Dulden of meewerken? Een onderzoek naar de toepassing van het nemo tenetur-beginsel bij de sfeerovergang van controle naar opsporing.

mr. A. Zeeman

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1. Inleiding
1.1. Handhaving van ‘ordeningsrecht’
1.2. Verdere opkomst van ordeningsrecht en toezichthouders
1.3. Handhavingstekort en instrumentaliteitsdenken: de opmars van de bestuurlijke boete
1.4. Bestuurlijke boete als ‘criminal charge’ en relevantie van het nemo tenetur-beginsel
1.5. Aanleiding tot het onderzoek
1.6. Onderzoeksvragen
1.7. Opbouw van dit onderzoek

Hoofdstuk 2. De sfeerovergang deel I: de controle- en opsporingssfeer
2.1. Inleiding
2.2. De achtergrond van de sfeerovergang: handhaving van ordeningsrechtelijke normen
2.3. De vraagstukken van de sfeerovergang
    2.3.1. Uitgangspunt
    2.3.2. Rechtsvragen aangaande de sfeerovergang
        2.3.2.1.Testimonial evidence: onder dwang afgelegde verklaringen
        2.3.2.2. Real evidence: onder dwang uitgeleverd bewijsmateriaal
        2.3.2.3. Sfeervervaging: formeel controle, materieel opsporing
        2.3.2.4. Détournement de pouvoir: misbruik van de controlesfeer
        2.3.2.5. Sfeercumulatie: parallelle procedures
2.4. De semantiek van het begrip toezicht
2.5. De aard van de controlesfeer: gezamenlijk belangen of antagonistische verhoudingen?
    2.5.1. De priester en de biechteling
    2.5.2. De inhoud en definitie van het controleonderzoek
    2.5.3. Het begrip repressieve controle
    2.5.4. Implicaties van de repressieve controle
    2.5.5. De open en de besloten context
    2.5.6. Controle in de open context
    2.5.7. Controle in de besloten context
    2.5.8. Antagonisme in de besloten context: dawn raids
    2.5.9. Non-punitieve gedragsverandering: de gematigde machtsbenadering
    2.5.10. Tussenconclusie
2.6. De Awb controlesfeer
    2.6.1. Achtergrond van de wettelijke regeling
    2.6.2. Kernbegrip: de toezichthouder
    2.6.3. Normering van de Awb toezichtsbevoegdheden
    2.6.4. De vordering van inlichtingen: artikel 5:16 Awb
    2.6.5. De vordering tot inzage: Artikel 5:17 Awb
    2.6.6. Tussenconclusie
2.7. De WED opsporingssfeer
    2.7.1. De WED onderzoeksbevoegdheden
    2.7.2. Handhaving van ordeningsrecht: opsporing ‘ex officio’
    2.7.3. Het ministeriële standpunt uit 1969: aanwijzingen
    2.7.4. Het ministeriële standpunt uit 1973: de verdenking
    2.7.5. HR 30 oktober 1984, *NJ* 1985, 275, ‘Heggeveldse stroper’
    2.7.6. HR 15 december 1992, *NJ* 1993, 633, ‘Vlissingse visser’

2.7.7. De invulling van het aanwijzingencriterium
2.7.7.1. HR 25 juni 2013 ECLI:NL:HR:2013:3, 'Tankduwbak'
2.7.7.2. Jurisprudentie van de hoven en rechtbanken
2.7.8. Tussenconclusie en waardering van het aanwijzingen criterium
2.8. Conclusie

Hoofdstuk 3. De sfeerovergang II: controle ter opsporing?
3.1. Inleiding
3.2. Controle ter opsporing I: fiscale controle ter opsporing van fiscale delicten
3.2.1. HR 26 april 1988, *NJ* 1989/390, 'FIOD arrest'
3.2.2. Randvoorwaarden voor de toepassing van controlebevoegdheden ter opsporing
3.2.3. De legaliteitsdimensie: ongebreidelde uitbreiding van bevoegdheden?
3.3. Controle ter opsporing II: douanecontrole ter opsporing van Opiumwetdelicten
3.3.1. HR 13 mei 1997, *NJ* 1998/481, 'Douanewet arrest'
3.3.2. Standpunt verdediging: détournement de pouvoir
3.3.3. Oordeel hof en commentaar verdediging
3.3.4. Conclusie A-G Machielse
3.3.5. Het oordeel van de Hoge Raad nader beschouwd
3.3.6. Het juridisch dilemma: toepassing van controle- of opsporingsbevoegdheden?
3.4. Controle ter opsporing III: de farce van de verkeerscontrole
3.4.1. Prelude: HR 25 juni 1934, *NJ* 1934/1038 en HR 19 april 1988, *NJ* 1988/1044
3.4.2. HR 21 november 2006, *NJ* 2006/653, 'Zigeunervrouwenarrest'
3.4.3. Geïnstitutionaliseerd misbruik I: de 'ANPR' zaken
3.4.4. Geïnstitutionaliseerd misbruik: de dynamische verkeerscontrole
3.4.5. Tussenconclusie
3.5. Het wettelijk onderscheid tussen controle en opsporing
3.5.1. Inleiding
3.5.2. Het uitgangspunt van de wetgever: de 3e tranche Awb
3.5.3. De relativering door het WED opsporingsbegrip
3.5.4. Vloeiende overgang
3.5.5. De 'twee petten' problematiek
3.5.6. Functieonderscheid: de grote Chinese muur?
3.5.7. Het doelcriterium
3.5.8. Tussenconclusie
3.6. Normering van het controleonderzoek in het strafproces?
3.6.1. Kern van het vraagstuk
3.6.2. Artikel 359a Sv: 'vormverzuimen'
3.6.3. Artikel 132a Sv: 'bijzondere opsporingsbevoegdheden'
3.6.4. Artikel 132a Sv: 'verruiming mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven'
3.6.5. HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14 'Douanevisitatie'
3.6.5.1. Omstandigheden van de zaak
3.6.5.2. Beoordeling door de Hoge Raad
3.6.6. HR 26 juni 2012 MTV, *NJB* 2012/1704
3.6.6.1. Omstandigheden van de zaak
3.6.6.2. Argumenten van het hof
3.6.7. Aanvullende argumenten voor toetsing controlehandelingen in het strafproces
3.6.7.1. Ruim opsporingsbegrip
3.6.7.2. Benadering van het EHRM

3.6.7.3. De verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie
3.6.7.4. Divergentie in rechterlijke normering
3.7. Conclusie
3.7.1. Controle ter opsporing
3.7.1.1. Controlebevoegdheden ter opsporing
3.7.1.2. Het wettelijk verband tussen de controlebevoegdheid en het op te sporen strafbaar feit
3.7.1.3. Misbruik van de controlesfeer
3.7.2. Het onderscheid tussen controle en opsporing
3.7.3. Normering van controlehandelingen in het strafproces
3.7.3.1. Het wettelijk kader
3.7.3.2. Argumenten tegen de jurisprudentie van de Hoge Raad: het ruime opsporingsbegrip
3.7.3.3. Argumenten tegen de jurisprudentie van de Hoge Raad: het 'EHRM' perspectief
3.7.3.4. Voorgestelde benadering

Hoofdstuk 4. De historische ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel
4.1. Inleiding
4.2. Het sacraal-formalistisch accusatoir proces
4.3. De opkomst van de Inquisitie: de procedure ex inquisitionem
4.4. De politiek-religieuze context van de Engelse burgeroorlog
4.5. Star Chamber en High Commission: de procedure 'ex officio'
4.6. De invloed van de Ius Commune op de ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel
4.7. Het verzet tegen de eed ex officio: de Common law
4.8. Verdere ontwikkeling van het strafproces
4.9. Nederlandse Strafvordering in de 19e eeuw: geleidelijke afschaffing van de antwoordplicht
4.10.1. De herziening van het Wetboek van Strafvordering
4.10.2. Zwijgrecht, cautie en verbod tot bevel uitlevering aan verdachte
4.10.3. Tussenconclusie
4.11. De afschaffing en herinvoering van de cautie
4.12. Rechtspraak van de Hoge Raad: hoeder van de 'accusatoire geest'
4.13. Conclusie

Hoofdstuk 5. De rechtspraak van het EHRM: de reikwijdte van nemo tenetur
5.1. Inleiding
5.2. Het gebruik van testimonial evidence
5.2.1. EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk)
5.2.1.1. De omstandigheden van de zaak: van 'share exchange' naar 'share-support'
5.2.1.2. Argumentatie ten overstaan van het EHRM
5.2.1.3. Beoordeling door het EHRM
5.2.2. EHRM 19 september 2000, nr. 29522/95, LJN AP0787, (I.J.L. e.a. v. Verenigd Koninkrijk)
5.2.3. De rechtsnormen uit Saunders en I.J.L. v. Verenigd Koninkrijk
5.2.4. EHRM 21 december 2000, nr. 34720/97 (Heaney en McGuinness v. Ierland)
5.2.4.1. Omstandigheden van de zaak

5.2.4.2. Argumentatie ten overstaan van het EHRM
5.2.4.3. Beoordeling door het EHRM
5.2.4.4. Conclusie
5.2.5. EHRM 5 november 2002, *NJ* 2004/262 (Allan v. Verenigd Koninkrijk)
5.2.5.1. Algemeen
5.2.5.2. Omstandigheden van de zaak
5.2.5.3. Beoordeling door het EHRM
5.2.5.4. Conclusie
5.2.6. EHRM 27 april 2004, nr. 21413/02 (Kansal v. Verenigd Koninkrijk)
5.2.6.1. Algemeen
5.2.6.2. Omstandigheden van de zaak
5.2.6.3. Beoordeling door het EHRM
5.2.6.4. Conclusie
5.2.7. EHRM 19 maart 2015, nrs. 7494/11, 7493/11 en 7989/11 (Corbet e.a. v. Frankrijk)
5.2.7.1. Omstandigheden van de zaak
5.2.7.2. Beoordeling door het EHRM
5.2.7.3. Conclusie
5.2.8. Tussenconclusie testimonial evidence
5.3. De uitlevering van real evidence
5.3.1. EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993/ 485 (Funke v. Frankrijk)
5.3.1.1. De omstandigheden van de zaak
5.3.1.2. Argumentatie ten overstaan van het EHRM
5.3.1.3. Beoordeling door het EHRM
5.3.2. EHRM 3 mei 2001, *AB* 2002/343 (J.B. v. Zwitserland)
5.3.2.1. Algemeen
5.3.2.2. De omstandigheden van de zaak
5.3.2.3. Argumentatie ten overstaan van het EHRM
5.3.2.4. Beoordeling door het EHRM
5.3.3. EHRM 10 september 2002, nr. 76574/01, LJN BI9566 (Allen v. Verenigd Koninkrijk)
5.3.3.1. De omstandigheden van de zaak
5.3.3.2. Beoordeling EHRM
5.3.3.3. Conclusie
5.3.4. EHRM 11 juli 2006, *NJ* 2007/226 (Jalloh v. Duitsland)
5.3.4.1. Algemene opmerkingen
5.3.4.2. De omstandigheden van de zaak
5.3.4.3. Beoordeling door het EHRM
5.3.4.4. Conclusie en kritiek op de motivering van het arrest
5.3.5. Tussenconclusie: nemo tenetur en de uitlevering van real evidence
5.4. De Paradox van de kentekenjurisprudentie
5.4.1. EHRM 8 april 2004, nr. 38544/97 (Weh v. Oostenrijk)
5.4.1.1. Algemene opmerkingen
5.4.1.2. De omstandigheden van de zaak
5.4.1.3. Argumentatie ten overstaan van het EHRM
5.4.1.4. Beoordeling door het EHRM
5.4.1.5. De ‘dissenters’
5.4.1.6. Conclusie
5.4.2. EHRM 29 juni 2007, *AB* 2008/234 (O’Halloran en Francis v. Verenigd Koninkrijk)

5.4.2.1. Algemeen
5.4.2.2. Omstandigheden van de zaken
5.4.2.3. Oordeel EHRM
5.4.2.4. Kritiek van rechter Borrego Borrego
5.4.2.5. Dissenting opinies van rechters Pavlovschi en Myjer
5.4.3. EHRM 18 maart 2010, nr. 13201/05 (Krumpholz v. Oostenrijk)
5.4.3.1. Algemeen
5.4.3.2. Omstandigheden van de zaak
5.4.3.3. Beoordeling door het EHRM
5.4.4. Tussenconclusie Kentekenjurisprudentie
5.5. Normering van de sfeercumulatie
5.5.1. EHRM 20 oktober 1997, *NJ* 1998, 758, (Serves v. Frankrijk).
5.5.1.1. Omstandigheden van de zaak
5.5.1.2. Beoordeling door het EHRM
5.5.1.3. Conclusie: Serves-arrest achterhaald?
5.5.2. EHRM 4 oktober 2005, *NJCM-Bulletin* 2006/3 (Shannon v. Verenigd Koninkrijk)
5.5.2.1. Omstandigheden van de zaak
5.5.2.2. Argumentatie ten overstaan van het EHRM
5.5.2.3. Beoordeling door het EHRM
5.5.2.4. Conclusie
5.5.3. EHRM 21 april 2009, nr. 19235/03, *NJ* 2009/557 (Marttinen v. Finland)
5.5.3.1. Omstandigheden van de zaak
5.5.3.2. Argumentatie ten overstaan van het EHRM
5.5.3.3. Beoordeling EHRM
5.5.3.4. Conclusie
5.5.4. EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland)
5.5.4.1. Omstandigheden van de zaak
5.5.4.2.Conceptuele weergave van de feiten
5.5.4.3.Beoordeling door het EHRM
5.5.4.4.Toepassing van het Chambaz-criterium
5.5.5. EHRM 16 juni 2015, nr. 784/14 (Van Weerelt v. Nederland)
5.5.5.1. Algemeen
5.5.5.2. Beoordeling door het EHRM
5.5.5.3. Conclusie
5.5.6. Tussenconclusie sfeercumulatie
5.6. De dies a quo: het aanvangsmoment van het nemo tenetur-beginsel
5.6.1. De criminal charge
5.6.2.Criminal charge als kwalificatie van de sanctie
5.6.3. Inhoud criminal charge: substantially affected criterium
5.7 Cautieverplichting ex artikel 6 EVRM?
5.8. Rechtspraak van het HvJEG
5.9. Conclusie
5.9.1. Algemene uitgangspunten
5.9.2. Nemo tenetur en de aard van het ordeningsrecht
5.9.3. Uitsluiting van testimonial evidence
5.9.4. Regels van real evidence
5.9.5. Redressering van de sfeercumulatie
5.9.6. Aanvangsmoment van het nemo tenetur beginsel
5.9.7. De reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel

5.9.8. Toepassing van het zwijgrecht in het EG-recht

Hoofdstuk 6. Het zwijgrecht en de cautieregeling in de vierde Tranche Awb
6.1. Inleiding
6.2. De visie van de wetgever aangaande het nemo tenetur-beginsel
6.2.1. Uitgangspunten
6.2.2. Kritiek op de uitganspunten
6.2.3. Tussenconclusie en VAR-voorstel
6.3. Het geldende moment van het zwijgrecht
6.3.1. Het criterium in het voorontwerp: 'redelijkerwijs de gevolgtrekking'
6.3.2. Het nieuwe formele verhoor criterium
6.3.3. Het formele verhoor criterium in het licht van de 'gemengde vragen'
6.3.4. Ontbreken verdachtebegrip
6.3.5. Tussenconclusie: Het zwijgrecht als verkapte bewijsuitsluitingsregel?
6.4. De beperking van het zwijgrecht tot mondelinge verklaringen
6.4.1. Het zwijgrecht en schriftelijke verklaringen
6.4.2. Cautieregeling en schriftelijke vragen
6.4.3. Tussenconclusie
6.5. Parallelle kritiek: het ingetrokken wetsvoorstel zelfstandig boete-inspecteur
6.6. Conclusies
6.6.1. Beperkte benadering van het nemo tenetur-beginsel
6.6.2. Aanvangsmoment en invulling van het zwijgrecht
6.6.3. Het zwijgrecht, de cautie en schriftelijke verklaringen
6.6.4. Uitleiding

Hoofdstuk 7. Bestuursrechtelijke jurisprudentie: ontwikkelingen en implementatie van de EHRM rechtspraak
7.1. Inleiding
7.1.1. The Roaring twenties: Fiscale repressie
7.1.2. Instrumentaliteit versus rechtsbescherming
7.1.3. Drie EVRM-uitgangspunten
7.1.4. Doelstellingen en plan van behandeling
7.2. De Fiscale (en civiele) jurisprudentie
7.2.1. HR 11 december 1991, *BNB* 1992/243
7.2.2. HR 23 november 1994, *BNB* 1995/25
7.2.3. HR 8 juli 1998, *BNB* 1998/326
7.2.4. HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27
7.2.5. HR 8 maart 2002, *AB* 2002/353
7.2.6. HR 27 april 2004, *BNB* 2004/225
7.2.7. HR 22 juni 2007 *BNB* 2007/292
7.2.8. HR 21 maart 2008, *BNB* 2008/159
7.2.9. HR 18 september 2009, *NJ* 2009/566
7.2.10. HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343
7.2.11. HR 24 januari 2014, *NJ* 2014/70
7.2.12. HR 8 augustus 2014, *BNB* 2014/206
7.2.13. HR 24 april 2015, *BNB* 2016/22, *BNB* 2016/21 en 29 mei 2015 *BNB* 2016/23
7.2.14. Tussenconclusie Fiscale (en civiele) jurisprudentie
7.3 De CBb jurisprudentie

