

Nemo-teneturbeginsel; verklaar je nader!

*Mr. P. de Haas en mr. A.B. Vissers*²²¹

‘Nemo tenetur prodere se ipsum’, oftewel ‘niemand is gehouden tegen zichzelf bewijs te leveren’. Het nemo-teneturbeginsel is niet expliciet in art. 6 EVRM opgenomen. Toch vormt dit beginsel tezamen met het zwijgrecht de kern van het begrip ‘eerlijk proces’.²²² Het beginsel is dan ook niet weg te denken uit het sanctierecht.

Het nemo-teneturbeginsel trok in 2013 in Nederland veel (hernieuwde) aandacht, met name in die situaties waarbij de burger wordt geconfronteerd met twee procedures: één (administratieve) procedure waarop art. 6 EVRM niet van toepassing is en één ‘bestraffingsprocedure’, waarvoor het eerlijk proces wel geldt. Deze hernieuwde aandacht werd met name gevoed door het Chambaz-arrest van het EHRM in 2012. In 2013 heeft de Civiele Kamer van de Hoge Raad zich opnieuw uitgelaten over het beginsel in voornoemde tweespalt. Ook de Strafkamer in een beklagprocedure en andere bestuursrechtelijke colleges hebben zich na Chambaz over het nemo-teneturbeginsel uitgelaten. Een prangende vraag is (en blijft) hoe een meewerkplicht (in fiscalibus) zich verhoudt tot het recht niet te hoeven meewerken aan een eigen veroordeling.²²³

Aangezien in de rechtspraak van het EHRM naast het nemo-teneturbeginsel ook andere elementen van een recht op een eerlijk proces centraal staan en de arresten zaakgerelateerd zijn, is het moeilijk om in zijn alge-

221 Mr. P. de Haas en mr. A. Vissers zijn werkzaam als advocaat bij De Bont Advocaten te Amsterdam. Priscilla de Haas is daarnaast buitenpromovenda aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

222 Zie o.a. EHRM 17 december 1996, nr. 43/1994/490/572 (Saunders), par. 68 en EHRM 8 april 2004, nr. 3844/97 (Weh), par. 39.

223 G.J.M.E. de Bont, ‘Het nemo tenetur-beginsel in een (internationale) rechtsorde’, in de vriendenbundel van Henk van Arendonk, *‘k Moet eerlijk zeggen*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2013, p. 29.

meenheid de strekking en reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel te vatten. Zowel voor als na Chambaz zijn er dan ook veel verschillende visies op de rechtspraak van het EHRM gepresenteerd. Na allereerst kort de achtergrond van het beginsel te hebben geschetst (par. 1), zullen we een overzicht geven van de rechtspraak van het EHRM tot op heden (par. 2). In paragraaf 3 zullen wij mede aan de hand van de visies van andere auteurs uiteenzetten hoe de arresten van het EHRM zich tot elkaar verhouden. Daarna zullen wij in paragraaf 4 aangeven hoe het beginsel in nationale (fiscale) procedures heden ten dage wordt uitgelegd. In paragraaf 5 zullen wij ten slotte aangeven of de nationale rechtspraak in overeenstemming is met de rechtspraak van het EHRM en in hoeverre de nationale rechtspraak (en/of wet) zou moeten worden bijgesteld.

1. *Achtergrond nemo-teneturbeginsel*

De achtergrond en ontwikkeling van het nemo-teneturbeginsel is niet eenvoudig te duiden. Zo kunnen er verschillende theorieën worden onderscheiden met betrekking tot het ontstaan van het beginsel.²²⁴ Ook over de inhoud en de reikwijdte van het beginsel bestaan diverse lezingen.

Desalniettemin kunnen in algemene zin drie ratio's worden onderscheiden die aan het nemo-teneturbeginsel ten grondslag liggen:²²⁵ de procesautonomie van de verdachte, het pressieverbod en de betrouwbaarheid van het bewijs.²²⁶

Naarmate meer gewicht wordt toegekend aan een van voornoemde ratio's kunnen de reikwijdte en de invulling die aan het nemo-teneturbeginsel worden gegeven, verschuiven.

Het beginsel van procesautonomie richt zich tot de verdachte. Het is de verdachte die zijn proceshouding mag bepalen en zich daarin vrij moet voelen. De afgedwongen informatie mag zijn procespositie niet te veel beperken. Het pressieverbod richt zich met name tot de autoriteiten. Het beginsel van betrouwbaarheid van het bewijs richt zich wellicht nog het

224 Zie bijvoorbeeld J.M. Reijntjes, 'Nemo tenetur: een holle leus?', in: J.M. Reijntjes (red.), *Nemo tenetur*, Gouda Quint, Arnhem 1996, p. 9-21.

225 B.J. Koops en L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur', *DD* 2003, p. 284-285.

226 Koops onderscheidt 'menselijke waardigheid' als vierde grondbeginsel in B.J. Koops, *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, Kluwer, Deventer 2000, p. 46-51. Aangezien deze ratio slechts tweemaal is voorgekomen, zullen wij deze buiten beschouwing laten.

meest op de procedure als zodanig. Het betreft hier het belang van de materiële waarheidsvinding en het voorkomen van rechterlijke dwalingen.²²⁷

Zoals Van Toor onder verwijzing Redwayne aanhaalt, bestaat ook discussie over de vraag of het nemo-teneturbeginsel bescherming biedt tegen het door dwang verkrijgen van bepaalde types bewijsmiddelen (*material based*) of dat het de verdachte beschermt tegen handelingen die de verdachte dwingen bewijs over te dragen (*means based*).²²⁸ In deze laatste uitwerking staat de dwang/druk centraal. Bij de eerste uitwerking schuilt het belang in de vraag of sprake is van *testimonial* of *non-testimonial evidence*. Bij *testimonial* bewijs gaat het om bewijs van communicatieve aard, wat meer omvat dan het (enkele) afgeven van verklaringen. Vooruitlopend op onze verdere bijdrage zijn wij de mening toegedaan dat het EHRM beide uitwerkingen hanteert en dat de ene uitwerking niet per definitie boven de andere kan worden geplaatst. De uitwerkingen dienen in relatie tot elkaar te worden bezien. Het nemo-teneturbeginsel biedt bescherming tegen bepaalde *means*, maar of de ingezette dwang of het ingezette drukmiddel al dan niet is geoorloofd, wordt mede ingevuld door het soort materiaal, waarbij in zaken waar al sprake is van een *criminal charge* het materiaal minder prominent wordt getoetst dan in de gevallen dat er nog geen sprake is van een *criminal charge*.

2. EHRM-rechtspraak

*Funke*²²⁹

Het EHRM erkent het bestaan van het nemo-teneturbeginsel in art. 6 EVRM voor het eerst in 1993 in de zaak *Funke*. De heer Funke, een in Frankrijk wonende Duitser, wordt verdacht van feiten die verband houden met financiële transacties. In dat verband krijgt hij thuis ‘bezoek’ van een aantal douaneambtenaren en een hulpofficier van justitie. Nadat er vragen zijn gesteld over rekeningen van de heer Funke in het buitenland, verklaart de heer Funke dat hij verscheidene rekeningen in het buitenland

227 H.A. Bedau en M.L. Radelet, ‘Miscarriages of justice in potential capital cases’, *Stanford Law Review*, 1987,1, p. 57.

228 D.A.G. van Toor, “‘Over het nemo-teneturbeginsel en het decryptiebevel’: is een meewerkverplichting bij het ontsleutelen van bestanden, gerechtvaardigd?”, *Strafblad* september 2013, 317-318.

229 EHRM 25 februari 1993, nr. 82/1991/334/407 (*Funke*), BNB 1993/350, V-N 1993/3158, FED 1993/628, NJ 1993/485.

heeft en zegt hij toe inzage te verstrekken in bankafschriften van deze rekeningen. Deze toezegging komt hij vervolgens niet na.

Hoewel de heer Funke niet (verder) wordt vervolgd voor de financiële transactie, wordt een gerechtelijke procedure gestart waarin alsnog het overleggen van informatie wordt gevorderd. De rechter legt aan de heer Funke een boete op. Daarnaast wordt een dwangsom verbeurd voor elke dag dat de heer Funke in gebreke blijft de verzochte informatie te verstrekken. Het EHRM overweegt:

'44. The Court notes that the customs secured Mr Funke's conviction in order to obtain certain documents which they believed must exist, although they were not certain of the fact. Being unable or unwilling to procure them by some other means, they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed. The special features of customs law cannot justify such an infringement of the right of anyone "charged with a criminal offence", within the autonomous meaning of this expression in Article 6 (art. 6), to remain silent and not to contribute to incriminating himself.'

Het EHRM neemt een schending van het nemo-teneturbeginsel aan.

*Murray*²³⁰

Niet lang daarna komt het nemo-teneturbeginsel opnieuw aan de orde in het arrest Murray tegen het Verenigd Koninkrijk. Murray weigert uit te leggen waarom hij zich bevond in het huis waar een IRA-gijzelaar werd vastgehouden. De rechter gebruikt zijn zwijgen als ondersteunend bewijs dat hij schuldig is. Het Hof overweegt in dat arrest dat het zwijgrecht en het recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren een internationale standaard is die de basis vormt van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, maar dat deze immuniteiten niet absoluut zijn. Volgens het Hof was er in deze zaak geen ongeoorloofde druk uitgeoefend (Murray bleef immers zwijgen). Bovendien was de regeling van bewijsgebruik met allerlei waarborgen omkleed. Zo moest er onder meer een 'prima facie case' zijn. Er werd slechts een oneerlijk proces aangenomen, omdat Murray in het beginstadium geen toegang had tot een raadsman om zijn proceshouding te bepalen. Het EHRM neemt geen schending aan van het nemo-teneturbeginsel.

230 EHRM 8 februari 1996, nr. 18731/91 (Murray), r.o. 45.

Naar aanleiding van deze arresten bestond grote onzekerheid over de reikwijdte en interpretatie van het nemo-teneturbeginsel. De zaak Saunders in december 1997 wierp een nieuw licht op de zaak.

*Saunders*²³¹

Saunders was directeur van het Britse Guinness-concern. Er speelde een administratief onderzoek over mogelijke beursfraude. De heer Saunders had in dit verband een spreekplicht. Hoewel Saunders in de loop van het onderzoek – zij het niet formeel – als verdachte werd aangemerkt, gingen de verhoren die plaatsvonden gewoon door. In de procedure voor het Hof kwam de vraag aan de orde of de in het administratieve onderzoek afgelegde verklaringen in het latere strafrechtelijk onderzoek mochten worden gebruikt. Na de overwegingen uit het arrest Murray te hebben herhaald overweegt het Hof:

‘68. (...) The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention.

69. The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.’

De verklaringen van de heer Saunders waren afgelegd in een administratieve procedure, op het moment dat nog geen sprake was van een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM. Het Hof maakt ter zake van het gebruik van materiaal in het kader van de ‘bestrafing’ een onderscheid tussen materiaal dat afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat en materiaal waarvoor dat niet geldt. ‘The right not to incriminate oneself’ strekt zich niet (volledig) uit over materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.

²³¹ EHRM 17 december 1996, nr. 43/1994/490/572 (Saunders), BNB 1997/254, V-N 1997/722, NJ 1997/699.

