

Argumentatie verdediging behorende bij arrest Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden d.d. 22 april 2015 (parketnummer 21/006079-14)

Onderzoek aan de telefoon cliënt levert een schending op van art. 8 EVRM:

1. De verdediging stelt zich op het standpunt dat het onderzoek aan de telefoon van cliënt onrechtmatig is want in strijd met art. 8 EVRM. Dit levert een vormverzuim in het voorbereidend onderzoek op zoals bedoeld in art. 359a Sv, hetgeen dient te leiden tot bewijsuitsluiting dan wel strafvermindering.
2. Ik licht dit als volgt toe.

*De feiten het Nederlands wettelijk kader:*

3. Vooropgesteld moet worden dat de telefoon van cliënt waar we het over hebben een zwarte iPhone is (zie KVI, p. 389). Hoewel me dit inmiddels een feit van algemene bekendheid lijkt merk ik toch nog maar even op dat de iPhone een zogenaamde "smartphone" van Apple is die heel wat meer kan dan het plegen van enkel een telefoontje. Of zoals het op Wikipedia wordt omschreven: "[m]et de iPhone is het onder meer mogelijk te bellen, sms'en, mailen, internetten, muziek te beluisteren, foto's en video's te maken en te bekijken, en games te downloaden en te spelen."<sup>1</sup>
4. Blijkens de "*Kennisgeving van inbeslagneming (artikel 94 Sv)*" (p. 389) wordt de iPhone van cliënt door een verbalisante van de politie op 10 mei 2013 in beslag genomen in het kader van de waarheidsvinding. Welke wettelijke bevoegdheid aan deze inbeslagneming ten grondslag ligt is mij niet helemaal duidelijk. Nu de betreffende verbalisant niet betrokken was bij de aanhouding van cliënt lijkt me art. 95 Sv niet van toepassing.<sup>2</sup> Mede nu telefoons van verdachten in het kader van de veiligheidsfouillering plegen te worden apart gehouden en gelet op het tijdstip (14:50<sup>3</sup>) en plaats (politiebureau "De Doelen" Lelystad<sup>4</sup>) van de inbeslagneming ga ik er dan ook vanuit dat de in beslagneming heeft plaatsgevonden op de voet van art. 96, lid 1 Sv.
5. Even later verricht diezelfde verbalisante vervolgens een onderzoek aan de in beslag genomen iPhone. Dat wil zeggen: ze kijkt er in rond, opent apps en stuit daarbij onder meer op een uitvoerig whatsapp gesprek. Dit whatsapp gesprek heeft ze vervolgens vanaf de telefoon naar zichzelf gemaïld zodat het kon worden

<sup>1</sup> <http://nl.wikipedia.org/wiki/IPhone>; bezocht op 26 maart 2015.

<sup>2</sup> Blijkens het PV van aanhouding is cliënt immers aangehouden door twee andere verbalisanten (p. 206).

<sup>3</sup> De telefoon wordt dus ruim een halve dag na de aanhouding van cliënt in beslag genomen, de aanhouding vindt immers om 02:40 plaats.

<sup>4</sup> Het in de KVI genoemde adres "De Doelen 10 1, 8233 GP Lelystad" betreft politiebureau "De Doelen"; zie <http://www.politie.nl/mijn-buurt/politiebureaus/03/politie-lelystad.html?&geoquery=Lelystad>; bezocht op 26 maart 2015.

uitgeprint. Het resultaat is als p. 69-106 aan het dossier toegevoegd. (zie PV van bevindingen, p. 67-68)

6. Op zich zelf is de werkwijze van verbalisante op grond van de huidige Nederlandse wetgeving toegestaan. Het is immers al sinds medio jaren '80 vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat *"voor de waarheidsvinding onderzoek mag worden gedaan aan inbeslaggenomen voorwerpen ten einde gegevens voor het strafrechtelijk onderzoek ter beschikking te krijgen en in computers opgeslagen gegevens daarvan niet zijn uitgezonderd."* (Cf. HR 29 maart 1994, NJ 1994/577, r.o. 9.3; zie ook, bijvoorbeeld, HR 8 oktober 1985, NJ 1986/214, r.o. 5.2)
7. De vraag is of deze jurisprudentie en het huidige wettelijke kader nog wel stand kunnen houden. Een en ander stamt immers uit een tijd dat computers enorme systeemkasten hadden, internet nog in de kinderschoenen stond en Windows 95 'state of the art' was. Inmiddels dragen we met een smartphone in onze broekzak een computer met ons mee die vele malen sneller, krachtiger en geavanceerder is dan men in de vorige eeuw ooit had kunnen dromen. Die telefoon bevat ons hele leven: foto's van vrienden en familie, berichtjes aan en van je geliefde en mogelijk zelfs intieme foto's en filmpjes, je facebook account, e-mail, whatsapp, je agenda etc. De smartphone is in feite een draagbaar huis: iemand's hele privé-leven is er in opgeslagen.

