



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Het recht van de verdediging om betrokken te zijn bij de selectie van processtukken

Wilde, B. de; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

### Citation

Wilde, B. de. (2021). Het recht van de verdediging om betrokken te zijn bij de selectie van processtukken. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 1035-1045). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464191>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464191>

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

# HET RECHT VAN DE VERDEDIGING OM BETROKKEN TE ZIJN BIJ DE SELECTIE VAN PROCESSTUKKEN

*Bas de Wilde*

## 1 INLEIDING

Een minder bekende kant van het werk van Tineke Cleiren heeft betrekking op een project van uitgeverij Kluwer, tegenwoordig Wolters Kluwer, waar wij in de jaren '90 samen aan werkten. Dit project vond plaats in een tijd waarin papieren uitgaven steeds meer werden verdrongen door digitaal beschikbare documenten. Die zijn minder gemakkelijk scannend door te nemen en ontsluiting door middel van trefwoordenregisters is daarbij ook minder voor de hand liggend. In het kader van het project werd onderzocht op welke manier digitale informatieproducten zouden kunnen worden gemetadateerd, zodat gebruikers van een *portal* met zoekacties uit een grote hoeveelheid aan digitale documenten de gewenste documenten zouden kunnen vinden.<sup>1</sup> Onder andere werd gewerkt aan een thesaurus en aan gestandaardiseerde 'trefwoordstrings'.<sup>2</sup> Ook tegenwoordig is het zoeken aan de hand van (combinaties van) trefwoorden een van de meest gebruikte methoden om te zoeken in grote hoeveelheden data. Voor mijn bijdrage aan dit *liber amicorum* heb ik gekozen voor ontsluiting van digitale data als thema. De juridische invalshoek daarbij is het recht op een eerlijk proces.

De digitalisering die zich in de afgelopen decennia in de samenleving heeft voltrokken, heeft ertoe geleid dat personen en bedrijven op grote schaal over digitale data beschikken. Deze worden opgeslagen op bijvoorbeeld *smartphones* en *servers* en harde schijven van computers. Voor de opsporing kan dit digitale materiaal van grote waarde zijn. Alleen al aan de hand van gegevens in een *smartphone* kan dikwijls worden bepaald waar een persoon op welk moment is geweest, met wie hij contact heeft gehad, wat de inhoud van die communicatie was en welke websites hij heeft bezocht. *Smartphones* geven vaak toegang tot

---

1 Metadatering is het toevoegen van formele of inhoudelijke kenmerken aan documenten, zoals auteur, jaar van uitgave, rechtsgebied of trefwoord.

2 Een thesaurus is een lijst van begrippen, waarin de relatie met andere begrippen uit de lijst wordt aangegeven. Een trefwoordstring is een combinatie van verschillende begrippen, waarbij de relatie tussen die trefwoorden wordt aangegeven.

mailboxen, *social media* en foto's en video's. De Hoge Raad heeft geoordeeld over privacy-aspecten van het zoeken in *smartphones* en (andere) computers.<sup>3</sup> Daarover is ook al de nodige literatuur verschenen.<sup>4</sup> In deze bijdrage zal ik de normering van een ander aspect belichten: de selectie van processtukken en de rol van de verdediging daarbij. De officier van justitie bepaalt tijdens het opsporingsonderzoek welk materiaal als processtuk wordt aangemerkt en dus in het procesdossier wordt opgenomen (art. 149a lid 1 Sv). Idealiter kan de officier van justitie kennisnemen van al het materiaal dat tijdens de opsporing is vergaard en bepalen welk materiaal relevant zal kunnen zijn voor de door de rechter te nemen beslissingen (vgl. art. 149a lid 2 Sv). Wanneer computers in beslag zijn genomen, is soms echter sprake van gigantische hoeveelheden bestanden. Wanneer sprake is van honderdduizenden of zelfs miljoenen bestanden is het onmogelijk om deze allemaal handmatig op relevantie te beoordelen. Omdat het handmatig doornemen van dergelijke hoeveelheden bestanden eenvoudigweg niet mogelijk is binnen de voor de opsporing beschikbare tijd en capaciteit, is het onvermijdelijk dat gebruik wordt gemaakt van digitale zoekmogelijkheden. Omdat de zoekresultaten afhankelijk zijn van de gebruikte termen, is het mogelijk dat de inhoud van veel vergaarde documenten onbekend blijft. Dat kan nadelig zijn voor de verdediging, onder andere omdat zich hierbij ontlastende documenten kunnen bevinden. Een monopolie op de selectie van processtukken van het Openbaar Ministerie kan dan op gespannen voet staan met het recht op een eerlijk proces, zo volgt uit de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Einarsson e.a. t. IJsland*. In mijn bijdrage zal ik de vraag beantwoorden in hoeverre het recht op een eerlijk proces meebrengt dat de verdediging betrokken moet kunnen zijn bij de selectie van data die in het kader van de opsporing zijn vergaard. Omdat die data uiteindelijk processtukken kunnen worden, spreek ik hierna en in de titel van deze bijdrage gemakshalve van de selectie van processtukken.<sup>5</sup>

