



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Onderzoek aan smartphones post-Landek

Ouwerkerk, J.W.; Crijns, J.H.; Dubelaar, M.J.; Fedorova, M.I.; Lestrade, S.M.A.; Nab, E.A.J.

Citation

Ouwerkerk, J. W., & Crijns, J. H. (2025). Onderzoek aan smartphones post-Landek. In M. J. Dubelaar, M. I. Fedorova, S. M. A. Lestrade, & E. A. J. Nab (Eds.), *Redelijk en waarachtig* (pp. 179-195). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4292549>

Version: Publisher's Version

License: [Licensed under Article 25fa Copyright Act/Law \(Amendment Taverne\)](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4292549>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Onderzoek aan smartphones post-Landeck

Jannemieke Ouwerkerk & Jan Crijns

1 INLEIDING

In het werk van Piet Hein van Kempen, dat de breedte van het straf- en strafprocesrecht bestrijkt, heeft het aan aandacht voor de interactie van (Nederlands) straf(proces)recht met Europees recht en mensenrechten niet ontbroken. Sterker nog, zijn academische loopbaan ving met verscheidene bijdragen daarover aan, met als belangrijkste daarvan ontegenzeggelijk zijn proefschrift over de heropening van afgesloten (straf)procedures na veroordelingen door het EHRM, om schendingen van het EVRM te kunnen redresseren.¹ De doorwerking van Europese rechtspraak in de nationale – met name Nederlandse – strafrechtspleging is nadien een van de rode draden gebleven in het strafrechtswetenschappelijke werk van Piet Hein van Kempen.

Onze bijdrage handelt eveneens over de doorwerking van Europese rechtspraak, om precies te zijn: de doorwerking in het Nederlandse strafprocesrecht. Dat het daarbij geen Straatsburgse, maar Luxemburgse rechtspraak betreft, zegt niets over de onverminderde relevantie van het EVRM en de daarop gebaseerde rechtspraak van het EHRM, maar illustreert wel de sterk toegenomen – en nog immer toenemende – relevantie van het EU-recht en de daarop gebaseerde rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ). Centraal in deze bijdrage staat diens prejudiciële uitspraak in de zaak *Landeck*,² waarin het HvJ ingaat op de vraag welke eisen het toepasselijke Unierecht stelt aan strafvorderlijk onderzoek aan gegevens op elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken, zoals laptops, tablets en smartphones.³

¹ P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EHRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.

² HvJ EU 4 oktober 2024, C-584/21, ECLI:EU:C:2024:830 (CG/Bezirkshauptmannschaft Landeck), NJ 2025/115 m.nt. J.M. Reijntjes. Hierna in voetnoten kortweg aangeduid als HvJ *Landeck*.

³ Omwille van de leesbaarheid spreken wij in het navolgende korthedshalve van smartphones, maar de categorie die door deze jurisprudentie wordt bestreken, is in werkelijkheid dus

Inmiddels heeft de Hoge Raad zich al uitgesproken over de betekenis van het HvJ-arrest *Landeck* voor zijn in 2017 vormgegeven jurisprudentiële kader in de zogeheten *Smartphone*-arresten – en ook in de literatuur zijn verscheidene (deels andere) aspecten van *Landeck* en hun betekenis voor de Nederlandse strafvordering geadresseerd.⁴ In deze bijdrage borduren wij daarop voort en verkennen wij twee vraagstukken die nog verre van uitgekristalliseerd lijken te zijn. Het betreft ten eerste de omvang en gerichtheid van de door het HvJ vereiste voorafgaande evenredigheidstoets (die in Nederland bij de rechter-commissaris (hierna: R-C) is belegd) en ten tweede, in het verlengde daarvan, de eventuele verdere verwerking van de op de smartphone aangetroffen gegevens waartoe de R-C toegang heeft verleend.

2 DE UITSPRAAK IN LANDECK EN DE BIJSTELLING VAN HET SMARTPHONE-KADER

Dat de normering van strafvorderlijk onderzoek aan smartphones binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, is een gevolg van de vaststelling van EU-Richtlijn 2016/680.⁵ Deze richtlijn bevat Unie-brede voorschriften voor de bescherming van persoonsgegevens in de opsporing, vervolging en tenuitvoerlegging. Implementatie van Richtlijn 2016/80 heeft in Nederland plaatsgevonden door wijziging van de Wet politiegegevens (Wpg) en de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wjsg). Deze laatste regeling is voor onze bijdrage niet verder van belang; de uitspraak in *Landeck* heeft immers betrekking op gegevensbescherming in de fase van de opsporing, meer specifiek op de voorwaarden waaronder opsporingsdiensten toegang kunnen verkrijgen tot gegevens op smartphones. In de casus die ten grondslag lag aan *Landeck* hadden opsporingsambtenaren namelijk de mobiele telefoon van een verdachte inbeslaggenomen, nadat zij hem hadden aangetroffen in het bezit van een hoeveelheid cannabis. Op zijn weigering hen toegang te verlenen tot de verkeersgegevens

beduidend breder.

⁴ HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, NJ 2025/116, m.nt. J.M. Reijntjes; zie voorts de jurisprudentie- en literatuurverwijzingen in het vervolg van deze bijdrage.

⁵ Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad, *Publicatieblad EU* 2016, L 119/89 (in de Engelstalige literatuur staat deze richtlijn overigens bekend als de *Law Enforcement Directive*, kortweg de LED).

op zijn telefoon, hadden de opsporingsambtenaren vervolgens (tevergeefs) pogingen ondernomen om de telefoon te ontgrendelen en zo zichzelf toegang tot de gegevens op die telefoon te verschaffen. Zij baseerden zich daarbij op Oostenrijkse voorschriften met een algemeen toepassingsbereik. Aan de ontgrendelpogingen lag conform die voorschriften geen bevel of toestemming van een officier van justitie of (onderzoeks-)rechter ten grondslag.⁶

2.1 De uitspraak in Landeck

Deze gang van zaken riep in het licht van Richtlijn 2016/680 verschillende vragen op, zoals die naar de proportionaliteit van het handelen van de opsporingsambtenaren: rechtvaardigt een (relatief lichte) verdenking van softdrugsbezit het verkrijgen van toegang tot een smartphone en onderzoek naar de daarin aangetroffen gegevens? En konden de opsporingsambtenaren zelf besluiten tot het ondernemen van pogingen tot het verkrijgen van toegang tot de gegevens op de smartphone of is daarvoor in het licht van Richtlijn 2016/680 toestemming van een hogere autoriteit nodig? De verwijzende Oostenrijkse rechter vroeg zich meer specifiek af in hoeverre bovengenoemde werkwijze verenigbaar is met het in artikel 4 lid 1 onder c van Richtlijn 2016/680 neergelegde beginsel dat persoonsgegevens “toereikend, ter zake dienend en niet bovenmatig in verhouding tot de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt, zijn”.

