

Artikel

Geef mij toegang tot uw smartphone!

Een zoektocht naar de wettelijke grondslag van de gedwongen biometrische ontgrendeling van de smartphone

Mr. W. Albers, mr. T. Beekhuis en mr. C.M. Taylor Parkins-Ozephius*

1. Inleiding

In de literatuur zijn al vele kritische pennen in beweging gebracht over de gedwongen biometrische ontgrendeling¹ (hierna: ontgrendeling) van een smartphone in relatie tot het nemo tenetur-beginsel.² Een onderbelicht aspect in deze kritieken is de wettelijke grondslag van de opsporingsbevoegdheid om de verdachte op voornoemde wijze te dwingen zijn telefoon te ontgrendelen. Een specifieke wettelijke grondslag hiertoe ontbreekt en uit de lagere rechtspraak blijkt dat rechters op zoek zijn naar een toepasselijke wettelijke grondslag. Zo verwijst Rechtbank Noord-Holland in haar uitspraak van 14 december 2018 naar artikel 3 Politiewet 2012 (hierna:

Pw) en artikel 61a Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) en op 28 februari 2019 naar de algemene bepalingen van inbeslagname (artikelen 94 jo. 95. jo 96 Sv).³ De Rechtbank Den Haag evenals de Rechtbank Rotterdam laten in hun vonnissen van respectievelijk 12 maart 2018 en 14 december 2018 onbesproken op basis van welke wettelijke grondslag de verdachte is gevorderd zijn telefoon te ontgrendelen.⁴

Relevant om te bespreken in het onderstaande zijn allereerst de in de lagere rechtspraak benoemde verschillende mogelijke wettelijke grondslagen voor ontgrendeling (§ 2). Ten tweede zal worden ingegaan op de inhoud en reikwijdte van artikel 1 Sv en artikel 8 EVRM. Immers, opsporingsbevoegdheden die een inbreuk maken op het recht op privacy en de bescherming van de lichamelijke integriteit van betrokken burgers, moeten voldoen aan de hieruit voortvloeiende vereisten (§ 3). Ten derde zal de gedwongen ontgrendeling worden gezien in het licht van voornoemde bepalingen (§ 4). Afgerond wordt met een aantal nadere beschouwingen waarin de problematiek in een bredere context wordt weergegeven (§ 5). Volledigheidshalve wordt in dit verband opgemerkt dat het in deze bijdrage niet gaat om het onderzoek aan de smartphone als zodanig: centraal staat het verkrijgen van toegang tot de smartphone door

173

* Mr. W. (Willemijn) Albers is docent Straf(proces)recht bij het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen aan de Universiteit Utrecht. Mr. T. (Tekla) Beekhuis is promovenda bij het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht. Mr. C.M. (Celine) Taylor Parkins-Ozephius is docent Straf(proces)recht bij het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen aan de Universiteit Utrecht.

1. Dit is het ontgrendelen middels gebruikmaking van meetbare persoonsgebonden eigenschappen, zoals vingerafdrukken of de vorm van de iris.
2. A. Bood, 'Geef ze een vinger... Gedwongen ontgrendeling van een smartphone en het nemo tenetur-beginsel', *NJB* 2018/1880, afl. 36, p. 2744-2748; L. Stevens, 'Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur', *NJB* 2019/315, afl. 6, p. 400-403; M. Egberts & W. Ferdinandusse, 'Reactie op Alex Bood', *NJB* 2019/316, afl. 6, p. 404; 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...', *NJB* 2019/317, afl. 6, p. 405-407; A. Bood, 'Naschrift', *NJB* 2019/318, afl. 6, p. 408-409.

3. Rechtbank Noord-Holland 14 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11578, respectievelijk Rechtbank Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568. Zie eveneens J.S. Nan, 'Rechtspraak; nemo tenetur en de smartphone', *TBS&H* 2019, afl. 2, p. 115-117.

4. Rechtbank Den Haag 12 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2983; Rechtbank Rotterdam 14 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10283.

middel van gedwongen biometrische ontgrendeling, meer specifiek middels een vingerafdruk.⁵

2. De wettelijke sleutel tot ontgrendeling

2.1. De algemene taakstellende bevoegdheid van de politie (3 Pw jo. 141/142 Sv)

Logischerwijs wordt, als een specifieke bepaling voor een opsporingsbevoegdheid ontbreekt in het Wetboek van Strafvordering, verwezen naar de algemene taakstellende bepaling van de politie als mogelijke wettelijke grondslag voor de inzet van een dergelijke bevoegdheid. Welbeschouwd dient al het handelen van de politie uiteindelijk herleidbaar te zijn tot een wettelijke grondslag, hetgeen ook voortvloeit uit het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel. Zo verwees ook, zoals reeds opgemerkt, de Rechtbank Noord-Holland in haar uitspraak van 14 december 2018 onder meer naar de artikelen 3 Pw en 141/142 Sv voor de ontgrendeling van een smartphone.⁶

Politieambtenaren kunnen aan artikel 3 Pw zowel hun taakstelling als een impliciete bevoegdheidsgrondslag ontleen.⁷ De politie heeft als taak om zorg te dragen voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Daardoor is zij onder andere verantwoordelijk voor het voorkomen, beëindigen, vervolgen en berechten van strafbare feiten.⁸ Uit deze impliciete bevoegdheidsgrondslag vloeit voort dat een opsporingsambtenaar in het kader van het opsporingsonderzoek, zoals is gedefinieerd in artikel 132a Sv, binnen de aangegeven grenzen elke handeling mag verrichten die hij nodig acht voor de vervulling van zijn opsporingstaak.⁹

Opsporingshandelingen die zijn gegrond op de artikelen 3 Pw en 141/142 Sv zijn niet onbegrensd. Met het oog op de rechtszekerheid van burgers worden deze handelingen door de beginselen van een goede procesorde, het verbod van willekeur en de algemene beginselen van behoorlijk politieoptreden zoals, proportionaliteit, subsidiariteit, redelijkheid en gematigdheid, beperkt.¹⁰ Handelingen die een meer dan beperkte inbreuk maken op grond- en mensenrechten (zoals het recht op privacy en het recht op bescherming van de lichamelijke integriteit) van burgers zijn alleen toegestaan voor zover zij zijn gebaseerd op een specifieke wettelijke grondslag. Om deze reden is het voor het uitvoerende politiewerk van

belang of de handeling kan worden gebaseerd op artikel 3 Pw, of dat de handeling door een specifieke wettelijke grondslag moet worden genormeerd.¹¹ In de praktijk vormt het maken van deze afweging in het kader van de impliciete bevoegdheidsverlening van de politie, zeker in gevallen die betrekking hebben op het recht op privacy en het recht op lichamelijke integriteit, een heikel punt.¹² Het kan onder druk en ‘*in the heat of the moment*’ een stuk gecompliceerder zijn voor opsporingsambtenaren om in dit verband een gedegen afweging te maken. Twee voorbeelden van politieel optreden die volgens de rechtspraak in de praktijk tot nog toe weinig tot niet-ingrijpend van aard zijn gebleken en om deze reden onder de impliciete bevoegdheidsgrondslag van artikel 3 Pw mogen worden geschaard, zijn de inzet van een buitenwettelijke opsporingsmethode als een stille sms en het lokaliseren van een verdachte middels gebruikmaking van een IMSI-catcher. De Hoge Raad heeft met betrekking tot deze opsporingsmethoden namelijk vastgesteld dat zij – mits ingezet binnen een bepaalde bandbreedte – slechts een beperkte inbreuk maken op grondrechten.¹³