In het geval van de heer Saunders overwoog het Hof dat in het administratieve onderzoek inderdaad een verplichting bestond tot het leveren van bewijs, in dit geval in de vorm van de afgelegde verklaringen (wilsafhankelijk materiaal). Dit materiaal werd vervolgens gebruikt in een strafrechtelijke procedure. Het Hof oordeelde dat sprake was van een schending van het recht 'not to incriminate oneself'. Dat het materiaal was verkregen voordat sprake was van een 'criminal charge', bracht daarin geen verandering.

Het Hof leek met het Saunders-arrest een praktisch spoorboekje te hebben gegeven voor de toepassing van het nemo-teneturbeginsel. Lange tijd werd het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal als 'doorslaggevend' aangemerkt ter zake van een eventuele schending. Dat dit evenwel genuanceerder bleek te liggen, werd met name duidelijk na het (later opgenomen) arrest J.B. tegen Zwitserland in 2001.

*Abas*²³²

Abas was een (ex-)piloot aan wie de fiscus vragen stelde omtrent zijn woonplaats. Op zijn verzoek was eerder een vrijstelling voor de loonbelasting verleend in verband met zijn woonplaats in Ierland. Abas beantwoordde de vragen. Na opening van een gerechtelijk vooronderzoek werd de woning van zijn familie doorzocht. Daarbij werd informatie aangetroffen, waaraan werd ontleend dat hij feitelijk in Aerdenhout was blijven wonen. Hij werd tot in hoogste instantie veroordeeld. Bij de Commissie voor de Rechten van de Mens klaagde hij schending van het verbod op gedwongen zelfincriminatie. De Commissie overwoog dat de toelaatbaarheid van bewijs een kwestie van nationaal recht is en dat zijn antwoorden in essentie niet afweken van zijn eerder vrijwillig afgelegde verklaring. De klacht werd niet-ontvankelijk verklaard.

*I.J.L., G.M.R. en A.K.P.*²³³

In deze drie zaken ging het net als in Saunders om leidinggeevenden van Guinness. De medewerking aan een DTI-onderzoek werd in een latere strafzaak tegen hen gebruikt. Dat leverde volgens het EHRM een schending op van art. 6, lid 1, EVRM. Evenals in Abas volgt uit dit arrest wel dat tijdens het enkel administratiefrechtelijk onderzoek nog geen beroep op art. 6 EVRM aan klager toekomt.

²³² ECRM 26 februari 1997, nr. 27943/95 (Abas).

²³³ EHRM 19 september 2000, nr. 29522/95, 30056/96 en 30574/96, EHRC 2000/81 (I.J.L., G.M.R. en A.K.P.).

Heaney en McGuinness²³⁴

Heaney en McGuinness waren aangehouden op verdenking van een bom-aanslag die was opgeëist door de IRA. Voorafgaand aan de verhoren werden zij op hun zwijgrecht gewezen, maar tevens werden zij gewezen op de wettelijke verplichting aan te geven waar zij zich op bepaalde tijden bevonden hadden, op straffe van maximaal zes maanden gevangenisstraf. Heaney en McGuinness werden uiteindelijk veroordeeld voor dit stilzwijgen. Ierland voerde aan dat het de strafrechter vrijstond het bewijsmateriaal dat middels deze weg was verkregen van de bewijsvoering uit te sluiten. Het EHRM was (unaniem) van oordeel dat het nemo-teneturbeginsel was geschonden:

'55. (...), the Court finds that the "degree of compulsion" imposed on the applicants by the application of section 52 of the 1939 Act with a view to compelling them to provide information relating to charges against them under that Act in effect destroyed the very essence of their privilege against self-incrimination and their right to remain silent.'

J.B.²³⁵

Het betrof in dit geval een belastingprocedure waarin J.B. had toegegeven bepaalde investeringen te hebben gedaan die niet in zijn belastingaangifte waren opgenomen. J.B. weigerde nadere gegevens te verstrekken. De autoriteiten sommeerden J.B. verschillende malen om de gevraagde gegevens te verstrekken. De weigeringen van J.B. resulteerden uiteindelijk in het opleggen van vier administratieve boetes. J.B. stelde in de procedure bij het EHRM dat sprake was van een *fishng expedition*, waarmee de autoriteiten hoopten nog meer niet-aangegeven inkomsten aan te treffen. Tevens stelde J.B. dat hij niet in staat was om de betreffende gegevens over te leggen, nu deze waren vernietigd of zich bij derden – in dit geval banken – bevonden. De autoriteiten menen dat geen sprake is van een *fishng expedition*, aangezien zij reeds op de hoogte waren van de investeringen en de informatieverzoeken slechts tot doel hadden de oorsprong van de inkomsten op te helderen.

²³⁴ EHRM 21 december 2000, nr. 34720/97 (Heaney and McGuinness).

²³⁵ EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B.), BNB 2002/26, V-N 2002/4.4, AB 2002/343, EHRC 2001/45, NJ 2003/354.

Het Hof overwoog:

'66. (...) While it is not for the Court to speculate as to what the nature of such information would have been, the applicant could not exclude that, if it transpired from these documents that he had received additional income which had not been taxed, he might be charged with the offence of tax evasion.'

Het Hof overwoog verder met betrekking tot het materiaal:

'68. (...), however, the present case does not involve material (...) which, as the Court found in the Saunders case, had an existence independent of the person concerned and was not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person.'

Tevens overweegt het Hof dat het er niet van is overtuigd dat de Zwitserse autoriteiten – zoals werd gesteld – de betreffende informatie reeds kende. Juist het feit dat hierom acht maal uitdrukkelijk werd verzocht, maakt dit onwaarschijnlijk:

'69. (...), between 1987 and 1990 the authorities found it necessary to request the applicant on eight separate occasions to submit the information concerned and, when he refused to do so, they successively imposed altogether four disciplinary fines on him.'

Het Hof concludeert dat sprake is van een schending van het nemo-teneturbeginsel.

*Allen*²³⁶

In 2002 wijst het EHRM het arrest *Allen*. *Allen* werd in mei 1991 door de Britse *Inland Revenue* schriftelijk gevraagd – op straffe van een boete ad £ 300 – om een overzicht te geven van zijn vermogen per 31 januari 1991. Hij reageerde niet, waarop *Inland Revenue* hem schriftelijk een *Hansard Warning* gaf, die onder meer uiteenzette dat volledige medewerking aan het onderzoek de bereidheid van *Inland Revenue* zou kunnen bevorderen om mogelijk blijkende fraude niet strafrechtelijk te vervolgen. In april 1992 gaf *Allen* alsnog een overzicht van zijn vermogen. Hij werd uiteindelijk vervolgd voor dertien belastingfraudedelicten, en veroordeeld omdat de door hem verstrekte vermogensopstelling onjuist en onvolledig was.

236 EHRM 10 september 2002 (*Allen*), nr. 76574/01, FED 2002/589.

Het EHRM oordeelde unaniem, onder verwijzing naar het DTI-onderzoek in *Saunders*, dat op zichzelf dwang niet is verboden bij bestuurlijke informatiegaring over de financiële status van een persoon.

'1. (...) The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent in the context of criminal proceedings and the use made of compulsorily obtained information in criminal prosecutions. It does not per se prohibit the use of compulsory powers to require persons to provide information about their financial or company affairs (see the above mentioned Saunders judgment, where the procedure whereby the applicant was required to answer the questions of the Department of Trade Inspectors was not in issue). In the present case, therefore, the Court finds that the requirement on the applicant to make a declaration of his assets to the Inland Revenue does not disclose any issue under Article 6 § 1, even though a penalty was attached to a failure to do so. The obligation to make disclosure of income and capital for the purposes of the calculation and assessment of tax is indeed a common feature of the taxation systems of Contracting States and it would be difficult to envisage them functioning effectively without it.'

De klacht van Allen werd niet-ontvankelijk verklaard. De dwang of druk was niet om wakker van te liggen, zodat de valse opgave mocht worden gebruikt.

'1. (...) The Court notes that in this case the applicant does not complain that the information about his assets which he gave the Inland Revenue was used against him in the sense that it incriminated him in the commission of an offence due to acts or omissions in which he had been involved prior to that moment. His situation may therefore be distinguished from that of the applicant in Saunders (judgment cited above). Nor was he prosecuted for failing to provide information which might incriminate him in pending or anticipated criminal proceedings, as in the cases of Funke, Heaney and McGuinness and J.B. (Funke v. France judgment of 25 February 1993, Series A no. 256-A; Heaney and McGuinness v. Ireland, no. 34720/97, ECHR 2000-XII; J.B. v. Switzerland, no. 31827/96, ECHR 2001-III). The applicant was charged with and convicted of the offence of making a false declaration of his assets to the Inland Revenue. In other words, he lied, or perjured himself through giving inaccurate information about his assets. This was not an example of forced self-incrimination about an offence which he had previously committed; it was the offence itself.'

Weh²³⁷

In de zaak Weh vs. Austria maakt het EHRM voor het eerst (expliciet) onderscheid tussen zaken waarin informatie onder druk wordt verkregen en waarin reeds sprake is van een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM en zaken waarin informatie onder druk werd verkregen in het stadium waarin nog geen sprake was van een *criminal charge*. Met betrekking tot het eerste soort zaken wordt (onder meer) verwezen naar Funke en J.B., met betrekking tot het tweede soort zaken wordt onder andere verwezen naar de zaak Saunders:

'42. First, there are cases relating to the use of compulsion for the purpose of obtaining information which might incriminate the person concerned in pending or anticipated criminal proceedings against him, or – in other words – in respect of an offence with which that person has been “charged” within the autonomous meaning of Article 6 § 1 (see Funke, p. 22, § 44; Heaney and McGuinness, §§ 55-59; J.B., §§ 66-71, all cited above).

43. Second, there are cases concerning the use of incriminating information compulsorily obtained outside the context of criminal proceedings in a subsequent criminal prosecution (Saunders, cited above, p. 2064, § 67, I.J.L. and Others v. the United Kingdom, no. 29522/95, § 82-83, 2000-IX).'

Weh wordt een bestuurlijke boete opgelegd van 800 Oostenrijkse schillingen, omdat met zijn auto een lichte snelheidsovertreding is begaan. Deze betaalt hij niet, zodat hij wordt vervolgd met een vordering tot bekendmaking van de bestuurder ten tijde van de overtreding. Hij doet dat slechts op summiere wijze. Hij krijgt dan ook een boete opgelegd wegens het niet volledig verstrekken van inlichtingen. Het zijn hier niet de verkregen inlichtingen die worden gebruikt om Weh te bestraffen, maar zijn wijze van reageren op de wettelijke verplichting tot het geven van informatie. De enkele plicht van de kentekhouder de identiteit van de bestuurder te onthullen stond volgens het Hof in een te ver verwijderd verband met de eventuele vervolging van de kentekhouder voor te hard rijden.²³⁸ Er wordt dan ook geen schending aangenomen.

²³⁷ EHRM 8 april 2004, nr. 38544/97 (Weh).

²³⁸ R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Kluwer, Deventer 2011, p. 85.

Shannon²³⁹

In 2005 verscheen het arrest Shannon. De heer Shannon was voorzitter van een Ierse club. Hij werd opgeroepen door een *financial investigator* om opheldering te geven over de financiën van de club. Het niet verschijnen op een hoorzitting op het politiebureau was strafbaar gesteld en werd bedreigd met zes maanden gevangenisstraf. Shannon was in een gerelateerde zaak al aangeklaagd wegens *false accounting* en fraude. De advocaat van Shannon vroeg de autoriteiten om een schriftelijke toezegging dat als Shannon zou verschijnen en verklaren, deze verklaring vervolgens niet in de strafzaak tegen hem zou worden gebruikt. De toezegging werd niet verkregen, waarop Shannon niet verscheen voor het verhoor. Hij werd daarop vervolgd en veroordeeld voor dit niet-verschijnen. Vervolgving voor *false accounting* en fraude bleef achterwege. Het Hof overwoog:

'41. (...) The Court concludes that the requirement for the applicant to attend an interview with financial investigators and to be compelled to answer questions in connection with events in respect of which he had already been charged with offences was not compatible with his right not to incriminate himself. There has therefore been a violation of Article 6 of the Convention.'

