

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. P.19.1086.N

PROCUREUR-GENERAAL BIJ HET HOF VAN BEROEP TE GENT,

eiser,

tegen

M A,

beklaagde,

verweerder.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent, correctionele kamer, van 15 oktober 2019.

De eiser voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Op 21 januari 2020 heeft advocaat-generaal Bart De Smet een schriftelijke conclusie ingediend ter griffie van het Hof.

Op de rechtszitting van 4 februari 2020 heeft raadsheer Erwin Francis verslag uitgebracht en heeft de voormelde advocaat-generaal geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Middel

1. Het middel voert schending aan van artikel 88*quater*, § 1 en § 3, Wetboek van Strafvordering: het arrest spreekt de verweerder vrij van de telastlegging B, waarmee deze laatste is vervolgd wegens zijn weigering gevolg te geven aan het bevel van de onderzoeksrechter om de toegangscode te verstrekken voor de in zijn bezit gevonden gsm's; het oordeelt dat dergelijke verplichting onverenigbaar is met het zwijgrecht van de verweerder en het verbod op gedwongen zelfincriminatie, zoals afgeleid uit onder meer het vermoeden van onschuld vervat in artikel 6.2 EVRM en artikel 14.2 en 14.3.g IVBPR en nader toegelicht in de artikelen 6 en 7, alsook in de overwegingen 25 en 27 van de preambule, van de richtlijn (EU) 2016/343 van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn; het zwijgrecht en het recht zichzelf niet te beschuldigen, zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, verbieden echter niet dat aan een verdachte een strafrechtelijk gesanctioneerde informatieplicht wordt opgelegd met het oog op het verkrijgen van materiële bewijselementen die, zoals hier, statisch zijn, onafhankelijk van zijn wil bestaan en als dusdanig geen zelf-incriminerende aard hebben; dit is te vergelijken met het verkrijgen van biometrische gegevens op grond waarvan bewijsmateriaal kan worden gevonden.

2. Artikel 88*quater*, § 1, Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de onderzoeksrechter aan eenieder van wie hij vermoedt dat hij een bijzondere kennis heeft van:

- het informaticasysteem dat het voorwerp uitmaakt van de zoeking of de uitbreiding ervan bedoeld in artikel 88*ter* of

- diensten om gegevens die worden opgeslagen, verwerkt of overgedragen door middel van een informaticasysteem, te beveiligen of te versleutelen,

kan bevelen inlichtingen te verstrekken over de werking ervan en over de wijze om er toegang toe te verkrijgen, of in een verstaanbare vorm toegang te verkrijgen tot de gegevens die door middel daarvan worden opgeslagen, verwerkt of overgedragen.

Paragraaf 3 van dat artikel bestraft degene die deze medewerking weigert.

3. Op grond van die bepalingen is onder meer een verdachte strafbaar die, hoewel hij de toegangscode van een te doorzoeken informaticasysteem zoals een gsm-toestel kent, weigert ze mee te delen ondanks een daartoe strekkend bevel van de onderzoeksrechter. Vereist is dat de opsporings- of onderzoeksinstantie op het moment van de gevraagde informatie het toestel reeds heeft opgespoord zonder het gebruik van dwang op de persoon en dat de vervolgende instantie aantoont dat de bedoelde persoon zonder redelijke twijfel de toegangscode kent.

4. Artikel 6.2 EVRM bepaalt dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.

5. Artikel 14.2 IVBPR heeft dezelfde draagwijdte. Artikel 14.3.g IVBPR voegt eraan toe dat bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging eenieder het recht heeft om niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen.

6. De vermelde richtlijn (EU) 2016/343 bepaalt:

- in artikel 6.1: *“De lidstaten zorgen ervoor dat de bewijslast voor de vaststelling van de schuld van verdachten en beklaagden op de vervolgende instantie rust. Dit doet geen afbreuk aan enige verplichting voor de rechter of de bevoegde rechtbank om zowel belastende en ontlastende bewijzen te zoeken, noch aan het recht van de verdediging om overeenkomstig het nationale recht bewijsmateriaal aan te brengen”*;

- in artikel 7:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat verdachten en beklaagden het recht hebben om te zwijgen in verband met het strafbaar feit waarvan zij worden verdacht of beschuldigd.

2. De lidstaten zorgen ervoor dat verdachten of beklaagden het recht hebben om zichzelf niet te belasten.

3. De uitoefening van het recht om zichzelf niet te belasten mag de bevoegde autoriteiten niet beletten bewijsmateriaal te vergaren dat rechtmatig wordt verkregen door gebruik van legale dwang en dat onafhankelijk van de wil van de verdachten of beklaagden bestaat.

4. De lidstaten mogen hun rechterlijke instanties toestaan bij de veroordeling rekening te houden met de bereidheid tot medewerking van verdachten en beklaagden.

5. De uitoefening door verdachten en beklaagden van het recht om te zwijgen of het recht om zichzelf niet te belasten, mag niet tegen hen worden gebruikt en mag niet worden beschouwd als bewijs dat zij het betrokken strafbaar feit hebben begaan.”