7.3.1. CBb 12 juni 2007, *AB* 2008/7
7.3.2. CBb 2 februari 2010, *AB* 2010/317
7.3.3. CBb 25 oktober 2011, AWB 11/631
7.3.4. CBb 12 april 2012, *AB* 2013/67.
7.3.5. CBb 11 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX8156
7.3.6. CBb 21 december 2012, *AB* 2013/49
7.3.7. CBb, 28 maart 2013, *JOR* 2013/174
7.3.8. CBb 10 april 2014, *AB* 2014/313
7.3.9. CBb 9 april 2015, *AB* 2015/332
7.3.10. CBb 8 juli 2015, *AB* 2016/347
7.3.11. CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3
7.3.12. Tussenconclusie CBb jurisprudentie
7.4. CRvB Jurisprudentie
7.4.1. CRvB 14 februari 2001, *AB* 2001/152
7.4.2. CRvB 18 februari 2003, *AB* 2003/396
7.4.3. CRvB 18 maart 2004, *AB* 2004/373
7.4.4. CRvB 6 januari 2006, *AB* 2006/169
7.4.5. CRvB 24 november 2009, *AB* 2010/45
7.4.6. CRvB 16 november 2011, *AB* 2012/39
7.4.7. CRvB 21 november 2012, *AB* 2013/27
7.4.8. CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126
7.4.9. CRvB 1 augustus 2014, *AB* 2014/321
7.4.10. Tussenconclusie CRvB jurisprudentie
7.5. De ABRvS jurisprudentie
7.5.1. ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006/317
7.5.2. ABRvS 12 maart 2008, nr. 2007061
7.5.3. ABRvS 27 januari 2010, *AB* 2010/48
7.5.4. ABRvS 3 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010: BL1856
7.5.5. ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010/332
7.5.6. ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011/334
7.5.7. ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9505
7.5.8. ABRvS 5 juni 2013, *ABkort* 2013/205
7.5.9. ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:476
7.5.10. ABRvS 20 augustus 2014, *AB* 2014/440
7.5.11. ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2936
7.5.12. ABRvS 20 januari 2016, *ABkort* 2016/37
7.5.13. ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RvS:2018:2115
7.5.14. Tussenconclusie ABRvS jurisprudentie
7.6. Conclusie
7.6.1. Algemeen
7.6.2. Jurisprudentie van de Hoge Raad (civiel en fiscaal)
7.6.2.1. Bewijsuitsluiting van tijdens het controleonderzoek afgelegde verklaringen
7.6.2.2. Geen bescherming bij vordering real evidence
7.6.2.3. Geen inhoudelijke ‘waarborg’
7.6.2.4. Fishing expeditions
7.6.2.5. Fiscale omkering van bewijslast
7.6.2.6. Geen controlebevoegdheid bij uitsluitend boeteonderzoek
7.6.2.7. Verklaring voor de benadering van de Hoge Raad
7.6.3. Jurisprudentie van het CBb

7.6.3.1. Bescherming van real evidence
7.6.3.2. Toepassing van het criminal charge criterium
7.6.3.3. Het zwijgrecht van de rechtspersoon
7.6.4. Jurisprudentie van de CRvB
7.6.4.1. Bewijsuitsluiting van tijdens controleonderzoek afgelegde verklaringen
7.6.4.2. Reikwijdte van het zwijgrecht
7.6.4.3. Overwegingen aangaande de cautie
7.6.4.4. Bescherming van real evidence
7.6.5. Jurisprudentie van de ABRvS
7.6.5.1. Toepassing van het zwijgrecht
7.6.5.2. Zwijgrecht van de rechtspersoon
7.6.5.3. Bescherming van real evidence
7.6.6. De balans?

Hoofdstuk 8. De Strafrechtelijke jurisprudentie: ontwikkelingen en het verbod tot uitlevering ter inbeslagneming aan de verdachte
8.1. Inleiding
8.2. Deel I: vordering van testimonial en real evidence in de controlesfeer
8.2.1. HR 26 oktober 1993, *NJ* 1994/629
8.2.2. HR 22 november 1994, *NJ* 1995/240
8.2.3. HR 30 september 1997, *NJ* 1998/104
8.2.4. HR 22 juni 1999, *NJ* 199/648
8.2.5. HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39
8.2.6. De WED vordering op grond van aanwijzingen
8.2.7. HR 8 juli 2008, *NJ* 2008/455
8.2.8. HR 28 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX3868
8.2.9. HR 8 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1608
8.2.10. HR 20 februari 2018, *NJB* 2018/509, ECLI:NL:HR:2014:247
8.3. Deel II: vordering van 'real evidence' in de opsporingssfeer
8.3.1. Het strafvorderlijk bevel tot uitlevering globaal beschouwd: ratio en toepassingskader
8.3.2. Het strafvorderlijk bevel tot uitlevering en de 'nemo tenetur' bescherming
8.3.3. Uitlevering ter inbeslagneming op grond van de bijzondere wetten
8.3.3.1. Het 'Vuurwapenwet' arrest HR 20 maart 1984, *NJ* 1984/547
8.3.3.1.1. Prelude: Het stilzwijgen van de wetgever en de bijzondere wetten
8.3.3.1.2. Het oordeel van de Hoge Raad
8.3.3.1.3. Post Vuurwapen-arrest: het gedachtegoed van de Commissie Moons
8.3.3.2. Het 'AWR'-arrest: HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997/232
8.3.3.3. HR 12 juni 2001, *NJ* 2001, 510 en HR 25 september 2001, *NJ* 2002/97
8.3.3.4 .HR 21 december 2010, *NJ* 2010/425
8.3.3.5. HR 21 januari 2014, *NJ* 2014/82
8.3.3.6. HR 24 november 2015, *NJ* 2016/58
8.3.4. Beoordeling in het licht van het nemo tenetur-beginsel
8.3.4.1. De impasse van de legaliteitsdiscussie
8.3.4.2. Bevel tot uitlevering op grond van de bijzondere wetten en het nemo tenetur-beginsel
8.4. Conclusie

Hoofdstuk 9. Conclusies en aanbevelingen

9.1 De premisse van de sfeerverdeling
9.2 Het onderscheid tussen controle- en opsporingssfeer
9.3 Het misbruik van de controlebevoegdheden
9.4 De normering van het controleonderzoek in het strafproces
9.5 De rechtspraak van het EHRM: de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel
9.6 De regeling van het bestuursrechtelijk zwijgrecht
9.7 Sfeervervaging en de bestuursrechtelijke jurisprudentie
9.8 Bewijsuitsluiting van in de controleprocedure afgelegde verklaringen
9.9 De vordering tot uitlevering van ‘real evidence’
9.10 Redressering van de sfeercumulatie
9.11 Slotsom

Lijst van aangehaalde literatuur

HOOFDSTUK 1.

Inleiding

*'Men vreest nu dat als in een officieel stuk met zoveel woorden wordt gesteld dat de woorden "in het belang van de opsporing" betekenen dat het hier gaat om een bevoegdheid die niet van puur administratieve aard is, er weleens een justi**ti**abele kan komen, die zich tegen dit gebruik van de WED verzet. (Hij zou dan nog gelijk hebben ook). Ik heb de heren van Landbouw al gezegd dat ze maar moeten proberen zich zo spoedig mogelijk van de nodige controlebevoegdheden te voorzien en dat de AID in de tussentijd monsterneming etc. maar moet zien te construeren als te zijn in het belang van de opsporing.'*

Nota ministerie van Justitie van 31 december 1968 nr. 230

1.1. Handhaving van 'ordeningsrecht'

In het najaar van 1597 werd Gerrit de Veer als held verwelkomd in de Amsterdamse haven. De Veer had deel uitgemaakt van wat de geschiedenis ingegaan is als de beruchte overwintering op 'Nova Zembla'. Deze expeditie had niet het oorspronkelijk doel behaald om een kortere zeeroute naar Indië te vinden. Niettemin vormde de reis wel een aanzet voor verdere expedities naar de 'Oost'. De resultaten daarvan waren complexere en vooral winstgevende handelsnetwerken. Daarbij was vis een belangrijk export product. In Amsterdam bijvoorbeeld, werd haring door de vissers bij de Haringpakkerstoren aan het IJ uitgepakt. De haring, die voor de export was bestemd, werd onder toeziend oog van keurmeesters – voorlopers van de moderne toezichthouder – opnieuw gezouten en in verzegelde tonnetjes verpakt.[1] Met die werkwijze werd de kwaliteit en kwantiteit van de handelswaren gegarandeerd. Door het vertrouwen dat de koper aldus genoot, konden de handelaren een gegarandeerde prijs ontvangen voor hun aangeboden producten. Op deze wijze droegen de bestuurlijke controles in belangrijke mate mee aan het functioneren van het handelsverkeer en het bevorderen van de welvaart. Voor de transparantie op de markt diende aangeboden waren duidelijk tentoon te worden gesteld, hetgeen in sommige Nederlandse steden zelfs verplicht was. Dat gaf de keurmeesters gelegenheid waren zonder nadere aankondiging te keuren.[2] Daarbij waren de keurmeesters dikwijls zelfstandig bevoegd om geldelijke sancties op te leggen, tegen daarvoor vastgestelde geldboetes. Dergelijke bestraffing vond aldus grotendeels plaats buiten de gewone rechtbank, in de vorm van boetes van de keurmeesters. Daar herkennen we aldus de voorloper van het moderne concept van de bestuurlijke boete.[3]

---

[1]. G. van Tussenbroek, *Amsterdam in 1597: Kroniek van een cruciaal jaar*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij L.J. Veen 2009, p. 92 en 94.

[2]. Van Tussenbroek, a.w., p. 72.

[3]. D.A. Berends, Het werk van de vos, samenleving en criminaliteit in de late middeleeuwen, Zutphen 1985, p. 69-70. Ook in Utrecht kwamen allerlei feiten voor de 'tuchtrechters' van de gilden, ook feiten die strafbaar waren naar gemeen recht zoals het beledigen van ambtenaren. De lichtere delicten en de typische groepsdelicten kwamen voor de gilderechters, de zwaardere – zeker die waarbij lijfstraffelijke rechtspraak nodig werd geacht – vooral de

Deze regelgeving diende gehandhaafd te worden door daartoe aangewezen personen, die vervolgens een controle of inspectie van de te keuren waren uitvoerden. Bij de handhaving van die economische voorschriften was een belangrijke rol weggelegd voor de gilden.[4] De gilden hadden als professionele beroepsorganisatie belang om 'sluikconcurrentie' tegen te gaan, ten gevolge van inferieure producten die niet door de gilde lieden waren gemaakt. Uit de geledingen van de gilden werden veelal keurmeesters geselecteerd, gezien de betreffende gildeleden over de benodigde technische vakkennis beschikten. Controle van specialistische ordeningswetgeving kan immers dergelijke gespecialiseerde kennis vereisen.

Dergelijke controles waren er op tal van gebieden. Inferieure voedingsmiddelen konden de volksgezondheid bedreigen. Voedselfraude was immers niet zonder betekenis in een tijd waarin de beschikbaarheid van goed voedsel het verschil vormde tussen leven en dood. Te denken valt aan molenaars die met het gehalte meel knoeiden en bijvoorbeeld bierbrouwers die inferieure dranken verkochten.[5] Daarom verschenen zeer veel bepalingen die voorschreven hoeveel meel of graan voor bepaalde producten gebruikt moest worden.[6] Naast die uitbreiding van 'bovenlokale' handelsnetwerken, gingen ook bovenlokale regels van 'policie' gelden.[7] Zodoende ging de economische ontwikkeling gepaard gaat met voorschriften, ter regulering van dergelijke handel en garandering van de kwaliteit van geproduceerde artikelen.

1.2. Verdere opkomst van ordeningsrecht en toezichthouders

De in het voorgaande genoemde voorschriften ter regulering van het 'economische leven', kan aangeduid worden met de term 'ordeningsrecht' of 'economisch recht'.[8] Een meer bredere definitie in relatie tot het strafrecht zou kunnen luiden 'bijzonder strafrecht'.[9] De Nederlandse

stedelijke magistraat. Door dit onderscheid cumuleerden de gildestraffen (vooral boete, bedrijfsverbod en uitstoting uit gilde) meestal niet met de straffen van het gemene recht, behoudens de uitstoting na (stedelijke) veroordeling wegens een zwaar delict.

4. Zie D.A. Berents, in: H.A. Diederiks en H.W. Roodenburg, Misdaad, zoen en straf, Hilversum: 1991, p. 92. De vrije ambachtslieden in de steden verenigden zich in zogenaamd gilden. Naast een meer sociale functie hadden deze organisaties tot taak zoveel mogelijk (onderlinge) concurrentie tegen te gaan.

5. Berents noemt nog enkele voorbeelden: de slager die te weinig gaf, de kaarsenmaker die hars in plaats van was door de kaarsen deed, en de kleermaker die te veel stof in rekening bracht; 'Je moet geen bontwerk brengen waar een mooie kat is', aldus Berents. Zie D. A. Berents, Het werk van de vos, *Samenleving en criminaliteit in de middeleeuwen,* De Walburg Pers: Zutphen 1985, p. 86.

6. Berents, a.w., p. 86.

7. In de zeventiende eeuw nam dat punitief gehandhaafde 'ordeningsrecht' verder toe. Eén van de bekendste regelingen op dat terrein is het Groot Placaetboek voor Holland & Zeeland. Volgens Buruma betreft dit eerder een compilatie van regelgeving; geen codificatie, gezien de samenhang tussen de artikelen ontbrak. Het eerste deel stamde uit 1658. Zie Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Gouda Quint: Arnhem 1993, p. 46 en p. 74. Natuurlijk zijn ook veel voorbeelden te noemen van vormen van 'fiscale' fraude. Zie Buruma, a.w. p. 42 en H.M. van den Heuvel, De criminele vonnisboeken van Leiden 1533-1811, in Rijnland 14-15 (1977-78). Uit de criminele vonnisboeken van Leiden blijkt dat in het begin van de 17e eeuw de vierschaar regelmatig de ontduiking van heffingen op bier berechtte.

8. Zie voorts K. Hellingman en K.J.M. Mortelmans, *Economisch publiekrecht, rechtswaarborgen en rechtsinstrumenten,* Deventer: Kluwer 1989, p. 55. Zij geven als definitie van economisch recht (onder meer): 'het geheel van rechtsregels dat door de overheid wordt uitgevaardigd of benut met het doel de economische verhoudingen op de markt voor goederen en diensten te beïnvloeden, met inbegrip van de regels die zodanige beïnvloeding bewust ten gevolge hebben: rechtsinstrumenten.

9. Zie F.G. H. Kristen, R.M.I. Lamp, JM.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman (red.). Bijzonder strafrecht, *Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland,* Den Haag: 2011, p. 4: 'Een voor de hand liggende definitie van het begrip bijzonder strafrecht kan luiden: al het strafrecht dat niet tot het commune strafrecht hoort. Anders gezegd: al het strafrecht dat niet in de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering is geregeld.'

geschiedenis laat een omvangrijk beeld zien van dergelijke overheidsregulering in de negentiende eeuw. De klassieke liberale perceptie van de overheid als nachtwakersstaat, is aldus niet congruent met de werkelijkheid. Althans niet, voor zover het betreft de handhaving van het ordeningsrecht.[10] Vanaf de 19e eeuw werden diverse gecentraliseerde overheidsdiensten opgericht, belast met het toezicht op bepaalde regelgeving. Zo wordt in 1801 een inspectie voor onderwijs opgericht en in 1805 departementale commissies voor landbouw, fabriekswezen en geneeskunde.[11]

De trend in de oprichting van gespecialiseerde controlerende diensten continueert aan het eind van de negentiende eeuw met de oprichting van de Arbeidsinspectie (1890). Als voorbeelden kan gewezen worden op de volgende diensten: Plantenziektendienst (1890), het Staatstoezicht op de Volkshuisvesting (1901) en de Inspectie voor de Drankwetgeving (1905).[12] Heden ten dage zijn de belangrijkste toezichthouders: Autoriteit Consument en Markt (ACM), Autoriteit Financiële Markten (AFM), De Nederlandse Bank (DNB), Inspectie SZW, Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT), de Nederlandse Voedsel en Waren Autoriteit (NVWA), alsmede de Belastingdienst.[13]

In 1933, tegen de achtergrond van voedseltekorten, wordt de Landbouwcrisiswet van kracht, die voorziet in een punitief tuchtrechtelijk kader. Commissies voor tuchtrechtspraak krijgen onder meer de bevoegdheid tot het opleggen van forse tuchtboetes, het intrekken van vergunningen en het verbeurdverklaren van waarborgsommen. Deze wetgeving kan volgens Mulder geduid worden als het begin van de geschiedenis de van de Wet op de Economische Delicten.[14] Die economische strafrechtspraak vertoonde echter het beeld van een bonte aaneenschakeling van civiele- tuchtrechtelijke en bestuursrechtelijke fora. Tijdens de Duitse bezetting ontstaat een belangrijke impuls naar de opmars van een coherente economische strafrechtspraak. Zo kwam de eerste regeling met betrekking tot de 'berechting van strafzaken rakende het economisch leven' tot stand bij het bezettingsbesluit van de secretaris-generaal van het Departement van Justitie van 7 april 1941.[15]

---

[10]. Volgens Buruma is het beeld van die nachtwakersstaat in de negentiende eeuw voor Nederland dan ook simpelweg onjuist: 'Het verlangen om te reguleren ontbrak niet en evenmin ontbraken de regelingen. Zelfs het verlangen om toezicht te houden was er wel en lokaal waren er vele controleurs, maar het centrale apparaat in de staat die nog een eenheidsstaat moest worden ontbrak.' Buruma, a.w., p. 61. Overigens schrijft Buruma dat het argument dat controleurs en bijzondere opsporingsambtenaren over een bepaalde technische kennis beschikten, waarover anderen niet beschikken, een argument is dat pas in de tweede helft van de 19e eeuw een rol gaat spelen. Dat wekt mijn verwondering wanneer we terugdenken aan de keurmeesters die juist speciaal uit de kringen van de ambachtsgilden werden aangesteld, in verband met vereiste vakkennis. Buruma, a.w., p. 65.

