

Rolnummer 7075
Arrest nr. 28/2020 van 20 februari 2020

A R R E S T

---

*In zake* : de prejudiciële vraag betreffende artikel 88<sup>quater</sup>, §§ 1 en 3, van het Wetboek van strafvordering, gesteld door het Hof van Beroep te Antwerpen.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters A. Alen en F. Daoût, en de rechters L. Lavrysen, J.-P. Moerman, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, T. Giet, R. Leysen, J. Moerman en M. Pâques, bijgestaan door de griffier F. Meersschaut, onder voorzitterschap van voorzitter A. Alen,

wijst na beraad het volgende arrest :

\*

\*   \*   \*

## I. *Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging*

Bij arrest van 5 december 2018, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 11 december 2018, heeft het Hof van Beroep te Antwerpen de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schend[t] artikel 88<sup>quater</sup>, § 1 en § 3 Wetboek van Strafvordering de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikelen 6 en 8 EVRM doordat zij de in artikel 88<sup>quater</sup>, § 1 Wetboek van Strafvordering bepaalde informatieplicht strafrechtelijk sanctioneren, ook ten aanzien van de verdachte, terwijl dezelfde verdachte niet kan worden gesanctioneerd indien hij de gevorderde medewerking niet verleent aan de zoeking in een informaticasysteem zoals bedoeld in artikel 88<sup>quater</sup>, § 2 Wetboek van Strafvordering ? ».

De Ministerraad, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. E. Jacobowitz en M. A. Poppe, advocaten bij de balie te Brussel, heeft een memorie ingediend.

Bij beschikking van 18 december 2019 heeft het Hof, na de rechters-verslaggevers T. Merckx-Van Goey, ter vervanging van emeritus rechter E. Derycke, en M. Pâques te hebben gehoord, beslist dat de zaak in staat van wijzen is, dat geen terechtzitting zal worden gehouden, tenzij de Ministerraad binnen zeven dagen na ontvangst van de kennisgeving van die beschikking een verzoek heeft ingediend om te worden gehoord, en dat, behoudens zulk een verzoek, de debatten zullen worden gesloten op 15 januari 2020 en de zaak in beraad zal worden genomen.

Aangezien geen enkel verzoek tot terechtzitting werd ingediend, is de zaak op 15 januari 2020 in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

## II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeshil*

De beklaagde in het bodemgeshil, M.T., werd bij vonnis van 11 januari 2018 vrijgesproken door de Rechtbank van eerste aanleg Antwerpen, afdeling Mechelen, voor een vermeende inbreuk op artikel 88<sup>quater</sup>, §§ 1 en 3, van het Wetboek van strafvordering. Tegen voormeld vonnis wordt door het openbaar ministerie hoger beroep ingesteld.

De beklaagde voor de verwijzende rechter werpt de schending van meerdere hogere rechtsnormen op, waaronder het beginsel *nemo tenetur*, het niet-incriminatiebeginsel en het vermoeden van onschuld. Dienvolgens stelt de verwijzende rechter de bovenvermelde prejudiciële vraag.

### III. *In rechte*

- A -

A.1. Volgens de Ministerraad wordt de verenigbaarheid van artikel 88<sup>quater</sup>, §§ 1 en 3, van het Wetboek van strafvordering met het gelijkheidsbeginsel en het recht op eerbiediging van het privéleven, in samenhang gelezen met het recht op een eerlijk proces en het recht op privacy, zoals vervat in het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in het geding gebracht.

A.2.1. Wat betreft de schending van het gelijkheidsbeginsel, meent de Ministerraad dat het onderscheid in behandeling op een objectief criterium berust, namelijk de vaststelling of het bevel van de onderzoeksrechter of één van de andere personen bedoeld in de in het geding zijnde bepaling ertoe strekt inlichtingen te verstrekken over de toegang tot en de werking van een informaticasysteem, dan wel aan de verdachte de verplichting op te leggen om zelf het informaticasysteem te bedienen.