## 2 DE ZAAK *EINARSSON E.A. T. IJSLAND*<sup>6</sup>

Einarsson en drie anderen hadden hoge leidinggevende functies bij de IJslandse bank Kaupping of waren grootaandeelhouder van deze bank. Zij zijn in IJsland veroordeeld in verband met transacties waarbij geld van de bank werd geleend om daarmee aandelen van

3 Zie bijv. HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, *NJ* 2017/229 m.nt. Kooijmans; HR 10 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1121, *NJ* 2018/345 en HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1079, *NJ* 2019/464 m.nt. Jörg.

4 Zie bijv. L. Stevens, 'Onderzoek in een smartphone. Zoeken naar een redelijke verhouding tussen privacy-bescherming en werkbare opsporing', *Ars Aequi* 2017, p. 730-735.

5 De processtukken zijn de stukken die redelijkerwijs relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de zaak door de strafrechter (art. 149a lid 2 Sv). Deze stukken worden opgenomen in het procesdossier op basis waarvan de rechter beoordeelt of de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan.

6 Zie EHRM 4 juni 2019, appl.no. 39757/15, *EHRC* 2019/169 (*Einarsson e.a. t. IJsland*).

de bank te kopen die daarvóór eigendom van de bank zelf waren. Voor deze leningen was niet de daartoe benodigde toestemming verkregen van het *Board Credit Committee*, terwijl onvoldoende voorzorgsmaatregelen waren genomen. Dit leverde een strafbaar feit op. Alle vier werden ook veroordeeld wegens marktmanipulatie, omdat zij een misleidend beeld hadden opgeroepen van de transacties.

Tijdens het opsporingsonderzoek, dat vanaf 2008 plaatsvond, werden grote hoeveelheden data<sup>7</sup> in beslag genomen. Het ging om papieren en elektronische data van Kaupping en van dochterbedrijf KBI. Daarnaast werden van elf personen telefoongesprekken opgenomen. De verzamelde data werden in het onderzoek in vier, elkaar overlappende verzamelingen opgenomen. Ten eerste de ‘volledige dataverzameling’, waarvan alle vergaarde data onderdeel uitmaakten, ongeacht of deze relevant waren voor de beoordeling van de zaak. Om deze volledige dataverzameling te doorzoeken, werd gebruik gemaakt van zoeksoftware, Clearwell genoemd. Dit was een eenvoudig zoekstelsel, waarmee op trefwoorden werd gezocht. De opbrengst van deze zoekacties bestond uit ongeveer 775.000 digitale databestanden, die als relevant werden gemarkeerd en daarom in de uitspraak worden aangeduid als ‘gemarkeerde bestanden’.<sup>8</sup> Deze tweede verzameling werd verder onderzocht door met Clearwell op andere trefwoorden te zoeken en door de op die manier gevonden documenten te bekijken. Op deze manier ontstond de derde verzameling, die van ‘onderzoeksdata’.<sup>9</sup> Dit was een selectie van data waarvan door de officier van justitie was bepaald dat deze relevant zouden kunnen zijn voor de beoordeling van de zaak. Zij werden opgenomen in een onderzoeksdossier. Ten slotte was er de verzameling ‘bewijsmateriaal’, waarin zich de data bevonden die door de officier van justitie of de verdediging waren ingebracht tijdens de behandeling van de zaak door de rechtbank en die in het procesdossier waren opgenomen.