*Wettelijk kader is niet met de tijd meegegaan: de zaak Riley v. California*

8. Ik denk dat we kunnen vaststellen dat wetgeving en jurisprudentie niet met deze ontwikkeling zijn meegegroeid. Waar de officier van justitie wel een machtiging van de RC nodig heeft om een inbeslaggenomen poststuk te openen (art. 101 Sv) kan iedere opsporingsambtenaar voor ieder strafbaar feit een smartphone in beslag nemen en kennis nemen van alles wat daar in is opgeslagen zolang dat maar in het belang van de waarheidsvinding is.
9. Het Amerikaanse Supreme Court zag zich recentelijk in de zaak *Riley v. California* geconfronteerd met een vergelijkbaar vraagstuk. De vraag die voorlag was of een opsporingsambtenaar een *search warrant* van een rechter nodig heeft om een telefoon te doorzoeken. Het antwoord van een unaniem Supreme Court is even simpel als resoluut:

*"Modern cell phones are not just another technological convenience. With all they contain and all they may reveal, they hold for many Americans "the privacies of life." The fact that technology now allows an individual to carry such information in his hand does not make the information any less worthy of the protection for which the Founders fought. Our answer to the*

*question of what police must do before searching a cell phone seized incident to an arrest is accordingly simple—get a warrant.”<sup>5</sup>*

10. Uiteraard heeft het Amerikaanse Supreme Court geen jurisdictie hier en is de Amerikaanse grondwet ook niet van toepassing in Nederland. Het EVRM is dat echter wel en ik meen dat de overwegingen van het Amerikaanse Supreme Court *mutatis mutandis* opgaan voor art. 8 EVRM en wel om de volgende redenen.
11. Art. 8 EVRM garandeert het recht van een ieder op eerbiediging van onder meer diens privé-leven en correspondentie. Inbreuken zijn alleen toegestaan voor zover deze bij wet zijn voorzien en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving in het belang van een enkele limitatief opgenoemde gerechtvaardigde belangen (openbare veiligheid, voorkoming strafbare feiten etc.)
12. Het zal weinig betoog behoeven dat met het kijkje dat de verbalisante in de telefoon van cliënt heeft genomen, het lezen van diens whatsapp gesprekken en het vervolgens printen daarvan, een inbreuk is gemaakt op de eerbiediging van diens privé-leven<sup>6</sup> en correspondentie<sup>7</sup>.
13. De vraag die derhalve voorligt is of die inbreuk ook gerechtvaardigd is.
14. Daarbij dient allereerst beoordeeld te worden of de inbreuk bij wet is voorzien. Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat daarbij het volgende vereist is:

*“The Court recalls its well established case-law that the words “in accordance with the law” require the impugned measure both to have some basis in domestic law and to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention and inherent in the object and purpose of Article 8. The law must thus be adequately accessible and foreseeable, that is, formulated with sufficient precision to enable the individual - if need be with appropriate advice - to regulate his conduct.”<sup>8</sup>*

---

<sup>5</sup> US Supreme Court, *Riley v. California*, Nos. 13-132 and 13-212, 25 juni 2014. Verwijzingen naar rechtspraak weggelaten.

<sup>6</sup> Zie, bijvoorbeeld, *Harris et al.* die ten aanzien van de rechtspraak van het EHRM stellen dat “[s]everal other threads to private life can be identified in the case law. [...] The applicability of Article 8 to issues of data protection is now undisputed.” (Harris et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, 3<sup>rd</sup> edition, OUP, p. 525-526; met verwijzing naar relevante uitspraken)

<sup>7</sup> Zie, bijvoorbeeld, *Harris et al.* die over rechtspraak van het EHRM schrijven dat “[t]he Court has recently explained that the right for correspondence protects private communications whatever their form or content. In keeping up with developments in modern technology, the term correspondence covers telephone, facsimile, email and pager communication, and internet usage, as well as letters.” (Harris et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, 3<sup>rd</sup> edition, OUP, p. 530; met verwijzing naar relevante uitspraken)

<sup>8</sup> EHRM, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Application no. 4158/05, 28 juni 2010, par. 77 (verwijzingen naar rechtspraak weggelaten).

