

MASTER'S THESIS

Ontgrendeling door middel van lichamelijke dwang en 'brute force' in het licht van art. 6, eerste lid, EVRM

Een onderzoek naar de vraag in hoeverre gedwongen biometrische ontgrendeling van digitale gegevensdragers van verdachten en ontgrendeling van dergelijke gegevensdragers door middel van 'brute-force' in overeenstemming zijn met art. 6, eerste lid, EVRM.

Hessel, A.

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. Feb. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl





Ontgrendeling door middel van lichamelijke dwang en 'brute force' in het licht van art. 6, eerste lid, EVRM

Een onderzoek naar de vraag in hoeverre gedwongen biometrische ontgrendeling van digitale gegevensdragers van verdachten en ontgrendeling van dergelijke gegevensdragers door middel van 'brute-force' in overeenstemming zijn met art. 6, eerste lid, EVRM.

Naam: Aron Hessel
Studentnummer: 851876122
Adres: Groteweg 63a
Woonplaats: Wapenveld
E-mailadres: aronhessel2@gmail.com
Telefoonnummer: 06-12292624
Begeleider: mr. dr. L. Strikwerda
Examinator: prof. dr. W. Stol
Aantal woorden: 14000

Inhoudsopgave

| | |
|--|-------|
| 1. Inleiding | p. 4 |
| 1.1. Aanleiding en onderzoeksvraag | p. 4 |
| 1.2. Deelvragen en leeswijzer | p. 5 |
| 1.3. Methodologie | p. 6 |
| 2. Biometrische ontgrendeling door middel van dwang en ontgrendeling door middel van ‘brute-force’ | p. 7 |
| 2.1. Begrippen | p. 7 |
| 2.2. Ontgrendelingsbevoegdheden in het (nieuwe) Wetboek van Strafvordering | p. 8 |
| 2.2.1. Biometrische ontgrendeling door middel van dwang | p. 8 |
| 2.2.1.1. Duldplicht | p. 11 |
| 2.2.2. ‘Brute-force’ | p. 11 |
| 2.3. Tot besluit | p. 13 |
| 3. Gedwongen biometrische ontgrendeling en ontgrendeling door middel van brute-force in het licht van art. 6, eerste lid, EVRM | p. 14 |
| 3.1. Een eerlijk proces ‘as a whole’ bezien | p. 14 |
| 3.2. Nemo-teneturbeginsel | p. 14 |
| 3.2.1. Algemeen | p. 14 |
| 3.2.1.1 De opvatting van het EHRM en de interpretatie daarvan | p. 15 |
| 3.2.1.2. Erkenning van het nemo-teneturbeginsel | p. 15 |
| 3.2.1.3. Beperking van de bescherming tot wilsafhankelijk materiaal? | p. 16 |
| 3.2.1.4. Een bredere bescherming? | p. 19 |
| 3.2.2. De opvatting van de Hoge Raad en de interpretatie daarvan | p. 21 |
| 3.3. Zwijgrecht | p. 22 |
| 3.4. Tot besluit | p. 23 |
| 4. Zijn de ontgrendelingsmethoden in strijd met art. 6, eerste lid, EVRM? | p. 25 |
| 4.1. Gedwongen biometrische ontgrendeling | p. 25 |
| 4.1.1. Gedwongen biometrische ontgrendeling in het licht van het nemo-teneturbeginsel | p. 25 |
| 4.1.2. Gedwongen biometrische ontgrendeling in het licht van het zwijgrecht | p. 27 |
| 4.2. Ontgrendeling door middel van brute-force | p. 28 |
| 4.2.1. Ontgrendeling door middel van brute-force in het licht van nemo-teneturbeginsel | p. 28 |
| 4.2.2. Ontgrendeling door middel van brute-force in het licht van het zwijgrecht | p. 29 |

| | |
|--------------------|-------|
| 5. Conclusie | p. 31 |
| 5.2. Aanbevelingen | p. 32 |

1. Inleiding

1.1. Aanleiding en onderzoeksvraag

Er worden in het nieuwe Wetboek van Strafvordering, ook wel bekend onder de naam ‘Modernisering Wetboek van Strafvordering’, een tweetal bevoegdheden tot ontgrendeling van digitale gegevensdragers voorgesteld, welke bevoegdheden ook kunnen worden uitgeoefend tegen de wil van een verdachte en zonder zijn actieve/intellectuele medewerking. Art. 2.7.44, tweede lid, Sv (nieuw) geeft de officier van justitie de bevoegdheid om aan de opsporingsambtenaar te bevelen dat hij biometrische beveiliging of versleuteling ongedaan maakt. De uitvoering van dit bevel kan gepaard gaan met lichamelijke dwang en volgens de wetgever is aldus sprake van een duldplicht voor personen, waaronder ook verdachten, voor het meewerken aan de biometrische ontgrendeling.¹ Er kan bijvoorbeeld met dwang de vinger van een persoon op de sensor gehouden worden, het gezicht voor de gezichtsherkenning gefixeerd worden en de oogleden opgehouden worden voor een irisscan. Art. 2.7.39, eerste lid, Sv (nieuw) geeft de officier van justitie de bevoegdheid om aan de opsporingsambtenaar te bevelen dat hij stelselmatig gegevens onderzoekt in een digitale gegevensdrager of een geautomatiseerd werk. Een dergelijk bevel bevat volgens de wetgever ook de bevoegdheid om te trachten toegang te verkrijgen tot de gegevensdrager, ook indien dit betekent dat de beveiliging moet worden doorbroken.² De beveiliging kan bijvoorbeeld worden doorbroken door geautomatiseerd, één voor één, een mogelijke pincode in te voeren totdat de juiste is gevonden.³ Dit proces wordt ‘brute force’ genoemd. In de opsporingspraktijk wordt menig digitaal gegevensdrager door middel van ‘brute-force’ ontgrendeld.⁴

In de huidige maatschappij leggen burgers, bewust en onbewust, ontelbare persoonlijke gegevens vast op digitale gegevensdragers. Burgers, en dus ook de burger die verdacht wordt van een strafbaar feit, leggen bijvoorbeeld informatie vast over locaties waar zij zich begeven, met wie zij omgang hebben, met wie zij communiceren en ook de inhoud van die communicatie wordt vastgelegd. Opsporingsinstanties kunnen veelal een schat aan informatie vinden in digitale gegevensdragers en geautomatiseerde werken van burgers. Reden te meer om dergelijke apparatuur goed te beveiligen met een cijfercode en/of biometrische beveiliging. In de huidige straf(proces)rechtelijke wetgeving is niets expliciet geregeld met betrekking tot het met dwang biometrisch ontgrendelen van digitale gegevensdragers of het door middel van ‘brute-force’ ontgrendelen ofwel kraken van dergelijke apparatuur. Zoals uit hetgeen hierboven is aangegeven komt daar in het nieuwe Wetboek van Strafvordering verandering in. Dergelijke bevoegdheden kunnen ook tegen de wil van de verdachte worden ingezet, eventueel met gebruik van lichamelijke dwang. Volgens de wetgever bestaat er zelfs een duldplicht voor het meewerken aan de biometrische ontgrendeling, ook voor een verdachte. Hierdoor ontstaat mogelijk een spanning tussen deze bevoegdheden en de rechten van de verdachte die voortvloeien uit art. 6, eerste lid, EVRM. Mede gelet op de grote hoeveelheid persoonlijke gegevens die toegankelijk en inzichtelijk worden na (gedwongen) ontgrendeling en de waarde daarvan voor de opsporingsinstanties en het Openbaar Ministerie, is het relevant om te bezien in hoeverre (biometrische) ontgrendeling, door middel van dwang of ‘brute-force’, verenigbaar is met de rechten die uit art. 6, eerste lid, EVRM voortvloeien.

¹ Concept Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 425.

² Concept Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 412.

³ De Vries & Van den Hurk, *Onderzoek aan digitale-gegevensdragers. Een technische en juridische verkenning (PWS nr. 15) 2021/3.1.1.*

⁴ Dit stel ik op basis van mijn eigen ervaring als tactisch rechercheur bij de politie, waarbij ik veelvuldig onderzoek heb gedaan in digitale gegevensdragers nadat deze gegevensdragers door middel van brute-force waren ontgrendeld door technisch rechercheurs.

Mijn onderzoek richt zich daarom op de volgende hoofdvraag:

In hoeverre is gedwongen biometrische ontgrendeling van digitale gegevensdragers van verdachten of ontgrendeling van dergelijke gegevensdragers door middel van ‘brute-force’, zoals voorgesteld in respectievelijk art. 2.7.44, tweede lid, (nieuw) Sv en impliciet in art. 2.7.39, eerste lid, (nieuw) Sv in overeenstemming met art. 6, eerste lid, EVRM.

1.2. Deelvragen en leeswijzer

In hoofdstuk twee staat allereerst de vraag centraal wat de (nieuwe) bevoegdheden tot biometrische ontgrendeling door middel van dwang en ontgrendeling door middel van ‘brute-force’ inhouden. Allereerst worden de begrippen ‘biometrische ontgrendeling’ en ‘brute-force’ kort beschreven waarna de huidige bevoegdheidsgrondslag voor deze ontgrendelingsmethoden wordt beschreven. Vervolgens wordt de voorgestelde bevoegdheid uit art. 2.7.44, tweede lid, Sv (nieuw) en art. 2.7.39, eerste lid, Sv (nieuw) beschreven aan de hand van dat artikel zelf en de (concept) Memorie van Toelichting. Hierbij zal ook aandacht besteedt worden aan de eerder genoemde ‘duldplicht’ en de mogelijke gevolgen voor de verdachte van het actief ‘tegenwerken’ van de uitvoering van deze bevoegdheden.

Vervolgens staat in het derde hoofdstuk de vraag centraal wat de, in het kader van de hoofdvraag, relevante rechten uit art. 6, eerste lid, Sv inhouden. In dit derde hoofdstuk zal art. 6, eerste lid, EVRM uiteengezet worden waarbij met name aandacht uitgaat naar het recht op een eerlijk proces ‘as a whole’, het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht. In dit hoofdstuk wordt aangegeven wat de relevante rechten die uit art. 6, eerste lid EVRM voortvloeien inhouden. Daarbij zal, mede aan de hand van de jurisprudentie en de literatuur, weergegeven worden wat het nemo-teneturbeginsel in de kern volgens het EHRM inhoudt. Daarbij zal specifiek ingegaan worden op de uitleg van wils(on)afhankelijkheid door het EHRM in dit kader en de waarde die aan het onderscheid tussen soorten materiaal wordt toegeschreven in de literatuur. Vervolgens wordt, ook weer aan de hand van de jurisprudentie en wetenschappelijke literatuur, beschreven wat het nemo-teneturbeginsel in de kern volgens de Hoge Raad inhoudt. Daarna zal worden beschreven wat het zwijgrecht in het kader van art. 6, eerste lid, EVRM inhoudt. In dit hoofdstuk loopt de beschrijving van de rechten die volgens de jurisprudentie voortvloeien uit art. 6, eerste lid, EVRM over in de bespreking hiervan in de literatuur. De interpretatie en uitleg van en commentaar op de rechtspraak wordt integraal met de jurisprudentie besproken.

In het vierde hoofdstuk vindt de daadwerkelijke toetsing van de onderhavige bevoegdheden aan art. 6, eerste lid, EVRM plaats. In dit hoofdstuk wordt de bevoegdheid uit art. 2.7.44, tweede lid, Sv (nieuw) en art. 2.7.39 Sv (nieuw), in het licht van de rechten die uit art. 6, eerste lid, EVRM voortvloeien beschouwd. Daarbij wordt allereerst nagegaan in hoeverre de bevoegdheid van art. 2.7.44, tweede lid, Sv (nieuw) in overeenstemming zijn met de betreffende rechten. In een tweede subparagraaf wordt dan het ‘brute-forcen’ in het licht van genoemde rechten beschouwd en wordt getoetst in hoeverre deze ontgrendelingsmethode in overeenstemming is met art. 6, eerste lid, EVRM.

Elk voornoemd hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie, waarna ik in het vijfde en laatste hoofdstuk een algehele conclusie trek. Ook doe ik in dat hoofdstuk enkele aanbevelingen.

1.3. Methodologie

Het onderzoek betreft een juridisch-dogmatisch onderzoek. Voor het onderzoek naar de inhoud en betekenis van art. 6, eerste lid, EVRM is allereerst jurisprudentieonderzoek nodig. Daarbij dient de jurisprudentie van het EHRM, de ‘hoogste uitlegger’ van het EVRM zelf, en die van de Hoge Raad bestudeerd te worden. Het recht op een eerlijk proces ‘as a whole’, het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht liggen bijvoorbeeld besloten in art. 6, eerste lid, EVRM en derhalve is de jurisprudentie van het EHRM zeer belangrijk. Verder geeft de Hoge Raad op nationaal niveau ook verder invulling aan de rechten die voortvloeien uit art. 6, eerste lid, EVRM. In de literatuur wordt veelal ook de jurisprudentie van het EHRM en/of de Hoge Raad besproken, geïnterpreteerd, van commentaar en een eigen standpunt voorzien.

Wat betreft de onderhavige bevoegdheden tot het ontgrendelen van digitale gegevensdragers van verdachten dient de huidige bevoegdheidsgrondslag gevonden te worden en dient vervolgens de conceptwetgeving hierover en de bijbehorende Memorie van Toelichting bestudeerd te worden. De inhoud van de bevoegdheden is in de conceptwetgeving te vinden en de uitleg en nadere informatie in de Memorie van Toelichting.

De uiteindelijke toetsing van de onderhavige bevoegdheden tot het ontgrendelen van digitale gegevensdragers aan art. 6, eerste lid, geschiedt ook aan de hand van de bestaande literatuur en jurisprudentie. Het onderzoek beperkt zich overigens tot het gedwongen biometrisch ontgrendelen van digitale gegevensdragers alsmede ontgrendeling door middel van ‘brute-force’ en ziet uitdrukkelijk niet op het daaropvolgende onderzoek in de gegevensdrager.

2. Biometrische ontgrendeling door middel van dwang en ontgrendeling door middel van ‘brute-force’

In dit hoofdstuk worden de begrippen ‘biometrische ontgrendeling’ en ontgrendeling door middel van ‘brute-force’ kort uitgelegd waarna de bevoegdheden tot deze ontgrendelingsmethoden in het (nieuwe) Wetboek van Strafvordering worden besproken.