In zijn antwoorden op de daarover geformuleerde prejudiciële vragen stelt het HvJ het hierin vervatte evenredigheidsbeginsel centraal (ook wel aangeduid als het “beginsel van de ‘minimale gegevensverwerking’”, par. 79). Kort en goed oordeelt het HvJ als volgt. De verzameling van persoonsgegevens hoeft *niet* beperkt te blijven tot gevallen waarin sprake is van (een verdenking van) zware criminaliteit (par. 97). Wel moet worden onderkend dat middels toegang tot gegevens op een mobiele telefoon zowel artikel 7 (recht op eerbiediging van het privéleven) als artikel 8 (recht op bescherming van persoonsgegevens) van het EU-Grondrechtenhandvest in het geding zijn (par. 95). Op basis van de verzamelde gegevens kunnen immers zeer precieze conclusies worden getrokken over het privéleven van betrokkenen (par. 93). Om die reden dient ter waarborging van de vereiste evenredigheid van inmenging een zorgvuldige belangenafweging plaats te vinden waarin ook de ernst van het strafbare feit in kwestie moet worden meegenomen (par. 96). Met name ter waarborging

⁶ Zie voor een kernachtige weergave van de feitelijke gang van zaken, de daaropvolgende procedure en de belangrijkste overwegingen van het HvJ ook de noot van J.M. Reijntjes bij de uitspraak in *NJ* 2025/115.

van die evenredigheid in “elk concreet geval” dient de toegang tot persoonsgegevens die het risico met zich brengen dat een (zeer) ernstige inmenging in de genoemde grondrechten plaatsvindt (wat dus geldt voor gegevens op een mobiele telefoon), vooraf te worden getoetst door een rechter of onafhankelijk bestuursorgaan (par. 102). Het is vervolgens aan deze onafhankelijke autoriteit om te beoordelen of in een individuele zaak het evenredigheidsbeginsel al dan niet aan het verlenen van toegang in de weg staat, waarbij deze ook tot het oordeel kan komen dat in het licht van dit beginsel de toegang tot bepaalde gegevens moet worden beperkt (par. 105).

2.2 Het bijgestelde Smartphone-kader van de Hoge Raad

Een specifiek op smartphones toegeruste wettelijke grondslag voor strafvorderlijk onderzoek aan persoonsgegevens kent het Nederlandse straf(proces)recht (nog) niet. Onderzoek aan (gegevens op) smartphones vindt plaats op basis van de bevoegdheden voor inbeslagneming en geldt dan als onderzoek aan een inbeslaggenomen voorwerp (zie met name de artikelen 94-96 Sv).⁷ In verband met de potentieel vergaande mate waarin dit onderzoek een inbreuk maakt op de privacy van betrokkenen, heeft de Hoge Raad in 2017, in de zogenaamde *Smartphone-arresten*, nadere eisen aan dit type onderzoek gesteld.⁸ Dat resulteerde in de welbekende driedeling, waarbij geldt dat hoe ingrijpender de verwachte privacy-inbreuk van het onderzoek aan een smartphone (naar verwachting) is, hoe hoger de autoriteit die daarover dient te beslissen. Meer concreet betekent dit dat de opsporingsambtenaar zelfstandig tot het onderzoek mag overgaan indien de verwachte inbreuk als beperkt kan worden beschouwd. Dit zal volgens de Hoge Raad in 2017 het geval kunnen zijn “indien het onderzoek slechts bestaat uit het raadplegen van een gering aantal bepaalde op de elektronische gegevensdrager of in het geautomatiseerde werk opgeslagen of beschikbare gegevens”. In gevallen waarin op voorhand kan worden verwacht dat het onderzoek zo verstrekkend is dat een min of meer compleet beeld van bepaalde aspecten van het privéleven van de gebruiker van de gegevensdrager of het geautomatiseerde werk kan worden verkregen, mag het onderzoek alleen geschieden na een daartoe strekkend bevel van de officier van justitie, waarbij deze gebruikmaakt

⁷ Hetzelfde geldt voor onderzoek aan andere elektronische gegevensdragers (bijv. USB-sticks) en geautomatiseerde werken (zoals laptops).

⁸ HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, NJ 2017/229, m.nt. Kooijmans; HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:588; en HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:592, NJ 2017/230, m.nt. Kooijmans.

van de aan hem in artikel 141 jo. artikel 148 Sv verleende bevoegdheden. Van een dergelijk geval zal volgens de Hoge Raad in 2017 in het bijzonder sprake kunnen zijn “wanneer het gaat om onderzoek van alle in de elektronische gegevensdrager of het geautomatiseerde werk opgeslagen of beschikbare gegevens met gebruikmaking van technische hulpmiddelen”. Tot slot wordt de R-C aangewezen als bevoegde autoriteit in de derde categorie van gevallen waarin op voorhand is te voorzien dat de privacy-inbreuk “zeer ingrijpend” zal zijn, waarbij de R-C gebruikmaakt van zijn in artikel 104 Sv vervatte bevoegdheid tot inbeslagneming.⁹

Deze driedeling is sinds het arrest van de Hoge Raad van 18 maart 2025 een tweedeling geworden. Het is een direct gevolg van het arrest *Landeck*, dat volgens de Hoge Raad een bijstelling vergt van de normering van onderzoek aan elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken, waaronder smartphones.¹⁰ Die bijstelling komt er in het kort op neer dat niet langer enkel bij het voorheen derde niveau van ingrijpendheid (een op voorhand voorzienbare “zeer ingrijpende” privacy-inbreuk)¹¹ voorafgaande toestemming van de R-C is vereist, maar thans evengoed bij het voorheen tweede niveau van ingrijpendheid (een “meer dan beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer”),¹² waarvoor eerder betrokkenheid van de officier van justitie volstond.¹³ Ingevolge de uitspraak in *Landeck* hoefde daarvoor overigens niet per se de R-C te worden aangewezen – het had ook een andere rechterlijke autoriteit of een onafhankelijk bestuursorgaan mogen zijn¹⁴ – maar in het Nederlandse

⁹ Zie bijv. HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584. De beide andere uitspraken waar de vorige voetnoot naar verwijst, bevatten gelijklopende rechtsoverwegingen. Een beknopte, overzichtelijke weergave van het *Smartphone*-kader geven C.M. Taylor Parkins-Ozephus & D.A.G. van Toor in par. 2.1. van hun artikel ‘Tweefactorauthenticatie. Post-Landeck-normering van het onderzoek aan de smartphone’, *NJB* 2025/982, p. 1388-1394. Zie voor een uitgebreidere bespreking van het in de *Smartphone*-arresten ontwikkelde kader o.a. L. Stevens, ‘Onderzoek in een smartphone. Zoeken naar een redelijke verhouding tussen privacybescherming en werkbare opsporing’, *AA* 2017, p. 730-735.

