

Het ontwerp wetsvoorstel Computercriminaliteit III

Marjolein Buwalda & Nico Kwakman*

De samenleving wordt steeds vaker geconfronteerd met ernstige vormen van computercriminaliteit. Dat vraagt om nieuwe, speciaal daarop toegesneden, straf(proces)rechtelijke instrumenten. Daartoe worden in het ontwerp wetsvoorstel Computercriminaliteit III verstrekkende bevoegdheden toegekend aan politie en justitie. De vraag is of een doelmatige bestrijding van ernstige computercriminaliteit de daarmee gepaard gaande inbreuken op fundamentele rechten, zoals het nemo-teneturbeginsel, voldoende rechtvaardigt.

Toen Edward Snowden in juni 2013 onthulde dat de NSA op grote schaal privégegevens van burgers over de hele wereld verzamelde, leidde dat wereldwijd tot grote verontwaardiging

1 Inleiding

Toen Edward Snowden, werkzaam als agent bij de Amerikaanse National Security Agency (NSA), in juni 2013 onthulde dat de NSA op grote schaal privégegevens van burgers over de hele wereld verzamelde, leidde dat wereldwijd tot grote verontwaardiging. De NSA kon vervolgens niet veel anders dan de noodzaak van het omstreden af luisterprogramma PRISM aantonen: zonder het meekijken op de servers van de belangrijkste internetbedrijven en het op grote schaal verzamelen van privégegevens was het eenvoudigweg onmogelijk om burgers te beschermen tegen nieuwe terroristische aanslagen. Er zouden inmiddels al tientallen terroristische activiteiten in binnen- en buitenland zijn verijdeld, waaronder een aanslag in de metro van New York in september 2009.¹

De onthullingen kwamen op het moment dat in Nederland de laatste hand werd gelegd aan het (ontwerp) wetsvoorstel Computercriminaliteit III. Daarin worden nieuwe verstrekkende bevoegdheden toegekend aan politie en justitie, die een gevoelige inbreuk op het recht op privacy en andere fundamentele rechten kunnen opleveren. De rechtvaardiging voor deze ingrijpende bevoegdheden wordt in de (ontwerp) memorie van toelichting bij het ontwerp wetsvoorstel (eveneens) gezocht in de noodzaak om eigentijdse zware (computer)criminaliteit, in het bijzonder op het gebied van terrorisme en kinderpornografie, krachtiger te kunnen aanpakken.

In het (ontwerp) wetsvoorstel Computercriminaliteit III worden nieuwe verstrekkende bevoegdheden toegekend aan politie en justitie, die een gevoelige inbreuk op het recht op privacy en andere fundamentele rechten kunnen opleveren

* Mr.dr. N.J.M. Kwakman is universitair docent straf(proces)recht aan de Rijksuniversiteit Groningen. M.E. Buwalda is masterstudent strafrecht & criminologie en privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

¹ Zie bijv. A. Coevert, 'NSA-chef: ons af luisterbeleid verstoort het werk van terroristen', *NRC Handelsblad* 12 juni 2013.

Het wetsvoorstel kan worden gezien als een aanvulling op de voorlopers daarvan: de ‘Wet computercriminaliteit’ en de ‘Wet computercriminaliteit II’. Daarin werd een aantal specifieke cybercrimefeiten strafbaar gesteld, zoals computervrederebreuk, het aftappen, opnemen en bekend maken van computergegevens en het vernielen of misbruik van computergegevens.²

Daarnaast werden daarin diverse nieuwe cybercrimegerelateerde opsporingsbevoegdheden geïntroduceerd,³ zoals onderzoek in en/of inbeslagneming van geautomatiseerde werken, het ontoegankelijk (doen) maken van gegevens – waarmee een strafbaar feit is of zal worden gepleegd – die worden aangetroffen bij een doorzoeking in een geautomatiseerd werk, en de mogelijkheid om het ontsleutelen van versleutelde gegevens te bevelen.

De twee bevoegdheden uit het wetsvoorstel Computercriminaliteit III die het diepst ingrijpen in respectievelijk de privacy van burgers en de rechtsbescherming van de verdachte, zijn: – de bevoegdheid om op afstand binnen te dringen in computers (het hacken van computers); – de bevoegdheid om ook de verdachte het bevel te kunnen geven om versleutelde gegevens te ontsleutelen (het zgn. decryptie-bevel).⁴

In het bijzonder het decryptiebevel aan de verdachte lijkt op gespannen voet te staan met één van de fundamentele beginselen van ons strafprocesrecht: het nemo-teneturbeginsel.⁵ Daarom zal daarop in deze bijdrage dieper worden ingegaan.

2 Het nemo-teneturbeginsel en de kantelende grondslagen van het straf(proces)recht

De juridische reikwijdte van beginselen, zoals het nemo-teneturbeginsel, staat niet op voorhand onveranderlijk vast. Dat neemt niet weg dat de rechtsontwikkeling gebonden is aan bepaalde buitengrenzen. Bezien zal worden of – mede gegeven de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) met betrekking tot dit beginsel – de noodzaak om eigentijdse vormen van zware computercriminaliteit met wortel en tak uit te roeien en de digitale veiligheid in Nederland te bewaken, een ‘functionele’ uitleg van het nemo-teneturbeginsel rechtvaardigen. Daarbij draait het om het bekende begrippenpaar ‘rechtsbescherming’ (de bescherming van burgers tegen al te belastend en overrijverig over-

heidsoptreden)⁶ versus ‘instrumentaliteit’ (de zorg en de plicht van de overheid om potentiële slachtoffers, en burgers in het algemeen, te vrijwaren van ernstige criminaliteit).⁷