De verdediging ontving tijdens het opsporingsonderzoek geregeld afschriften van documenten uit het onderzoeksdossier. Ten aanzien van bepaalde data, zoals opnames van getuigenverhoren, stond de wet in de weg aan het verstrekken van een afschrift. Deze data mochten wel worden bekeken in het kantoor van de officier van justitie en de verdediging ontving ook processen-verbaal van deze verhoren. Al het materiaal dat onderdeel uitmaakte van het procesdossier, werd aan de verdediging ter beschikking gesteld.

Het Openbaar Ministerie beperkte de kennisneming van data door de verdediging tot de data die door de officier van justitie waren aangemerkt als ‘onderzoeksdata’. Hoewel de verdediging daarom had verzocht, kreeg zij geen toegang tot de ‘volledige dataverzameling’ en evenmin tot de ‘gemarkeerde bestanden’, ook niet in de vorm van een samenvatting,

---

7 Onder ‘data’ versta ik alle soorten gegevens, ongeacht de wijze waarop deze zijn vastgelegd. Daaronder kunnen bijvoorbeeld documenten, video’s, afbeeldingen en opnames van vertrouwelijke communicatie vallen.

8 In de uitspraak wordt deze verzameling aangeduid als ‘tagged documents’.

9 In de uitspraak wordt deze verzameling ‘investigation documents’ genoemd.

zoals zij had verzocht. Daartegen gerichte klachten in de nationale rechtsgang werden niet gehonoreerd, onder andere omdat de volledige dataverzameling privacygevoelige informatie zou kunnen bevatten, aangezien daarin ook e-mailcorrespondentie was opgenomen.

Vervolgens klaagden de vier veroordeelden bij het Europees Hof over schending van het recht op een eerlijk proces.<sup>10</sup> De klacht behelsde in essentie dat de verdediging geen toegang had gekregen tot de volledige dataverzameling, hoewel zich daarin ontlastend materiaal zou kunnen bevinden en er geen technische belemmeringen bestonden om ook de verdediging met Clearwell te laten zoeken in de ‘volledige dataverzameling’. Door de weigering toegang te verlenen was het recht op *equality of arms* geschonden, in het bijzonder omdat op de selectie van materiaal door het Openbaar Ministerie op geen enkele manier controle was uitgeoefend.

Het Hof stelt in zijn beoordeling voorop dat het gerechtvaardigd kan zijn om in geval van grote hoeveelheden datamateriaal dat relevant zou kunnen zijn voor de beoordeling van de zaak te scheiden van materiaal waarvan die relevantie niet is gebleken. Op die manier ontstaat een beter beheersbaar dossier. In beginsel moet daarbij een belangrijke waarborg in acht worden genomen: de verdediging moet in de gelegenheid worden gesteld om betrokken te worden bij de bepaling van de criteria aan de hand waarvan de relevantie wordt vastgesteld.

Het Hof maakt vervolgens een onderscheid tussen de ‘volledige dataverzameling’ en de deelverzameling daarvan die de eerste Clearwell-zoekactie had opgeleverd (‘gemarkeerde bestanden’). Ten aanzien van de ‘volledige dataverzameling’ merkt het Hof op dat de verdediging in deze zaak geen specifieke aspecten heeft genoemd die opgehelderd zouden kunnen worden met nieuwe zoekacties. Het Hof beschouwt dergelijke zoekacties in dit geval daarom als een *fishing expedition*. Het Hof merkt vervolgens op dat het Openbaar Ministerie verplicht is om niet alleen belastend, maar ook ontlastend materiaal in het procesdossier op te nemen. Bijzonder aan deze zaak is dat niet alleen de verdediging, maar ook het Openbaar Ministerie geen idee had van de inhoud van de data die niet door de Clearwell-zoekacties uit de ‘volledige dataverzameling’ waren gedestilleerd. Het was mogelijk dat zich daarin documenten met een ontlastende inhoud bevonden, maar niemand wist of dat het geval was. Er was dan ook geen sprake van het achterhouden van ontlastend materiaal door het Openbaar Ministerie en er kon niet worden gezegd dat het Openbaar Ministerie in dat opzicht een voordeel had ten opzichte van de verdediging.

