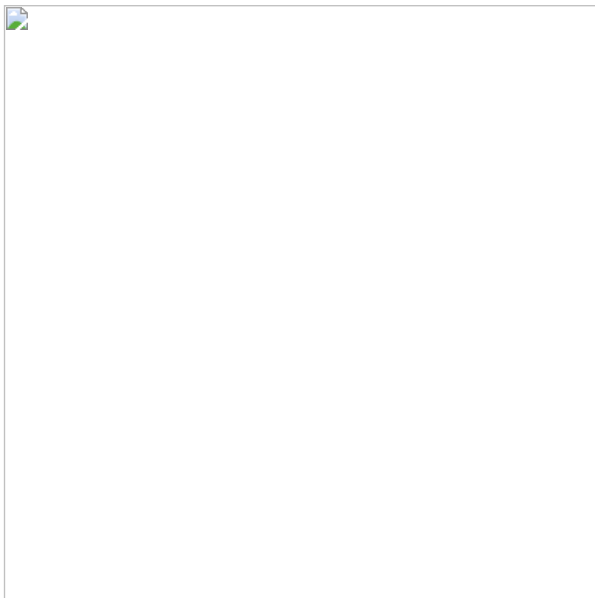


Nemo tenetur ontsleuteld (deel 1)

leuvenpubliclaw.com/nemo-tenetur-ontsleuteld-deel-1

By

2020-02-19



In een arrest van 4 februari 2020 besliste het Hof van Cassatie dat de onderzoeksrechter een verdachte kan verplichten de toegangscode tot een informaticasysteem (bv. gsm-toestel) te verstrekken. Het opleggen van sancties bij weigering schendt het *nemo tenetur* beginsel volgens het Hof niet. Deze tweedelige blogpost analyseert het cassatiearrest in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Het eerste deel focust op de inhoud van het cassatiearrest en de eerste stappen in de EHRM-analyse. Het tweede deel bevat de meer prangende vraagstukken van de EHRM-analyse.

Context

In de concrete zaak waren er aanwijzingen dat de verdachte drugs kwam verkopen in België. Hij beschikte over twee gsm-toestellen. De onderzoeksrechter gaf een bevel op grond van artikel 88quater, §1 Sv. om de toegangscode te verstrekken (zie evenwel de hangende prejudiciële vraag bij het [Grondwettelijk Hof](#) (rolnummer 7075) over de conformiteit van artikel 88quater, §1 Sv. met het gelijkheidsbeginsel in samenhang gelezen met art. 6 en 8 EVRM). De verdachte weigerde deze te geven en liep hierdoor de sancties op uit artikel 88quater, §3 Sv. Het hof van beroep sprak de verdachte echter vrij in een arrest van 15 oktober 2019, omdat het geven van de toegangscode onverenigbaar zou zijn met het non-incriminatiebeginsel of *nemo tenetur*. Het Openbaar Ministerie tekende vervolgens cassatieberoep aan tegen deze beslissing.

Het Hof van Cassatie oordeelde als volgt. Artikel 88quater Sv. bestraft elke verdachte die, ondanks een bevel van de onderzoeksrechter weigert de toegangscode tot een informaticasysteem mee te delen, hoewel hij die kent. Hiervoor is wél vereist dat de opsporingsinstantie op het moment van het medewerkingsbevel het toestel reeds heeft opgespoord zonder dwang te gebruiken en dat is aangetoond dat de betrokkene de toegangscode *zonder redelijke twijfel* kent.

Geen enkele verdragsbepaling of algemeen rechtsbeginsel verzet zich, volgens het Hof, tegen deze strafbaarstelling van niet-medewerking. Ook het non-incriminatiebeginsel uit o.a. artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens ([EVRM](#)) vormt hiervoor geen beletsel. Dat beginsel strekt immers in eerste instantie tot het vrijwaren van het recht op een eerlijk proces door onjuiste en onder dwang afgelegde verklaringen uit te sluiten. Volgens het Hof valt het verstrekken van een toegangscode niet onder het afleggen van verklaringen. Het is bewijsmateriaal dat bestaat, onafhankelijk van de wil van degene met kennis van die code. De inhoud van het materiaal blijft immers onveranderd, ongeacht het uitoefenen van dwang. Er bestaat dus ook geen risico op onbetrouwbaar bewijsmateriaal, terwijl dat bij verklaringen wel het geval is.