Wordt de gedwongen ontgrendeling als bevoegdheid van de politie dan ook begrepen onder de reikwijdte van diens algemene taakstellende bepaling? Is de inbreuk op het recht op privacy en de lichamelijke integriteit bij de ontgrendeling beperkt genoeg om dit te baseren op een dergelijke algemene grondslag? Of ligt het meer voor de hand om deze – zoals de Rechtbank Noord-Holland op 28 februari 2019 deed – te scharen onder de bepalingen met betrekking tot inbeslagneming, zoals neergelegd in het Wetboek van Strafvordering?¹⁴

2.2. De algemene bevoegdheid tot inbeslagneming (94/95/96 Sv)

Een volgende mogelijke grondslag voor de ontgrendeling is te vinden in de algemene bevoegdheid tot inbeslagneming. Immers, de Hoge Raad heeft in de arresten van 4 april 2017 overwogen dat deze algemene bevoegdheid, neergelegd in artikel 94, in verbinding met artikelen 95 en 96 Sv, voldoende legitimatie biedt voor het onderzoek aan een in beslag genomen smartphone.¹⁵ In het al eerder aangehaalde vonnis van Rechtbank Noord-Holland van 28 februari 2019 overweegt zij dat uit dit zelfde samenstel van wettelijke bepalingen volgt dat zowel opsporingsambtenaren als de officier van justitie

5. Zie voor het onderzoek aan de smartphone onder andere T. Beekhuis, 'Mag ik even in uw smartphone kijken? De visie van de Hoge Raad geleet op het recht op privacy op grond van artikel 8 EVRM', *TBS&H* 2017, afl. 4, p. 252-257.
6. Rechtbank Noord-Holland 14 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11578, r.o. 3.3.
7. J. Naeyé, *De organisatie van de nationale politie*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 132-133.
8. Naeyé 2014, p. 137; *Kamerstukken II* 1991/92, 22562, 3, p. 8.
9. Naeyé 2014, p. 137 en 140.
10. Naeyé 2014, p. 133-135.

11. Naeyé 2014, p. 140.
12. Naeyé 2014, p. 140; HR 18 mei 1999, *NJ* 2000/104.
13. Zie HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1569, *RvdW* 2014/914 r.o. 2.5, respectievelijk HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1562, *NJ* 2015/115, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen, r.o. 3.6.
14. Rechtbank Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568.
15. Artikel 94, in verbinding met de artikelen 95 en 96 Sv, biedt slechts voldoende legitimatie indien de met het onderzoek gemaakte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer als beperkt kan worden beschouwd. Zie: HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:580, *NJ* 2017/412, m.nt. B.F. Keulen; HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, *NJ* 2017/229, m.nt. T. Kooijmans; HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:588, *RvdW* 2017/467; HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:592, *NJ* 2017/230, m.nt. T. Kooijmans.

zich de toegang tot een in beslag genomen smartphone mogen verschaffen teneinde de gegevens op die telefoon veilig te stellen voor onderzoek. Indien de toegang tot het in beslag genomen voorwerp is beveiligd met bijvoorbeeld een toegangscode, is het de opsporingsambtenaren toegestaan deze beveiliging te kraken. In deze zaak kon de toegang tot de smartphone echter alleen worden verkregen met medewerking van de verdachte, aangezien de politie niet over het wachtwoord van de iPhone beschikte en de techniek om het desbetreffende type iPhone te kraken nog niet bestond.¹⁶ De rechtbank oordeelde dat een verdachte tot die medewerking kan worden gedwongen, mits dit niet in strijd komt met het nemo tenetur-beginsel en wordt voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁷

Reden genoeg om dieper op deze bepalingen in te gaan. Op grond van artikel 94 Sv zijn onder andere alle voorwerpen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen vatbaar voor inbeslagneming. Daarnaast bepalen de artikelen 95 en 96 Sv aan wie deze bevoegdheid toekomt en wanneer deze rechtmatig kan worden ingezet. In de memorie van toelichting (hierna: MvT) bij invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 worden de bepalingen omtrent inbeslagneming slechts beperkt toegelicht. De wetgever bespreekt enkel de noodzaak om justitie met een krachtiger wapen toe te rusten, zodat ze minder afhankelijk is van de toestemming van betrokkenen. Deze toestemming was namelijk voor de invoering wel vereist voor een rechtmatige inbeslagneming.¹⁸ Er wordt in de MvT niet dieper ingegaan op het onderzoek volgend op de inbeslagneming. De Hoge Raad heeft hier wel een verdere invulling aan gegeven in zijn jurisprudentie. Met het oog op de waarheidsvinding mag onderzoek plaatsvinden aan de in beslag genomen voorwerpen. Dit geldt ook voor gegevens die zijn opgeslagen in computers, smartphones, andere in beslag genomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken.¹⁹

Nu volgens de Hoge Raad de bevoegdheid tot het doen van onderzoek aan een in beslag genomen voorwerp impliciet is opgenomen in de bevoegdheid tot inbeslagneming, rijst de vraag of de gedwongen biometrische ontgrendeling van een smartphone hierin ook besloten ligt. Of zal deze bevoegdheid juist elders ondergebracht dienen te worden? De ontgrendeling van een smartphone kan immers wellicht worden beschouwd als een maatregel in het belang van het onderzoek, als bedoeld in artikel 61a Sv.

