

MASTER'S THESIS

Drukkende duimpjes

Een onderzoek naar de verenigbaarheid van het gebruik van bewijsmateriaal, verkregen uit gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk, met het in het artikel 6 EVRM vervatte nemo tenetur-beginsel

Tuip, N.C.J.

Award date:
2022

Awarding institution:
Department of Public Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 09. Aug. 2022

Open Universiteit
www.ou.nl





Drukkende duimpjes

Een onderzoek naar de verenigbaarheid van het gebruik van bewijsmateriaal, verkregen uit gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk, met het in het artikel 6 EVRM vervatte nemo tenetur-beginsel

Masterscriptie Rechtsgeleerdheid - Strafrecht
N.C.J. (Klaas) Tuip - 838901678
Aantal woorden: 12.112
Inleverdatum: 17 juni 2022

Begeleider: mr. drs. R.W. Timmers
Examinator: mr. dr. A.J.H. de Bruijn

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave.....	2
1. Inleiding	3
1.1 Aanleiding	3
1.2 Probleemstelling	3
1.3 Onderzoeksdoel en onderzoeksvraag	4
1.4 Onderzoeksmethodologie	5
1.5 Afbakening en leeswijzer	5
2 Biometrische toegangsverschaffing	7
2.1 Inleiding	7
2.2 Geautomatiseerd werk	7
2.3 Biometrie	8
2.3.1 Categorieën biometrie	8
2.3.2 Het gebruik van biometrie	8
2.4 Mogelijkheden toegangsverschaffing	9
2.4.1 Gedwongen afgifte toegangscode	9
2.4.2 Hacken	9
2.4.3 Gedwongen biometrische ontgrendeling	10
2.5 Het conceptwetsvoorstel	11
2.6 Tussenconclusie	11
3 Het nemo tenetur-beginsel	13
3.1 Inleiding	13
3.2 De strekking en rechtsgronden	13
3.3 EHRM	14
3.3.1 Saunders	14
3.3.2 De toetsingscriteria (post-Saunders)	15
3.3.2.1 De aard en mate van dwang	15
3.3.2.2 Het bestaan van procedurele waarborgen	17
3.3.2.3 Het gebruik van het verkregen bewijs	17
3.4 De invulling in Nederland	18
3.5 Tussenconclusie	20
4 Het gebruik van uit biometrische toegangsverschaffing verkregen bewijsmateriaal en het nemo tenetur-beginsel	21
4.1 Inleiding	21
4.2 Wils(on)afhankelijk materiaal	21
4.3 De aard en mate van dwang	23
4.4 De relevante waarborgen in de procedure	25
4.5 Het gebruik van het verkregen bewijs	25
4.6 Tussenconclusie	26
5 Conclusie	27
Literatuurlijst	30

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Momenteel leven we in een tijd waarin een geautomatiseerd werk, in het bijzonder de smartphone, voor velen als een belangrijk, dan wel als voornaamste communicatiemiddel wordt gezien. Uit een onderzoek in 2021 blijkt dat in Nederland ongeveer 19 van de 20 personen met een mobiele connectie gebruik maakt van een smartphone.¹ De technologie rondom het moderne geautomatiseerd werk ontwikkelt zich met rasse schreden. Waar voorheen vrij de toegang tot een geautomatiseerd werk kon worden verschaft, dan wel door middel van een toegangscode, bestaat met het oog op beveiliging en het gebruikersgemak tegenwoordig vaak de mogelijkheid om het op biometrische wijze te ontgrendelen. Geautomatiseerde werken kunnen door stelselmatig gebruik rijkelijk gevuld zijn met persoonlijke gegevens en verklaringen.² De gebruiker van een geautomatiseerd werk, laat staan een gebruiker die als verdachte is aangemerkt in het strafproces, geeft de inhoud ervan over het algemeen daarom niet graag prijs. Binnen het strafrecht hoeft een verdachte niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling, zo volgt uit het nemo tenetur-beginsel, oftewel het verbod op zelfincriminatie.³ Een verdachte mag dus altijd weigeren medewerking te verlenen, indien politie een door hem of haar beveiligde smartphone wil ontgrendelen. Uit de uitspraak van de Hoge Raad van 9 februari 2021 volgt dat politie in het kader van waarheidsvinding, met toestemming van de officier van justitie (hierna: OvJ), in bepaalde gevallen een vinger van een weigerachtige verdachte tegen een vingerafdrukscanner van een smartphone mag houden.⁴ Dit met het doel het toestel te ontgrendelen om vervolgens bij de gewenste informatie te komen, waarna die informatie jegens de verdachte kan worden gebruikt in het strafproces. Zo lijkt de verdachte, die gebruik maakt van biometrische toegangsverschaffing, extra benadeeld te worden bij strafvorderlijk ingrijpen door de overheid. Vanuit dit licht kan de criminele medemens beter weer een stapje terug doen qua het gebruik van biometrische technologie. Het in deze uitspraak vergaarde materiaal werd gekwalificeerd als zijnde materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestond en mocht om die reden voor het bewijs worden gebruikt. Daarnaast vond de Hoge Raad dat de fysieke dwang van zeer geringe aard was en dat er derhalve geen sprake was van schending van het in artikel 6 EVRM vervatte nemo tenetur-beginsel. Betekent dit dan dat de overheid de verdachte tegenwoordig altijd mag dwingen om biometrische gegevens af te staan en verworven bewijsmateriaal dan vervolgens tegen hem of haar te gebruiken in het strafproces of bestaan er nog bepaalde restricties met het oog op het nemo tenetur-beginsel? Het antwoord op deze vraag biedt de lezer duidelijkheid over de strafrechtelijke positie van de verdachte, die onderworpen wordt aan gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk.

1.2 Probleemstelling

Bood stelt dat gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk gemakkelijk strijdigheid oplevert met het nemo tenetur-beginsel.⁵ Hij is het namelijk niet eens met de opvatting dat een in een geautomatiseerd werk aangetroffen verklaring of bericht als wilsonafhankelijk materiaal moet worden bestempeld. De Hoge Raad en Bood zien 'de aard van het bewijsmateriaal' als

¹ TPM 2021.

² Stevens, AA 2017/9, p. 730-735.

³ Art. 6 EVRM.

⁴ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202.

⁵ Bood, *NJB* 2018/1880, p. 2745.

de kern voor de beoordeling of een in een geautomatiseerd werk vastgelegde verklaring onder bescherming valt van het nemo tenetur-beginsel. Deze benadering maakt dat de verdachte wordt beschermd tegen gedwongen verkrijging van materiaal dat afhankelijk van zijn of haar wil bestaat. De aard van het materiaal is doorslaggevend bij de vraag of verworven materiaal gebruikt mag worden voor het bewijs. Dit is een zogenaamd ‘material based’ nemo tenetur-beginsel.⁶ Als reeds opgestelde berichten, aangetroffen in een geautomatiseerd werk, dienen te worden gekwalificeerd als zijnde wilsafhankelijk materiaal, dan kan de overheid die berichten nooit onder dwang verkrijgen. Stevens⁷ en Van Toor⁸ bekritisieren Boods standpunt en nemen de benadering van het EHRM als uitgangspunt. Volgens de rechtspraak van het EHRM bestaat een vastgelegde verklaring al in fysieke zin, als gevolg waarvan zo’n verklaring binnen de reikwijdte valt van wilsonafhankelijk materiaal en daarom gebruikt mag worden voor het bewijs. De door de overheid onder dwang te verwerven gegevens zijn immers op dat moment al in het geautomatiseerd werk vastgelegd. Het EHRM hangt een ‘means based’ nemo tenetur-beginsel aan.⁹ Een verdachte wordt in dat geval, onafhankelijk van de aard van het materiaal, beschermd tegen ongeoorloofde middelen om bewijs te vergaren. Het EHRM gebruikt een viertal criteria om te beoordelen of een bepaalde overheidshandeling in strijd is met het nemo tenetur-beginsel. Bepalend zijn in ieder geval de aard en mate van dwang die is toegepast.¹⁰ Deze benadering maakt dus dat bij de beoordeling de wijze van het verkrijgen van het materiaal van belang is. Het gebruik van wilsonafhankelijk materiaal valt volgens het EHRM derhalve ook binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. Qua benadering van het nemo tenetur-beginsel verschillen het EHRM en de Hoge Raad dus van elkaar. De wetenschappelijke relevantie van dit onderzoek ligt voornamelijk besloten in de vraag of er nieuwe inzichten aangaande deze materie te verwerven zijn, temeer omdat er geen consensus bestaat onder rechtsgeleerden.

Waarom zou een verdachte gelet op het verbod op zelfincriminatie niet gedwongen mogen worden om zijn of haar toegangscode van een geautomatiseerd werk te verschaffen, terwijl de verdachte het heeft beveiligd door middel van een vingerafdruk of een gezichtsherkenning een soortgelijke rechtsbescherming niet krijgt? Dat is puur omdat het geven van de toegangscode wordt aangemerkt als een stukje bewijsmateriaal dat afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.¹¹ Met het oog op rechtsbescherming lijkt de wijze van de gedwongen toegangsverschaffing derhalve een evidente rol te spelen bij de vraag of bewijsmateriaal mag worden verkregen en gebruikt voor het bewijs in de strafprocedure.

1.3 Onderzoeksdoel en onderzoeksvraag

Met dit onderzoek tracht ik door middel van een theoretische toetsing helderheid te verschaffen over de verenigbaarheid van het gebruik van bewijsmateriaal, verkregen uit gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk, met het nemo tenetur-beginsel.¹² Het theoretisch kader van mijn onderzoek is de hogere regelgeving van het EHRM en de rechterlijke interpretatie van de Hoge Raad van die regelgeving. Voor een deugdelijke beoordeling is het van

⁶ EHRM 17 december 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

⁷ Stevens, *NJB* 2019/315, p. 400-403.

⁸ Van Toor, *NJB* 2019/317, p. 405-407.

⁹ Van Toor, *NJB* 2019/317, p. 407.

¹⁰ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, *NJ* 2007/226 (*Jalloh/Duitsland*); EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, par. 55 (*O’Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*).

¹¹ HR 13 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:927, r.o. 48; Van Toor, *Computerrecht* 2017/2, p. 7.

¹² IJzermans, *LaM* 2015/12, p. 15.

evident belang om het juridische kader van het nemo tenetur-beginsel uiteen te zetten en vervolgens te onderzoeken in hoeverre de gedwongen biometrische toegangsverschaffing, met het oog op het gebruik van het verworven bewijsmateriaal, in de actuele rechtspraktijk rechtmatig kan worden aangeboord. In geval van strijdigheid met artikel 6 EVRM dient de Nederlandse rechter de nationale rechtsregel en de concrete toepassing ervan namelijk buiten toepassing te laten.¹³

Mijn centrale vraag luidt als volgt: *is binnen het Nederlandse strafrecht het gebruik van wils(on)afhankelijk materiaal, verkregen uit gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk, verenigbaar met het nemo tenetur-beginsel, dat is vevat in artikel 6 EVRM?*

Onderstaande drie deelvragen geven sturing en structuur aan het onderzoek en zijn relevant bij de beantwoording van mijn centrale vraag.

- 1) *Wat is de betekenis en reikwijdte van gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot geautomatiseerde werken en wat zijn de alternatieven voor het verkrijgen van die toegang?*
- 2) *Wat is de ratio en de huidige strekking van het nemo tenetur-beginsel, zoals vevat in artikel 6 EVRM?*
- 3) *Is het in het strafproces gebruiken van wils(on)afhankelijk materiaal, verkregen uit gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk, verenigbaar met het nemo tenetur-beginsel?*

1.4 Onderzoeksmethodologie

Het object van dit rechtswetenschappelijk onderzoek is de legitimiteit van het recht, met de nadruk op de juridische dimensie daarvan, namelijk legaliteit.¹⁴ Het onderzoek zal hoofdzakelijk bestaan uit literatuuronderzoek. Dat geldt zowel voor de begrippen geautomatiseerd werk, biometrische toegangsverschaffing en wils(on)afhankelijk materiaal, als voor het expliciteren van het nemo tenetur-beginsel. Hierbij zal ik voornamelijk gebruik maken van de zogenaamde ‘sneeuwbalmethode’. Met deze methode ga ik van goede essentiële informatiebronnen de daarvoor gebruikte literatuur na. Op haar beurt zal die literatuur weer nieuwe verwijzingen opleveren, als gevolg waarvan een ‘sneeuwbaaleffect’ ontstaat. Omdat ik bij het gebruik van deze methode terugga in de tijd bestaat de mogelijkheid dat ik recente bronnen zal missen. Om daaraan tegemoet te komen zal ik daarom tevens in zoekmachines nagaan welke recentere bronnen naar deze sleutelbronnen verwijzen. Relevante voor- en tegenargumenten zullen via deze wegen snel in het oog springen en vervolgens worden besproken. Het onderzoek zal mede bestaan uit jurisprudentieonderzoek. Uit dat onderzoek zal duidelijk worden wat de ratio is van het nemo tenetur-beginsel en hoe dit beginsel ten opzichte van het gebruik van bewijsmateriaal, verworven uit gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk, in de rechtspraak dient te worden geïnterpreteerd.