2.1. Begrippen

In onze huidige gedigitaliseerde samenleving staan gegevens die de politie of een andere opsporingsdienst wil onderzoeken steeds vaker op digitale gegevensdragers. Voordat de gegevens op een digitale gegevensdrager kunnen worden onderzocht en gekopieerd dient de opsporingsdienst toegang te verkrijgen tot de gegevensdrager. Zo zijn bijvoorbeeld alle gegevens die zich bevinden op smartphones die de laatste jaren zijn verkocht versleuteld. Zolang een dergelijke smartphone is vergrendeld is het onmogelijk om gegevens op die smartphone inhoudelijk te bekijken door bijvoorbeeld de smartphone met een kabel op een computer aan te sluiten. De digitale gegevensdrager moet dus in de meeste gevallen ontgrendeld worden voordat de gegevens onderzocht kunnen worden.⁵

De vergrendeling van een smartphone of andere gegevensdrager kan bestaan uit biometrische beveiliging. Hieronder kan worden verstaan “een beveiliging op basis van biometrische gegevens”. Biometrische gegevens kunnen dan vervolgens worden omschreven als “persoonsgegevens die het resultaat zijn van een specifieke technische verwerking met betrekking tot de fysieke, fysiologische, of gedragskenmerken van een natuurlijke persoon op grond waarvan de eenduidige identificatie van die persoon mogelijk is of bevestigd wordt, zoals afbeeldingen van het gezicht of dactyloscopische gegevens.”⁶ Volgens de wetgever moet bij biometrische beveiliging dan worden gedacht aan beveiliging door middel van een vingerafdrukscan, een irisscan of gezichtsscan.⁷ In de toekomst kunnen wellicht ook andere biometrische gegevens worden gebruikt ter beveiliging van digitale gegevensdragers. Digitale gegevensdragers, met name smartphones en tablets zijn veelal uitgerust met de mogelijkheid tot biometrische ontgrendeling. De Vries en Van den Hurk onderscheiden daarbij grofweg drie ontgrendelingsmethoden, te weten die middels een irisscanner, een gezichtsscanner en een vingerafdruksensor. De unieke en specifieke eigenschappen van de iris, het gezicht of de vinger van de gebruiker worden hiermee gebruikt om de gegevensdrager, en met name de data die daarop aanwezig is, te beveiligen.⁸

Digitale gegevensdragers kunnen ook beveiligd zijn met een cijfercode. Door middel van ‘brute-forcen’ – zoals het proces van geautomatiseerd raden van een pincode wordt genoemd – wordt geautomatiseerd, één voor één, een mogelijke pincode ingevoerd totdat de juiste is gevonden.⁹ In de opsporingspraktijk wordt menig digitaal gegevensdrager door middel van brute-force ontgrendeld.¹⁰ Bij de politie wordt voor het brute-forcen bijvoorbeeld gebruik gemaakt van producten van de commerciële aanbieders Cellebrite en MSAB. Producten van

⁵ De Vries & Van den Hurk, *Onderzoek aan digitale-gegevensdragers. Een technische en juridische verkenning (PWS nr. 15) 2021/3.1.1.*

⁶ Concept Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 425.

⁷ Concept Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 425.

⁸ De Vries & Van den Hurk, *Onderzoek aan digitale-gegevensdragers. Een technische en juridische verkenning (PWS nr. 15) 2021/3.2.*

⁹ De Vries & Van den Hurk, *Onderzoek aan digitale-gegevensdragers. Een technische en juridische verkenning (PWS nr. 15) 2021/3.1.1.*

¹⁰ Dit stel ik op basis van mijn eigen ervaring als tactisch rechercheur bij de politie, waarbij ik veelvuldig onderzoek heb gedaan in digitale gegevensdragers nadat deze gegevensdragers door middel van brute-force waren ontgrendeld door technisch specialisten/rechercheurs van de politie.

deze aanbieders ‘kraken’ de versleuteling niet, maar maken gebruik van kwetsbaarheden in het besturingssysteem van de digitale gegevensdrager zodat zij de sleutel kunnen achterhalen door deze voortdurend te raden. Zo kan bijvoorbeeld de limiet van het aantal keren dat een toegangscode geprobeerd mag worden buiten spel gezet worden en kunnen vervolgens onbeperkt en heel snel met de rekenkracht van de computer toegangscodes geprobeerd worden, totdat de juiste is gevonden.¹¹

Wanneer de digitale gegevensdrager eenmaal is ontgrendeld kan de politie de gegevensdrager aansluiten op een computer en met behulp van bepaalde software door middel van zogenoemde ‘physical extraction’ alle gegevens die op de gegevensdrager zijn opgeslagen bit voor bit verkrijgen, inclusief alle verwijderde gegevens op het flash geheugen van bijvoorbeeld een smartphone.¹² Dus ook alle verwijderde gegevens zoals foto’s, filmpjes en communicatiegegevens kunnen op deze manier vrij eenvoudig worden verkregen.

2.2. Ontgrendelingsbevoegdheden in het (nieuwe) Wetboek van Strafvordering

De nieuwe bevoegdheden voor biometrische ontgrendeling onder dwang en ontgrendeling door middel van brute-force zijn geregeld in hoofdstuk 2, genaamd ‘Het opsporingsonderzoek’, van het nieuwe Wetboek van Strafvordering. De te onderzoeken bevoegdheden zijn geregeld in hoofdstuk 7, getiteld ‘Bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens’, titel 7.3, getiteld ‘onderzoek van gegevens’. Deze bevoegdheden zullen hieronder worden beschreven. Alvorens in te gaan op deze nieuwe bevoegdheden worden ook de huidige (impliciete) grondslagen voor de uitoefening van deze bevoegdheden besproken, aangezien deze beschrijving kan bijdragen aan het begrip voor de in het nieuwe Wetboek van Strafvordering voorgestelde regeling.

2.2.1. Biometrische ontgrendeling door middel van dwang

In de huidige situatie bestaat er geen expliciete wettelijke grondslag voor biometrische ontgrendeling door middel van dwang. De grondslag voor biometrische ontgrendeling door middel van dwang is gelegen in het samenstel van de bepalingen omtrent de bevoegdheid tot inbeslagneming ex art. 94 jo. 95 en 96 Sv. Dit vloeit namelijk voort uit de kern van de *Smartphone*-arresten.¹³ Daarin heeft de Hoge Raad bepaald dat de algemene bevoegdheid van opsporingsambtenaren tot inbeslagneming zoals neergelegd in art. 94 jo. 95 en 96 Sv, voor het doen van onderzoek door een opsporingsambtenaar aan inbeslaggenomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken, voldoende legitimatie biedt. Dit samenstel van bepalingen biedt echter ‘slechts’ voldoende legitimatie voor een dergelijk onderzoek, indien de met het onderzoek samenhangende inbreuk op de persoonlijke levenssfeer als beperkt kan worden beschouwd. Indien de opsporingsdiensten door het onderzoek een min of meer compleet beeld verkrijgen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de gebruiker, kan het onderzoek daarentegen jegens hem onrechtmatig zijn, aldus de Hoge Raad.¹⁴ Voornoemd criterium van de Hoge Raad wordt ook wel het Zwolsman-criterium genoemd. In de bevoegdheid tot inbeslagneming van voorwerpen ligt aldus de bevoegdheid besloten om onderzoek te verrichten aan die voorwerpen. Die bevoegdheid komt niet alleen toe aan de

¹¹ De Vries & Van den Hurk, *Onderzoek aan digitale-gegevensdragers. Een technische en juridische verkenning (PWS nr. 15) 2021/3.1.1.*

¹² De Vries & Van den Hurk, *Onderzoek aan digitale-gegevensdragers. Een technische en juridische verkenning (PWS nr. 15) 2021/3.1.1.*

¹³ HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:548, r.o. 2.6, 2.7.2 en 2.8, HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:588, r.o. 2.6, 2.7.2 en 2.8 en HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:592, r.o. 2.6, 2.7.2 en 2.8.

¹⁴ HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:548, r.o. 2.6, HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:588, r.o. 2.6 en HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:592, r.o. 2.6.

opsporingsambtenaar (art. 94 jo. 95 en 96 Sv), maar ook aan de officier van justitie (art. 95 en 96 jo. 148 en 141, aanhef en onder a, Sv) en de rechter-commissaris (art. 104, eerste lid, Sv). Wanneer er een min of meer compleet beeld wordt verkregen of dreigt te worden verkregen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de gebruiker van de digitale gegevensdrager kan dat onderzoek volgens de Hoge Raad wel plaatsvinden door of met toestemming van een officier van justitie of de rechter-commissaris, op grond van voornoemde bepalingen. Wanneer op voorhand is te voorzien dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zeer ingrijpend zal zijn “valt aan een onderzoek door de rechter-commissaris in het bijzonder te denken”, aldus de Hoge Raad.¹⁵

De Hoge Raad heeft in februari 2021 in een zaak waarin de smartphone van de verdachte onder dwang biometrisch was ontgrendeld ook geoordeeld dat, met verwijzing naar een *Smartphone*-arrest, in het samenstel van voornoemde bepalingen waarin de bevoegdheid tot inbeslagneming is gegeven “tevens de wettelijke basis ligt voor de bevoegdheid om aan inbeslaggenomen voorwerpen onderzoek te doen ten behoeve van de waarheidsvinding, teneinde gegevens voor het strafrechtelijk onderzoek ter beschikking te krijgen. In computers en andere inbeslaggenomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken, waaronder smartphones, opgeslagen of beschikbare gegevens zijn daarvan niet uitgezonderd.”¹⁶ De Hoge Raad overwoog verder dat er met proportioneel geweld handelingen mogen worden verricht die strekken tot het verkrijgen van toegang tot de inhoud van inbeslaggenomen voorwerpen teneinde daaraan onderzoek te doen.¹⁷ Naar mijn mening kan uit de uitspraak van de rechtbank, die tot het instellen van cassatie in voornoemde zaak heeft geleid,¹⁸ alsmede drie andere uitspraken van verschillende rechtbanken¹⁹ over het gedwongen biometrisch ontgrendelen van een digitale gegevensdrager, de algemene regel worden afgeleid dat het gebruik van (fysieke) dwang of de dreiging daarmee om de verdachte te dwingen tot biometrische ontgrendeling van digitale gegevensdragers geoorloofd is, mits is voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Dus in aanvulling op wat de Hoge Raad overwoog – namelijk dat proportioneel geweld toegestaan is om toegang te verkrijgen tot de inhoud van een inbeslaggenomen digitale gegevensdrager – wil ik stellen dat in dit kader altijd moet zijn voldaan aan het vereiste van proportionaliteit én subsidiariteit. Voorgaande overwoog de rechtbank Noord-Holland ook uitdrukkelijk in de uitspraak die uiteindelijk leidde tot voornoemd arrest van de Hoge Raad. De rechtbank overwoog dat in bepaalde gevallen de toegang tot inbeslaggenomen voorwerpen slechts met medewerking van verdachten kan worden verkregen, om vervolgens te overwegen: “Naar het oordeel van de rechtbank kan een verdachte tot die medewerking worden gedwongen, mits dit niet in strijd komt met het nemo tenetur-beginsel en wordt voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.”²⁰ Saillant detail in hetgeen de rechtbank vervolgens overwoog is dat zij kennelijk, in het kader van subsidiariteit, het relevant achtte dat in de stand van de huidige techniek het nog niet mogelijk was om zonder medewerking van de verdachte en met behulp van technische middelen en/of destructief onderzoek (lees: onder andere ‘brute-forcen’) toegang te verkrijgen tot de digitale gegevensdrager.²¹ Hieruit kan worden afgeleid dat ontgrendeling door middel van ‘brute-force’ volgens de rechtbank een minder ingrijpend middel is dan gedwongen biometrische ontgrendeling.

¹⁵ HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:548, r.o. 2.8, HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:588, r.o. 2.8 en HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:592, r.o. 2.8.

¹⁶ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 6.2.1.

¹⁷ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 6.2.2.

¹⁸ Rb Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568.

¹⁹ Rb Den Haag 12 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2983, Rb Noord-Holland 14 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11578 en Rechtbank Rotterdam 14 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10283.

²⁰ Rb Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2.

²¹ Rb Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2.

Het voorgestelde art. 2.7.44, tweede lid, uit het concept Wetboek van Strafvordering luidt als volgt:

“In geval van biometrische beveiliging of versleuteling in de vorm van bij algemene maatregel van bestuur aangewezen biometrische kenmerken kan de officier van justitie bevelen dat de opsporingsambtenaar deze beveiliging of versleuteling ongedaan maakt. De opsporingsambtenaar kan ter uitvoering van dat bevel tegen de wil van degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij deze beveiliging of versleuteling ongedaan kan maken, de maatregelen treffen die daartoe redelijkerwijs noodzakelijk zijn. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de wijze van uitvoering van het bevel.”

Art. 2.7.44, tweede lid, Sv (nieuw) geeft de officier van justitie aldus de bevoegdheid om aan de opsporingsambtenaar te bevelen dat hij biometrische beveiliging of versleuteling ongedaan maakt. De opsporingsambtenaar kan ter uitvoering van dat bevel tegen de wil van degene die de beveiliging of ontsleuteling ongedaan kan maken, de maatregelen treffen die daartoe redelijkerwijs noodzakelijk zijn. Hieruit volgt dat de uitvoering van dit bevel gepaard kan gaan met lichamelijke dwang en volgens de wetgever is sprake van een duldplicht voor personen, waaronder ook verdachten, voor het meewerken aan de biometrische ontgrendeling.²² Wat een dergelijke duldplicht inhoudt wordt nader besproken in de navolgende subparagraaf. De lichamelijke dwang kan bijvoorbeeld bestaan uit het met dwang de vinger van een persoon op de sensor gehouden worden, het gezicht voor de gezichtsherkenning fixeren en de oogleden openhouden worden voor een irisscan.

Het bevel is uitdrukkelijk niet gericht aan de verdachte of een derde, maar aan de opsporingsambtenaar, die het bevel uitvoert. Er wordt dus geen bevel gegeven aan de verdachte, die vervolgens wordt gehandhaafd met de bepaling waarin het opzettelijk niet voldoen aan een bevel strafbaar wordt gesteld, te weten art. 184 Sr. In plaats daarvan wordt het mogelijk om met fysieke dwang digitale gegevensdragers biometrisch te ontgrendelen, terwijl actief verzet daartegen strafbaar is op grond van de bepaling waarin ‘wederspanningheid’ strafbaar is gesteld, te weten art. 180 Sr. Zoals uit de volgende subparagraaf volgt kan echter het beletten, belemmeren of vrijdelen van de inzet van de onderhavige bevoegdheid ook strafbaar zijn.

De verschillende vormen van biometrische beveiliging of versleuteling waartegen het bevel zich richt kunnen bij algemene maatregel van bestuur worden aangewezen. Zoals eerder gesteld kunnen op dit moment grofweg drie verschillende ontgrendelingsmethoden - en dus ook vormen van biometrische beveiliging of versleuteling - worden onderscheiden, te weten die middels een irisscanner, een gezichtsscanner en een vingerafdruksensor. In de toekomst kunnen dan indien nodig relatief snel en eenvoudig andere vormen van biometrische beveiliging of versleuteling in de algemene maatregel van bestuur worden aanwezen, zoals bijvoorbeeld de handpalmafdruck, geur, bloedvaten, de bloedsomloop of DNA.²³ Zoals uit art. 2.7.44, tweede lid, Sv blijkt, kunnen eveneens bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld over de wijze van uitvoering van het bevel. Bij ‘nadere regels’ kan volgens de wetgever bijvoorbeeld worden gedacht aan de mate van lichamelijke dwang die mag worden uitgeoefend bij de uitvoering van het bevel.²⁴

De wetgever meent dat het gedwongen dulden van biometrische ontsluiting een relatief lichte inbreuk op de lichamelijke integriteit vormt. Bij wijze van voorbeeld geeft de wetgever aan dat een vinger met enige kracht op de sensor mag worden gehouden, een ooglid open mag worden gehouden voor een irisscanner en het hoofd mag met gepaste kracht stil worden gehouden. De wetgever schetst vervolgens wel kort een algemeen kader waarbinnen de inbreuk op de lichamelijke integriteit moet blijven. Art. 3 EVRM, kort gezegd het verbod op foltering en onmenselijke en vernederende behandeling, stelt grenzen aan de mate van dwang die mag

²² Concept Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 425.