[11]. Buruma noemt in dit verband nog andere toezichthouders zoals keurders van levensmiddelen, schoolopzieners en landbouwcommissarissen. Deze diensten werden echter nog niet sterk centraal aangestuurd. Buruma, a.w., p.62. Zie voorts Bosch Kemper: 'Het is niet mogelijk al de ambtenaren op te noemen aan welke bij bijzondere wetten of wettige verordeningen het opsporen van overtredingen en dienvolgens de bevoegdheid om proces-verbaal omtrent dezelve op te maken is opgedragen'. De Bosch Kemper, 1838: III, ad, art. 437 Sv-oud, p. 557.

[12]. Zie Buruma, a.w., p. 135-136. Buruma heeft nog veel meer diensten opgesomd.

[13]. Zie voor een overzicht van de diensten die in 'het recente verleden' opereerden het WODC-rapport, De toekomst van de bijzondere opsporingsdiensten, (eind red. H.G. van de Bunt, J.M. Nelen), Den Haag 2000, p. 107-108.

[14]. A. Mulder, Schets van het economisch strafrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975, p. 26-27.

[15]. Zie J.A. E. Vervaele, 'Historische ontwikkeling van het bijzonder strafrecht', in: F.G. H. Kristen, R.M.I. Lamp, JM.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman (red.). Bijzonder strafrecht, *Strafrechtelijke handhaving van sociaal- economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: 2011, p. 17. Zie voorts A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 13. Formeel gezien worden de bezettingsbesluiten in 1944 vervangen, door de regering in ballingschap uitgevaardigde Besluit berechting economische delicten (Besluit van 31 oktober 1944 houdende vaststelling van het Besluit berechting economische delicten, *Stb.* 1944, E135), alsmede de daarin opgenomen regeling aangaande tuchtrechtspraak voor de prijzen. Dat Besluit berechting eco-

Na de Tweede Wereldoorlog ontstond behoefte aan meer structuur aangaande handhaving van het ordeningsrecht als alternatief voor die sterk uiteenlopende mogelijkheden van handhaving. De WED kan dan ook gezien worden als een streven tot een dergelijke uniformiteit, daar waar het ordeningsrecht tot een 'lappendeken' was verworden. De commissie-Langemeijer had in 1945 dan ook de taak, een nieuwe, uniforme regeling voor de opsporing, vervolging en berechting van economische delicten te ontwerpen. Het ontwerp leidde tot de introductie van de Wet op de economische delicten in 1951. Volgens Vervaele is op hoofdlijnen het Besluit berechting economische delicten overgenomen en daarmee inhoudelijk ook veel aspecten van het bezettersrecht overgenomen. Tevens heeft de wetgever met de WED duidelijk gekozen voor één algemene regeling, met eigen normstellingen, eigen opsporingsbevoegdheden en eigen sancties. Daarmee heeft volgens Vervaele de wetgever destijds voor het primaat van het bijzonder strafrecht gekozen ten koste van het economisch tuchtrecht en het punitief bestuursrecht.[16]

1.3. Handhavingstekort en instrumentaliteitsdenken: de opmars van de bestuurlijke boete

Langzamerhand begint het primaat van strafrechtelijke handhaving van ordeningsrecht onder druk te staan. Bij het bestuur ontstond toenemende behoefte aan meer verantwoordelijkheid ten aanzien van de handhaving van de 'eigen regelgeving'. Vervaele stelt in dat verband dat bestuurlijke handhaving meer werd opgevat als een sluitstuk van de integrale verantwoordelijkheid voor het regulerings- en handhavingsproces. Tevens wilde het bestuur ook meer feitelijke zeggenschap over de controle (toezicht) en sanctionering. De wens ontstond toezichthouders uit te rusten met sanctiebevoegdheden, als bestuurlijk verlengstuk van het beleid.[17]

Het momentum voor die 'bestuursrechtelijke opmars' manifesteerde zich in het begin van jaren negentig, ten gevolge van het zogenaamde 'handhavingstekort'.[18] Zo beschrijven Vervaele en Widdershoven dat dit handhavingstekort met betrekking tot het behoud van de visserijbestanden leidde tot forse spanningen met de Europese Gemeenschap en het ontslag van de minister van Landbouw en Visserij.[19] De druk op het strafrechtelijke apparaat moest verminderd worden, door de inzet van bestuurlijke sancties. De Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeervoorschriften, ook wel de 'Wet Mulder' genoemd, is van die insteek een bekend product. Sinds die tijd heeft de bestuurlijke boete forse terreinwinst geboekt.

De verdere ontwikkeling van de bestuurlijke boete is in belangrijke mate geïnspireerd door de regeling van de *fiscale* boete. De geschiedenis daarvan gaat ver terug. Reeds in de middeleeuwen konden door de landsheer boetes worden opgelegd aan een gemeenschap (stad of gewest) die zich tegen de heffing van belastingen verzette. In de tijd van de Republiek der Verenigde Nederlanden kwamen zowel vaste als procentueel bepaalde boetes voor. Tijdens de Franse bezetting werden nieuwe fiscale boetes ingevoerd in Nederland, die buiten de rechter om konden worden gevorderd. Hierin was een strafelement aanwezig.[20] Tevens is van belang te realiseren

---

nomische delicten bevat bijzondere regelingen betreffende opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten. Tevens worden de economische regelingen genoemd die het Besluit bestrijkt. Het Besluit tuchtrechtspraak voor de voedselvoorziening (1942) bleef in stand (*Stcrt.* 1942, 183).

16. Zie Vervaele, a.w., p. 18.

17. Vervaele, a.w., p. 21.

18. Zie over het 'handhavingstekort': CTW-advies *Handhaving door bestuurlijke boeten*, CTW 94/1, Den Haag 1994.

19. J.A.E. Vervaele en R.J.G.M. Widdershoven, *Bestuurlijke handhaving van visserijregelgeving*, Utrecht: Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch Recht 1991.

20. Zie ook M.W.C. Feteris 2002, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2002, p. 14. Feteris citeert in dit verband: J. van der Poel, Rondom compositie en compromis,

hoezeer de fiscale boete in het teken stond van 'efficiency'. De Commissie-Van den Dries stelde al in 1936 in haar verslag met betrekking tot de herziening van het fiscale straf- en strafprocesrecht het volgende, aangaande de afdoening van overtredingen van (wettelijke) belastingvoorschriften door middel van bestuurlijke boetes:

> 'Van de overige overtredingen zullen die zich het beste leenen tot toepassing van de administratieve boete, waarbij de boeten kan bestaan in een betrekkelijk laag vast bedrag of in eene betrekkelijk matige percentsgewijze verhooging van de geldswaarde van niet nagekomen verplichtingen, waarbij het feit van de overtreding doorgaans weinig tot geschil aanleiding geeft of ter beslissing aan den burgerlijken rechter of administratieven rechter behoort te worden opgedragen, waarbij tenslotte vragen van schuld niet van groot belang zijn. Onder die omstandigheden kan, (…) de administratieve boete boven de strafrechtelijke boete de voorkeur verdienen ter vermijding van aan het belang van de zaak onevenredig ambtelijke bemoeiingen, ter bevordering van eene vlotte afwikkeling, en ter voorkoming van het betrekken van de overtreders in eene justitieele strafvervolging.'[21]

Volgens Wattel was de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen bij de invoering in 1959 vooral gericht op afdoeningsefficiency. Het fiscale boetestelsel van de AWR is volgens hem opgezet om op tamelijk eenvormige, haast automatische en vooral bureaucratisch eenvoudige wijze, veel voorkomende fiscale wetsovertredingen met een geldelijke sanctie af te doen. Dit zonder daarvoor de strafrechter te hoeven inschakelen. De boete is mede daarom zeer innig gekoppeld aan de belasting, zodat in het AWR-systeem in het kader van de boete daarom werd gesproken over 'fiscale verhoging'.[22] Het 'efficiency' karakter van de bestuurlijke boete, in combinatie met de beleidsdoelen van de jaren negentig, vormden aldus een duidelijke tendens tot instrumentalisering van de handhaving.[23]

1.4. Bestuurlijke boete als 'criminal charge' en relevantie van het nemo tenetur-beginsel

Sinds de classificatie van bestuurlijke beboeting door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens als 'criminal charge', is in dat verband de weg vrij gemaakt voor de toepassing van de waarborgen, voortvloeiend uit artikel 6 van het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens. De 'receptie' van die jurisprudentie stond centraal in het arrest HR 19 juni 1985, *NJ* 1986, 104. De Hoge Raad merkte de naheffingsaanslag met verhoging ex art. 16 lid 1 onder a van de Wet op de motorrijtuigenbelasting 1966 aan als het instellen van een strafvervolging in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.[24] In die uitspraak betrof het de toepassing van het fair trial-beginsel. De

dissertatie Utrecht 1942, p. 267-269. Zie voorts voor een uitgebreide bespreking van de fiscale geschiedenis: J. Wortel, *Vervolgen in belastingzaken* (diss. Nijmegen.), Deventer: Kluwer 1991, p. 8-41.

[21]. Verslag van de Commissie tot herziening van het fiscaal strafrecht en strafprocesrecht, Alg. Landsdrukkerij 1936.

[22]. Zie P.J. Wattel, 'De fiscale boete in rechtspolitiek en grondrechtelijk perspectief', in: A.J. van Lint, R.M.P.G. Niessen en J.J.M.G. Smeets (red.), *Fiscale boetes*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 11.

[23]. Vervaele, a.w., p. 21. Opmerkelijk is dat de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (CTW) in 1994 de voorkeur uitsprak voor een keuze in de handhaving van ordeningsrecht via hetzij punitief bestuursrecht, hetzij bijzonder strafrecht. Zie *De Handhaving door bestuurlijke boeten*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1994. De regering hield echter de voorkeur aan een 'duaal model', waarbij gebruikt wordt gemuikt van het punitieve bestuursrecht, alsmede het strafrecht. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 119.

[24]. In HR 19 juni 1985 wordt door de Hoge Raad overwogen dat het opleggen van zware bestuurlijke boetes aangemerkt kan worden als een criminal charge. Enige jaren later wordt in HR 24 januari 1990 besloten dat ook het opleggen van een lichte bestuurlijke boete wegens het niet tijdig doen van aangifte onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM valt en daarmee als criminal charge kan worden aangemerkt.

strekking van de uitspraak expliciteerde verder dat de beginselen van artikel 6 EVRM inroepbaar zijn ten aanzien van de fiscale boete. Om die reden kan dit arrest beschouwd worden als fundamenteel voor de normering van het 'fiscale boeterecht'. Annotator Alkema schrijft dan ook over de zaak dat deze 'heel wat meer losmaakte dan de deurgrendels van de rechtszaal'. De annotator betwijfelde niettemin of andere strafprocesrechtelijke waarborgen onverkort voor de fiscale boete moesten gelden. Een zwijgrecht in zaken die met een fiscale boete worden afgedaan, kwam hem overdreven voor. Die stelling heeft de tand des tijds niet kunnen doorstaan. De invloed van het EVRM maakte een wijziging van het fiscale boetestelsel noodzakelijk. Uiteindelijk bracht de Commissie-Van Slooten in 1992 een rapport uit, hetgeen de basis vormde voor een in 1993 ingediend wetsvoorstel. Een hernieuwde 'ingrijpend gewijzigde' versie van de AWR trad uiteindelijk in 1998 in werking, waarbij rekening werd gehouden met de rechtspraak van de Hoge Raad, met betrekking tot artikel 6 EVRM.[25]

Niettemin moet in ogenschouw worden genomen dat het bestuursrechtelijke handhavingsapparaat in beginsel primair gericht was op het bevorderen van de uitvoering van de haar betreffende regelgeving. Dit aspect kwam in het voorgaande reeds aan de orde. De bestuurlijke boete was vooral gericht op 'efficiency'.[26] In dat kader is een opvallende tegenstelling tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming waar te nemen.

De wijze waarop de inzet van (veelal) bestuursrechtelijke bevoegdheden een rol speelt bij de rechtshandhaving, kan bij uitstek conflicteren met de rechtsbescherming ontleend aan het nemo tenetur-beginsel. Dat beginsel – (vrij) vertaald als: niemand is gehouden zichzelf te belasten – is de weerslag van het rechtsprincipe dat de verdachte niet gedwongen mag worden, strafrechtelijk bewijs tegen zichzelf te leveren.[27] Wat maakt de aan het nemo tenetur-beginsel te ontlenen rechtsbescherming zo relevant in het kader van de handhaving van het ordeningsrecht? Zoals de handhaving van dat type recht onlosmakelijk verbonden is met controlerend overheidsoptreden, zo verlangt dat onderzoek een vorm van medewerking van de betrokkene. De wijze waarop die keurmeesters de middeleeuwse marktwaren onderzochten, is daar een vroege illustratie van. Betrokken handelaren moesten hun waren tentoonspreiden en aldus de controle daarvan 'dulden'. De overheid moet in het ordeningsrecht aldus zelf actief onderzoek verrichten. Deze (primair) bestuursrechtelijke onderzoeken vinden plaats in het kader van wat geduid kan worden als de 'controlesfeer'. De gecontroleerde is in beginsel gehouden om aan de toepassing van die controlebevoegdheden, zoals bijvoorbeeld het vorderen van inlichtingen of het vorderen van inzage in stukken, medewerking te verlenen (zie artikel 5:20 Algemene wet bestuursrecht). Daarbij is het weigeren die medewerking te verlenen strafbaar gesteld (zie artikel 184 Sr).[28] Dergelijke verplichting tot medewerking bestaat zelfs aan het strafrechtelijk WED-onderzoek (zie artikel 24a WED). De opsporingsambtenaar heeft op grond van die wet bevoegdheden die verder gaan dan die het Wetboek van Strafvordering toekent. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om

---

[25]. Wetsvoorstel 23 470. De eerdere wetsvoorstellen 19 489 en 21 058 werden ingetrokken. In wetsvoorstel 19 489 was met artikel 6 EVRM helemaal geen rekening gehouden. In wetsvoorstel 21 058 werd onvoldoende rekening gehouden met artikel 6 EVRM. Zie P.M. van Russen Groen, *Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht (diss. Deel III - EUR)*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 4-5. Zie voorts M.W.C. Feteris 2002, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces (*diss. UvA), Deventer: Kluwer 2002, p. 2.

[26]. Zie bijvoorbeeld de kritiek op de WAHV. Enerzijds was het uitgangspunt onder meer om een deugdelijke rechtsbescherming van de betrokkene te waarborgen. Zie *Kamerstukken II* 1987/88, 20 329, nr. 3, p. 8. De president van de Hoge Raad S. Royer kwalificeerde destijds de WAHV als een voorbeeld van wetgeving van onvoldoende kwaliteit. Zie C.M.Th. Lindo, 'Cassatie in de negentiger jaren', *NJB* 1995, p. 883 e.v.

[27]. Het woord 'prodere' kan onder meer vertaald worden als 'verraden'. Een toepasselijke (meer letterlijke) vertaling zou aldus evenzeer kunnen zijn: niemand is gehouden zichzelf te verraden.

[28]. Het Nederlands recht voorziet in die gevallen echter de 'dwang' al van een wettelijke grondslag. Bij de weigering aan de vordering tot uitlevering te voldoen, bijvoorbeeld op grond van de WED, maakt de verdachte zich immers (in beginsel) al schuldig aan een strafbaar feit.

bevoegdheden op het gebied van de inbeslagneming, de monsterneming en inzage van de administratie van de verdachte. Non-coöperatie aan de WED-vordering is strafbaar gesteld als economisch delict.[29]

Paradoxaal genoeg is een betrokkene aldus op straffe van een aparte vervolging bij weigering van die medewerking, gehouden aan zo een controleonderzoek (actieve) medewerking te verlenen. Dat terwijl dergelijk onderzoek juist aanleiding kan geven tot het ontstaan van een strafrechtelijke verdenking, hetgeen kan leiden tot bestraffing. Dit is de kern van het probleem van de 'sfeerovergang': verplichte medewerking aan controle kan overvloeien in opsporing en eventuele vervolging en bestraffing. Dat is – in kort bestek – het fenomeen dat aangeduid wordt met 'sfeerovergang': de overgang van een bestuursrechtelijk controleonderzoek naar hetzij een bestuursrechtelijk boeteonderzoek, hetzij een opsporingsonderzoek. Het bestuursrechtelijk boeteonderzoek is 'punitief van aard' in die zin dat het kan leiden tot het opleggen van een bestraffende sanctie en wordt derhalve, evenals het strafvorderlijk opsporingsonderzoek, genormeerd door het nemo tenetur-beginsel op basis van artikel 6 EVRM. Om die reden kan dat boeteonderzoek zonder meer tot de 'opsporingssfeer' worden gerekend.

Daarbij komt dat ook nadat de opsporingssfeer eenmaal aanvang heeft genomen (hetzij bestuursrechtelijk, hetzij strafrechtelijk), daarnaast nog een aparte (non-punitieve) bestuurlijke procedure gevoerd kan worden (bestuursdwang, of bijvoorbeeld een fiscale naheffingsprocedure). Op die wijze ontstaat een situatie waarin sprake is van een samenloop van verschillende rechtssferen, waarbij eveneens sprake is van een uiteenlopend (conflicterend) juridisch kader. We spreken in dat geval over sfeercumulatie.