Het EHRM neemt een schending aan van art. 6 EVRM. Het nemo-teneturbeginsel kan dus niet worden beperkt tot situaties waarin de informatie wordt verzocht in het kader van een *criminal charge*-procedure.

Jalloh²⁴⁰

Een arrest waarin opnieuw duidelijk wordt dat het nemo-teneturbeginsel ook werking heeft buiten de verklaringsvrijheid is het arrest Jalloh uit 2006. Het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal wordt wederom expliciet genoemd. Maar dit arrest bevestigt ook dat niet enkel het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal doorslaggevend is voor de vraag of sprake kan zijn van een schending van het nemo-teneturbeginsel.

Jalloh werd verdacht van drugshandel. Toen hij werd aangehouden, slikte hij iets in. Vervolgens werden hem onder dwang braakmiddelen toegediend, waarna hij een bolletje uitbraakte. Jalloh stelde dat deze behandeling in strijd was met het verbod op gedwongen zelfincriminatie. Het Hof overweegt dat het hier wilsonafhankelijk materiaal betreft, waarvan het

239 EHRM 4 oktober 2005, nr. 6563/03 (Shannon).

240 EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00 (Jalloh), NJ 2007/226.

gebruik in *criminal proceedings* doorgaans is toegestaan. Het Hof acht echter een aantal elementen relevant, die maken dat deze zaak verschilt van de voorbeelden die werden opgesomd in het Saunders-arrest.

Het Hof overweegt dat het hier gaat om het verkrijgen van *real evidence*; er werd dwang uitgeoefend om het bewijsmateriaal zelf te verkrijgen. Daarnaast achtte het Hof de mate van dwang van belang. Bovendien leverde de wijze van afname in dit geval een schending op van art. 3 EVRM. In de opsomming in de Saunders-zaak behoeft de verdachte slechts een passieve en beperkte inbreuk op zijn fysieke integriteit te dulden. In dit geval werd echter onder dwang een slang in de neus van de verdachte geplaatst om het braakmiddel te kunnen toedienen. Dit bracht tevens een aanzienlijk gezondheidsrisico met zich mee.

Het Hof overweegt vervolgens expliciet aan de hand van welke factoren het beoordeelt of in casu sprake is van een schending van het nemo-teneturbeginsel:

'117. In order to determine whether the applicant's right not to incriminate himself has been violated, the Court will have regard, in turn, to the following factors: the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence at issue; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put.'

Het Hof oordeelt dat het in strijd met art. 3 EVRM verkregen bewijsmateriaal op grond van voornoemde factoren een schending oplevert van het nemo-teneturbeginsel.

*O'Halloran & Francis*²⁴¹

In 2007 wijst het EHRM arrest in de zaak *O'Halloran & Francis*. Dit arrest gaat net als *Weh* om verplichtingen van kentekenhouders. *O'Halloran* en *Francis* moesten als kentekenhouders aangeven wie achter het stuur zat bij de snelheidsovertreding. *O'Halloran* vertelde dat hij zelf had gereden en werd daarvoor beboet. *Francis* weigerde te verklaren en werd daarvoor beboet. Het Hof herhaalt drie van de vier criteria uit het *Jalloh*-arrest. Ditmaal blijft het maatschappelijk belang van vervolging achterwege:

241 EHRM 29 juni 2007 (*O'Halloran & Francis*), appl. nr. 1 5809/02 en 25624/02, V-N 2008/25.4, NTFR 2008/763, FED 2008/81, NJ 2008/25, AB 2008/234.

'55. In the light of the principles contained in Jalloh judgement, and in order to determine whether the essence of the applicants' right to remain silent and privilege against self-incrimination was infringed, the Court will focus on the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence, the existence of any relevant safeguards in the procedure, and the use to which any material so obtained was put.'

Anders dan geldt voor de 'brede' spreekplicht in Shannon en de 'brede' verzoeken in Funke en J.B., gaat het hier om een beperkte spreekplicht, aldus het Hof. Er is weliswaar dwang, maar slechts een hele kleine sanctie. Bovendien vormt de verklaring wie reed slechts een deel van het bewijs (geen kernbewijs) en kon tegenbewijs worden aangedragen. Daarnaast – en dat dient in dit bestek zeker niet te worden onderschat – legt het Hof ook de nadruk op de specifieke aard van de *verkeerswetgeving*, waarin bepaalde verplichtingen worden opgelegd aan bestuurders om de veiligheid op de weg te handhaven. Zonder bepaalde plichten is handhaving (te) moeilijk. Het Hof acht het nemo-teneturbeginsel niet geschonden.

*Marttinen*²⁴²

De Fin Marttinen ging failliet en werd verdacht van crediteursbenadeling en bedrieglijke bankbreuk. In de lopende procedure die was gericht op de vereffening van de schulden, welke liep naast een strafrechtelijk vooronderzoek, werd hij gelast informatie over zijn vermogen te geven aan de curator. Hij weigerde, omdat beide procedures dezelfde feiten betroffen en medewerking zijn zwijgrecht in de strafzaak illusoir zou maken. Hij ontving een bestuurlijke boete van FIM 200.000 (€ 33.638) wegens informatieweigering, waartegen hij vergeefs verweer voerde. Terwijl de schuldvereffeningsprocedure aanhangig was in hoger beroep, kwamen Marttinen en zijn schuldeisers tot een akkoord. Dat deed echter niet af aan de opgelegde boete. Voor het EHRM was onduidelijk of het tot een strafvervolgung wegens crediteursbenadeling was gekomen, maar dat achtte het EHRM niet relevant, evenmin als het akkoord, aangezien aan Marttinen wel een gehandhaafde *criminal* boete was opgelegd wegens niet-meewerken. Het EHRM overweegt dat financiële informatieverstrekkingverplichtingen, bijvoorbeeld voor fiscale doeleinden, op zichzelf een normaal en noodzakelijk onderdeel zijn van de rechtsorde van de lidstaten:

'68. (...) The obligation to disclose income and capital for the purpose of the calculation and assessment of tax, for example, is a common feature of the taxation systems

242 EHRM 21 april 2009, nr. 19235/03 (Marttinen), NJ 2009/557.

*of Contracting States and it would be difficult to envisage the functioning effectively without it.*²⁴³

Ofschoon de informatie werd gevorderd in de procedure omtrent de vereffening van de schulden, komt het Hof toch tot een schending van het nemo-teneturbeginsel. Het Hof achtte van belang dat niet kon worden uitgesloten dat het verstrekken van de betreffende informatie tot gevolg zou hebben dat klager zou worden vervolgd voor *debtorsfraude*. Er bestond dan wel een geheimhoudingsplicht voor de curator, maar deze gold niet voor de betrokken crediteuren die ook waren betrokken bij het strafrechtelijk onderzoek en de informatie zouden kunnen inbrengen. Tevens wijst het EHRM expliciet op het ontbreken van nationale regelgeving die het gebruik van het betreffende materiaal in een latere 'bestraffingsprocedure' zou uitsluiten:

*'72. (...) The Court also notes that the Government did not refer to any domestic case-law which would have authoritatively excluded the later admission in evidence against the applicant of any statements made by him in the enforcement inquiry.'*²⁴⁴

*Zaichenko*²⁴⁵

Een werkgever meldde bij de overheid dat hij werknemers ervan verdacht dieselbrandstof te ontvreemden. Daarop voerde de politie een verkeerscontrole uit. De in de auto van een chauffeur aangetroffen blikken diesel leverden het vermoeden op dat die waren gestolen. Zaichenko kon tijdens de controle geen bon overleggen. Gedurende de ondervraging gaf hij toe diesel van het bedrijf te hebben meegenomen. Daarop werd hij veroordeeld voor diefstal.

Aangezien bij de verkeerscontrole al sprake was van een verdenking en hij pas na zijn verklaring op het zwijgrecht werd gewezen, kwam het Hof tot het oordeel dat art. 6 EVRM was geschonden:

'59. (...) Thus, the Court concludes that the trial court based the conviction of the applicant on the statement that he had given to the police without being informed of his right to not incriminate himself.

²⁴³ EHRM 21 april 2009, nr. 19235/03 (Marttinen), NJ 2009/557, r.o. 68.

²⁴⁴ EHRM 21 april 2009, nr. 19235/03 (Marttinen), NJ 2009/557, r.o. 72.

²⁴⁵ EHRM 18 februari 2010, nr. 39660/02 (Zaichenko).

60. In the light of the above considerations, given the particular circumstances of the present case and taking the proceedings as a whole, the Court concludes that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.'

*Gäfgen*²⁴⁶

Deze verdachte was door de politie bedreigd met fysiek en seksueel geweld om de verblijfplaats van de ontvoerde jongen aan te wijzen. De verklaring over de verblijfplaats mocht van de Duitse rechter niet worden gebruikt vanwege het pressieverbod, maar het fysieke bewijs (*real evidence*, zoals het lijk, de rugzak van het slachtoffer, autosporen) mochten wel worden gebruikt. Het Hof oordeelde dat van doorslaggevend belang was dat er een causaal verband bestond tussen het ontoelaatbare verhoor (schending art. 3 EVRM) en het gevonden fysieke bewijs, zodat het bewijs niet had mogen worden toegelaten. Dit zou een schending van art. 6 EVRM hebben opgeleverd. In dit geval had de verdachte echter een tweede bekentenis afgelegd ter zitting, zodat het fysieke bewijs niet nodig was voor de bewijsconstructie.