Het begrippenpaar ‘rechtsbescherming’ en ‘instrumentaliteit’ – ook wel: *due process* vs. *crime control* – drukt een zekere onderlinge spanningsverhouding uit: een constant zoeken naar een juiste en werkbare balans, en de voortdurende, daarmee gepaard gaande, slingerbeweging. Zo lijkt in het huidige tijdsgewricht, gelet op de grote maatschappelijke impact die bepaalde ernstige delicten hebben (kinderporno, massamoorden, terroristische aanslagen), de rechtsbescherming wat gemakkelijker ondergeschikt te worden gemaakt aan de instrumentaliteit van het straf(proces)recht dan tot voor kort nog mogelijk leek. Vooral bepaalde nieuwe vormen van computercriminaliteit en criminaliteit waarbij de sociale media een sleutelrol vervullen, zijn nauwelijks nog te bestrijden zonder dat dit ten koste gaat van de privacy van burgers en de rechtsbescherming van de verdachten. Als deze cybercrimezaken dan ook nog grote maatschappelijke onrust veroorzaken en/of verstreckende consequenties kunnen hebben, dan is de afweging al snel gemaakt.

In het huidige tijdsgewricht lijkt de rechtsbescherming wat gemakkelijker ondergeschikt te worden gemaakt aan de instrumentaliteit van het straf(proces)recht dan tot voor kort nog mogelijk leek

Een tot de verbeelding sprekend voorbeeld vormen de Ddos-aanvallen die de websites van enkele banken en van de overheid voor kortere of langere tijd platlegden. Daarbij wordt gewerkt met zogenaamde botnets. Dat zijn – vaak grootschalige – netwerken van geïnfecteerde computers (‘bots’) die op afstand kunnen worden bestuurd om illegale acties uit te voeren, zoals – naast Ddos-aanvallen – het verspreiden van spam of ‘malware’ (bijvoorbeeld ‘ransomware’ die de computer platlegt totdat er losgeld is betaald). Daarnaast wordt op deze ‘bots’ ook wel illegale software geplaatst om op afstand toetsaanslagen vast te leggen, of om op andere wijze vertrouwelijke informatie te vergaren.

De verstreckende consequenties van deze nieuwe vormen van criminaliteit rechtvaardigen

2 Zie art. 138ab, 138b, 350a en 350b jo art. 80sexies Sr.

3 Zie art. 125i t/m art. 125o Sv.

4 Zie voor meer informatie over het wetsvoorstel <http://nicokwakman.blogspot.nl/2013/05/wetsvoorstel-computercriminaliteit-iii.html>.

5 Het nemo-teneturbeginsel houdt kort gezegd in dat een verdachte niet aan zijn eigen veroordeling hoeft mee te werken.

6 Zie voor een overzicht van wetgeving waarbij het recht op privacy tot op zekere hoogte ondergeschikt wordt gemaakt aan de misdaadbestrijding www.privacybarometer.nl.

7 Deze zgn. ‘positive obligations’ van de overheid kunnen tegenwoordig zelfs een doorslaggevende rol spelen bij de vraag of de rechten die worden beschermd door het EVRM, in het straf(proces)recht voldoende in acht zijn genomen. En dat terwijl het EVRM van oorsprong toch primair was bedoeld als een set waarborgen tegen willekeurige inbreuken van de overheid op de grondrechten die daarin zijn verwoord. Zie M.S. Groenhuijsen en N.J.M. Kwakman, ‘Het slachtoffer in het vooronderzoek’, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en Rechtsmiddelen, 3e interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 802. Zie ook F. Vellinga-Schootstra en W.H. Vellinga, ‘Positive obligations’ en het Nederlandse straf(proces)recht, Deventer: Kluwer 2008. Zie voorts P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.



Foto: Marten Hoogstraat,
www.whiteframe.nl
 © Ars Aequi

digen een krachtige aanpak. Het is de vraag of de traditionele waarborgen die de burger moeten beschermen tegen al te voortvarend strafrechtelijk overheidsoptreden, daaraan niet te zeer in de weg staan. Sterker nog: het is de vraag of het 'reactieve karakter van het straf(proces)recht' niet allang is achterhaald of op zijn minst om een eigentijdse invulling vraagt.

Ook het verspreiden van kinderporno op internet, en met name als daar een gewoonte van wordt gemaakt of als dat beroepsmatig gebeurt, kan als een vorm van cybercrime worden beschouwd. Er lijkt een groot maatschappelijk draagvlak voor te zijn deze vorm van cybercrime met wortel en tak uit te roeien, koste wat het kost. Ook dat lijkt te impliceren dat het recht op privacy, maar ook andere fundamentele rechten, zoals het recht op vrije meningsuiting, daaraan zonder al te veel politieke, maatschappelijke en juridische weerstand ondergeschikt (kunnen) worden gemaakt, aangezien de beperking van deze fundamentele rechten hier kan worden gezien als 'noodzakelijk in een democratische samenleving'.