1.5 Afbakening en leeswijzer

Gedurende het onderzoek neem ik alleen het nemo tenetur-beginsel in beschouwing. Dat betekent dat ik mij niet zal uitlaten over andere rechten en bepalingen, zoals het recht op privacy dat neergelegd is in artikel 8 EVRM, die mogelijk geschonden kunnen worden, indien de overheid een geautomatiseerd

¹³ Art. 94 Gw; Kuiper-Slendebroek, AA 2016/2, p. 80-81.

¹⁴ IJzermans, LaM 2015/12, p. 11.

werk ontgrendelt door middel van onder dwang afgestane biometrische gegevens van de verdachte. Vanwege de centrale rol van ‘gedwongen biometrische toegangsverschaffing’ in mijn hoofdvraag, in combinatie met de diversiteit aan toegangsmogelijkheden die de smartphone tegenwoordig biedt, neem ik gedurende het onderzoek primair de smartphone als voorbeeld. Mijn verkregen bevindingen kunnen echter worden veralgemeniseerd naar andere geautomatiseerde werken, welke van biometrische toegangsverschaffing gebruik maken.

Om mijn centrale vraag deugdelijk te kunnen beantwoorden, heb ik de centrale vraag in drie deelvragen opgedeeld, welke zijn vertegenwoordigd in de hoofdstukken 2 tot en met 5. In hoofdstuk 2 ga ik uitvoerig in op de betekenis en reikwijdte van toepassing van gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot geautomatiseerde werken en bespreek ik de alternatieven voor het verkrijgen van die toegang. Hoofdstuk 3 kenmerkt zich door het bespreken van de ratio en de huidige strekking van het nemo tenetur-beginsel, zoals verankerd in artikel 6 EVRM. Ook leg ik uit wanneer er sprake is van een inbreuk op dit beginsel. In dit hoofdstuk bespreek ik relevante ontwikkelingen en de visies van het EHRM en de Hoge Raad, met inbegrip van daaruit voortvloeiende criteria, ten aanzien van het beginsel. In hoofdstuk 4 vindt de toetsing van het gebruik van wils(on)afhankelijk materiaal, verkregen uit biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk, aan het nemo tenetur-beginsel plaats. Hierbij bespreek ik de voor- en tegenargumenten met betrekking tot de verenigbaarheid met het beginsel. In hoofdstuk 5 presenteer ik mijn bevindingen in een conclusie.

2. Biometrische toegangsverschaffing

2.1 Inleiding

Indien voldaan is aan een specifieke wettelijke grondslag, mag een opsporingsambtenaar, waaronder een OvJ, in het belang van een strafrechtelijk onderzoek alle voorwerpen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen, in beslag nemen.¹⁵ In het kader van nader onderzoek is vooral een geautomatiseerd werk, in het bijzonder de smartphone, geliefd bij politie en het Openbaar Ministerie. Hierin ligt over het algemeen een groot gedeelte van het privéleven besloten. Als een geautomatiseerd werk dan ook nog eens in verband kan worden gebracht met strafbaar gedrag van de gebruiker of anderen, dan kan dat met het oog op bescherming van die vertrouwelijke gegevens een goede reden zijn voor de beslagene om niet mee te willen werken aan de ontgrendeling ervan. In dit hoofdstuk zal ik onder andere ingaan op de begrippen geautomatiseerd werk en biometrie. In verband met de toetsing aan het nemo tenetur-beginsel in het vierde hoofdstuk vertel ik verder uitvoerig over de term gedwongen biometrische toegangsverschaffing en de alternatieven daarvoor. Tot slot sta ik stil bij de relevante wijzigingen die met het Wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering worden beoogd.

2.2 Geautomatiseerd werk

De centrale rol van geautomatiseerd werk in mijn hoofdvraag maakt dat dit begrip dient te worden verduidelijkt. Uit de wetsgeschiedenis van voornoemd begrip blijkt dat de wetgever hoofdzakelijk doelde op computers en netwerken van onderling verbonden computers, met een opslag- en verwerkingsfunctionaliteit.¹⁶ Inrichtingen die primair bedoeld waren voor de overdracht van gegevens, zoals een eenvoudig telefoontoestel, wilde de wetgever buiten de definitie houden.¹⁷ Inmiddels wordt in artikel 80sexies Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) het begrip als volgt gedefinieerd: “een inrichting die bestemd is om langs elektronische weg gegevens op te slaan, te verwerken en over te dragen”. De smartphone beschikt over deze drie cumulatieve functionaliteiten en kan om die reden gekwalificeerd worden als een geautomatiseerd werk. In de rechtspraak blijkt het begrip echter voor velen geen duidelijke afbakening te hebben.¹⁸ Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (hierna: het conceptwetsvoorstel) volgt dat tegenwoordig steeds meer apparaten onder het begrip geautomatiseerd werk vallen. Niet alleen een computer, laptop en server vallen hieronder. Een tablet, smartphone, digitale camera en vele andere technische apparaten kunnen ook hieronder worden geschaard. Om afbakening enigszins tegemoet te komen is in artikel 2.1.1 sub f van het wetsvoorstel een nieuwe begripsomschrijving van geautomatiseerd werk opgenomen: “een apparaat of groep van onderling verbonden of samenhangende apparaten, waarvan er één of meer op basis van een programma automatisch digitale gegevens verwerken”.¹⁹ Tijdens het onderzoek neem ik de smartphone als uitgangspunt. Deze bevat namelijk vaak voor de strafzaak relevante whatsappgesprekken, berichten, foto's, filmpjes en gegevens over contacten of (potentiële) medeverdachten, reisbewegingen of fysieke inspanningen. Daarnaast is de huidige smartphone voorzien van geavanceerde biometrische ontgrendelmethoden. Deze combinatie van factoren maakt

¹⁵ Art. 141 Sv; art. 94 t/m 96 Sv; art. 110 Sv.

¹⁶ *Kamerstukken II 1991/92*, 21551, nr. 3, p. 5-6.

¹⁷ *Kamerstukken II 1991/92*, 21551, nr. 26.

¹⁸ Van den Hurk, *AA 2022/5*, p. 364.

¹⁹ Ambtelijke versie Wetboek van Strafvordering, juli 2020 (Memorie van Toelichting), p. 244.

een toetsing van gedwongen biometrische toegangsverschaffing aan het nemo tenetur-beginsel wat mij betreft goed mogelijk.

2.3 Biometrie

Biometrie wordt sinds het eind van de 19^e eeuw gebruikt voor identificatie van levende wezens.²⁰ Met het oog op mijn centrale vraag zal ik alleen onderzoek doen naar het gebruik daarvan ten aanzien van natuurlijke personen. Biometrisch onderzoek levert persoonsgegevens op die het resultaat zijn van een specifieke technische verwerking met betrekking tot de fysieke, fysiologische of gedragsgerelateerde kenmerken van een natuurlijke persoon op grond waarvan eenduidige identificatie van die natuurlijke persoon mogelijk is of wordt bevestigd, oftewel authenticatie.²¹

2.3.1 Categorieën biometrie

Biometrische persoonsgegevens zijn onder te verdelen in drie categorieën: fysieke, fysiologische en gedragsgerelateerde persoonsgegevens. Bij fysieke persoonsgegevens vindt een meting van een specifiek onderdeel, dan wel vorm van het menselijk lichaam plaats. Enkele goede voorbeelden hiervan zijn een vingerafdruk, iris- of netvliesscans en gezichtsherkenning. Vanwege de uniciteit van het menselijk lichaam en de toenemende ontwikkelingen op het gebied van biometrie is identificatie en authenticatie bijna op elk onderdeel van het lichaam mogelijk. In geval van fysiologische persoonsgegevens spelen vorm en onderdeel van het menselijk lichaam geen rol, maar worden afgeleide persoonsgegevens gemeten. Zo kan een persoon bijvoorbeeld worden herleid of vastgesteld aan de hand van het hartritme. Menselijke lichaamsgeur is vanwege een combinatie van verschillende concentraties van stoffen zodanig uniek dat ook daarmee, ondanks de aanwezigheid van parfum, een persoon kan worden geauthentiseerd.²² Bij gedragsgerelateerde biometrische gegevens speelt bij de meting het gedrag een centrale rol. Met behulp van sensoren kunnen lichamelijke acties en reacties worden geregistreerd om vervolgens met intelligente algoritmes nader onderzocht te worden. Onder meer kan gedacht worden aan stemherkenning, typpatroonherkenning en looppatroonherkenning.²³ In hoofdstuk 4 doe ik onderzoek naar gedwongen ontgrendeling van geautomatiseerde werken. Om die reden zal ik mij in het bijzonder richten op de categorie fysieke biometrische persoonsgegevens.

2.3.2 Het gebruik van biometrie

In tegenstelling tot een beveiliging door middel van een toegangscode, die kan worden gekraakt of worden vergeten door de gebruiker, zijn biometrische gegevens fysiek aan een persoon verbonden. Dat maakt dat een gebruiker van een geautomatiseerd werk niets hoeft op te slaan of te onthouden. Van kwijtraken van deze gegevens is geen sprake. Verder zijn deze gegevens over het algemeen lastig na te bootsen en is mutatie ervan niet snel aan de orde. Hier bestaan echter wel voorbeelden van, zoals een verandering van het stemgeluid (gedrag) en een veroudering van het gezicht (fysiek). Waar het gaat om biometrische vergrendeling zijn alle biometrische gegevens helaas niet even betrouwbaar. Zo wist Marc Jacobs in 2013 de sensor van de vingerafdrukscanner van zijn iPhone te kraken, door zijn eigen vingerafdruk van een glas af te halen en deze vervolgens na te maken. Nieuwe ontwikkelingen

²⁰ Lycklama, Stevens & Florijn, *Tijdschrift voor Compliance* 2016/8, p. 213.

²¹ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016, artikel 4 lid 14.

²² Inbavalli & Nandhini, *Journal of Computer Science & Information* 2014/5, p. 6270-6274.

²³ Alsaadi, *International Journal of Scientific & Technology Research* 2015/4, p. 285-289.

aangaande de vingerafdrukscan hebben het beveiligingsniveau echter opgekrikt. In plaats van methodes die de groeven op de huid analyseren, onderzoekt de scan nu de patronen van de aderen in de vinger. Het combineren van verschillende biometrische gegevens kan de betrouwbaarheid van het verkregen resultaat bevorderen.²⁴ Doordat de techniek op dit gebied zich voortdurend blijft ontwikkelen, beschikken nieuwe generaties geautomatiseerde werken (telkens) over betere software om biometrische gegevens uit te lezen en te combineren.

2.4 Mogelijkheden toegangsverschaffing

Indien iemand verdacht wordt van enig strafbaar feit, waarbij het uitlezen van een geautomatiseerd werk mogelijk kan leiden tot waarheidsvinding, willen politie en justitie in het belang van het onderzoek graag in het bezit zijn van die uitgelezen gegevens. Een smartphone, en al zeker een nieuwer model, is vanwege toenemende ontwikkelingen uitgerust met allerlei biometrische technologieën. Zo bestaat de mogelijkheid om de ontgrendeling van de smartphone, al dan niet gecombineerd, te beveiligen door middel van een toegangscode, vingerafdrukscan, irisscan en gezichtsherkenning. In de volgende subparagrafen bespreek ik een drietal mogelijkheden van toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk, te weten de gedwongen afgifte van een toegangscode, de hackbevoegdheid en de gedwongen biometrische ontgrendeling.

2.4.1 Gedwongen afgifte toegangscode

Een geautomatiseerd werk wordt door de gebruiker ervan doorgaans beveiligd door middel van een toegangscode. Deze wijze van beveiliging valt buiten het bereik van het begrip biometrie. Indien afgifte van een toegangscode op vrijwillige basis geschiedt, levert dit geen problemen op. Anders is dit wanneer de overheid dwang tot die afgifte toepast. Een code, exclusief opgeslagen in het brein van de verdachte, valt onder de noemer wilsafhankelijk materiaal. Een ontgrendelingsvordering gericht aan de verdachte zou resulteren in een inbreuk op het fundamentele karakter van het zwijgrecht. Dat is ontoelaatbaar. Slechts ingeval een verdachte zijn of haar toegangscode reeds op enige wijze heeft geopenbaard, maakt dat de rechtsinbreuk geringer.²⁵

2.4.2 Hacken

Met de Wet Computercriminaliteit III heeft de overheid sinds 1 maart 2019 de bevoegdheid om geautomatiseerde werken, al dan niet met een technisch hulpmiddel, op afstand heimelijk binnen te dringen.²⁶ Het bevel tot binnendringen in een geautomatiseerd werk kent diverse doeleinden en kan slechts worden gegeven na schriftelijke machtiging op vordering van de OvJ te verlenen door de R-C. Ten aanzien van de doeleinden die opgesomd zijn in artikel 126nba lid 1 onder a tot en met c Sv geldt dat er sprake moet zijn van een verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67 lid 1 Sv. Aan de hackbevoegdheid, welke ziet op het veiligstellen van opgeslagen gegevens, kleeft echter een strengere rechtsvoorwaarde. In dit geval moet het namelijk gaan om een verdenking van een misdrijf, waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld, dan wel een misdrijf dat bij algemene maatregel van bestuur is aangewezen. De hackbevoegdheid kan op afstand en heimelijk worden toegepast. Dit maakt eventuele bereidheid van de verdachte om aan de

²⁴ Lycklama, Stevens & Florijn, *Tijdschrift voor Compliance* 2016/8, p. 215-216.