²³ Vgl. Concept Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 425-426.

²⁴ Concept Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 425.

worden uitgeoefend en “de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit normeren hierbij de mate van dwang die aanvaardbaar is in concrete gevallen.”²⁵

2.2.1.1. Duldplicht

In de literatuur wordt in het kader van het – nog in hoofdstuk drie te bespreken – nemo-teneturbeginsel ook wel onderscheidt gemaakt tussen meewerken en dulden: een niet toegestane plicht tot (actieve) medewerking wordt afgezet tegen een toegestane duldplicht.²⁶ Kortgezegd is een plicht tot (actieve) medewerking problematisch in het licht van het nemo-teneturbeginsel. Daar wordt in dit hoofdstuk niet verder op ingegaan. In hoofdstuk drie wordt het nemo-teneturbeginsel als onderdeel van art. 6, eerste lid, EVRM besproken, waarbij ook aan de orde komt wat ongeoorloofde dwang inhoudt. In het kader van dit hoofdstuk is belangrijk op te merken dat de wetgever, zoals eerder gesteld, meent dat er voor derden en de verdachte een duldplicht bestaat om de gedwongen biometrische ontgrendeling te ondergaan. Uit art. 2.7.44, tweede lid, Sv (nieuw) blijkt dat er uitdrukkelijk geen vordering gericht wordt aan de verdachte, maar die verdachte heeft volgens de wetgever evenwel een duldplicht om de inzet van de bevoegdheid te ondergaan.

Wanneer de bevoegdheid wettelijk is vastgelegd kan een verdachte die zich met geweld of bedreiging met geweld – dus actief – verzet tegen de inzet van deze bevoegdheid het strafbare feit ‘wederspanningheid’ ex art. 180 Sr plegen. De verdachte verzet zich in dit geval namelijk tegen een ambtenaar ‘werkzaam in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening’, namelijk een opsporingsambtenaar die op grond van art. 2.7.44, tweede lid Sv (nieuw) bevoegd is met dwang de biometrische beveiliging ongedaan te maken. De verdachte die de inzet van deze bevoegdheid belet, belemmert of verijdelt, door bijvoorbeeld zijn handen tot vuisten gebald te houden in het geval opsporingsambtenaren zijn vinger op een scanner willen houden, is dan mogelijk ook strafbaar voor van overtreding van art. 184 Sr. De verdachte belet, belemmert of verijdelt dan namelijk ‘opzettelijk enige handeling, door een van die ambtenaren ondernomen ter uitvoering van enig wettelijk voorschrift’, te weten het wettelijke voorschrift van art. 2.7.44, tweede lid, Sv (nieuw).

Zoals hieronder nog uitgebreid besproken zal worden, is bij ontgrendeling door middel van ‘brute-force’ geen sprake van een duldplicht. Bij die ontgrendelingsmethode is de digitale gegevensdrager inbeslaggenomen en in handen van de opsporingsambtenaren. Bij de inzet van deze ontgrendelingsmethode is de verdachte niet aanwezig en is derhalve ook geen duldplicht vereist. In het kader van dit hoofdstuk is van belang op te merken dat de inzet van art. 2.7.44, tweede lid Sv (nieuw) – ook volgens de wetgever – geen actieve/intellectuele medewerking van de verdachte vereist. Actief ‘verzet’ tegen de inzet van deze bevoegdheid, door bijvoorbeeld met kracht armen los te rukken, kan evenwel tot strafbaarheid leiden op grond van art. 180 en/of 184 Sr.

2.2.2. ‘Brute-force’

Net als voor biometrische ontgrendeling door middel van dwang bestaat er in de huidige situatie voor ontgrendeling door middel van brute-force geen expliciete wettelijke grondslag. Sommige auteurs lijken te menen dat ontgrendeling door middel van brute-force, ofwel kraken, plaats kan

²⁵ Concept Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 426. Zie ook Rapport Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk 2018, p. 105-106, 198.

²⁶ Zie hierover Stevens 2005, p. 103-121.

vinden op grond van de ‘hackbevoegdheid’ ex art. 126nba Sv.²⁷ Op grond van art. 126nba Sv.²⁸ heeft de politie sinds de inwerkingtreding van de Wet Computercriminaliteit III de bevoegdheid om bij verdenking van kort gezegd een ernstig misdrijf – een misdrijf zoals omschreven in art. 67, eerste lid, Sv, ‘dat gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert’ – en indien het onderzoek dit dringend vordert, heimelijk en op afstand geautomatiseerde werken die in gebruik zijn bij de verdachte binnen te dringen. Deze bevoegdheid geeft de wettelijke grondslag voor het zonder medewerking van de verdachte verkrijgen van toegang tot gegevens op geautomatiseerde werken.²⁹ De bevoegdheid mag slechts ingezet worden teneinde één van de in art. 126nba, eerste lid sub a-e, Sv genoemde onderzoekshandelingen uit te voeren. Mijns inziens is dit niet de juiste bevoegdheidsgrondslag voor ontgrendeling van digitale gegevensdragers door middel van ‘brute-force’. Allereerst is de gegevensdrager namelijk niet meer in gebruik bij de verdachte, zoals art. 126nda Sv vereist: de gegevensdrager is inbeslaggenomen en in handen van de opsporingsambtenaren. Het onderzoek vindt aldus niet plaats ‘op afstand’. Verder vindt het onderzoek niet heimelijk plaats, aangezien de gegevensdrager in handen van de opsporingsambtenaren is die de gegevensdrager met behulp van apparatuur en software proberen te ontgrendelen.³⁰

De grondslag voor het ontgrendelen door middel van brute-force is mijns inziens in de huidige situatie ook gelegen in het samenstel van art. 94 jo. 95 en 96 Sv. Dit vloeit namelijk ook voort uit de hierboven beschreven kern van de *Smartphone*-arresten.³¹ Mijns inziens ligt in de hierboven beschreven impliciete bevoegdheid tot onderzoek aan digitale gegevensdragers ook impliciet de bevoegdheid tot ontgrendeling door middel van brute-force van die gegevensdragers besloten, teneinde deze gegevensdrager te kunnen onderzoeken. De rechtbank Noord-Holland overwoog in dit kader ook uitdrukkelijk het volgende: “Indien de toegang tot het in beslag genomen voorwerp is beveiligd met bijvoorbeeld een toegangscode, is het de opsporingsambtenaren toegestaan deze beveiliging te kraken, zonder dat daarvoor de medewerking van een verdachte nodig is.”³² De Hoge Raad heeft zich in het arrest dat volgde op voornoemde uitspraak niet uitgelaten over het kraken ofwel ‘brute-forcen’ van toegangscode, waarschijnlijk omdat hieromtrent geen cassatiemiddelen waren ingediend en de nadruk lag op de wel uitgevoerde gedwongen biometrische ontgrendeling.

Het voorgestelde art. 2.7.39, eerste lid, uit het concept Wetboek van Strafvordering luidt als volgt:

“Stelselmatig onderzoek van gegevens in een digitale-gegevensdrager of geautomatiseerd werk of ten aanzien van gegevens die daaruit zijn overgenomen, kan door een opsporingsambtenaar alleen op bevel van de officier van justitie worden verricht.”

Art. 2.7.39, eerste lid, Sv (nieuw) geeft – kort gezegd – de officier van justitie expliciet de bevoegdheid om aan de opsporingsambtenaar te bevelen dat hij stelselmatig gegevens onderzoekt in een digitale gegevensdrager of een geautomatiseerd werk. Hiermee wordt een expliciete grondslag gecreëerd voor het onderzoek aan onder andere inbeslaggenomen digitale

²⁷ Toor, van, CR 2017/2, p. 9.

²⁸ Bij verdenking van het in georganiseerd verband beramen of plegen van misdrijven geldt art. 126uba en bij verdenking van terroristische misdrijven geldt art. 126zpa.

²⁹ De Vries & Van den Hurk, *Onderzoek aan digitale-gegevensdragers. Een technische en juridische verkenning (PWS nr. 15) 2021/3.3.*

³⁰ Vgl. De Vries & Van den Hurk, *Onderzoek aan digitale-gegevensdragers. Een technische en juridische verkenning (PWS nr. 15) 2021/3.1.1.*

³¹ HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:548, r.o. 2.6, 2.7.2 en 2.8, HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:588, r.o. 2.6, 2.7.2 en 2.8 en HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:592, r.o. 2.6, 2.7.2 en 2.8.

³² Rb Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2.

gegevensdragers, hetgeen tot op heden geschiedt op grondslag van art. 94 jo. 95 en 96 Sv en binnen de kaders van de *Smartphone*-arresten. Een dergelijk bevel, zoals bedoeld in art. 2.7.39 Sv (nieuw) bevat volgens de wetgever ook de bevoegdheid om te trachten toegang te verkrijgen tot de gegevensdrager, ook indien dit betekent dat de beveiliging moet worden doorbroken.³³ Bij het ‘brute forcen’ wordt getracht toegang te verkrijgen tot een digitale gegevensdrager door de beveiliging te doorbreken en de bevoegdheid voor deze ontgrendelingmethode wordt aldus ook impliciet geregeld in het nieuwe art. 2.7.39 Sv. De bevoegdheid tot onderzoek aan digitale gegevensdragers wordt aldus expliciet geregeld en gecodificeerd, doch blijft de bevoegdheid om te trachten toegang te verkrijgen tot die gegevensdragers impliciet. In het kader van het onderhavige onderzoek is niet de expliciete bevoegdheid uit art. 2.7.39 Sv (nieuw) relevant, maar de impliciete bevoegdheid om te trachten toegang te verkrijgen tot de digitale gegevensdrager.

2.3. Tot besluit

Gedwongen biometrische ontgrendeling en ontgrendeling door middel van ‘brute-force’ zijn beiden ontgrendelingsmethoden om digitale gegevensdragers te beveiligen en te ontgrendelen. In de huidige situatie worden beide ontgrendelingsmethoden in de opsporing toegepast, maar zij zijn niet expliciet geregeld in een wettelijk voorschrift. Naar mijn mening is uit de rechtspraak, te weten de *Smartphone*-arresten en de in paragraaf 2.2.1 en 2.2.2 behandelde rechtspraak van lagere gerechten, af te leiden dat de grondslag voor de betreffende ontgrendelingsmethoden impliciet gelegen is in art. 94 jo. 95 en 96 Sv.³⁴ Of een bevoegdheid tot ontgrendeling in een algemene bevoegdheid tot inbeslagneming kan worden ingelezen en of dit een juiste bevoegdheidsgrondslag is laat ik hier overigens buiten beschouwing. In het nieuwe Wetboek van Strafvordering worden beide ontgrendelingsmethoden wel geregeld bij wettelijk voorschrift, gedwongen biometrische ontgrendeling expliciet en ontgrendeling door middel van ‘brute-force’ impliciet. Vanuit het oogpunt van legaliteit, rechtszekerheid en voorzienbaarheid valt de wettelijke regeling van dergelijke ingrijpende bevoegdheden toe te juichen. Maar daarnaast rijst de vraag of deze bevoegdheden in overeenstemming zijn met de rechten die een verdachte toekomen in het kader van art. 6, eerste lid, EVRM. In het navolgende hoofdstuk worden de rechten die voortvloeien uit art. 6, eerste lid, EVRM besproken om vervolgens in het vierde hoofdstuk te bezien of de (wettelijke regeling van de) betreffende ontgrendelingsmethoden ook vanuit dit mensenrechtelijke perspectief door de beugel kunnen.

³³ Concept Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 412.

³⁴ Beekhuis e.a. komen tot dezelfde conclusie ten aanzien van gedwongen biometrische ontgrendeling: Beekhuis e.a. *CR* 2020/179, p. 308.

3. Gedwongen biometrische ontgrendeling en ontgrendeling door middel van brute-force in het licht van art. 6, eerste lid, EVRM

Uit art. 6, eerste lid, EVRM vloeien een aantal verschillende rechten voort, waarvan de rechten die in het kader van de onderzoeksvraag relevant zijn meer uitgebreid worden beschreven in de navolgende subparagrafen. Het is van belang om in dit hoofdstuk art. 6, eerste lid, EVRM te bespreken omdat de onderhavige ontgrendelingsmethoden mogelijk strijdig kunnen zijn met de rechten die zijn neergelegd in, of voortvloeien uit art. 6, eerste lid, EVRM, in het bijzonder het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht. De inhoud van de in het kader van de onderzoeksvraag relevante rechten uit art. 6, eerste lid, EVRM, zoals gezegd in het bijzonder het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht, worden hieronder uitgebreid besproken zodat in het navolgende hoofdstuk kan worden nagegaan of de onderhavige ontgrendelingsmethoden in strijd zijn met deze rechten.

3.1. Een eerlijk proces ‘as a whole’ bezien³⁵

Art. 6, eerste lid, EVRM bevat kort gezegd het recht op een eerlijk proces, voor ieder die strafrechtelijk wordt vervolgd. Art. 6, eerste lid, EVRM noemt direct een aantal aanvullende eisen ofwel rechten die onlosmakelijk zijn verbonden met het recht op een eerlijk proces:³⁶ achtereenvolgens wordt genoemd het recht op een openbare behandeling van een strafzaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Deze aanvullende rechten worden in het navolgende niet specifiek behandeld omdat zij op zichzelf duidelijk zijn geformuleerd en op het eerste oog alleen een mogelijke spanning bestaat tussen de onderhavige ontgrendelingsmethoden en het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht. Daarbij wordt niet een ‘concrete casus’ getoetst, waarbij deze aanvullende rechten eventueel zijn geschonden in een strafproces en dit beoordeeld dient te worden. Wat hier met name belangrijk is op te merken dat klachten over schending van één van de rechten genoemd in art. 6 EVRM altijd worden beschouwd in het licht van het algemene recht op een eerlijk proces, zoals neergelegd in art 6, eerste lid, EVRM. Het EHRM onderzoekt bij een vermeende schending van art. 6 EVRM uiteindelijk steeds of het proces ‘as a whole’ bezien eerlijk is geweest.³⁷ Door deze benadering leidt niet iedere tekortkoming in de strafprocedure tot schending van art. 6 EVRM, omdat de procedure ‘as a whole’ toch eerlijk geweest kan zijn. Zo kunnen tekortkomingen in de procedure worden gecompenseerd door aanvullende waarborgen of andere mogelijkheden van de verdediging.³⁸

3.2. Nemo-teneturbeginsel

3.2.1. Algemeen

Het recht op een eerlijk proces is nauw verbonden met het zogenoemde nemo-teneturbeginsel. Het nemo-teneturbeginsel, volledig ‘nemo tenetur se ipsum prodere’, betekent letterlijk vertaald dat niemand gehouden is zichzelf te belasten. Het beginsel houdt in dat een verdachte geen bezwarend bewijs tegen zichzelf hoeft te leveren en aldus niet hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Het beginsel is niet expliciet in art. 6 EVRM neergelegd, maar is door het

³⁵ Een deel van de inhoud van deze subparagraaf is eveneens gebruikt voor de annotatie voor het vak ‘strafrecht en mensenrechten’.