¹⁰ HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, r.o. 5.2.1. Zie voor een eerdere beknopte bespreking J.H. Crijns & M.J. Dubelaar, Rubriek Straf(proces)recht, *Ars Aequi KwartaalSignaal* 175, p. 10394-10395.

¹¹ Zie de aangehaalde rechtsoverwegingen in n. 8.

¹² HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, r.o. 5.2.8.

¹³ Zie de aangehaalde rechtsoverwegingen in n. 8.

¹⁴ HvJ *Landeck*, par. 102. In die formulering valt moeilijk te lezen dat de vereiste voorafgaande toetsing alsnog bij ‘het openbaar ministerie’ of ‘een officier van justitie’ zou kunnen worden belegd. Het bevreemdt dan ook dat de VVD-fractie recentelijk suggereerde dat de officier van justitie zou kunnen worden aangewezen als “rechterlijke instantie of onafhankelijke bestuurlijke autoriteit” (zie *Kamerstukken II* 2024/25, 32 317, nr. 949). Die suggestie blijkt geïnspireerd op een non-paper dat Nederland in 2023 – dus vóór de uitspraak in *Landeck* – in een JBZ-Raad

strafvorderlijk stelsel ligt aanwijzing van de R-C op dit moment het meest voor de hand.

2.3 Openstaande vragen

Of met de nieuwe tweedeling volledig aan de in *Landdeck* gestelde eisen is voldaan, wordt her en der betwijfeld. Zo is de vraag opgeworpen hoe beperkt de privacyinbreuk nu eigenlijk (altijd) is bij smartphoneonderzoek dat vanwege de vermeende beperktheid van de inbreuk zelfstandig door opsporingsambtenaren mag worden uitgevoerd (zowel voorheen als thans het laagste niveau van ingrijpendheid). Het gaat dan bijvoorbeeld om het oppervlakkig of vluchtig waarnemen van de meest recente communicatie,¹⁵ bijvoorbeeld om te zien met wie de verdachte het laatst heeft gebeld. Echter, ook dit type onderzoek kan feitelijk pas plaatshebben na ontgrendeling van de smartphone, zodat op dat moment al toegang bestaat tot *alle* informatie op die smartphone. Het is de vraag in hoeverre de (bedoelde en onbedoelde) kennisneming van méér gegevens dan wat de Hoge Raad nog als beperkte inbreuk bestempelt, dan nog goed valt te voorkomen en te controleren.¹⁶ Daarnaast wordt in de literatuur betwist dat de reikwijdte van de categorie ‘beperkte inbreuk’ ten opzichte van de eerdere driedeling volledig gelijk zou zijn gebleven.¹⁷ Die reikwijdte zou juist zijn ingeperkt, nu de Hoge Raad het op voorhand voorziene inzicht in “andersoortige gegevens” (waaronder begrepen foto’s en de inhoud van com-

inbracht en waarin werd voorgesteld Richtlijn 2016/80 zo te wijzigen dat naast rechterlijke autoriteiten ook de zaaksofficier van justitie (“a public prosecutor competent in the case concerned”) de bevoegdheid zou hebben om te beslissen over toegang tot persoonsgegevens, zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-1128836.pdf> (laatst geraadpleegd op 18 juli 2025). Voor dat voorstel bleek destijds onvoldoende steun te bestaan. Tegen de achtergrond van inmiddels behoorlijk bestendige rechtspraak van het HvJ over de vereiste rechterlijke betrokkenheid bij ingrijpende strafvorderlijke bevoegdheden, ligt toekomstige opvolging van het voorstel bepaald niet voor de hand.

¹⁵ Zie voor dit voorbeeld en andere voorbeelden HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, r.o. 5.2.2.

¹⁶ Redactioneel, ‘De benodigde machtiging van de rechter-commissaris na HvJ EU *Landdeck*: rechtswaarborg of papieren tijger?’, *NTS* 2025/2, p. 4. Zie tevens, zij het nog naar aanleiding van de conclusie van de AG in de zaak die leidde tot HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409: C.M. Taylor Parkins-Ozephius & D.A.G. van Toor, ‘My phone is my castle. Over de voorwaarden voor onderzoek aan smartphones in strafrechtelijke context’, *NTS* 2024/55, p. 200-201.

¹⁷ Iets wat in HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, r.o. 5.2.2 wel wordt gesuggereerd.

municatie) als ‘meer dan beperkte inbreuk’ kwalificeert.¹⁸ Op dit punt zou het aangepaste jurisprudentiële kader van de Hoge Raad dan ook verheldering verdienen.¹⁹

Ook op een ander punt bestaat twijfel over de verenigbaarheid van het bijgestelde *Smartphone*-kader met de uitspraak in *Landdeck*, namelijk waar het gaat om het moment waarop de R-C dient te worden ingeschakeld bij smartphoneonderzoek dat een méér dan beperkte privacyinbreuk behelst (in de nieuwe tweedeling het hoogste niveau van ingrijpendheid). Het is algemeen bekend dat in de praktijk na de eerste stap van het ontgrendelen van een smartphone voor strafvorderlijke doeleinden, doorgaans als tweede stap een *image* wordt gemaakt teneinde de gegevens veilig te stellen. Om deze gegevens vervolgens te mogen *onderzoeken*, dient in het huidige jurisprudentiële kader als derde stap een machtiging van de R-C te worden verkregen.²⁰ Maar de vraag is of dat wel de juiste interpretatie van de uitspraak in *Landdeck* is. Daarin gaat het namelijk om de *toegang* tot gegevens die volgens het HvJ voorafgaande (rechterlijke) toetsing vergt.²¹ Op basis van – onzes inziens – behoorlijk overtuigende argumenten is in de literatuur betoogd dat die toegang als zodanig al wordt bewerkstelligd door het middels een *image* veiligstellen van data op een smartphone – en niet pas door het daadwerkelijk onderzoeken van die data – zodat inderdaad aannemelijk is dat het Unierecht ook voor het maken van een *image* een voorafgaande (rechterlijke) toets vereist.²² Nu kan de vraag worden gesteld of de rechterlijke toetsing voorafgaand aan het maken van een *image* even indringend zal moeten zijn als de toetsing voorafgaand aan het daadwerkelijke onderzoek, maar om voornoemde redenen is er onzes inziens tamelijk weinig ruimte om de eerstgenoemde toetsing met een beperkte intensiteit te verrichten.