²⁵ Van Toor, *Computerrecht* 2017/2, p. 5-7.

²⁶ Art. 126nba Sv.

toegangsverschaffing mee te werken overbodig, als gevolg waarvan deze ontgrendelmethode in het licht van het nemo tenetur-beginsel doorgaans geen problemen met zich meebrengt. Van Toor is het hier niet mee eens en stelt dat de hackbevoegdheid, bij toepassing daarvan, het nemo tenetur-beginsel en daarmee het recht op een eerlijk proces wel degelijk kan schenden.²⁷ Wanneer een geautomatiseerd werk is beveiligd door middel van een toegangscode, maakt Van Toor een vergelijking met de ontoelaatbaarheid van de ontgrendelingsvordering tot afgifte daarvan. Dit betekent derhalve dat hacken slechts mag worden toegestaan, indien de verdachte zijn of haar toegangscode op enige wijze openbaar heeft gemaakt, maar niet reeds bekend is voor de opsporingsautoriteiten. Is dat niet het geval, dan leidt de hackmethode tot een ontoelaatbare inbreuk op het fundamentele karakter van het zwijgrecht en een schending van het nemo tenetur-beginsel.²⁸ Op dit punt ben ik het niet eens met Van Toor. Wat mij betreft dient een toegangscode in dit geval niet gekwalificeerd te worden als wilsafhankelijk materiaal maar naar analogie te worden beschouwd als een sleutel van een afgesloten kluis. Niets anders dan een sleutel, behorend bij een afgesloten kluis, welke zonder sleutel en ongeacht de vraag of verdachte die sleutel of de toegangscode van de kluis heeft prijsgegeven, in specifieke gevallen probleemloos door een opsporingsambtenaar kan worden gekraakt.²⁹ Ongeacht de vraag of hacken binnen het bereik valt van de bescherming van het nemo tenetur-beginsel, nu het bij hacken in wezen niet gaat om zelfincriminatie, zou het mijns inziens dus niet moeten leiden tot een ontoelaatbare inbreuk op het fundamentele karakter van het zwijgrecht en een schending van het beginsel. In het kader van de toetsing van gedwongen biometrische toegangsverschaffing aan de proportionaliteits- en subsidiariteitseis in hoofdstuk 4 is het evenwel zinvol om stil te staan bij dit type overheidsoptreden.

2.4.3 Gedwongen biometrische ontgrendeling

In praktijk is er betrekkelijk weinig bekend over gedwongen biometrische toegangsverschaffing in Nederland. Dat hangt mijns inziens ongetwijfeld samen met het feit dat het om een vrij moderne technologische ontwikkeling gaat en er weinig rechterlijke uitspraken bestaan aangaande dit onderwerp. Toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk door middel van een vingerafdrukscan, irisscan of gezichtsherkenning kan worden gekwalificeerd als een biometrische methode van ontgrendeling. Deze methodes fungeren als het ware als de toegangscode, waarmee toegang tot versleutelde gegevens kan worden verkregen. Net zoals bij een verzoek tot vrijwillige afgifte van een toegangscode kan een verdachte deze fysieke biometrische persoonsgegevens te allen tijde vrijwillig afstaan aan de overheid, simpelweg door zijn of haar vinger(s), iris of gezicht even ter beschikking te stellen aan een opsporingsambtenaar. Werkt een verdachte echter niet mee aan een verzoek tot afgifte van die gegevens, dan kan de verdachte daar naar het oordeel van de rechtbank Noord-Holland en later die van de Hoge Raad fysiek toe worden gedwongen.³⁰ In die zaak werd vooropgesteld dat de opsporingsambtenaren bevoegd waren om over te gaan tot het in beslag nemen van de smartphone.³¹ De verdachte stond uiteindelijk tegen zijn wil zijn vingerafdruk af aan de overheid. Ten behoeve van de waarheidsvinding mag onderzoek worden gedaan in een smartphone om gegevens te vergaren en veilig te stellen voor het strafrechtelijk onderzoek. Beschikbare (persoons)gegevens zijn daarvan niet uitgezonderd. De opsporingsambtenaar ontleent de

²⁷ Van Toor, *Computerrecht* 2017/2, p. 9-10.

²⁸ Van Toor, *Computerrecht* 2017/2, p. 11.

²⁹ Dit op grond van art. 97 Sv; art. 110 Sv; art. 49 WWM.

³⁰ Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2; HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 6.

³¹ Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2.

mogelijkheid om voornoemd onderzoek te verrichten aan de artikelen 94 juncto 95 en 96 Sv.³² Hierin ligt ook besloten dat de opsporingsambtenaar een verdachte tegen zijn wil met toepassing van proportioneel geweld mag dwingen tot het medewerken aan de ontgrendeling van zijn smartphone.³³ Deze combinatie van artikelen biedt mijns inziens niet voldoende specifieke wettelijke basis voor het gedwongen dulden van biometrische toegangsverschaffing tot geautomatiseerde werken, omdat de bevoegdheid niet expliciet wordt beschreven in de wettekst.³⁴ Dat resulteert naar mijn mening in een negatief effect op het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid.

2.5 Het conceptwetsvoorstel

Het huidige Wetboek van Strafvordering biedt met artikel 125k (het decryptiebevel), ten aanzien van de doorzoekingsbevoegdheden, al sinds 1993 de mogelijkheid om een persoon die vermoedelijk kennis draagt omtrent de beveiliging van een geautomatiseerd werk te bevelen toegang te verschaffen tot dat werk. In lid 3 van dit artikel is opgenomen dat het bevel niet aan de verdachte mag worden gegeven. Ter vervanging van artikel 125k Sv is artikel 2.7.44 voorgesteld.³⁵ In dit artikel wordt de bevoegdheid in artikel 125k Sv techniek-neutraler geformuleerd. De tekstwijziging resulteert in een uitbreiding van het toepassingsbereik van de doorzoekingsbevoegdheid, hetgeen inhoudelijk betekent dat ook het geautomatiseerd werk en biometrische kenmerken binnen het bereik van de bepaling vallen. Op basis van artikel 2.7.44, tweede lid heeft de OvJ de bevoegdheid om in geval van biometrische beveiliging een opsporingsambtenaar te bevelen die beveiliging ongedaan te maken. Ter uitvoering van dat bevel mag een opsporingsambtenaar tegen de wil van degene die het geautomatiseerd werk vermoedelijk kan ontgrendelen, maatregelen treffen die daartoe redelijkerwijs noodzakelijk zijn. Zo blijkt uit de memorie van toelichting van het conceptwetsvoorstel dat in deze bevoegdheid besloten ligt dat de uitvoering van het bevel kan samengaan met het gebruik van lichamelijke dwang. In de toelichting aangaande deze bepaling wordt tevens opgemerkt dat er hierbij een duldplicht bestaat voor verdachten en niet-verdachten. Waar het gaat om biometrische beveiliging spreekt de toelichting voornamelijk over een vingerafdruk, irisscan of gezichtsherkenning. Indien deze voorgestelde artikelen daadwerkelijk formeel worden bekrachtigd tot een wet, dan lijkt de wettelijke grondslag voor verplichte biometrische ontsleuteling (ook voor verdachten) wat mij betreft pas volledig gevormd te zijn.

2.6 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk stond de beschrijving van biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk centraal. Allereerst besprak ik de begrippen geautomatiseerd werk en biometrie. Daarbij heb ik verteld over het gebruik van biometrische persoonsgegevens. Vervolgens haalde ik de mogelijkheden aangaande de toegangsverschaffing aan, waaronder gedwongen toegangsverschaffing via een toegangscode, de hackmethode en gedwongen biometrische ontgrendeling. Verder heb ik de huidige en mogelijk toekomstige wettelijke grondslag voor deze duldplicht onder de loep gelegd. De geldende grondslag is wat mij betreft momenteel onvoldoende specifiek, hetgeen mijns inziens een negatief effect heeft op het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid. Concreet verplicht de duldplicht de verdachte om tegen zijn of haar wil mee te werken aan de biometrische ontgrendeling van een

³² HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 6.2.1.

³³ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 6.2.2.

³⁴ HR 13 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:927, r.o. 12.

³⁵ Wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Ambtelijke versie, juli 2020), p. 98; Ambtelijke versie Wetboek van Strafvordering, juli 2020 (Memorie van Toelichting), p. 424-426.

geautomatiseerd werk, waarbij de uitvoering van de bevoegdheid gepaard kan gaan met het gebruik van lichamelijke dwang. In het volgende hoofdstuk laat ik mij ten aanzien van voornoemde fysieke dwang uitvoerig uit over de ratio en reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel, dat is vervat in artikel 6 EVRM.

3. Het nemo tenetur-beginsel

3.1 Inleiding

Artikel 6 EVRM biedt diverse procedurele waarborgen, welke binnen Nederland vanwege hun directe werking van toepassing zijn gedurende het strafproces.³⁶ Een gedeelte van die waarborgen is uitdrukkelijk terug te vinden in de verdragstekst van voornoemd artikel, terwijl een ander gedeelte ontwikkeld is in de jurisprudentie. Op basis van deze verdragsbepaling kan worden beoordeeld of een procedure als geheel als eerlijk kan worden beschouwd. Aan het recht op een eerlijk proces, in de zin van artikel 6 EVRM, liggen algemene beginselen ten grondslag, waaronder het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht. Het nemo tenetur-beginsel, dat nauw verbonden is met het zwijgrecht,³⁷ omvat het recht dat niemand gedwongen mag worden om mee te werken aan zijn of haar eigen veroordeling.³⁸ Ondanks het gegeven dat dit beginsel als een fundamenteel, ongeschreven uitgangspunt van onze strafrechtspleging kan worden gezien, kent de strekking en reikwijdte ervan vooralsnog geen duidelijke afbakening en lijken de meningen van rechtsgeleerden hierover al jaren verdeeld te zijn.³⁹ In de paragraaf hierna haal ik de strekking en de rechtsgronden van het beginsel aan. Vervolgens bespreek ik in de aansluitende paragrafen, aan de hand van de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad, hoe in Nederland binnen het strafrecht invulling wordt gegeven aan het nemo tenetur-beginsel.

3.2 De strekking en rechtsgronden

Het nemo tenetur-beginsel, of in het Latijn voluit 'nemo tenetur prodere se ipsum', betekent naar de letter dat niemand gehouden is om zichzelf te belasten.⁴⁰ In artikel 6, eerste lid EVRM, ligt onder meer besloten dat ten aanzien van iemand waartegen een 'criminal charge' bestaat strafvorderlijke rechten kunnen worden ingeroepen.⁴¹ In de meest recente uitspraak van het EHRM omtrent het nemo tenetur-beginsel, te weten *Beuze* uit 2018, overweegt het EHRM dat een criminal charge bestaat vanaf het moment dat een persoon officieel geïnformeerd wordt dat hij wordt verdacht van een strafbaar feit of indien de overheid handelingen tegen hem heeft verricht, als gevolg waarvan diens situatie 'aanzienlijk aangetast' is.⁴² Voordat iemand formeel op grond van artikel 27 Sv wordt aangemerkt als verdachte kan hier feitelijk dus al sprake van zijn. De intrinsieke gedachte van het beginsel is dat het uit moreel oogpunt verwerpelijk is om een persoon, ongeacht de vraag of die persoon als verdachte is aangemerkt in een strafproces, te verplichten actief een bijdrage te leveren aan zijn eigen ongeluk.⁴³ In de literatuur worden er door Koops vier verschillende rechtsgronden voor het nemo tenetur-beginsel onderscheiden.⁴⁴ De eerste rechtsgrond is te vinden in het belang van materiële waarheidsvinding. Bewijs dat ter terechtzitting wordt ingebracht moet betrouwbaar zijn. Zo kan rechterlijke dwaling omtrent de feiten worden voorkomen. Een goed voorbeeld is een door de verdachte onder fysieke en/of psychische druk afgelegde bekennende verklaring. Uit onderzoek is immers gebleken dat zo'n verklaring vaak ten grondslag ligt aan een rechterlijke dwaling.⁴⁵ De andere rechtsgrond vindt zijn

³⁶ Art. 94 Gw.

³⁷ Bemelmans 2018, p. 7.

³⁸ Koops 2000, p. 27.

³⁹ Koops 2000, p. 27-33; Stevens 2005, p. 2.

⁴⁰ Stevens 2005, p. 1.

⁴¹ Nan, *BSb* 2021/4, p. 117.

⁴² EHRM 9 november 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910, par. 119 (*Beuze/België*).

⁴³ Reijntjes 1996, p. 18.

⁴⁴ Koops 2000, p. 44-48.