Het doel van de in het geding zijnde bepaling is, volgens de Ministerraad, wettig. Er was een noodzaak om in de snel evoluerende maatschappij in te spelen op technologische ontwikkelingen aangezien informaticacriminaliteit een steeds groter probleem is in de samenleving. Informaticasystemen evolueren en veranderen heel snel. Zonder juridische instrumenten die het mogelijk maken om toegang te hebben tot informatica en derden-experten in te schakelen wat betreft die informaticasystemen, kan de gerechtelijke politie onmogelijk adequaat en efficiënt optreden tegen personen die misdrijven plegen door middel van of met behulp van informaticasystemen. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt tevens dat de wetgever heeft geoordeeld dat de mogelijkheid om de verdachte te bevelen inlichtingen te verschaffen, rekening houdend met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, niet strijdig is met de rechten waarover de verdachte beschikt in het licht van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Wat de redelijkheid van de in het geding zijnde maatregel betreft, staan het bestaan en de aanwezigheid van het digitaal bewijsmateriaal los van het feit of de verdachte zich al dan niet zelf zou kunnen incrimineren. De verplichting is vergelijkbaar met de reeds bestaande figuren van de gedwongen DNA-afname en de strafbaarstelling van het weigeren van een ademtest, ademanalyse, bloedproef of speekseltest. De verdachte moet niets meer doen dan zich toegang tot het systeem verschaffen zoals hij zich toegang tot zijn woning moet verschaffen in geval van een huiszoekingsbevel. Er rust geen enkele plicht op de verdachte om actief aan te geven waar de informatie zich bevindt, waardoor het recht om zichzelf niet te beschuldigen, niet in het gedrang komt. Bovendien moet de onderzoeksrechter de omstandigheden eigen aan de zaak die de maatregel wettigen, uiteenzetten in een met redenen omkleed bevelschrift dat hij moet meedelen aan de procureur des Konings of aan de arbeidsauditeur.

A.2.2. Wat betreft de schending van artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, voert de Ministerraad aan dat de in het geding zijnde maatregel voldoende precies is en beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte in een democratische samenleving, waar de encryptietechnologie steeds uitgebreider en algemener beschikbaar wordt.

De in het geding zijnde maatregel dient ook als evenredig te worden beschouwd, rekening houdend met het internationale bewustzijn van de dwingende behoefte aan vernieuwing binnen het strafrecht.

- B -

B.1. Met de prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of artikel 88*quater*, §§ 1 en 3, van het Wetboek van strafvordering de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, schendt, doordat de in artikel 88*quater*, § 1, van het Wetboek van strafvordering bepaalde informatieplicht altijd strafrechtelijk wordt gesanctioneerd, terwijl de in artikel 88*quater*, § 2, van het Wetboek van strafvordering bepaalde medewerkingsplicht niet strafrechtelijk wordt gesanctioneerd wanneer de verdachte weigert mee te werken.

B.2.1. Artikel 88*quater*, §§ 1, 2 en 3, van het Wetboek van strafvordering, zoals het van toepassing is op het bodemgeschil, bepaalt :

« § 1. De onderzoeksrechter, of in zijn opdracht een officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de procureur des Konings en van de arbeidsauditeur, kan 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 39*bis*, § 3, of van diensten om gegevens die worden opgeslagen, verwerkt of overgedragen door middel van een informaticasysteem, te beveiligen of te versleutelen, 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. De onderzoeksrechter vermeldt de omstandigheden eigen aan de zaak die de maatregel wettigen in een met redenen omkleed bevelschrift dat hij meedeelt aan de procureur des Konings of aan de arbeidsauditeur.