³⁶ Keulen & Knigge 2020, p. 84-85. De genoemde aanvullende eisen of rechten kunnen worden gezien als elementen van een ruim opgevat recht op een eerlijk proces, aldus Keulen & Knigge.

³⁷ Keulen & Knigge 2020, p. 86.

³⁸ Keulen & Knigge 2020, p. 86.

EHRM wel erkend in zijn rechtspraak³⁹ en wordt door hetzelfde Hof ingelezen in art. 6, eerste lid, EVRM.⁴⁰ In *Saunders tegen Frankrijk*⁴¹ heeft het EHRM bepaald dat het zwijgrecht en het recht van de verdachte tegen zelfincriminatie aan de basis liggen van het begrip ‘eerlijk proces’ zoals vastgelegd in art. 6, eerste lid, EVRM.⁴²

3.2.2. De opvatting van het EHRM en de interpretatie daarvan

Over het nemo-teneturbeginsel bestaat een veelheid aan rechtspraak en opvattingen daarover in de doctrine en in dit hoofdstuk zullen daaruit een aantal algemene conclusies worden getrokken. In paragraaf 3.2.2.1. wordt het arrest besproken waarbij het nemo-teneturbeginsel werd erkend, waarna in paragraaf 3.2.2.2. met name het belangrijke *Saunders*-arrest wordt besproken waarin een belangrijk onderscheid werd gemaakt tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal: wilsonafhankelijk materiaal, zoals bloed en DNA, zouden niet worden beschermd door het nemo-teneturbeginsel. Het belang van het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal voor de bescherming van het nemo-teneturbeginsel wordt in latere jurisprudentie die wordt besproken in paragraaf 3.2.2.3, te weten het *Jalloh*-arrest, en in de daar besproken literatuur genuanceerd. Uiteindelijk lijken de aard en de mate van de gebruikte dwang ter verkrijging van het bewijsmateriaal, en het gebruik voor het bewijs van door middel van deze dwang verkregen bewijs de doorslaggevende factoren te zijn bij de beoordeling of er sprake is van een schending van het nemo-teneturbeginsel.

In het navolgende wordt de opvatting van het EHRM op chronologische volgorde besproken en wordt de interpretatie daarvan in de literatuur integraal besproken. In paragraaf 3.2.3. wordt vervolgens de opvatting van de Nederlandse Hoge Raad besproken, ook weer integraal met de interpretatie daarvan in de literatuur. Zoals ook in paragraaf 3.3. zal worden uiteengezet, maakt het zwijgrecht mijns inzien onderdeel uit van het bredere nemo-teneturbeginsel. In paragraaf 3.3. zal dan ook het zwijgrecht worden besproken, als onderdeel van het nemo-teneturbeginsel. Bij gedwongen biometrische ontgrendeling is er mogelijk sprake van ongeoorloofde dwang en derhalve mogelijke strijd met het nemo-teneturbeginsel. Ontgrendeling door middel van brute-force daarentegen is volgens sommige auteurs, bijvoorbeeld Van Toor, in strijd met het zwijgrecht. Beide ontgrendelingsmethoden worden derhalve in het volgende hoofdstuk getoetst aan de in dit hoofdstuk beschreven rechten.

3.2.2.1. Erkenning van het nemo-teneturbeginsel

Het nemo-teneturbeginsel werd in 1993 voor het eerst in de zaak *Funke tegen Frankrijk* erkend.⁴³ In deze zaak hadden douanefunctionarissen, in het kader van een onderzoek naar het buitenlandse vermogen van de heer Funke en de verdenking van belastingontduiking, bij een gerecht gevorderd dat de heer Funke bankbescheiden van buitenlandse bankrekeningen over de voorgaande drie jaren moest overleggen en dat hij voor iedere dag dat hij in gebreke bleef een boete van 50 frank moest betalen.⁴⁴ Het gerecht veroordeelde de heer Funke ruim vier maanden

³⁹ Voor het eerst in EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke tegen Frankrijk*), par. 44.

⁴⁰ Keulen & Knigge 2020, p. 88-89.

⁴¹ EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders tegen Verenigd Koninkrijk*).

⁴² EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders tegen Verenigd Koninkrijk*), par. 68.

⁴³ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke tegen Frankrijk*), par. 44.

⁴⁴ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke tegen Frankrijk*), par. 11.

later in verband met het niet overhandigen van de bankbescheiden tot betaling van een boete van 1200 franken en beval hem de bankbescheiden over te leggen aan de douane. De heer Funke diende uiteindelijk een klacht in bij het EHRM en stelde onder andere dat zijn recht op een eerlijk proces, zoals vastgelegd in art. 6, eerste lid, EVRM was geschonden. Hij stelde daarbij dat de autoriteiten met bovenstaande handelswijze “violated the right not to give evidence against oneself” wat volgens hem een “general principle [...] in the legal orders of the Contracting States” is.⁴⁵ Het EHRM overwoog vervolgens dat het recht om te zwijgen en het recht “not to contribute to incriminating himself” toekomt aan “anyone charged with a criminal offence”, en dat deze rechten nu waren geschonden door de vordering tot het overhandigen van de bankbescheiden en de veroordeling voor het niet overhandigen van die bescheiden.⁴⁶ Met deze vordering en veroordeling probeerden de douaneautoriteiten de heer Funke namelijk zelf te dwingen het bewijs te leveren van strafbare feiten die hij zou hebben gepleegd. Van belang was daarbij dat de douaneautoriteiten wel een vermoeden hadden dat er dergelijke bankbescheiden bestonden, maar hier niet zeker van waren⁴⁷ en er dus sprake was van een zogenoemde ‘fishing expedition’ naar belastend bewijsmateriaal.

3.2.2.2. Beperking van de bescherming tot wilsafhankelijk materiaal?

In *Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk* heeft het EHRM in 1996 de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel op het eerste gezicht sterk beperkt. In deze zaak was de directeur van Guinness in het kader van een administratieve procedure verplicht om te antwoorden op de vragen van inspecteurs en aldus om een verklaring af te leggen omtrent zijn betrokkenheid bij vermeende fraude. Het weigeren te antwoorden kon worden gestraft met een geldboete of zelfs een gevangenisstraf. Vervolgens werden verklaringen, die de heer Saunders had afgelegd in het kader van deze administratieve procedure, gebruikt als bewijs in een strafrechtelijke procedure. Het EHRM overwoog vervolgens in het kader van de klacht dat art. 6, eerste lid, EVRM was geschonden het volgende:

“The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused [...] The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.”⁴⁸

Essentieel is dat het EHRM hier lijkt te overwegen dat het nemo-teneturbeginsel geen bescherming biedt ten aanzien van materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat (‘material that has an existence independent of the will’). Op basis van dit arrest wordt ook wel gesteld dat het nemo-teneturbeginsel in hoofdzaak slechts de verklaringsvrijheid van de verdachte beschermt en dat buiten het zwijgrecht de betekenis van het beginsel zeer beperkt is.⁴⁹ Uit bovenstaande overweging volgt zoals Van Toor aangeeft echter dat het EHRM zowel

⁴⁵ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke tegen Frankrijk*), par. 41.

⁴⁶ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke tegen Frankrijk*), par. 44.

⁴⁷ EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke tegen Frankrijk*), par. 44.

⁴⁸ EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders tegen Verenigd Koninkrijk*), par. 68-69.

⁴⁹ Stevens, *DD* 2007/54, par. 1.

een ‘means’- als een ‘material-based’ bescherming beschrijft, waarbij niet gelijk duidelijk is welke bescherming het EHRM de voorkeur geeft.⁵⁰ Uit deze overweging kan opgemaakt worden dat het nemo-teneturbeginsel bescherming biedt tegen bepaalde middelen van opsporing, een ‘means-based’ benadering (‘through the use of compulsory powers’), of tegen de verkrijging door middel van dwang van bepaald soort bewijs, een ‘material-based’ benadering (‘material that has an existence independent of the will’).⁵¹ In de literatuur werd volgens Van Toor naar aanleiding van Saunders ten onrechte de nadruk gelegd op de vraag of het materiaal (on)afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, een ‘material-based’ benadering dus, terwijl het uiteindelijk gaat om verkrijging door geoorloofde dwang.⁵² Doorslaggevend is dus niet de aard van het materiaal, dat al dan niet onafhankelijk van de wil bestaat, maar de aard en de mate van de dwang die werd gebruikt om het (bewijs)materiaal te verkrijgen. In het kader van de onderhavige ontgrendelingsmethoden is het bijvoorbeeld niet doorslaggevend dat biometrische gegevens onafhankelijk van de wil bestaan, maar de aard en mate van dwang die wordt gebruikt ter verkrijging van die gegevens. Hetzelfde geldt dan ook ten aanzien van ontgrendeling door middel van brute-force, waarbij de pincode die slechts ‘in het hoofd’ van de verdachte bestaat als wilsafhankelijk is aan te merken.

Bovengenoemde overweging doet ook de vraag rijzen wat de verhouding is tussen het Saunders en het Funke arrest. In laatstgenoemd arrest werd de heer Funke veroordeeld voor het niet overleveren van documenten en documenten bestaan in beginsel onafhankelijk van de wil van de verdachte. Het EHRM noemt “documents acquired pursuant to a warrant” zelfs expliciet als voorbeeld van wilsafhankelijk materiaal. De opvatting van het EHRM over het nemo-teneturbeginsel werd nog onduidelijker nadat het arrest in de zaak *J.B. tegen Zwitserland* in 2001 werd gewezen, enkele jaren nadat het Saunders arrest was gewezen. In de zaak *J.B. tegen Zwitserland* verzocht de Zwitserse belastingdienst J.B. meerdere malen om bepaalde bescheiden met betrekking tot zijn investeringen over te leggen. Nadat J.B. dit weigerde werden hem hiervoor meerdere boetes opgelegd. In deze zaak ging het, net als in de zaak Funke, om documenten die werden gevraagd door autoriteiten en werd wederom een schending van art. 6, eerste lid, EVRM aangenomen. Het EHRM geeft zelf aan dat de zaak J.B. zich onderscheidt van Saunders in die zin dat het in J.B. niet gaat om materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.⁵³ Stevens maakt uit deze overweging van het EHRM op dat het meent dat materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat, niet wordt verkregen tegen de wil van de verdachte. In J.B. was er schijnbaar wel sprake van materiaal dat werd verkregen tegen de wil van de verdachte.⁵⁴ Wat mijns inziens verder de verhouding tussen Funke, J.B. en Saunders enigszins kan verklaren is dat het EHRM voor het oordeel of het nemo-teneturbeginsel – en daarmee art. 6, eerste lid, EVRM – is geschonden, niet alleen waarde hecht aan de vraag of er al dan niet sprake is van wilsafhankelijk materiaal, maar ook aan alle overige omstandigheden van het geval, waaronder met name de vraag of het bewijs is verkregen onder dwang en of het gebruik van het met dwang verkregen bewijs maakt dat het proces in zijn geheel niet meer als eerlijk is te beschouwen. In Saunders overwoog het EHRM namelijk:

“In the present case the Court is only called upon to decide whether the use made by the prosecution of the statements obtained from the applicant by the inspectors amounted to an unjustifiable infringement of the right. This question must be examined by the Court in the light of all the circumstances of the case. In particular, it must be determined whether the applicant has been subject to compulsion to give evidence and whether the use made

⁵⁰ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.1.

⁵¹ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.1.

⁵² Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.1.

⁵³ Zie EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B. tegen Zwitserland*), par. 29 en hierover Stevens, *DD* 2007/54, par. 2.

⁵⁴ Stevens, *DD* 2007/54, par. 2.

of the resulting testimony at his trial offended the basic principles of a fair procedure inherent in Article 6 para. 1 (art. 6-1) of which the right not to incriminate oneself is a constituent element.”⁵⁵

Het EHRM beschouwde in Saunders aldus in het bijzonder of de verdachte onderworpen was geweest aan dwang om bewijs te leveren en of door het gebruik van het bewijs dat op deze manier was verkregen nog sprake was van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM. Hier lijkt naar mijn mening uit te volgen dat het uiteindelijk ook hier aankomt op de vraag of het proces ‘as a whole’ nog eerlijk was. Onder omstandigheden kan ook het verplicht uitleveren van documenten of ingeslikte drugs, welke documenten en drugs in beginsel onafhankelijk van de wil bestaan, een schending van het nemo-teneturbeginsel opleveren.⁵⁶ De relevante omstandigheid om uiteindelijk tot de conclusie te komen dat er sprake was van een schending van het nemo-teneturbeginsel was in Funke mogelijk het feit dat de autoriteiten er niet zeker van waren of de documenten wel bestonden. In de zaak J.B. was de relevante omstandigheid dan mogelijk dat de autoriteiten een open vraagstelling hanteerden.⁵⁷ In dergelijke omstandigheden worden de documenten afhankelijk van de wil van de verdachte verkregen. Zoals Stevens treffend concludeert: “Materiaal dat in beginsel onafhankelijk van de wil bestaat kan dus onder omstandigheden niet onafhankelijk van de wil worden verkregen”.⁵⁸

Een zogenoemde ‘fishing expedition’ naar in beginsel onafhankelijk van de wil bestaand materiaal kan er aldus voor zorgen dat er toch strijd ontstaat met het nemo-teneturbeginsel en daarmee art. 6, eerste lid, EVRM. De conclusie – naar aanleiding van de arresten Funke, Saunders en J.B. – dat het type bewijsmateriaal geen doorslaggevende rol speelt bij de beoordeling van een eventuele schending van het nemo-teneturbeginsel acht Van Toor evenwel logischer.⁵⁹ Hij geeft daarbij aan dat alle mogelijke varianten van de combinatie type bewijs en wel of geen schending voorkomen in de jurisprudentie van het EHRM en derhalve is het logischer om de rol die het Saunders-criterium speelt in twijfel te trekken. Het EHRM beschermt dus niet bepaalde typen bewijsmiddelen, te weten wilsafhankelijke middelen ofwel middelen die ‘communicatief van aard zijn’.⁶⁰ Beslissend voor de vraag of het nemo-teneturbeginsel is geschonden is of er sprake is (geweest) van ongeoorloofde dwang en de oorsprong van het bewijsmateriaal – al dan niet onafhankelijk van de wil - is uitdrukkelijk niet beslissend.⁶¹ Ligthart daarentegen hecht wel meer waarde aan het onderscheid tussen het type bewijsmateriaal. Hij maakt uit de jurisprudentie van het EHRM op dat informatie wilsafhankelijk is, indien die informatie slechts *verkregen* kan worden met actieve/intellectuele medewerking van de verdachte. Wilsonafhankelijk materiaal is dan materiaal dat wel kan worden *verkregen* uit een andere bron dan de meewerkende verdachte. De verkrijging onder dwang van wilsonafhankelijk materiaal is volgens Ligthart niet in strijd met het nemo-teneturbeginsel.⁶²

⁵⁵ EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders tegen Verenigd Koninkrijk*), par. 69.

⁵⁶ Zie met betrekking tot de documenten Stevens, DD 2007/54, par. 2.

⁵⁷ Stevens, DD 2007/54, par. 2.

⁵⁸ Stevens 2005, p. 158 en Stevens, DD 2007/54, par. 2.

⁵⁹ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.1.

⁶⁰ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.1.

⁶¹ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.1.