De consequenties van cyberterrorisme, en terroristische aanslagen in het algemeen, kunnen zo ingrijpend zijn dat het niet langer verantwoord lijkt een afwachtende houding aan te nemen

Cyberterrorisme vormt een ander voorbeeld van cybercrime dat de nodige hoofdbreken oplevert en om een krachtige aanpak vraagt. Het behoeft geen betoog dat de instrumentele functie van het straf(proces)recht ook hier hoge ogen gooit. De consequenties van cyberterrorisme, en terroristische aanslagen in het algemeen, kunnen zo ingrijpend zijn dat het niet langer verantwoord lijkt een afwachtende houding aan te nemen. Wat dat betreft kan worden verwezen naar de memorie van toelichting bij het 'Wetsvoorstel ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven':⁸

⁸ Kamerstukken II 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 2.

'Het kabinet heeft het vaste voornemen te doen wat mogelijk en wenselijk is om het vermogen van overheid en samenleving om terroristische aanslagen te voorkomen, te versterken. De grote bedreiging die van terroristische aanslagen uitgaat, rechtvaardigt dat afwegingen ten aanzien van de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden anders uitvallen dan in het reguliere strafrecht het geval is. Uitgangspunt moet naar het oordeel van het kabinet zijn, dat opsporingshandelingen waarvan redelijkerwijs verwacht mag worden dat zij kunnen bijdragen aan het voorkómen van een terroristische aanslag, verricht moeten kunnen worden.'

Deze invalshoek zet de grondslagen van het straf(proces)recht op zijn kop in die zin, dat het strafrecht meer zal (moeten) worden ingezet als instrument om ernstige terroristische misdrijven te voorkomen dan om deze misdrijven enkel achteraf te bestraffen

Deze invalshoek zet de grondslagen van het straf(proces)recht op zijn kop in die zin, dat het strafrecht meer zal (moeten) worden ingezet als instrument om ernstige terroristische misdrijven te voorkomen dan om deze misdrijven enkel achteraf te bestraffen (zoals traditioneel het geval is en was). Dat rechtvaardigt in de ogen van het kabinet een strengere bestraffing van handelingen in de voorbereidings sfeer, zoals samenspanning en allerlei andere voorbereidingshandelingen of voorbereidende misdrijven, training voor terrorisme, deelneming aan een terroristische organisatie en het werven voor de jihad. Daarnaast beschikken de opsporingsambtenaren in het kader van de strafrechtelijke bestrijding van terrorisme over (soms verstrekkende) bevoegdheden om eerder in te grijpen dan in het commune strafprocesrecht mogelijk is. Dit alles wordt ook wel aangeduid als *'Vorfeld-kriminalisierung'*.⁹

Het lijkt erop dat er van deze aanpak een reflexwerking uitgaat naar de aanpak van (ook) andere vormen van cybercrime met ernstige gevolgen voor de samenleving: het strafrecht als instrument om deze nieuwe varianten van criminaliteit te voorkomen in plaats van er alleen op te reageren.

In dat licht bezien is het ook niet zo vreemd dat het kabinet zich genooddaakt ziet op korte termijn het wetsvoorstel Computercriminaliteit III in te dienen, met daarin verstrekkende voorstellen, zoals het decryptiebevel aan de

verdachte. De vraag is alleen of het nemo-teneturbeginsel, en de uitleg die de Hoge Raad en het Europees Hof van de Rechten van de Mens daaraan geven, daartoe de ruimte bieden. In het navolgende zal nader worden ingegaan op deze vraag.

3 Het decryptiebevel aan de verdachte

Volgens het kabinet noopt het publieke belang van de bestrijding van bepaalde ernstige vormen van criminaliteit ertoe dat politie en justitie (linksom of rechtsom) toegang moeten kunnen krijgen tot elektronische gegevens die door de verdachte zijn versleuteld of waarvan het wachtwoord (alleen) bij de verdachte bekend is. Daartoe is het noodzakelijk om ook de verdachte een decryptiebevel te kunnen geven en de decryptie (ontsleuteling) vervolgens te kunnen afdwingen door middel van een voldoende afschrikwekkende sanctie.

Het betreft een dermate ingrijpende bevoegdheid dat de toepassing daarvan wordt beperkt tot verdachten die een beroep of gewoonte maken van het bezit, de vervaardiging of verspreiding van kinderpornografie (art. 240b, lid 2, Sr) en verdachten van terroristische misdrijven.

Daarnaast zal deze bevoegdheid worden onderworpen aan een aantal andere voorwaarden en waarborgen, zoals:

- Het decryptiebevel kan uitsluitend worden gegeven door de OvJ;
- Het opsporingsbelang moet het dringend vorderen;
- Het bevel kan uitsluitend worden gegeven na schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris;
- Het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel zijn (ook) hier leidend: als kan worden volstaan met een onderzoek in het geautomatiseerd werk, moet daarvoor worden gekozen;
- Voorafgaand aan het bevel moet de verdachte worden gehoord (een decryptiebevel wordt pas gegeven als de verdachte volhardt in zijn weigering om medewerking te verlenen);
- Het bevel moet in schriftelijke vorm worden gedaan en uitvoerig worden onderbouwd;
- De verdachte moet een redelijke termijn worden geboden om aan het bevel te voldoen, rekening houdend met alle belangen (van bijvoorbeeld de slachtoffers) en omstandigheden van het geval;
- Alle bevindingen ter zake moeten worden vermeld in het proces-verbaal.

⁹ Zie bijv. N.J.M. Kwakman, *Terrorismebestrijding* (studieboek strafrecht nr. 41, 2e druk), Deventer: Kluwer 2013, p. 43, noot 27, met een verwijzing naar E. van Sliedregt, *Tien tegen één. Een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumptie* (oratie VU), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009.