⁴⁵ Bedau & Radelet, *Stanford Law Review* 1987/1, p. 57.

oorsprong in de procesautonomie. Tijdens het strafproces dient de verdachte naar eigen voorkeur een houding te kunnen bepalen. De verdachte moet namelijk worden gezien als een autonome partij, welke niet slechts object van onderzoek is. Ten behoeve van de waarborging van een evenwichtig strafproces, dient de overheid de wil en tegenspraak van de verdachte te eerbiedigen.⁴⁶ De menselijke waardigheid wordt als derde rechtsgrond voor het nemo tenetur-beginsel beschreven. Dit betekent dat de verdachte menswaardig moet worden behandeld. Deze rechtsgrond komt voort uit 'het respect dat voor de verdachte moet worden opgebracht'.⁴⁷ De laatste rechtsgrond die door Koops wordt onderschreven, is het pressieverbod. Net zoals bij materiële waarheidsvinding kunnen rechterlijke dwalingen worden vermeden met een duidelijke grensafbakening aangaande de mate van medewerking die van de verdachte mag worden verlangd.⁴⁸ Indien een bewijsmiddel onder druk tot stand is gekomen, kan dit de betrouwbaarheid ervan aantasten.⁴⁹ Het pressieverbod tracht te voorkomen dat de overheid tijdens het verhoor ontoelaatbare druk uitoefent op de verdachte. Een verklaring van de verdachte dient namelijk in vrijheid afgelegd te worden. De verdachte mag om die reden niet tot spreken worden gedwongen. Samengevat vindt het nemo tenetur-beginsel zijn betekenis dus in materiële waarheidsvinding, procesautonomie, menselijke waardigheid en het pressieverbod.

3.3 EHRM

In het arrest Funke uit 1993 werd het nemo tenetur-beginsel voor het eerst erkend en onder het bereik gebracht van artikel 6, lid 1 EVRM. Funke werd in deze zaak verdacht van belastingontduiking. Na een toezegging van Funke om bankafschriften te overleggen aan de vervolgende instantie, deed hij dit uiteindelijk niet. Hij werd veroordeeld tot het betalen van een geldboete en een dwangsom voor elke dag dat hij in gebreke zou blijven bij het overleggen van voornoemde afschriften. Het EHRM oordeelde dat hier in strijd werd gehandeld met het zwijgrecht en het verbod op zelfincriminatie.⁵⁰ Het EHRM gaf bij de eindoverweging niet veel helderheid over de redenen die tot de schending hadden geleid. Het feit dat de autoriteiten niet zeker waren van het bestaan van de documenten, heeft er mogelijk toe geleid dat het EHRM vond dat de dwang die op Funke werd toegepast resulteerde in een inbreuk op het recht tegen zelfincriminatie. Daarnaast zou de mate van dwang die in deze zaak werd gebruikt een argument voor schending van het nemo tenetur-beginsel kunnen zijn.⁵¹

3.3.1 Saunders

Het arrest Funke zorgde echter voor grote onduidelijkheden, waar het ging over de vraag tot welk bewijsmateriaal het nemo tenetur-beginsel zich precies uitstrekt. Deze onduidelijkheden zijn in 1996 met het wilsafhankelijkheids criterium door het EHRM opgehelderd in het arrest Saunders. Uit dit arrest blijkt dat bij de interpretatie van voornoemd criterium veel aandacht uitgaat naar bewijsmateriaal dat (on)afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.⁵² De aard van het materiaal speelt een aanzienlijke rol bij de beoordeling of verkregen materiaal mag worden gebruikt voor het bewijs. Deze benadering is derhalve 'material based'. Bewijsmateriaal dat afhankelijk van de wil van

⁴⁶ EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, par. 47 (*O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*).

⁴⁷ Corstens 2008, p. 283.

⁴⁸ Koops 2012, p. 31.

⁴⁹ Van Toor, *TBS&H* 2018/4, p. 250.

⁵⁰ EHRM 25 februari 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1839, par. 44 (*Funke/Frankrijk*).

⁵¹ *NJCM-Bulletin* 2007, nr. 5, p. 629, m.nt L. Stevens.

⁵² EHRM 17 december 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862, par. 69 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

de verdachte bestaat en tevens het bestaansrecht ontleent aan een bewuste spierbeweging, valt onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel, tenzij het vrijwillig door de overheid wordt verkregen. Deze bescherming komt de verdachte in beginsel niet toe, indien er sprake is van bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil bestaat, waarover een verdachte met enkel zijn wil of zijn gedachten geen controle heeft. Het verschil tussen beide varianten is afhankelijk van de vraag of het materiaal (in fysieke zin) al bestaat of dat het nog dient te worden geproduceerd. Bewijs dat al bestaat, is niet onderhevig aan wijziging of vernietiging enkel door de wil van iemand. Enkele voorbeelden van wilsonafhankelijk materiaal zijn: documenten die ten tijde van het strafvorderlijk onderzoek al fysiek bestaan en niet vatbaar zijn voor wijziging of vernietiging, zoals adem, bloed- en urinemonsters en lichamelijk weefsel bestemd voor DNA-onderzoek. Indien bewijsmateriaal echter exclusief te vinden is in het brein en dus nog niet bestaat, zoals nog op te schrijven of uit te spreken tekst, dan gaat het over wilsafhankelijk materiaal. Bewust, gewild en gepland gedrag is in dit geval nodig voor het creëren van materiaal.⁵³

3.3.2 De toetsingscriteria (post-Saunders)

In latere rechtspraak omtrent deze materie, oftewel de post-Saunders jurisprudentie, beschrijft het EHRM in de arresten Jalloh en O'Halloran & Francis concreet aan welke onderdelen moet worden getoetst om te concluderen of het nemo tenetur-beginsel al dan niet is geschonden.⁵⁴ Uit deze arresten kunnen vier toetsingscriteria worden gefilterd. Dit zijn de aard en de hoeveelheid dwang die is gebruikt om het bewijs te vergaren, het bestaan van relevante waarborgen in de procedure, het doel waartoe het bewijs wordt gebruikt en het gewicht van het algemeen belang bij de opsporing en bestraffing van het betreffende delict. In de zaak Jalloh stond de verdachte na het gedwongen innemen van een braakmiddel bewijsmateriaal, te weten een bolletje cocaïne, af aan de Duitse politie. Het EHRM oordeelde dat het bewijs werd verkregen in strijd met het verbod op foltering, zoals vervat in artikel 3 EVRM. Ondanks het feit dat er, net als in de zaak Saunders, sprake was van wilsonafhankelijk materiaal, kwam het EHRM in de zaak Jalloh op basis van voornoemde vier criteria tot de conclusie dat het nemo tenetur-beginsel wél was geschonden. Kortom, gedwongen afname van bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van verdachte bestaat, kan dus ook in strijd zijn met artikel 6 EVRM. In de volgende subparagrafen licht ik de eerste drie criteria nader toe. Het laatste criterium, waarbij het gewicht van het algemeen belang bij de opsporing en bestraffing van het betreffende delict een rol speelt, laat ik bij de toetsing buiten beschouwing. In de literatuur en rechtspraak wordt er namelijk relatief weinig gewicht aan dit criterium gegeven en wordt het niet tegelijk met de overige criteria genoemd. Het zijn vooral de drie andere criteria die bepalend zijn bij de beoordeling of een bepaalde overheidshandeling al dan niet verenigbaar is met het nemo tenetur-beginsel.

3.3.2.1 De aard en mate van dwang

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat het nemo tenetur-beginsel niet absoluut is. Niet alle vormen van directe dwang ter verkrijging van bewijsmateriaal leveren namelijk een schending van artikel 6 EVRM op.⁵⁵ Bij de beoordeling of het nemo tenetur-beginsel is geschonden is allereerst de door de autoriteiten toegepaste aard en mate van dwang voor bewijsvergaring van belang. Het gebruik van

⁵³ Van Toor, *TBS&H* 2016/1, p. 30.

⁵⁴ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, par. 101 en 117 (*Jalloh/Duitsland*); EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, par. 55 (*O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*).

⁵⁵ EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, par. 53 (*O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*).

door ongeoorloofde dwang verkregen bewijs in het strafproces leidt tot schending van het beginsel.⁵⁶ Omdat het EHRM aangaande de geoorlooftheid van dwang geen duidelijke grenzen heeft getrokken, is een casuïstische aanpak telkens vereist. In de strafzaken waarin gebruik wordt gemaakt van een (dreiging met) gevangenisstraf om informatie bij de verdachte los te krijgen, wordt telkens geconcludeerd dat er sprake is van een ongeoorloofde aard van dwang.⁵⁷ Dit geldt eveneens indien het folterverbod (3 EVRM), ongeacht de gradatie, en daarmee tevens het recht op een eerlijk proces is geschonden.⁵⁸ De mate van dwang is bij deze categorieën niet relevant, omdat de enkele inzet ervan al resulteert in ongeoorloofde dwang. In geval van geldstraffen is de hoogte van de financiële sanctie bepalend of de dwang ongeoorloofd is.⁵⁹ Ook wanneer er met een opsporingsmethode bij het verkrijgen van wilsonafhankelijk materiaal sprake is van een 'fishing expedition' naar belastend materiaal, dan kan het nemo tenetur-beginsel de verdachte bescherming bieden.⁶⁰ In tegenstelling tot hetgeen uit het arrest Saunders voortvloeit, kan namelijk geconcludeerd worden dat het nemo tenetur-beginsel bescherming biedt tegen de inzet van ongeoorloofde opsporingsmethoden, ongeacht de aard van het bewijsmateriaal. Met toepassing van dit criterium benadert het EVRM het beginsel thans derhalve 'means based'.⁶¹ Stevens sluit zich volledig aan door te stellen dat het verschil tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal mede wordt bepaald door voornoemde aard en hoeveelheid van dwang in samenhang met de (daardoor bewerkstelligde) aard van de medewerking van de verdachte. Een hogere mate van afgedwongen medewerking zou sneller kunnen leiden tot strijdigheid met het nemo tenetur-beginsel. In hun onderlinge samenhang zijn deze factoren wat haar betreft essentieel bij de beoordeling of er in strijd is gehandeld met het beginsel.⁶² Volgens Van Toor, is het type bewijsmateriaal zeker van belang bij de invulling van het vraagstuk over door de autoriteiten uitgevoerde (on)geoorloofde dwang. Materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, zoals lichaamsmateriaal voor een DNA-analyse, kan door de overheid namelijk vaak met behulp van een geoorloofd dwangmiddel worden verkregen. Een hogere mate van dwang is dan gerechtvaardigd. Aan de andere kant moet een verdachte wilsafhankelijk materiaal, zoals een nog te produceren verklaring, volledig in vrijheid kunnen afstaan. Indien die vrijheid is afgenomen, mag het materiaal niet worden gebruikt in het strafrecht.⁶³ Een toetsing aan dit criterium brengt met zich mee dat de grenzen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht worden genomen.⁶⁴ Het proportionaliteitsbeginsel betekent dat er tussen de toegepaste overheidshandeling en het beoogde doel dat daarmee wordt nagestreefd een redelijke verhouding dient te bestaan. Het subsidiariteitsbeginsel vereist dat ten aanzien van de verdachte voor het minst bezwarende middel moet worden gekozen.⁶⁵ In de zaak Jalloh is een toetsing aan deze twee vereisten goed te zien. Hierin paste het EHRM een concrete belangenafweging toe, waarbij het kaliber van de zaak, te weten drugshandel op kleine schaal, en het feit dat het om een gewone straatdealer ging, voor de proportionaliteit van belang was. Ten aanzien van het subsidiariteitsvereiste oordeelde het EHRM dat er een minder verstrekkend alternatief beschikbaar was. Het bolletje cocaïne had namelijk via de natuurlijke weg het lichaam kunnen verlaten.

⁵⁶ Van Toor, *TBS&H* 2016/1, p. 36.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn/Ierland*); EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney & McGuinness/Ierland*).

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld EHRM 21 april 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0421JUD004231004 (*Nechiporuk & Yonkalo/Oekraïne*); EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, par. 101 (*Jalloh/Duitsland*).

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 25 februari 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1839 (*Funke/Frankrijk*); EHRM 3 mei 2001, ECLI:NL:XX:2001:AL1323 (*J.B./Zwitserland*); EHRM 5 april 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW5997 (*Chambaz/Zwitserland*).

⁶⁰ EHRM 3 mei 2001, ECLI:NL:XX:2001:AL1323, par. 29 (*J.B./Zwitserland*).

⁶¹ Van Toor, *TBS&H* 2018/4, p. 251-252.

⁶² Stevens, *NJB* 2019/315, p. 401-403.

⁶³ Van Toor, *TBS&H* 2016/1, p. 35.

⁶⁴ Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34372, nr. 6, p. 113.