⁶² Ligthart, DD 2019/16, p. 221-222. Hij verwijst daarbij naar EHRM 16 juni 2015, 784/14 (*Van Weerelt tegen Nederland*), par. 61.

3.2.2.3. Een bredere bescherming?

Uit de zaak *Jalloh tegen Duitsland*⁶³ uit 2006 kan mijns inziens ook opgemaakt worden dat het EHRM de bescherming door het nemo-teneturbeginsel niet slechts beperkt tot wilsafhankelijk materiaal, zoals eerder in de literatuur veelal werd opgemaakt uit Saunders. Jalloh, een burger die werd verdacht van het handelen in harddrugs, slikte een bolletje cocaïne in. Hierop werd tegen zijn wil – hij moest door vier politiefunctionarissen onder bedwang worden gehouden – via een buis in zijn neus braakmiddel toegediend, zodat de drugs kon worden verkregen door de opsporingsautoriteiten. Het EHRM overwoog naar aanleiding van een klacht over schending van art. 6 EVRM eerst ook hier dat het moet beoordelen of het proces ‘as a whole’ eerlijk is geweest, waaronder ook valt de vraag in hoeverre de manier waarop het bewijs is verkregen eerlijk is.⁶⁴ Bij de beoordeling of het proces in zijn geheel beschouwd eerlijk is geweest mag rekening worden gehouden met het publieke belang bij vervolging en bestraffing en deze publieke belangen mogen worden afgewogen tegen het verdedigingsbelang. Direct geeft het EHRM evenwel aan dat het publieke belang “cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant’s defence rights, including the privilege against self-incrimination”.⁶⁵

Bij het beantwoorden van de vraag of de essentie van het recht tegen zelfincriminatie is aangetast dient vervolgens rekening te worden gehouden met de volgende drie factoren: 1) de aard en de mate van dwang, 2) het bestaan van relevante waarborgen in de procedure en 3) het gebruik van het aldus onder dwang verkregen bewijs.⁶⁶ De drugs is te beschouwen als wilsonafhankelijk materiaal en het nemo-teneturbeginsel biedt in dat geval volgens een ‘material-based’ benadering van het Saunders-arrest geen bescherming. Het EHRM beoordeeld echter ook hier op grond van alle omstandigheden van het geval of het nemo-teneturbeginsel van toepassing is ondanks dat er sprake is van wilsonafhankelijk materiaal, en komt tot de conclusie dat het nemo-teneturbeginsel van toepassing is gelet op die omstandigheden.⁶⁷ Vervolgens toetst het EHRM aan de hand van die hierboven genoemde (nieuwe) factoren of ‘the very essence’ van het nemo-teneturbeginsel was geschonden. Daarbij ligt de nadruk op de aard en mate van (fysieke) dwang, waardoor uiteindelijk ook de verkrijging van wilsonafhankelijk materiaal in strijd kan zijn met het nemo-teneturbeginsel. Het Jalloh-arrest bevestigt dus de opvatting van Van Toor dat de aard en mate van dwang (mede) beslissend zijn voor de vraag of het nemo-teneturbeginsel is geschonden en het EHRM dus niet slechts een ‘material-based’ benadering voorstaat.⁶⁸ Wanneer een wettelijke bevoegdheid de toepassing van dwang toestaat om (lichamelijk) materiaal te verkrijgen, zoals bloed of DNA, is de toepassing van dergelijke bevoegdheden begrenst door het nemo-teneturbeginsel. De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit bepalen volgens Stevens ook hier de grenzen van de inzet van de bevoegdheid en de mate en aard van (fysieke) dwang.⁶⁹

De aard en de mate van dwang – de eerste factor genoemd in Jalloh – toegepast door de autoriteiten om bewijs te verkrijgen, bepaalt in belangrijke mate of er sprake is van een

⁶³ EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh tegen Duitsland*).

⁶⁴ EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh tegen Duitsland*), par. 95.

⁶⁵ EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh tegen Duitsland*), par. 97.

⁶⁶ EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh tegen Duitsland*), par. 101. Deze drie factoren zijn later herhaald in EHRM 29 juni 2007, nr. 15809/02 & 25624/02, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O’Halloran & Francis tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 55.

⁶⁷ EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh tegen Duitsland*), par. 113-116.

⁶⁸ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.1.

⁶⁹ Stevens, *DD* 2007/54, par. 4.

schending van het nemo-teneturbeginsel.⁷⁰ Het enkele gebruik van een gevangenisstraf ter verkrijging van informatie van een verdachte is een ongeoorloofde aard van dwang. De mate van dwang is in dat geval niet meer relevant.⁷¹ In bepaalde omstandigheden is het gebruik van een geldstraf ter verkrijging van informatie wel geoorloofd. Bij geldstraffen is de mate van de dwang wel bepalend.⁷² Van Toor leidt uit de jurisprudentie van het EHRM af dat een beperkte geldboete – een geldboete van 1000 pond als dwang en de dreiging met een geldboete van 2000 euro werden nog toegestaan – nog onder geoorloofde dwang valt.⁷³ Een schending van art. 8 EVRM betekent verder nog niet dat ongeoorloofde dwang op de verdachte is uitgeoefend, en dat het nemo-teneturbeginsel dientengevolge is geschonden.⁷⁴ Schending van andere onderdelen van het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, zoals het weigeren van toegang van de verdachte tot een advocaat of het misleiden van een verdachte zodat zijn zwijgrecht wordt geschonden,⁷⁵ beschouwd het EHRM evenwel als ongeoorloofde aard van dwang.⁷⁶ Uit het voorgaande kan uiteindelijk geconcludeerd worden dat het nemo-teneturbeginsel bescherming biedt tegen het met ongeoorloofde dwang verkrijgen van bewijsmateriaal, en aldus ‘means-based’ is.⁷⁷

Het bestaan van voldoende relevante waarborgen – de tweede factor genoemd in Jalloh – is een subcriterium voor het bepalen of er sprake is van ongeoorloofde dwang en de afwezigheid van dergelijke waarborgen kan ertoe leiden dat in beginsel geoorloofde gedragingen toch ongeoorloofd zijn.⁷⁸

Het gebruik van het bewijs – de derde factor genoemd in Jalloh – bepaalt mede het antwoord op de vraag of ‘the very essence’ van het recht om zichzelf niet te belasten is aangetast. In beginsel is het nemo-teneturbeginsel slechts geschonden indien het onrechtmatig en onder ongeoorloofde dwang verkregen bewijs van betekenis is voor de rechterlijke beslissing.⁷⁹ In de zaak *Gäfgen tegen Duitsland*⁸⁰ bedreigden rechercheurs de verdachte met foltering indien hij de verblijfplaats van het door hem ontvoerde kind niet prijs zou geven. Deze bedreiging met foltering leverde een schending van art. 3 EVRM op. Vervolgens vond de politie op aanwijzen van de verdachte het vermoorde kind en meerdere sporen op de plaats delict. In deze zaak was het bijvoorbeeld relevant dat de in strijd met art. 3 EVRM verkregen bekentenis niet werd gebruikt voor de veroordeling. Derhalve was het proces ‘as a whole’ niet oneerlijk en was art. 6 EVRM niet geschonden. Het gebruik van ander bewijs, verkregen door een daaraan voorafgaande verklaring waarbij sprake is geweest van een onmenselijke en/of vernederende behandeling (zoals de sporen op de plaats delict), dient volgens het EHRM te worden

⁷⁰ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.2.

⁷¹ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.2. Van Toor verwijst daarbij naar EHRM 21 december 2000, nr. 36887/97, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn tegen Ierland*) en EHRM 21 december 2000, nr. 34720/97, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney & McGuinness tegen Ierland*). Vgl. ook Bood, *NJB* 2018/1880, p. 2747.

⁷² Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.2.

⁷³ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.2. Van Toor verwijst daarbij naar EHRM 29 juni 2007, nr. 15809/02 & 25624/02, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O’Halloran & Francis tegen het Verenigd Koninkrijk*) par. 56 en EHRM 10 januari 2008, nr. 58452/00 & 61920/00, ECLI:CE:ECHR:2008:0110JUD005845200 (*Luckhof & Spanner tegen Oostenrijk*), par. 54.

⁷⁴ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.2. Van Toor verwijst daarbij onder andere naar EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97, ECLI:CE:ECHR:2000:0512JUD003539497 (*Khan tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 36.

⁷⁵ EHRM 5 november 2002, nr. 48539/99, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan tegen het Verenigd Koninkrijk*).

⁷⁶ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.2.

⁷⁷ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.2.

⁷⁸ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.2.

⁷⁹ Zie Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.3 en vgl. EHRM 1 juni 2010, nr. 22978/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen tegen Duitsland*), par. 178.

⁸⁰ EHRM 1 juni 2010, nr. 22978/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen tegen Duitsland*).

uitgesloten indien is aangetoond dat de inbreuk op artikel 3 EVRM van betekenis is voor de veroordeling. Wanneer het met ongeoorloofde dwang verkregen bewijs niet wordt gebruikt voor de bewezenverklaring of straftoemeting is het nemo-teneturbeginsel niet geschonden.⁸¹

Van Toor geeft verder aan dat het onderscheidt tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal wel van belang voor de beoordeling welke mate van dwang geoorloofd is: of het ingezette middel toegestaan is, is mede afhankelijk van het soort materiaal. Wilsonafhankelijk materiaal kan veelal door middel van een geoorloofd dwangmiddel – een dwangmiddel dat is ingezet overeenkomstig het Wetboek van Strafvordering en mensenrechtelijke bepalingen – worden verkregen. Wilsafhankelijk materiaal dient dan volgens hem volledig uit vrije wil van de verdachte te worden verkregen.⁸²

Ligthart leidt uit de zaak *Ibrahim tegen het Verenigd Koninkrijk*⁸³ af dat “het recht tegen zelfincriminatie beschermt tegen het *verkrijgen* van bewijs met behulp van dwang (tegen de verdachte) op een manier die de wil van de verdachte om niet mee te werken niet respecteert.”⁸⁴ In bijzondere omstandigheden, zoals die zich bijvoorbeeld voordeden in Jalloh, wordt wilsonafhankelijk materiaal ook beschermd. Ligthart geeft aan dat – hiermee loop ik al vooruit op de volgende subparagraaf – het EHRM en de Hoge Raad er beiden vanuit gaan dat het recht tegen zelfincriminatie in beginsel geen bescherming biedt tegen het gebruik van afgedwongen wilsonafhankelijk (bewijs)materiaal. Wils(on)afhankelijkheid wordt door het EHRM en de Hoge Raad echter verschillend geïnterpreteerd. Volgens het EHRM is materiaal wilsafhankelijk als dat materiaal alleen kan worden *verkregen* met medewerking van de verdachte.⁸⁵ De Hoge Raad stelt volgens Ligthart, zoals uit de volgende subparagraaf ook zal blijken, daarentegen de vraag centraal of het materiaal naar haar inhoud in fysieke zin *bestaat*, al dan niet afhankelijk van de wil van de verdachte.⁸⁶

3.2.3. De opvatting van de Hoge Raad en de interpretatie daarvan

Van Toor trekt de conclusie dat de Hoge Raad een ‘material-based’ invulling geeft aan het onderhavige beginsel.⁸⁷ Hij leidt voorgaande af uit een arrest dat werd gewezen in 2010.⁸⁸ In deze zaak beklagde klaagster zich grond van art. 552a Sv over de inbeslagname van de in documenten vervatte resultaten van een intern onderzoek naar de emissie van titaantetrachloride in haar bedrijf. De rechtbank gelaste de teruggave van de documenten en tegen deze beslissing stelde het Openbaar Ministerie cassatie in. De Hoge Raad overwoog allereerst dat het aan art. 29 Sv ten grondslag liggende beginsel meebrengt dat een verdachte niet kan worden verplicht een verklaring, waaronder ook begrepen het verschaffen van schriftelijke inlichtingen, af te leggen waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd. De Hoge Raad koppelt hiermee een klacht over schending van het nemo-teneturbeginsel direct aan de verklaaringsvrijheid, waardoor de Hoge Raad het onderhavige beginsel lijkt te beschermen tegen de verkrijging van uitlatingen van communicatieve aard.⁸⁹ Vervolgens oordeelt de Hoge Raad met verwijzing naar de zaak Saunders nog eens uitdrukkelijk dat art. 6, eerste lid, EVRM zich niet verzet tegen het gebruik voor het bewijs van onder dwang door de verdachte afgegeven

⁸¹ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.4.

⁸² Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.2.1.

⁸³ EHRM 13 september 2016, nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim tegen het Verenigd Koninkrijk*).

⁸⁴ Ligthart, *DD* 2019/16, p. 220.

⁸⁵ Zie in gelijke zin rapport Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, 2018, p. 105.

⁸⁶ Ligthart, *DD* 2019/16, p. 226.

⁸⁷ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.3.1.

⁸⁸ HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes.

⁸⁹ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (SteR nr. 32) 2017/7.3.1.

materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat.⁹⁰ Hierop overweegt de Hoge Raad ten slotte kort gezegd dat voor het oordeel of het zwijgrecht en het nemo-teneturbeginsel worden ontdaan van hun betekenis moet worden gekeken naar de aard van de verklaring die het document bevat.⁹¹ Ook in deze laatste overweging ziet Van Toor een aanwijzing dat de Hoge Raad een ‘material-based’ benadering voorstaat omdat niet beslissend is wie de verklaring heeft afgelegd, maar wat de inhoud van de verklaring is.⁹²

Ligthart maakt uit bovengenoemd arrest uit 2010 op dat de Hoge Raad er – net als het EHRM in de ‘material-based’ lezing van Saunders – van uitgaat dat het recht tegen zelfincriminatie zich niet verzet tegen het gebruik voor het bewijs van afgedwongen wilsonafhankelijk materiaal.⁹³ Zoals gezegd wordt wils(on)afhankelijk door de Hoge Raad echter anders geïnterpreteerd dan door het EHRM. Volgens Ligthart gaat het de Hoge Raad om het antwoord op de vraag of het materiaal naar haar inhoud al dan niet onafhankelijk van de wil van de verdachte in fysieke zin *bestaat*, en dus niet of het al dan niet onafhankelijk van de wil kan worden *verkrege*n.⁹⁴

De enkele ongeoorloofde verkrijging van materiaal van communicatieve aard is overigens niet voldoende voor een schending van het nemo-teneturbeginsel. Het is volgens de Hoge Raad uiteindelijk bepalend of door het gebruik voor het bewijs van dergelijk materiaal het zwijgrecht en het nemo-teneturbeginsel wordt ontdaan van hun betekenis.⁹⁵

3.3. Zwijgrecht

Het zwijgrecht houdt in dat een verdachte te allen tijde mag zwijgen en niet verplicht is te antwoorden op vragen die hem worden gesteld. De verdachte wordt door het zwijgrecht beschermt tegen “elke handeling waardoor niet kan worden gezegd dat zijn verklaring in vrijheid is afgelegd.”⁹⁶ Dit recht komt de verdachte toe in elk stadium van het strafproces, vanaf het moment dat hij als verdachte kan worden aangemerkt.