*Chambaz*²⁴⁷

De Zwitser Chambaz, later woonachtig in Bermuda, werd betrokken in diverse Zwitserse procedures inzake belastingontduiking. In 1991 legden de belastingautoriteiten hem een aanslag op in afwijking van zijn aangifte vanwege de groei van zijn vermogen, die niet kon worden verklaard aan de hand van de door hem verstrekte gegevens. Chambaz maakte bezwaar. Tijdens de bezwaarprocedure werd hem om informatie over zijn vermogen en de herkomst gevraagd, met name over zijn rekeningen bij de S-bank, die hij weigerde te geven. De belastingautoriteiten legden hem tweemaal een bestuurlijke geldboete op van CHF 2.000 (€ 1.440) resp. CHF 3.000 (€ 2.159) om hem te bewegen wél mee te werken. Op het moment van vragen van de informatie was er nog geen sprake van enige procedure wegens belastingontduiking. De procedure bij de bestuursrechter tegen de aanslag en de boeten werd in hoger beroep geschorst om strafrechtelijk onderzoek ter zake van belastingontduiking in te stellen. Chambaz verzocht om inzage in zijn dossier om zijn verdediging te kunnen voorbereiden, welk verzoek werd afgewezen. Vier jaar nadat hem de boeten wegens

246 EHRM 1 juni 2010 (Gäfgen), Appl. 22978/05, NJ 2010/628.

247 EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, EHRC 2012/135, NTFR 2012/1225, FED 2012/77, AB 2012/323. Zie verder E.B. Pechler, 'Chambaz en het verbod op gedwongen zelfincriminatie', NTFR 2012/1608 en J.H. Asbreuk, 'Informatieverstrekking en art. 6 EVRM', NTFR Beschouwingen 2012/27.

niet-meewerken waren opgelegd, werd tegen hem daadwerkelijk een procedure wegens belastingontduiking ingezet, die leidde tot een navordering van belasting met boete wegens belastingontduiking van meer dan CHF 1 miljoen. Chambaz klaagde bij het EHRM dat de boeteoplegging wegens niet-meewerken verboden dwang tot zelfincriminatie opleverde. Het EHRM overwoog ook in deze zaak dat de belastingplichtige/verdachte niet kon uitsluiten dat de gevraagde fiscale informatie strafvorderlijk tegen hem zou worden gebruikt. Dat de strafvorderlijke procedure pas vier jaar na de boeteoplegging was ingeleid, deed daar niet aan af, omdat de bestuurlijke procedure pas – voor de klager ongunstig – werd afgesloten drie jaar na de opening van de strafprocedure. Verwijzend naar de zaak J.B. v. Switzerland oordeelde het Hof (vijf tegen twee) dat art. 6 EVRM was geschonden:

'53. En l'espèce, la Cour relève qu'en infligeant des amendes au requérant, les autorités ont fait pression sur lui pour qu'il leur soumette des documents qui auraient fourni des informations sur son revenu et sa fortune en vue de son imposition, plus particulièrement en ce qui concerne ses comptes auprès de la Banque S. (voir paragraphe 8 ci-dessus). S'il n'appartient pas à la Cour de spéculer sur la nature de ces informations, elle constate que celles-ci sont également mentionnées dans le rapport établi à l'issue de l'enquête pour soustraction d'impôt (voir paragraphe 31 ci-dessus).

54. La Cour observe, par ailleurs, que le requérant ne pouvait exclure que toute information relative à des revenus supplémentaires de sources non imposées l'exposait à être accusé d'avoir commis l'infraction de soustraction d'impôt (J.B. c. Suisse, précité, § 65) et était de nature à compromettre sa position dans l'enquête pour soustraction d'impôts.

55. Le fait que celle-ci ait été ouverte quatre ans plus tard n'est, aux yeux de la Cour, pas déterminant, car au moment où le tribunal administratif a confirmé les décisions litigieuses, l'enquête était déjà ouverte depuis un peu moins de trois ans. Dès lors, les décisions des juridictions internes, confirmant les amendes infligées précédemment au requérant, ont eu pour résultat d'obliger le requérant à contribuer à sa propre incrimination.'

Het EHRM overwoog dat de Zwitserse wetgeving pas sinds 1 januari 2008 voorziet in waarborgen dat door belastingplichtigen onder dwang ten behoeve van de heffing verstrekte informatie niet tevens in een strafvorderlijke procedure tegen hen zal worden gebruikt:

'56. De surcroît, la Cour constate que l'article 183 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct a été modifié au 1er janvier 2008, de manière à donner aux personnes faisant l'objet d'une enquête fiscale des garanties suffisantes, dont la garantie que les infor-

mations fournies lors d'une procédure purement fiscale ne seront pas utilisées au cours de l'enquête pour soustraction d'impôts.'

Tsonyo Tsonev²⁴⁸

Deze Bulgaarse klager bij het Hof raakte samen met een vriend in een gewelddadig gevecht met een derde persoon betrokken. Na een telefoontje van de burens van deze derde persoon, werd klager aangehouden door de politie. Klager werd beboet voor huisvredebreuk c.q. inbraak woning en mishandeling van de bewoner. De boete werd definitief na zeven dagen. Later wordt hij voor dezelfde gebeurtenis vervolgd en wordt hij veroordeeld tot achttien maanden gevangenisstraf. Hij klaagde onder meer over het feit dat hij pas in een laat stadium bijstand had gedurende zijn verhoor. Omdat hij geen kanttekeningen had geplaatst tijdens het proces over de wijze van verhoren, kon het EHRM niet beoordelen of sprake was geweest van *improper compulsion* voor zijn bekentenis.

3. Algemene uitgangspunten EHRM

De rechtspraak van het EHRM is erg casuïstisch, waardoor een algemene lijn moeilijk is te ontwaren. In de literatuur heeft dit geleid tot verschillende interpretaties. In deze paragraaf zullen wij aangeven hoe de rechtspraak van het EHRM naar onze mening moet worden geïnterpreteerd en derhalve hoe de arresten zich tot elkaar verhouden. Daarbij zullen wij ook de visies van diverse andere auteurs belichten.

Het EHRM heeft in zijn rechtspraak ter zake van de vraag of het nemo-teneturbeginsel van toepassing is uitdrukkelijk gewezen op het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. Daarnaast wordt onderscheid gemaakt tussen zaken waarin reeds sprake is van een *criminal charge* en zaken waarin dit niet het geval is.

Voorts wijst het EHRM in zijn jurisprudentie op vier factoren voor de vraag of sprake is van schending van het nemo-teneturbeginsel:

1. de aard en mate van dwang;
2. het gewicht van het publiek belang;
3. relevante rechtswaarborgen;
4. de manier waarop het materiaal wordt gebruikt.²⁴⁹

²⁴⁸ EHRM 16 oktober 2012, nr. 21124/04 (Tsonyo Tsonev).

²⁴⁹ EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00 (Jalloh), NJ 2007/226.

Zoals Koops reeds schreef, werken de eerste en laatste factor als communicerende vaten. Datzelfde geldt voor de andere twee factoren. Naarmate de dwang om mee te werken groter is en naarmate het afgedwongen materiaal een zwaardere rol heeft bij het bewijs, zal het publiek belang van afgedwongen informatie des te groter moeten zijn en zullen er meer rechtswaarborgen moeten zijn. Bij een geringe mate van dwang of functie als steunbewijs zal een meewerkplicht eerder de toets van art. 6 EVRM kunnen doorstaan.²⁵⁰

De tweede genoemde factor, het gewicht van het publieke belang, komen wij eigenlijk alleen in Jalloh tegen en lijkt derhalve voor het fiscale (straf)recht weinig tot geen betekenis te hebben. Deze factor zullen wij in dit kader dan ook niet nader bespreken.

In het hiernavolgende zal allereerst aandacht worden besteed aan het onderscheid dat door het EHRM zelf expliciet wordt gemaakt. Dit betreft enerzijds het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal en daarmee tevens de vraag wanneer sprake is van Saundersmateriaal en anderzijds het onderscheid tussen zaken waarin reeds sprake is van een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM en zaken waarin hiervan nog geen sprake is. Vervolgens zullen de hiervoor genoemde factoren aan de orde komen.

Saundersmateriaal

Het EHRM heeft in zijn rechtspraak een expliciet onderscheid gemaakt tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. Ofschoon het Hof dit onderscheid in het Saunders-arrest leek te presenteren als 'doorslaggevend' voor de vraag of het nemo-teneturbeginsel van toepassing is, volgt uit het arrest Jalloh dat de soep niet zo heet wordt gegeten. Ook op materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat, kan het nemo-teneturbeginsel van toepassing zijn. Andersom kunnen er ook arresten worden

²⁵⁰ B.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel; Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?*, Boom Lemma, Meppel 2012, p. 168. In 2000 schreef Koops een omvangrijke publicatie over het decryptiebevel aan de verdachte. Daarin kwam hij tot de slotsom dat het geven van een dergelijk bevel een inbreuk opleverde op het nemo-teneturbeginsel en dat er onvoldoende argumenten waren deze inbreuk te rechtvaardigen. Op verzoek van het Ministerie van Veiligheid & Justitie heeft hij dit onderzoek twaalf jaar later opnieuw uitgevoerd in het kader van de huidige ontwikkelingen – in het bijzonder ten aanzien van de kinderpornografie en encryptietechniek, maar ook met betrekking tot de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van het nemo-teneturbeginsel.

aangewezen waarin het afdwingen van materiaal dat afhankelijk van de wil bestaat geen schending van het nemo-teneturbeginsel oplevert.²⁵¹

Na Saunders, maar ook nog na J.B., werd door vele auteurs de nadruk gelegd op de vraag of materiaal al dan niet (on)afhankelijk is van de wil. Over materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat, zou het nemo-teneturbeginsel zich niet uitstrekken. Met Koopman en Van Toor zijn wij van mening dat deze conclusie niet juist is.²⁵² Naar onze mening dienen *means based-* en *material based-* benaderingen in relatie tot elkaar te worden gezien. Het nemo-teneturbeginsel biedt bescherming tegen bepaalde *means*, maar of de ingezette dwang of het ingezette drukmiddel al dan niet is geoorloofd, wordt mede ingevuld door het soort materiaal.

Een element dat in dit verband bespreking behoeft, is de zekerheid ter zake van het bestaan van het materiaal. Indien het bijvoorbeeld zeer onzeker is of een persoon ergens een bankrekening aanhoudt, komt het 'afdwingen' van gegevens omtrent deze bankrekening feitelijk neer op het afdwingen van een verklaring. Dit is een glijdende schaal.

In het verlengde hiervan verdedigt Feenstra de opvatting dat bankafschriften niet per definitie wilsonafhankelijk zijn, omdat de belanghebbende al als rekeninghouder moet zijn geïdentificeerd en omdat er reeds voldoende ander bewijs aanwezig moet zijn. De belanghebbende moet buiten eigen toedoen als rekeninghouder zijn geïdentificeerd, wil er sprake zijn van wilsonafhankelijk materiaal.²⁵³ Hierbij plaatsen we graag de kanttekening dat de 'bankafschriften' als zodanig onzes inziens niet als wilsafhankelijk materiaal kunnen worden aangemerkt. De onzekerheid ter zake van het bestaan van het materiaal kan echter wel tot gevolg hebben dat het verzoek om informatie meebrengt dat het wilsafhankelijk wordt.

A-G Wattel verwoordt een en ander als volgt:

'(i) niet alleen moet het materiaal reeds bestaan op het moment van vorderen (zodat de verdachte niet gedwongen wordt het te vervaardigen of over de strekking ervan

251 Zie bijvoorbeeld EHRM 29 juni 2007, NJ 2008, 25 m.nt. EAA (O'Halloran & Francis); EHRM 21 april 2009, NJ 2009/557 (Martinen).

252 R.J. Koopman, 'Het zwijgrecht na J.B.', *WFR* 2002, 6497, p. 1353 en D.A.G. van Toor, 'Over het nemo-teneturbeginsel en het decryptiebevel: is een meewerkverplichting bij het ontsleutelen van bestanden, gerechtvaardigd?', *Strafblad* september 2013, 319.