§ 2. De onderzoeksrechter, of een door hem afgevaardigd officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de procureur des Konings en van de arbeidsauditeur, kan iedere geschikte persoon bevelen om zelf het informaticasysteem te bedienen of de ter zake dienende gegevens, die door middel daarvan worden opgeslagen, verwerkt of overgedragen, naargelang het geval, te zoeken, toegankelijk te maken, te kopiëren, ontoegankelijk te maken of te verwijderen, in de door hem gevorderde vorm. Deze personen zijn verplicht hieraan gevolg te geven, voorzover dit in hun mogelijkheden ligt.

Het bevel bedoeld in het eerste lid kan niet worden gegeven aan de verdachte en aan de personen bedoeld in artikel 156.

§ 3. Hij die de in §§ 1 en 2 gevorderde medewerking niet verleent of de zoeking in het informaticasysteem of de uitbreiding ervan hindert, wordt gestraft met gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar en met geldboete van zesentwintig euro tot twintigduizend euro of met een van die straffen alleen.

Wanneer de medewerking bedoeld in het eerste lid de uitvoering van een misdaad of een wanbedrijf kan verhinderen, of de gevolgen ervan kan beperken, en deze medewerking niet verleend wordt, zijn de straffen een gevangenisstraf van één tot vijf jaar en een geldboete van vijfhonderd tot vijftigduizend euro ».

B.2.2. De in het geding zijnde bepaling is ingevoegd bij artikel 9 van de wet van 28 november 2000 « inzake informaticacriminaliteit ». Met die wet beoogde de wetgever « in het licht van de internationale stand van zaken, een aantal concrete stappen te nemen om de actoren van de justitie de adequate juridische instrumenten aan te reiken om de criminaliteit op de informatiesnelweg te kunnen bestrijden » (*Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, DOC 50-0213/001 en DOC 50-0214/001, p. 3).

B.2.3. Artikel 88<sup>quater</sup> van het Wetboek van strafvordering voorziet in een aantal bijzondere medewerkingsverplichtingen in een geïnformatiseerde omgeving :

« Het Belgische strafprocesrecht kent vooralsnog weinig mogelijkheden om personen die geen deel uitmaken van het gerechtelijk apparaat, te verplichten mee te werken aan de bewijsgaring (zie bijvoorbeeld het getuigenverhoor). In een snel evoluerende hoogtechnologische context, waar de overheid zelf vaak niet over voldoende expertise beschikt of deskundigen weinig beschikbaar zijn, is het onontbeerlijk om personen die het te onderzoeken informaticasysteem kennen of over een bijzondere expertise beschikken inzake bepaalde aspecten daarvan (bijvoorbeeld inzake beveiliging of cryptografie), te kunnen verplichten de gerechtelijke overheid bij te staan.

Dat is het oogmerk van de nieuwe bepaling, zonder dewelke een effectief onderzoek in informaticasystemen onmogelijk dreigt te worden. Om de afdwingbaarheid hiervan te garanderen, wordt de niet-naleving van de voorziene verplichtingen, evenals het hinderen van het onderzoek in een informaticasysteem strafrechtelijk gesanctioneerd.

[...]

Het ontwerp voorziet twee soorten verplichtingen.

Eenzijds wordt een informatieverplichting ten aanzien van de onderzoeksrechter gecreëerd voor personen die over een bijzondere kennis beschikken inzake specifieke technische aspecten van informatica (§ 1). Hierbij wordt onder andere gedacht aan de toegangsmogelijkheden, de configuratie, de beveiliging en de cryptografische sleutels.

Anderzijds wordt een verplichting gecreëerd voor personen die daartoe in staat zijn, om zelf, op bevel van de onderzoeksrechter, bepaalde operaties uit te voeren (bijvoorbeeld het doen functioneren van de computer, het opvragen van bepaalde *files*, ...) (§ 2). Deze verplichting wordt evenwel niet als algemene regel gesteld : enkel wanneer het noodzakelijk is, kan de onderzoeksrechter dit bevelen. Dat is bijvoorbeeld het geval, wanneer het systeem te complex is, er onvoldoende gekwalificeerd politiepersoneel ter plaatse is, wanneer aldus minder risico's voor de bewijsgaring of voor het toebrengen van schade bestaan, ... De onderzoeksrechter kan hierbij aangeven in welke vorm het resultaat van de operatie wordt verstrekt : naargelang het geval kan het bijvoorbeeld gaan om een papieren uitdruk, om een kopie van de data op diskette of CD-ROM.