Zo beschouwd vormt de handhaving van het ordeningsrecht door middel van controlerend optreden een natuurlijk spanningsveld met het van oorsprong strafrechtelijk nemo tenetur-beginsel. In de controlesfeer bijvoorbeeld, heeft de betrokkene een verplichting te voldoen aan vorderingen van een toezichthouder. Daarentegen dient in de opsporingssfeer – gelet op de werking van het nemo tenetur beginsel – de verdachte juist gevrijwaard te zijn van overheidspressie om aan zijn eigen bewijsvoering (actieve) medewerking te verlenen. De beschreven toename van de ordeningsrechtelijke regelgeving – de instrumentaliteit – stond dan ook in groot contrast tot de ontluikende status van de bij uitstek belangrijke rechtswaarborg.[30] Pas in 1993 wees het EHRM op basis van artikel 6 EVRM zijn eerste arrest (Funke) aangaande de toepassing van het nemo tenetur-beginsel.[31]

[29]. In het geval van de WED gaat het daarbij om een specialis van artikel 184 Sr. Artikel 26 WED voorziet namelijk in een hogere strafdreiging: op grond van artikel 2 lid 5 WED is dit een misdrijf, waar op voet van artikel 6 lid 2 WED een maximale gevangenisstraf op staat van twee jaar en/of een geldboete van de vierde categorie. Daarnaast kunnen ook nog de bijkomende economische straffen en maatregelen worden opgelegd, genoemd in artikelen 6 en 7 WED op grond van art. 6 lid 2 WED. Een wezenlijk verschil tussen artikel 184 Sr en 26 WED: eerstgenoemd artikel kent 'maar' een strafmaximum van drie maanden.

[30]. In het kader van die 'ontluikende status' wordt expliciet gedoeld op de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel, zoals dat af te leiden valt uit artikel 6 EVRM. Strafvordering kende immers als het zwijgrecht en het verbod een bevel tot uitlevering ter inbeslagneming van voorwerpen aan de verdachte te richten.

[31]. EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993/485 (Funke v. Frankrijk).

1.5. Aanleiding tot het onderzoek

Er is een aantal redenen te benoemen waarom de problematiek rondom de sfeerovergang en 'nemo tenetur' sedert lange tijd in de belangstelling van de rechtswetenschap staat. Het 'speelveld' is divers en de belangen die op het spel staan groot.[32] Het punitief gehandhaafde ordeningsrecht bestrijkt immers een enorm gebied van uiteenlopend bestuursrechtelijke wetgeving en de sancties die opgelegd kunnen maken de belangen groot.

Het is opvallend dat juist gezien die enorme diversiteit van het ordeningsrecht en de geschetste belangen, er zo weinig consensus bestaat over de wijze waarop invulling gegeven dient te worden aan de toepassing van het nemo tenetur-beginsel. Dat manifesteert zich bijvoorbeeld tussen de opvattingen in de literatuur enerzijds en de rechtspraak van de Hoge Raad anderzijds, zoals aan bod zal komen. In dit verband kan worden gewezen op bijvoorbeeld de conclusies van de drie Advocaten-Generaal Wattel, Langemijer en Niessen, die op dit vlak lijnrecht tegenover de Hoge Raad staan.[33]

Hiernaast geldt het volgende. Het onderzoeksgebied aangaande de 'sfeerovergang en het nemo tenetur-beginsel' kan ook geplaatst worden in de meer algemene de verhouding tussen het bestuurs- en strafrecht ter zake van de handhaving.[34] In het poreuze vlak tussen beide rechtsgebieden wordt de vraag namelijk relevant welke bevoegdheden door de toezichthouder/opsporingsambtenaar mogen worden uitgeoefend, en in hoeverre de betrokkene gehouden is daaraan medewerking te verlenen. In dat verband schrijft Hartmann in zijn oratie over de term 'fuzzy law', teneinde de onduidelijkheid te benoemen van de contouren van het straf- en bestuursrecht. De keuze voor een van beide handhavingsstelsels in een concreet geval, is daardoor des te relevant, aldus Hartmann.[35] Te meer gelet op de fase van het onderzoek, de status van de betrokkene (gecontroleerde of verdachte) en de in acht te nemen rechtswaarborgen. Hoewel formeel sprake kan zijn van controle, kan een dergelijk onderzoek 'de facto' neerkomen op een vorm van 'opsporing'.[36]

Een treffend voorbeeld van dat 'fuzzy law' vormt het onderzoek in het 'Tafelbergdossier' dat aanleiding gaf tot de schikking met de Rabobank, aangaande de zogeheten 'Libor fraude'. Ge-

---

[32]. Voor wat betreft die 'belangen' kan worden gewezen op de forse boete maxima. Zie de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving, Wet van 18 juli 2009, *Stb*, 2009, 327. Kritisch daarover: D.R. Doorenbos, 'Nieuw boetestelsel financiële wetgeving, *Ondernemingsrecht* 2009, p. 128. Zie voorts D.R. Doorenbos, 'Beboeting van rechtspersonen', *Strafblad* 2014, p. 97 e.v.

[33]. HR 24 april 2015, nr. 13/05136 (ECLI:NL:HR:2015:1112), *BNB* 2016/22, (Conclusie Langemeijer); HR 24 april 2015, nr. 14/02416 en nr. 14/02686 (ECLI:NL:HR:2015:1130), *BNB* 2016/21, (Conclusie A-G Wattel); HR 24 april, nr. 14/02420 en nr. 14/02691 (ECLI:NL:HR:2015:1117), FutD 2015-1122, (Conclusie Wattel); HR 24 april 2015, (Conclusie A-G Wattel), nr. 14/02414, (ECLI:NL:HR:2015:1129), BA 2015/128 en HR 29 mei 2015, nr. 14/00584 (ECLI:NL:HR:2015:1359), *BNB* 2016/23, (Conclusie Niessen).

[34]. A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, (diss. Deel I - EUR), Gouda Quint: Deventer 1998, p. 140. Het bestuursstrafrecht wordt door Hartmann en Van Russen Groen omschreven als: het van het strafrecht en het bestuursrecht te onderscheiden deel van het recht waarin publiekrechtelijk bestuursorganen, zonder tussenkomst van de betrokkene of een onafhankelijke rechter, sancties met een bestraffend karakter kunnen opleggen.

[35]. A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law*, oratie EUR, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2011, p. 35.

[36]. Schuurmans schrijft bijvoorbeeld dat het toezichtsonderzoek de komende jaren lijkt te intensiveren door politieke druk én door de toegenomen onderzoeksmogelijkheden door technische ontwikkelingen. Zij wijst in dat verband op onder meer GPS-registratie, het ondervangen van dataverkeer, internetrecherche, alsmede cameraobservaties (mogelijk uitgevoerd met drones). Y. Schuurmans, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het bestuursrecht', *Ars Aequi* 2017, p. 396.

bleken was dat een aantal grote banken jarenlang de Libor- en Euribor-rente hadden gemanipuleerd. De Rabobank ging akkoord met een transactie voor €774 miljoen.[37] Advocaat Gerard Spong stelde namens houders van 'Rabo-certificaten' een artikel 12 Sv-procedure in bij het gerechtshof Den Haag. Spong was van mening dat de Rabobank ook in Nederland strafrechtelijk vervolgd diende te worden. In het klaagschrift verweet hij de Rabobank te hebben gefungeerd als 'criminele organisatie'. De klagers voelden zich als klant benadeeld, door de aan de rente gekoppelde financiële producten. Klagers maken bezwaar tegen de manier waarop het OM de zaak heeft afgedaan. Het OM had samen met de FIOD en De Nederlandse bank, alsmede in samenwerking met buitenlandse justitiële autoriteiten en financiële toezichthouders, onderzoek gedaan naar die manipulaties. Aan de Rabobank was een boete opgelegd van 70 miljoen euro. Het gerechtshof Den Haag had op 19 mei 2015 de klacht tot niet verdere vervolging afgewezen.[38] Opmerkelijk is wat het hof overwoog aangaande de relatie tussen het uitgevoerde bestuursrechtelijk onderzoek en het nemo tenetur-beginsel:

> 'Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat het onderzoek dat tot nu door DNB en de FIOD onder leiding van het Functioneel Parket is verricht, heeft plaatsgevonden op het snijvlak van toezicht en strafrecht en met onvoldoende onderscheid tussen beide juridisch domeinen.
> In het dossier zijn opgenomen de resultaten van onderzoekshandelingen door buitenlandse en Nederlandse toezichthouders in de financiële markten zoals de CFTC in de USA, de FCA in Londen, de Japanse Financial Services Agency en DNB en daarnaast van justitiële autoriteiten in binnen- en buitenland zoals de United States Department of Justice, Criminal Division, Fraud Section en Antitrust Division en de Nederlandse FIOD.
> Kenmerkend voor prudentieel onderzoek door toezichthouders is dat betrokkenen die met de onderzoekers worden geconfronteerd, medewerking moeten verlenen door het verstrekken van opgevraagde informatie en, wanneer zij worden gehoord, geacht worden vragen van onderzoekers te beantwoorden.
> Kenmerkend voor strafrechtelijk onderzoek is dat een helder onderscheid bestaat tussen personen die als getuige worden aangemerkt en hen die als verdachte worden aangemerkt. Voor de laatste geldt dat er geen verplichting is op vragen te antwoorden. Ook inbeslagname van bewijsmateriaal is met diverse waarborgen van het Wetboek van Strafvordering gereguleerd. Dit stelsel van waarborgen is een weergave van het beginsel dat niemand verplicht kan worden aan zijn eigen vervolging en veroordeling mee te werken.'

Het hof overwoog voorts dat personen waarvan de status (getuige, verdachte of disciplinair gehoorde) onduidelijk was, waren gehoord zonder cautie. Daarnaast waren stukken aan het dossier toegevoegd zonder strafvorderlijke inbeslagneming. Voor een strafrechtelijke vervolging zou eerst een behoorlijk strafvorderlijk onderzoek moeten worden ingesteld volgens het hof. Dat onderzoek zou in aanzienlijke mate worden gehinderd door wat, al dan niet zonder strafvorderlijke waarborgen, aan onderzoek is geschied.

1.6. Onderzoeksvragen

Het onderhavig onderzoek zal zich richten op de werking van het nemo tenetur-beginsel in het spanningsveld van de sfeerovergang tussen de toepassing van controlebevoegdheden enerzijds

[37]. I. Bökkerink, 'Na schikking lijkt Libor-fraude Rabobank met een sisser af te lopen, *FD* 17 augustus 2016.
[38]. Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204.

en bestuurlijk boeteonderzoek, alsmede strafvorderlijke opsporing anderzijds. Centraal staan de volgende probleemstellingen:

- Tot welke beperkingen van de aan het nemo tenetur-beginsel ontleende rechtsbescherming leidt het fenomeen van de sfeerovergang in het bestuurs- en strafrecht?
- Hoe kunnen die beperkingen van die rechtsbescherming geredresseerd worden op een wijze die tegemoet komt aan de uitleg van dat beginsel, zoals volgt uit de jurisprudentie van het EHRM?

Teneinde deze vragen te beantwoorden, wordt onderzoek gedaan naar de sfeerovergang in beide handhavingssystemen. Het zal duidelijk zijn dat de vraagstelling gebaseerd is op de a priori-stelling dat dergelijke beperkingen zich voordoen. Hoewel de vraagstelling ook 'open' geformuleerd had kunnen worden, doet deze benadering het meest recht doet aan het onderwerp. In het licht van de 'hausse' aan literatuur en jurisprudentie, sedert het proefschrift van Aler in 1982, is het geen kwestie van 'of', maar eerder de precisering 'welke' beperkingen aan de orde zijn.[39] Hierbij geldt als kanttekening; niet iedere vorm van zelfincriminatie leidt tot conflict met het nemo tenetur-beginsel. Een betrokkene die medewerking verleent aan een 'regulier' controleonderzoek (zonder dat de overheid redenen had diegene te verdenken van een met het onderzoek samenhangend strafbaar feit), kan op zichzelf incriminerend bewijs aandragen, zonder dat die medewerking strijdig is met artikel 6 EVRM.

In de twee vraagstellingen gaat voorts een belangrijke vraag vooraf. Dat is de vraag wat precies de reikwijdte is van de nemo tenetur-bescherming in de context van die handhaving van het ordeningsrecht. Hierbij is de invalshoek in hoeverre aan de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens criteria kunnen worden ontleend tot het vaststellen of in een concreet geval sprake is van een zodanige onbehoorlijke dwang welke een schending van art. 6 EVRM oplevert.

Op deze plaats valt nog het volgende op te merken over de gevolgde werkwijze. Dit onderzoek is gebaseerd op de premisse, dat het beste inzicht over de toepassing van het nemo tenetur-beginsel in het ordeningsrecht kan worden verkregen, door het vraagstuk in zijn 'geheel' te bestuderen. Dat betekent dat voor het onderwerp zowel het bestuursrecht als het strafrecht aan de orde dienen te komen. Conceptueel gezien is het sterk onwenselijk beide in dit verband te scheiden. Het nemo tenetur-beginsel is een van oorsprong strafrechtelijk beginsel, terwijl de problemen rondom het gebruik van afgedwongen bewijs bij uitstek spelen in de 'punitieve sfeer'. Andersom geldt, dat het juist het bestuursrechtelijk controleonderzoek is, dat deze vraagtellingen oproept.

Voorts geldt dat de focus van dit boek gericht is op de handhaving van het *ordeningsrecht* en de daarmee samenhangende toepassing van het nemo tenetur-beginsel, op basis van artikel 6 EVRM. De focus is dus hoe dat beginsel een rol speelt in relatie tot de sfeerovergang. Daaruit volgt dat andere, voor het nemo tenetur-beginsel relevante materie niet aan de orde komt. In dat verband kan gedacht worden aan de inferenties die de strafrechter verbindt aan de zwijgende

[39]. G.P.A. Aler, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle. Enige aspecten van de regeling van de dwangmiddelen in het Wetboek van Strafvordering in de bijzondere wetten,* (diss. UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1982.

verdachte, of bijvoorbeeld grenzen die het beginsel stelt aan neuropsychologische onderzoeksmethoden.[40] Dergelijke materie is niet relevant voor de beantwoording van de opgeworpen onderzoeksvragen.

Ten slotte nog enige opmerkingen over gehanteerde begrippen. Consequent zullen de termen 'testimonial evidence' en 'real evidence' gebruikt worden. Dit gaat om niets anders dan respectievelijk verklaringen en al het 'tastbaar bewijsmateriaal', zoals documenten.[41] Naar mijn overtuiging is de optimale wijze een diffuus juridisch leerstuk te behandelen, gebaat door het gebruik van de meest basale begrippen. Deze termen hebben immers nog geen juridische kwalitatieve betekenis. Daarnaast sluiten de begrippen aan bij de wijze waarop strafvordering de mondelinge verklaringsvrijheid beschermt (artikel 29 Sv), alsmede de verdachte vrijwaart van een vordering tot uitlevering ter inbeslagneming van voorwerpen (artikel 96a lid 2 Sv).

1.7. Opbouw van dit onderzoek

Hoofdstukken 2 en 3 kunnen in samenhang worden bezien. Daar waar hoofdstuk 2 zich concentreert op het beschrijven van de controlesfeer en de WED-opsporingssfeer, staat in hoofdstuk 3 de afbakeningsproblematiek tussen het controle en opsporingsonderzoek centraal. In hoofdstuk 2 komt de beschrijving van de sfeerovergang aan de orde en de juridische problematiek waartoe dit fenomeen aanleiding geeft. In dat kader worden verschillende 'kernbegrippen' behandeld: sfeerovergang, sfeercumulatie en de term toezicht. De vraag wordt voorts behandeld wat het specifieke juridische karakter is van die controlesfeer. Daarbij komt de bevoegdheidsuitoefening van controlebevoegdheden aan de orde. Ten slotte wordt ingegaan op de criteria van de bevoegdheidstoepassing op grond van de WED.

Hoofdstuk 3 gaat verder waar het voorgaande hoofdstuk is geëindigd. De dwarsverbanden tussen de controle- en opsporingssfeer worden in dit hoofdstuk in kaart gebracht. Het gaat daarbij voor een belangrijk deel om de situatie waarin controlebevoegdheden gehanteerd worden ten behoeve van het opsporingsonderzoek. Daar waar het vorige hoofdstuk dus de 'sferen' afzonderlijk beschreef, staat hier het onderscheid en de overgang tussen beide centraal. Vervolgens wordt uitgebreid aandacht besteed aan de vraag hoe de wetgever dat onderscheid tussen controle en opsporing heeft geconceptualiseerd. Ten slotte komt nog een belangrijk aspect aan de orde: de normering van controlehandelingen in de context van het strafproces. Dat spitst zich toe op de concrete vraag in hoeverre gestelde onrechtmatige bestuursrechtelijke handelingen aangemerkt kunnen worden als 'vormverzuim' in de zin van artikel 359a Sv. In het onderzoek-Klimop (grootschalige vastgoedfraude) werd bijvoorbeeld uitgebreid verweer gevoerd, dat een fiscaal controleonderzoek was gestart, terwijl strafvordering aan de orde had moeten komen.[42] Denkbaar is dat in dergelijke gevallen het argument gehanteerd wordt, dat de rechten voortvloeiende uit het nemo tenetur-beginsel 'omzeild' worden, gelet op de in die visie oneigenlijke inzet van het controleonderzoek met de bijbehorende medewerkingsverplichtingen.

---

[40]. Zie omtrent de 'inferenties' die de strafrechter kan verbinden aan het zwijgen van de verdachte bijvoorbeeld EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725, (Murray v. Verenigd Koninkrijk). Aangaande de relatie tussen het nemo tenetur-beginsel en neuropsychologisch onderzoek, zie: D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen? Een onderzoek naar het gebruik van hersenonderzoek als opsporingsmethode in het licht van eisen van instrumentaliteit en rechtsbescherming* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

[41]. Zie over deze termen L. Stevens, 'Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest,' *DD* 2007, 54, p. 683. Het EHRM lijkt de term 'real evidence' ontleend te hebben aan het Amerikaanse Constitutionele Hof, aldus Stevens.

[42]. Rechtbank Haarlem d.d. 28 februari 2011, 15-996536-06, LJN: BP6077: proces-verbaal houdende beslissingen op gevoerde preliminaire verweren inzake het onderzoek Klimop.