253 Annotatie A.A. Feenstra bij HR 12 juli 2013, nr. 12/01880, *NbSr* 2013/302.

te verklaren), maar ook moet (ii) de vorderende overheidsinstantie er de hand op kunnen leggen c.q. kennis van kunnen nemen door eigenmachtig gebruik van dwangmiddelen (zonder afgedwongen actieve medewerking van de verdachte), zoals doorzoeking en inbeslagneming (in Saunders noemt het Hof “documents acquired pursuant to a warrant”), een telefoontap, een ademproef, of de afname van urine- of bloedmonsters of wangslim.²⁵⁴

Om te concluderen dat er sprake is van wilsonafhankelijk materiaal in de zin van Saunders dient er niet slechts sprake te zijn van materiaal dat los van de wil bestaat, maar dient ook aan de twee nadere eisen te worden voldaan. Het eerste vereiste betreft de vraag omtrent (de zekerheid van) het bestaan van het materiaal.²⁵⁵ In het tweede criterium komt het onderscheid tussen dulden en meewerken aan de orde. Dulden kan worden geëist, een (vergaande vorm van) actieve medewerking in beginsel niet. In dit verband kan worden gewezen op het Jalloh-arrest waarin het Hof overweegt dat het materiaal (bolletjes drugs) in beginsel materiaal betreft dat bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte, maar dat er een aantal elementen van belang is dat tot gevolg heeft dat dit materiaal zich onderscheidt van het materiaal in Saunders. Het Hof overweegt allereerst dat het in de zaak Jalloh ging om het verkrijgen van *real evidence*. Vervolgens overweegt het Hof dat de verdachte een zekere inbreuk op zijn fysieke integriteit moet dulden. Als voorbeeld wordt gewezen op het verkrijgen van haarmonsters of lichaamswefsel. Een zekere participatie kan worden gevorderd, maar deze vindt zijn grenzen in ‘*material produced by the normal functioning of the body*’,²⁵⁶ zoals door Haas en Jansen treffend verwoord als materiaal dat onvermijdelijk (vroeg of laat) toch wel wordt geleverd.²⁵⁷

Zoals Koops schreef, is in Amerikaanse termen sprake van *testimonial evidence*, wanneer het bestaan en de plaats van de documenten geen uitgemakte zaak is. De Amerikaanse (Hubbell) en Europese (J.B.) rechtspraak vertonen hierin veel parallellen.²⁵⁸ Verder merkt Koops op dat bij de Saunders-formule vaak slechts de overweging wordt aangehaald waarin

254 Conclusie Wattel, BNB 2002/27, V-N 2001/37.3, NTFR 2001/985.

255 Zie in dit verband ook R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Kluwer, Deventer 2011, p. 86.

256 EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00 (Jalloh), NJ 2007/226, r.o. 114.

257 F.J.P.M. Haas en D.N.N. Jansen, ‘You have the right to remain silent: of toch niet?’, *TFB* 2008/04.

258 B.J. Koops, *WODC-rapport: Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel; Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?*, Boom Lemma Uitgevers, Meppel 2012, p. 163.

wordt gesproken over de 'existence independent of the will of the suspect such as, *inter alia*, documents acquired pursuant to a warrant'. Niet vaak wordt de daaraan voorafgaande paragraaf aangehaald, dit terwijl het EHRM in de vervolgrechtspraak daar toch diverse malen naar verwijst, te weten:

'The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (Saunders, par. 68, herhaald in Heaney and McGuinness, par. 40, J.B., par. 64, Jalloh, par. 100, Gäfgen, par. 168).'

In die zinsnede ligt, aldus Koops, niet de nadruk op het bestaan onafhankelijk van de wil, maar op de verkrijging van materiaal buiten de wil van de verdachte. Hij merkt onder verwijzing naar Jalloh op, dat naarmate materiaal niet door de normale lichaamsfuncties wordt geproduceerd, de criteria tussen wilsonafhankelijk materiaal en wilsonafhankelijke verkrijging meer uiteen gaan lopen. Het pressieverbod zal dan een belangrijkere rol spelen (omdat meer druk nodig is om de verdachte tot medewerking te bewegen), evenals de procesautonomie (omdat de bewijslast bij het bestuursorgaan ligt en het niet aan de verdachte is om mee te werken aan het op tafel leggen van belastend materiaal).²⁵⁹

Geconcludeerd kan worden dat het criterium of het materiaal afhankelijk van de wil bestaat niet doorslaggevend is voor de vraag of het nemo-teneturbeginsel van toepassing is. Het levert wel een eerste aanknopingspunt op voor de vraag of het beginsel van toepassing is:

1. op materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat, is het nemo-teneturbeginsel in beginsel niet onverkort van toepassing;
2. op materiaal dat afhankelijk van de wil bestaat, is het nemo-teneturbeginsel in beginsel wel onverkort van toepassing.

Criminal charge

In de zaak Weh maakt het Hof een expliciet onderscheid tussen twee type zaken: de gevallen waarin de informatie wordt verzocht, voordat sprake is van een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM en de gevallen waarin van een *charge* al wel sprake is.

259 B.J. Koops, *WODC-rapport: Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel; Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?*, Boom Lemma Uitgevers, Meppel 2012, p. 137.

De Bont meent dat het onderscheid dat wordt gemaakt in typen zaken bepalend is voor de interpretatie van het nemo-teneturbeginsel. Hij onderscheidt twee interpretatievormen van het nemo-teneturbeginsel: *the light version* en *the principle in broader sense*. Er kunnen daarbij twee of beter gezegd drie typen zaken worden onderscheiden:

1. zaken waarbij informatie wordt afgedwongen na een criminal charge;
2. de zaken waarbij informatie is verkregen voor de charge en waarbij het de vraag is of de informatie mag worden gebruikt voor bestraffingsdoeleinden;
3. zaken waarbij aanverwante zaken spelen en in dat kader een criminal charge is gegeven.

De Saunderslijn zou dan alleen van toepassing zijn in het tweede type zaken, oftewel in het geval de informatie onder druk werd verkregen op het moment dat er nog geen sprake was van een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM. Volgens De Bont past het Hof in het eerste soort zaken waarin informatie wordt afgedwongen na de *criminal charge* 'the principles against self-incrimination in its broader sense' toe. In dat geval zou de beperking in verband met de wilsonafhankelijkheid van het materiaal niet van toepassing zijn. Met betrekking tot het tweede type zaken is het Hof terughoudender met het uitsluiten van bewijs en wordt het nemo-teneturbeginsel beperkter uitgelegd.²⁶⁰

In de 'indeling' van typen zaken en het daarbij gemaakte toepassingsbereik van het nemo-teneturbeginsel in enge of ruime zin kunnen wij ons geheel vinden. Het is echter wel de vraag of ook de conclusie kan worden getrokken dat in zaken waarin reeds sprake is van een *criminal charge* de vraag of al dan niet sprake is van wils(on)afhankelijk materiaal *in het geheel* niet meer aan de orde kan zijn.

In het arrest J.B. – waar al sprake was van een *criminal charge* – heeft het Hof de vraag of er sprake was van wilsonafhankelijk materiaal (in de zin van Saunders) namelijk nog wel in de overweging betrokken. Het Hof overwoog dat in dat geval geen sprake was van '*material of this nature which, like that considered in Saunders, has an existence independent of the person concerned and is not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person*'.

260 G.J.M.E. de Bont, 'Het nemo tenetur-beginsel in een (internationale) rechtsorde', in: vriendenbundel van Henk van Arendonk, *'k Moet eerlijk zeggen*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2013, p. 29.

Ook in het Jalloh-arrest, waarin reeds sprake was van een *criminal charge*, gaat het EHRM na op welke vlakken het betreffende materiaal afwijkt van het materiaal in Saunders.²⁶¹

In beide arresten gaat het Hof ondanks het feit dat sprake is van een *criminal charge*, in op de vraag of het materiaal kan kwalificeren als 'Saundersmateriaal'. Opvallend is echter wel dat het Hof ondanks het feit dat het hier bankbescheiden respectievelijk een bolletje drugs betreft, tot de conclusie komt dat van 'Saundersmateriaal' geen sprake is, waarna het Hof in beide zaken een schending van het nemo-teneturbeginsel aanneemt. Dit kan zijn gelegen in het feit dat het Hof daarmee bedoelt dat het materiaal met alle toetsen in aanmerking genomen geen Saundersmateriaal is, maar dit zou er echter ook op kunnen wijzen dat aan de vraag of er sprake is van Saundersmateriaal, ingeval er sprake is van een *criminal charge*, minder gewicht toekomt.

Hartmann merkt in zijn commentaar bij het arrest Weh op, dat de tweedeling (het al dan niet strafrechtelijk zijn van de procedure) van belang is voor de vraag of de toegepaste dwang al dan niet toelaatbaar is.²⁶²

Haas en Jansen benadrukken dat een persoon zich niet kan verweren tegen het geven van informatie in fiscale zaken met een beroep op het *privilege against self-incrimination* indien er nog geen *criminal charge* is.²⁶³ Dit ontlenen zij aan de volgende overweging in Marttinen.²⁶⁴

'68. (...) *The obligation to disclose income and capital for the purposes of the calculation and assessment of tax, for example, is a common feature of the taxation systems of Contracting States and it would be difficult to envisage them functioning effectively without it.*'

Terecht merken zij dan ook op dat het vervolgen van een persoon wegens het niet geven van informatie of het geven van valse informatie geen strijd met het nemo-teneturbeginsel oplevert, omdat het niet gaat om het gebruik van afgedwongen informatie in een tegen de betrokkene aanhangig gemaakte *criminal charge*, maar voor het (sec) vervolgen van het

261 EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00 (Jalloh), NJ 2007/226.

262 A.R. Hartmann, "De Gordiaanse knoop van medewerkingsplicht en zwijgrecht". Een EHRM-update aan de hand van Weh v. Oostenrijk', *Strafblad* 2004, p. 175.

263 F.J.P.M. Haas en D.N.N. Jansen, 'Het "privilege against self-incrimination" nader beschouwd', *TFB* 2013/01.

264 EHRM 21 april 2009, nr. 19235/03, par. 68.

weigeren van informatie of het geven van valse informatie. Een en ander betekent uiteraard niet dat de informatie die is gegeven op een later moment, als wel een criminal charge aanhangig is gemaakt, wel mag worden gebruikt.

Bij parallel lopende onderzoeken benadert het EHRM de procedures in hun geheel.²⁶⁵ Er moet dan uiteraard voldoende samenhang zijn en in die afweging betreft het EHRM tevens of de autoriteiten van de diverse procedures elkaar moeten of mogen informeren. Indien de zaken nauw zijn verbonden, geldt de criminal charge in de ene zaak ook voor de andere zaak, waartoe we verwijzen naar de volgende passage uit Chambaz:

'48. (...) Elle estime, par conséquent, que les deux procédures étaient étroitement liées de sorte que le caractère manifestement penal de l'enquête s'est étendu à la procédure ayant donné lieu à la présente requête.'

Dit zou slechts anders zijn indien er 'chinese walls' tussen beide procedures bestaan.

Geconcludeerd moet worden dat de vraag of reeds sprake is van een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM in parallele zaken niet doorslaggevend is voor de vraag of het nemo-teneturbeginsel van toepassing is. Wel lijkt deze vraag relevant ter zake van de aan te leggen toets. Onderscheid kan worden gemaakt tussen 'the light version' and 'the principle in broader sense'. Een dergelijk onderscheid vindt zijn rechtvaardiging in de aan het beginsel ten grondslag liggende ratio's. Meer in het bijzonder kan worden gewezen op het gewicht dat toekomt aan de procesautonomie. Op het moment dat reeds sprake is van een *criminal charge* mag van de betrokken autoriteit een ver(der)gaande zorgvuldigheid worden gevergd.