Die richtlijn bepaalt in de preambule ook:

- in overweging 24: *“Het recht om te zwijgen is een belangrijk aspect van het vermoeden van onschuld. Het moet dienen als bescherming tegen zelfincriminatie”;*
- in overweging 25: *“Het recht om zichzelf niet te belasten is eveneens een belangrijk aspect van het vermoeden van onschuld. Wanneer verdachten en beklaagden wordt gevraagd verklaringen af te leggen of vragen te beantwoorden, mogen zij niet worden gedwongen bewijzen of documenten over te leggen of inlichtingen te verstrekken die tot zelfincriminatie kunnen leiden”;*
- in overweging 27: *“Het recht om te zwijgen en het recht om zichzelf niet te belasten, impliceren dat de bevoegde autoriteiten verdachten of beklaagden niet tegen hun wil mogen dwingen informatie te verstrekken. Bij de beoordeling of sprake is van schending van het recht om te zwijgen of het recht om zichzelf niet te belasten moet rekening worden gehouden met de uitleg die het Europees*

Hof voor de Rechten van de Mens geeft aan het recht op een eerlijk proces uit hoofde van het EVRM”;

- in overweging 29: *“De uitoefening van het recht om zichzelf niet te belasten, mag de bevoegde instanties niet beletten bewijsmateriaal te vergaren dat rechtmatig van de verdachte of de beklaagde kan worden verkregen door gebruik van rechtmatige dwang en dat onafhankelijk van de wil van de verdachte of beklaagde bestaat, zoals materiaal dat als gevolg van een bevel wordt verkregen, materiaal waarvoor een wettelijke bewaarplicht bestaat alsmede een verplichting om het op verzoek af te staan, adem-, bloed- en urinemonsters en monsters van lichaamsweefsel voor DNA-tests.”*

7. Die verdragsbepalingen en overwegingen noch enig daarop gesteund algemeen rechtsbeginsel beletten de strafbaarstelling en de bestraffing van een verdachte op grond van artikel 88^{quater}, § 1 en § 3, Wetboek van Strafvordering, zoals hiervoor uitgelegd.

8. Daarbij is onder meer rekening te houden met wat volgt:

- uit de redenen die het arrest overneemt van het beroepen vonnis blijkt dat er aanwijzingen waren dat de verweerder drugs kwam verkopen in België. Hij beschikte over twee gsm's waarvan hij weigerde de toegangscode te geven;
- uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt niet dat er voor de appelrechters betwisting is gevoerd over het feit dat de politie de gsm's heeft gevonden zonder dwang op de verweerder, dat de verweerder de bedoelde toegangscode kende of dat de van de verweerder gevraagde informatie proportioneel was met het onderzoek naar de vermelde feiten;
- het recht zichzelf niet te incrimineren en het vermoeden van onschuld zijn niet absoluut en moeten worden afgewogen tegenover andere rechten zoals het recht op vrijheid en veiligheid gewaarborgd door artikel 5 EVRM en het verbod op rechtsmisbruik vermeld in artikel 17 EVRM;
- het recht zichzelf niet te incrimineren strekt in de eerste plaats ertoe het recht op een eerlijk proces te vrijwaren door het uitsluiten van onjuiste verklaringen die onder dwang zijn afgelegd;

- de toegangscode tot een informaticasysteem bestaat onafhankelijk van de wil van de persoon die kennis heeft van die code. Deze laatste blijft onveranderd ongeacht de mededeling ervan en komt in aanmerking voor onmiddellijke controle. Er bestaat geen risico op onbetrouwbaar bewijsmateriaal;
- de toegangscode is neutraal en te onderscheiden van de eventueel incriminerende gegevens die door middel van het informaticasysteem te achterhalen zijn;
- de gevraagde informatie, ook al is de mededeling ervan strafbaar met aanzienlijke gevangenisstraffen, en het gebruik van die informatie is beperkt. Zij slaan enkel op de toegangscode van een reeds opgespoord informaticasysteem dat zonder de gevraagde informatie onleesbaar is. Bovendien moet worden aangetoond dat de beklaagde die code kende. Het recht van de beklaagde om ten volle zijn verdediging te voeren over de achterhaalde gegevens blijft onverlet;
- de huidige stand van de technologie maakt het zeer moeilijk tot zelfs onmogelijk om toegang te verkrijgen tot een informaticasysteem dat beschermd is door een versleutelingsapplicatie, terwijl dergelijke applicaties algemeen verkrijgbaar zijn. Bijgevolg is de gevraagde informatie noodzakelijk met het oog op de waarheidsvinding.

9. Het arrest dat oordeelt zoals het middel vermeldt, verantwoordt bijgevolg de beslissing niet naar recht.

Het middel is gegrond.

Ambtshalve onderzoek voor het overige

De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, behoudens in zoverre het de hogere beroepen ontvankelijk verklaart en de saisine van het appelgerecht bepaalt.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

Laat één tiende van de kosten ten laste van de Staat.

Houdt de beslissing over de overige kosten aan en laat die over aan de rechter op verwijzing.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Antwerpen.

Bepaalt de kosten op 165,52 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, tweede kamer, samengesteld uit raadsheer Filip Van Volsem, als waarnemend voorzitter, de raadsheren Peter Hoet, Antoine Lievens, Erwin Francis en Sidney Berneman, en op de openbare rechtszitting van 4 februari 2020 uitgesproken door waarnemend voorzitter Filip Van Volsem, in aanwezigheid van advocaat-generaal Alain Winants, met bijstand van griffier Kristel Vanden Bossche.