[...]

De verplichting om bepaalde data te zoeken kan evenwel niet worden opgelegd aan de verdachte, gezien de bescherming tegen zelf-incriminatie.

De verdachte moet hier immers, zoals in de context van de getuigenverklaring, zijn zwijgrecht kunnen laten gelden. De andere verplichtingen zijn in dit opzicht evenwel niet onverenigbaar met de vereisten die worden gesteld door het EVRM (zie bijvoorbeeld het arrest *Saunders* tegen het Verenigd Koninkrijk van 17 december 1996) » (*ibid.*, pp. 26-28).

B.3.1. Artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens waarborgt het recht op een eerlijk proces en biedt daarmee ook de grondslag voor het recht om niet zichzelf te beschuldigen (EHRM, 17 december 1996, *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*, § 68).

Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens « heeft het recht om niet mee te werken aan de eigen veroordeling in de eerste plaats betrekking op de wens van een verdachte om te zwijgen » en « betreft dit niet tevens het gebruik in strafzaken van gegevens die van de verdachte kunnen worden verkregen door middel van dwang, maar die onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaan, zoals onder meer documenten die zijn verkregen op basis van een dwangbevel, de resultaten van adem-, bloed- en urinetests en weefsel voor DNA-onderzoek » (EHRM, 17 december 1996, *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*, § 69).

Om te oordelen of het recht om niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling is geschonden, moeten de volgende elementen in overweging worden genomen : de aard en de mate van de uitgeoefende dwang, het bestaan van relevante waarborgen in de procedure en het gebruik dat wordt gemaakt van elementen die op die wijze zijn verkregen (EHRM, grote kamer, 11 juli 2006, *Jalloh t. Duitsland*, § 101; grote kamer, 10 maart 2009, *Bykov t. Rusland*, § 104).

B.3.2. Artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens waarborgen het recht op eerbiediging van het privéleven.

Die bepalingen sluiten een overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven niet uit, maar zij vereisen dat die inmenging wordt toegestaan door een voldoende precieze wettelijke bepaling, dat zij beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en dat zij evenredig is met de daarbij nagestreefde wettige doelstelling.

B.4. Zoals in B.2.3 is vermeld, strekt de in het geding zijnde bepaling ertoe om in een snel evoluerende samenleving een antwoord te bieden op de technologische ontwikkelingen op informaticagebied. Zo stelt zij twee soorten verplichtingen tot medewerking in teneinde een « effectief onderzoek in informaticasystemen » mogelijk te maken, op straffe van een strafrechtelijke sanctie.

Artikel 88<sup>quater</sup>, § 1, van het Wetboek van strafvordering biedt de onderzoeksrechter de mogelijkheid om aan eenieder van wie hij vermoedt dat hij een bijzondere kennis heeft van het informaticasysteem, met inbegrip van de verdachte, te bevelen inlichtingen te verstrekken met betrekking tot de werking van het systeem of met betrekking tot de toegang daartoe (informatieplicht). Artikel 88<sup>quater</sup>, § 2, eerste lid, van hetzelfde Wetboek biedt de onderzoeksrechter de mogelijkheid om iedere geschikte persoon te bevelen om zelf het informaticasysteem te bedienen of om daarop bepaalde verrichtingen uit te voeren (medewerkingsplicht). Het tweede lid van die bepaling sluit echter uit dat die medewerkingsplicht wordt opgelegd aan de verdachte en aan de personen bedoeld in artikel 156. Uit de in B.2.3 aangehaalde parlementaire voorbereiding blijkt dat de medewerkingsplicht niet van toepassing is op de verdachte, teneinde rekening te houden met zijn recht om niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling.