Mate van uitgeoefende dwang

De mate en aard van de dwang is een van de drie criteria die door het EHRM in (onder meer) de arresten Jalloh en O'Halloran & Francis worden genoemd. Het gaat hierbij om handelingen door de autoriteiten, die zijn verricht om bewijs te vergaren. Het is aan de vervolgende instantie om

265 G.J.M.E. de Bont, Hoofdstuk 15, 'Informatieverstrekking bij boeten', in de bundel van De Bont Advocaten 2013, (*Fiscale inlichtingenverplichtingen; enige beschouwingen uit de praktijk en de wetenschap*, p. 313 e.v. alsook G.J.M.E. de Bont, 'Het nemo tenetur-beginsel in een (internationale) rechtsorde', in: de vriendenbundel van Henk van Arendonk, *'k Moet eerlijk zeggen*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2013, p. 34.

het bewijs te leveren zonder daarbij gebruik te maken van bewijsmiddelen die door dwang of druk zijn verkregen tegen de wil van de beschuldigde verkregen:

‘The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused.’²⁶⁶

Dat betekent uiteraard niet dat dwang helemaal niet zou zijn toegestaan:

‘(...) not all coercive measures give rise to the conclusion of an unjustified interference with the right not to incriminate oneself.’²⁶⁷

Zoals Van Toor opmerkt, is er sprake van geoorloofde dwang indien de opsporingsautoriteiten de geldende strafvorderlijke bepalingen niet overtreden. De meeste vormen van dwang om materiaal te verkrijgen dat afhankelijk is van de wil zijn daarentegen onfatsoenlijk.²⁶⁸

Het antwoord op de vraag of de dwang ontoelaatbaar is, is mede afhankelijk van de aard en reikwijdte van de informatieverplichting. Als deze beperkt van omvang is, mag meer dwang worden uitgeoefend voordat strijdigheid met het nemo-teneturbeginsel ontstaat. Zoals De Bont opmerkt, heeft het EHRM impliciet beslist dat de vragen in Funke (over overzichten in verband met een heimelijke bankrekening) en in J.B. (over bescheiden waaruit bleek op welke wijze bepaalde niet verantwoorde investeringen hadden plaatsgevonden) geen ‘limited nature’ kennen. Hetzelfde heeft zijns inziens te gelden voor verzoeken ex art. 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR). De nagenoeg onbeperkte omvang van de verplichting ex art. 47 AWR zou dan met zich meebrengen dat al snel de uitgeoefende dwang ontoelaatbaar is.²⁶⁹

266 EHRM 17 december 1996, nr. 43/1994/490/572 (Saunders), BNB 1997/254, V-N 1997/722, NJ 1997/699, par. 68; herhaald in EHRM 21 december 2000 (Quinn), zaaknr. 36887/97, EHRC 2011/18 en EHRM 21 december 2000, nr. 34720/97 (Heaney & McGuinness), par. 40; EHRM 3 mei 2001 (J.B.), appl. nr. 31827/96, NJCM Bulletin 2002, 5, EHRM 11 juli 2006 (Jalloh), nr. 54810/00, NJ 2007/226, par. 100; EHRM 1 juni 2010 (Gäfgen), Appl. 22978/05, NJ 2010/ 628, par. 168.

267 EHRM 4 oktober 2005, nr. 6563/03, par. 36 (Shannon).

268 D.A.G. van Toor, “Over het nemo-teneturbeginsel en het decryptiebevel”: is een meewerkverplichting bij het ontsleutelen van bestanden, gerechtvaardigd?, *Strafblad* september 2013, p. 320.

269 G.J.M.E. de Bont, ‘Is het nemo tenetur-beginsel werkelijk passé?’, *WFR* 2009/1405.

Van Toor noemt als voorbeelden van ongeoorloofde dwang: (het dreigen met) een gevangenisstraf²⁷⁰ of een geldboete als de verdachte niet meewerkt aan het onderzoek,²⁷¹ het folteren²⁷² of onmenselijke behandelen van de verdachte,²⁷³ het tot een strafbaar feit uitlokken van de verdachte²⁷⁴ of het misleiden van de verdachte.^{275,276} Schending van art. 8 EVRM (privacy) levert niet per definitie voldoende op voor ongeoorloofde dwang.²⁷⁷

Voldoende relevante waarborgen

De aanwezigheid van voldoende relevante waarborgen bepaalt mede het antwoord op de vraag of er sprake is van (on)geoorloofde dwang. Zo kunnen gedragingen die mogelijk zijn geoorloofd toch als ongeoorloofd worden aangemerkt wegens het ontbreken van voldoende waarborgen. Hierbij kan worden gedacht aan Jalloh. Het toedienen van het braakmiddel moest weliswaar geschieden door een arts en mocht bovendien slechts worden toegepast als er geen risico voor letsel was (waarvoor communicatie cruciaal was), maar omdat Jalloh de Duitse en Engelse taal niet (goed) machtig was, was de waarborgenprocedure te gebrekkig toegepast.

Het EHRM acht het in de zaak *Marttinen van belang* dat het recht zichzelf niet te incrimineren niet illusoir of theoretisch moet zijn, maar praktisch en effectief. Het Hof overweegt:

'64. (...) the Convention must be interpreted in such a way as to guarantee rights which are practical and effective as opposed to theoretical and illusory. Applying this approach to the present case, the Court observes that, if the applicant were unable to rely on Article 6, the waiving of charges or his acquittal in the substantive proceedings would exclude any consideration under Article 6 of his complaint that he had already been punished for having defended what he considered to be his rights guaranteed by Article 6 of the Convention.'

270 Bijv. EHRM 21 december 2000, EHRC 2011/19 (Quinn) en EHRM 21 december 2000, nr. 34720/97 (Heaney & McGuinness).

271 Bijv. EHRM 25 februari 1993, NJ 1994/485 (Funke) en EHRM 3 mei 2001, NJCM *Bulletin* 2002, 5 (J.B.). Het moet dan wel gaan om boete van enige omvang (bijv. in *Chambaz* betrof het een boete van € 3.599).

272 Bijv. EHRM 21 april 2011, nr. 42310/04 (Nechiporuk & Yonkalo).

273 Bijv. EHRM 11 juli 2006, NJ 2007/226 (Jalloh).

274 Bijv. EHRM 9 juni 1998, NJ 2001/471 (Teixeira de Castro).

275 Bijv. EHRM 5 november 2002, NJ 2004/262 (Allan).

276 D.A.G. van Toor, "Over het nemo-teneturbeginsel en het decryptiebevel": is een meewerkverplichting bij het ontsleutelen van bestanden, gerechtvaardigd?, *Strafblad* september 2013, p. 320.

277 Bijv. EHRM 12 mei 2000, NJ 2002/180 (Khan).

Ook in Chambaz wordt expliciet gemeld dat geen waarborg in de wet was opgenomen dat de informatie niet werd gebruikt in het onderzoek naar belastingontduiking. Het Hof overweegt daartoe in r.o. 54:

'le requérant ne pouvait exclure que toute information relative à des revenus supplémentaires de sources non imposées l'exposait à être accusé d'avoir commis l'infraction de soustraction d'impôt (J.B. c. Suisse, précité, par. 65) et était de nature à compromettre sa position dans l'enquête pour soustraction d'impôts.'

Naast deze twee arresten kan onzes inziens ook aan Jalloh worden ontleend dat 'vaste' waarborgen nodig zijn. In Jalloh wordt overwogen dat in de Duitse regeling in beginsel relevante waarborgen zijn opgenomen, maar kwam het Hof tot een schending vanwege de gebrekkige toepassing van die regeling.²⁷⁸ En als laatste kunnen ook de arresten van Heaney & McGuinness (en Quinn) worden genoemd. Waarin het Hof overweegt:

'51. The Court notes that the High Court considered that such protections minimised the risk of an accused wrongfully confessing to a crime and safeguarded against the possible abuse of the powers provided by section 52 of the 1939 Act. Important as they are, the Court is, however, of the view that such protections could only be relevant to the present complaints if they could effectively and sufficiently reduce the degree of compulsion imposed by section 52 of the 1939 Act to the extent that the essence of the rights at issue would not be impaired by that domestic provision. However, it is considered that the protections referred to by the Government could not have had this effect.

The application of section 52 of the 1939 Act in an entirely lawful manner and in circumstances which conformed with all of the safeguards referred to above, could not alter the choice presented by section 52 of the 1939 Act: either the information requested was provided by the applicant or he faced potentially six months' imprisonment.'

Het recht moet kunnen worden ingeroepen op het moment dat informatie wordt gevraagd, waarvan niet is uit te sluiten dat die voor boeteoplegging of strafrechtelijke vervolging wordt gebruikt.²⁷⁹

Zoals al eerder opgemerkt, kennen niet alle deelgebieden van het punitieve recht vanuit art. 6 EVRM gezien dezelfde waarborgen. In het arrest Jussila is aangegeven dat bepaalde garanties niet gelden in het belasting-

²⁷⁸ EHRM 11 juli 2006, NJ 2007/226, r.o. 120 (Jalloh).

²⁷⁹ J.H. Asbreuk, 'Informatieverstreking en art. 6 EVRM', *NTFR Beschouwingen* 2012/27.

recht.²⁸⁰ Meer specifiek voor het nemo-teneturbeginsel is dat in Marttinen herhaald.²⁸¹ Datzelfde geldt voor het verkeersrecht.²⁸² Met betrekking tot O'Halloran merkt Stijnen op dat het daarbij gaat om een specifieke medewerkingsplicht in het gemotoriseerde verkeer, zodat het arrest daarbuiten niet dezelfde werking heeft. Daartoe wijst hij tevens op het nadien gewezen arrest Zaichenko.²⁸³

Relevante waarborgen kunnen ongeoorloofde dwang mogelijk ook repareren, waarbij kan worden gedacht aan rechtsbijstand of de cautie.²⁸⁴ Die waarborgen moeten dan wel effectief en voldoende de mate van dwang reduceren.²⁸⁵

De manier waarop het bewijs wordt gebruikt

Indien er gebruik is gemaakt van ongeoorloofde druk, maar het verkregen bewijs niet wordt gebruikt voor de bewezenverklaring of straftoemeting, is het besmette bewijs in feite geheeld. De verdachte heeft geen belang bij een beroep op schending van het nemo-teneturbeginsel.²⁸⁶

Indien echter ten tijde van het beroep op het nemo-teneturbeginsel nog niet duidelijk is of het bewijs zal worden gebruikt, maar die kans wel aanwezig is, kan dat voldoende zijn voor een schending.²⁸⁷

4. *Nationale rechtspraak*

In een arrest uit 1977 overwoog de Hoge Raad ter zake van de wettelijk gesanctioneerde plicht een bloedonderzoek te ondergaan bij verdenking van beschonken bestuurderschap:

280 EHRM 23 november 2006, nr. 7305/01 (Jussila).

281 EHRM 21 april 2009, NJ 2009/57 (Marttinen).

282 EHRM 29 juni 2007, NJ 2008/25 (O'Halloran & Francis).

283 R. Stijnen, 'Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht', Kluwer, Deventer 2011, p. 87.

284 D.A.G. van Toor, "Over het nemo-teneturbeginsel en het decryptiebevel": is een meewerkverplichting bij het ontsleutelen van bestanden, gerechtvaardigd?, *Strafblad* september 2013, p. 322.

285 EHRM 21 december 2000, nr. 34720/97 (Heaney & McGuinness), r.o. 51.

286 D.A.G. van Toor, "Over het nemo-teneturbeginsel en het decryptiebevel": is een meewerkverplichting bij het ontsleutelen van bestanden, gerechtvaardigd?, *Strafblad* september 2013, p. 321.

287 EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B.), BNB 2002/26, V-N 2002/4.4, AB 2002/343, EHRC 2001/45, NJ 2003/354, r.o. 66.