¹⁸ Zie HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, r.o. 5.2.4. Zie hierover Taylor Parkins-Ozephius & Van Toor 2025, 1391-1392; tevens J.J. Oerlemans, ‘Noot bij HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409’, *Computerrecht* 2025/90, punt 9, alsmede J.M. Reijntjes in zijn noot bij het arrest HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, *NJ* 2025/116, onder 5.

¹⁹ Het recent gewezen arrest HR 9 september 2025, ECLI:NL:HR:2025:1247 biedt alvast een aanzet nu de Hoge Raad (ook) hierin laat zien dat de categorie van de beperkte inbreuk restrictief moet worden uitgelegd.

²⁰ Zie HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, onder ‘9. Samenvatting’, waarin de vereiste toetsing door de R-C ‘enkel’ wordt betrokken op het doen van *onderzoek* aan smartphones, etc.

²¹ HvJ *Landdeck*, par. 102.

²² Zie met name Taylor Parkins-Ozephius & Van Toor 2025, par. 3.2, bij wiens analyse Oerlemans zich heeft aangesloten (zie Oerlemans 2025, punt 11). Minder stellig zijn de auteurs van het Redactioneel 2025, p. 5, al wordt het een “gemiste kans” genoemd dat de Hoge Raad dit punt niet expliciet adresseert.

Deze kwesties laten wij in het navolgende verder rusten. In het vervolg van deze bijdrage richten wij ons op de twee vragen naar aanleiding van *Landdeck* die wij aan het slot van de inleiding al aankondigden en die, ten eerste, zien op de omvang en gerichtheid van de door de R-C aan te leggen evenredigheids-toets en, ten tweede, de eventuele verdere verwerking van de op de smartphone aangetroffen gegevens indien eenmaal toegang is verleend. In aanloop naar de beantwoording van deze vragen is het van belang in herinnering te roepen dat verscheidene onderdelen van het onderzoeksproces kunnen worden onderscheiden die elk hun eigen normering kennen. Terwijl het Wetboek van Strafvordering (WvSv) primair beoogt de *verzameling* (inbeslagneming) van gegevens(dragers) te normeren, normeert het tegelijkertijd tevens het *onderzoek* aan die gegevens (nu de Hoge Raad ervan uitgaat dat de bevoegdheid tot inbeslagneming mede de bevoegdheid tot het doen van onderzoek impliceert); nadere normering van dit laatste volgt uit het, thans bijgestelde, *Smartphone*-kader van de Hoge Raad. Vervolgens heeft de uitspraak in *Landdeck* voornamelijk betrekking op de *toegang* tot persoonsgegevens, terwijl de onderliggende Richtlijn 2016/80 regels stelt omtrent de (verdere) *verwerking* van die gegevens (nu ook de toegang tot en het doen van onderzoek aan gegevens als verwerkingshandelingen kunnen worden beschouwd²³). Het blijkt evenwel niet altijd zo gemakkelijk om aan te wijzen welke handeling nu precies onder welk onderdeel van het onderzoeksproces valt, en evenmin is altijd even duidelijk hoe de Nederlandse en Unierechtelijke terminologie zich nu precies tot elkaar verhouden. Zoals zal blijken, werkt dat ook in meer of mindere mate door in de vraagstukken die wij in het navolgende adresseren.

3 OMVANG EN WERKBAARHEID VAN DE (RECHTERLIJKE) EVENREDIGHEIDSTOETS

Dát er een evenredigheidstoets moet plaatsvinden alvorens strafvorderlijk onderzoek aan een smartphone te mogen verrichten, is op basis van *Landdeck* duidelijk. Wát die evenredigheidstoets precies moet behelzen én hoe die nu gestalte moet krijgen, is een vraag die nog ten dele openstaat. In deze paragraaf zetten wij op een rij wat daarover uit de uitspraak in *Landdeck* valt af te leiden en verkennen wij de (mogelijke) consequenties voor Nederland.

Het uitgangspunt is helder. Het HvJ vereist in *Landdeck* een op het individuele geval gerichte toets, die plaatsheeft naar aanleiding van een met redenen omkleed verzoek om toegang tot een smartphone, met als mogelijke uitkomst

²³ Zie hierover nader par. 4 van deze bijdrage.

dat die toegang wordt geweigerd of beperkt als het evenredigheidsvereiste dat vergt.²⁴ De eis dat het verzoek om toegang met redenen wordt omkleed, moet faciliteren dat de toetsende autoriteit (in Nederland de R-C) werkelijk in staat is om alle elementen mee te wegen die het HvJ als relevant heeft aangemerkt (par. 89-101), teneinde te waarborgen dat het evenredigheidsbeginsel “in elk concreet geval” (par. 102) wordt nageleefd.

In verband hiermee heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de officier van justitie in zijn vordering aan de R-C “in voldoende concrete mate” dient te omschrijven *welk onderzoek* zou moeten worden gedaan en *hoe dat onderzoek dan wordt uitgevoerd*, alsmede dat de R-C zelf nadere eisen (ook in de vorm van beperkingen) kan stellen als die dat nodig acht.²⁵ Hetzelfde geldt wanneer het onderzoek aan gegevens plaatsheeft naar aanleiding van een door de R-C zelf verleend bevel op grond van artikel 177 lid 1 Sv, waarbij het wat en hoe bovendien kan blijken uit diens schriftelijke verslaglegging van de uitkomst van het onderzoek.²⁶ Specifieker wordt de Hoge Raad niet, wat met name de officier van justitie nogal in het ongewisse laat over hoe de onderbouwing van zijn vordering eruit moet zien – en daarmee ook in hoeverre die onderbouwing de R-C echt in staat zal stellen om de evenredigheid van toegang en onderzoek te toetsen. In de uitspraak in *Landdeck* zijn op dit punt echter wel enige aanwijzingen te vinden. Het HvJ gaat daarin namelijk vrij uitvoerig in op de elementen die in de evenredigheidstoets betrokken dienen te worden (par. 89-101; zie ook de vorige alinea). Daarop afgaand ligt het wat ons betreft in de rede dat de officier van justitie – naast de zo concreet mogelijke aanduiding van welk onderzoek moet worden gedaan, en hoe dit zal worden verricht – zoveel mogelijk informatie geeft over het strafbare feit of de strafbare feiten die aan de vordering ten grondslag liggen (par. 96), de relevantie van de te verkrijgen c.q. onderzoeken gegevens voor de vaststelling van dat feit/die feiten (par. 100) en over de verdenking (par. 100-101).²⁷

²⁴ HvJ *Landdeck*, par. 102 (“in elk concreet geval”) en 105. Zie in gelijke zin o.a. Taylor Parkins-Ozephuis & Van Toor 2025, par. 3.3, die spreken over een “materieel criterium”; en J.M. Reijntjes in zijn noot bij HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, NJ 2025/116, onder 5.