Belanghebbenden (ook derden) kunnen zich beklagen over het decryptiebevel aan de verdachte. Daarnaast kan de verdachte de rechtmatigheid van het decryptiebevel ter terechtzitting betwisten. Het opzettelijk weigeren te voldoen aan een decryptiebevel wordt in een speciale strafbaarstelling (art. 184 Sr is dus niet van toepassing) strafbaar gesteld met een gevangenisstraf van maximaal 3 jaar of een geldboete van de vierde categorie.

Wat betreft het nemo-teneturbeginsel is de regering van mening dat dit beginsel nog onvoldoende is uitgekristalliseerd om er eenduidige conclusies aan te verbinden wat betreft de toelaatbaarheid van een decryptiebevel aan de verdachte

Wat betreft het nemo-teneturbeginsel is de regering van mening dat dit beginsel nog onvoldoende is uitgekristalliseerd om er eenduidige conclusies aan te verbinden wat betreft de toelaatbaarheid van een decryptiebevel aan de verdachte.¹⁰ De vraag of een decryptiebevel aan de verdachte verenigbaar is met het nemo-teneturbeginsel, kan dan ook niet *a priori* ontkennend worden beantwoord, maar vraagt om een casuïstische benadering. Daarbij speelt volgens de regering een aantal factoren een rol, zoals de aard en de mate van de dwang, het gewicht van het publieke belang, de aanwezigheid van relevante waarborgen in de procedure en de manier waarop het afgedwongen materiaal wordt gebruikt.

Dat alles impliceert dat de voorwaarden voor toepassing in de rechtspraktijk zorgvuldig dienen te worden afgewogen, waarbij ook hier het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel leidend zijn, mede met het oog op artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).¹¹

4 Het bevel tot uitlevering in het Wetboek van Strafvordering en bijzondere wetten
Het huidige artikel 125k lid 3 Sv, waarin wordt bepaald dat het decryptiebevel niet aan de verdachte kan worden gegeven, sluit aan bij de regeling in het Wetboek van Strafvordering zoals die ook geldt met betrekking tot het bevel tot uitlevering van voorwerpen. Op grond van artikel 105 Sv is de rechter-

commissaris bevoegd aan degene die vermoedelijk houder is van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp, een bevel tot uitlevering te geven. Op grond van artikel 96a Sv en artikel 551 Sv zijn ook opsporingsambtenaren bevoegd een dergelijk bevel te geven. De artikelen 96a lid 2 en 105 lid 3 jo. artikel 96a lid 2 Sv bepalen echter dat een bevel niet aan de verdachte mag worden gegeven.¹² Dit zou in strijd zijn met het nemo-teneturbeginsel.¹³ De verdachte die niet verplicht is om door spreken zichzelf te belasten, kan dus ook niet worden gedwongen om mee te werken aan het bewijs door voor inbeslagneming vatbare voorwerpen aan justitie af te staan.¹⁴ Er bestaan echter voor justitie wel andere mogelijkheden om het verlangde voorwerp in handen te krijgen. In het geval van een doorzoeking kan het voorwerp in beslag worden genomen en daarnaast staat niets eraan in de weg de verdachte om uitlevering te verzoeken.¹⁵

De verdachte kan niet worden gedwongen om mee te werken aan het bewijs door voor inbeslagneming vatbare voorwerpen aan justitie af te staan. Er bestaan echter voor justitie wel andere mogelijkheden om het verlangde voorwerp in handen te krijgen

De bevoegdheid om de uitlevering te bevelen van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen is ook in enkele bijzondere wetten geregeld. In de relevante wettelijke bepalingen ontbreekt echter de beperking dat het bevel niet aan de verdachte wordt gegeven. Ook op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt een dergelijke beperking niet aangenomen. Zo heeft de Hoge Raad ten aanzien van artikel 52 Wet wapens en munitie (WWM) beslist dat een bevel tot uitlevering op grond van dit artikel ook aan de verdachte kan worden gegeven. Volgens de Hoge Raad is deze bevoegdheid om uitlevering te vorderen omschreven zonder enige beperking van personen. Ook de wetgeschiedenis bevat geen aanwijzing dat de in artikel 96a lid 2 Sv gestelde beperking tevens geldt voor bevelen tot uitlevering op grond van bijzondere wetten.¹⁶ In latere jurisprudentie met betrekking tot bevelen tot uitlevering op grond van andere bijzondere wetten

¹⁰ Zie ontwerp Memorie van Toelichting bij het ontwerp wetsvoorstel computercriminaliteit III, p. 56.

¹¹ Zie ontwerp Memorie van Toelichting bij het ontwerp wetsvoorstel computercriminaliteit III, p. 56-60.

¹² Art. 551 Sv vormt hierop een uitzondering. Deze bepaling bevat een aparte regeling voor de uitlevering van gemeengevaarlijke voorwerpen in het geval van een aantal in dat artikel opgesomde delicten. De uitlevering mag alleen worden gevorderd met het doel om verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer mogelijk te maken. Juist vanwege dit doel mag het bevel ook aan de verdachte en verschooningsgerechtigden worden gegeven, vgl. G.J.M. Corstens/M.J. Borgers (bew.), *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 480.

¹³ C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen, *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2011, art. 96a Sv, aant. 3.

¹⁴ F. Vellinga-Schootstra, *Inbeslagneming en huiszoeking. De dwangmiddelen ter inbeslagneming* (diss. Groningen), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1982, p. 88.