Door de inspraak van deze twee beginselen wordt duidelijk dat naast de kern van overheidshandeling en impact ervan ook de context waarin de overheidshandeling wordt ingezet een evidente rol kan spelen. Het EHRM vond in deze zaak dat de Duitse autoriteiten voor een minder belastende methode hadden moeten kiezen.⁶⁶

3.3.2.2 Het bestaan van procedurele waarborgen

Of er in een bepaald geval sprake is van ongeoorloofde dwang wordt eveneens bepaald door de toets of er in de procedure voldoende relevante waarborgen bestaan. Afwezigheid van relevante procedurele waarborgen, die effectief en voldoende de mate van dwang reduceren, kunnen ertoe leiden dat geoorloofd ingrijpen als ongeoorloofd wordt betiteld.⁶⁷ Ten aanzien van dit criterium bespreek ik de zaken van Murray en Jalloh. In eerstgenoemde zaak vond het EHRM dat er wel voldoende waarborgen bestonden, omdat verdachte Murray gedurende het strafproces herhaaldelijk werd gewezen op de mogelijkheid dat er aan zijn zwijgen nadelige conclusies konden kleven, welke niet als oneerlijk of onredelijk werden beschouwd.⁶⁸ In de zaak van Jalloh was de waarborg van een behoorlijke toepassing van medisch onderzoek cruciaal voor de uitspraak. Vanwege de gebrekkige uitvoering van voornoemd onderzoek en de kans op gezondheidsrisico's bij de verdachte die daarmee gepaard ging, achtte het EHRM het gebruik van het bewijsmateriaal tegen Jalloh als geheel oneerlijk.⁶⁹ Als ander voorbeeld haal ik de zaken van Quinn en Heaney & McGuinness aan.⁷⁰ Deze drie verdachten 'moesten' in een lers onderzoek naar terrorisme over een specifieke periode persoonlijke gegevens verschaffen. Bij niet voldoen aan die opdracht bestond de kans dat zij gevangenisstraf zouden krijgen, hetgeen uiteindelijk ook gebeurde. Tijdens de procedure bij het EHRM stelde de Ierse regering dat er procedurele waarborgen bestonden die maakten dat er geen schending van het nemo tenetur-beginsel aan de orde was. Zij doelde op het recht op rechtsbijstand en de cautie die aan de verdachten was medegedeeld. Het EHRM oordeelde echter dat deze waarborgen niet van invloed waren op de aard en mate van de toegepaste dwang. De drie verdachten werden namelijk nog steeds gedwongen om te kiezen tussen het openbaren van de informatie of het ondergaan van een gevangenisstraf. Kortom, de waarborgen droegen niet effectief en voldoende bij aan het verlagen van de mate van dwang. In deze zaken handelde de Ierse overheid derhalve in strijd met het nemo tenetur-beginsel.

3.3.2.3 Het gebruik van het verkregen bewijs

Het derde criterium ten aanzien van de beoordeling of het nemo tenetur-beginsel is geschonden, gaat over de manier waarop het bewijsmateriaal wordt gebruikt en het gewicht dat daaraan wordt toegekend.⁷¹ Zodra het door ongeoorloofde dwang verworven bewijsmateriaal wordt gebruikt in de strafzaak en het bewijsmateriaal doorslaggevend zal zijn bij de veroordeling van de verdachte is er sprake van schending van het nemo tenetur-beginsel.⁷² Dit was bijvoorbeeld aan de orde in de zaak van Jalloh. Het bolletje harddrugs dat onder ongeoorloofde dwang werd verkregen, fungeerde als

⁶⁶ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, par. 77 (*Jalloh/Duitsland*); *NJCM-Bulletin* 2007, nr. 3, p. 365, m.nt P.H. van Kempen.

⁶⁷ Van Toor, *TBS&H* 2016/1, p. 33.

⁶⁸ EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, par. 54 (*Murray/Verenigde Koninkrijk*).

⁶⁹ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, par. 77 en 108 (*Jalloh/Duitsland*).

⁷⁰ EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn/Ierland*); EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney & McGuinness/Ierland*).

⁷¹ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, par. 121 (*Jalloh/Duitsland*).

⁷² EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (*Jalloh/Duitsland*); EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*).

doorslaggevend bewijs bij de veroordeling. De wil van de verdachte om autonoom te bepalen wat en wanneer hij bewijs in het strafproces inbrengt, wordt onder deze omstandigheden niet geëerbiedigd.⁷³ Anderzijds zal het onder dwang verkrijgen van bewijsmateriaal dat niet ten behoeve van een bewezenverklaring wordt gebruikt in de strafzaak of geen doorslaggevende rol heeft bij de veroordeling, niet leiden tot een schending van het beginsel. Dit blijkt onmiskenbaar uit de zaak Gäfgen.⁷⁴

3.4 De invulling in Nederland

Nadat een verdachte had geweigerd om zijn naam kenbaar te maken aan een opsporingsambtenaar werd in 1927 in Nederland het nemo tenetur-beginsel voor het eerst aangeroerd. De Hoge Raad oordeelde dat voornoemde weigering niet resulteerde in een overtreding van artikel 184 Sr of enig ander strafbaar feit. De Hoge Raad nam daarbij als vertrekpunt dat een verdachte binnen het Nederlandse rechtssysteem niet gedwongen mag worden om bewijs te leveren, dat mogelijk voor zichzelf bezwarend kan zijn.⁷⁵ Uit een latere uitspraak van de Hoge Raad volgt echter dat de Nederlandse wet een verdachte geen onvoorwaardelijke rechten of beginselen biedt tegen het onder dwang verlenen van medewerking, ten aanzien van het verkrijgen van mogelijk bezwarend bewijsmateriaal. De Hoge Raad beschrijft dat in de volgende woorden: “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”.⁷⁶ Tot op heden kent Nederland echter geen specifieke bepaling voor het nemo tenetur-beginsel. Desondanks heeft de wetgever binnen het Nederlandse strafprocesrecht wel degelijk invulling gegeven aan het recht tegen zelfincriminatie in relatie tot specifieke dwangmiddelen.⁷⁷ Een verdachte kan bijvoorbeeld niet worden verplicht om voorwerpen uit te leveren of opgeslagen of vastgelegde (persoons)gegevens te verstrekken.⁷⁸ Ook kan een vordering om gegevens te bewaren en beschikbaar te houden, welke gegevens ten tijde van die vordering zijn opgeslagen in een geautomatiseerd werk en waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat zij in het bijzonder vatbaar zijn voor verlies of wijziging, niet aan de verdachte worden gericht.⁷⁹ Daarnaast is in artikel 29 Sv het zwijgrecht opgenomen, dat nauw verbonden is met het nemo tenetur-beginsel. Om te kunnen toetsen of in Nederland het nemo tenetur-beginsel overeenstemt met de geldende toetsingscriteria van het EHRM moet naar de nationale rechtspraak, in het bijzonder van de Hoge Raad, gekeken worden.

In 2010 overwoog de Hoge Raad dat de aard van een voor het bewijs te gebruiken verklaring beslissend is voor de vraag of het nemo tenetur-beginsel is geschonden. De aard van de verklaring mag het recht van de verdachte om te zwijgen en daarmee het recht om zichzelf niet te belasten immers niet van zijn betekenis ontdoen.⁸⁰ Naar aanleiding van deze overweging moesten de reeds door klagster overhandigde documenten nader onderzocht worden. Kort samengevat hield dit in dat bescherming op basis van het nemo tenetur-beginsel in deze zaak afhing van het antwoord op de vraag of het bestaan van de overgedragen verklaring afhankelijk was van het wilsbesluit van de klagster en niet

⁷³ Van Toor, *TBS&H* 2016/1, p. 36.

⁷⁴ EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*).

⁷⁵ HR 27 juni 1927, ECLI:NL:PHR:1927:BG9434, m.nt. B.M. Taverne.

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld HR 26 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9475, r.o. 5.1 onder a; HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, r.o. 4.2.

⁷⁷ Van Kempen, *Strafblad* 2011/1, p. 13.

⁷⁸ Art. 96a Sv; art. 126nc lid 3 Sv.

⁷⁹ Art. 126ni lid 1 Sv; art. 126ui Sv; art. 126zja Sv.

⁸⁰ HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, m.nt. Reijntjes, r.o. 4.3.

van de manier van verkrijging van het belastende bewijsmateriaal. In een ander arrest achtte de Hoge Raad wederom het verschil tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal bepalend voor het gebruik daarvan in strafzaken.⁸¹ De Hoge Raad lijkt bij de uitwerking van het nemo tenetur-beginsel de basis derhalve te leggen bij het Saunders-criterium en daarmee een 'material based'-benadering toe te passen.⁸² Zijn toetsing is tweeledig.

Allereerst dient aan de hand van voornoemd criterium te worden bepaald of het materiaal (on)afhankelijk van de wil van verdachte bestaat. Voor de indeling van het type materiaal acht de Hoge Raad het fysieke bestaan ervan leidend.⁸³ Ook Van Toor is die mening toegedaan.⁸⁴ Naar mijn mening kan een verdachte enkel met zijn of haar wil het fysieke bestaan van in een document vervatte data nimmer controleren of beïnvloeden. Het materiaal (data) ligt er namelijk al. Dat is natuurlijk niet het geval bij een nog te produceren verklaring van de verdachte. Zelf ben ik het daarom volledig eens met de wijze hoe de Hoge Raad en Van Toor de indeling van het type materiaal bepalen. In de tamelijk recente uitspraak van 9 februari 2021, waarin door middel van een duimafdruk toegang tot een smartphone werd verschaft, bevestigt de Hoge Raad deze visie nog eens.⁸⁵ Verrijking van wilsonafhankelijk materiaal valt niet binnen de reikwijdte van bescherming op grond van het nemo tenetur-beginsel, zolang er geen sprake is van ongeoorloofde dwang of een fishing expedition.

Daarnaast gaat de Hoge Raad na of er in de procedure relevante waarborgen bestaan tegen het gebruik van wilsafhankelijk materiaal. In diverse zaken geeft de Hoge Raad voornoemd gebruik van bewijs een prominente positie.⁸⁶ Het gebruik van wilsafhankelijk materiaal mag het nemo tenetur-beginsel in ieder geval niet van zijn betekenis ontdoen. Als verkregen bewijs dat in strijd is met het beginsel uiteindelijk wordt uitgesloten van het bewijs is er geen sprake meer van schending. Ook wanneer er minimaal gebruik wordt gemaakt van onder dwang verkregen wilsafhankelijk materiaal levert dat geen schending van het nemo tenetur-beginsel op. In zoverre stemmen de benaderingen van het EHRM en de Hoge Raad overeen. Ik deel deze visie, omdat de verdachte bij geen of minimaal gebruik van voornoemd materiaal geen echt nadeel zal ondervinden in de strafprocedure. Het zelfincriminerend handelen van de verdachte komt in dat geval wat mij betreft als het ware te vervallen.

Van Toor is van mening dat de Hoge Raad en het EHRM wel degelijk verschillen qua bescherming op grond van het nemo tenetur-beginsel. Het EHRM biedt meer bescherming waar het gaat om wilsonafhankelijk materiaal, omdat het zwaartepunt bij de beoordeling voornamelijk ligt bij de wijze van verkrijging van het materiaal en de aard en mate van de toegepaste dwang.⁸⁷ Ligthart ziet eveneens verschil tussen de reikwijdte van bescherming en legt dat neer bij de operationalisering van het materiaal. Daar waar het EHRM het accent plaatst op de vraag of het materiaal onafhankelijk van de wil van de verdachte kan worden verkregen, onderstreept de Hoge Raad in de kern de vraag of het materiaal qua aard bestaat onafhankelijk de wil van verdachte.⁸⁸ Volgens Nan legt het EHRM het beginsel ruimer uit, omdat het bij de toetsing, ongeacht het type materiaal, het belang van criminaliteitsbestrijding en de wijze van verkrijging van het materiaal aanschouwt. In deze visie kan ik mij heel goed vinden. De overheid heeft immers belang bij het bestrijden van criminaliteit en beschikt over de mogelijkheid om daarvoor (ingrijpende) activiteiten uit te rollen. Echter, zij dient daarbij altijd

⁸¹ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, r.o. 3.9.

⁸² Van Toor, *TBS&H* 2016/1, p. 37-43.

⁸³ HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1141, r.o. 4.4.2; HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1129, r.o. 3.8.2.

⁸⁴ Van Toor, *TBS&H* 2016/1, p. 37.

⁸⁵ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 7.3.

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, r.o. 6.5.2; HR 8 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7421, r.o. 3.2.

⁸⁷ Van Toor, *TBS&H* 2016/1, p. 40-42; EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, par. 101 (*Jalloh/Duitsland*).

⁸⁸ Ligthart, *DD* 2019/16, p. 225-228.

'behoorlijk' te handelen en de verdachte te beschermen tegen ongepaste dwang. Met het zwaartepunt bij een 'means based'-benadering reikt de bescherming die het EHRM biedt mijns inziens verder dan die van de Hoge Raad. Nan beweert dat de aard van het materiaal slechts van belang is voor de mate van toegestane druk. Bij wilsafhankelijk materiaal is niet meer dan enige pressie toegestaan. De verklaringsvrijheid van de verdachte mag door voornoemde pressie tenminste niet worden 'vernietigd'.⁸⁹

3.5 Tussenconclusie

Het in artikel 6 EVRM vervatte nemo tenetur-beginsel biedt wanneer er sprake is van een 'criminal charge' bescherming tegen gedwongen zelfincriminatie. Het beginsel vindt zijn betekenis in materiële waarheidsvinding, procesautonomie, menselijke waardigheid en het pressieverbod, waarmee rechterlijke dwalingen kunnen worden voorkomen. Daar waar het EHRM, dat beredeneert vanuit de post-Saunders criteria en daarmee een 'means based'-benadering toepast, de aard en wijze van verkrijging van bewijsmateriaal centraal stelt, legt de Hoge Raad het zwaartepunt bij de aard en inhoud van het bewijsmateriaal. Hij hanteert daarmee meer een 'material based'-benadering. Dat maakt dat het EHRM ongeoorloofde dwang ten behoeve van bewijsgaring in algemene zin niet toestaat en de Hoge Raad primair bescherming biedt tegen het onder dwang verkrijgen van specifieke soorten bewijsmateriaal. Ik kan concluderen dat de visie over het nemo tenetur-beginsel van de Hoge Raad, behoudens enkele verschillen, grotendeel overeenstemt met die van het EHRM. Vanwege die verschillen en de vele meningen van rechtsgeleerden omtrent dit fundamentele recht, kent het nemo tenetur-beginsel in Nederland geen concrete afbakening waar gaat om de strekking en reikwijdte ervan. In het volgende hoofdstuk toets ik of het in het strafproces gebruiken van wils(on)afhankelijk materiaal, verkregen uit gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk, binnen het beschermingsbereik van het nemo tenetur-beginsel valt en hier al dan niet een schending van oplevert.