15. Niet betwist wordt dat het onderzoek aan de telefoon van cliënt met art. 94 Sv en de uitleg die daaraan door de Hoge Raad is gegeven 'some basis' in het Nederlandse recht heeft.
16. Wat wel wordt betwist is dat dit wettelijk kader "compatible" is met de "rule of law". Daarmee wordt immers volgens vaste jurisprudentie van het EHRM het volgende bedoeld:

*"For domestic law to meet these requirements it must afford a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention. In matters affecting fundamental rights it would be contrary to the rule of law, one of the basic principles of a democratic society enshrined in the Convention, for a legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate with sufficient clarity the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise. The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed."*<sup>9</sup> (mijn onderlijning, MvB)

17. Ik heb hiervoor al aangegeven dat op grond van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad met de bevoegdheid tot inbeslagneming meteen ook de bevoegdheid is gegeven onderzoek te verrichten aan hetgeen in beslag is genomen. Een nadere invulling van deze bevoegdheid kent het wettelijk kader niet (anders dan dat een en ander in het belang van de waarheidsvinding moet geschieden). Het hoe, wat en waarom van het onderzoek aan de telefoon concentreert zich volledig in de opsporingsambtenaar die zelf mag bepalen wat in de telefoon wordt bekeken (de smsjes, de foto's, de e-mail, de filmpjes??) of dat wel noodzakelijk en proportioneel is etc.
18. Ik ben van mening dat het Nederlandse wettelijke kader ten aanzien van het onderzoek aan in beslag genomen voorwerpen waaronder smartphones daarmee in feite precies inhoudt wat Straatsburg verbiedt: *legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power.*
19. Reeds om deze reden meen ik dat het onderzoek aan de telefoon van cliënt een schending oplevert van art. 8 EVRM.
20. Daar komt echter nog bij dat in het huidige wettelijke kader deze toetsing achteraf plaatsvindt door de zittingsrechter in het kader van art. 359a Sv.

---

<sup>9</sup> Ibid.

21. In de zaak *Uzun v. Germany*<sup>10</sup> overwoog het EHRM – onder verwijzing naar eerdere rechtspraak – dat onder omstandigheden en afhankelijk van de mate waarmee een inbreuk wordt gemaakt op de privacy van de burger, rechterlijke toetsing achteraf voldoet als waarborg tegen misbruik. Tegelijkertijd herhaalt het EHRM dat voor bepaalde vergaande inbreuken, zoals bijvoorbeeld een telefoontap, een voorafgaand rechterlijk bevel of machtiging nodig is. De reden dat Uzun's betoog voor een voorafgaande rechterlijke toetsing bij een GPS tracker faalde had derhalve uitsluitend te maken met het feit dat sprake was geweest van slechts een geringe inbreuk op de privacy (uitsluitend de locatie van zijn auto werd hierdoor bekend). (par. 71-73)
22. Zoals reeds hiervoor betoogd komen in een smartphone vandaag de dag zo'n beetje alle vormen van privé-communicatie samen en bevat deze daarnaast een agenda, foto's en filmpjes etc. Ik denk dat het weinig betoog behoeft dat een doorzoeking van een smartphone daarmee een verstrekkende inbreuk op de privacy van de bezitter daarvan maakt. Ik durf de stelling wel aan dat die inbreuk zelfs verder gaat dan het aftappen van een telefoon, reeds omdat we het bij een slechts over één vorm van communicatie.
23. Concluderend meen ik dat de in art. 8 EVRM besloten liggende voorwaarde van "*compatibility*" met de "*rule of law*" vereist dat een smartphone slechts doorzocht kan worden als hiertoe voorafgaand een rechterlijke machtiging of bevel is gegeven.
24. Een dergelijke machtiging of bevel ontbreekt in deze zaak zodat ook om deze reden sprake is van een schending van art. 8 EVRM.
25. Tot slot ben ik van mening dat – nog los van het voorgaande – doorzoeking van de smartphone van cliënt ook niet noodzakelijk was gelet op het reeds voorhanden zijn bewijsmateriaal en ook niet proportioneel gelet op de aard van de verdenking en de concrete omstandigheden van het geval. Ook om deze reden is sprake van een schending van art. 8 EVRM.
26. Nu om meerdere reden sprake is van een schending van art. 8 EVRM is tevens sprake van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv. Gelet op de aard van het verzuim is tevens sprake van een onherstelbaar vormverzuim. Ik verzoek u dit te constateren. Mede gelet op de ernst van de inbreuk meen ik echter dat met de enkele constatering in casu niet kan worden volstaan.
27. Niet-ontvankelijk verklaring van het OM lijkt me niet aan de orde. Resteren bewijsuitsluiting en strafvermindering.
28. Voor wat betreft bewijsuitsluiting heeft de Hoge Raad recent een en ander nog eens op een rijtje gezet (ECLI:NL:HR:2013:BY5322). Ik stel voorop dat als