*(...) niet is verankerd een onvoorwaardelijk recht of beginsel dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal (...).*²⁸⁸

In een arrest van de Hoge Raad van 11 december 1991, iets meer dan een jaar voor het arrest Funke van het EHRM, herhaalt de Hoge Raad deze regel ter zake van het belasting(boete)recht.²⁸⁹ In de betreffende zaak werd geklaagd over de omkering en verzwaring van de bewijslast wegens niet-medewerking. Gelijktijdig liep er een strafprocedure omtrent het doen van een opzettelijk onjuiste belastingaangifte, in welk verband klager het zwijgrecht toekwam. De Hoge Raad overweegt ter zake van de omkering en verzwaring van de bewijslast:

‘Weliswaar kan het bepaalde in artikel 29, lid 2, van de AWR meebrengen dat de belastingplichtige ter voldoening aan de op hem ingevolge die bepaling rustende bewijslast zich in de administratieve procedure genoopt ziet tot het produceren van bewijsmateriaal dat tevens in de strafzaak tot bewijs kan dienen, maar het is aan de strafrechter om te beslissen of en in hoeverre, gelet op de omstandigheden waaronder het bewijsmateriaal ter beschikking is gekomen, het hier betreft materiaal waarop in het strafproces geen acht mag worden geslagen.’

De Hoge Raad concludeert dat er voor de belastingplichtige in de bestuurlijke procedure een meewerkverplichting bestaat. Het is vervolgens aan de strafrechter om het materiaal dat als zodanig is verkregen al dan niet uit te sluiten in de strafrechtelijke procedure.

De Hoge Raad heeft in juni 2001 – vlak na het verschijnen van J.B. – overwogen dat verklaringen die zijn afgelegd op grond van de fiscale inlichtingenverplichtingen niet mogen worden gebruikt voor de boeteoplegging.²⁹⁰ Binnen de fiscale procedure wordt een scheiding gemaakt tussen de heffing en de boeteoplegging. Uitgangspunt vormt dat medewerking ter zake van de heffing niet straffeloos kan worden geweigerd.

In het verlengde hiervan oordeelt de Hoge Raad op 27 februari 2004 over een informatieverzoek door de inspecteur terwijl er tevens sprake was van een parallel lopende strafzaak. De inspecteur vroeg tijdens de bezwaar-

288 HR 15 februari 1977, NJ 1977/577.

289 HR 11 december 1991, nr. 27.345, BNB 1992/243, V-N 1992/199.

290 HR 27 juni 2001, nr. 35.889, BNB 2002/27, V-N 2001/37-3, NTFR 2001/985 (na conclusie Wattel).

fase – waarin overigens geen boete aan de orde was – om nadere informatie, hetgeen door betrokkene met een beroep op het zwijgrecht werd geweigerd. De Hoge Raad overwoog:

‘De omstandigheid dat ten tijde van de vragen van de Inspecteur een strafvervolgning tegen belanghebbende was ingesteld, onthief hem niet van de in artikel 47 AWR neergelegde, voor een ieder geldende verplichtingen tot informatieverstrekking ten behoeve van de belastingheffing te zijnen aanzien. De vraag of, en zo ja in hoeverre, van aldus verkregen gegevens gebruik mag worden gemaakt in een strafzaak of bij het opleggen van een verhoging of boete, is in de onderhavige belastingprocedure niet aan de orde. Die vraag komt pas aan de orde bij “the determination of a criminal charge” in de zin van artikel 6 EVRM tegen de betrokkene. Indien belanghebbende de gevraagde informatie had verstrekt, zou die vraag in de aanhangige strafzaak beantwoord hebben moeten worden. (...)’²⁹¹

De Hoge Raad overweegt dat met het voldoen aan de betreffende verplichting geen afstand wordt gedaan van een beroep op art. 6 EVRM tegenover de rechter die is bevoegd te oordelen omtrent de *criminal charge*, indien informatie, verstrekt ter voldoening aan die verplichting, aan de rechter zou worden gepresenteerd. De Hoge Raad zoekt de oplossing dus in de latere toets ter zake van het gebruik van het bewijs in een ‘bestraffingsprocedure’.

Een zekere beperking op de bewijsuitsluiting ligt besloten in het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2008.²⁹² Het betrof een KB Lux-zaak waarin het materiaal dat ter zake van de belastingheffing was verkregen ook werd gebruikt voor bestuurlijke beboeting. Het materiaal was op verzoek van belanghebbende door een buitenlandse bank vervaardigd en in het kader van de heffing verstrekt. De Hoge Raad oordeelt – in afwijking van de conclusie van de A-G – dat art. 6 EVRM niet is geschonden. Volgens de Hoge Raad doet hieraan niet af dat enige actieve participatie van de belastingplichtige was vereist. Ter zake van het gebruik van het bewijs overwoog de Hoge Raad dat de afgedwongen bankafschriften niet ‘van rechtstreeks belang zijn voor de vraag of belanghebbende het beboetbare feit heeft begaan’.

Volgens De Bont ligt in dit arrest besloten dat de Hoge Raad een onderscheid maakt tussen enerzijds het bewijs ter zake van het plegen van het

²⁹¹ HR 27 februari 2004, nr. 37.465, NTFR 2004/316, BNB 2004/225 r.o. 3.3.4.

²⁹² HR 21 maart 2008, nr. 43050, BNB 2008/159, V-N 2008/16.5.

beboetbare feit en de verwijtbaarheid en anderzijds de hoogte van de boete. De bewijsuitsluitingsregel zou dan zijn beperkt tot afgedwongen wilsafhankelijk bewijsmateriaal dat bewijs vormt voor het feit dat het beboetbare feit met opzet of grove schuld werd volbracht.²⁹³

Ter zake van de uitgeoefende druk wordt door de Hoge Raad nog het volgende overwogen:

(...) kan immers nog niet worden gezegd dat de enkele verwijzing naar mogelijk op te leggen wettelijke sancties neerkomt op een “coercion or oppression in defiance of the will of the accused” in de zin van de rechtspraak van het EHRM.

Een zekere nuancering op deze overweging volgt enkele maanden later in het arrest van 6 juni 2008,²⁹⁴ waarin de Hoge Raad de bewijsuitsluitingsregel toepast in een geval waarin de dwang bestond uit het feit dat informatie was verkregen op grond van de verplichting van art. 47 AWR.

In 2009 oordeelde de Hoge Raad²⁹⁵ over de relatie tussen (het verbod op) zelfincriminatie en het opleggen van een dwangsom ter zake van het afdwingen van de fiscale meewerkplicht als bedoeld in art. 47 AWR. Het betrof de situatie waarin belastingplichtige had verklaard een buitenlandse bankrekening aan te houden, maar ondanks een verzoek daartoe geen nadere gegevens overlegde. De voorzieningenrechter veroordeelde hem die gegevens alsnog te verstrekken op straffe van verbeurte van een dwangsom. Het Hof bevestigde deze uitspraak.

In cassatie kwam de vraag aan de orde of het opleggen van de dwangsom strijd oplevert met art. 6 EVRM:

‘3.4.4. (...) De mogelijkheid van toekomstig gebruik van de langs de weg van de onderhavige vordering verkregen gegevens ten dienste van bestuurlijke beboeting of strafvervolgning, staat niet eraan in de weg dat door middel van een dwangsom nakoming van [eisers] verplichting tot het verstrekken van de onderhavige – onafhankelijk van zijn wil bestaande – gegevens wordt afgedwongen.’

293 G.J.M.E. de Bont, ‘Het nemo tenetur-beginsel in een (internationale) rechtsorde’, in: de vriendenbundel van Henk van Arendonk, *‘k Moet eerlijk zeggen*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2013.

294 HR 6 juni 2008, nr. 43.178, NTFR 2008/1138, BNB 2009/47.

295 HR 18 september 2009, nr. 08/01490, NJ 2009/566, BNB 2010/21, V-N 2009/48.6, NTFR 2009/2048, Gemeentestem 2010/5 (na conclusie Wattel).

Ook hier 'kiest' de Hoge Raad voor een restrictieve werking. De vraag of het materiaal later in een strafzaak of ter zake van een boete mag worden gebruikt, is in de onderhavige kortgedinguitspraak niet aan de orde. Of-tewel, nu (ongelimiteerd) verstrekken en eventueel in een later stadium uitsluiting ter zake van de bestraffing of boete.

Op 12 april 2012 laat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) zich uit over het nemo-teneturbeginsel.²⁹⁶ Het was aan appellant te verantwoorden hoeveel meststoffen in de bodem waren gebracht, zodat de strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving kon worden geëffectueerd. Overtreding van het verbod op gedwongen zelfincriminatie vloeit alsdan voort uit de door appellant zelf verstrekte gegevens. Dat gebeurt ook hier. Belanghebbende krijgt daarvoor een boete opgelegd. In rechtsoverweging 3.4 oordeelt het CBB dat de verantwoordingsplicht in de Meststoffenwet geen strijd oplevert met het nemo-teneturbeginsel. Dat sluit aan op eerdere rechtspraak, als CBB 22 december 2009, AB 2010/216. Dit alles omdat de verantwoordingsplicht steeds geldt, nog voordat van enige vorm van handhaving sprake is. Schuurmans en Bakker merken in de noot op dat dit wel erg kort door de bocht is. Zou een *criminal charge* zijn aangevangen, dan is het immers de vraag of dan geen strijd met het beginsel optreedt, waartoe zij onder meer verwijzen naar de uitspraak van de CRvB van 21 november 2012, AB 2013/27. In socialezekerheidszaken mogen namelijk onder druk verkregen mondelinge verklaringen wel worden gebruikt voor het intrekken en terugvorderen van een uitkering, maar niet voor de boeteoplegging (zie daartoe ook CRvB 3 april 2013, JB 2013/118).

Op 12 februari 2013 heeft de Strafkamer van de Hoge Raad een opzienbarende uitspraak gedaan over de (on)mogelijkheid om te klagen over de schending van het nemo-teneturbeginsel in het kader van een beklagprocedure ex art. 552a Wetboek van Stafvordering (hierna: Sv).²⁹⁷ De beklagprocedure is volgens de Hoge Raad zo summier van karakter, dat niet kan worden geklaagd over de onrechtmatigheid van het gebruik van het bewijs. In deze zaak liep een tuchtprocedure tegen een arts. Ook het Openbaar Ministerie startte een onderzoek en vorderde bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg het tuchtklacht dossier. De arts beklagde zich hierover. Hij had in de tuchtzaak op de voet van art. 5:20 Algemene wet bestuursrecht namelijk verklaringen moeten afleggen, demonstraties

²⁹⁶ CBB 12 april 2012, nr. AWB 09/1390, AB 2013/67.

²⁹⁷ HR 12 februari 2013, ECLI:NLHR:2013:BV3004.

moeten geven en stukken en apparatuur moeten overleggen. Het dossier bestond naar zijn mening dan ook voor een groot deel uit wilsafhankelijke stukken. Volgens de Hoge Raad kan wel worden geklaagd over de rechtmatigheid van het beslag zelf en de daarbij in acht te nemen formaliteiten, maar niet over de rechtmatigheid van het gebruik van het bewijs. Noorduyn en Kelder merken hierover terecht op, dat als niet langer over dit beginsel kan worden geklaagd in een beklagprocedure, er de facto geen mogelijkheid is om tegen te gaan dat deze informatie in een onderzoek wordt betrokken.²⁹⁸ De stukken zitten dan al in het strafdossier, de procespartijen hebben er al kennis van genomen, zodat ze niet meer uit het geheugen kunnen worden gewist en er bovendien op kan zijn doorgevoerd.