⁸⁹ Nan, *TBS&H* 2019/2, p. 117.

4. Het gebruik van uit biometrische toegangsverschaffing verkregen bewijsmateriaal en het nemo tenetur-beginsel

4.1 Inleiding

Het onderzoek strekt zich uit over de vraag in welke mate het nemo tenetur-beginsel een verdachte bescherming biedt tegen het door de overheid gebruik maken van bewijsmateriaal, verkregen uit gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot geautomatiseerde werken. Tot op heden is deze vorm van gedwongen ontgrendeling in het licht van het nemo tenetur-beginsel in de rechtspraak van het EHRM nog niet beoordeeld. Bij de toetsing focus ik mij specifiek op de meest gangbare methoden van ontgrendeling die de smartphone momenteel te bieden heeft, namelijk de vingerafdruk en de gezichtsherkenning. In de eerstvolgende paragraaf leg ik uit onder welk type materiaal de vingerafdruk en het gezichtsprofiel geschaard dienen te worden en vertel ik wat dat kan betekenen ten aanzien van het gebruik ervan. Verder laat ik mij uit over het materiaal dat in een smartphone aangetroffen zou kunnen worden en wat dat kan betekenen waar het gaat om het gebruik ervan in de strafprocedure (material based). In de drie opvolgende paragrafen toets ik gedwongen biometrische ontgrendeling aan de criteria welke voortvloeien uit de post-Saunders jurisprudentie van het EHRM (means based) en bespreek ik de voors en tegens omtrent de (on)verenigbaarheid met het nemo tenetur-beginsel. Ik sluit het hoofdstuk af met een tussenconclusie.

4.2 Wils(on)afhankelijk materiaal

Bij de vraag of een bepaalde vorm van dwang tot het verkrijgen van bewijs ongeoorloofd moet worden geacht, beschouwt het EHRM het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal niet als doorslaggevend, maar als een relevante factor bij de toetsing of de toegepaste aard en mate van dwang nog geoorloofd is.⁹⁰ Indien er sprake is van materiaal dat onafhankelijk de wil van de verdachte bestaat, ziet Van Toor met het oog op de verkrijging van voornoemd type materiaal meer ruimte om de verdachte te dwingen.⁹¹ Het met enige mate van dwang verkrijgen van een vingerafdruk om de ontgrendeling van een smartphone mogelijk te maken, acht hij toelaatbaar.⁹² Een bevel tot afgifte van een toegangscode wordt in de literatuur onderscheiden van het dulden dat de vinger van verdachte op de smartphone wordt geplaatst. Zelf vind ik dat een terechte opvatting. Toegangscode kunnen namelijk niet onafhankelijk de wil van de verdachte worden verkregen. Dit geldt echter niet voor de vingerafdruk van de verdachte. Die bestaat immers al in fysieke zin. Met diezelfde vingerafdruk is de smartphone namelijk eerder beveiligd. Volgens de Commissie-Koops verschilt de vingerafdruk in wezen niet van bloed en ander lichaamseigen materiaal.⁹³ Ditzelfde geldt mijns inziens ook in geval van een gezichtsherkenning en andere biometrische persoonsgegevens die in de toekomst bij de ontgrendeling van een geautomatiseerd werk kunnen worden verkregen. Deze persoonsgegevens vallen onder de categorie wilsonafhankelijk materiaal.⁹⁴ Volgens de Hoge Raad moet alle informatie die in een in beslag genomen smartphone wordt aangetroffen gekwalificeerd worden als wilsonafhankelijk materiaal.⁹⁵ Van wilsafhankelijk materiaal is geen sprake, want alle geschreven

⁹⁰ HR 13 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:927, r.o. 41.

⁹¹ Van Toor 2017, p. 393-398.

⁹² Van Toor, *Computerrecht 2017/2*, p. 7.

⁹³ Rapport Commissie-Koops 2018, p. 104.

⁹⁴ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, par. 114 (*Jalloh/Duitsland*).

⁹⁵ Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2; HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202.

teksten, berichten, foto's en opgeslagen data bevinden zich al in de smartphone bij het uitlezen ervan. Verder is het materiaal ook niet onderhevig aan wijziging of vernietiging enkel door de wil van iemand. Nan zegt om die reden dat verklaringen of informatie, welke oorspronkelijk afhankelijk waren van de wil van de verdachte, ten tijde van het aantreffen ervan in de smartphone niet langer als wilsafhankelijk materiaal kunnen worden betiteld.⁹⁶ Bood komt met een tegenargument en stelt dat gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot de smartphone en het gebruik van daaruit verworven bewijsmateriaal een onderlinge samenhang hebben. De feitelijke gerichtheid van de dwang, oftewel het willen verkrijgen van (belastend) bewijsmateriaal in het strafproces, maakt dat het wilsonafhankelijke bewijsmateriaal niet onder dwang mag worden verkregen.⁹⁷ Bood verwijst naar een overweging van de Hoge Raad en stelt dat puur het vastleggen van een verklaring niet direct leidt tot een wilsonafhankelijke verklaring.⁹⁸ Een verklaring met een wilsafhankelijk karakter dient volgens hem als zodanig te worden behandeld. Door de verdachte geschreven teksten (in berichtenverkeer), welke belastend zijn voor de bewijsvoering in de strafzaak, kunnen dan lastig anders dan wilsafhankelijk worden bestempeld. Wat betreft Bood is de aanname dat al hetgeen wat na gedwongen biometrische ontgrendeling op de smartphone wordt opengesteld, vanzelfsprekend wilsonafhankelijk materiaal is, in ieder geval onjuist. Dit resulteert in een breder toepassingsbereik van het nemo tenetur-beginsel. In aanvulling op Boods benadering ben ik van mening dat data, gelet op het oorspronkelijke karakter ervan, in ieder geval als wilsonafhankelijk materiaal kan worden bestempeld. Zo is het bestaan van in de smartphone aangetroffen netwerkgegevens of gezondheidscijfers, welke in bepaalde apps gepresenteerd worden, immers niet afhankelijk van de wil van de verdachte. Dat geldt overigens niet voor het verschaffen van informatie en opheldering ten aanzien van die data. Dat zou wat mij betreft gelijk moeten staan aan het afleggen van een verklaring, omdat dat dan juist weer wilsafhankelijk materiaal genereert en de verklaringvrijheid beïnvloedt. Stevens is het niet eens met Boods visie en stelt dat hij miskent dat ook de mate en aard van de dwang en de medewerking van de verdachte invloed hebben om materiaal als wilsafhankelijk aan te merken. Uit de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad blijkt immers dat de mate en aard van de dwang, de aard van de medewerking van de verdachte en de aard van het materiaal in hun onderlinge samenhang van belang zijn bij de toetsing aan het nemo tenetur-beginsel.⁹⁹ Bood zegt hierover dat niet bepalend is of de verdachte zelf medewerking heeft verleend aan het vervaardigen van de in een document vervatte verklaring. De aard van de vastgelegde verklaring bepaalt namelijk of zij een wils(on)afhankelijk karakter heeft.¹⁰⁰ Ook ten aanzien van het uit gedwongen biometrische toegangsverschaffing verkregen bewijsmateriaal is Boods interpretatie wat mij betreft niet juist, immers strookt deze niet met de geldende visie in de huidige rechtspraak. De lichte inbreuk op de lichamelijke integriteit van de verdachte welke met de duldplicht gepaard gaat, het feit dat de verdachte voor de ontgrendeling van de smartphone alleen maar zijn vingerafdruk of gezichtsprofiel hoeft af te staan en het gegeven dat het verkregen materiaal in de smartphone in fysieke zin al bestond en onafhankelijk de wil van de verdachte kan worden verkregen, maken al het in de smartphone aanwezige materiaal mijns inziens wilsonafhankelijk. Het onder geoorloofde dwang verkrijgen ervan geniet volgens het arrest Saunders geen bescherming van het nemo tenetur-beginsel. Een uitzondering doet zich echter voor wanneer de overheid een fishing expedition toepast, waarbij zij na de inzet van de duldplicht tegen de wil van de verdachte bijvoorbeeld gegevens van hem of haar vordert, waarvan

⁹⁶ Nan, *TBS&H* 2019/2, p. 117.

⁹⁷ Bood, *NJB* 2018/1880, p. 2744-2748.

⁹⁸ HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, m.nt. Reijntjes, r.o. 4.3.

⁹⁹ Stevens, *NJB* 2019/315, p. 402-403; zie voor de aard van de medewerking bijvoorbeeld HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141; zie voor de aard van onder dwang verkregen informatie/materiaal bijvoorbeeld HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666; HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130.

¹⁰⁰ Bood, *NJB* 2018/1880, p. 2744-2748.

het bestaan ervan op dat moment niet zeker is. Indien de verdachte in zo'n geval gegevens overlegt, dan kan het verkregen materiaal als wilsafhankelijk worden beschouwd.¹⁰¹ Dit maakt dat wilsonafhankelijk materiaal alsnog een wilsafhankelijk karakter kan krijgen en om die reden onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel kan vallen.

4.3 De aard en mate van dwang

Zolang de mate van uitgeoefende druk niet de essentie van het verbod op zelfincriminatie vernietigt, is niet elk vorm van dwang of pressie verboden. In deze paragraaf laat ik mij echter niet uit over het gebruik van psychische dwang, omdat er bij de inzet van biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk niet méér dwang noodzakelijk is dan toegestaan is op basis van een fysieke duldplicht. Een belangrijke vraag die bij de toetsing van dit criterium beantwoord moet worden is of de aard en hoeveelheid dwang binnen de grenzen valt van proportionaliteit en subsidiariteit. Ondanks het gegeven dat het criterium 'aard en hoeveelheid dwang' bij de beoordeling wel aan bod komt, scheidt de Hoge Raad geen concreet omschreven kader ten aanzien van de geoorlooftheid van de dwang in het licht van biometrische toegangsverschaffing tot geautomatiseerde werken.¹⁰² Andere voorbeelden van duldplichten, waarin wilsonafhankelijk materiaal onder een vergelijkbare mate van dwang wordt verkregen, zoals het door verdachte moeten dulden dat met behulp van een swab wangslim wordt afgenomen, met een scheerapparaat een baard of haar wordt afgeschoren met het oog op een confrontatie of hij of zij in een observatiecel wordt geplaatst om bolletjes drugs uit te scheiden, worden over het algemeen als 'nemo tenetur-proof' beschouwd.¹⁰³ De grens ten aanzien van eventuele schending van het nemo tenetur-beginsel komt mijns inziens het best in beeld in de zaak Jalloh.¹⁰⁴ In deze zaak werd de verdachte gedwongen een braakmiddel in te nemen, teneinde een ingeslikt bolletje cocaïne te verkrijgen. Met het bolletje cocaïne verkreeg de overheid tegen de wil van de verdachte 'real evidence', hetgeen tegengesteld is aan lichaamseigen materiaal.¹⁰⁵ Het EHRM vond dat de gehanteerde mate van dwang beduidend verder ging dan gebruikelijk is bij het verkrijgen van bijvoorbeeld een ademtest of een bloedmonster en kwam in zijn oordeel omtrent de gebruikte methode tot een schending van artikel 3 EVRM.¹⁰⁶ Verder bracht de dwang welgemeende gezondheidsrisico's voor de verdachte met zich mee. Het EHRM oordeelde daarom dat er geen sprake was van een geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit, hetgeen resulteerde in een schending van het nemo tenetur-beginsel.¹⁰⁷ Uit dit arrest volgt dat het beginsel al van toepassing is wanneer de ondergrens van voornoemde verdragsbepaling (the minimum level of severity) is bereikt. Bij de duldplicht zal daar niet snel sprake van zijn, omdat het om lichaamseigen materiaal gaat. Bij het verkrijgen van dit type bewijsmateriaal wordt genoemde ondergrens slechts in uitzonderlijke omstandigheden bereikt.¹⁰⁸ De omstandigheden van het geval, zoals de duur van de behandeling en de lichamelijke en geestelijke gevolgen, zijn daarbij bepalend.¹⁰⁹ Wanneer ik inzoom op deze omstandigheden kan ik concluderen dat de ondergrens in beginsel nog niet in beeld is gekomen bij gedwongen biometrische toegangsverschaffing. Het al dan niet geboeid brengen van de vinger naar

¹⁰¹ EHRM 3 mei 2001, ECLI:NL:XX:2001:AL1323, par. 29 (*J.B./Zwitserland*).

¹⁰² HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 7.3.

¹⁰³ Stevens, *NJB* 2019/315, p. 402-403; HR 23 juni 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1619, r.o. 11; art. 61a lid 1, sub e Sv; art. 61a lid 1, sub g Sv.