Zoals reeds opgemerkt heeft het EHRM in *Saunders* bepaald dat het zwijgrecht en het recht van de verdachte tegen zelfincriminatie aan de basis liggen van het begrip ‘eerlijk proces’ zoals vastgelegd in art. 6, eerste lid, EVRM.⁹⁷ Het zwijgrecht ligt – net als het recht tegen zelfincriminatie – besloten in art. 6, eerste lid, EVRM.⁹⁸ Opvallend is dat het EHRM het zwijgrecht en het recht tegen zelfincriminatie telkens in één adem, zonder nader onderscheid, noemt als onderdeel van art. 6, eerste lid, EVRM.⁹⁹ Het EHRM geeft niet duidelijk aan of het

⁹⁰ HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.2.

⁹¹ Zie HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.3. en daarover Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (*SteR* nr. 32) 2017/7.3.1.

⁹² Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (*SteR* nr. 32) 2017/7.3.1.

⁹³ Ligthart, *DD* 2019/16, p. 225.

⁹⁴ Ligthart, *DD* 2019/16, p. 226.

⁹⁵ Zie HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.3., HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, r.o. 3.7., HR 8 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7421, *NJ* 2008/455, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 3.2 en hierover Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (*SteR* nr. 32) 2017/7.3.2. Vgl. hier ook de derde factor genoemd in EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh tegen Duitsland*), par. 101 & EHRM 29 juni 2007, nr. 15809/02 & 25624/02, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O’Halloran & Francis tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 55.

⁹⁶ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (*SteR* nr. 32) 2017/7.4.3.

⁹⁷ EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders tegen Verenigd Koninkrijk*), par. 68.

⁹⁸ Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 318.

⁹⁹ Zie EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke tegen Frankrijk*), par. 44, EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders tegen Verenigd Koninkrijk*), par. 68, EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B. tegen Zwitserland*), par. 64, EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh tegen Duitsland*), par. 100, EHRM 29 juni 2007,

zwijgrecht en het recht tegen zelfincriminatie nu afzonderlijke rechten zijn of dat het zwijgrecht onderdeel uitmaakt van een het bredere recht tegen zelfincriminatie. Uit Saunders kan evenwel opgemaakt worden dat het EHRM beide rechten laat samensmelten.¹⁰⁰ Stevens geeft ook aan dat uit Saunders kan worden opgemaakt dat buiten het zwijgrecht de betekenis van het nemo-teneturbeginsel zeer beperkt is,¹⁰¹ waaruit mijns inziens volgt dat het zwijgrecht kennelijk een onderdeel vormt van het ruimere recht tegen zelfincriminatie. Het EHRM overweegt ook steevast “that the right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent.”¹⁰²

Ook de Hoge Raad maakt met betrekking tot het nemo-teneturbeginsel direct een koppeling met het zwijgrecht en de verklaringsvrijheid: het nemo-teneturbeginsel biedt aldus bescherming door een gegeven zwijgrecht.¹⁰³ De Hoge Raad stelt verder in het kader van het nemo-teneturbeginsel: “Beslissend voor de vraag of het nemo-tenetur-beginsel is geschonden, is [...] of het gebruik tot het bewijs van een al dan niet in een document vervatte verklaring van de verdachte in een strafzaak zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen.”¹⁰⁴ Uit deze zinsnede blijkt mijns inziens dat het zwijgrecht een onderdeel vormt van het bredere nemo-teneturbeginsel: wanneer het recht om te zwijgen van zijn betekenis wordt ontdaan, wordt daarmee het nemo-teneturbeginsel geschonden. Uit de gangbare betekenis van het nemo-teneturbeginsel, een recht om zichzelf niet te belasten, volgt mijns inziens ook logisch het meer specifieke recht om te mogen zwijgen en daarmee zichzelf (verbaal) niet te belasten.¹⁰⁵

Van Toor geeft evenwel aan dat het nemo-teneturbeginsel – begrepen vanuit een ‘means-based’ benadering – naast het zwijgrecht nog aanvullende rechtsbescherming biedt: het beginsel biedt de verdachte bescherming tegen gedragingen die hem dwingen bewijsmateriaal te overleggen, ongeacht of het wilsafhankelijk materiaal zoals een verklaring of wilsonafhankelijk materiaal is.¹⁰⁶ Mijns inziens is het zwijgrecht zoals gezegd onderdeel van een breder nemo-teneturbeginsel, in die zin dat het beginsel op basis van het zwijgrecht beschermt tegen het gebruik van onder dwang verkregen wilsafhankelijk materiaal, en op basis van het bredere recht tegen zelfincriminatie in bepaalde gevallen – indien er gebruik is gemaakt van ongeoorloofde dwang zoals bijvoorbeeld in ‘Jalloh-achtige’ omstandigheden – ook bescherming biedt tegen gedwongen verkrijging van wilsonafhankelijk materiaal.

3.4. Tot besluit

Art. 6, eerste lid, EVRM geeft in het algemeen het recht op een eerlijk proces. Het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht liggen in art. 6, eerste lid, EVRM besloten. Het zwijgrecht maakt daarbij naar mijn mening onderdeel uit van het bredere nemo-teneturbeginsel. Uit de veelheid van rechtspraak en opvattingen uit de doctrine over het nemo-teneturbeginsel kunnen mijns inziens een paar algemene conclusies worden getrokken. Het nemo-teneturbeginsel

nr. 15809/02 & 25624/02, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O’Halloran & Francis tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 46.

¹⁰⁰ Stevens 2005, p. 17.

¹⁰¹ Stevens, *DD* 2007/54, par. 1.

¹⁰² EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders tegen Verenigd Koninkrijk*), par. 68, EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh tegen Duitsland*), par. 102, EHRM 29 juni 2007, nr. 15809/02 & 25624/02, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O’Halloran & Francis tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 47.

¹⁰³ Zie HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.2. en daarover Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (*SteR* nr. 32) 2017/7.3.1.

¹⁰⁴ HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.3.

¹⁰⁵ Vgl. Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 55.

¹⁰⁶ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (*SteR* nr. 32) 2017/7.1.5.

beschermde de verdachte tegen het gebruik voor het bewijs van materiaal dat door ongeoorloofde dwang is verkregen. Uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat het type (bewijs)materiaal in dit kader een rol speelt, maar niet een beslissende. De verschillende omstandigheden van het geval zijn bepalend bij de beoordeling van de vraag of het nemo-teneturbeginsel is geschonden, waarbij het EHRM met name let op de aard en de mate van de gebruikte dwang en op het gebruik voor het bewijs van door middel van dwang verkregen bewijs. Bij de verkrijging van wilsafhankelijk materiaal is minder verregaande dwang toegelaten. Uiteindelijk moeten de voornoemde factoren worden geplaatst in de context van het bredere recht op een eerlijk proces en beziet het EHRM uiteindelijk of door de eventuele schending van het nemo-teneturbeginsel en/of het zwijgrecht nog sprake is van een eerlijk proces 'as a whole'. De Hoge Raad acht – anders dan het EHRM – dat het type (bewijs)materiaal wel een beslissende rol speelt: het antwoord op de vraag of het materiaal naar haar inhoud al dan niet onafhankelijk van de wil van de verdachte in fysieke zin *bestaat*, bepaalt in belangrijke mate of het nemo-teneturbeginsel wordt geschonden. De Hoge Raad acht, voor het antwoord op de vraag of het nemo-teneturbeginsel is geschonden, het uiteindelijk bepalend of door het *gebruik* voor het bewijs van dergelijk materiaal – vergelijk hier de derde factor uit Jalloh – het zwijgrecht en het nemo-teneturbeginsel wordt ontdaan van hun betekenis. In zekere zin kan worden gesteld dat het voor de Hoge Raad ook uiteindelijk aankomt op de vraag of het proces 'as a whole' gezien eerlijk is geweest, het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht liggen immers aan de basis van het recht op een eerlijk proces. Een dergelijk algemeen recht op een eerlijk proces kent het Nederlandse recht evenwel niet.

4. Zijn de ontgrendelingsmethoden in strijd met art. 6, eerste lid, EVRM?

4.1. Gedwongen biometrische ontgrendeling

In deze paragraaf zal ik eerst bespreken in hoeverre gedwongen biometrische ontgrendeling in strijd is met de in het voorgaande hoofdstuk beschreven rechten. Daarbij worden achtereenvolgens het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht besproken. Daarnaast wordt het recht op een eerlijk proces ‘as a whole’ integraal besproken.

4.1.1. Gedwongen biometrische ontgrendeling in het licht van het nemo-teneturbeginsel

In de onderhavige paragraaf worden allereerst de opvattingen uit de literatuur besproken ten aanzien van het antwoord op de vraag of gedwongen biometrische ontgrendeling al dan niet in strijd is met het nemo-teneturbeginsel. Op basis van de invulling van het nemo-teneturbeginsel door de Hoge Raad, is gedwongen biometrische ontgrendeling waarbij wilsafhankelijk materiaal wordt verkregen in beginsel in strijd met het nemo-teneturbeginsel, aldus Bood. In beginsel, omdat het EHRM bij toetsing aan art. 6 EVRM de gevolgde strafprocedure uiteindelijk ‘as a whole’ beschouwt. Denk bij wilsafhankelijk materiaal bijvoorbeeld in de gegevensdager aangetroffen WhatsApp-berichten die neerkomen op een bekennende verklaring, gelet op de aard van dit materiaal.¹⁰⁷

Maar door bovengenoemde stelling in te nemen is er onvoldoende oog voor de verschillende opvatting van de Hoge Raad en het EHRM met betrekking tot het nemo-teneturbeginsel.¹⁰⁸ Zoals ook uit het voorgaande hoofdstuk blijkt hangt de Hoge Raad een ‘material-based’ opvatting aan tegenover de ‘means-based’ opvatting van het EHRM. De Hoge Raad ziet de ‘aard van de in het document vervatte verklaring’ als belangrijkste factor voor de beoordeling of een reeds vastgelegde verklaring – zoals bijvoorbeeld in een WhatsApp-bericht – beschermd wordt door het nemo-teneturbeginsel: de verdachte wordt beschermd tegen gedwongen verkrijging van wilsafhankelijk materiaal. In de opvatting van het EHRM wordt de verdachte daarentegen onder het nemo-teneturbeginsel tegen ongeoorloofde middelen om bewijs te verkrijgen beschermd, onafhankelijk van de aard van het materiaal.¹⁰⁹ De aard van het materiaal bepaald wel mede welke aard en mate van dwang is geoorloofd: wilsafhankelijk materiaal ‘mag slechts met zeer geringe dwang worden verkregen.’¹¹⁰ WhatsApp-berichten kunnen anderzijds niet als wilsafhankelijk worden beschouwd, want wanneer zij zijn uitgesproken of verstuurd, kan de verdachte niet enkel met zijn wil de eventuele verspreiding van hetgeen hij heeft gezegd controleren. De gegevens op de gegevensdrager zijn aldus onafhankelijk van de wil van de gebruiker te benaderen. Gedwongen biometrische ontgrendeling, met gebruikmaking van ‘gepast geweld’, is dan ook niet strijdig met het nemo-teneturbeginsel.¹¹¹ De redenering dat de

¹⁰⁷ Bood, *NJB* 2018/1880, p. 2748.

¹⁰⁸ Toor, van, *NJB* 2019/317, p. 406.

¹⁰⁹ Toor, van, *NJB* 2019/317, p. 406.

¹¹⁰ Toor, van, *NJB* 2019/317, p. 406.

¹¹¹ Toor, van *NJB* 2019/317, p. 406-407. Enkele jaren later, in 2021, stelt Van Toor dat bij de beoordeling van de vraag of het nemo-teneturbeginsel is geschonden naast de aard en mate van gebruikte dwang, een criterium dat betrekking heeft op de verkregen informatie moet worden toegevoegd en centraal gesteld. De aard en hoeveelheid van de verkregen informatie speelt dan een rol bij de beoordeling van de vraag of het nemo-teneturbeginsel is geschonden. Zie Toor, van, *TBS&H* 2021/2, p. 98-100. Naar mijn mening wordt door toevoeging van een dergelijk criterium het onderscheid tussen de bescherming van art. 6 EVRM en art. 8 EVRM te vaag. De ontgrendeling staat namelijk los van de doorzoeking van gegevens die daarna eventueel plaats kan vinden. Een doorzoeking van gegevens valt binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM en in art. 2.7.39 Sv (nieuw) wordt daar een wettelijk kader voor gecreëerd. De doorzoeking staat aldus los van de (gedwongen) ontgrendeling en een criterium dat betrekking heeft op de verkregen informatie hoort niet thuis in het beoordelingskader van het nemo-teneturbeginsel.

verdachte wordt gedwongen om de informatie op zijn gegevensdrager af te geven door de gegevensdrager biometrisch te ontgrendelen, is daarnaast onjuist.¹¹² De gegevensdrager is op dat moment reeds in beslag genomen voor onderzoek en de gegevensdrager wordt ‘slechts’ met dwang en passieve medewerking van de verdachte ontgrendeld.

Het gebruik van een gevangenisstraf ter verkrijging van wilsafhankelijke informatie van een verdachte is zoals gezegd volgens Van Toor en Bood in strijd met het nemo-teneturbeginsel.¹¹³ Ten aanzien van de voorgestelde bevoegdheid tot gedwongen biometrische ontgrendeling bestaat evenwel altijd de dreiging van maximaal een jaar gevangenisstraf wegens wederspanning ex art. 180 Sr indien de verdachte zich fysieke verzet tegen de ontgrendeling. De duldplichten uit het Wetboek van Strafvordering, zoals die bestaat bij het afnemen van DNA, het afscheren van gezichtsbeharing ten behoeve van een (getuigen)confrontatie en bij het doorzoeken van de woning ter inbeslagneming, worden echter als ‘nemo-tenetur-proof’ beschouwd.¹¹⁴ Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat een verdachte zich bij een doorzoeking heeft vastgeketend aan een kluis en de politie hem met lichte dwang daar verwijderd, de kluis opent en daarin drugs, geld en een dagboek aantreft. Voor het gemak wordt in dit voorbeeld het dagboek als wilsafhankelijk beschouwd. Volgens de interpretatie van de rechtspraak van Stevens mag evenwel in een dergelijke situatie ook het ‘wilsafhankelijke’ materiaal worden gebruikt, ‘omdat de aard van de afgedwongen (passieve) medewerking niet leidt tot enige vorm van erkenning, ordening of interpretatie van het materiaal.’¹¹⁵ Hetzelfde geldt dan ten aanzien van de gedwongen biometrische ontgrendeling: de aard van de afgedwongen medewerking leidt niet tot enige vorm van erkenning, ordening of interpretatie van het materiaal.