De historische ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel wordt beschreven in hoofdstuk 4. Daarbij gaat het om de juridisch-historische verkenning naar het ontstaan van dit beginsel, tot en met de implementatie daarvan in ons Wetboek van Strafvordering. Een belangrijke rol daarbij is weggelegd voor de ontwikkelingen in Engeland in de zestiende en zeventiende eeuw. Het is daar waar in Europa zich de ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel manifesteerde. De verplichting tot spreken bij de speciale tribunalen – Star Chamber en High Commission – leidde tot verzet, waarbij een beroep werd gedaan op het nemo tenetur-beginsel. De ontwikkelingsgeschiedenis van de Nederlandse strafvordering aan het eind van de negentiende eeuw heeft zich op haar beurt in belangrijke mate laten inspireren door de Engelse benadering van het zwijgrecht. Voor de normering van de sfeerovergang is voorts relevant te bezien welke keuzes de wetgever heeft gemaakt en op welke gronden, voor wat betreft de toepassing van de rechtsbescherming aan de hand van het nemo tenetur-beginsel.

In hoofdstuk 5 komt de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel aan de orde, zoals deze valt af te leiden uit de jurisprudentie van het EHRM. Het nemo tenetur-beginsel is door het EHRM ingelezen in artikel 6 EVRM.[43] De concrete vraag daarbij is, welke de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel heeft in relatie tot normering van de sfeerovergang/sfeercumulatie. Wordt louter de mondelinge verklaringsvrijheid beschermd, of wordt een verdachte ook gevrijwaard van de verplichting tot het verschaffen van incriminerende documenten? De uitwerking van deze verkenning omvat een viertal aspecten. Bescherming van de mondelinge verklaringsvrijheid roept ten eerste de vraag op naar de (on)bruikbaarheid van tijdens het controleonderzoek afgedwongen verklaringen – testimonial evidence – als bewijsmiddel in het strafproces. Het tweede aspect vormt de wijze waarop de verdachte beschermd wordt tegen het afdwingen van tastbaar bewijsmateriaal – real evidence – als documenten of ander materiaal. Het derde aspect ziet op de situatie van de 'sfeercumulatie'. Daarbij is het verschil met de voorgaande aspecten dat de juridische grondslag van de verplichte informatievordering niet de strafrechtelijke sfeer, maar de *non-punitieve* bestuursrechtelijke sfeer betreft. De betrokkene wordt op basis van een wettelijke verplichting aangesproken, bijvoorbeeld de 'reguliere' belastingheffing, terwijl er feitelijk gezien al een 'redelijk vermoeden van schuld' kan zijn. Het betreft hier de cumulatie van verschillende procedures. Dat is het verschil met de te bespreken 'real evidence'-arresten. Aan de orde zal onder meer komen in hoeverre een door de rechter verleende waarborg de mogelijke inbreuk op het nemo tenetur-beginsel kan redresseren. Ten slotte komt als vierde aspect het aanvangsmoment van het nemo tenetur-beginsel aan de orde. Het gaat hier concreet om de vraag op welk moment sprake is van een 'criminal charge'. In dit hoofdstuk zal tevens een korte weergave worden gegeven van de EG-jurisprudentie ter zake van het zwijgrecht. Het gaat daarbij om de uitleg van het Unierecht, zoals dat door het HvJEG is gedaan.

Het in hoofdstuk 5 verkregen toepassingsbereik aangaande het nemo tenetur-beginsel, wordt vervolgens gehanteerd voor verdere analyse. Zo wordt in hoofdstuk 6 het bestuursrechtelijk zwijgrecht geanalyseerd. In de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht heeft de wetgever een voor het bestuursrecht uniforme regeling van het zwijgrecht willen creëren. Voorheen was dat zwijgrecht namelijk in diverse bestuursrechtelijke wetten opgenomen. De wetgever heeft het zwijgrecht, zoals neergelegd in de Awb, verbonden aan het 'formele verhoor'-criterium. Beschreven en betoogd zal worden dat de keuze voor een dergelijke formele benadering belangrijke juridische repercussies heeft voor de positie van de betrokkene en diens rechtsbescherming. De vraag is of de wijze waarop de Awb-wetgever het zwijgrecht vormgegeven

[43]. Het EHRM zelf spreekt consequent over 'the privilege against self incrimination', hetgeen in dit onderzoek vertaald zal worden als 'nemo tenetur-beginsel'. In de zaak EHRM 16 juni 2015, appl. nr. 784/14, Van Weerelt v. Nederland (par. 54) spreekt het EHRM wel in het kader van de 'the privilege against self-incrimination' over 'nemo tenetur se ipsum accusare', alsook 'nemo tenetur se ipsum'.

heeft, voldoende tegemoet komt aan de interpretatie van het nemo tenetur-beginsel door het EHRM, zoals bleek uit de analyse in hoofdstuk 5.

De doelstelling van hoofdstuk 7 is om de nationale bestuursrechtelijke jurisprudentie te toetsen aan de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens aangaande het nemo tenetur-beginsel. De vraag is of de hoogste bestuursrechters het nemo tenetur-beginsel toepassen op een wijze die voldoende tegemoet komt aan de uitleg die het EHRM daar aan geeft. De interpretatie van het nemo tenetur-beginsel wordt aldus vergeleken met de in hoofdstuk 5 uitgevoerde analyse, van de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. De bestuursrechtelijke jurisprudentie heeft betrekking op de vier hoogste bestuursrechters: de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en de Hoge Raad (fiscaal en civiele rechtspraak).

In hoofdstuk 8 wordt eenzelfde toets uitgevoerd voor de strafrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad. Het strafvorderlijk systeem kent op dit punt de bijzonderheid dat een vordering aan de verdachte tot uitlevering van voorwerpen niet is toegestaan, zoals aan de orde komt. In essentie gaat het hier over de relatie tussen de uitlevering van ‘real evidence' door een verdachte, waarbij non-coöperatie aan een dergelijk bevel wordt bestraft en het nemo tenetur-beginsel.

Dit onderzoek wordt afgesloten met een slotbeschouwing. Naast een samenvatting van de voorgaande hoofdstukken, worden de geformuleerde onderzoeksvragen beantwoord. Ook worden daar aanbevelingen geformuleerd, teneinde de gesignaleerde beperkingen te redresseren.

Het onderzoek is afgesloten per 1 januari 2019.

HOOFDSTUK 2.

De sfeerovergang I: de controle- en opsporingssfeer

'While social theories are abstract they can make us more sensitive to the ambivalanties of development...They can open our eyes to dilemmas that we can't avoid and for which we have to prepare ourselves.'

Jűrgen Habermas[44]

2.1. Inleiding

Binnen de sociale wetenschappen vormen theorieën en concepten een middel om de 'maatschappelijke werkelijkheid' te onderzoeken. Met behulp van theoretische modellen kunnen empirische gegevens worden geïnterpreteerd en krijgen deze betekenis binnen een wetenschappelijk kader. Theorieën en concepten zijn op deze wijze 'gereedschap' om de werkelijkheid te benaderen en te verklaren. Dit gebeurt door een 'abstractie' van die complexe werkelijkheid. Een theorie kan aldus fungeren als een 'krachtig zoeklicht in een donkere kamer'. Weliswaar kan dan 'niet elke hoek verlicht worden' maar wel een uitstekend middel verkregen worden voor het navigeren door de duisternis.[45] De keerzijde van dit 'abstraheren' is dat dit eveneens een 'simplificatie' van de werkelijkheid impliceert. Wanneer de 'werkelijkheid' beschreven wordt met een theorie of een concept, moet derhalve erkend worden dat dit op zijn best een *benadering is* van de realiteit; in tegenstelling tot een *volledige weergave* ervan.

Het 'recht' bedient zich eveneens van concepten die beschouwd kunnen worden als een 'artificiële' weergave van de realiteit. Door juridische constructies, verankerd in rechtsregels, tracht de wetgever de maatschappelijke realiteit op een bepaalde wijze te ordenen. Het verlangen de werkelijkheid op een bepaalde wijze juridisch vorm te geven wordt aldus ingegeven door een politiek normatieve doelstelling. Het gevaar bestaat echter dat die constructies – per definitie een normatieve en kunstmatige benadering van de werkelijkheid – onvoldoende tegemoet komen aan een aanmerkelijk 'complexere werkelijkheid.' De betreffende juridische concepten en structuren kunnen alsdan onder druk komen te staan wanneer zij onvoldoende tegemoet komen aan de rechtspraktijk die zij trachten te reguleren. Zo beschouwd ligt in iedere (juridische) conceptuele indeling van de werkelijkheid een inherent spanningsveld besloten tussen het 'realisme' van die empirische werkelijkheid – waar bestaat de realiteit concreet uit – en het 'idealisme' van de normatief juridische benadering: hoe moet iets worden geregeld door middel van rechtsregels?

Voorgaande opmerkingen over juridische constructies manifesteren zich optima forma bij het juridisch begrip 'sfeerovergang'. Het begrip zelf, dat verwijst naar de entamering van een opsporingsonderzoek of boeteonderzoek op basis van bewijs vergaard tijdens het controleonderzoek, is een uitvloeisel van een juridisch conceptuele indeling van een deel van de rechtshandhaving. Aan het begrip sfeerovergang ligt namelijk een zekere 'sfeerverdeling' ten grondslag. De handhavingsactiviteiten worden onderverdeeld in twee juridische sferen, elk met een eigen

---

[44]. J. Habermas, *The Past as Future, Interviews by M. Haller*, Cambridge: Polity 1994, p. 116.
[45]. J.J. Mearsheimer, *The Tragedy of Great Power Politics*, New York: W.W. Norton & Company Inc. 2001, p. 10-11.

rechtskarakter: een (bestuursrechtelijke) controlesfeer en een (strafrechtelijke) opsporingssfeer. Deze rechtssferen vormen elkaars contrast voor wat betreft de ter zake geldende overheidsbevoegdheden, aard en rechtswaarborgen. In de controlesfeer bijvoorbeeld, heeft de betrokkene een verplichting te voldoen aan vorderingen van een toezichthouder. Daarentegen dient in de opsporingssfeer – gelet op de werking van het nemo tenetur-beginsel – de verdachte juist gevrijwaard te zijn van overheidspressie om aan zijn eigen bewijsvoering (actieve) medewerking te verlenen.[46]

Op een meer abstract niveau zou gesteld kunnen worden dat het debat rondom die sfeerovergang in feite voortvloeit uit de vraag in hoeverre de daaraan te grondslag liggende juridische conceptie van de werkelijkheid, voldoende tegemoet komt aan de rechtspraktijk. In het kader van het onderzoek 'Strafvordering 2001' bijvoorbeeld is het inherente onderscheid in een controle- en opsporingssfeer geduid als een 'rammelend bouwwerk'.[47] De vraag is aldus of het hierboven geschetste onderscheid tussen een controle- en opsporingssfeer, voldoende tegemoet komt aan de realiteit van de rechtshandhaving of dat deze een daarvan verwijderde artificiële constructie is geworden.

De invalshoek van dit hoofdstuk is overwegend exploratief van aard. De begrippen als sfeerovergang, sfeercumulatie, toezicht en controleonderzoek worden beschreven, alsmede de juridische vraagstukken waartoe deze aanleiding kunnen geven. In dat verband wordt eveneens aandacht besteed aan de inhoud van de controle- en opsporingssfeer, respectievelijk in het kader van de Algemene wet bestuursrecht en de Wet op de economische delicten. De vraag is wat het specifieke juridische karakter is van die controlesfeer en hoe zich dit onderscheidt van de opsporingssfeer. Deze vraagstelling is niet enkel juridisch van aard, maar heeft 'fenomenologische' aspecten. Daarbij gaat het er om te beschrijven wat in juridisch opzicht kenmerkend is voor de controlesfeer.

De hoofdstukopbouw is als volgt. Eerst wordt de betekenis van het begrip sfeerovergang en achtergrond daarvan behandeld . Zoals aan bod komt, vindt de sfeerovergang zijn oorsprong in de handhaving van het ordeningsrecht. Vervolgens komen de belangrijkste aspecten aan de orde, van de juridische problematiek waartoe dit begrip aanleiding kan geven. Het gaat er om globaal zicht te krijgen op de 'kernvraagstukken'. Hierbij manifesteert zich bovenal het spanningsveld met het nemo tenetur-beginsel. Voorts wordt aandacht besteed aan de 'controlesfeer'. Daarbij komt het begrip 'toezicht' aan de orde. Beschreven wordt waarom de term 'controle' te verkiezen is boven het begrip 'toezicht', in het kader van de sfeerovergang. Hierna worden de definitie van het controleonderzoek en de aard van de controlesfeer uiteengezet. Het gaat hier voornamelijk om de vraag of en in hoeverre de aard van de controlesfeer een andere is dan die van de opsporingssfeer. Beargumenteerd zal worden waarom dat slechts ten dele het geval is. Aansluitend komt de bevoegdheidsuitoefening van die controlesfeer aan de orde. In het licht van het spanningsveld tussen medewerking en het nemo tenetur-beginsel, beperkt de bespreking zich hier tot de bevoegdheden ex artikelen 5:16 Awb en 5:17 Awb. Het betreffen respectievelijk de bevoegdheden tot het vorderen van inlichtingen en inzage van zakelijke gegevens en bescheiden. Deze bevoegdheden vormen bij uitstek het pendant met het strafvorderlijk

[46]. De reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 5.

[47]. G. Knigge & N.J.M. Kwakman 2001, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interim rapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 280-281. Tevens werd opgemerkt dat er op het punt van de sfeerovergang een welhaast onoverzichtelijke brei aan literatuur is ontstaan. Dit werd aldus reeds meer dan 10 jaar geleden opgemerkt.

zwijgrecht (art. 27 Sv) en het recht om niet met een vordering tot uitlevering van bewijsmateriaal geconfronteerd te worden (art. 96a lid 2 Sv). Betrokkenen kunnen hier wettelijk gezien gehouden worden bewijsmateriaal aan te dragen. Het spanningsveld tussen medewerkingsverplichting aan deze bevoegdheden en het (later te bespreken) nemo tenetur-beginsel is zodoende bij deze bevoegdheden het grootst. Eveneens wordt bezien door welke rechtswaarborgen de uitoefening van deze bevoegdheden wordt genormeerd. Ten slotte komen de criteria van de WED-bevoegdheidstoepassing aan de orde. In het kader van de opsporingssfeer vormt de ontwikkeling in de toepassingsvoorwaarden van de Wet op de Economische Delicten een bijzonder vruchtbare voedingsbodem voor het verder duiden van de relatie tussen controle en opsporing. De vraag is onder welke voorwaarden de opsporingsbevoegdheden van de WED kunnen worden toegepast en hoe zich dit verhoudt tot de toepassing van controlebevoegdheden. De ontwikkeling op dat vlak is exemplarisch voor het denken over de vraag hoe het begrip 'opsporing' moet worden benaderd in de context van de handhaving van ordeningswetgeving.

2.2. De achtergrond van de sfeerovergang: handhaving van ordeningsrechtelijke normen

In het Zuid-Westen van Nederland, in de Hoeksche Waard, ligt het lommerrijke plaatsje Strijen. De groene polderomgeving biedt een doorgaans rustige woonomgeving. Dit gebied is echter gelegen in de schaduw van Moerdijk, alwaar grootschalige petrochemische industrie is gelokaliseerd. Die industriële activiteiten vertegenwoordigen economische waarde en leveren onbetwist een bijdrage aan onze welvaart. De uitoefening van dergelijke industriële activiteiten is daarentegen niet zonder gevaren voor het welzijn van mens en milieu. De gevaren manifesteerden zich toen op 5 januari 2011 in Moerdijk een grote brand bij chemicaliënbedrijf Chemie Pack woedde. Het bedrijf werd door de zeer grote brand volstrekt in de as gelegd. Dat gold ook in financiële zin, getuige het faillissement van de firma. Vanwege de heftige rookontwikkeling werd voor de regio Zuid-Holland Zuid de hoogste alarmfase afgekondigd. Niet verwonderlijk heerste bij de nasleep van de brand veel onrust onder de regiobewoners. Die onrust had betrekking op de vraag in hoeverre bij de rookontwikkeling gevaarlijke stoffen waren vrijgekomen, hetgeen klaarblijkelijk een gevaar voor de volksgezondheid zou kunnen vormen. Bij Chemie Pack lagen immers grote hoeveelheden zeer gevaarlijke stoffen opgeslagen. Deze calamiteit wijst op de grote risico's voor de volksgezondheid en het milieu die zich bij een dergelijke brand op een chemisch bedrijf kunnen voordoen.

De tegenstelling tussen welvaart en welzijn, culminerend in een industriële calamiteit, manifesteert zich hier op een letterlijk brisante wijze. Niet voor niets zijn dergelijke chemische firma's bij de uitoefening van hun activiteiten onderworpen aan tal van milieu- en vergunningvoorschriften.[48] Deze zullen in eerste instantie gecontroleerd worden door een toezichthouder als bedoeld in de Awb. Overtreding van deze regelgeving zal doorgaans strafbaar gesteld zijn op grond van de Wet op de Economische Delicten en/of middels een bestuurlijke boete. De handhaving van deze 'ordeningsrechtelijke' normen heeft echter een wezenlijk ander karakter, dan de meer 'klassieke' strafrechtelijke normen uit het Wetboek van Strafrecht. Dit verschil is processueel overwegend gelegen in de wijze waarop de delicten ter kennis komen van de betreffende overheidsdiensten. Daarvoor zijn verschillende redenen aan te geven. In het commune strafrecht is de overheid in beginsel reactief, hetgeen mogelijk is gelet op de in het geding zijnde normen.[49] Geweldsmisdrijven bijvoorbeeld, kunnen ter kennis komen van de opsporingsauto-

[48]. Zie voor een vonnis in deze zaak o.a. Rechtbank Breda 21 december 2012, LJN:BY7000, 02/994512-11.