De beoordeling valt anders uit ten aanzien van de ‘gemarkeerde bestanden’. Deze bestanden zijn nader onderzocht, door verdere zoekacties uit te voeren en documenten

---

10 Het klaagschrift omvatte verscheidene klachten. Ik besteed alleen aandacht aan de klacht met betrekking tot de selectie van en toegang tot de documenten. In de uitspraak van het Hof wordt deze klacht besproken in par. 63-93.

handmatig te beoordelen. Dit proces werd uitgevoerd door uitsluitend het Openbaar Ministerie. De verdediging was hierbij niet betrokken en er bestond geen vorm van rechterlijk toezicht op het selectieproces. Het Hof overweegt dat niet is gebleken dat het uitvoeren van verdere zoekacties in de ‘gemarkeerde bestanden’ technisch complex zou zijn geweest. In beginsel zou de verdediging daarom de gelegenheid moeten hebben gekregen om met door haar opgegeven zoektermen te laten zoeken naar potentieel ontlastend materiaal. Dat zich daarbij ook privacygevoelig materiaal zou kunnen bevinden, beschouwt het Hof niet als een onneembaar obstakel.

Het Hof stelt in deze zaak geen schending van artikel 6 EVRM vast, maar alleen omdat de verdediging zich in de nationale procedure niet voldoende actief heeft opgesteld. Zij heeft niet volgens de daarvoor bestaande formele procedure verzocht om een gerechtelijk bevel tot toegang tot de volledige dataverzameling, heeft niet verzocht om nadere zoekacties en heeft geen trefwoorden opgegeven waarmee zou kunnen worden gezocht, terwijl zij evenmin opgaf naar welk type materiaal zij op zoek was.

### 3 DE REIKWIJDTE VAN HET RECHT OP BETROKKENHEID BIJ DE SELECTIE VAN DATA

Het gebrek aan activiteit van de verdediging in de nationale procedure lijkt een belangrijke, vermoedelijk zelfs doorslaggevende reden te zijn geweest waarom in de zaak *Einarsson e.a.* geen schending van artikel 6 EVRM is aangenomen. Zou de verdediging de beschikbare formele wegen hebben bewandeld, hebben aangegeven naar welk type gegevens zij op zoek was en zou hebben verzocht om concrete nadere zoekacties, dan is aannemelijk dat het Hof een schending zou hebben vastgesteld. Uit de uitspraak kan worden afgeleid dat het Hof van opvatting is dat de verdediging in bepaalde gevallen het recht heeft om betrokken te worden bij de selectie van data die de opsporing heeft opgeleverd. De belangrijkste overwegingen daarover van iets meer algemene aard zijn te vinden in paragrafen 90 en 91:

‘it [het Hof; BW] can accept that when the prosecution is in possession of a vast volume of unprocessed material it may be legitimate for it to sift the information in order to identify what is likely to be relevant and thus reduce the file to manageable proportions. It considers nevertheless that in principle an important safeguard in such a process would be to ensure that the defence is provided with an opportunity to be involved in the definition of the criteria for determining what may be relevant’ (par. 90)

‘While (...) the excluded material was a priori not relevant to the case, this selection was made by the prosecution alone, without the defence being involved and without any judicial supervision of the process.’ (par. 91)

Het recht op betrokkenheid bij de selectie van data wordt hier niet in algemene zin geformuleerd, maar alleen ten aanzien van de situatie dat het Openbaar Ministerie een selectie maakt uit een grote hoeveelheid tijdens de opsporing vergaarde data die nog niet zijn verwerkt. Onder verwerking lijkt te worden verstaan dat de inhoud van de databestanden is bepaald en relevante van niet-relevante bestanden zijn gescheiden. Wanneer het Openbaar Ministerie aan de hand van zoekacties met behulp van trefwoorden een selectie maakt van data die mogelijk relevant zijn voor de waarheidsvinding, is het mogelijk dat potentieel ontlastende documenten over het hoofd worden gezien, omdat deze documenten met de gehanteerde zoektermen niet worden gevonden. Daarom is het relevant dat de verdediging op de hoogte wordt gesteld van de gehanteerde zoektermen en nieuwe zoektermen kan voorstellen. Dat kan de waarheidsvinding door de rechter bevorderen, omdat het procesdossier daardoor mogelijk meer documenten zal bevatten die relevant zijn voor de beoordeling van de zaak.