De Hoge Raad heeft zich in eerdergenoemd arrest van februari 2021¹¹⁶ ook eenmaal uitgelaten over de vraag of gedwongen biometrische ontgrendeling – in de omstandigheden van het voorliggende geval – in strijd was met het nemo-teneturbeginsel. In die zaak was aan de verdachte eerst gevraagd om mee te werken aan de ontgrendeling van zijn telefoon en daarvoor zijn pincode af te geven. De verdachte weigerde zijn code af te geven. Vervolgens heeft de officier van justitie de verdachte bevolen om mee te werken aan de ontgrendeling van zijn telefoon. De verdachte werd nogmaals gevraagd mee te werken, maar weigerde dit nog steeds. Vervolgens werden zijn handen geboeid en werd zonder geweld een vinger op de vingerafdrukscanner gelegd en op deze wijze de telefoon ontgrendeld.¹¹⁷ De rechtbank oordeelde in de kern ‘dat het op deze wijze toepassen van een zeer geringe mate van fysieke dwang met als doel het door middel van de vingerafdruk van de verdachte biometrisch ontgrendelen van de smartphone geen inbreuk op het door artikel 6 EVRM gewaarborgde nemo tenetur-beginsel oplevert.’¹¹⁸ Daarin ligt volgens de Hoge Raad besloten dat het ondergaan van deze fysieke dwang ‘slechts een geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit van de verdachte opleverde.’ Hieruit kan mijns inziens worden opgemaakt dat de Hoge Raad – net als de lagere gerechten – waarde hecht aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit bij verkrijging van bewijsmateriaal onder dwang. De Hoge Raad haalde in de voorgaande overweging een

¹¹² Egberts & Ferdinandusse, *NJB* 2019/316, p. 404. Zie ook Stevens, *NJB* 2019/315, p. 401.

¹¹³ Toor, van, *Het schuldige geheugen?* (*SteR* nr. 32) 2017/7.2.2. Van Toor verwijst daarbij naar EHRM 21 december 2000, nr. 36887/97, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn tegen Ierland*) en EHRM 21 december 2000, nr. 34720/97, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney & McGuinness tegen Ierland*). Vgl. ook Bood, *NJB* 2018/1880, p. 2747.

¹¹⁴ Stevens, *NJB* 2019/315, p. 402.

¹¹⁵ Stevens, *NJB* 2019/315, p. 403.

¹¹⁶ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202.

¹¹⁷ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 3.4.1.3.1.

¹¹⁸ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 7.3.

groot deel van het Jalloh-arrest aan en oordeelde uiteindelijk dat het oordeel van de rechtbank – gelet op dit arrest – niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is.¹¹⁹

Bij de beoordeling van de vraag of het nemo-teneturbeginsel is geschonden let het EHRM zoals gesteld met name op de aard en de mate van de gebruikte dwang en op het gebruik voor het bewijs van door middel van dwang verkregen bewijs. Gedwongen biometrische ontgrendeling op grond van art. 2.7.44, tweede lid, Sv (nieuw) is mijns inziens dan ook in beginsel niet in strijd met het nemo-teneturbeginsel. Dit wordt anders indien er sprake is van naar aard en mate ongeoorloofde dwang ter verkrijging van bewijsmateriaal, en dit bewijsmateriaal vervolgens van enige betekenis is voor de bewezenverklaring dan wel strafmaat. Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van ongeoorloofde dwang zijn mijns inziens de vereiste proportionaliteit en subsidiariteit beslissend: indien de gebruikte dwang niet voldoet aan deze vereisten, is de dwang ongeoorloofd. Het met ongeoorloofde dwang verkregen materiaal mag vervolgens niet van enige betekenis zijn voor de bewezenverklaring of strafmaat. Het komt uiteindelijk dan aan op de vraag of het strafproces ‘as a whole’ gezien nog eerlijk is.

De Hoge Raad hangt een meer ‘material-based’ benadering aan en het antwoord op de vraag of het (bewijs)materiaal naar haar inhoud al dan niet onafhankelijk van de wil van de verdachte in fysieke zin *bestaat*, bepaalt in belangrijke mate of het nemo-teneturbeginsel wordt geschonden. Biometrische gegevens bestaan naar inhoud onafhankelijk van de wil van de verdachte: de vinger(afdruk), de iris en het gezicht bestaan bij uitstek los van de wil van de verdachte.¹²⁰ In beginsel is gedwongen biometrische ontgrendeling mijns inziens in de benadering van de Hoge Raad dan ook niet in strijd met het nemo-teneturbeginsel. Zoals hierboven reeds gesteld kan uit het arrest van februari 2021 – en overigens ook uit de in hoofdstuk 2 behandelde lagere rechtspraak over gedwongen ontgrendeling – worden afgeleid dat ook hier de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of er strijd is met het nemo-teneturbeginsel. Dat volgt ook uit de verwijzing naar Jalloh: in Jalloh-achtige omstandigheden, waarbij de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit niet worden nageleefd bij de bewijsver verkrijging, ontstaat er mogelijk strijd met het nemo-teneturbeginsel, ook al gaat het om wilsonafhankelijk materiaal. Indien de verdachte zich actief verzet zal hij bijvoorbeeld volledig moeten worden gefixeerd door meerdere opsporingsambtenaren en dient daarbij fysiek geweld te worden gebruikt. De opsporingsambtenaren moeten derhalve de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit bij de inzet van de bevoegdheid strikt naleven. Volgens de Hoge Raad is het uiteindelijk bepalend of door het *gebruik* voor het bewijs van dergelijk materiaal, het nemo-teneturbeginsel wordt ontdaan van zijn betekenis. Zoals reeds gesteld komt het hier in zekere zin uiteindelijk ook aan op de vraag of het proces ‘as a whole’ eerlijk is geweest.

Gedwongen biometrische ontgrendeling op grond van art. 2.7.44, tweede lid, Sv (nieuw) is aldus naar mijn mening in beginsel niet in strijd met het nemo-teneturbeginsel en het recht op een eerlijk proces in het algemeen. Maar bij de ontgrendeling moeten de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit strikt worden nageleefd en mag bewijs dat is verkregen door middel van naar aard en mate ongeoorloofde dwang, niet worden gebruikt voor de bewezenverklaring of de strafmaat.

4.1.2. Gedwongen biometrische ontgrendeling in het licht van het zwijgrecht

Het zwijgrecht beschermt een verdachte tegen elke handeling waardoor niet kan worden gezegd dat zijn verklaring in vrijheid is afgelegd. Een verklaring is onmiskenbaar als wilsafhankelijk

¹¹⁹ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 7.3.

¹²⁰ Vgl. Toor, van, e.a. CR 2020/131, p. 240 en Rapport Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, p. 105.

te beschouwen. Bij gedwongen biometrische ontgrendeling is de dwang evenwel niet gericht op het verkrijgen van een al dan niet belastende verklaring, maar op de ontgrendeling van een digitale gegevensdrager. Mijns inziens is gedwongen biometrische ontgrendeling dan ook niet in strijd met het zwijgrecht. Dat er in de digitale gegevensdrager vervolgens door de verdachte geschreven of gesproken verklaringen kunnen worden gevonden doet daar niet aan af. De dwang is namelijk ‘slechts’ gericht op de ontgrendeling van de gegevensdrager en niet op de verkrijging van een eventueel bekende verklaring. Daarnaast zijn overigens de geschreven of ingesproken verklaring die te vinden zijn op digitale gegevensdragers mijns inziens te beschouwen als wilsonafhankelijk materiaal; de verdachte heeft die verklaringen reeds ‘prijsgegeven’ door ze ergens op te schrijven en op te slaan. Deze verklaringen zijn dan naar mijn mening niet slechts ‘content of the mind’ en zijn te vergelijken met verklaringen die een verdachte opschrijft in een dagboek, welk dagboek tijdens een doorzoeking in beslag kan worden genomen. De digitale gegevensdrager en de daarop door de verdachte geschreven en/of opgenomen informatie bestaat reeds fysiek, onafhankelijk van zijn wil.¹²¹ De gegevens op de gegevensdrager zijn daarnaast onafhankelijk van de wil van de gebruiker te benaderen.¹²²

4.2. Ontgrendeling door middel van brute-force

In deze paragraaf zal ik bespreken in hoeverre ontgrendeling door middel van brute-force in strijd is met de in hoofdstuk drie beschreven rechten.

4.2.1. Ontgrendeling door middel van brute-force in het licht van nemo-teneturbeginsel

Een toegangscode *bestaat* afhankelijk van de wil van de verdachte, indien deze niet ergens is opgeschreven of opgeslagen.¹²³ Bij de meer moderne iPhone bijvoorbeeld bestaat de toegangscode veelal uit een cijfercode bestaande uit zes cijfers. Er zijn dan 1.000.000 cijfercombinaties mogelijk waaruit de verdachte kan kiezen. De verdachte heeft aldus invloed op de cijfercombinatie van een toegangscode en deze bestaat in beginsel afhankelijk van zijn wil. Wanneer de verdachte deze code niet heeft opgeschreven bestaat de code alleen in zijn geheugen. Anders dan Van Toor e.a. stellen¹²⁴ is voor de verkrijging van dit wilafhankelijke materiaal géén actieve bijdrage van de verdachte vereist in de vorm van een gewilde spierbeweging: de code kan namelijk worden *verkregen* door middel ‘brute-force’ indien de digitale gegevensdrager reeds in beslag is genomen. De verdachte hoeft geen fysieke handeling te verrichten en hoeft niet te spreken bij het brute-forcen van de toegangscode. Bij brute-forcen wordt aldus geen actieve en/of intellectuele medewerking van de verdachte verlangd en de medewerking betreft geen vorm van communicatie. Daarnaast wordt er op geen enkele wijze dwang op de verdachte uitgeoefend gedurende de ontgrendeling en wordt zijn medewerking niet gevorderd op straffe van eventuele vervolging voor overtreding van art. 180 of 184 Sr. Deze wijze van ontgrendeling is in die zin minder belastend voor de verdachte dan gedwongen biometrische ontgrendeling. Wanneer men echter stelt dat door brute-forcen het zwijgrecht wordt omzeild is brute-forcen in die zin meer belastend voor de verdachte dan gedwongen biometrische ontgrendeling. Daar ga ik in de volgende subparagraaf op in.

Zoals reeds gesteld komt het bij de EHRM-benadering van het nemo-teneturbeginsel aan op de vraag of er sprake is van naar aard en mate ongeoorloofde dwang en het gebruik van het op deze wijze verkregen bewijsmateriaal. Hierbij spelen de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit een belangrijke rol. Uiteindelijk dient dan beoordeeld te worden of het proces ‘as

¹²¹ Vgl. hier ook Ligthart, *DD* 2019/16, p. 229-230.

¹²² Vgl. Toor, van, *NJB* 2019/317, p. 406-407.

¹²³ Toor, van, e.a. *CR* 2020/131, p. 239-240.

¹²⁴ Toor, van, e.a. *CR* 2020/131, p. 240.

a whole' nog eerlijk is. Naar mijn mening is brute-force ontgrendeling op grond van art. 2.7.39 Sv (nieuw) in deze benadering niet in strijd met het nemo-teneturbeginsel en het recht op een eerlijk proces, aangezien er in het geheel geen dwang wordt gebruikt en de toegangscode kan worden *verkregen* zonder enige actieve (intellectuele) inspanning van de verdachte. In de 'material-based' benadering van de Hoge Raad lijken er op het eerste oog wel problemen te kunnen ontstaan: het antwoord op de vraag of het bewijsmateriaal naar haar inhoud al dan niet onafhankelijk van de wil van de verdachte in fysieke zin *bestaat*, bepaalt volgens de Hoge Raad namelijk in belangrijke mate of het nemo-teneturbeginsel wordt geschonden. Nu het bij brute-forcen om de verkrijging van materiaal dat afhankelijk van de wil bestaat gaat, lijkt het aannemen van een schending meer op de weg te liggen. De rechtbank Amsterdam oordeelde – in het vonnis dat uiteindelijk leidde tot het voornoemde arrest van de Hoge Raad uit februari 2021 – over het 'kraken' van toegangscode het volgende: “Indien de toegang tot het in beslag genomen voorwerp is beveiligd met bijvoorbeeld een toegangscode, is het de opsporingsambtenaren [*op grond van art. 94 jo. 95 en 6 Sv, toevoeging AH*] toegestaan deze beveiliging te kraken, zonder dat daarvoor de medewerking van een verdachte nodig is.”¹²⁵ De rechtbank acht het kraken van toegangscode aldus niet problematisch. Dat is mijns inziens te begrijpen nu het volgens de Hoge Raad uiteindelijk bepalend is of door het *gebruik* voor het bewijs van verkregen materiaal, het zwijgrecht en het nemo-teneturbeginsel wordt ontdaan van hun betekenis. Mijns inziens is in de benadering van de Hoge Raad brute-forcen ook niet in strijd met het nemo-teneturbeginsel. Bij brute-forcen wordt namelijk in het geheel geen dwang of actieve (intellectuele) medewerking van de verdachte vereist en wordt er niet rechtstreeks wilsafhankelijk bewijsmateriaal verkregen. Met 'rechtstreeks' bedoel ik dat de ontgrendeling zelf niet enig bewijsmateriaal oplevert. De doorzoeking van de gegevens van de ontgrendelde telefoon kan vervolgens wel bewijsmateriaal opleveren. Met het oog op de vereiste subsidiariteit is ontgrendeling door middel van brute-force mijns inziens daarnaast juist een ontgrendelingsmethode die ingezet kan worden voorafgaand aan eventueel gedwongen biometrische ontgrendeling.

4.2.2. Ontgrendeling door middel van brute-force in het licht van het zwijgrecht

Van Toor geeft aan dat bij het kraken van de vergrendeling de wil van de verdachte en het zwijgrecht wordt omzeild.¹²⁶ Hij beschouwt de toegangscode als 'content of the mind' en als informatie die 'mind' niet heeft verlaten. Deze informatie kan door de opsporingsinstanties normaal gesproken alleen worden verkregen als de verdachte een verklaring aflegt en in dit geval dient volgens Van Toor het zwijgrecht onverkort van toepassing te zijn. De informatie moet dan niet door omzeiling van de wil van de verdachte worden verkregen.¹²⁷ Van Toor stelt in het kader van het kraken van toegangscode verder het volgende: “Als wordt toegestaan dat informatie die enkel ligt opgeslagen in de hersenen van de verdachte op andere wijze mag worden verkregen (...) wordt het zwijgrecht een holle leus. Niet langer is het noodzakelijk de verdachte vragen te stellen en om te wachten op een antwoord, zijn wilsbepaling over zijn *content of the mind* wordt dan omzeild.”¹²⁸ Elders stelde hij ook al: “Door elke verkrijging van niet eerder geopenbaarde persoonlijke informatie, die normaliter alleen kan worden verkregen als de verdachte spreekt, te beschouwen als een verklaring, blijft de waarde van het zwijgrecht en daarmee ook de autonome keuze in het proces intact.”¹²⁹ Hij pleit er vervolgens voor dat informatie die de verdachte nooit en op geen enkele wijze heeft geopenbaard, onder

¹²⁵ Zie overweging 3.4.1.3.2. van de rechtbank, aangehaald in HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202.

¹²⁶ Toor, van, *CR 2017/2*, p. 10.

¹²⁷ Toor, van, *CR 2017/2*, p. 10.

¹²⁸ Toor, van, *CR 2017/2*, p. 10.

¹²⁹ Toor, van, *Het schuldige geheugen? (SteR nr. 32) 2017/7.5.*

bescherming van het zwijgrecht valt. Het kraken van een toegangscode is vervolgens alleen dan toegestaan als de code door de verdachte is geopenbaard, en dus ook via een andere wijze kan worden verkregen.

