens de rechtbank. De medewerking van de verdachte mag worden afgedwongen, mits dit niet in strijd komt met het 'nemo tenetur-beginsel' en wordt voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Toegepast op de situatie waarover de rechtbank moest beslissen levert dat de volgende uitspraak van de rechtbank op. Het plaatsen van de duim van de verdachte op de smartphone

door de politie mag. Het dwingen om de toegangscode van een smartphone te geven zou niet zijn toegestaan.

Het plaatsen van de duim terwijl de verdachte geboeid was, vond de rechtbank bovendien proportioneel en subsidiair. Enerzijds, omdat de techniek van de smartphone nog zo nieuw was, dat de smartphone door het NFI niet kon worden gekraakt om de gegevens eraf te halen. Anderzijds, gezien de aard en ernst van de verdenkingen en de gerechtvaardigde verwachting bij de politie dat de smartphone relevante gegevens zou bezitten.

Hoe valt dit te duiden?

Het 'nemo tenetur-beginsel' is een van de meest fundamentele rechten van een verdachte. Het houdt in dat een verdachte het recht heeft om niet aan zijn eigen veroordeling mee te werken. De verdachte hoeft dus geen bewijs tegen zichzelf te leveren en mag ervoor kiezen om te zwijgen en kan dus niet gedwongen worden een verklaring tegen zichzelf af te leggen in een strafprocedure. Dit valt allemaal onder het (Europese) recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM).

Het Europese Hof voor de rechten van de mens ("EHRM") heeft al veel rechtspraak gewezen over dit onderwerp. Hieruit volgt dat een verdachte onderzoeksmaatregelen wel (passief) moet ondergaan en dulden. Materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat mag onder dwang worden verkregen. Daarbij moet gedacht worden aan bloedmonsters en urinemonsters. Materiaal afhankelijk van de wil, zoals een verklaring, die onder dwang is verkregen mag niet worden gebruikt bij het opleggen van een straf.

De rechtbank Noord-Holland oordeelt dat het plaatsen van een duim op een smartphone onder dwang gezien moet worden als het dulden van een onderzoeksmaatregel die geen actieve medewerking van de verdachte vereist. Dat geeft geen strijd met het 'nemo tenetur-beginsel'. Het geven van de toegangscode van de smartphone zou daarentegen wél wilsafhankelijk materiaal zijn en zou dus niet onder dwang mogen worden verkregen.

Waarom is dit relevant voor de praktijk?

Het wetsvoorstel dat werd ingediend om verdachten te kunnen verplichten het wachtwoord van zijn/haar smartphone te geven heeft het niet gehaald, vanwege de strijdigheid daarvan met het nemo tenetur-beginsel (decryptiebevel aan verdachte in Wetsvoorstel Computercriminaliteit III). Verdachten kunnen dus niet verplicht worden de toegangscode van hun smartphone te geven.

Indien de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland standhoudt, dan betekent dit feitelijk dat veelal via de mogelijkheid van fysieke ontgrendeling toch door middel van toepassing van dwang toegang tot de smartphone van een verdachte kan worden verkregen. Vele personen hebben immers voor het gemak ingesteld dat hun smartphone via een vingerafdruk kan worden ontgrendeld. Bovendien keurt deze rechtbank goed dat de politie de verdachte voor dit doel in de boeien slaat, terwijl handboeien op basis van de ambtsinstructie alleen mogen worden gebruikt bij gevaar voor ontvluchting of voor de veiligheid.

In de literatuur zijn al de nodige discussies gevoerd of het voorgaande niet ook strijd oplevert met het nemo tenetur-beginsel, waarbij auteurs tot verschillende conclusies komen. Ook internationaal hebben rechters hierover verschillend geoordeeld. Vanwege het effect dat ontgrendeling van de smartphone kan hebben gelet op de enorme hoeveelheid potentieel bewijsmateriaal die op de smartphone kan worden aangetroffen, wordt een uitspraak van de Hoge Raad hierover met belangstelling afgewacht.

Als de Hoge Raad de lijn van de rechtbank Noord-Holland volgt, beschermt alleen een met een wachtwoord beveiligde smartphone tegen gedwongen ontgrendeling.

Tara Veenendaal
Tara.Veenendaal@nautadutilh.com

Marleen Velthuis
marleen.velthuis@nautadutilh.com