Hoewel het Hof op grond van de aangehaalde overwegingen van opvatting lijkt te zijn dat de verdediging betrokken moet kunnen zijn bij de selectie van documenten wanneer ook het Openbaar Ministerie de inhoud van de niet geselecteerde digitaal beschikbare documenten niet kent, leidt de toepassing van de uitgangspunten op de feiten en omstandigheden van de zaak juist tot het tegenovergestelde resultaat: wanneer ook het Openbaar Ministerie niet op de hoogte is van inhoud van bestanden, heeft de verdediging geen recht om daarin zoekacties te laten uitvoeren. Dat komt doordat het Hof bij zijn beoordeling het recht op *equality of arms* centraal stelt als norm waaraan wordt getoetst.<sup>11</sup> Dit recht ligt ten grondslag aan het recht op tijd en faciliteiten om de verdediging voor te bereiden (art. 6 lid 3 sub b EVRM). Het maakt op grond daarvan een onderscheid tussen data waarvan de inhoud aan geen van de procesdeelnemers bekend is (‘volledige dataverzameling’) en data die het resultaat zijn van een eerste schifting aan de hand van zoektermen (‘gemarkeerde bestanden’). Wanneer noch het Openbaar Ministerie noch de verdediging op de hoogte is van de inhoud van data, is het Openbaar Ministerie niet in een duidelijk voordeliger positie ten opzichte van de verdediging. Van een inbreuk op het recht op *equality of arms* is dan geen sprake. Het Hof ziet dat anders wanneer het Openbaar Ministerie documenten nader heeft onderzocht. In dat geval heeft het Openbaar Ministerie

---

11 Ik spreek van het recht op *equality of arms*, omdat het Europees Hof dit recht in sommige zaken zelfstandig geschonden heeft geacht. Zie bijvoorbeeld EHRM 25 november 2008, appl.no. 37259/04 (*Svencioniene t. Litouwen*). Het is dan passender om van een recht te spreken dan van een beginsel. Het Hof gebruikt beide formuleringen naast elkaar.

meer kennis van de vergaarde data dan de verdediging en daarom moet de verdediging dan in beginsel in staat worden gesteld om binnen diezelfde data eigen zoekacties uit te (laten) voeren.

Hierop kan wel iets worden afgedongen. Er is immers ook ten aanzien van de ‘volledige dataverzameling’ sprake van een wezenlijke ongelijkheid tussen het Openbaar Ministerie en de verdediging, doordat het Openbaar Ministerie beschikt over data waarin het vrijelijk kan zoeken, terwijl de verdediging dat niet kan. Dat vindt het Hof kennelijk geen ongelijkheid die ernstig genoeg is om het gevolg eraan te verbinden dat het recht op *equality of arms* onvoldoende is gerespecteerd. Ook vanuit een meer inhoudelijke invalshoek bezien, kan worden betoogd dat geen aanleiding bestaat om het door het Hof gemaakte onderscheid te maken. Er kan niet worden uitgesloten dat zich in de ‘volledige dataverzameling’ documenten met ontlastende inhoud bevinden die niet zijn opgenomen in de verzameling ‘gemarkeerde bestanden’, omdat de door het Openbaar Ministerie gehanteerde zoektermen deze documenten niet aan het licht hebben gebracht.

Uit de overwegingen van het Hof kan niet eenduidig worden afgeleid wat de exacte reikwijdte van het recht op betrokkenheid bij de selectie van documenten door het Openbaar Ministerie is. Dat recht lijkt te bestaan wanneer sprake is van grote hoeveelheden digitale documenten die aan de hand van software worden doorzocht, waarbij het Openbaar Ministerie de inhoud van de niet-geselecteerde documenten niet kent. Het Openbaar Ministerie hoeft de verdediging niet op eigen initiatief bij de selectie te betrekken, maar alleen wanneer de verdediging daarom heeft verzocht. Daarbij zal de verdediging concreet moeten aangeven naar welk type gegevens zij op zoek is en concrete zoektermen moeten opgeven. Ten slotte is relevant dat het technisch met niet al te veel moeite mogelijk moet zijn om de zoekacties van de verdediging te faciliteren.