2.3. Maatregelen in het belang van het onderzoek (61a Sv)

In het bovenstaande is reeds gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 28 februari 2019.²⁰ In deze zaak stelt de officier van justitie zich op het standpunt dat de verdachte op grond van artikel 61a Sv is bevolen mee te werken aan de ontgrendeling van zijn smartphone. Aangezien de verdachte geen gehoor heeft gegeven aan dit bevel, is hij geboeid en heeft de politie zijn duim op zijn iPhone geplaatst.²¹ De rechtbank baseert deze ontgrendelingsbevoegdheid in haar vonnis echter op de bepalingen omtrent de bevoegdheid tot inbeslagneming (artikelen 94 Sv e.v.) en stelt dat uit dit samenstel van bepalingen ook het verschaffen van toegang tot een in beslag genomen beveiligd voorwerp valt.²² Dit hoeft *an sich* geen bevreemding te wekken, ware het niet dat diezelfde Rechtbank Noord-Holland in haar vonnis van 14 december 2018 (dus twee maanden eerder) nog uitdrukkelijk verwees naar artikel 61a Sv als mogelijke grondslag voor de gedwongen ontgrendeling van een smartphone.²³ De rechtbank merkte op dat voor de ontgrendeling van een smartphone geen specifieke wettelijke grondslag bestaat en dat een dergelijke specifieke wettelijke grondslag ook niet altijd noodzakelijk is. Daarbij verwijst de rechtbank niet alleen naar artikel 3 Pw, maar ook naar '*specifieke regelingen voor de opgehouden (art 61a Sv) en in verzekering gestelde (art 62 Sv) verdachten*'. Of de rechtbank de gedwongen ontgrendeling van de smartphone uiteindelijk ook baseert op artikel 61a Sv blijft in het luchtledige hangen. Wel overweegt zij dat het onder dwang afnemen van een vingerafdruk voor de ontgrendeling van een smartphone soortgelijk is aan het onder dwang afnemen van een vingerafdruk ten behoeve van het opsporingsonderzoek.²⁴ De vraag rijst of de gedwongen ontgrendeling op artikel 61a Sv kan worden gebaseerd.

Uit artikel 61a Sv vloeit voort dat maatregelen in het belang van het onderzoek kunnen worden bevolen tegen de voor het onderzoek opgehouden verdachte. Deze bevoegdheid is in beginsel aan de officier van justitie toegekend.²⁵ De wetgever heeft in artikel 61a lid 1 Sv een niet-limitatieve opsomming van maatregelen die kunnen worden bevolen gegeven, namelijk:

- a. *het maken van foto's en video-opnamen;*
- b. *het nemen van lichaamsmaten en handpalm-, voet-, teen-, oor- en schoenzoolafdrukken;*
- c. *de toepassing van een confrontatie;*
- d. *de toepassing van een geuridentificatieproef;*

16. Rechtbank Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.2.

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

18. *Kamerstukken II 1913/1914*, 286, 3, p. 89. De voor deze bijdrage van belang zijnde onderdelen van deze bepalingen zijn nadien niet wezenlijk gewijzigd.

19. HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2076, *NJ* 1994/577; HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, *NJ* 2017/229, r.o. 2.5.

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

21. Rechtbank Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.2 en 3.4.1.3.1.

22. Rechtbank Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2; zie voor een nadere uiteenzetting van deze grondslag § 2.2.

23. Rechtbank Noord-Holland 14 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11578, r.o. 3.3.

24. Rechtbank Noord-Holland 14 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11578, r.o. 3.3.

25. Art. 62a Sv.

- e. *het afscheren, knippen of laten groeien van snor, baard of hoofdhaar;*
- f. *het dragen van bepaalde kleding of bepaalde attributen ten behoeve van een confrontatie;*
- g. *plaatsing in een observatiecel;*
- h. *onderzoek naar schotresten op het lichaam.'*

Allereerst dient te worden opgemerkt dat in deze opsomming het afnemen van vingerafdrukken niet voorkomt. Deze bevoegdheid stond wel opgenomen in artikel 61a Sv (oud), maar na een wetwijziging in 2010 is het afnemen van vingerafdrukken niet meer expliciet aangemerkt als een maatregel die in het belang van het onderzoek kan worden bevolen.²⁶ Thans ligt de bevoegdheid voor het afnemen van vingerafdrukken ten behoeve van de identificatie van de verdachte besloten in artikel 55c Sv. Aangezien deze vingerafdrukken op grond van artikel 55c lid 4 Sv ook gebruikt mogen worden voor het 'voorkomen, opsporen, vervolgen en berechten van strafbare feiten', achtte de wetgever het niet noodzakelijk om het afnemen ervan ook nog in artikel 61a lid 1 Sv op te nemen.²⁷

Daarnaast blijkt uit de formulering van artikel 61a lid 1 Sv dat is gekozen voor een niet-limitatieve opsomming van maatregelen die kunnen worden bevolen. De wetgever stelde zich bij de totstandkoming van artikel 61a Sv (oud) op het standpunt dat een limitatieve opsomming de ontwikkeling van onderzoeksmethoden teveel beperkt.²⁸ Blijkens de MvT kan ook worden gedacht aan medewerking aan een schrijftest of stemanalyse.²⁹ Een consequentie van deze keuze is echter wel dat niet precies duidelijk is waar de grenzen liggen om bepaalde maatregelen onder de reikwijdte van dit artikel te brengen.³⁰ De grens ligt volgens de wetgever daar wanneer een zelfstandige inbreuk op een grondrecht wordt gemaakt, aangezien de Grondwet hiervoor een eigen wettelijke grondslag vereist.³¹ De maatregelen in de zin van artikel 61a lid 1 Sv mogen enkel worden bevolen in het belang van het onderzoek. Uit de MvT blijkt dat de bevoegdheid hiermee als doel het ophelderen van strafbare feiten heeft.³² Van een breed scala aan maatregelen kan uiteraard worden gesteld dat zij kunnen dienen ter opheldering van strafbare feiten en daarmee in het belang van het onderzoek zijn. Derhalve is niet alleen geen limitatieve opsomming gegeven, maar is ook de doelstelling zeer ruim.

Kan men nu dan ook stellen dat het gedwongen ontgrendelen van een smartphone een maatregel is die onder de reikwijdte van artikel 61a Sv kan worden gebracht? Wanneer we kijken naar de soorten maatregelen die wel zijn opgenomen in artikel 61a Sv, kan dan worden gesteld dat het gedwongen ontgrendelen van

een smartphone een soortgelijk type maatregel is als bijvoorbeeld het nemen van lichaamsmaten of het afscheren van een snor? Zoals opgemerkt dienen de maatregelen op grond van artikel 61a Sv bovendien noodzakelijk te zijn ter opheldering van strafbare feiten. Valt hieronder ook het verkrijgen van toegang tot de smartphone, aangezien dit noodzakelijk is om onderzoek te doen aan de smartphone waarop gegevens staan die mogelijk relevant kunnen zijn voor het ophelderen van een strafbaar feit? Of levert het gedwongen ontgrendelen van een smartphone een zodanige zelfstandige inbreuk op een grondrecht op en dient hiervoor een eigen wettelijke regeling te bestaan in het licht van artikel 1 Sv en artikel 8 EVRM? Voordat op dergelijke vragen een antwoord kan worden gegeven, dient inzicht te worden gegeven in de vereisten die voortvloeien uit voornoemde artikelen.