¹⁵ Vellinga-Schootstra 1982, p. 94.

¹⁶ HR 20 maart 1984, *NJ* 1984/547, m.nt. Van Veen.

wordt op deze uitspraak voortgebouwd. Met betrekking tot artikel 81 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) heeft de Hoge Raad eveneens beslist dat een op dit artikel gegrond bevel tot uitlevering aan de verdachte mag worden gegeven.¹⁷ De Hoge Raad stelt in dit arrest voorop dat 'in het Nederlandse recht niet is verankerd een onvoorwaardelijk recht of beginsel dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal'. Wel brengt het aan artikel 29 Sv ten grondslag liggende nemo-teneturbeginsel volgens de Hoge Raad mee dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een verklaring waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd. In het geval van artikel 81 AWR gaat het echter om het afgeven van administratieve bescheiden en niet om het afleggen van verklaringen of verschaffen van schriftelijke inlichtingen in een strafrechtelijke context. De Hoge Raad verwijst voorts naar artikel 551 Sv en artikel 18 Wet op de Economische Delicten (WED) en overweegt net als in het hierboven besproken arrest dat die bepalingen geen beperkingen kennen ten aanzien van personen. De Hoge Raad leidt vervolgens uit de wetsgeschiedenis af dat de wetgever blijkbaar van oordeel was dat

'een vorm van medewerking van de verdachte als waarvan in die bepalingen sprake is, gelet op de bij de handhaving van de desbetreffende strafbepalingen betrokken belangen en de specifieke eisen en problemen van de waarheidsvinding in zodanige zaken kon en moest worden verlangd, zoals ook van degene die verdacht wordt van overtreding van artikel 8 WVV 1994 kan worden gevorderd dat hij zijn medewerking verleent aan een ademonderzoek.'

5 Nemo tenetur en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

In het kader van het Wetboek van Strafvordering kan – zo bleek – de verdachte die niet verplicht is om door spreken zichzelf te belasten, ook niet worden gedwongen om mee te werken aan het bewijs door voor inbeslagneming vatbare voorwerpen aan justitie af te staan. Voor vergelijkbare bepalingen in bijzondere wetten gold dat blijkbaar niet en gaven de overwegingen, zoals hiervoor uiteengezet, de doorslag.

De vraag is of dat laatste in overeenstemming is met het recht op een eerlijk proces zoals verwoord in artikel 6 EVRM en de uitleg daarvan door het EHRM. Blijkens de jurisprudentie van het Hof maakt ook het nemo-teneturbeginsel daar deel van uit. Het startpunt van de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot dit beginsel ligt bij

de arresten *Funke t. Frankrijk, Saunders t. Verenigd Koninkrijk* en *J.B. t. Zwitserland*.

Het Hof oordeelt in *Funke* dat de bijzonderheden van het douanerecht een schending van het recht van een verdachte om te zwijgen en zichzelf niet te belasten, niet rechtvaardigen en neemt een schending van artikel 6 EVRM aan

In de zaak *Funke* werd Funke ervan verdacht fiscale en douanewetgeving te hebben overtreden. Naar aanleiding van een huiszoeking door een aantal douaneambtenaren wordt aan Funke, in een strafrechtelijke procedure wegens weigering om te voldoen aan een verzoek om afschriften van een aantal bankrekeningen over te leggen, een dwangsom opgelegd voor elke dag dat hij daarin in gebreke blijft. Het EHRM stelt vast dat de douane door middel van deze procedure probeerde documenten in handen te krijgen waarvan zij geloofden dat die bestonden, terwijl zij daar niet zeker van waren. Niet in staat of onwillig om ze langs andere weg te verkrijgen, probeerden ze de verdachte te dwingen het bewijs te leveren van overtredingen die hij zou hebben begaan. Het Hof oordeelt dat de bijzonderheden van het douanerecht een dergelijke schending van het recht van een verdachte 'charged with a criminal offence' om te zwijgen en zichzelf niet te belasten, niet rechtvaardigen en neemt een schending van artikel 6 EVRM aan.¹⁸

In het arrest *Saunders* blijkt dat het recht van de verdachte om zichzelf niet te belasten niet op elke wijze van bewijsverkrijging ziet

In het arrest *Saunders* blijkt echter dat het recht van de verdachte om zichzelf niet te belasten niet op elke wijze van bewijsverkrijging ziet. In de overweging waar het arrest vooral bekend om staat, bepaalt het Hof dat het recht niet ziet op het gebruik in het strafproces van materiaal dat onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat, zoals documenten die zijn verkregen na een bevel tot uitlevering, adem-, bloed- en urinemonsters alsmede lichaamsmateriaal voor een DNA-onderzoek.¹⁹

¹⁷ HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997/232, m.nt. Schalken.

¹⁸ EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993/485, m.nt. Knigge. (*Funke / Frankrijk*).

¹⁹ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699, m.nt. Knigge. (*Saunders / Verenigd Koninkrijk*).