[49]. Dit dient uitdrukkelijk te worden opgemerkt *bij wijze van uitgangspunt*. Ook in het commune strafrecht hebben immers verschuivingen plaatsgehad naar een 'pro actieve' overheidsrol op dit gebied. Het begrip 'aanwijzingen'

riteiten (de politie) door aangiftes van de slachtoffers. Hier kan een opsporingsonderzoek *geinitieerd* worden op basis van een aangifte; het initiatief daartoe behoeft dus in beginsel niet van de overheid uit gegaan. Door criminologen is dit type van strafbare feiten ook wel aangeduid als 'brengcriminaliteit'.[50] Fundamenteel anders ligt dit uitgangspunt in het ordeningsstrafrecht/bestuurlijke boeterecht. In essentie draait het om deze bondige formulering:

> 'Als je niet kijkt, ga je het niet zien!'[51]

Naar de mening van Aler is een van de centrale overwegingen die controlebevoegdheden kunnen rechtvaardigen de omstandigheid dat de aard van de voorschriften in de bijzondere wetten meebrengt, dat niet zonder dergelijke bijzondere bevoegdheden kan worden vastgesteld of die voorschriften wel worden nageleefd. Mogelijke niet-naleving is niet zichtbaar. Dat betekent dat strafbare feiten dan niet aan het licht treden en dus ook niet kunnen worden opgespoord.[52] Volgens Schuilenburg spelen schendingen van dergelijke rechtsbelangen zich veelal af buiten onze waarneembare en directe leefomgeving.[53] Schade, zoals bijvoorbeeld door luchtverontreiniging, wordt volgens hem meestal niet op individueel niveau beleefd. Bovendien is zij overwegend van immateriële aard en slechts beperkt op geld waardeerbaar.[54] Dat zoveel overtredingen niet zichtbaar zijn en zonder controle niet te constateren zijn, is volgens Aler voorts een gevolg van het karakter van veel regelgeving in de bijzondere wetten.[55] Die regelgeving is namelijk verderstrekkend dan de door de 'klassieke' delictsomschrijvingen beschermde normen. Terwijl in dat strafrecht in het algemeen alleen handelen wordt strafbaar gesteld, dat concrete gevaarzetting ten gevolge had of inbreuk maakte op de rechten van de medeburger, heeft de regelgeving in de bijzondere wetten vaak tot doel diezelfde gevaren, bijvoorbeeld op het terrein van de volksgezondheid, of de veiligheid op de weg, al in een vroeg stadium tegen te gaan. Daartoe worden voorschriften gegeven die er toe strekken te bewerkstellingen dat de burger zijn handelen op zodanige wijze inricht, dat gevaarzetting zo veel mogelijk achterwege blijft.[56] In de gevallen dat om die (of andere) redenen onvoldoende aangiften te verwachten zijn, zal handhaving niet alleen door al te incidentele opsporing, maar ook door toezicht noodzakelijk zijn om die maatschappelijke belangen te beschermen.[57] Dergelijke (potentiële) overtredingen zullen bij

---

in de strafvorderlijke bevoegdheden aangaande terrorisme getuigt daar bijvoorbeeld van. Zie verder voor een bespreking van dit begrip aanwijzingen: *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 9.

[50]. E. Lissenberg, S. van Ruller, R. van Swaaningen (red.), *Tegen de regels IV, een inleiding in de criminologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 60-61.

[51]. Flyer 'De milieuagent', uitgave van: Versterkingsprogramma Milieucriminaliteit Politie i.s.m. Milieu Expertisecentrum (MEC), p. 2. Vgl. Huygen: 'Een kenmerk van het ordeningsrecht is, dat overtredingen van voorschriften vaak onzichtbaar zijn. Bovendien is in een groot aantal gevallen specialistische kennis nodig om misslagen te kunnen constateren. In de aard van de regelgeving ligt besloten dat er nauwelijks aangifte wordt.' A.E.H. Huygen, '*Controle en opsporing'*, in: M. Wladimiroff (red.), Facetten van economisch strafrecht, Arnhem: Gouda Quint, 1990, p. 45.

[52]. Aler, a.w., p. 112-113.

[53]. M. Schuilenburg, 'Slimme Rechtshandhaving', *De Helling*, nr.1, 2004, p. 27.

[54]. Schuilenburg, a.w., p. 27. Hierdoor legt dergelijke criminaliteit het volgens Schuilenburg bij de aandacht en inzet van middelen gemakkelijk af tegen andere rechtsbelangen. De meeste aandacht bij de bestrijding van georganiseerde criminaliteit gaat uit naar de handel in drugs, mensensmokkel, vrouwenhandel of het witwassen van grote sommen geld en veel minder naar de goed georganiseerde handel in afval, waarbij hele ketens van individuen, bedrijven en instellingen zijn betrokken, aldus Schuilenburg.

[55]. Al brengt Aler hier enige relativering aan door te wijzen op artikel 33 lid 4 WvW (oud): 'In meer algemene zin kan men uit het voorbeeld van artikel 33 lid 4 WvW afleiden, dat controlebevoegdheden met het oog op het zichtbaarheidsaspect niet in alle gevallen noodzakelijk zijn, maar onder omstandigheden de opsporing bij het bestaan van aanwijzingen van overtreding, zonder dat direct van een redelijk vermoeden van een strafbaar feit kan worden gesproken, 'slechts' vergemakkelijken.' Aldus, Aler, a.w., p. 126.

[56]. Aler, a.w., p. 123.

[57]. Aler, a.w., p. 124.

wijze van uitgangspunt inderdaad alleen aan het licht komen door een '*actieve controle'* uitgevoerd door daartoe opgeleide ambtenaren.[58] De overheid zal hier dus zelf het initiatief moeten nemen om gericht onderzoek te verrichten naar de naleving van regels. Afgezet tegen de benoemde 'brengcriminaliteit' wordt dit type van strafbare feiten aangeduid als 'haalcriminaliteit'.[59] De politie maakt namelijk onderscheid tussen haalwerk en brengwerk. Tot het haalwerk behoren misdrijven die de politie zelf constateert door controles uit te voeren, zoals verkeersmisdrijven (dronken rijden) en drugs- en milieumisdrijven. De meeste misdrijven behoren tot het zogenaamde brengwerk, dat wil zeggen dat particulieren of bedrijven aangifte doen van een misdrijf waarvan zij het slachtoffer zijn geworden. Anders dan bij andere veel commune misdrijven waar burgers of andere betrokkenen zelf met meldingen en aangiftes komen, moet bijvoorbeeld milieucriminaliteit doorgaans 'actief' worden onderzocht om zichtbaar te worden.[60]

Daarnaast kan alleen al de vraag '*of*' regels zijn overtreden een specifieke deskundigheid en dito onderzoek vereisen.[61] In hoeverre bijvoorbeeld de opslag van chemische stoffen conform bepaalde regelgeving is, zal beantwoord dienen te worden door een daartoe gekwalificeerde milieuambtenaar.[62] De materie wordt gecompliceerd door chemisch-technische, toxicologische en natuurwetenschappelijke aspecten.[63] Er is derhalve onderzoek vereist door daartoe gekwalificeerd personeel. Een 'enkele waarneming' volstaat niet, het gaat tevens om een 'technische' interpretatie van bijvoorbeeld monstermateriaal. Die regelingen zijn volgens Aler vaak van zodanig gecompliceerde en gedetailleerde aard, dat men weliswaar het handelen, waarbij die voorschriften in acht genomen dienen te worden, kan waarnemen, maar zonder onderzoek niet kan vaststellen óf die voorwaarden wel worden nageleefd. Zonder onderzoek is immers niet vast te stellen of een bedrijf niet met het afvalwater ook gevaarlijke chemische stoffen in hoge concentraties loost.[64] Dit is de reden dat doorgaans gespecialiseerde diensten betrokken zijn bij de

---

[58]. Vgl. Huygen, a.w., p. 45: 'Een kenmerk van het ordeningsrecht is, dat overtredingen van voorschriften vaak onzichtbaar zijn. Bovendien is in een groot aantal gevallen specialistische kennis nodig om misslagen te kunnen constateren. In de aard van de regelgeving ligt besloten dat er nauwelijks aangifte wordt. De overheid is bij dergelijke wetgeving dan ook aangewezen op de af te dwingen medewerking van de burger om een behoorlijk handhavingsniveau te bewerkstelligen. Zij heeft zich daarom voorzien van een aantal bevoegdheden teneinde toe te zien op de juiste naleving van de wetten en eventuele misslagen daarvan te kunnen opsporen.'

[59]. Aldus, J.J.M. van Dijk, H.I. Sagel-Grande, L.G. Toornvliet (red.), *Actuele Criminologie*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 24.

[60]. Vergelijk S. Van Daele en T. Van der Beken, 'Afvalcriminaliteit en kwetsbaarheden van de afvalsector', in: G. Van de Walle & P. Van Calster (red.), *De criminologische kant van het ondernemen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 43. Milieucriminaliteit moet doorgaans actief worden opgespoord om zichtbaar te worden. Signalen en bewijzen moeten volgens de auteurs worden gehaald, ze worden niet gebracht.

[61]. Aler, a.w., p. 15: 'Het administratieve toezicht, dat meer preventief is gericht, wordt in het algemeen niet aan de 'gewone' politie toevertrouwd, maar aan organen die nauw met het bestuur zijn verbonden en een specifieke deskundigheid bezitten op het door de betreffende wet bestreken terrein. Men denke bijv. aan de Arbeidsinspectie, de Dienst voor het Stoomwezen of het Staatstoezicht op de volksgezondheid. Voor zover zij hun taak vervullen in het kader van een mede strafrechtelijk gehandhaafde wettelijke regeling, worden deze administratieve organen vaak tevens met de opsporing van strafbare feiten belast. Dat ligt ook voor de hand, omdat zij in het kader van de uitoefening van het administratieve toezicht op strafbare feiten kunnen stuiten en dan, als opsporingsambtenaren, verbaliserend kunnen optreden.' Aler, a.w., p. 56: 'In de literatuur komt als kenmerk voor het verschil tussen gewone en technische politie vooral naar voren dat voor de uitoefeningen van de technische politietaak bijzondere deskundigheid is vereist.' J.J. de La Bassecour Caan, *'Handleiding tot de kennis van het administratief regt in Nederland'*, 's-Gravenhage 1856, p. 143-144: 'De politie kan worden verdeeld in een gewone, die door de gewone politie-ambtenaren kan worden uitgeoefend, en in een technische, waartoe de werkzaamheid van deskundigen wordt gevorderd, b.v. van geneeskundigen, van keurmeesters.'

[62]. Aler, a.w., p. 41. Aan de in 1938 geldende wetgeving ontlenen wet het volgende voorbeeld. De Buskruitwet van 1815 gaf voorschriften betreffende onder meer het vervoer en de opslag van ontplofbare stoffen. 'Conducteurs' waren tot visitatie bevoegd en verplicht.

[63]. Schuilenburg, a.w., p. 28.

[64]. Aler, a.w., p. 122-123.

handhaving van ordeningsrecht, in tegenstelling tot de reguliere politie.[65] Het betreft dan bijzondere opsporingsdiensten die nauw met het bestuur betrokken zijn en een specifieke deskundigheid bezitten op het betreffende wettelijke terrein. Of het gaat om administratieve organen die tevens over een buitengewone opsporingsbevoegdheid beschikken.[66]

In dat verband kan ook gewezen worden op de ontwikkelingen rondom het 'systeemtoezicht'. De kern hiervan is dat het een andere wijze betreft, van invulling geven aan de uitvoering van het toezicht. Het gaat dan namelijk anders dan een perspectief gericht op de concrete naleving van bepaalde voorschriften, om toezicht op de 'output'.[67] Onder toezicht gestelde bedrijven zetten zelf 'compliance' systemen op, die de toezichthouder beoordeelt. Middels die systemen van de bedrijven zelf verzamelt de toezichthouder dan zijn informatie. Het hoeft geen betoog dat ook in dergelijke gevallen de toezichthouder over (vergaande) specialistische kennis zal moeten beschikken. Deze zal zich immers een oordeel moeten kunnen vormen, omtrent de door de onder toezicht staande opgezette bedrijfssystemen, in het bijzonder hoe deze zich verhouden tot een adequate naleving van de relevante normen. Voordeel van deze werkwijze is (in theorie) het terugdringen van toezichtlasten (voor zowel toezichthouder als betrokkene).

In de jaren zeventig formuleerde de wetgever 'vuistregels' voor de vraag of toekenning van speciale toezichthoudende bevoegdheden aangewezen was.[68] Het gaat om de volgende overwegingen:

> 1.Van geval tot geval moet worden nagegaan of behoefte bestaat aan speciale toezichthoudende bevoegdheden en of niet met de algemeen geldende opsporingsbevoegdheden kan worden volstaan.

---

[65]. Aler, a.w., p. 7: 'Het administratieve toezicht, dat meer preventief is gericht, wordt in het algemeen niet aan de gewone politie toevertrouwd, maar aan organen die nauw met het bestuur zijn verbonden en een specifieke deskundigheid bezitten, op het door de betreffende wet betstreken terrein.' Buruma, a.w., p. 13: 'Het zijn tevens wetten die specifiek zijn voor bepaalde maatschappelijke sectoren, potentieel veranderbaar en moeilijk te doorgronden. De controleurs en bijzondere opsporingsambtenaren hebben de specifieke technische en juridische kennis en de ervaring om de vaak alleen voor ingewijden toegankelijke materie te lijf te gaan. Als deskundigen koppelen de bijzondere ambtenaren het strafrechtelijke stelsel aan andere normenstelsels (…). Dat geldt voor de keurmeesters van de Rijkskeuringsdienst van Waren die zich bezighouden met zeer verschillende technische normenstelsels: sommige zijn toegesneden op bamiballen en andere op chinees vuurwerk. Het geldt evenzeer voor de Dienst Inspectie Arbeidsverhoudingen en de Arbeidsinspectie, die zich bezighouden met overwegen bestuursrechtelijke normen op het vlak van de sociale verzekeringen en het tewerkstellen van (al dan niet buitenlandse) arbeidskrachten respectievelijk de juridische en technische normen met betrekking tot de veiligheid in de bedrijven.'

[66]. Aldus Aler, a.w., p. 7.

[67]. A. Blomberg, 'Maatschappelijke ontwikkelingen in het toezicht op de milieuzorg bij bedrijven', in: *Systeemtoezicht in de procesindustrie. Een symposiumverslag'*, Rotterdam: Erasmus Instituut Toezicht & Compliance 2010, p.9. Helderman en Honingh schrijven over de definitie van systeemtoezicht:' 'De Inspectieraad definieert systeemtoezicht als "al het toezicht waarbij de opzet, reikwijdte en werking van (kwaliteits)systemen en bedrijfsprocessen bij organisaties wordt vastgesteld. Dit door auditachtige onderzoeken met realitychecks uit te voeren.' We voegden daaraan toe dat systeemtoezicht het verticale toezicht door de overheid is dat gebruik maakt van zelfregulerende systemen binnen organisaties of branches.' Zie J-K. Helderman, M.E. Honingh, *WODC-rapport, Systeemtoezicht. Een onderzoek naar de condities en werking van systeemtoezicht in zes sectoren*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers: 2009, p.90. Het systeemgericht toezicht hangt nauw samen met zorgplichten en 'principle base regulation. Bosma en Molenkamp stellen in dat verband dat het de rol van de systeemgerichte toezichthouder is om vast te stellen of de opzet van het systeem, aansluit bij de uitgangspunten van de toezichthouder. Alsmede of dat opzet, bestaan en werking van het systeem van ondertoezichtstaande organisatie met elkaar in overeenstemming zijn. Zie R. Bosma en A. Molenkamp, 'Van verticaal naar horizontaal toezicht, Is overschakelen afdwingbaar?', *Tijdschrift voor Public Governance, Audit en Control*, jaargang 11, augustus 2013, p.11.

[68]. Bijl HK II 1974-1975 – 13100 hst. VI, nr. 20, p. 4 (Geciteerd door Aler, a.w., p. 109).

2. De toezichthoudende bevoegdheden moeten steeds zo beperkt als mogelijk is worden geformuleerd. Wanneer b.v. volstaan kan worden met de bevoegdheid tot het binnentreden van bedrijfsterreinen en -gebouwen, moet niet de bevoegdheid worden verleend alle plaatsen te betreden. In het bijzonder op het gebied van het binnentreden van woningen is de grootste terughoudendheid geboden.
3. Ook in die gevallen waarin bepaalde toezichthoudende bevoegdheden op zichzelf gewenst zijn om de naleving van een bepaalde wet te kunnen verzekeren, dient het maatschappelijk belang dat met de betrokken wettelijke regeling wordt nagestreefd te worden afgewogen tegen de ingreep in de privacy van de burgers die het gevolg zijn van uitoefening van toezichthoudende bevoegdheden.