3. Het raamwerk voor de normering van opsporingsbevoegdheden

Het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sv, internationale verdragen, zoals het EVRM, en ook de door rechtspraak geïntroduceerde beginselen van een goede procesorde³³ verzekeren de begrenzing van strafprocessuele bevoegdheden. Artikel 1 Sv vereist dat strafvordering alleen plaatsvindt op de wijze bij de wet voorzien. Hieruit volgt dat in het kader van strafvorderlijk overheids-handelen ter bescherming van grond- en/of mensenrechten, een specifieke wettelijke bepaling dient te bestaan om dit handelen op te kunnen baseren. Om te beoordelen of een opsporingsbevoegdheid in het licht van het legaliteitsbeginsel dient te worden genormeerd en gereguleerd in een specifieke wettelijke bepaling, heeft de wetgever ten tijde van de invoering van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (Wet BOB)³⁴ twee toetsstenen geformuleerd, die ook wel bekend staan als het inbreuk- en integriteitscriterium.

Opsporingsmethoden die een meer dan geringe inbreuk maken op grond- en/of mensenrechten dienen ingevolge het inbreukcriterium te worden gereguleerd in een uitdrukkelijke wettelijke bevoegdheidsgrondslag. Een opsporingsmethode maakt een meer dan geringe inbreuk, indien door middel van de duur, intensiteit en frequentie van de inzet van de methode, alsmede het eventuele gebruik van een technisch hulpmiddel dat meer biedt dan alleen versterking van de zintuigen, een min of meer compleet beeld van (een deel van) het

26. *Stb.* 2009, 317.

27. *Kamerstukken II* 2007/08, 31436, 3, p. 76.

28. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26983, 3, p. 11.

29. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26983, 3, p. 26.

30. Zie ook: *Kamerstukken II* 1999/2000, 26983, 3, p. 11.

31. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26983, 3, p. 11.

32. *Kamerstukken II* 2007/08, 31436, 3, p. 76.

33. Ter illustratie: HR 12 december 1978, *NJ* 1979/142, m.nt. Mulder (*Braak bij binnentreden*) dat betrekking heeft op de inperking van bevoegdheden van de met opsporing belaste instanties, door middel van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit als beginselen van een behoorlijke procesorde.

34. De Wet BOB is op 1 februari 2000 in werking getreden. In deze wet zijn bijzondere opsporingsbevoegdheden voorzien van een uitdrukkelijk geregelde wettelijke grondslag. *Kamerstukken II* 1996/97, 25403.

privéleven van de verdachte wordt verkregen.³⁵ Opsporingsmethoden die daarentegen een geringe inbreuk maken op grond- en/of mensenrechten, mogen worden ingezet op basis van een algemene wettelijke grondslag, zoals de artikelen 3 Pw en 141/142 Sv.

Volgens het integriteitscriterium behoort een bepaalde opsporingsmethode een specifieke wettelijke grondslag te hebben, indien deze een risico vormt voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing. Of een opsporingsmethode een dergelijk risico vormt, zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval en de specifieke wijze waarop invulling wordt gegeven aan de methode. Uit nadere bestudering van de MvT bij de Wet BOB blijkt dat de inzet van een bepaalde opsporingsmethode een groter risico kán vormen voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing, indien als gevolg van deze inzet sprake is van een grote mate van misleiding van de betrokkene of het plegen van bepaalde strafbare feiten door opsporingsambtenaren in het kader van het opsporingsonderzoek.³⁶

Met artikel 8 EVRM heeft het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel ook een plek in de internationale en verdragsrechtelijke context. Dit artikel strekt tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van personen en heeft onder andere als doel om individuen, in het licht van *the rule of law*, te beschermen tegen willekeurig overheidsoptreden.³⁷ Deze doelstelling heeft als gevolg dat alle lidstaten zich dienen te weerhouden van het maken van een ongeoorloofde inbreuk op het in artikel 8 lid 1 EVRM beschermde recht.³⁸ Zij moeten ervoor zorgen dat opsporingsmethoden die mogelijk een inbreuk kunnen maken op artikel 8 lid 1 EVRM, worden gereguleerd op een wijze die voldoet aan de kwaliteitsvereisten die het EHRM stelt in het kader van artikel 8 lid 2 EVRM. Het EHRM toetst aan de hand van een aantal vereisten of een opsporingsbevoegdheid in het licht van het legaliteitsbeginsel op een juiste wijze is genormeerd in nationale wetgeving.

Evenals de Hoge Raad toetst ook het EHRM aan de hand van de vraag of sprake is van een inbreuk op het recht op privacy – waaronder het EHRM ook de (positieve) verplichting tot het beschermen van de) lichamelijke integriteit van individuen verstaat³⁹ – of een bepaalde opsporingsbevoegdheid een uitdrukkelijk geregelde wettelijke grondslag dient te hebben. Een inbreuk op het in artikel 8 lid 1 EVRM beschermde recht op privacy kan volgens het EHRM worden gelegitimeerd door te

voldoen aan de in lid 2 opgesomde voorwaarden en gestelde doelcriteria. De inbreuk dient daarvoor (1) *‘in accordance with the law’* te zijn, (2) een *‘legitimate aim’* na te streven en (3) *‘necessary in a democratic society’* te zijn.⁴⁰ Nu de Straatsburgse invulling van het legaliteitsbeginsel met name tot uiting komt bij de vraag of de inbreuk *‘in accordance with the law’* is, zal hierop binnen het bestek van deze bijdrage de meeste nadruk worden gelegd.⁴¹

Ingevolge de rechtspraak van het EHRM is een inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM *‘in accordance with the law’* indien de betwiste maatregel (i) een basis heeft in het nationale recht en daarnaast voldoet aan bepaalde kwaliteitsvereisten, door ook (ii) toegankelijk⁴² en (iii) voorzienbaar te zijn voor de burger.⁴³