---

<sup>10</sup> EHRM, *Uzun v. Germany*, Application no. 35623/05, 2 september 2010.

rechtsreeks gevolg van het verzuim bewijsmateriaal is verkregen, te weten de print van het chatgesprek (p. 69-106). Ik constateer dat art. 6 EVRM niet noopt tot bewijsuitsluiting zodat resteren de tweede (zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht) en derde (structureel karakter) optie.

29. In casu is sprake van een schending van een uiterst belangrijk strafvorderlijk voorschrift (art. 8 EVRM) dat in zeer aanzienlijke mate is geschonden. Nogmaals, met het kijkje in de smartphone van cliënt heeft de overheid een kijkje mogen nemen in alle vormen van privé-communicatie van cliënt alsmede diens agenda, foto's en filmpjes etc. Met andere woorden: met de doorzoeking van een smartphone wordt niet slechts een min- of meer compleet beeld van slechts een gedeelte van iemand's privé-leven verkregen maar van vrijwel diens gehele privé-leven. De overwegingen van het Amerikaanse Supreme Court spreken boekdelen in dit verband. Ik meen dan ook dat sprake is van een zeer ingrijpende inbreuk van het grondrecht op privacy van cliënt. Bewijsuitsluiting is om die reden gepast.
30. In casu is echter ook sprake van een structureel verzuim, de Nederlandse wetgeving deugt immers niet en het zou mij niet verbazen als alleen vandaag al de politie weer wat mobiele telefoons heeft doorzocht zodat *as we speak* nieuwe art. 8 EVRM schendingen plaatsvinden. In de diverse rechterlijke uitspraken binnen en buiten onze jurisdictie heeft de Nederlandse wetgever geen aanleiding gezien het wettelijk kader aan te passen. Ik meen derhalve dat een krachtig signaal moet worden afgegeven aan de wetgever dat ingrijpen noodzakelijk is. Zelfs indien uw Hof tot een andere afweging komt waar het de ingrijpendheid van de inbreuk betreft lijkt me bewijsuitsluiting ook om deze reden gepast.
31. Daarbij merk ik nog op dat de rechtbank het bewuste chatgesprek niet tot het bewijs heeft gebezigd. Nu een bewijsuitsluitingsverweer niet gevoerd is neem ik aan dat dit gebeurd is omdat de rechtbank het chatgesprek niet redengevend achtte voor de bewezenverklaring.
32. Mocht uw Hof ook om deze reden het chatgesprek niet tot het bewijs bezigen dan is bewijsuitsluiting geen passende en adequate sanctie omdat het verzuim daarmee onvoldoende wordt gecompenseerd. In dat geval verzoek ik uw Hof tot strafvermindering over te gaan. Een zoekslag op [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl) leert dat privacy-schendingen met enige regelmaat op deze wijze worden gecompenseerd als bewijsuitsluiting om welke reden dan ook niet aan de orde is (bijv., ECLI:NL:GHARN:2011:BT8225; ECLI:NL:GHSHE:2011:BU9202; en ECLI:NL:GHAMS:2003:AO2771). In al deze gevallen werd geoordeeld dat (a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (b) dit nadeel door het verzuim was veroorzaakt, (c) het nadeel geschikt was voor compensatie door middel van strafvermindering, en (d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd was. Ik zie niet in waarom dat in deze zaak anders zou zijn.

\*\*\*