In deze vuistregels komt duidelijk een afweging tussen instrumentaliteit (het verzekeren van naleving van een bepaalde wet) en rechtsbescherming (hier de ingreep in de privacy van burgers). Het gaat in feite om een proportionaliteit en subsidiariteitsafweging. Steeds zal volgens Aler aan de hand van elementaire beginselen van onder meer proportionaliteit en subsidiariteit moeten worden afgewogen, of het in een bepaald geval aanwezige belang van handhaving van de strafwetgeving een bepaalde inbreuk op de rechten van de burger legitimeert. De rechtvaardiging vormt dan in feite dat wanneer de betrokkene er voor kiest om dat wel te doen, hij het van overheidswege uit te oefenen toezicht op zijn handelen maar op de koop toe nemen.[69] Tussen de inbreuken op de privacy die een gevolg zijn van de controle en het belang van de handhaving van de betroken regeling zal een zekere evenredigheid moeten bestaan. Bovendien zal de controle op zodanige wijze moeten worden ingericht, dat die inbreuken zo beperkt mogelijk blijven. Indien de opsporingsambtenaar niet over de bevoegdheid zou beschikken om inzage te vorderen van de vergunning, zou de opsporing van eventuele overtredingen maar beperkt mogelijk zijn en slechts ten koste van aanmerkelijke inspanning kunnen plaatsvinden.[70]

In dit verband heeft Aler wel enige relativering aangebracht. Volgens hem zullen ook tal van strafbare feiten uit het Wetboek van Strafrecht of uit bijzondere wetten, waar geen toezichtsbevoegdheden zijn opgenomen, vaak niet ter kennis van de politie worden gebracht. Hetzelfde geldt voor de aangiftebereidheid. Wordt de pakkans bij opsporing alleen, zelfs indien daaraan bijzondere aandacht wordt besteed, onvoldoende geacht om de betrokken regelgeving op een redelijk niveau te handhaven, dan pleit dat vóór het creëren van controlebevoegdheden. Bovendien stelt Aler dat een redelijke handhaving door opsporing in enge zin alleen, in bepaalde gevallen een zodanige belasting vormt voor het daarmee belaste orgaan, dat controlebevoegdheden uit overwegingen van efficiency in het leven worden geroepen. Dat ordeningswetgeving impliceert dat handhaving met behulp van controle plaatsvindt, is bij mijn weten echter nimmer in de Nederlandse juridische literatuur serieus tegengesproken. Het feit dat de handhaving van ordeningsrecht – op zichzelf genomen – plaats heeft middels controleonderzoeken en dat dit noodzakelijk is gegeven de aard van de materie, vormt zo één van de onbetwiste uitgangspunten van dit rechtsterrein. Dit zou het ‘juridisch axioma’ van het ordeningsrecht genoemd kunnen worden. Volgens Aler geldt dat het feit dat op de naleving van een aantal regelingen wel toezicht wordt uitgeoefend en op die van andere niet, vooral samen hangt met de mogelijkheden om dat toezicht effectief uit te oefenen in verband met de beperkte kring van de aan dat toezicht onderworpenen en de door dezen ‘gekozen’ hoedanigheid.[71] In dit kader merkt Aler nog op dat een verder element van rechtvaardiging bovendien daarin kan worden gezocht, dat men stelt dat de burger vrij is in zijn keuze om die activiteiten al dan niet te ontplooien. Indien hij er voor

[69]. Aler, a.w., p. 117.
[70]. Aler, a.w., p. 119.
[71]. Aler, a.w., p. 130-131.

kiest om dat wel te doen, moet hij het van overheidswege uit te oefenen toezicht op zijn handelen maar op de koop toe nemen.[72] Wortel noemt als voorbeeld het verkeersrecht. Daarin verlaat de burger eigener beweging goeddeels zijn privédomein door als bestuurder van een voertuig aan het verkeer deel te nemen. Een voertuig is niet een verlengstuk van de privéwoning.[73] Daarentegen wijst hij er op dat deze afweging niet geldt voor het fiscale recht. Daar gaat het zijn van 'functionaris' niet op. De ingezetene kan niet de theoretische keuze maken af te zien van deelname aan dat verkeer om zodoende onderzoeksactiviteiten van de fiscus te voorkomen. Wortel stelt dat fiscus vanzelf naar de burger toekomt en zich bemoeit met de intimiteiten van het privéleven dat zich in beslotenheid afspeelt. Datzelfde geldt overigens ook voor het sociaalzekerheidsrecht, voorzover een uitkering wordt genoten. Het is praktisch gesproken onmogelijk om elke vorm van inkomen en elke andere aanleiding voor belastingheffing te vermijden. En zelfs als men daartoe kans zou zien, kunnen fiscale verplichtingen ontstaan, bijvoorbeeld omdat de inspecteur een aangifteformulier toestuurt teneinde te achterhalen of de betrokkene terecht niets van zich heeft laten horen. Letterlijk iedere ingezetene van de rechtsorde is aan te spreken op fiscale verplichtingen. De belastingheffing is ten dele afhankelijk van omstandigheden die uitsluitend zijn waar te nemen in de beslotenheid van de huiselijke kring of de bestuurskamer van een bedrijf.

Resumerend, de in het voorgaande beschreven factoren, die de noodzaak van toezichthoudende bevoegdheden illustreren, zijn door Aler weergegeven als:

- De door de regelgeving te beschermen belangen;
- De geringe aangiftebereidheid;
- Het gebrek aan zichtbaarheid van eventuele overtredingen;
- De mogelijkheid om – gelet op het werkingsbereik van de wet – effectief toezicht uit te oefenen.[74]

Aler heeft er echter op gewezen dat deze factoren niet exclusief voor de 'bijzondere wetten' gelden.[75] Volgens hem zijn er ook tal van strafbare feiten uit het wetboek van strafrecht of uit bijzondere wetten, die geen toezicht kennen, daarom niet vaak ter kennis van de politie zullen worden gebracht, noch door deze 'ex officio' kunnen worden gebracht.[76] Het vaststellen of een onderneming als Chemie Pack geldende regels overtreedt vereist aldus een wezenlijk andere benadering, dan de klassieke strafvorderlijke benadering. Dergelijke (potentiële) overtredingen

[72]. Aler, a.w., p. 116.
[73]. Wortel, a.w., p. 353.
[74]. Aler, a.w., p. 130.
[75]. Aler, a.w., p. 130. Aler merkt hierover voorts het volgende op: 'Aan een waardering van die verschillen zullen we slechts in beperkte mate toekomen. Grond voor terughoudendheid is onder meer, dat het oordeel over de vraag of de creatie van controlebevoegdheden of bijzondere opsporingsbevoegdheden en daarmee een andere afweging van de betrokken belangen in de context van de handhaving van een bepaalde regeling gerechtvaardigd is, ons in hoge mate afhankelijk lijkt van onder meer het belang dat aan een bepaald niveau van handhaving moet worden gehecht, de specifieke problemen die zich bij die handhaving voordoen en het oordeel over de ingrijpendheid van de inbreuken, waarmee opsporing of controle gepaard gaan. Aan de andere kant speelt daarbij een rol de opvatting die men heeft omtrent de mate waarin de burger, die bepaalde activiteiten ontplooit, maar moet accepteren, dat hij in verband daarmee aan controle wordt onderworpen. De regelgeving in de bijzondere wetten richt zich immers vaak tot degene, die in een bepaalde hoedanigheid, als functionaris aan het maatschappelijk verkeer deelneemt.' Aler, a.w., p. 11.
[76]. Aler, a.w., p. 130: 'Dat op de naleving van een aantal regelingen wel toezicht wordt uitgeoefend en op die van andere niet, hangt – naast het belang dat aan de handhaving wordt gehecht en de omvang van de inbreuk op de privacy die in concreto het gevolg is van het uitgeoefende toezicht – naar onze mening vooral samen met de mogelijkheden om dat toezicht effectief uit te oefenen in verband met de beperkte kring van de aan dat toezicht onderworpenen en de door dezen "gekozen" hoedanigheid.'

zullen bij wijze van uitgangspunt alleen aan het licht komen door een '*actieve controle'* uitgevoerd door daartoe opgeleide ambtenaren. De overheid zal hier dus zelf het initiatief moeten nemen om gericht onderzoek te verrichten naar de naleving van regels. Om die reden speelt het bestuurlijk toezicht, in het kader van de algemene handhaving van deze regels een belangrijke rol. Het gaat hier om tal van overheidsactiviteiten gericht op de naleving van door het bestuursrecht gehandhaafde regelgeving. Het reactieve strafvorderlijke kader – overheidsoptreden dat op een verdenking is gebaseerd – moet in feite voorafgegaan worden door een proactief bestuursrechtelijk kader waarbij de overheid controlerend optreedt en onderzoekt in hoeverre de wet wél wordt nageleefd. Controle hoeft niet in opsporing uit te monden, maar controle vormt in dit verband – bij wijze van uitgangspunt – wel de conditio sine qua non voor de opsporing.

Die verschillende juridische kaders, verbonden aan controle en opsporing, kennen uiteraard verschillende benaderingen en uitgangsposities. Daarbij nemen de bevoegdheden uit de WED – zoals aan bod zal komen – nog een tussenpositie in, wat aan verdere complicering bijdraagt. Paradoxaal genoeg is een betrokkene op straffe van een aparte vervolging bij weigering van die medewerking gehouden aan zo een controleonderzoek (actieve) medewerking te verlenen[77], terwijl dat onderzoek juist aanleiding kan geven tot het ontstaan van een strafrechtelijke verdenking. Dit is de kern van het probleem van de 'sfeerovergang': controle kan overvloeien in opsporing, terwijl de rechten en plichten uit beide 'sferen' elkaars contrast vormen. Daarbij komt, dat ook nadat de opsporingssfeer eenmaal aanvang heeft genomen (hetzij bestuursrechtelijk, hetzij strafrechtelijk), daarnaast nog een aparte (non-punitieve) bestuurlijke procedure gevoerd kan worden (resulterend in bijv. een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom, of bijvoorbeeld een fiscale procedure waarin een navordering of -heffng plaatsvindt). Op die wijze ontstaat een nieuwe situatie waarin sprake is van een cumulatie van verschillende sferen, waarbij eveneens sprake is van een uiteenlopend juridisch kader. We spreken in dat geval over sfeercumulatie. In de navolgende paragrafen worden de juridische vraagstukken voortvloeiende uit de sfeerovergang en sfeercumulatie verder belicht.

2.3. De vraagstukken van de sfeerovergang

2.3.1. Uitgangspunt

Zoals aan de orde kwam impliceert de term sfeerovergang letterlijk de 'overgang van sferen'. De in dat verband gebezigde term sferen verwijst naar de bestuursrechtelijke 'controlesfeer' en de strafrechtelijke 'opsporingssfeer'. Het is de overgang van de eerstgenoemde naar de laatstgenoemde sfeer waar het begrip sfeerovergang op doelt. Deze meer semantische benadering van het begrip sfeerovergang zegt evenwel nog niets over de achtergrond en de oorsprong van het begrip; met name niet op de problematiek waar het begrip betrekking op heeft. De essentie van de sfeerovergang problematiek is dat twee verschillende rechtsstelsels in elkaar over (kunnen) 'vloeien', terwijl de rechten en plichten die aan beide stelsels verbonden zijn diametraal verschillen.[78]

---

[77]. Zie art. 5:20 Awb (in combinatie met art. 184 Sr).

[78]. Wortel, a.w., p. 363: 'Ook op dit punt heeft de wetgever controlebevoegdheden anders afgewogen tegen de positie van de betrokkene. Niet alleen ontbreekt bij controlerend optreden het, door de openbaarheid versterkte, diffamerend en beschadigend effect van opsporing, vooral komen in het controleonderzoek aan degene die daarvan voorwerp is geen bijzondere rechten tot verdediging toe. De onderzochte persoon wordt niet, zoals bij de opsporing, op a-prioristische wijze in verband gebracht met vermoedelijke wetsovertreding. Er is bij controle niet de noodzaak er rekening mee te houden dat de gecontroleerde zich moet kunnen verweren tegen de aanklacht van wetsovertredingen. Daarvan wordt hij immers niet noodzakelijk 'verdacht'. Er is in de controlesfeer daarom geen zwijgrecht, geen (of een sterk afgezwakt) verschoningsrecht voor geheimhouders en geen recht op rechtsbijstand.'

Bij wijze van uitgangspunt bestaat (ter zake van 'testimonial evidence') in het bestuursrechtelijk controle onderzoek een plicht tot antwoorden voor een betrokkene (art. 5:16 jo. 5:20 Awb), terwijl in het strafrechtelijk opsporingsonderzoek diegene juist een zwijgrecht toekomt.[79] In die bestuursrechtelijke controle fase is het uitgangspunt dat een 'betrokkene' medewerking dient te verlenen aan een bestuurlijk controle)onderzoek. Aldus is in het eerstgenoemde gebied de betrokkene gehouden tot medewerking, terwijl in het tweede geval de betrokkene in principe gevrijwaard dient te zijn van gedwongen medewerking, gelet op het nemo tenetur-beginsel. Hierin is duidelijk een spanningsveld gelegen dat verder gecompliceerd wordt door de belangrijke vraag *wanneer* beide sferen in elkaar overlopen. Neemt bijvoorbeeld de 'strafvorderlijke' sfeer eenmaal een aanvang, dan kan de betrokken verdachte in principe aanspraak maken op die rechtsbescherming. Daarom is het van fundamenteel belang te bepalen wanneer sprake is van een 'verdenking'. In het geval van de 'sfeerovergang' markeert de aanwezigheid van een verdenking in beginsel het einde van de bestuursrechtelijke medewerkingsplicht.[80] Uiteraard is het bestaan van een verdenking tevens relevant voor de vraag wanneer opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen een burger mogen worden toegepast. Daarin is op zichzelf al een belangrijke normerende functie besloten, omdat in een rechtstaat de uitoefening van bevoegdheden door de (strafvorderlijke) overheid immers aan wettelijke voorwaarden dient te voldoen, wil zij inbreuk maken op grondrechten van burgers. Het probleem dat aan bod zal komen is dat de aan de rechtssferen gekoppelde rechten in wezen 'dichotomistisch' van aard zijn, verbonden aan het onderscheid tussen controle en opsporing. Dat terwijl de overgang van de controlesfeer naar de opsporingssfeer 'vloeiend' van aard is.

2.3.2. Rechtsvragen aangaande de sfeerovergang

Tot zover zijn er drie essentiële juridische verschillen te onderscheiden tussen de controlesfeer en de opsporingssfeer. Deze principiële verschillen zijn van belang voor alle te bespreken aspecten van de sfeerovergang en de daar uit voortvloeiende vraagstukken.

Allereest is het controleonderzoek in principe bestuursrechtelijk van aard; er is sprake van onderzoek door bestuurlijke autoriteiten en niet door een opsporingsdienst.[81] Derhalve zijn op dat onderzoek in beginsel bestuursrechtelijke normen van toepassing. Daarnaast zijn de controlebevoegdheden – anders dan in het geval van de strafvorderlijke bevoegdheden – niet begrensd door bijvoorbeeld een verdenkingscriterium. Zodoende is het toepassingsbereik van die controlebevoegdheden veel ruimer. Dat geeft die bestuursdiensten een ruimere armslag in handelen en juist daarom kan het verleidelijk zijn om van deze bevoegdheden gebruik te maken ten behoeve van een mogelijk strafrechtelijk (vervolg)traject. Dat geldt te meer gelet bij het derde punt. De rechtspositie van de betrokkene in de bestuursrechtelijke sfeer is als besproken fundamenteel anders dan die van de verdachte, in de zin dat deze medewerking dient te verlenen aan dat controleonderzoek. Het is met dit verschil in rechtspositie, in combinatie met het geschetste

[79]. Wortel, a.w., p. 326: 'Ik doel op de zogenaamde sfeerovergang. De positie van de verdachte/belastingplichtige die wordt gehoord of verhoord verschilt aanmerkelijk, al naar gelang hij wordt gehoord (juister: van hem het geven van inlichtingen wordt gevorderd) als belastingplichtige, dan wel hij wordt verhoord als verdachte. In het eerste geval heerst de spreekplicht, terwijl tekort schieten in deze spreekplicht ernstige gevolgen kan hebben. Indien de inspecteur (of de andere ambtenaar die bevoegd is om de onderzoeksbevoegdheden die de wet aan de inspecteur toekent te hanteren) van mening is dat de ondervraagde persoon niet genoegzaam voldoet aan zijn wettelijke verplichting tot spreken, volgt de zogenaamde omkering van de bewijslast. De inspecteur stelt naar eigen inzicht de aanslag vast terwijl een bezwaarschrift of beroep daartegen wordt verworpen tenzij de belanghebbende kan aantonen dat de inspecteur van verkeerde gegevens is uitgegaan.'

[80]. Dit kan evenwel anders liggen in het geval van 'sfeercumulatie'. Hieraan wordt apart aandacht besteed in paragraaf 2.2.2.5.

[81]. Dit hoeft echter niet het geval te zijn. Vergelijk ademanalysecontroles door de politie.

verschil in toepassingsvoorwaarden, die de 'sfeerovergang' problematiseren.[82] Het is duidelijk dat deze laatste twee punten tezamen de aantrekkelijkheid van het gebruik maken van controlebevoegdheden kunnen vergroten: bevoegdheden die vrijwel te allen tijde kunnen worden toegepast én gericht op rechtssubjecten die ook de medewerking daaraan verschuldigd zijn. Dit wordt verder gecompliceerd doordat sprake is van een 'personele' en 'materiële' samenloop. Bij de personele samenloop gaat het er om dat de toezichthouder – die de controle uitvoert – tevens de functie van (bijzonder) opsporingsambtenaar vervult. Zodoende beschikt deze over '2 petten'. Dit wordt verder besproken in hoofdstuk 3, paragraaf 5.5. Aangaande de materiële samenloop geldt dat het voorwerp van onderzoek in zowel de controle als opsporingssfeer veelal gelijk zal zijn.[83] Daardoor kunnen vragen in het controleonderzoek zeer wel relevant zijn voor de bewijsvergaring in het opsporingsonderzoek.

De drie juridische verschilpunten kunnen aanleiding geven tot een aantal rechtsvragen. Vier vragen hebben betrekking op de rechtsbescherming van de verdachte, meer in het bijzonder op het nemo tenetur-beginsel. Daarbij heeft een punt betrekking op het fenomeen van de 'sfeercumulatie'. Deze wordt als laatste besproken, omdat de sfeercumulatie ook los gezien kan worden van de sfeerovergang. Daarnaast heeft een rechtsvraag betrekking op de (on)rechtmatigheid van het gebruik van controlebevoegdheden in de context van het strafproces.