Ten aanzien van het vereiste dat een maatregel of een bepaalde bevoegdheid een basis in het nationale recht moet hebben, is van belang dat het EHRM onder de term *law* niet alleen wetten in formele zin verstaat. Het EHRM interpreteert het begrip *law* in inhoudelijke zin, waardoor ook lagere regelgeving, jurisprudentie en ongeschreven recht binnen de reikwijdte van dit begrip vallen.⁴⁴ Deze toegankelijke nationale wet dient vervolgens te voldoen aan de door het EHRM geformuleerde eis van voorzienbaarheid.⁴⁵ Dit vereiste hangt samen met de ratio van *the rule of law* en een van de doelen van artikel 8 EVRM, te weten: het tegengaan van willekeurig overheidsoptreden en het bieden van rechtszekerheid aan burgers door autoriteiten te binden aan de wet.⁴⁶ Ter bestrijding van dit risico op willekeurig overheidsoptreden en ter voorkoming van *‘unfettered power’*, dient de wet volgens het EHRM voldoende duidelijk de reikwijdte aan te geven waarbinnen de autoriteiten bevoegd zijn tot het inzetten van bepaalde opsporingsbevoegdheden door een gedegen kader te bieden met betrekking tot bijvoorbeeld de wijze waarop, de bevoegde autoriteit, in welke gevallen, jegens wie en voor hoe lang de opsporingsmethode mag worden ingezet.⁴⁷ De aard en omvang van de inbreuk op artikel 8 EVRM bepalen voorts welk van de voornoemde waarborgen noodzakelijkerwijs in de nationale wet dienen te zijn

35. Kamerstukken II 1996/97, 25403, 3, p. 26-28; HR 13 november 2012, NJ 2013/413, m.nt. M.J. Borgers (Veelplegersteam), r.o. 2.5.3; HR 1 juli 2014, NJ 2015/114 (Stille sms), r.o. 2.4.

36. Kamerstukken II 1993/97, 25403, 3, p. 34; Aanwijzing opsporingsbevoegdheden 24 februari 2011, 2011A002, Stcrt. 2011, 3240, p. 13. Denk bijvoorbeeld aan het plegen van strafbare feiten gedurende de uitvoering van de infiltratiebevoegdheid in de zin van artikel 126h Sv.

37. EHRM 31 mei 2018, nr. 33234/12, (Nashiri/Roemenië).

38. EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73 (Airey/Ierland), § 32.

39. EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80 (X & Y/Nederland), § 22; EHRM 8 juli 2003, nr. 27677/02 (Sentges/Nederland); EHRM 9 maart 2004, nr. 61827/00 (Glass/Verenigd Koninkrijk), § 74-83.

40. EHRM 15 januari 2015, nr. 68955/11 (Dragojevic/Kroatië), § 78.

41. Bovendien stelt mr. dr. Lindeman dat het EHRM (2) en (3) in de kwaliteitstoets van (1) integreert, zie: EHRM 15 januari 2015, nr. 68955/11 (Dragojevic/Kroatië), JBP 2015/57, m.nt. J. Lindeman, punt 4.

42. Vgl. EHRM 15 januari 2015, nr. 68955/11 (Dragojevic/Kroatië), § 79; EHRM 24 april 1990 nr. 11801/85 (Kruslin/Frankrijk), § 27. De nationale wet is volgens de rechtspraak van het EHRM voldoende toegankelijk, indien de wet enerzijds publiekelijk toegankelijk is en anderzijds de burger in kwestie een *‘adequate indication’* biedt van de regelgeving die de inzet van een bepaalde opsporingsbevoegdheid reguleert.

43. EHRM 15 januari 2015, nr. 68955/11 (Dragojevic/Kroatië), § 79.

44. EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85 (Kruslin/Frankrijk), § 29.

45. EHRM 15 januari 2015, nr. 68955/11 (Dragojevic/Kroatië), § 80.

46. EHRM 10 maart 2009 nr. 4378/02 (Bykov/Rusland), § 76.

47. EHRM 10 januari 2000, nr. 54934/00 (Weber and Saravia/Duitsland), § 95; EHRM 4 december 2015, nr. 47143/06 (Roman Zakharov/Rusland), § 245-246, 250, 265, 276, 302.

opgenomen om in overeenstemming te zijn met artikel 8 lid 2 EVRM.⁴⁸

Uit de rechtspraak van het EHRM kunnen verschillende soorten inbreuken op artikel 8 EVRM worden onderscheiden, namelijk: de geringe inbreuk,⁴⁹ de ernstige inbreuk⁵⁰ en de zeer ernstige inbreuk.⁵¹ Voor elk van deze vormen van inbreuken worden de kwaliteitsvereisten, zoals hiervoor beschreven, door het EHRM verschillend ingevuld.⁵² Het EHRM acht in gevallen, waarbij sprake is van een geringe inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM, een algemene wettelijke basis voor de inzet van de bevoegdheid voldoende.⁵³ Indien echter sprake is van een ernstige tot zeer ernstige inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM is voor een rechtmatige inzet van een bepaalde opsporingsmethode meer vereist dan slechts een algemene wettelijke bevoegdheidsgrondslag.⁵⁴

4. Het raamwerk toegepast: welke sleutel past op het slot?

In de vorige paragrafen is ingegaan op de verschillende grondslagen voor de ontgrendeling die zijn benoemd in de lagere rechtspraak en de noodzaak van een wettelijke basis in het licht van artikel 1 Sv en artikel 8 EVRM. De noodzaak voor een concrete, gedetailleerde wettelijke basis is, zoals gezegd, afhankelijk van de ernst van de inbreuk. Daarom is het van belang om te bepalen hoe ernstig de inbreuk op het recht op privacy en het recht op bescherming van de lichamelijke integriteit nu daadwerkelijk is in het geval van de gedwongen ontgrendeling van een smartphone met een vingerafdruk. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan technologische ontwikkelingen. Nadat de ernst van de inbreuk in kaart is gebracht, zullen de reeds beschreven grondslagen aan een nadere toetsing worden onderworpen.

Uit de eerder aangehaalde vonnissen kunnen de volgende feitelijkheden worden afgeleid. Aan de verdachte wordt gevraagd zijn telefoon te ontgrendelen. Bij weigering wordt dit verzoek nogmaals gedaan onder de mededeling dat wanneer hij niet meewerkt aan de ontgrende-

ling, hij – desnoods met gepast geweld – hiertoe zal worden gedwongen. Als de verdachte blijft weigeren signaleren we twee uitkomsten: (1) de verdachte ‘bezwijkt’ onder de dreiging met geweld en gaat over tot ontgrendeling;⁵⁵ (2) opsporingsambtenaren dwingen de verdachte al dan niet door het toepassen van geweld tot ontgrendeling.⁵⁶ Een saillant detail in dit verband is dat, indien de ontgrendeling door middel van een vingerafdruk mislukt, de verdachte soms alsnog zijn pincode invoert.⁵⁷ De rechtbanken concluderen, al dan niet impliciet, in al deze situaties dat de gemaakte inbreuk op de lichamelijke integriteit van de verdachte beperkt is.⁵⁸ Overigens komt ook ontgrendeling na misleiding voor: aan verdachte wordt in strijd met de waarheid verteld dat een concept-bevel klaarligt om hem – met gepast geweld – te dwingen zijn telefoon met zijn vingerafdruk te ontgrendelen, waarna na overleg met zijn raadsman, de verdachte zijn pincode intoetst.⁵⁹ De verdachte ontgrendelt door deze misleiding zelf zijn telefoon, waardoor van een daadwerkelijk vrijwillige ontgrendeling geen sprake is. Uit een ander vonnis blijkt dat de verdachte tijdens het verhoor in het bijzijn van zijn advocaat zijn telefoon heeft ontgrendeld om telefoonnummers op te zoeken, waarna de verhorende opsporingsambtenaar de telefoon ‘heeft teruggepakt’ voordat de ontgrendeling weer actief werd.⁶⁰ Ook hier lijkt een bepaalde vorm van misleiding te hebben plaatsgevonden. Misleiding schuurt, zoals reeds opgemerkt in § 3, met de integriteit van de opsporing als bedoeld in artikel 1 Sv. Echter, nu de misleiding in casu dusdanig beperkt was, komt de integriteit van de opsporing (nog) niet in het geding.