Naar mijn mening heeft Van Toor gelijk waar hij stelt dat de toegangscode ‘content of the mind’ is en het zwijgrecht wordt omzeild door een toegangscode te kraken. Anderzijds kan de toegangscode niet worden beschouwd als een verklaring. De toegangscode zegt op zichzelf niets over enige betrokkenheid bij een strafbaar feit. De code is te beschouwen als een sleutel voor een toegangsdeur voor een woning, of meer specifiek als de toegangscode voor het sleutelkastje waarin de sleutel voor de toegangsdeur van de woning zich bevindt. Na het kraken van een dergelijke code kan men de woning betreden en doorzoeken respectievelijk de digitale gegevensdrager ‘betreden’ en doorzoeken. Bij de vraag of ontgrendeling door middel van brute-force een schending van art. 6, eerste lid, EVRM oplevert komt het daarnaast uiteindelijk aan op de vraag of het strafproces ‘as a whole’ eerlijk is. Indien de ontgrendeling en met name de daaropvolgende doorzoeking van gegevens met voldoende rechtswaarborgen is omgeven is de ontgrendeling op grond van art. 2.7.39 Sv (nieuw) naar mijn mening dan ook niet in strijd met het zwijgrecht of het recht op een eerlijk proces.

5. Conclusie

Gedwongen biometrische ontgrendeling en ontgrendeling door middel van ‘brute-force’ zijn beiden ontgrendelingsmethoden om digitale gegevensdragers te beveiligen en te ontgrendelen. Bij biometrische ontgrendeling worden, eventueel met dwang, biometrische kenmerken van de verdachte gebruikt voor de ontgrendeling van digitale gegevensdragers. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het met dwang plaatsen van een vinger op de vingerafdrukscanner, het met dwang openhouden van oogleden zodat de iris kan worden gescand door de irisscanner en het met dwang stilhouden van het gezicht voor gezichtsherkenning zodat de gegevensdrager kan worden ontgrendeld. Ontgrendeling door middel van brute-force houdt kort gezegd in dat een pincode van een digitale gegevensdrager met behulp van een computer en bepaalde software wordt gekraakt. Beide ontgrendelingsmethoden worden op dit moment al in de opsporing toegepast, maar zij zijn niet expliciet geregeld in een wettelijk voorschrift.

Naar mijn mening is uit de rechtspraak af te leiden dat de grondslag voor de betreffende ontgrendelingsmethoden op dit moment impliciet gelegen is in bepalingen omtrent de inbeslagname, te weten art. 94 jo. 95 en 96 Sv. In het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt in art. 2.7.44, tweede lid expliciet een bevoegdheid voor gedwongen biometrische ontgrendeling gegeven en in art. 2.7.39 impliciet een bevoegdheid voor ontgrendeling door middel van brute-force. Deze bevoegdheden kunnen ook tegen de wil van de verdachte worden ingezet, eventueel met gebruik van lichamelijke dwang. Volgens de wetgever bestaat er zelfs een duldplicht voor het meewerken aan de biometrische ontgrendeling, ook voor een verdachte. Bij ontgrendeling door middel van brute-force wordt mogelijk het zwijgrecht van de verdachte omzeild. Hierdoor ontstaat mogelijk een spanning tussen deze bevoegdheden en de rechten van de verdachte die voortvloeien uit art. 6, eerste lid, EVRM. Mede gelet op de grote hoeveelheid persoonlijke gegevens die toegankelijk en inzichtelijk worden na ontgrendeling en de waarde daarvan voor de opsporingsinstanties en het Openbaar Ministerie, is het relevant om te bezien in hoeverre (biometrische) ontgrendeling, door middel van dwang of ‘brute-force’, verenigbaar is met de rechten die uit art. 6, eerste lid, EVRM voortvloeien. Mijn onderzoek richtte zich daarom op de volgende hoofdvraag:

In hoeverre is gedwongen biometrische ontgrendeling van digitale gegevensdragers van verdachten of ontgrendeling van dergelijke gegevensdragers door middel van ‘brute-force’, zoals voorgesteld in respectievelijk art. 2.7.44, tweede lid, (nieuw) Sv en impliciet in art. 2.7.39, eerste lid, (nieuw) Sv in overeenstemming met art. 6, eerste lid, EVRM.

Art. 6, eerste lid, EVRM geeft het recht op een eerlijk proces en het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht liggen in art. 6, eerste lid, EVRM besloten. Het zwijgrecht maakt mijns inziens daarbij onderdeel uit van het bredere nemo-teneturbeginsel. Het nemo-teneturbeginsel beschermt de verdachte tegen het gebruik voor het bewijs van materiaal dat door ongeoorloofde dwang is verkregen. Uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat het type bewijsmateriaal in dit kader wel een rol speelt, maar niet een beslissende. De verschillende omstandigheden van het geval zijn bepalend bij de beoordeling van de vraag of het nemo-teneturbeginsel is geschonden, waarbij het EHRM met name let op de aard en de mate van de gebruikte dwang en op het gebruik voor het bewijs van door middel van dwang verkregen bewijs. Bij de verkrijging van wilsafhankelijk materiaal, zoals een verklaring, is minder verregaande dwang toegelaten. Uiteindelijk moeten de voornoemde factoren worden geplaatst in de context van het bredere recht op een eerlijk proces en beziet het EHRM uiteindelijk of door de eventuele schending van het nemo-teneturbeginsel en/of het zwijgrecht nog sprake is van een eerlijk proces ‘as a whole’. De Hoge Raad is van mening dat het type bewijsmateriaal wel een beslissende rol speelt: het antwoord op de vraag of het materiaal naar haar inhoud al

dan niet onafhankelijk van de wil van de verdachte in fysieke zin *bestaat*, bepaalt in belangrijke mate of het nemo-teneturbeginsel wordt geschonden. De Hoge Raad acht, voor het antwoord op de vraag of het nemo-teneturbeginsel is geschonden, het uiteindelijk bepalend of door het *gebruik* voor het bewijs van dergelijk materiaal het zwijgrecht en het nemo-teneturbeginsel wordt ontdaan van hun betekenis. Het lijkt voor de Hoge Raad ook uiteindelijk aan te komen op de vraag of het proces ‘as a whole’ gezien eerlijk is geweest, het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht liggen namelijk aan de basis van het recht op een eerlijk proces zoals bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM.

Gedwongen biometrische ontgrendeling op grond van art. 2.7.44, tweede lid, Sv (nieuw) is naar mijn mening in beginsel niet in strijd met art. 6, eerste lid, EVRM. Dit wordt anders indien er sprake is van naar aard en mate ongeoorloofde dwang ter verkrijging van bewijsmateriaal, en dit bewijsmateriaal vervolgens van enige betekenis is voor de bewezenverklaring dan wel strafmaat. Bij de ontgrendeling moeten mijns inziens de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit strikt worden nageleefd en mag bewijs dat is verkregen door middel van naar aard en mate ongeoorloofde dwang, niet worden gebruikt voor de bewezenverklaring of de strafmaat. Wanneer met ongeoorloofde dwang verkregen bewijsmateriaal toch wordt gebruikt tegen de verdachte ligt het aannemen van een schending van art. 6, eerste lid, EVRM op de weg van de rechter. De opsporingsautoriteiten en het Openbaar Ministerie moeten derhalve (op voorhand) de eventuele inzet van de bevoegdheid van art. 2.7.44, tweede lid Sv (nieuw) afwegen en beoordelen naar de maatstaven van proportionaliteit en subsidiariteit.

Ontgrendeling door middel van brute-force is mijns inziens ook niet in strijd met art. 6, eerste lid, EVRM. Bij brute-forcen wordt namelijk in het geheel geen dwang of actieve (intellectuele) medewerking van de verdachte vereist en wordt er niet rechtstreeks wilsafhankelijk bewijsmateriaal verkregen. Er ontstaat derhalve geen strijd met het nemo-teneturbeginsel. De toegangscode is wel wilsafhankelijke ‘content of the mind’ en het zwijgrecht wordt omzeild door een toegangscode te kraken. Anderzijds kan de toegangscode niet worden beschouwd als een verklaring. Het komt daarnaast uiteindelijk aan op de vraag of het strafproces ‘as a whole’ eerlijk is. Indien de ontgrendeling en de eventuele daaropvolgende doorzoeking van gegevens met voldoende rechtswaarborgen is omgeven, is de ontgrendeling op grond van art. 2.7.39 Sv (nieuw) naar mijn mening dan ook niet in strijd met het zwijgrecht of het recht op een eerlijk proces. Ten slotte wil ik naar aanleiding van dit onderzoek ten aanzien van beide ontgrendelingsmethoden de wetgever een aantal aanbevelingen doen.

5.1. Aanbevelingen

Allereerst wil ik wat betreft de bevoegdheid tot gedwongen ontgrendeling ex art. 2.7.44, tweede lid Sv (nieuw) de wetgever aanbevelen om in de wetstekst of de voorgestelde algemene maatregel van bestuur expliciet te bepalen dat de gedwongen ontgrendeling altijd in overeenstemming dient te zijn met de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Daarbij kan bijvoorbeeld ook concreet al enige invulling gegeven worden aan deze vereisten door voor te schrijven dat in elk geval eerst de medewerking van de verdachte dient te worden gevraagd en dat daarna pas gebruik van de bevoegdheid van art. 2.7.44, tweede lid, Sv (nieuw) is toegestaan. Verder volstaat het huidige kader voor de inzet van bepaalde geweldsmiddelen niet. Handboeien mogen ingevolge art. 22 Ambtsinstructie voor de politie, Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren slechts ten behoeve van het *vervoer* worden aangebracht, met het oog op gevaar voor ontvluchting, dan wel met het oog op gevaar voor de veiligheid of het leven van de persoon die rechtens van zijn vrijheid is beroofd, van de ambtenaar of van derden. De inzet van handboeien voor bijvoorbeeld gedwongen ontgrendeling door middel van een vingerafdruk past niet binnen dit wettelijke kader. Derhalve dient voor de

inzet van geweldsmiddelen een wettelijk kader te worden gecreëerd, waarbij ook weer oog dient te zijn voor de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Mijns inziens verdient het aanbeveling dat de inzet van geweldsmiddelen ten behoeve van de gedwongen ontgrendeling een ‘ultimum remedium’ dient te zijn, wat alleen mogelijk is na toestemming daarvoor van een hogere (opsporings)autoriteit zoals de officier van justitie.

Voor de tweede behandelde ontgrendelingsmethode, te weten ontgrendeling door middel van brute-force, past mijns inziens een expliciete en aparte wettelijke grondslag beter dan de voorgestelde impliciete wettelijke grondslag. Hier kan ook weer de vergelijking worden getrokken met het betreden en vervolgens doorzoeken van een woning: voor betreding is een aparte en expliciete wettelijke grondslag vereist en die staat los van een eventuele daaropvolgende doorzoeking. Voor het ontgrendelen door middel van brute-force is naar mijn mening een bevel of de toestemming van een officier van justitie dan voldoende, aangezien nog niet duidelijk is of er een beperkt onderzoek dan wel een uitgebreid onderzoek en meer ingrijpend onderzoek gaat plaatsvinden. Voor het stelselmatige onderzoek in de digitale gegevensdrager is mijns inziens dan voorafgaande rechterlijke toetsing en aldus een machtiging van bijvoorbeeld de rechter-commissaris vereist. In het huidige digitale tijdperk kan men in digitale gegevensdragers namelijk bijzonder veel - wellicht meer dan in een woning – gevoelige persoonlijke informatie aantreffen. Deze laatste opmerking gaat wellicht het onderwerp van dit onderzoek te buiten, maar het gaat mij er uiteindelijk om dat het gelet op de legaliteit en rechtszekerheid beter past om de bevoegdheid tot ontgrendeling expliciet wettelijk te regelen.

Literatuurlijst

Beekhuis e.a. CR 2020/179

T. Beekhuis, C.M. Taylor Parkins-Ozephuis, W. Albers & D.A.G. van Toor, 'De ontgrendelplicht in rechtsvergelijkend perspectief (deel 2)', *Computerrecht* 2020/179, afl. 5, p. 178-220.

Bood, NJB 2018/1880

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

Corstens/Borgers & Kooijmans 2021

G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Egberts & Ferdinandusse, NJB 2019/316

M. Egberts & W. Ferdinandusse, 'Reactie op Alex Bood', *Nederlands Juristenblad* 2019/316, afl. 6, p. 404.

Keulen & Knigge 2020

B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

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', *Delikt en Delinkwent* 2019/16, afl. 3, p. 216-234.

Rapport Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk 2018

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

Stevens 2005

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

Stevens, DD 2007/54

L. Stevens, 'Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest', *Delikt en Delinkwent* 2007/54, afl. 7, p. 52-59.

Stevens, NJB 2019/315

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

Toor, van, Het schuldige geheugen? (SteR nr. 32) 2017

D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen? Een onderzoek naar het gebruik van hersenonderzoek als opsporingsmethode in het licht van eisen van instrumentaliteit en rechtsbescherming (Staat en Recht nr. 32) (diss. Nijmegen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Toor, van, CR 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, *NJB* 2019/317

D.A.G. van Toor, 'Het gedwongen ontgrendelen van een smartphone in het licht van het nemo-teneturbeginsel. Reactie op Boods 'Geef ze een vinger...'', *Nederlands Juristenblad* 2019/317, afl. 6, p. 405-407.

Toor, van, e.a. *CR* 2020/131

D.A.G. van Toor, W. Albers, C.M. Taylor Parkins-Ozephius & T. Beekhuis, 'De ontgrendelplicht in rechtsvergelijkend perspectief (deel 1)', *Computerrecht* 2020/131, afl. 4, p. 128-177.

Toor, van, *TBS&H* 2021/2

D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel bij digitale opsporingsbevoegdheden: oproep tot discussie over fundamentele bezinning van de normering van het opsporingsonderzoek in een digitale context', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2021/2, afl. 2, p.89-100.

Vries, de & Hurk, van den, *Onderzoek aan digitale-gegevensdragers. Een technische en juridische verkenning (PWS nr. 15) 2021*

S.J. de Vries & J.W. van den Hurk, *Onderzoek aan digitale-gegevensdragers. Een technische en juridische verkenning (Praktijkwijzer Strafrecht nr. 15)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Jurisprudentielijst

- Rechtbank

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

Rb Den Haag 12 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2983.

Rb Noord-Holland 14 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11578.

Rechtbank Rotterdam 14 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10283.

- Hoge Raad

HR 8 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7421, NJ 2008/455, m.nt. T.M. Schalken.

HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes.

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

HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:548.

HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:588.

HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:592.

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

- EHRM

EHRM 25 februari 1993, nr. 10828/84, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke tegen Frankrijk*).

EHRM 17 december 1996, nr. 19187/91, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders tegen Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 21 december 2000, nr. 36887/97, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn tegen Ierland*).

EHRM 21 december 2000, nr. 34720/97, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney & McGuinness tegen Ierland*).

EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97, ECLI:CE:ECHR:2000:0512JUD003539497 (*Khan tegen het Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B. tegen Zwitserland*).

EHRM 5 november 2002, nr. 48539/99, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan tegen het Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh tegen Duitsland*).

EHRM 29 juni 2007, nr. 15809/02 & 25624/02, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O'Halloran & Francis tegen het Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 10 januari 2008, nr. 58452/00 & 61920/00, ECLI:CE:ECHR:2008:0110JUD005845200 (*Luckhof & Spanner tegen Oostenrijk*).

EHRM 1 juni 2010, nr. 22978/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen tegen Duitsland*).

EHRM 16 juni 2015, 784/14 (*Van Weerelt tegen Nederland*).

EHRM 13 september 2016, nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim tegen het Verenigd Koninkrijk*).