De schijnbare (on)verenigbaarheid van de twee hierboven besproken arresten heeft veel pennen in beweging gebracht. Het arrest *J.B. t. Zwitserland* heeft de verwarring nog groter gemaakt

De schijnbare (on)verenigbaarheid van de twee hierboven besproken arresten heeft veel pennen in beweging gebracht. Het arrest *J.B. t. Zwitserland*, dat het Hof na het *Saunders*-arrest wees, heeft de verwarring nog groter gemaakt. J.B. werd, evenals Funke, verdacht van belastingontduiking. Van hem werd afgifte gevorderd van documenten die daarop betrekking zouden hebben. Hij weigerde echter bij herhaling te voldoen aan de vorderingen en kreeg in totaal een viertal boetes opgelegd. Uit de ijver die de belastingdienst aan de dag legde om informatie van J.B. los te krijgen leidde het Hof af dat de belastingdienst over onvoldoende informatie beschikte en daarom de documenten nodig had om de verdenking tegen J.B. handen en voeten te geven. Het Hof besliste dat het onder dwang moeten afgeven van bescheiden een schending van artikel 6 EVRM opleverde.²⁰

Er zijn in de literatuur veel verklaringen gegeven voor de schijnbare onderlinge onverenigbaarheid van de arresten *Funke* en *J.B.* en *Saunders*

Er zijn in de literatuur veel verklaringen gegeven voor de schijnbare onderlinge onverenigbaarheid van de arresten *Funke* en *J.B.* en *Saunders*.²¹ Een veel genoemde verklaring is dat de overheid in de zaken *Funke* en *J.B.* niet zeker was van het bestaan (en de inhoud) van de documenten die werden gevorderd.²² In zijn noot onder het arrest *J.B.* overweegt Schalken dat de uitzondering die is gecreëerd in dit arrest strookt met de uitspraak in de zaak *Funke*. Hoewel het in beide zaken wel om documenten gaat, is er toch geen sprake van materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat omdat de overheid de verdachte door hem te verplichten de eventuele documenten af te geven, indirect verplicht te bekennen dat de documenten bestaan.²³

Deze overweging van Schalken maakt *J.B.* verenigbaar met *Funke* en in het bijzonder met het arrest *Saunders* voor wat betreft het onderscheid tussen materiaal dat afhankelijk respectievelijk onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat. Nu van het overhandigen van de documenten een verklarende waarde uitgaat, bestaat er een duidelijke verwantschap met de situatie waarin de verdachte gedwongen zou worden een mondelinge dan wel schriftelijke verklaring af te leggen.²⁴ Het materiaal bestaat in zo'n situatie dan afhankelijk van de wil van de verdachte en valt daarmee onder de bescherming van het nemo-teneturbeginsel.

De ratio van het aannemen van een schending in de gevallen van *Funke* en *J.B.* ligt in de aantasting van de procesautonomie van de verdachte. De verdachte moet de mogelijkheid krijgen zijn eigen standpunt in te nemen en het door de aanklager aangevoerde bewijs te betwisten. Verklaringsvrijheid en het zwijgrecht van de verdachte zijn daarvoor essentiële waarborgen.²⁵

Het EVRM beschermt slechts een deel van de verdachten en dan ook nog eens slechts tegen de uitlevering van een bijzondere categorie voorwerpen. Het absolute verbod van artikel 96a lid 2 Sv lijkt daarom te strikt

Uit de arresten *Funke* en *Saunders* werd in de literatuur afgeleid dat het EVRM zich slechts in bijzondere situaties verzet tegen een tot de verdachte gericht bevel tot uitlevering. In de eerste plaats heeft het nemo-teneturbeginsel in het verdrag slechts betrekking op materiaal waarvan het bestaan niet van de wil van de verdachte onafhankelijk is. In de tweede plaats moet er ten aanzien van de verdachte gesproken kunnen worden van een 'criminal charge'. Het EVRM beschermt dus slechts een deel van de verdachten en dan ook nog eens slechts tegen de uitlevering van een bijzondere categorie voorwerpen. Het absolute verbod van artikel 96a lid 2 Sv lijkt daarom in het licht van de boven besproken jurisprudentie te strikt.²⁶ Voor wat betreft de uitleveringsbevoegdheden in bijzondere wetten geldt dat het nemo-teneturbeginsel zoals dat op grond van artikel 6 lid 1 EVRM opgevat moet worden, (ook) niet eist dat de beperkingen

20 EHRM 3 mei 2001, *NJ* 2003/354, m.nt. Schalken (*J.B. / Zwitserland*).

21 Voor een overzicht zie A.E. Wilbrink, *De reikwijdte en de toepassing van het nemo-teneturbeginsel. De uitleg van de Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van het recht tegen gedwongen zelfincriminatie*, Tilburg: Celsus Juridische uitgeverij 2013, p. 31.

22 Wilbrink 2013, p. 32.

23 EHRM 3 mei 2001, *NJ* 2003/354, m.nt. Schalken (*J.B. / Zwitserland*).

24 Corstens 2011, p. 307.

25 L. Stevens, 'Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest', *DD* 2007/54.

26 D.V.A. Brouwer, *Dwangmiddelen in bijzondere wetten* (diss. Groningen), Deventer: Gouda Quint 1999, p. 125.

van artikel 96a lid 2 Sv daarop tevens van toepassing zijn. De vraag of de grenzen van het beginsel op grond van de jurisprudentie van het EHRM zijn overschreden, is zo sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval, dat het niet goed doenlijk is om in de vorm van algemene regels beperkingen aan de bevelsbevoegdheden in bijzondere wetten te formuleren.²⁷