Het Hof van Cassatie staft zijn redenering verder met de volgende argumenten. De toegangscode tot een informaticasysteem is vooreerst te onderscheiden van het eventueel incriminerende bewijsmateriaal dat door middel van dat informaticasysteem te achterhalen is. Bovendien is het bevel om de toegangscode mee te delen slechts een beperkt verzoek tot informatie, en deze informatie wordt ook slechts beperkt gebruikt. De verdachte behoudt voorts zijn recht om alle achterhaalde informatie te betwisten voor de rechter. Ten slotte onderstreept het Hof van Cassatie het algemeen belang van een degelijke waarheidsvinding in de huidige stand van de technologie.

Stapsgewijze analyse volgens de EHRM-rechtspraak

De vraag rijst of de inhoud van het arrest van 4 februari 2020 wel verenigbaar is met het *nemo-tenetur* beginsel zoals geïnterpreteerd door het EHRM. Dit Hof erkent immers dat *nemo tenetur* of het non-incriminatiebeginsel, ook al wordt het niet expliciet vermeld in artikel 6 [EVRM](#), tot de kern van een eerlijk proces behoort. Het beoogt het voorkomen van gerechtelijke dwalingen en het waarborgen van de doelstellingen van artikel 6 EVRM. Het beschermt de verdachte tegen het vergaren van bewijs door middel van dwang of onderdrukking in strijd met de wil van de verdachte. Het omvat het recht om te zwijgen (de keuze om al dan niet vragen te beantwoorden tijdens een verhoor) en het recht om niet bij te dragen aan de eigen beschuldiging (de keuze om al dan niet mee te werken aan de bewijsvoering).

Het EHRM heeft al heel wat arresten uitgesproken in deze materie. Hoewel het niet altijd mogelijk is om een duidelijke lijn te trekken in de rechtspraak, kunnen er wel drie basisstappen worden afgeleid:

1.

1. *Is het non-incriminatiebeginsel van toepassing ratione temporis?*
2. *Is het non-incriminatiebeginsel geschonden?*
 1. *Was er dwang?*
 2. *Is het verkregen bewijsmateriaal incriminerend?*
 3. *Is het non-incriminatiebeginsel van toepassing ratione materiae?*
3. *Is het non-incriminatiebeginsel geschonden in de kern of kan het gerechtvaardigd worden?*

Hieronder analyseren wij vragen 1 tot en met 2b. In de volgende post wordt ingegaan op de meest prangende vragen, namelijk die naar het toepassingsgebied *ratione materiae* en de vraag omtrent de schending in de kern.

1. *Is het non-incriminatiebeginsel van toepassing ratione temporis?*

Het EHRM hanteert het autonome concept “*criminal charge*” om het toepassingsgebied *ratione temporis* af te bakenen (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*). Volgens deze rechtspraak zal *nemo tenetur* niet enkel toepassing vinden vanaf de formele kennisgeving van de tenlastelegging, maar ook vanaf elke maatregel die een verdenking inhoudt en waarbij iemand redelijkerwijs kan verwachten dat hij strafrechtelijk zal worden vervolgd. In de onderhavige zaak is het voor de hand liggend dat de betrokkene reeds het voorwerp uitmaakte van een dergelijke *criminal charge*, aangezien reeds een strafrechtelijk onderzoek *sensu stricto* werd gevoerd en de onderzoeksrechter gevorderd was.