Uit bovenstaande feitenschets kan worden afgeleid dat de mate van inbreuk op het recht op privacy en het recht op bescherming van lichamelijke integriteit in geval van een gedwongen ontgrendeling met een vingerafdruk beperkt is. Daarbij kan in ogenschouw worden genomen dat het niet gaat om het onderzoek aan de smartphone, maar enkel om het verkrijgen van toegang tot een smartphone, waarbij mogelijkerwijs een beperkte mate van dwang wordt uitgeoefend. Bovendien wordt de vingerafdruk ook niet opgeslagen. Op basis hiervan lijkt een specifieke wettelijke normering van de bevoegdheid tot gedwongen biometrische ontgrendeling van een smartphone onzes inziens niet noodzakelijk. Dat

48. EHRM 2 september 2010, nr. 35623/05 (*Uzun/Duitsland*); EHRM 25 december 2001, nr. 44787/98 (*P.G. & J.H./Verenigd Koninkrijk*), § 46, m.nt T. Spronken.

49. EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98 (*P.G. and J.H./Verenigd Koninkrijk*), § 58; EHRM 2 september 2010, nr. 35623/05 (*Uzun/Duitsland*), § 66.

50. EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97 (*Khan/Verenigd Koninkrijk*), § 22-28.

51. EHRM 4 december 2015, nr. 47143/06 (*Roman Zakharov/Rusland*); EHRM 4 november 2010, nr. 18757/06 (*Bannikova/Rusland*), § 49-50; J.J. Oerlemans, *Investigating cybercrime* (diss. Leiden), Amsterdam: Amsterdam University Press 2017, p. 77.

52. EHRM 15 januari 2015, nr. 68955/11 (*Dragojevic/Kroatië*).

53. EHRM 2 september 2010, nr. 35623/05 (*Uzun/Duitsland*), § 52 en 66.

54. F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 284 en 292.

55. Rechtbank Noord-Holland 14 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11578, r.o. 3.3.

56. Rechtbank Den Haag 12 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2983, r.o. 3.4; Rechtbank Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.1 (gedwongen ontgrendeling door het omdoen van handboeien).

57. Rechtbank Den Haag 12 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2983, r.o. 3.4.

58. Rechtbank Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2; Rechtbank Noord-Holland 14 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11578, r.o. 3.3.

59. Rechtbank Rotterdam 14 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10283. De verdachte toetst zijn pincode in, omdat ontgrendeling middels zijn vingerafdruk niet lukte.

60. Rechtbank Rotterdam 17 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3881, r.o. 4.3.3.1.

een expliciete wettelijke normering van deze bevoegdheid op dit moment niet noodzakelijk lijkt te zijn, wil echter niet zeggen dat dit ook niet wenselijk is. In het vorenstaande lag de focus geheel op de ontgrendeling van de smartphone door middel van een vingerafdruk, maar de biometrische ontgrendeling omvat méér. Ook beveiliging middels een irisscan behoort tegenwoordig tot de mogelijkheden. De commissie Koops stelt dat de toegang tot een smartphone, die op biometrische wijze is vergrendeld, met lichte dwang kan worden verkregen. Voorbeelden die zij hierbij noemt zijn het vastpakken van een vinger en het openhouden van een ooglid.⁶¹ Echter, zoals uit de hierboven beschreven feiten schets blijkt, verzetten verdachten zich bij de toegangsverlening. Van het enkel vastpakken van een vinger is niet altijd sprake: handboeien worden aangebracht, de vinger wordt ‘met kracht’ op de telefoon geduwd en/of de verdachte wordt stevig vastgepakt. In het verlengde hiervan kan worden gesteld dat het denkbaar is dat het openhouden van een oog ook met kracht zal plaatsvinden als de verdachte niet meewerkt. Stel dat een verdachte weigert mee te werken aan de ontgrendeling middels een irisscan door zijn ogen gesloten te houden. Als opsporingsambtenaren de verdachte in een dergelijke situatie willen dwingen zijn telefoon te ontgrendelen, zullen zij diens hoofd moeten vastklemmen om vervolgens met kracht de oogleden te openen. Bovendien is het oog kwetsbaar, waardoor van een lichte inbreuk op het recht op bescherming van de lichamelijke integriteit van de verdachte in een dergelijk geval niet snel sprake zal zijn. Naast de huidige bestaande methoden voor biometrische beveiliging ligt het in de lijn der verwachting dat deze in de toekomst verder uitgebreid zullen worden waarbij de mate van inbreuk vooraf niet te voorspellen is.⁶² Met het oog hierop lijkt het ons aldus wel wenselijk om een specifiekere wettelijke grondslag in het leven te roepen om de gedwongen ontgrendeling middels een irisscan en andere toekomstige ontgrendelingsmethoden die een meer dan beperkte inbreuk maken op het recht op privacy dan wel het recht op bescherming van de lichamelijke integriteit te kunnen rechtvaardigen.