6 Toch een bevel tot uitlevering aan de verdachte in het Wetboek van Strafvordering?

De wetgever heeft altijd vastgehouden aan de mate van bescherming die artikel 96a lid 2 Sv de verdachte biedt.²⁸ Hiervoor kan een tweetal mogelijke argumenten worden aangevoerd. Het eerste argument hangt samen met het feit dat een bevel aan de verdachte niet noodzakelijk werd geacht vanwege het bestaan van een opsporingsalternatief. In het geval van een bevel tot uitlevering is er al op gewezen dat de verdachte het risico loopt dat zijn woning zal worden doorzocht. Daarnaast speelt als tweede argument de (on)mogelijkheid van handhaving van de meewerkplicht een rol.²⁹ Voor wat betreft de (on)mogelijkheid van handhaving is in de memorie van toelichting op de Wet Computercriminaliteit reeds aan de orde gekomen dat het maken van dergelijke uitzonderingen op het nemo-teneturbeginsel slechts zin heeft wanneer de straf die kan worden opgelegd wegens niet-nakoming van het bevel, in verhouding staat tot de straf die kan worden opgelegd wegens het delict waar onderzoek naar wordt gedaan. Wanneer dat niet het geval is acht de wetgever een meewerkplicht weinig zinvol omdat de naleving ervan in veel gevallen illusoir en niet handhaafbaar zal zijn.³⁰

Wat betreft het eerste argument moet worden vastgesteld dat in het kader van de toepassing van het huidige artikel 125k lid 3 Sv een werkbaar alternatief nu juist ontbreekt. Wanneer er bij een onderzoek in een geautomatiseerd werk versleutelde gegevens worden aangetroffen, blijkt decryptie niet zelden alleen mogelijk door de verdachte zelf. Het feit dat het ontsleutelbevel desalniettemin alleen kan worden gericht tot de derde-niet-verdachte betekent dat de effectiviteit van de bevoegdheid maar zeer betrekkelijk is.³¹ Dat weegt voor de wetgever in dit geval kennelijk zwaarder dan de kwestie van de handhaafbaarheid van een meewerkplicht (het tweede argument), temeer nu het onderhavige wetsvoorstel daaraan het hoofd biedt door middel

van een forse strafbaarstelling wanneer de verdachte weigert mee te werken. De vraag is echter of deze wijze van handhaving van strafrechtelijk gesanctioneerde normen (door middel van een opsporingsbevoegdheid en een daaraan gekoppelde meewerkplicht) houdbaar is in het licht van de huidige jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot het nemo-teneturbeginsel.

Volgens de wetgever is het publieke belang voldoende zwaarwegend om een inbreuk op het nemo-teneturbeginsel te rechtvaardigen wanneer er in abstracto en in concreto sprake is van ernstige gevallen

7 Een andere interpretatie van nemo tenetur?

Werd de kern van het nemo-teneturbeginsel na de *Saunders*-rechtspraak nog vooral gezocht in de verklaringsvrijheid van de verdachte, na het arrest *Jalloh* van het EHRM kan niet meer worden gesteld dat het nemo-teneturbeginsel slechts beschermt tegen het onder dwang verkrijgen van 'testimonial contributions'.³² De kern van het beginsel lijkt vanaf dat moment te liggen in de mate van dwang die wordt uitgeoefend. *Jalloh* is een straatdealer die door de politie wordt gezien als hij onder meer twee plastic zakjes uit zijn mond haalt en verkoopt aan anderen. Op het moment dat hij wordt aangehouden zien de opsporingsambtenaren dat hij een overgebleven zakje inslikt. De officier van justitie beveelt dat aan *Jalloh* een braakmiddel wordt toegediend, maar *Jalloh* weigert dit in te nemen. Vervolgens wordt door een arts onder dwang de medicatie toegediend via een slang in de neus van *Jalloh*. Hij braakt daarna een bolletje cocaïne van ongeveer 0,2 gram uit.³³ Het Hof komt in deze zaak tot een schending van het nemo-teneturbeginsel. Het Hof heeft hierbij rekening gehouden met drie elementen: de mate van dwang, het bestaan van waarborgen in de procedure en het gebruik van het onder dwang verkregen bewijs.³⁴ Naar aanleiding van dit criterium is in de literatuur opgemerkt dat er sprake is van een 'means based'-beginsel en niet van een 'material based'-beginsel.³⁵ Het nemo-teneturbeginsel ziet dan op de manier waarop informatie wordt verkregen, dus het middel, waarmee

27 Brouwer 1999, p. 126.

28 Een uitzondering betreft art. 151b, eerste lid, Sv, het afnemen van celmateriaal van de verdachte ten behoeve van DNA-onderzoek.

29 L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken. Van zwijsrecht naar containerbegrip*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 88.

30 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 551, nr. 3, p. 28.

31 B.J. Koops, 'Cryptografie en strafvordering', in: B.J. Koops e.a., *Strafrecht en ICT* (Monografieën recht en informatietechnologie, deel 1), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 127.

32 Wilbrink 2013, p. 34.

33 EHRM 11 juli 2006, *NJ* 2007/226, m.nt. Schalken. (*Jalloh / Duitsland*).

34 EHRM 11 juli 2006, *NJ* 2007/226, m.nt. Schalken, r.o. 101 (*Jalloh / Duitsland*).

35 Het criterium is in latere jurisprudentie door het Hof herhaald, vgl. EHRM 21 april 2009, *NJ* 2009/557 m.nt. Schalken (*Martinen / Finland*) en meest recent in EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *EHRC* 2012, 135 (*Chambaz / Zwitserland*).

een bepaalde ‘medewerking’ wordt verkregen, en niet op een bepaald type informatie.³⁶