²⁵ HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, r.o. 5.2.5.

²⁶ HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, r.o. 5.2.7.

²⁷ Het HvJ merkt in het kader van de evenredigheidstoets ook de ernst van de grondrechteninmenging (die afhankelijk is van de aard en gevoeligheid van de persoonsgegevens op de smartphone) aan als relevant element om in de afweging te betrekken, maar nu het HvJ daaromtrent vervolgens vaststelt dat de toegang tot gegevens op een smartphone altijd een ernstige, of zelfs bijzonder ernstige inmenging betreft in de door de artikelen 7 en 8 EU-Grondrechtenhandvest gewaarborgde rechten, ligt het niet voor de hand dat de officier van justitie op dit punt een (uitgebreide) nadere onderbouwing geeft, zie HvJ *Landdeck*, par. 90-95.

Het is natuurlijk de vraag hoe concreet de informatie daadwerkelijk kan zijn die de officier van justitie daarover aan de R-C verstrekt, en dus hoe goed de R-C de evenredigheid en de noodzaak tot het stellen van eventuele beperkingen aan het onderzoek werkelijk kan beoordelen. Eenvoudig zal dat niet altijd zijn, integendeel. Zo geldt bijvoorbeeld met betrekking tot de ernst van het strafbare feit in verband waarmee toestemming voor smartphoneonderzoek wordt gevraagd – en dat volgens het HvJ nota bene “een van de belangrijkste parameters is bij de toetsing van de evenredigheid”²⁸ – dat in de fase waarin het onderzoek zich dan bevindt, de ernst nog helemaal niet hoeft vast te staan. Sterker nog, niet zelden zal de ernst van het feit pas duidelijk worden nadát de smartphone is onderzocht. De vraag is dan ook in welke mate de ernst van het feit moet vaststaan om adequaat in de evenredigheidstoets betrokken te kunnen worden. Daarmee samenhangend rijst de vraag of de uitspraak in *Landeck* enige ruimte laat voor de R-C om tot op zekere hoogte op die ernst te anticiperen.

Deze vraag komt als zodanig niet in de uitspraak aan bod. Bovendien lijkt een anticiperende toetsing van evenredigheid op het eerste gezicht behoorlijk in tegenspraak met het concept van een voorafgaande toets. Daar staat tegenover dat het HvJ in *Landeck* wel specifiek benoemt dat de evenredigheidstoets als uitkomst kan hebben dat de toegang tot de gegevens op een smartphone (en dus ook het onderzoek aan die gegevens) wordt beperkt (par. 105). Nu kan op basis daarvan niet worden vastgesteld dat de ernst van het feit inderdaad enigszins anticiperend mag worden getoetst, maar met de gegeven ruimte voor de R-C om beperkingen aan toegang en onderzoek te stellen, ontstaat op zichzelf ook ruimte om door middel van beperkingen compensatie te bieden voor de mate waarin in een voorkomend geval de ernst van het feit anticiperend is getoetst. Het is de vraag of het HvJ dat zal accorderen, maar ondenkbaar is het in onze optiek niet, aangezien het op zichzelf zou passen in de “afweging van alle relevante elementen” die de in *Landeck* voorgeschreven evenredigheidstoets behelst.

Het stellen van beperkingen ter compensatie van een anticiperende toetsing zou bijvoorbeeld kunnen worden vormgegeven via fasering van toegestane toegang of toegestaan onderzoek. Deze mogelijke vorm van beperkingen werd genoemd in de uitspraak van het gerechtshof Den Haag, die in cassatie leidde tot het bijgestelde *Smartphone*-arrest van de Hoge Raad. De fasering waar het gerechtshof op doelt, houdt in dat de R-C tussentijds beslist of het

²⁸ HvJ *Landeck*, par. 96.

gewenste onderzoek kan worden uitgebreid of eventueel verder ingeperkt.²⁹ Weliswaar heeft het gerechtshof daarbij niet het oog gehad op anticiperende toetsing, maar vanuit dat perspectief is fasering mogelijk wel een interessante optie.

Dan resteert de vraag hoe de vereiste concrete evenredigheidstoets door de R-C praktisch gezien gestalte moet krijgen in de Nederlandse strafrechtspraktijk. Al meermaals is gewezen op de forse werklastverzwaring voor de kabinetten rechter-commissaris, niet enkel vanwege de extra taak die er bijgekomen is, maar ook vanwege de tijdsdruk die gemoeid is met het in korte tijd beoordelen van de evenredigheid van het gevorderde smartphoneonderzoek en het beslissen over eventuele voorwaarden en beperkingen.³⁰ Dat geldt te meer als ervan moet worden uitgegaan dat reeds het maken van een *image* voorafgaande toetsing vereist.³¹ Op de verregaande implicaties die dit voor de dagelijkse strafrechtspraktijk heeft, zijn verschillende reacties denkbaar. Zo kan getracht worden om de uitspraak in *Landek* zo beperkt mogelijk uit te leggen, of zo toe te passen dat de werklastverzwaring zo minimaal mogelijk blijft. In beide gevallen zou dat ertoe kunnen leiden dat de R-C zo sterk gaat leunen op het voorbereidende werk van politie en OM dat van een eigen, op het voorliggende geval toegespitste, afweging niet of nauwelijks meer sprake is. Dit laatste is evengoed het gevaar als uit oogpunt van werklastbesparing gewerkt zou worden met standaard tekstblokken of iets dergelijks.³² Hoe begrijpelijk deze reacties ook moge zijn, ze zijn wat ons betreft niet goed verenigbaar met

²⁹ Zie de weergave van de betreffende overwegingen van het gerechtshof Den Haag in HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, r.o. 6.3.2. De Hoge Raad laat de uitspraak van het gerechtshof op dit punt in stand, zodat er geen aanleiding is te denken dat het een voor de Hoge Raad ondenkbare beperking betreft.