¹⁰⁴ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (*Jalloh/Duitsland*).

¹⁰⁵ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, par. 113 (*Jalloh/Duitsland*).

¹⁰⁶ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, par. 115 (*Jalloh/Duitsland*).

¹⁰⁷ Ligthart, *DD* 2019/16, p. 223.

¹⁰⁸ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, par. 115 (*Jalloh/Duitsland*).

¹⁰⁹ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, par. 67 (*Jalloh/Duitsland*).

een sensor van een geautomatiseerd werk, levert mijns inziens net zoals de Hoge Raad oordeelde op 9 februari 2021 een zeer geringe mate van fysieke dwang op. Ten aanzien van gedwongen ontgrendeling door middel van gezichtsherkenning zal de dwang praktisch bestaan uit het openen of openhouden van de ogen en het eventueel vasthouden van het hoofd van de verdachte. De geringe impact en de korte duur van deze handelingen, alsmede de lichamelijke en geestelijke effecten, lijken ongeveer gelijk te zijn aan die van bij het afnemen van de vingerafdruk. Toch wordt deze vorm van dwang in de literatuur anders benaderd. Het hoofd, in het bijzonder het oog, is een kwetsbaar lichaamsdeel. Indien de ogen van de weigerachtige verdachte met enige kracht geopend en opengehouden moeten worden, dan bestaat de kans dat er bij verzet schade aan de ogen kan ontstaan.¹¹⁰ Toegepaste handelingen zouden in dit geval dan kunnen leiden tot een schending van de ondergrens van artikel 3 EVRM.

Indien een bij een overtreding of licht misdrijf in beslag genomen geautomatiseerd werk, zonder eerst aan de verdachte te hebben gevraagd naar de toegangscode ervan, wordt aangesloten aan een machine bij de politie om hem vervolgens uit te lezen en waarbij de kans bestaat dat het middel schade eraan veroorzaakt, zou er mijns inziens wel sprake zijn van een te zware methode, welke niet de subsidiariteitstoets zou doorstaan. Het ongedwongen ontgrendelen van een geautomatiseerd werk door de verdachte zelf of met een door de verdachte vrijwillig afgegeven toegangscode geniet te allen tijde de voorkeur. Dat zijn immers de minst ingrijpende methoden. Uit de uitspraak van de Hoge Raad vloeit tevens voort dat de verdachte fysiek mag worden gedwongen om biometrische ontgrendeling te verlenen, indien voorgaande alternatieven geen uitweg bieden. De duldplicht wordt dan gezien als het minst bezwarende middel. Hiermee is ook voldaan aan het subsidiariteitsvereiste.¹¹¹ In de situatie waarin iemands telefoon op afstand heimelijk wordt gehackt, is er geen sprake van fysieke dwang. In tegenstelling tot biometrische toegangsverschaffing mag deze bevoegdheid slechts worden toegepast in geval van verdenking van een zwaar misdrijf (gevangenisstraf van acht jaren of meer) en is er tevens een machtiging van de R-C voor nodig. Toepassing ervan zal daarnaast met het oog op het subsidiariteitsvereiste zeker niet altijd passend zijn. Ook de inzet van het thans in artikel 125k Sv opgenomen decryptiebevel zal de subsidiariteitstoets niet doorstaan. Het bevel mag namelijk niet worden gericht aan de verdachte zelf. Verkrijging van een toegangscode is dus slechts mogelijk indien de verdachte dat wil, tenzij zijn of haar wil onder substantiële dwang wordt gebroken, hetgeen in strijd is met het nemo tenetur-beginsel.¹¹²

Bood benadert het leerstuk over biometrische toegangsverschaffing echter heel anders en komt met een tegenargument.¹¹³ Kort samengevat stelt hij dat de inzet van gedwongen biometrische toegangsverschaffing en het gebruik van daaruit verkregen bewijsmateriaal niet afzonderlijk van elkaar moeten worden gezien. Volgens het EHRM is niet de abstracte juridische werkelijkheid, maar de concrete realiteit doorslaggevend bij de toetsing aan het nemo tenetur-beginsel.¹¹⁴ Dat betekent in de praktijk dat de feitelijke gerichtheid van de dwang, te weten op het verkrijgen van materiaal dat zich op dat moment nog in een geautomatiseerd werk bevindt, bepalend is bij de beoordeling of materiaal door die dwang mag worden verkregen. Wat betreft Bood bestaat er geen twijfel over de feitelijke gerichtheid. Politie is in het kader van waarheidsvinding natuurlijk op zoek naar belangrijke informatie ten behoeve van de strafzaak en zal verder geen waarde hechten aan een verkregen vingerafdruk of gezichtsprofiel. Bood ziet aangaande de toetsing van de duldplicht derhalve een breder toepassingsbereik van het nemo tenetur-beginsel. Ik denk dat Boods interpretatie van de rechtspraak

¹¹⁰ Albers & Beekhuis & Taylor Parkins-Ozepius, *TBS&H* 2019/3, p. 179.

¹¹¹ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 4.

¹¹² Rapport Commissie-Koops 2018, p. 105.

¹¹³ Bood, *NJB* 2018/1880, p. 2744-2748.

¹¹⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102 (*Salduz/Turkije*).

van het EHRM en de Hoge Raad echter een onjuiste is en dat zijn mening gezien de huidige geaccepteerde strafvorderlijke duldplichten en de rechtsgronden, de huidige strekking en de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel geen stand zal houden. In de literatuur tekent zich juist, gelet op de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad, als duidelijke meerderheidsopvatting af dat (proportionele) gedwongen biometrische ontgrendeling van een geautomatiseerd werk geen strijdigheid met het beginsel tot gevolg heeft.¹¹⁵

4.4 De relevante waarborgen in de procedure

Uit de uitspraak van 9 februari 2021 van de Hoge Raad blijkt zoals hiervoor genoemd dat biometrische ontgrendeling kan worden gebaseerd op de geldende regelgeving. In het samenstel van de artikelen 94 juncto 95 en 96 Sv, waarop de bevoegdheid tot het in beslag nemen van het geautomatiseerd werk is gestoeld, ligt volgens de Hoge Raad ook de wettelijke basis voor het ten behoeve van strafrechtelijk onderzoek kunnen onderzoeken van geautomatiseerde werken.¹¹⁶ Hij verwijst hierbij naar enkele eerdere uitspraken.¹¹⁷ Handelingen welke strekken tot het verkrijgen van toegang tot de inhoud van in beslag genomen voorwerpen, zoals een smartphone, mogen volgens hem met toepassing van proportioneel geweld worden verricht. Volgens de Hoge Raad worden de regels via dit pad keurig nageleefd, zodat er procedurele waarborgen in de strafprocedure bestaan en de feitenrechter zicht kan hebben op de proportionaliteit en subsidiariteit van de toegepaste handelingen.¹¹⁸ Ik ben echter van mening dat er momenteel geen specifieke grondslag voor gedwongen biometrische toegangsverschaffing bestaat en dat er met betrekking tot de duldplicht daarom geen relevante waarborgen in de procedure zijn gecodificeerd. De artikelen die de Hoge Raad hanteert gaan specifiek over de inbeslagname en schieten wat mij betreft tekort op de onderdelen doorzoeking en ontgrendeling. Ik zet daarom een vraagteken bij het standpunt dat er aangaande de duldplicht in het geldende recht voldoende relevante waarborgen aanwezig zijn.

4.5 Het gebruik van het verkregen bewijs

Bij de toetsing aan dit criterium is het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal niet bepalend. Dat is bijvoorbeeld goed te zien in de zaak van Jalloh, waarin er sprake was van ongeoorloofd gebruik van het verkregen bewijsmateriaal, ondanks het gegeven dat het bewijsmateriaal onafhankelijk van de wil van de verdachte bestond.¹¹⁹ Hoe de in de smartphone aanwezige informatie gecategoriseerd wordt is derhalve niet beslissend bij de toetsing aan dit criterium. Wel speelt die indeling een rol bij de aard en mate van dwang die mag worden toegepast. Net zoals de Commissie-Koops voorstelt, laat de Hoge Raad het gebruik van uit gedwongen biometrische ontgrendeling verkregen bewijsmateriaal in de strafprocedure toe, omdat de duldplicht in beginsel slechts een geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit van de verdachte oplevert.¹²⁰ Ook uit de meerderheidsopvatting blijkt dat de duldplicht, mits voldaan is aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit, een geoorloofd karakter heeft. Ten aanzien van gezichtsherkenning kunnen de omstandigheden, vanwege de kwetsbaarheid van het hoofd, wellicht eerder leiden tot een

¹¹⁵ Van Toor, *NJB* 2019/317, p. 405-407; Stevens, *NJB* 2019/315, p. 401; Nan, *TBS&H* 2019/2, p. 115-117; Ligthart, *DD* 2019/16, p. 216-234.

¹¹⁶ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 6.

¹¹⁷ HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2076, r.o. 9.3, sub b; HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, r.o. 2.5.

¹¹⁸ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 6.2.1; Nan, *BSb* 2021/4, p. 121.

¹¹⁹ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, par. 118 (*Jalloh/Duitsland*).

¹²⁰ Rapport Commissie-Koops 2018, p. 104; HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, par. 7.3.

situatie waarin deze inbreuk ongeoorloofd is. Dat maakt dat ook dit criterium te casuïstisch van aard is om hier vooraf al conclusies aan te verbinden. Slechts onder de omstandigheden dat er sprake is van ongeoorloofde dwang en het bewijsmateriaal tevens een doorslaggevende rol heeft bij de veroordeling van de verdachte, mag het verkregen bewijsmateriaal niet worden gebruikt.¹²¹

4.6 Tussenconclusie

Het biometrische materiaal waarmee een geautomatiseerd werk kan worden ontgrendeld en het materiaal dat uit biometrische toegangsverschaffing kan worden verkregen, wordt gekwalificeerd als wilsonafhankelijk materiaal. Bij het verkrijgen ervan mag enige dwang worden uitgeoefend. De aard en hoeveelheid fysieke dwang die bij gedwongen biometrische toegangsverschaffing wordt toegepast voldoet dient casuïstisch benaderd te worden, maar lijkt in beginsel te voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Ten aanzien van de duldplicht bestaan er volgens de Hoge Raad in beginsel voldoende procedurele waarborgen in de strafprocedure, welke hun grondslag vinden in de artikelen 94 juncto 95 en 96 Sv. Gelet op de huidige wettelijke grondslag voor gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk, de invulling van de toetsingscriteria die in de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad worden gehanteerd en de meerderheidsopvatting in de literatuur ten aanzien van deze overheidshandeling, is deze duldplicht mijns inziens doorgaans verenigbaar met het nemo tenetur-beginsel. Uitzonderingen doen zich voor wanneer er sprake is van een fishing expedition of indien de toegepaste dwang de ondergrens van artikel 3 EVRM (the minimum level of severity) heeft bereikt. In deze situaties valt gedwongen biometrische toegangsverschaffing wel onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel. In het volgende en tevens laatste hoofdstuk presenteer ik mijn eindconclusie.

¹²¹ EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*).

5. Conclusie

Niemand zal ontkennen dat we momenteel in een tijd leven waarin het geautomatiseerd werk, en dan in het bijzonder de smartphone, door velen als voornaamste digitale communicatiemiddel wordt gezien. Door het structurele gebruik ervan, ligt hierin over het algemeen een schat van (persoonlijke) informatie opgeslagen. Waar het gaat om toegangsverschaffing is een geautomatiseerd werk tegenwoordig vaak met behulp van de nieuwste technologieën biometrisch beveiligd. Zo bestaat de mogelijkheid om de ontgrendeling van de smartphone, al dan niet gecombineerd, te beveiligen door middel van een toegangscode, vingerafdrukscan, irisscan en gezichtsherkenning. Gelet op het in artikel 6 EVRM vervatte nemo tenetur-beginsel, dat meebrengt dat niemand gehouden is om zichzelf te belasten, hoeft een verdachte geen medewerking te verlenen indien door een opsporingsambtenaar gevraagd wordt naar een toegangscode. Dit terwijl de verdachte volgens de uitspraak van de Hoge Raad van 9 februari 2021 door een opsporingsambtenaar mag worden gedwongen om een smartphone biometrisch te ontgrendelen, teneinde de inhoud van die smartphone te onderzoeken en eventueel in het strafproces te gebruiken. Over deze duldplicht is in de literatuur veel geschreven, waarbij de meningen ten aanzien van de toelaatbaarheid ervan niet altijd gelijk zijn. Ook de Hoge Raad en het EHRM hanteren in ieder geval niet dezelfde beoordelingscriteria. Met het oog op deze verschillen heb ik onderzocht of het binnen het Nederlandse strafrecht gebruiken van wils(on)afhankelijk materiaal, verkregen uit gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk, verenigbaar is met het nemo tenetur-beginsel, dat is vervat in artikel 6 EVRM.