Het bovenstaande criterium uit het *Jalloh*-arrest laat volgens de wetgever ruimte voor het decryptiebevel zoals dat in het onderhavige wetsvoorstel is vormgegeven. De wetgever heeft zich hierbij gebaseerd op een vervolgonderzoek van Koops met betrekking tot deze bevoegdheid.³⁷ De wetgever leidt uit het *Jalloh*-arrest nog een vierde beoordelingscriterium af: het gewicht van het publieke belang in de opsporing en vervolging van het strafbare feit.³⁸ Hieruit vloeit volgens de wetgever voort dat het publieke belang voldoende zwaarwegend is om een inbreuk op het nemo-teneturbeginsel te rechtvaardigen wanneer er in abstracto en in concreto sprake is van ernstige gevallen.³⁹ Van Toor heeft zich onlangs kritisch uitgelaten over deze onderbouwing van het decryptiebevel door de wetgever. Hij wijst erop dat het gebruik van deze factor het gevaar in zich bergt dat de wetgever zich begeeft op een hellend vlak.⁴⁰ Wanneer het feit dat er sprake is van een ‘ernstig geval’ ruimte laat voor een afweging om een inbreuk op het nemo-teneturbeginsel te rechtvaardigen, zou dit impliceren dat die inbreuken ook bij andere ernstige strafbare feiten kunnen worden gemaakt, zoals moord. Het EHRM zal deze factor echter niet in die zin ten nadele van de verdachte hebben willen laten wegen, zeker niet in het licht van de expliciete overweging in de *Saunders*-uitspraak dat het beginsel geldt bij elk strafbaar feit, ‘*from the most simple to the most complex*’.⁴¹ Voorts zal (de dreiging van) het opleggen van een gevangenisstraf van twee of drie jaar bij het niet voldoen aan het bevel niet verenigbaar zijn met de jurisprudentie van het EHRM op dit punt. Zo heeft het Hof in de zaak *Quinn* geoordeeld dat in het opleggen van een gevangenisstraf voor de duur van zes maanden een mate van dwang besloten ligt die het nemo-teneturbeginsel schendt.⁴² Nu het in die zaak ging om een ernstig strafbaar feit (terrorisme) en om een gevangenisstraf van kortere duur dan het voorgestelde maximum bij het niet voldoen aan het decryptiebevel, zal deze voorgestelde bevoegdheid de Straatsburgse toets waarschijnlijk niet kunnen doorstaan.⁴³ De overweging van de wetgever in de memorie van toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel inhoudende dat de mate van

dwang kleiner zal zijn als de verdachte bij een decryptiebevel met zijn advocaat kan overleggen om weloverwogen zijn procespositie te bepalen,⁴⁴ zal in het licht van het voornoemde arrest waarschijnlijk de Straatsburgse toets evenmin kunnen doorstaan. Uit het arrest *Quinn* vloeit voort dat rechtsbijstand geen compensatie kan bieden voor de situatie dat een verdachte gesteld wordt voor de keuze tussen handhaving van zijn zwijgrecht met als sanctie een gevangenisstraf van 6 maanden en het afleggen van een verklaring waardoor hij zichzelf zou kunnen belasten.⁴⁵

Het evenwicht tussen handhaving en rechtsbescherming zoals de wetgever dat met betrekking tot het decryptiebevel wil invullen, lijkt niet houdbaar in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie

8 Conclusie

In het licht van de instrumentele functie van het straf(proces)recht, waarop tegenwoordig een steeds zwaarder accent lijkt te liggen, moet uit het voorgaande de conclusie worden getrokken dat het evenwicht tussen handhaving en rechtsbescherming zoals de wetgever dat met betrekking tot het decryptiebevel wil invullen, niet houdbaar lijkt in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie. Weliswaar liet de jurisprudentie inzake *Funke* en *Saunders* ruimte om 96a lid 2 Sv (het algemene uitgangspunt in het Wetboek van Strafvordering dat een bevel tot uitlevering niet tot de verdachte mag worden gericht) niet al te strikt uit te leggen, en is voorts vastgesteld dat dit in bijzondere wetten ook niet gebeurt. Maar wanneer het gaat om een afgedwongen meewerkplicht door middel van het opleggen van een gevangenisstraf, heeft het Hof de deur dichtgegooid, ook wanneer er wordt voorzien in rechtsbijstand. Het is verontrustend dat de wetgever desalniettemin met het decryptiebevel een ingrijpende inbreuk op een belangrijk rechtsbeginsel mogelijk lijkt te willen maken.

36 Wilbrink 2013, p. 35.

37 B.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel. Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2012.

38 Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Computercriminaliteit III, p. 58.

39 Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Computercriminaliteit III, p. 59.

40 Afgezien van het feit dat hij er daarbij op wijst dat het gewicht van het publieke belang in de opsporing en vervolging van het strafbare feit in het *Jalloh*-arrest weliswaar als factor wordt genoemd waarmee rekening moet worden gehouden, maar dat deze factor in latere jurisprudentie niet meer terugkomt. Voorts werd die factor in *Jalloh* door het EHRM ook niet besproken bij de algemene beginselen, maar enkel bij het oordeel over de concrete casus.

41 D.A.G. van Toor, ‘Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel’, *NJB* 2013/385.

42 EHRM 21 december 2000, *EHRC* 2001, 18, m.nt. Spronken (*Quinn/Ierland*).

43 Van Toor 2013.

44 Memorie van Toelichting Wetsvoorstel Computercriminaliteit III, p. 58.

45 EHRM 21 december 2000, *EHRC* 2001, 18, m.nt. Spronken (*Quinn/Ierland*).