Op 12 juli 2013 was het de beurt aan de Civiele kamer van de Hoge Raad, waarvan raadsheren van de Straf- en Belastingkamer deel uitmaakten.²⁹⁹ Het betrof de situatie waarin de fiscus van een begunstigde van een Liechtensteinse Stiftung, onder dreiging van een dwangsom in een civiele procedure, alsnog informatie afdwong. In het cassatieberoep werd de vraag aan de orde gesteld of een dergelijke handelwijze inbreuk maakt op *'the right not to incriminate oneself'*, zoals vervat in art. 6 EVRM.

De Hoge Raad onderstreept het onderscheid dat bestaat tussen materiaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van betrokkenen en materiaal waarbij dit niet het geval is. De Hoge Raad overweegt dat voor wilsafhankelijk materiaal geldt dat de verkrijging van zodanig materiaal mag worden afgedwongen voor heffingsdoeleinden.

Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

'Indien niet kan worden uitgesloten dat het materiaal tevens in verband met een "criminal charge" tegen de belastingplichtige zal worden gebruikt (vgl. EHRM 3 mei 2001, no. 31827/96, ECLI:NL:XX:2001:AN6999, NJ 2003/354 (J.B. tegen Zwitserland)), zullen de nationale autoriteiten moeten waarborgen dat de belastingplichtige zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen. Aangezien hierop gerichte regelgeving in Nederland ontbreekt, dient de rechter in de vereiste waarborgen te voorzien.'

²⁹⁸ C.W. Noorduyn en Th.J. Kelder, 'Klagen over nemo tenetur? Niet langer bij de beklagrecht', *NJB* 2013/608.

²⁹⁹ HR 12 juli 2013, nr. 12/01880, *NJ* 2013/435, *NTFR* 2013/1586, *V-N* 2013/37-7, *AB* 2013/343, *NbSr* 2013/302.

De Hoge Raad overweegt dat in het geval de informatie in het kader van de heffing wordt verkregen, maar gebruik ten behoeve van de beboeting of bestraffing niet is uitgesloten, ter voldoening aan de eisen die uit art. 6 EVRM voortvloeien, de te treffen voorziening in die zin moet worden beperkt, dat een zodanig bevel alleen mag worden gegeven met de restrictie dat het verstrekte materiaal uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van de belastingheffing.

Wederom komt de Hoge Raad tot bescherming ‘achteraf’. Indien het materiaal betreft dat desondanks mede wordt gebruikt voor doeleinden van fiscale beboeting of strafvervolgning, is het de rechter die oordeelt over deze beboeting of bestraffing, die moet beslissen over de gevolgen van de schending van de door de voorzieningenrechter gestelde restrictie.

5. *Voldoet de nationale rechtspraak?*

Zoals De Bont al opmerkt, maken het Nederlandse wettelijke systeem en de jurisprudentie van de Hoge Raad het mogelijk dat middels art. 47 AWR afgedwongen bewijs wordt ingebracht in een boete- of strafzaak. De bewijsuitsluitingsregel die daarbij wordt gehanteerd, is te beperkt.³⁰⁰ De Bont geeft tevens een oplossing voor dit probleem. Hij geeft aan dat de Hoge Raad ofwel kan oordelen dat er na de criminal charge geen meewerkplicht meer bestaat, ofwel dat afgedwongen materiaal op grond van art. 47 AWR op geen enkele wijze een rol kan spelen in de bewijsvoering in de strafzaak. Deze conclusie kunnen wij onderschrijven, zij het dat wij op de eerste variant nog de toevoeging opnemen ‘voor zover het geen “zuiver” Saundersmateriaal (geheel onafhankelijk materiaal) betreft’. Deze toevoeging betekent overigens niet dat wij de Hoge Raad volgen waar hij oordeelt dat het nemo-teneturbeginsel zich niet uitstrekt over materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat. Er moet immers op grond van de rechtspraak van het EHRM een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil en wilsonafhankelijk materiaal (waarvoor ook de twee andere eisen gelden omtrent de kennis van het bestaan en de mogelijkheden tot verkrijging buiten de wil).

300 G.J.M.E. de Bont, ‘Het nemo tenetur-beginsel in een (internationale) rechtsorde’, in: de vriendenbundel van Henk van Arendonk, *’k Moet eerlijk zeggen*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2013, p. 37.

Een ander alternatief komt van Stijnen: het in een vroeg stadium opheffen van de inlichtingenplicht en het in dit verband vroegtijdig geven van een cautie, zodat verklaringen die nadien worden afgelegd, mogen worden gebruikt, omdat dwang ontbreekt.³⁰¹

Wij delen de conclusie van A-G Wattel van 1 maart 2013 voor wat betreft de vraag of een belanghebbende kan worden bestraft voor niet-medewerking. Als er sprake is van een *criminal charge*, en ook als dat (nog) niet het geval is maar betrokkene niet uit kan sluiten dat de van hem in de toezichtssfeer onder dwang gevorderde informatie ook strafvorderlijk tegen hem zal worden gebruikt, kan hij niet zonder schending van art. 6 EVRM worden bestraft of met straf of boete worden bedreigd voor het niet-verklaren of niet-overhandigen van *'testimonial or communicative evidence'*. Hierop bestaan twee uitzonderingen: indien niemand om de boeten of druk wakker hoeft te liggen en de sanctie in elk geval *'non-custodial'* is, of als er procedurele waarborgen bestaan dat afgedwongen informatie of documenten niet mogen worden gebruikt.³⁰² Voor passieve medewerking in de vorm van een dulden of ondergaan biedt het *nemo-tenetur*beginsel geen bescherming.

De op 12 juli 2013 gegeven 'waarborg' van de Hoge Raad is onzes inziens onvoldoende. Haas en Jansen menen dat er wel voldoende waarborgen zijn ter zake van afgelegde verklaringen op grond van een informatieverplichting. Dit omdat deze op grond van *BNB 2002/27* niet mogen worden gebezigd ten behoeve van de boeteoplegging. In dat geval zou er sprake zijn van *'domestic case law'* die *'authoritatively'* uitsluit dat de door de betrokkene afgelegde verklaringen in een *criminal charge* tegen hem worden gebruikt.

Gaat het echter om de verplichting te verklaren in een 'niet-criminal charge-zaak', dan kan de desbetreffende belanghebbende zich derhalve niet beroepen op het *privilege against self-incrimination*, ook niet als er tegen hem een andere zaak aanhangig is die wel kwalificeert als een *criminal charge*, zodat in dat kader geen waarborg bestaat. Een vraag omtrent het gebruik van die informatie mag volgens hen niet worden doorgeschoven naar een ander(e) instantie, daar moet direct op worden beslist. Autoriteiten die de informatie verlangen, moeten zelf de garantie geven dat die

301 R. Stijnen, 'Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht', Kluwer, Deventer 2011, p. 624.

302 Conclusie Wattel, *BNB 2002/27*, *V-N 2001/37.3*, *NIFR 2001/985*, ow. 10.1.

informatie niet tegen hem zal worden gebruikt bij strafvervolgning of bestuurlijke boeteoplegging.³⁰³

De Hoge Raad bepaalt slechts dat wilsafhankelijk materiaal niet mag worden gebruikt voor de boeteoplegging of strafvervolgning. Daarnaast formuleert de Hoge Raad een bewijslastregel. Deze regel brengt mee dat de staat in geval van betwisting zal moeten bewijzen – in de zin van aannemelijk maken – dat de belastingplichtige daadwerkelijk het van hem verlangde, maar niet door hem afgestane materiaal kon verschaffen.

In bedekte woorden legt de Hoge Raad het begrip wilsonafhankelijk materiaal restrictief uit door te spreken over materiaal dat (al dan niet) afhankelijk van de wil *bestaat*. Het is zeer de vraag of deze uitleg beantwoordt aan de rechtspraak van het EHRM, aangezien het om veel meer gaat dan het enkele onafhankelijke bestaan.

In rechtsoverweging 3.9 onder c in het arrest van 12 juli 2013 geeft de Hoge Raad verder aan dat als het wilsafhankelijke materiaal toch zou worden gebruikt voor de beboeting of strafvervolgning, de belastingrechter of strafrechter moet bepalen welk gevolg aan dit gebruik moet worden verbonden. Naar wij thans aannemen, zal alsdan moeten worden beslist dat het bewijs moet worden uitgesloten. Zekerheid daartoe bestaat echter niet. Hendriks stelt zich de vraag of een fiscale rechter of strafrechter wel kan zijn gebonden aan het oordeel van een collega in het civiele recht. Die vraag beantwoordt hij ontkennend.³⁰⁴ Stijnen merkt in zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad op, dat zich strafrechtelijk gezien dan een situatie zou voordoen als bij de onbevoegde hulpofficier (HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308), waarbij het gaat om een situatie waarbij art. 6 EVRM noopt tot bewijsuitsluiting. Als dat echter niet het geval is, zou de waarborg een wassen neus (kunnen) worden, aangezien een en ander dan op de voet van art. 359a Sv moet worden beoordeeld. Dan is het de feitenrechter toegestaan in plaats van bewijsuitsluiting te kiezen voor strafverlaging of een en ander zonder gevolgen te laten. Feenstra gaat er naar onze mening terecht van uit dat art. 359a Sv in het geheel geen soelaas biedt, aangezien dat artikel niet van toepassing is indien rechtmatig verkregen bewijs op onrechtmatige wijze door de inspecteur aan het Openbaar Ministerie wordt verstrekt.

303 F.J.P.M. Haas en D.N.N. Jansen, 'Het "privilege against self-incrimination" nader beschouwd', *TFB* 2013/01.

304 Annotatie M. Hendriks bij Conclusie A-G Wattel van 1 maart 2013, *NTFR* 2013/645.

Geconcludeerd moet worden dat de lijn van de Hoge Raad geenszins strookt met de jurisprudentie van het EHRM. Het huidige systeem en de jurisprudentie van de Hoge Raad maken het mogelijk dat in het kader van een fiscale procedure afgedwongen materiaal als bewijs wordt *ingebracht* in een boete- of strafzaak. Van een relevante waarborg kan dan nimmer sprake zijn. Nu de boete- of strafrechter moet beslissen, is er kennelijk geen 'harde' regel dat bewijsuitsluiting dient te volgen. Dit alles brengt mee dat er voorafgaand aan een rechterlijk oordeel geen enkele waarborg is. De Belastingdienst heeft aangegeven dat het niet aan de Belastingdienst is om te beslissen of te verschaffen informatie wel of niet mag worden aangewend ten behoeve van fiscale beboeting en laat het van het oordeel van de rechter afhangen of de verschaft informatie als wilsafhankelijk of wilsonafhankelijk zal worden aangemerkt.³⁰⁵

6. *Ten slotte*

De zoektocht naar de grenzen en de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel zal ook met dit artikel niet zijn geëindigd. De casuïstische rechtspraak van het EHRM zal zorgen voor een aanhoudend debat, totdat het EHRM zelf een nader spoorboekje geeft. De Hoge Raad lijkt de complexiteit van de materie te ondervangen door de 'simpele' koers van 'controle achteraf'. Hiermee worden de waarborgen die het nemo-teneturbeginsel – op grond van de Europese jurisprudentie – biedt, in ieder geval miskent. Wij houden het er nu op dat de uitleg van de Hoge Raad niet juist kan zijn en dat zulks te zijner tijd door het EHRM zal worden bevestigd.

305 Belastingdienst 3 december 2013, KL/al/0978/1975, fida 20137742.