³⁰ Vgl. Taylor Parkins-Ozephuis & Van Toor 2025, par. 3.3; Redactioneel 2025, p. 5-6 ; en J.M. Reijntjes in zijn noot bij HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, NJ 2025/116, onder 7. In dit verband moet ook worden bedacht dat de R-C de laatste jaren vaker is aangekeken als de redder in nood. Vgl. bijvoorbeeld de rol die de R-C in de jurisprudentie van de Hoge Raad toebedeeld heeft gekregen bij het waarborgen van het verschoningsrecht in het kader van het onderzoek naar grootschalige digitale databestanden, zie HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375, NJ 2024/318, m.nt. P.A.M. Mevis. Ook Europeesrechtelijke jurisprudentie heeft al meermalen geleid tot een uitbreiding van de rol van de R-C, zoals in het kader van het uitvaardigen van een Europees arrestatiebevel (HvJ EU 27 mei 2019, C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456/457 (*OG en PI*) of in relatie tot het vorderen van verkeersgegevens (HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (*HK/Prokuratuur*) en HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, NJ 2022/354, m.nt. J.W. Ouwerkerk).

³¹ Vgl. voetnoten 209-22 en de bijbehorende hoofdtekst.

³² Daarvan zou sinds de uitspraak in *Landek* sprake zijn, zowel voor vorderingen als voor machtingen, zie *Kamerstukken II* 2024/25, 32 317, nr. 949.

wat het HvJ in *Landeck* voorstaat en evenmin met wat de Hoge Raad in verband daarmee voor ogen heeft. Het is dan ook behoorlijk risicovol om de randen van het *Landeck*- en bijgestelde *Smartphone*-kader op te zoeken, zeker gelet op het *ex tunc* karakter van het Unierecht en de daaraan gegeven uitleg door het HvJ.³³

4 DE VERDERE VERWERKING VAN OP EEN SMARTPHONE AANGETROFFEN GEGEVENS

Een vervolgvraag is of, en in hoeverre het de opsporingsautoriteiten vrijstaat de gegevens verder te verwerken nadat de R-C toegang heeft verleend tot de smartphone. De toetsing die de R-C heeft verricht, richt zich immers op de evenredigheid van het onderzoek naar de gegevens in het licht van de verdenking in de zaak waarin de toegang tot de smartphone wordt verzocht. Daarmee is echter nog niet de vraag beantwoord wat het verlenen van toegang door de R-C – waarbij het verkrijgen van toegang tot en het doen van onderzoek aan die gegevens ook als een vorm van verwerking kunnen worden beschouwd (vgl. het vervolg van deze paragraaf) – betekent voor de *verdere* verwerking van dezelfde gegevens in een andere context dan die van de zaak waarin de toegang wordt verzocht, bijvoorbeeld in verband met een verdenking jegens dezelfde verdachte wegens een ander feit, een verdenking jegens een andere verdachte in hetzelfde feitencomplex en/of een verdenking jegens een andere verdachte wegens een ander feit. Is een dergelijke verdere verwerking mogelijk op eigen gezag van de opsporingsautoriteiten – nu zij reeds over de betreffende gegevens beschikken – of is ook dan (steeds) een voorafgaande toetsing door de R-C vereist? En als dit laatste het geval is: hoe intensief moet de R-C dan (steeds) opnieuw kijken, mede in het licht van het feit dat de betreffende gegevens al in handen zijn van politie en OM?

Over deze vragen heeft het HvJ zich in *Landeck* niet rechtstreeks uitgelaten, maar de uitspraak heeft wel tot gevolg dat zij zich thans nijpender dan ooit voordoen. Deze vragen zijn echter nog niet zo gemakkelijk te beantwoorden, mede omdat zij raken aan het onderscheid tussen het *vergaren* van gegevens enerzijds en het (verder) *verwerken* van gegevens anderzijds. Waar het eerste primair wordt bestreken door de regels van strafvordering, wordt het tweede primair genormeerd door de regels van het gegevensbeschermingsrecht (in dit

³³ P.A.M. Verrest, 'De invloed van het Handvest op het Nederlands strafrecht', in J.H. Gerards e.a. (red.), *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde. Preadviezen*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 153^e jaargang, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 172-173.

geval de Wpg, waarin dan ook de implementatie van Richtlijn 2016/80 heeft plaatsgevonden).³⁴ Vanuit opsporingsperspectief zou het dan voor de hand kunnen liggen te beredeneren dat bij de *verdere* verwerking van reeds vergaarde gegevens de regels van strafvordering niet van toepassing zijn en enkel de Wpg in acht hoeft te worden genomen. Nu daarin geen rol voor de R-C is voorzien, zouden de opsporingsautoriteiten deze verdere verwerking van de eenmaal ontsloten gegevens geheel tot het domein van hun eigen bevoegdheden kunnen rekenen. De redenering zou dan in feite neerkomen op 'eens toegang verleend, is altijd toegang verleend' (en dan ook voor alle mogelijke doeleinden). Met *Landdeck* in het achterhoofd, ligt een onverkorte aanvaarding van deze stellingname evenwel niet direct voor de hand. In het navolgende brengen wij in kaart welke gezichtspunten kunnen worden ontleend aan de uitspraak in *Landdeck* alsmede aan het daaraan ten grondslag liggende Unierecht, die behulpzaam zouden kunnen zijn bij een nadere verkenning van de mogelijkheden tot verdere verwerking van reeds vergaarde gegevens, en de daaraan te stellen beperkingen.

Tegen onverkorte aanvaarding van het motto 'eens toegang verleend, is altijd toegang verleend', pleit allereerst dat de wijze waarop in de Nederlandse regelgeving het onderscheid tussen vergaren en (verder) verwerken van gegevens wordt geregeld, niet één op één overeenkomt met de reikwijdte en vormgeving van het toepasselijke Unierecht. Onder meer Schermer & Custers hebben er al op gewezen dat de Wpg, in lijn met Richtlijn 2016/80, een ruime definitie van verwerking hanteert, waar ook het verzamelen van persoonsgegevens onder valt (zie artikel 1 onder c Wpg en artikel 3 lid 2 Richtlijn 2016/80).³⁵ En omgekeerd beperkt het WvSv zich niet tot de normering van de verzameling van persoonsgegevens alleen, want het gebruik van die gegevens ligt als zodanig al in de bevoegdheid tot vergaring besloten (in de *Smartphone*-arresten is dat gebruik nader genormeerd),³⁶ op basis waarvan wordt aangenomen dat het strafvorderlijk kader óók de verwerking van gegevens normmeert (al moet ook worden vastgesteld dat het WvSv doorgaans weinig nadere regels stelt omtrent het gebruik van gegevens, reden waarom de Hoge Raad op dit punt nogal eens moet bijspringen).³⁷ Dit betekent dat de verzameling én de verwerking van persoonsgegevens voor

³⁴ Vgl. de inleidende bewoordingen en het slot van par. 2 van deze bijdrage.

³⁵ B.W. Schermer & B.H.M. Custers, 'Modernisering strafvordering en de bescherming van persoonsgegevens in het opsporingsonderzoek', *DD* 2024/45, p. 668.