De term geautomatiseerd werk is terug te vinden in artikel 80sexies Sr. Volgens de definitie van voornoemde term is de huidige smartphone zo'n geautomatiseerd werk, omdat er sprake is van een inrichting, welke bestemd is om langs elektronische weg gegevens op te slaan, te verwerken en over te dragen. Uit de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland op 28 februari 2019, in stand gelaten door die van de Hoge Raad op 9 februari 2021, volgt dat de verdachte op grond van de artikelen 94 juncto 95 en 96 Sv kan worden verplicht mee te werken aan biometrische ontgrendeling van zijn of haar smartphone (of andere geautomatiseerde werken). Bij de tenuitvoerlegging van deze duldplicht mag de opsporingsambtenaar jegens de verdachte proportionele lichamelijke dwang uitoefenen. Met de toepassing van de duldplicht, waarbij slechts sprake is van een beperkte inbreuk op de lichamelijke integriteit van verdachte, wordt het recht van de verdachte om te zwijgen en daarmee het recht om zichzelf niet te belasten niet van zijn betekenis ontdaan. Volgens de rechtbank Noord-Holland en de Hoge Raad valt de duldplicht niet binnen de reikwijdte van bescherming op grond van het nemo tenetur-beginsel. Qua ratio en reikwijdte kent het nemo tenetur-beginsel in Nederland echter geen concrete afbakening. Het beginsel biedt bescherming tegen gedwongen zelfincriminatie en vindt zijn betekenis in materiële waarheidsvinding, procesautonomie, menselijke waardigheid en het pressieverbod. Naar aanleiding van literatuur- en jurisprudentie-onderzoek concludeer ik dat het EHRM beredeneert vanuit een 'means based'-benadering, waarbij vooral de aard en wijze van verkrijging van het bewijsmateriaal centraal staat. Andere relevante criteria zijn de aanwezigheid van procedurele waarborgen en het gebruik van het verkregen bewijsmateriaal. De toepassing van ongeoorloofde dwang of het ontbreken van procedurele waarborgen zal in ieder geval leiden tot een schending van het nemo tenetur-beginsel. Anderzijds legt de Hoge Raad het zwaartepunt voornamelijk bij de aard en de inhoud van het bewijsmateriaal. Hij vindt de wijze van verkrijging van het bewijsmateriaal niet zozeer relevant. De Hoge Raad hangt daarmee in beginsel een 'material based'-benadering aan. Bewijsmateriaal kan afhankelijk of onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaan.

Het verschil tussen beide typen materiaal ligt in het fysieke bestaansrecht ervan. Reeds bestaand materiaal, dat niet vatbaar is voor wijziging of beïnvloeding enkel door de wil van de verdachte, is wilsonafhankelijk materiaal. Indien bewijsmateriaal echter exclusief te vinden is in het brein van de verdachte en dus nog niet bestaat, dan gaat het over wilsafhankelijk materiaal. Bewust, gewild en gepland gedrag is in dit geval nodig voor het creëren van materiaal. Volgens de Hoge Raad geniet onder dwang verkregen wilsonafhankelijk materiaal in beginsel geen bescherming van het nemo tenetur-beginsel. Hier ligt een discrepantie ten opzichte van de visie van het EHRM. Het onder ongeoorloofde dwang verkrijgen van wilsonafhankelijk bewijsmateriaal leidt volgens het EHRM wel degelijk tot een schending van het beginsel wanneer het wordt gebruikt in het strafproces. In de doctrine en de rechtspraak zijn de opvattingen verdeeld omtrent de reikwijdte van het beginsel. Over het algemeen kan wel worden gezegd dat de duldplicht als toelaatbaar kan worden geacht. Ten aanzien van de inzet van gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk, alsmede het gebruik van daaruit verkregen bewijsmateriaal in het strafproces heeft het EHRM zich echter tot op heden niet uitgelaten aangaande het nemo tenetur-beginsel.

Indien ik de duldplicht toets aan de beoordelingscriteria van het EHRM en de Hoge Raad, concludeer ik dat deze overheidsbevoegdheid in beginsel verenigbaar lijkt te zijn met het beginsel. Het biometrische materiaal, te weten een vingerafdruk of gezichtsprofiel, waarmee een smartphone gedwongen kan worden ontgrendeld, wordt immers in de literatuur en de rechtspraak van de Hoge Raad gekwalificeerd als wilsonafhankelijk materiaal. Hetgeen maakt dat bij het verkrijgen ervan door de opsporingsambtenaar proportionele dwang mag worden uitgeoefend. Als uit de omstandigheden van het geval blijkt dat de duldplicht tevens het minst ingrijpende middel blijkt te zijn, voldoet gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk ook aan het vereiste van subsidiariteit. Indien een smartphone onder proportionele dwang zowel met een vingerafdruk als met gezichtsherkenning kan worden ontgrendeld, dan zou mijns inziens voor de vingerafdruk gekozen moeten worden. In de literatuur wordt het hoofd immers als kwetsbaar lichaamsdeel beschouwd. Volgens de Hoge Raad biedt de juridische grondslag voor de duldplicht, welke gegeven is in de artikelen 94 juncto 95 en 96 Sv, de verdachte voldoende procedurele waarborgen in het strafproces. Al met al zal het gebruik van het uit de duldplicht verkregen bewijsmateriaal niet snel leiden tot een schending van het nemo tenetur-beginsel. Uitzonderingen bestaan als er bij de inzet van de duldplicht sprake is van een fishing expedition of wanneer de toegepaste dwang de ondergrens van artikel 3 EVRM (the minimum level of severity) heeft bereikt. Ter afsluiting merk ik daarom op dat bij de beoordeling of er sprake is van verenigbaarheid met het nemo tenetur-beginsel te allen tijde een casuïstische benadering vereist is op basis van de toetsingscriteria van het EHRM en de Hoge Raad, waarbij voornamelijk de aard en mate van dwang een centrale rol vervult.

Gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk heeft momenteel geen expliciete basis in de wet. Het ontbreken van een specifieke wettelijke basis heeft naar mijn mening een negatief effect op het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid. Met artikel 2.7.44 van het conceptwetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt die wettelijke basis mijns inziens wel geboden. Het bevel tot een duldplicht tot biometrische toegangsverschaffing kan hiermee tevens rechtstreeks aan de verdachte worden gericht. Indien dit voorgestelde artikel daadwerkelijk formeel wordt bekrachtigd tot een wet, dan lijkt de wettelijke grondslag voor verplichte biometrische ontgrendeling wat mij betreft pas volledig gevormd te zijn. Vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid verdient het derhalve

aanbeveling om voornoemde basis in een wet vast te leggen. Deze vastlegging zal dan tevens kunnen leiden tot meer overeenstemming binnen de doctrine met betrekking tot de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad, omtrent de reikwijdte van het beginsel ten opzichte van gedwongen biometrische toegangsverschaffing tot een geautomatiseerd werk.

Literatuurlijst

Boeken en artikelen:

Albers & Beekhuis & Taylor Parkins-Ozephuis, *TBS&H* 2019/3

W. Albers, T. Beekhuis & C.M. Taylor Parkins-Ozephuis, 'Geef mij toegang tot uw smartphone! Een zoektocht naar de wettelijke grondslag van de gedwongen biometrische ontgrendeling van de smartphone', *TBS&H* 2019, afl. 3, p. 173-181.

Alsaadi, *International Journal of Scientific & Technology Research*, 2015/4

M. Alsaadi, 'Physiological Biometric Authentication Systems, Advantages, Disadvantages And Future Development: A Review', *International Journal of Scientific & Technology Research*, 2015, afl. 4, p. 285-289.

Bedau & Radelet, *Stanford Law Review* 1987/1

H.A. Bedau & M.L. Radelet, 'Miscarriages of justice in potential capital cases', *Stanford Law Review*, 1987, afl. 1, p. 21-179.

Bemelmans 2018

J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen: De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Bood, *NJB* 2018/1880

A. Bood, 'Geef ze een vinger ... Gedwongen ontgrendeling van een smartphone en het nemo tenetur-beginsel', *NJB* 2018/1880, afl. 36, p. 2744-2748.

Corstens 2008

G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Van den Hurk, *AA* 2022/5

J-W. van den Hurk, 'Geautomatiseerde werken en gegevensdragers, tijd voor vernieuwing', *AA* 2022, afl. 5, p. 363-378.

IJzermans, LaM 2015/12

M.G. IJzermans, 'Lessen geleerd: onderwerp, object, en theoretisch kader van rechtswetenschappelijk onderzoek', *LaM* 2015, afl. 12, p. 1-23.

Inbavalli & Nandhini, Journal of Computer Science & Information 2014/5

P. Inbavalli & G. Nandhini, 'Body Odor as a Biometric Authentication', *Journal of Computer Science & Information* 2014, afl. 5, p. 6270-6274.

Van Kempen, Strafblad 2011/1

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Verdedigingsrechten in het vooronderzoek in Nederland', *Strafblad* 2011, afl. 1, p. 8-24.

Van Kempen, NJCM-Bulletin 2007/3

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Relatieve ondergrens artikel 3 EVRM en verruiming nemo tenetur-beginsel', *NJCM-Bulletin* 2007, afl. 3, p. 354-370.

Koops 2012

B.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel. Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?*, Den Haag: WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie 2012.

Koops 2000

B.J. Koops, *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, Deventer: Kluwer 2000.

Kuiper-Slendebroek, AA 2016/2

A. Kuiper-Slendebroek, 'Het internationale recht en de nationale (t)rechter: de een ieder beschermende toepassing van artikel 94 Grondwet', *AA* 2016, afl. 2, p. 80-81.

Ligthart, DD 2019/16

S.L.T.J. Ligthart, 'Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM. Doorwerking van het nemo tenetur-beginsel in enkele gedachte-experimenten volgens de benadering van het EHRM en van de Hoge Raad', *DD* 2019/16, afl. 3, p. 216-234.

Lycklama, Stevens & Florijn, Tijdschrift voor Compliance 2016/8

D. Lycklama, A.R.T. Stevens & D.W. Florijn, 'Biometrie: gemak & veiligheid definitief gecombineerd?', *Tijdschrift voor Compliance* 2016, afl. 8, p. 213-216.

Nan, BSB 2021/4

J.S Nan, 'Een probleem rondom het nemo tenetur-beginsel', *BSB 2021*, afl. 4, p. 116-128.

Nan, TBS&H 2019/2

J.S Nan, 'Rechtspraak; nemo tenetur en de smartphone', *TBS&H 2019*, afl. 2, p. 115-117.

Rapport Commissie-Koops 2018

Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018.

Reijntjes 1996

J.M. Reijntjes, *Nemo tenetur*, Arnhem: Gouda Quint 1996.

Stevens, NJB 2019/315

L. Stevens, 'Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur', *NJB 2019/315*, afl. 6, p. 400-403.

Stevens, AA 2017/9

L. Stevens, 'Onderzoek in een smartphone: zoeken naar een redelijke verhouding tussen privacybescherming en werkbare opsporing', *AA 2017*, afl. 9, p. 730-735.

Stevens, NJCM-Bulletin 2007/5

L. Stevens, 'De reikwijdte van het nemo teneturbeginsel buiten de verklaringenvrijheid', *NJCM-Bulletin 2007*, afl. 5, p. 625-634.

Stevens 2005

L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Van Toor, NJB 2019/317

D.A.G. van Toor, 'Het gedwongen ontgrendelen van een smartphone in het licht van het nemo tenetur-beginsel', *NJB 2019/317*, afl. 6, p. 405-407.

Van Toor, TBS&H 2018/4

D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel in de conceptwetsvoorstellen van het Wetboek van Strafvordering', *TBS&H 2018*, afl. 4, p. 249-254.

Van Toor, *Computerrecht* 2017/2

D.A.G. van Toor, 'De vergrendelde smartphone als object van strafvorderlijk onderzoek', *Computerrecht* 2017/2, afl. 1, p. 3-11.

Van Toor, *TBS&H* 2016/1

D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel. Rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad vergeleken', *TBS&H* 2016, afl. 1, p. 28-43.

TPM. 2021. *Alle statistieken mobiel gebruik 2021 in Nederland*. Laatst geraadpleegd op 16 juni 2022, van <https://thisplaymedia.nl/blog/alle-statistieken-mobiel-gebruik-2021-in-nederland>.

Jurisprudentie:

EHRM

EHRM 25 februari 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1839 (*Funke/Frankrijk*).

EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/Verenigde Koninkrijk*).

EHRM 17 december 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn/Ierland*).

EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney & McGuinness/Ierland*).

EHRM 3 mei 2001, ECLI:NL:XX:2001:AL1323 (*J.B./Zwitserland*).

EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, *NJ 2007/226* (*Jalloh/Duitsland*).

EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102 (*Salduz/Turkije*).

EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*).

EHRM 21 april 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0421JUD004231004 (*Nechiporuk & Yonkalo/Oekraïne*).

EHRM 5 april 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW5997 (*Chambaz/Zwitserland*).

EHRM 9 november 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910 (*Beuze/België*).

Hoge Raad

HR 27 juni 1927, ECLI:NL:PHR:1927:BG9434, m.nt. B.M. Taverne.

HR 26 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9475.

HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2076.

HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141.

HR 8 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7421.

HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, m.nt. Reijntjes.

HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640.

HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1141.

HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130.

HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1129.

HR 23 juni 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1619.

HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584.

HR 13 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:927.

HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202.

Rechtbank

Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568.

Parlementaire stukken:

Kamerstukken II 1991/92, 21551, nr. 3.

Kamerstukken II 1991/92, 21551, nr. 26.

Kamerstukken II 1998/99, 26671, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2016/17, 34372, nr. 6.

Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3 (MvT).