2. *Is het non-incriminatiebeginsel geschonden?*

a. *Was er dwang?*

De tweede vraag onderzoekt of het non-incriminatiebeginsel wel degelijk geschonden is. Er is ten eerste slechts een schending indien er dwang werd gebruikt. *Nemo tenetur* verbiedt immers niet zonder meer dat een verdachte zichzelf zou incrimineren. Het verbiedt het gebruik van ongeoorloofde dwang in strijd met de wil van de verdachte. Het EHRM erkende reeds een hele lijst van situaties die aanleiding kunnen geven tot dergelijke ongeoorloofde dwang (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*). Eén van deze situaties betreft het dreigen met sancties (zoals een boete of gevangenisstraf) waardoor de verdachte ofwel het bewijsmateriaal overhandigt (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*) ofwel bestraft wordt omdat hij dit weigert (*Heaney en McGuinness/Ierland*). De onderhavige zaak betreft een rechterlijk bevel tot medewerking waarvan de weigering strafbaar is met een gevangenisstraf van 6 maanden tot 3 jaar en/of een geldboete van 26 tot 20 000 euro. Deze regeling zal in het licht van de rechtspraak van het EHRM zeker aan de voorwaarde van dwang voldoen.

b. *Is het verkregen bewijsmateriaal incriminerend?*

Voor een schending van *nemo tenetur* is ten tweede vereist dat het verkregen bewijsmateriaal ook effectief incriminerend is. Het EHRM heeft hierbij geoordeeld dat niet enkel rechtstreeks incriminerend bewijs (waaruit schuld blijkt) maar ook indirect incriminerend bewijs tot een schending van *nemo tenetur* kan leiden (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*). Het verlenen van toegang tot het informaticasysteem is *an sich* niet incriminerend, doch de gegevens waartoe het leidt, kunnen wél incriminerend zijn.

c. *Is het non-incriminatiebeginsel van toepassing ratione materiae?*

Het derde element van de vraag naar de schending betreft het toepassingsgebied *ratione materiae*. Het EHRM heeft immers meerdere keren geoordeeld (*Saunders/Verenigd Koninkrijk; J.B./Zwitserland*) dat *nemo tenetur* niet verhindert dat de verdachte onder dwang verplicht wordt om (mogelijks zelfincriminerend) bewijs te geven indien dat bewijs onafhankelijk is van de wil van de verdachte. De precieze betekenis van “*wilsonafhankelijk bewijs*” en “*wilsafhankelijk bewijs*” blijft echter voer voor discussie. Nochtans is deze vraag naar het toepassingsgebied *ratione materiae* van uiterst groot belang in het onderhavige arrest van 4 februari 2020. In het tweede deel van de blogpost wordt ze dan ook uitvoerig besproken.

Ana Laura Claes is doctoraatsonderzoeker aan het Leuven Instituut voor Criminologie (KU Leuven), onderzoekslijn bestuurlijke en strafrechtelijke rechtshandhaving in Europees en vergelijkend perspectief, waar zij de doorwerking van de rechten van verdediging in het douanerechtelijk strafproces bestudeert.

Marie Horseele is doctoraatsonderzoeker aan het Instituut voor Strafrecht (KU Leuven), waar zij de nawerking van materiële en formele strafrechtelijke regels bij administratieve sanctionering van misdrijven onderzoekt.

Marie HORSEELE & Ana Laura CLAES, "Nemo tenetur ontsleuteld (deel 1)", Leuven Blog for Public Law, 19 February 2020, <https://www.leuvenpubliclaw.com/nemo-tenetur-ontsleuteld-deel-1> (geraadpleegd op 15 March 2023)

Any views or opinions represented in this blog post are personal and belong solely to the author of the blog post. They do not represent those of people, institutions or organizations that the blog or author may or may not be associated with in professional or personal capacity, unless explicitly stated.

Any views or opinions are not intended to malign any religion, ethnic group, club, organization, company, or individual.

All content provided on this blog is for informational purposes only. The owner of this blog makes no representations as to the accuracy or completeness of any information on this site or found by following any link on this site.

The owner will not be liable for any errors or omissions in this information nor for the availability of this

information. The owner will not be liable for any losses, injuries, or damages from the display or use of this information.