³⁶ M.I. Fedorova e.a., *Strafvorderlijke gegevensverwerking. Een verkennende studie naar de relevante gezichtspunten bij de normering van het verwerken van persoonsgegevens voor strafvorderlijke doeleinden* (WODC-rapport), Nijmegen: Radboud University Press 2022, p. 17.

³⁷ Fedorova 2022, p. 18-19; Tevens Schermer & Custers 2024, p. 669.

strafvorderlijke doeleinden, en als onderdeel van de verwerking dus ook het onderzoek aan die gegevens, worden genormeerd door zowel het WvSv als de Wpg. Logischerwijze is de toegang tot die gegevens daar ook bij inbegrepen, als noodzakelijke voorwaarde voor het überhaupt kunnen gebruiken van de vergaarde persoonsgegevens. Welnu, de uitspraak in *Landeck* heeft ten enenmale bevestigd dat een strikte scheiding (“de harde knip”³⁸) tussen verzameling en verwerking van persoonsgegevens geen basis heeft in het Unierecht.³⁹ Het verklaart vervolgens ook waarom de uitspraak in *Landeck* zulke directe implicaties heeft voor het strafvorderlijk kader (ook al zou dit kader niet primair gericht zijn op de normering van de in de richtlijn geregelde verwerking), alsmede waarom het niet houdbaar is om in het kader van de (verdere) verwerking enkel het kader van de Wpg te hanteren, althans dat kader niet mede indachtig *Landeck* in te vullen. Met de vaststelling immers dat de verwerking van gegevens in de zin van de Wpg ook de verzameling van gegevens omvat, en dat de toegang tot die gegevens en het gebruik daarvan daar tevens deel van uitmaken, kan het eigenlijk niet anders dan dat ook de in artikel 3 lid 2 Wpg vervatte evenredigheidstoets *Landeck*-conform dient plaats te vinden.

Tegen het onverkort hanteren van het motto ‘eens toegang verleend, is altijd toegang verleend’, pleit ten tweede, en in meer algemene zin, dat het Unierechtelijke gegevensbeschermingsrecht nu eenmaal een behoorlijke terughoudendheid propageert die maar moeilijk verenigbaar lijkt met het genoemde motto. Die terughoudendheid hangt natuurlijk samen met de tweeledige doelstelling van Richtlijn 2016/680, waarin de beginselen en regels zijn neergelegd voor de Handvestconforme bescherming van persoonsgegevens in een strafvorderlijke context. Deze beginselen en regels beogen aan de ene kant de uitwisseling van persoonsgegevens binnen de Unie (dus ook tussen lidstaten) te vergemakkelijken, maar dan wel, en dat is de tweede kant, op een wijze die een hoog beschermingsniveau van persoonsgegevens garandeert. Zonder dat laatste zou de uit gegevensuitwisseling voortvloeiende of daarmee verband houdende grensoverschrijdende politie- en justitiesamenwerking juist aan effectiviteit inboeten.⁴⁰ Tegen die achtergrond achten wij het verre van waarschijnlijk dat een eens verleende toegang tot een smartphone – een toegang immers die bovendien werd verleend naar aanleiding van een op het individuele geval toegespitste vordering en evenredigheidsbeoordeling – vervolgens de weg zou vrijmaken om in eender welke andere zaak en voor welk doel de gegevens op die smartphone zonder meer opnieuw te gebruiken. De implicatie daarvan

³⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 3.

³⁹ Zie bijv. HvJ *Landeck*, par. 80.

⁴⁰ Vgl. onder meer de overwegingen 1-4 van de preambule bij Richtlijn 2016/80.

zou immers ook zijn dat persoonsgegevens de grens over kunnen gaan zonder dat de toegang tot die gegevens onderworpen zijn geweest aan een op het onderliggende opsporingsonderzoek toegespitste *Landeck*-conforme evenredigheidstoets, omdat die evenredigheidstoets heeft plaatsgevonden in een eerder opsporingsonderzoek (tegen mogelijk een andere verdachte). Een zo verstrekkend gevolg lijkt ons niet verenigbaar met de nadrukkelijke terughoudendheid die Richtlijn 2016/80 voorstaat, zoals blijkt uit zowel de doelstellingen als de in artikel 4 lid 1 neergelegde beginselen, en die door het HvJ in *Landeck* is onderstreept voor wat betreft de toegang tot gegevens op een smartphone.

Toch impliceert het voorgaande volgens ons niet meteen dat elke onderzoekshandeling die strekt tot verdere verwerking van reeds vergaarde smartphonedata voorafgaande toetsing door de R-C zou vergen. Om te beginnen biedt het (Unierechtelijke) gegevensbeschermingsrecht daar op dit moment, naar onze inschatting, geen duidelijke aanknopingspunten voor. Bovendien, door ook voor verdere verwerking stevast voorafgaande toetsing door de R-C te vereisen, zou worden miskend dat de feitelijke situatie van verdere verwerking een heel ander startpunt kent (de autoriteiten beschikken al over de gegevens) dan de situatie waar *Landeck* op ziet (toegang tot de gegevens is gewenst, maar is er nog niet). Niet voor niets bestaan voor de verdere verwerking van gegevens separate voorschriften met daarop toegesneden voorwaarden, zoals in het geval van doelafwijkende verwerking (zie bijv. artikel 4 lid 2 Richtlijn 2016/80; artikel 3 lid 3 Wpg). Over de precieze betekenis van die voorwaarden heeft het HvJ zich nog niet uitgelaten, zodat thans bijvoorbeeld onzeker is of voor doelafwijkende verwerking van gegevens opnieuw een voorafgaande toetsing (door de R-C of anderszins) is vereist.⁴¹ Dat het HvJ een dergelijke voorwaarde in de genoemde bepaling inleest, is echter niet geheel ondenkbaar nu ook daarin het evenredigheidsvereiste een belangrijke plaats heeft (artikel 4 lid 2 onder b).