Krachtens artikel 88<sup>quater</sup>, § 3, van het Wetboek van strafvordering wordt het niet-naleven van de informatieplicht en van de medewerkingsplicht gestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar en een geldboete van zesentwintig euro tot 20 000 euro of één van die straffen alleen. Wanneer de medewerking de uitvoering van een misdaad of een wanbedrijf kan verhinderen, of de gevolgen ervan kan beperken, en die medewerking niet wordt verleend, zijn de straffen een gevangenisstraf van één tot vijf jaar en een geldboete van vijfhonderd tot vijftigduizend euro.

B.5. De verwijzende rechter vergelijkt de informatieplicht en de medewerkingsplicht van de verdachte van een misdrijf. Indien hij geen gevolg geeft aan de informatieplicht, stelt hij zich bloot aan de strafsanctie bedoeld in de in het geding zijnde bepaling. De medewerkingsplicht kan hem daarentegen niet worden opgelegd en die kan hij dus naast zich neerleggen zonder zich aan een strafsanctie bloot te stellen.

B.6.1. Het verschil in behandeling steunt op het voorwerp van de medewerking die kan worden geëist door de onderzoeksrechter of door een van de andere personen bedoeld in artikel 88*quater* van het Wetboek van strafvordering, namelijk, in het eerste geval, informatie verschaffen over de toegang tot een informaticasysteem of over de werking ervan (informatieplicht) en, in het tweede geval, het informaticasysteem bedienen of er bepaalde verrichtingen op uitvoeren (medewerkingsplicht). Het verschil in behandeling berust derhalve op een objectief criterium.

B.6.2. De situatie van de verdachte aan wie wordt opgelegd informatie te verstrekken over de werking van het informaticasysteem en over de wijze om tot het systeem of tot de gegevens, in verstaanbare vorm toegang te verkrijgen, verschilt van die van de verdachte aan wie wordt gevraagd om zelf bepaalde verrichtingen uit te voeren op het informaticasysteem zoals het doen functioneren van het systeem of het zoeken van elektronische gegevens. In het eerste geval wordt aan de verdachte immers gevraagd informatie te verstrekken die het mogelijk maakt toegang te geven tot een bepaald informaticasysteem, voor zover die informatie onafhankelijk van zijn wil bestaat, zodat het recht om niet mee te werken aan zijn eigen beschuldiging niet van toepassing is, terwijl in het tweede geval hem wordt gevraagd actief deel te nemen aan de verrichtingen die in het informaticasysteem worden uitgevoerd, dat wil zeggen actief deel te nemen aan de verzameling van bewijzen van het misdrijf, hetgeen hem ertoe zou kunnen brengen mee te werken aan zijn eigen beschuldiging. Het verschil in behandeling is dus redelijk verantwoord.



B.7. Gelet op de noodzaak om de gepaste middelen ter beschikking van de gerechtelijke overheden te stellen teneinde de misdrijven te vervolgen en te bestraffen, die verantwoordt dat aan een persoon het bevel kan worden gegeven informatie te verstrekken waarover hij beschikt met betrekking tot de werking of de toegang tot een informaticasysteem, leidt het onderzoek van de in het geding zijnde bepaling ten aanzien van het recht op eerbiediging van het privéleven, zoals het is gewaarborgd bij artikel 22 van de Grondwet en bij artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, niet tot een andere conclusie.

B.8. De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Artikel 88*quater*, §§ 1 en 3, van het Wetboek van strafvordering, zoals het van toepassing is op het bodemgeschil, schendt niet de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Aldus gewezen in het Nederlands en het Frans, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op 20 februari 2020.

De griffier,

De voorzitter,

F. Meersschaut

A. Alen