Een interessante vraag is of de verdediging een meer algemeen recht op betrokkenheid bij de selectie van processtukken heeft, in de zin dat de verdediging het recht heeft om kennis te nemen van de inhoud van het onderzoeksdossier, waaruit uiteindelijk het procesdossier wordt gedestilleerd. Het Openbaar Ministerie heeft immers de beschikking over een grote hoeveelheid documenten, waarover de verdediging niet noodzakelijkerwijs beschikt.<sup>12</sup> Op grond van het recht op *equality of arms* zou kunnen worden betoogd dat zij daar op haar verzoek kennis van moet kunnen nemen, om op die manier invloed uit te kunnen oefenen op de selectie van documenten voor het procesdossier. Uit *Einarsson e.a.* kan een meer algemeen recht mijns inziens niet worden afgeleid. Ten eerste betrof het in die zaak niet de vraag of de verdediging kennis moest kunnen nemen van documenten, maar de vraag of de verdediging het recht had om betrokken te worden bij het doorgronden

---

12 In de zaak *Einarsson e.a.* was kennisneming van het onderzoeksdossier geen issue. In Nederlandse strafzaken zou dat wel het geval kunnen zijn.

van de inhoud van data, onder andere door trefwoorden voor te stellen. Ten tweede lijkt een essentieel aspect te zijn geweest dat niet alleen de verdediging, maar ook het Openbaar Ministerie de inhoud van bepaalde documenten niet kende. Ten aanzien van het onderzoeksdossier ligt dit anders.

#### 4 DE BETEKENIS VAN *EINARSSON E.A.* VOOR HET NEDERLANDSE RECHT

Ook in Nederland worden in opsporingsonderzoeken soms grote hoeveelheden data verzameld. Daarvan is al snel sprake wanneer computers en *smartphones* in beslag zijn genomen. Daarin kan gericht worden gezocht naar gegevens die steun geven aan een verdenking of deze juist ontkrachten. In de loop van het onderzoek zal steeds duidelijker worden wat er precies is gebeurd. De officier van justitie zal een voorlopige tenlastelegging kunnen formuleren en een onderzoeksdossier samenstellen, waarin documenten zijn opgenomen die relevant lijken te zijn voor de beoordeling van de voorlopige beschuldiging. Het opsporingsonderzoek loopt dan nog. Pas wanneer het opsporingsonderzoek is voltooid, zal een procesdossier worden samengesteld, dat de basis vormt voor de beoordeling van de definitieve tenlastelegging door de rechter. Documenten die aanvankelijk relevant leken te zijn en daarom in het onderzoeksdossier zijn opgenomen, worden soms toch niet als processtuk aangemerkt en dus niet in het procesdossier opgenomen. Dat kan te maken hebben met voortschrijdend inzicht, maar ook met de inhoud van de definitieve tenlastelegging. Het is immers afhankelijk van de tenlastelegging of een document al dan niet relevant kan zijn voor de beoordeling van de zaak door de rechter.<sup>13</sup>

Er lijkt niet één manier te bestaan om grote hoeveelheden data te analyseren en selecteren. Hoe dat precies gaat, zal per onderzoek kunnen verschillen. Wanneer sprake is van een enorme hoeveelheid data, is denkbaar dat deze data, zoals in de zaak *Einarsson e.a.*, in verschillende rondes worden ‘gezeefd’, waardoor steeds kleinere dataverzamelingen ontstaan. Het lijkt echter ook denkbaar dat documenten uit het onderzoeksdossier direct worden geselecteerd uit de complete dataverzameling, zonder dat een eerste schifting heeft plaatsgevonden. Een punt van aandacht hierbij is dat de technische ontwikkelingen niet stilgestaan hebben sinds het opsporingsonderzoek in de zaak *Einarsson e.a.*, dat tussen 2008 en 2012 werd uitgevoerd. In dat opsporingsonderzoek lijkt voornamelijk gezocht te zijn met behulp van trefwoorden. Deze klassieke zoekmethode kan nuttige resultaten geven, maar meer complexe data-analyses kunnen nog veel meer waardevolle informatie opleveren, in het bijzonder wanneer verschillende gegevens met elkaar worden gecombi-