Bij die stand van zaken, en indachtig de balans die het HvJ in *Landeck* tracht te bewerkstelligen tussen de belangen van effectieve rechtshandhaving en een hoge mate van gegevensbescherming, laat een benadering tussen beide uitersten zich dan ook het beste denken. Om daarbij recht te doen aan de uiteenlopende mate van ingrijpendheid die de verdere verwerking kan hebben voor de persoonlijke levenssfeer van de verschillende betrokkenen, ligt het met name voor de hand om te onderscheiden tussen situaties waarin de verdere verwerking ziet op een (nieuwe) verdenking jegens *dezelfde verdachte* of jegens

⁴¹ In HvJ EU 8 december 2022, C-180/21, ECLI:EU:C:2022:967 gaat het in verband met de betreffende richtlijnbeepaling enkel over de vraag wanneer sprake is van een “ander doel” en in HvJ EU 28 november 2024, C-80/23, ECLI:EU:C:2024:991 over de beoordeling van het noodzakelijkheidsvereiste in relatie tot de verwerking van gevoelige gegevens.

een *andere verdachte*. En voor zover een andere verdachte in beeld is gekomen, zou het voorts denkbaar zijn dat onderscheid wordt gemaakt tussen situaties waarin de verdere verwerking verband houdt met *hetzelfde feitencomplex* als waar het bij de oorspronkelijke verdachte om ging of om een (heel) *ander feit*. Uit *Landeck* weten we dat groot belang wordt gehecht aan een op het individuele geval toegespitste evenredigheidsbeoordeling en dat in het kader daarvan de ernst van het feit als een van de belangrijkste parameters is aangemerkt. In lijn daarmee ligt het in de rede dat de verdere verwerking in elk geval *dán* opnieuw aan voorafgaande toetsing (door de R-C) wordt onderworpen als die verband houdt met een verdenking jegens een andere verdachte, en zeker als die verdenking ook nog eens een (heel) *ander feit* betreft, terwijl in de andere gevallen verdedigbaar is dat geen voorafgaande toetsing plaatsvindt, of in ieder geval een minder intensieve toetsing.

5 TOT BESLUIT

Het is niet ondenkbaar dat de vraagstukken die in deze bijdrage besproken zijn, en die verband houden met de uitspraak van het HvJ in de zaak *Landeck*, op enig moment op het bureau van Piet Hein van Kempen of één van zijn collega-advocaten-generaal zullen liggen. Wij hopen dat de uiteenzetting van – volgens ons – relevante en richtinggevende gezichtspunten dan enigszins van nut zullen blijken voor toekomstige rechtspraak van de Hoge Raad over de omvang van een werkbare evenredigheidstoetsing door de R-C en voor de kaders voor de verdere verwerking van smartphonedata. Het zal geen overbodige luxe zijn als toekomstige rechtspraak daaromtrent nadere richting kan verschaffen, gezien de terechte zorgen en vragen over de betekenis en werkbareheid van de tot op heden gegeven kaders in *Landeck* – kaders die ten dele immers nog op verschillende manieren (kunnen) worden geïnterpreteerd en geïmplementeerd.

Voor die toekomstige rechtspraak is niet enkel de Hoge Raad aan zet. Als hoogste rechter in Nederland kan de Hoge Raad er ook toe besluiten – soms is hij er zelfs toe gehouden⁴² – om met *Landeck* verband houdende (vervolg)vragen door een prejudiciële verwijzing voor te leggen aan het HvJ. Dat kan daarnaast ook gebeuren op initiatief van rechters uit andere EU-lidstaten, voor wie de

⁴² De Hoge Raad is daartoe gehouden als er onduidelijkheid bestaat over de uitleg of toepassing van EU-recht, terwijl tegen de door hem genomen beslissingen, als hoogste rechter in Nederland, geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat, en er geen sprake is van een *acte clair* of *acte éclairé*, zie HvJ EU 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*).

kaders van *Landek* immers evengoed gelden. Dat hoeven dan overigens niet per se hoogste nationale rechters te zijn; mogelijk ten overvloede roepen wij in herinnering dat ingevolge artikel 267 VWEU elke “rechterlijke instantie” in een der lidstaten bevoegd is tot het stellen van prejudiciële vragen. En zonder afbreuk te willen doen aan de praktische bezwaren die er tegen het gebruik van deze procedure bestaan (met name de duur van de procedure⁴³), biedt deze op de langere termijn wel een uitgelezen kans op inspraak in de ontwikkeling van het EU-recht op dit punt, en op meer duidelijkheid over het geldende juridisch kader voor smartphoneonderzoek. In verband hiermee wijzen wij er ook op dat de keuze om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ niet zelden wordt uitgelokt door goede argumenten van OM en/of verdediging in die richting. Zo bezien is de gehele strafrechtspraktijk aan zet.

Het voorgaande laat de verantwoordelijkheid van de wetgever uiteraard onverlet, zeker nu inwerkingtreding van een nieuw Wetboek van Strafvordering steeds dichterbij komt. Zo is het voorgestelde artikel 2.7.38 Sv waarin het *Smartphone*-kader van de Hoge Raad uit 2017 van een wettelijke basis zou worden voorzien, nu al achterhaald⁴⁴ – niet alleen omdat deze bepaling in strijd met *Landek* de beslissing inzake stelselmatig onderzoek van inbeslaggenomen gegevens (op o.a. smartphones) in handen van de officier van justitie legt (lid 1; pas bij ingrijpend stelselmatig onderzoek is een machtiging van de R-C vereist, lid 2),⁴⁵ maar ook omdat daarin nog wordt uitgegaan van een driedeling, terwijl het nieuwe *Smartphone*-kader van de Hoge Raad een tweedeling behelst. Bij het opnieuw formuleren van deze bepaling zou de wetgever zich moeten afvragen hoe de regeling zo kan worden ingericht dat deze niet alleen *Landek*-conform maar ook werkbaar voor de strafrechtspraktijk is. Tot slot geeft de uitspraak in *Landek* andermaal aanleiding voor de wetgever om zich te herbezinnen op het kunstmatige onderscheid tussen de Nederlandse juridische kaders voor het verzamelen van gegevens (WvSv) en de verwerking ervan (Wpg), en om in plaats daarvan een gemeenschappelijk juridisch kader te ontwikkelen, of althans juridische kaders die beter op elkaar en de benadering binnen het Unierecht zijn afgestemd.⁴⁶

⁴³ Gemiddeld twaalf tot achttien maanden, tenzij op verzoek van de verwijzende rechter de spoedprocedure (PPU) wordt gevolgd (wat gebruikelijk is als verdachte gedetineerd is); in dat geval duurt de procedure zo’n vier maanden.

⁴⁴ Zie voor een vergelijkbare conclusie Oerlemans 2025, punt 12. Zie voorts over de noodzaak van een specifieke wettelijke grondslag voor het doen van onderzoek aan smartphones de noot van J.M. Reijntjes bij HR 18 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:409, NJ 2025/116, onder 6,

⁴⁵ Zie het gewijzigd voorstel van wet, *Kamerstukken II* 2024/25, 36 327, nr. C.

⁴⁶ Zie voor eerdere pleidooien in die richting onder meer Fedorova e.a. 2022, p. 157-161 en Schermer & Custers 2024, p. 672.