Zoals reeds is opgemerkt in § 3 verlangt het EHRM dat, afhankelijk van de mate van inbreuk, de wet aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet. Een van de vragen die ter beantwoording voorligt is dan ook welk van de reeds in § 2 beschreven grondslagen het best aansluit bij de bevoegdheid tot gedwongen biometrische ontgrendeling van een smartphone. In het geval van een beperkte inbreuk bij de gedwongen ontgrendeling middels een

vingerafdruk lijkt derhalve een algemene wettelijke grondslag, in de zin van artikelen 94 Sv e.v. of zelfs de artikelen 3 Pw en 141/142 Sv, voldoende toereikend in het licht van artikel 8 EVRM. Ook volgens artikel 1 Sv kunnen opsporingshandelingen die een beperkte inbreuk maken op grondrechten gebaseerd worden op een algemene wettelijke grondslag. Gelet op de voorzienbaarheid van de wettelijke bevoegdheidsgrondslag in het kader van artikel 8 lid 2 EVRM ligt het vooralsnog meer voor de hand om de artikelen 94 Sv e.v. aan te wijzen als grondslag, dan de algemene taakstellende bevoegdheid van de politie in de zin van de artikelen 3 Pw en 141/142 Sv. Onzes inziens vloeit dit logischerwijs voort uit het feit dat, zoals reeds beschreven in § 2.2, het samenstel van de bepalingen van de artikelen 94 Sv e.v. niet alleen de bevoegdheid geeft om alle voor het aan de dag brengen van de waarheid relevante voorwerpen in beslag te nemen, maar dat op grond van deze bepalingen ook onderzoek mag worden verricht aan deze in beslag genomen voorwerpen. Deze laatste bevoegdheid staat niet zozeer expliciet opgetekend in de wet, maar blijkt – geheel in lijn met het door het EHRM gehanteerde *law*-begrip – uit de jurisprudentie.⁶³ Kortom, op grond van de artikelen 94 Sv e.v. zijn opsporingsambtenaren al bevoegd tot het in beslag nemen van en vervolgens onderzoek doen aan elektronische gegevensdragers. Het zou merkwaardig zijn als de bevoegdheid tot het openen van de spreekwoordelijke deur tot de inhoud van deze gegevensdrager, om het daaropvolgende onderzoek mogelijk te kunnen maken, niet plaats zou mogen vinden op grond van dezelfde wetsbepalingen. Dit zou hetzelfde zijn als het cadeau geven van een boek, dat de ontvangende persoon mag lezen, maar niet (zelf) mag openslaan.

Zoals gezegd zijn niet alleen de artikelen 3 Pw en 141/142 Sv en de artikelen 94 Sv e.v. genoemd als mogelijke grondslag om de hiervoor beschreven bevoegdheid op te baseren, maar ook artikel 61a Sv is door de feitenrechter⁶⁴ en een officier van justitie⁶⁵ in dit verband geopperd. Artikel 61a Sv bevat, zoals reeds in § 2.3 beschreven, een niet-limitatieve opsomming van maatregelen die in belang van het onderzoek kunnen worden bevolen ter opheldering van strafbare feiten.⁶⁶ Naast het feit dat artikel 61a Sv een niet-limitatieve opsomming kent, wat impliceert dat meer handelingen kunnen worden gebracht onder deze bevoegdheidsgrondslag, is de doelstelling van het artikel ook zeer ruim geformuleerd. In het kader van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM en meer specifiek het vereiste dat de wettelijke grondslag ‘*in accordance with the law*’ dient te zijn, zou op basis van deze vaststelling kunnen worden beargumenteerd dat

61. Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, s.l. 2018, p. 105.

62. Zo noemt de commissie Koops lichaamskenmerken als geur, bloedvaten in de retina, DNA, bloedsomloop en afdrukken van bijvoorbeeld oor of handpalm. Daarnaast stelt zij dat ook een combinatie van voornoemde kenmerken tot de mogelijkheden zal kunnen gaan behoren. Zie: Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, s.l. 2018, p. 104.

63. Vgl. HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2076, NJ 1994/577; HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:592, NJ 2017/230, r.o. 3.3.

64. Zie § 2.3; vgl. Rechtbank Noord-Holland 14 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11578, r.o. 3.3.

65. Rechtbank Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.2.

66. *Kamerstukken II 2007/08*, 31436, 3, p. 76.

artikel 61a Sv mogelijk tekortschiet.⁶⁷ Het wordt voor een burger vrij lastig om te beoordelen en te voorzien of het overheidsoptreden wel daadwerkelijk op grond van deze bepaling mag plaatsvinden: de rechtszekerheid, een belang dat gediend wordt door het legaliteitsbeginsel, kan hierdoor wellicht in het gedrang komen.⁶⁸

Hierbij dient te worden opgemerkt dat het afnemen van vingerafdrukken ten behoeve van de identificatie van deze verdachte niet meer in artikel 61a Sv is opgenomen, maar in artikel 55c Sv. Stel dat een vingerafdruk rechtmatig op grond van artikel 55c Sv is verkregen, dan nog is het de vraag of op grond hiervan een smartphone kan en mag worden ontgrendeld. Het afnemen van een vingerafdruk ter identificatie is immers feitelijk gezien iets anders dan het gedwongen biometrisch ontgrendelen van een smartphone. Voor de biometrische ontgrendeling van een smartphone is een papieren afdruk van een vingerafdruk immers niet voldoende, want hiervoor is medewerking van de verdachte vereist. Zoals Van Toor aangeeft, zou de wetgever er bijvoorbeeld voor kunnen kiezen om het gebruik van de vingerafdruk ter ontgrendeling expliciet in een wetsbepaling op te nemen.⁶⁹ Dit zou, in het kader van de uit artikelen 1 Sv en 8 lid 2 EVRM voortvloeiende vereisten, al een verbetering zijn.

5. Afrondende beschouwingen

Geconcludeerd kan worden dat de artikelen 94 Sv e.v., gelet op de handelingen die reeds op deze bepalingen gebaseerd zijn, op dit moment de meest geschikte grondslag is voor de ontgrendeling van een smartphone. De Hoge Raad heeft de problematiek van de gedwongen ontgrendeling in de ‘Smartphone-arresten’ onbesproken gelaten, terwijl voor het onderzoek aan een smartphone in de voornoemde arresten wel een duidelijk kader is geschetst. Zou dit zijn omdat het dusdanig duidelijk was dat de bevoegdheid tot inbeslagname naast de bevoegdheid tot onderzoek impliciet ook de bevoegdheid tot ontgrendeling met zich meebrengt? Liet de Hoge Raad ruimte voor de wetgever om dit te reguleren? Of wacht de Hoge Raad af tot een specifieke zaak over dit onderwerp aan hem wordt voorgelegd?