---

13 Zie uitvoerig over de totstandkoming van het onderzoeksdossier en het procesdossier: B. de Wilde, A.E. de Hingh & A.R. Lodder, ‘Digitale informatie in het strafproces. De noodzaak van aanpassing van strafvorderlijke wetgeving’, Den Haag: WODC 2019, p. 62 e.v.

neerd. Wanneer bijvoorbeeld een overval is gepleegd, maar niet bekend is door wie, kunnen gegevens over de gebruikte auto (waar zijn op deze auto gelijkende voertuigen gezien?) en het gebruik van *smartphones* (op welke namen stonden de gebruikte telefoons? welke telefoon had met welke andere telefoon contact? welke zendmasten zijn op welke momenten aangestraald?) met elkaar worden gecombineerd. Dat kan handmatig worden gedaan, maar het gebruik van software zou mogelijk meer kunnen opleveren.

Uit *Einarsson e.a.* wordt weliswaar niet precies duidelijk bij welke selectie van documenten de verdediging precies betrokken moet kunnen zijn, maar duidelijk is wel dat het in ieder geval gaat om de selectie die uit omvangrijke, niet-handmatig geanalyseerde digitale data wordt gemaakt en die uiteindelijk leidt tot het onderzoeksdossier. De verdediging lijkt dan, wanneer zij dat wenst, inzicht te moeten kunnen krijgen in de wijze waarop de selectie tot stand is gekomen, bijvoorbeeld door een lijst te ontvangen van gehanteerde trefwoorden, en lijkt dan ook in staat te moeten worden gesteld om eigen zoekacties te laten uitvoeren. In *Einarsson e.a.* was niet gebleken dat het technisch lastig zou zijn geweest om de verdediging in de gelegenheid te stellen om eigen zoekacties te laten uitvoeren. Naarmate zoekacties en analyses complexer zijn, doordat meer variabelen en de samenhang daartussen worden onderzocht en naarmate meer deskundigheid vereist is om met de gehanteerde software te kunnen werken, zal het minder eenvoudig zijn om de verdediging zoekacties te laten voorstellen. Dat betekent echter niet zonder meer dat de verdediging bij meer complexe analyses buiten spel staat. Het is immers denkbaar dat de verdediging een deskundige inschakelt die in staat is om de analyses te doorgronden en om nieuwe analyses voor te stellen, die mogelijk nog niet gevonden ontlastende gegevens kunnen opleveren. In dit verband biedt bestuursrechtelijke jurisprudentie interessante inzichten. Onder andere bij het verlenen van vergunningen aan bedrijven om stikstof te mogen uitstoten, wordt gebruik gemaakt van algoritmes. Deze zijn opgenomen in software, waarvan verplicht gebruik moet worden gemaakt door de vergunningverlener. De toepassing van deze software leidt tot een automatisch besluit.<sup>14</sup> De Raad van State oordeelde dat belanghebbende bedrijven inzicht moeten kunnen krijgen in de wijze waarop de software berekeningen uitvoert en in de feitelijke gegevens waarop deze berekeningen zijn gebaseerd, zodat zij kunnen vaststellen op basis van welke gegevens de berekening is uitgevoerd en deze ook kunnen betwisten.<sup>15</sup> In een advies uit 2018 adviseerde de Raad van State om in geval van besluiten die op toepassing van algoritmes zijn gebaseerd, onder meer te vermelden welke beslisregels zijn gebruikt.<sup>16</sup>

---

14 Zie daarover M. van Eck, M. Bovens & S. Zouridis, 'Algoritmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat', *NJB* 2018/2101.

15 Zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, AB 2017/313 m.nt. Mendelts, r.o. 14.3-14.4.

16 Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 557 (Ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen).