Procureur-generaal (hierna: P-G) Aben heeft zich in een conclusie voorafgaand aan een arrest over het onderzoek aan een smartphone een persoonlijke opmerking veroorloofd, waarin hij stelt dat hij het van wijsheid vindt getuigen dat de Hoge Raad in afwachting van wetgeving op dit terrein het onderzoek van gegevens in een smart-

phone nader heeft willen normeren.⁷⁰ Daarbij maakt P-G Aben een interessante vergelijking tussen een woning en een smartphone, waarin hij stelt dat (bijna) net zo veel persoonlijke informatie in een smartphone kan worden gevonden als vroeger in een woning. Ter illustratie van dit punt noemt Aben grote hoeveelheden medische gegevens, locatiegegevens en intiem berichtenverkeer, alsook hele fotoalbums en ‘bussen’ met filmmateriaal.⁷¹ P-G Aben betoogt vervolgens dat er in potentie met het onderzoek aan de smartphone een méér compleet beeld kan worden verkregen van (bepaalde aspecten van) het persoonlijk leven van de gebruiker van de telefoon, dan met de doorzoeking van diens woning. Dit, terwijl er momenteel, in tegenstelling tot het onderzoek in de woning, geen wettelijke waarborgen zijn voor het onderzoek aan een smartphone.⁷² Aben stelt in het verlengde van het voorgaande dat de verhoudingen op dit moment zoek zijn.⁷³

Voortbordurend op deze vergelijking kan worden betoogd dat het creëren van een steundwangmiddel voor de gedwongen ontgrendeling van een smartphone wenselijk is. In het geval van het in beslag nemen van een goed bestaat er al een dergelijk steundwangmiddel, namelijk artikel 96 Sv op grond waarvan opsporingsambtenaren een plaats mogen betreden ter inbeslagname. Wanneer deze plaats een woning betreft en de toestemming van de bewoner tot het betreden van de woning ontbreekt, geeft de Algemene wet op het binnentreden hieromtrent nadere regels. Mochten de omstandigheden daartoe aanleiding geven, dan zijn opsporingsambtenaren bevoegd desnoods de deur van de woning te forceren teneinde de woning te kunnen betreden. In de steunbevoegdheid tot het betreden van een woning ligt derhalve ook de ‘forceerbevoegdheid’ besloten. Het forceren van een deur van een woning is in principe hetzelfde als het kraken van een smartphone: in beide gevallen is geen medewerking van de verdachte vereist. Het zou raadzaam zijn in het licht van het voorgaande om voor de toegang tot de smartphone door middel van biometrische ontgrendeling een eigen ‘betredings-/forceerbevoegdheid’ aan te wijzen, aangezien hierbij wel medewerking van de verdachte noodzakelijk is. Als de sleutel van de woning onder de deurmat ligt en de opsporingsambtenaar heeft daar weet van, dan zal hij in lijn met het subsidiariteitsbeginsel die sleutel gebruiken om deur te openen in plaats van deze te forceren. Bij de ontgrendeling van de smartphone ligt dit net anders, nu de verdachte de sleutel is. Indien de opsporingsambtenaar niet over het wachtwoord van de smartphone beschikt en de mogelijkheid tot kraken niet

67. Overigens zou dit probleem eventueel kunnen worden verholpen, wanneer in de rechtspraak artikel 61a Sv als grondslag voor de bevoegdheid wordt aangewezen.

68. Visser in: Melai/Groenhuijsen, *Het Wetboek van Strafvordering*, losbladig, aant. 12.2 bij art. 61a Sv.

69. D.A.G. van Toor, ‘De vergrendelde smartphone als object van strafvorderlijk onderzoek’, *Computerrecht* 2017/2, afl. 1, p. 6.

70. Ondanks dat deze bijdrage zich niet richt op het onderzoek aan de smartphone achten wij het door P-G Aben ingenomen standpunt wel van belang voor de hierop volgende analyse.

71. Concl. P-G D.J.C. Aben, ECLI:NL:PHR:2019:534, bij HR 9 juli 2019 ECLI:NL:HR:2019:1079, punt 25.

72. Een wettelijke waarborg voor het onderzoek in de woning is bijvoorbeeld de machtiging van de rechter-commissaris in de zin van artikel 97 lid 2 Sv.

73. Concl. P-G D.J.C. Aben, ECLI:NL:PHR:2019:534, bij HR 9 juli 2019 ECLI:NL:HR:2019:1079, punt 25.

bestaat, komt de gedwongen biometrische ontgrendeling in beeld. De vraag is of de toegang tot de smartphone met ‘gebruikmaking’ van de verdachte als sleutel niet beter moet worden gereguleerd. Immers is medewerking van de verdachte in een dergelijk geval noodzakelijk en de opsporingsambtenaren kunnen deze medewerking met geweld, dan wel dreiging met geweld, forceren. De wetgever zou – zeker in het verband van ‘Modernisering Strafvordering’ – een steundwangmiddel ter normering van voornoemde bevoegdheid kunnen opnemen in het Wetboek van Strafvordering.

Wij permitteren ons nog een laatste afrondende opmerking. A-G Bleichrodt benoemt in zijn conclusies voorafgaand aan de eerder besproken ‘Smartphone-arresten’ dat de opsporingsambtenaar die het onderzoek aan een in beslag genomen smartphone uitvoert, dient te voldoen aan de verbaliseringsplicht in de zin van artikel 152 Sv. Volgens hem moet de opsporingsambtenaar in het proces-verbaal opnemen *‘welk onderzoek aan de smartphone is verricht, van welke inhoud kennis is genomen en welke gegevens uit de smartphone zijn gelicht’*.⁷⁴ De Graaf en Kesteloo stellen dat processen-verbaal als raam fungeren waardoor de rechter achteraf zicht krijgt op hetgeen zich tijdens het opsporingsonderzoek heeft afgespeeld.⁷⁵ Het lijkt ons noodzakelijk dat, gezien de potentiële inbreuk op de lichamelijke integriteit, de rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid zich ook uitstrekt tot de gedwongen biometrische ontgrendeling. Dit brengt met zich mee dat de opsporingsambtenaar die de ontgrendeling vordert, dan wel de verdachte met (dreiging met) geweld dwingt tot ontgrendeling, de uitgevoerde handelingen nauwkeurig opneemt in het proces-verbaal. Hiermee wordt ook controle op de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing mogelijk gemaakt.

Geef mij toegang tot uw smartphone: thans kunnen opsporingsambtenaren deze toegang forceren door op grond van de artikelen 94 Sv e.v. verdachten, indien nodig met (dreiging met) geweld, te dwingen hun telefoon te ontgrendelen door hun vinger op hun telefoon te leggen. Met het oog op toekomstige technologische ontwikkelingen is het wat ons betreft wenselijk om een kritische blik te werpen op deze wettelijke grondslag en mogelijk te voorzien in nadere regulering.

74. Concl. A-G F.W. Bleichrodt ECLI:NL:PHR:2016:1047, bij HR 4 april 2017 ECLI:NL:HR:2017:592, punt 82; Concl. A-G F.W. Bleichrodt ECLI:NL:PHR:2016:1048, bij HR 4 april 2017 ECLI:NL:HR:2017:588, punt 74; Concl. A-G F.W. Bleichrodt ECLI:NL:PHR:2016:1049, bij HR 4 april 2017 ECLI:NL:HR:2017:584, punt 73.

75. F.C.W. de Graaf & L. Kesteloo, ‘Welke mogelijkheden bestaan er om op grond van artikel 359a Sv rechtsgevolgen te verbinden aan fouten in het strafdossier?’, *DD* 2016/21, p. 258.