Het huidige Nederlandse strafrecht kent geen recht op participatie bij de selectie van data die tijdens de opsporing zijn vergaard. De officier van justitie selecteert welk materiaal relevant is en daarbij bestaat geen enkele vorm van rechterlijke controle. De verdediging kan de officier van justitie wel informeel verzoeken om te zoeken naar bepaalde gegevens en zou de rechter-commissaris ook kunnen verzoeken om bepaalde onderzoekshandelingen te laten verrichten, die de rechter-commissaris vervolgens aan de officier van justitie zou kunnen opdragen. Ook kunnen verzoeken tot de zittingsrechter worden gericht. In de zaak Aydin C., waarin tijdens het opsporingsonderzoek een grote hoeveelheid digitaal beschikbare gegevens was verzameld, had de verdediging inderdaad verzocht om inzage in die gegevens, zodat zij zelf zou kunnen onderzoeken of zich daartussen mogelijk ontlastende gegevens zouden bevinden. Het Hof wees deze verzoeken af. Het oordeelde dat de verzoeken van de verdediging te algemeen waren gemotiveerd en gebaseerd waren op speculatie, waardoor de verzoeken in de ogen van het Hof neerkwamen op *fishing expeditions*. Het kwam voorts tot de conclusie dat aan de verdediging geen bewijsmateriaal was onthouden dat ontlastend van karakter was of tot een gunstiger straftoemeting had kunnen leiden.<sup>17</sup> Deze uitspraak dateert evenwel van vóór *Einarsson e.a. t. IJsland*. Op grond van de uitspraak in die zaak kunnen dergelijke verzoeken tegenwoordig minder gemakkelijk worden afgewezen dan voorheen. Wanneer de verdediging goed onderbouwd aangeeft op welke manier zij een grote hoeveelheid niet handmatig beoordeelde data zou willen (laten) onderzoeken, zal een dergelijk verzoek alleen goed gemotiveerd kunnen worden afgewezen. Redenen voor afwijzing zouden bijvoorbeeld kunnen zijn dat het verzochte onderzoek praktisch niet uitvoerbaar is of dat niet aannemelijk is dat het verzochte onderzoek gegevens zal opleveren die redelijkerwijs relevant kunnen worden geacht voor de beoordeling van de strafzaak door de rechter (vgl. art. 149a lid 2 Sv).

## 5 BESLUIT

Tegenwoordig heeft vrijwel iedereen de beschikking over een of meer computers en/of *smartphones*. Deze bevatten grote hoeveelheden data, die voor de opsporing dikwijls een waardevolle bron zijn. Van in beslag genomen *smartphones* en harde schijven van computers worden ten behoeve van de opsporing exacte kopieën gemaakt. De situatie dat sprake is van grote hoeveelheden digitaal materiaal die door middel van zoeksoftware wordt doorzocht en waarbij potentieel ontlastend materiaal wel beschikbaar is, maar niemand daarvan op de hoogte is, doet zich daardoor al snel voor. De betekenis van het nog niet eerder door

---

<sup>17</sup> Zie Hof Amsterdam 14 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4620, par. 8. Dat is een opmerkelijke overweging, in aanmerking genomen dat het Hof evenmin op de hoogte was van de niet beschikbaar gestelde gegevens.

het Hof erkende recht om betrokken te zijn bij de selectie van data kan dan ook aanzienlijk blijken te zijn.

Op dit moment kan dit recht alleen worden afgeleid uit de uitspraak in de zaak *Einarsson e.a. t. IJsland*. De concrete inhoud van het recht zal in de komende jaren duidelijker kunnen worden wanneer het Europees Hof meer uitspraken doet in soortgelijke zaken, bij voorkeur ook in zaken waarin een schending van artikel 6 EVRM wordt vastgesteld. Maar de opsporingsinstanties hoeven daar niet op te wachten. Zij zouden ook uit eigen beweging de verdediging meer kunnen betrekken bij de selectie van materiaal ten behoeve van het opsporingsdossier en procesdossier. Mijn indruk is dat de politie transparantie hoog in het vaandel heeft staan. Meer betrokkenheid van de verdediging bij de analyse van digitale documenten, op verzoek van de verdediging of ambtshalve, past bij dat uitgangspunt. Dat betekent niet dat alle mogelijke verzoeken van de verdediging moeten worden gehonoreerd en ook niet dat de verdediging zelf toegang moet krijgen tot de politiesystemen. Het recht op *equality of arms* impliceert immers niet dat de procespartijen over precies dezelfde middelen moeten beschikken. Het gaat erom dat de posities van het Openbaar Ministerie en de verdediging voldoende in balans zijn.