2.3.2.1. Testimonial evidence: onder dwang afgelegde verklaringen

Zoals bekend heeft de verdachte een zwijgrecht (art. 29 Sv), maar kan de betrokkene in een bestuursrechtelijk controleonderzoek worden verzocht mondelinge inlichtingen (art. 5:16 Awb) te verschaffen? Gesteld dat op enig moment de handelwijze van een beleggingsfirma aanleiding geeft tot een bestuurlijk onderzoek door bijvoorbeeld de toezichthouder AFM. In het kader van dat onderzoek kunnen bijvoorbeeld directieleden van de onderneming om inlichtingen worden verzocht. Deze personen zijn op straffe van het begaan van een strafbaar feit gehouden tot medewerking (art. 5:20 Awb jo. 184 Sr). Op enig moment tijdens die 'verhoren' leggen de directieleden belastende verklaringen af omtrent hun betrokkenheid bij het onderzochte feitencomplex. Dan bevatten die verklaringen zowel in strafrechtelijke als in bestuurlijk-punitieve zin relevante informatie. Later vindt naar aanleiding van het bestuurlijk onderzoek inderdaad een vervolging plaats, uitmondend in een strafzaak. In deze casus wordt de mondelinge informatie uit het controleonderzoek benut als bewijsmiddel in de strafzaak. In dat geval rijst de vraag hoe zich dat verhoudt tot het strafvorderlijk zwijgrecht en in meer algemene zin het verbod om niet

[82]. Wortel, a.w., p. 415: 'Op het gebied van de AWR knoopt het fiscaal-administratieve proces zijn eigen consequenties aan het niet-voldoen aan administratieve (controle-)verplichtingen. Indien de betrokkene naar het oordeel van de inspecteur niet voldoet aan de controleverplichtingen die de wet op hem legt, heeft de inspecteur een vrij grote vrijheid om de omvang van belastingschuld naar eigen inzicht vast te stellen. De daaruit voortvloeiende' aanslag blijft dan zowel in de bezwaarfase als in beroep in stand tenzij de belanghebbende aannemelijk weet te maken dat de ambtshalve bereikte vaststelling van de inspecteur niet juist is.'

[83]. Vgl. Huygen, a.w., p. 45: 'Ofschoon de aard van controle en opsporing principieel anders is, betreft het vaak wel dezelfde handelingen, zoals bijvoorbeeld het inzien van bescheiden of het betreden van plaatsen.' P.J. Wattel, onrechtmatig verkregen bewijs in het belastingprocesrecht', in: H.J.R. Kaptein (red.), *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 96: 'Kenmerkend voor de fiscaal-bestuurlijke beboeting is dat de gegevens die de fiscus voor deop1egging van een boete nodig heeft, vrijwel geheel samenvallen met de gegevens die hij nodig heeft voor een juiste vaststelling van de ·belastingschuld. omdat de boete veelal bestaat uit een percentage van de te weinig aangegeven, de te weinig geheven of de te weinig betaalde belasting. Als gevolg daarvan zijn de controle ten behoeve van de (neutrale) belastingheffing en de bewijsvergaring ten behoeve van de (repressieve) beboeting in de praktijk niet uit elkaar te houden. In belangrijke mate geldt hetzelfde voor het niet uit elkaar kunnen houden van controle en (echte) opsporing ten behoeve van echte strafvervolging. Kenmerkend is voorts dat ondanks deze innige vervlechting van toezicht en de burger op straffe moet medewerken aan de controle (aan een juiste vaststelling van de belastingschuld), maar aan repressie te eigen laste slechts in beperkte mate of niet hoeft mee te werken ingevolge zijn zwijgrecht (art. 67j AWR en art. 29 Sv, alsmede art. 6 EVRM).'

aan de eigen veroordeling mee te hoeven werken: het nemo tenetur-beginsel. Zou die in de controlefase afgelegde mondelinge informatie tot het bewijs in de strafzaak gebruikt worden, dan wordt in feite het strafvorderlijk zwijgrecht 'gepasseerd'. Dit komt doordat dan gebruik gemaakt wordt van materiaal dat de verdachte in een eerdere fase – toen hij tot antwoorden wel verplicht was – heeft verklaard. Het gaat hier dus om gebruik van in de controlefase afgedwongen mondeling bewijsmateriaal, dat in een latere punitieve procedure wordt gebruikt in de bewijsvoering.

In dit voorbeeld van sfeerovergang mondt een bestuursrechtelijk controleonderzoek uit in een strafzaak. Het is echter ook mogelijk dat sfeerovergang plaatsheeft binnen uitsluitend de contouren van het bestuursrecht.[84] Een bestuursrechtelijk controleonderzoek door de AFM kan uitmonden in een boeteonderzoek door deze toezichthouder, in plaats van een aangifte bij het Openbaar Ministerie. Jansen heeft deze term geïntroduceerd als weergave van het punitieve bestuursrechtelijk onderzoek. Het boeteonderzoek is in zijn visie de bestuursrechtelijke kopie van de strafprocesrechtelijke opsporing.[85] Ook is mogelijk dat bepaalde wetgeving uitsluitend bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd. Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij onderzoeken door de ACM. Gesteld dat zij op basis van een controleonderzoek een vermoeden heeft van overtreding van het mededingingsrecht, dan kan zij een 'punitief' onderzoek instellen. Dit kan aanleiding geven tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Hoewel het strafrecht hier niet in zicht komt, geldt dat voor de bestuurlijke boeteprocedure dezelfde rechtswaarborgen ex artikel 6 EVRM van toepassing zijn als bij de strafprocedure. Dezelfde vragen omtrent de toelaatbaarheid van in de controlefase vergaard bewijsmateriaal in de boetefase doen zich voor.

2.3.2.2. Real evidence: onder dwang uitgeleverd bewijsmateriaal

Het tweede punt met betrekking tot de rechtspositie van de verdachte heeft te maken met de vordering tot uitlevering van 'real evidence'. Hierbij gaat het om de vraag naar de uitlevering van dergelijk 'tastbaar/bestaand' bewijsmateriaal, wanneer de betrokkene reeds de status van verdachte heeft. Het Wetboek van Strafvordering verbiedt bijvoorbeeld een dergelijk bevel tot uitlevering op grond van artikel 96a lid 2 Sv. Wat nu als die verdachte toch wordt geconfronteerd met controlebevoegdheden ter inzage, of vorderingen tot uitlevering op basis van de bijzondere wetten? Dit type casus is meerdere malen aan de orde geweest en komt uitgebreid in hoofdstuk 7 aan de orde. Daarbij ging het om fiscale kwesties waarbij de betreffende autoriteiten de uitlevering van dergelijke bescheiden verlangden van de verdachte. Er zou gezegd kunnen worden dat in feite een soort extensief beroep op de medewerkingsplicht plaatsvindt uit de controlefase, terwijl de opsporingsfase al lang een aanvang heeft genomen. Een andere invalshoek is de vraag in hoeverre de weigering van de verdachte aan dergelijke vorderingen tot uitlevering van real evidence mee te werken valt onder de nemo tenetur-bescherming in het strafproces. De relatie tussen het bevel tot uitlevering ter inbeslagneming en het nemo tenetur-beginsel wordt integraal behandeld in hoofdstuk 8.

[84]. Zie ook H.J.F. Koos, 'Sfeerovergang: van fiscale controle naar strafrechtelijke vervolging', *Belastingen* nr. 11/12, november/december 2012, p. 20.
[85]. Jansen, a.w., p. 4.

2.3.2.3. Sfeervervaging: formeel controle, materieel opsporing[86]

De verdedigingsrechten afgeleid uit het nemo tenetur-beginsel, kunnen ook nog op een andere wijze ondergraven worden. Dat is de situatie waarin de gehoorde persoon tijdens het controleonderzoek materieel gezien reeds de status van verdachte zou moeten hebben gekregen, terwijl deze formeel gezien nog steeds benaderd wordt als object van bestuursrechtelijk onderzoek. In dat geval geldt dat het controleonderzoek is gecontinueerd in weerwil van feiten en omstandigheden die reeds op een verdenking wezen.[87] Het is theoretisch en praktisch gezien denkbaar dat horende controle-ambtenaren gelet op de antwoorden van de betrokkene reeds lang een verdenking van een strafbare gedraging koesteren, maar de bestuursrechtelijke ondervraging voortzetten. Dit hoeft niet eens doelbewust te gebeuren, de verdenking kan immers langzamerhand rijzen gedurende het controleonderzoek. Ook is mogelijk dat pas na de controle blijkt van bepaalde onderzoeksresultaten. Dat roept weer de vraag op naar de bruikbaarheid van het materiaal in een punitieve procedure. Het is per definitie casuïstiek om te bepalen op welk moment exact de verdenking ontstond gelet op de 'vloeiende grens' tussen controle en opsporing. Die beoordeling van de gradueel gerezen verdenking zal daarbij nog in het kader van de juridische rechterlijke toetsing per definitie achteraf plaatsvinden. Wat er ook zij van de bruikbaarheid van dat verkregen bewijsmateriaal in een latere punitieve procedure; de bestuurlijke autoriteiten kunnen in die situatie meer informatie achterhalen dan wanneer zij tijdig de cautie hadden verstrekt. Aldus zou een verweer kunnen luiden dat de informatiepositie van de handhavingsautoriteiten oneigenlijk is verruimd.

2.3.2.4. Détournement de pouvoir: misbruik van de controlesfeer

Het vierde punt dat in het kader van de sfeerovergang voorwerp van juridisch debat kan worden, heeft betrekking op het doel waarmee de controlebevoegdheden worden aangewend. Hier speelt het beginsel van zuiverheid van oogmerk, of negatief geformuleerd het verbod van détournement de pouvoir.[88] Het gaat om een gebruik van deze bevoegdheden – gelet op het feit dat zij in tegenstelling tot strafvorderlijke bevoegdheden (in beginsel) kunnen worden toegepast voor zover dat voor de taakvervulling redelijkerwijs noodzakelijk is – voor de handhaving van een andere wettelijke regeling dan waarvoor zij door de wetgever zijn toegekend. Een van de klassieke voorbeelden in dit verband is het aanwenden van een verkeerscontrole met het oog op het opsporen van een strafbaar feit uit de Opiumwet. Dit leerstuk komt integraal in het volgende hoofdstuk aan de orde (paragraaf 3.4).

2.3.2.5. Sfeercumulatie: parallelle procedures

In het voorgaande is de thematiek van de sfeerovergang besproken en tot welke vraagstukken dit aanleiding kan geven. Naast deze 'overgang' van sferen kan nog een 'hoofdthema' onderscheiden worden: dat is de 'sfeercumulatie'. Daaronder kan worden begrepen de 'samenloop' van de controle- en opsporingssfeer; het gaat hierbij dus om een *procedurele/functionele* sa menloop.[89] In tegenstelling tot de sfeerovergang gaat het hier niet om de overgang van proce

---

[86]. De term sfeervervaging is ontleend aan Holvast en Van der Meij. Onder die term verstaan zij het vervagen van de grenzen tussen bestuurlijke handhaving en strafrechtelijke opsporing. Zie: Nina Holvast en Patrick van der Meij. 'De problematiek van sfeervervaging bij de bestuurlijk-strafrechtelijke aanpak van mensenhandel in de legale prostitutiesector', *Tijdschrift voor Veiligheid*, 2011 (10) 3, p. 3.

[87]. Dit is in feite het verweer dat in de beruchte Nederlandse fraude zaak – de zogeheten 'Klimop'-zaak – werd aangevoerd. Proces-verbaal houdende beslissingen op gevoerde preliminaire verweren inzake het onderzoek Klimop, Rechtbank Haarlem, LJN: BP6077, 15-996536-06.

[88]. Buruma, a.w., p. 207: beginsel van zuiverheid van oogmerk. C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 124.

[89]. Wortel, a.w., p. 367: 'De functionele samenloop: dat is de gelijktijdigheid van de twee onderzoeksprocedures. Het is toegestaan een controleonderzoek in te stellen of voort te zetten, ook indien hetzelfde feitencomplex onderwerp is van een opsporingsonderzoek. Niets staat eraan in de weg dat het uitvoerend deel van de overheid voortgaat

dures, maar om de *samenloop* daarvan. Het gaat dan om de situatie dat de opsporingssfeer aanhangig is en daarnaast het controleonderzoek continueert. Het leerstuk van de sfeercumulatie kan primair als een thema worden bezien, dat valt binnen de meer 'overkoepelende' problematiek van de sfeerovergang. Veelal zal het immers gaan om de *continuering* van het controleonderzoek, terwijl dit aanleiding heeft gegeven tot de aanvang van het punitieve onderzoek. Zodoende wordt in mijn optiek het vraagstuk van de sfeercumulatie geëntameerd door de sfeerovergang. Niettemin zou de sfeercumulatie 'los' gezien kunnen worden van de sfeerovergang. Theoretisch is het namelijk denkbaar dat naast een reeds aangevangen opsporingsonderzoek een controleonderzoek wordt geïnitieerd.[90]

Een betrokkene kan aldus verdachte zijn en de toepasselijke waarborgen genieten, terwijl deze tegelijkertijd geconfronteerd wordt met inlichtingenvorderingen uit het betreffende controleonderzoek. Het gaat dan niet om controlebevoegdheden die in het kader van opsporing worden uitgeoefend, maar om bevoegdheden die in het parallel lopende controleonderzoek worden uitgeoefend. Een bekend voorbeeld is de verdachte van fiscale fraude, die naast het opsporingsonderzoek naar de fraude in het fiscale naheffingsonderzoek gevorderd wordt om bijvoorbeeld schriftelijke bescheiden te verschaffen. In die parallelle procedure is de onderneming juist weer gehouden medewerking te verlenen, ondanks het feit dat zij al in de andere procedure een verdachte is. Het Nederlands recht kent geen rechtsregel dat bijvoorbeeld het fiscale naheffingsonderzoek opgeschort moet worden in verband met het strafrechtelijk opsporingsonderzoek.[91] De vraag is dan of diens rechtspositie in de strafzaak niet ondergraven wordt en wat de toelaatbaarheid is van het gevorderde materiaal in de strafzaak. De verzochte informatie zou immers voor die doelen aangewend kunnen worden. Dit kan geduid worden als '*materiële/inhoudelijke'* samenloop tussen de controle en opsporing sfeer; beide richten zich immers op dezelfde feiten doordat het object van onderzoek gericht is op de financiële administratie.[92]

De naheffingsprocedure hoeft niet opgeschort te worden ten behoeve van een strafrechtelijk onderzoek. Dit verschijnsel kan worden geduid als de *'functionele'* samenloop van procedures.[93] Niet onbelangrijk is het feit dat – terwijl er sprake is van een dergelijke functionele samenloop – in de verschillende onderzoeken zeer wel dezelfde personen en organisaties betrokken zullen zijn; *'organisatoire en personele'* samenloop. De belastinginspecteur kan namelijk niet alleen de fiscale controle uitvoeren, maar *ook* een mogelijk daarop volgend verhoor in het kader van een bestuurlijke boete procedure.[94] Dit is een vraagstuk dat naar mijn opvatting zuiver

---

met voorbereiden van een correctie door middel van administratiefrechtelijke middelen, terwijl tegelijkertijd dezelfde onrechtmatigheid als strafbaar feit wordt vervolgd.'

[90]. Dat zou kunnen in de situatie dat een controleonderzoek tegen persoon X, uitmondt in strafvervolging tegen andere personen waaronder Y. Tegen laatstgenoemde hoeft dan geen controleonderzoek te zijn ingesteld, maar deze zou zich in geval van bijvoorbeeld fiscale fraude met een naheffingsprocedure geconfronteerd kunnen zien.

[91]. Luchtman wijst er in dit kader op dat straf- en fiscaalrechtelijk onderzoek zeer lang samen kunnen gaan, door het late *point of no return* dat is gekozen in de fiscale *una-via regeling*. Luchtman, a.w., p. 134: 'Het fiscaal heffingsonderzoek hoeft bijvoorbeeld niet opgeschort als er in dezelfde zaak een strafrechtelijk onderzoek loopt. Er is met andere woorden ook de mogelijkheid van een functionele samenloop van procedures. In het boeterecht is de positie van de een stuk minder sterk. De fiscus hoeft niet te kiezen tussen boete- en heffingsonderzoek.'

[92]. Luchtman, a.w., p. 133: 'Of iemand de belasting heeft ontdoken is immers niet goed te beoordelen zonder een (op zijn minst globaal) overzicht van zijn fiscale aangelegenheden. Er is dus een hoge mate van materiële samenloop tussen de verschillende procedures. In de tweede plaats kennen we in Nederland niet de regel dat de ene procedure voorrang heeft op de andere. Als gevolg daarvan mogen meerdere procedures gelijktijdig of na elkaar worden gevoerd. Dat is volledig ter beoordeling van de betrokken autoriteiten.'

[93] Luchtman, a.w., p. 133.

[94]. Luchtman, a.w., p. 133-134. Het bestuur kan zo de rol krijgen van aangever, bestraffer, plaatsvervanger van het OM, of bijzondere opsporingsdienst. Wortel, a.w. p. 365: 'Eén en dezelfde inspectie-ambtenaar kan belast zijn met het vorderen van inlichtingen van de belastingplichtige én het regelen (aan de hand van die informatie) van de aanslag of zo nodig een naheffings-of navorderingsaanslag. Daarbij komt in het fiscale vlak natuurlijk nog de

verband houdt met de werking van het nemo tenetur-beginsel.[95]

Andere auteurs hebben het fenomeen sfeercumulatie in verband gebracht met het feit dat in een opsporingsonderzoek ook controlebevoegdheden worden toegepast. Volgens Wattel leidt het ontstaan van een redelijke verdenking van een strafbaar feit niet tot sfeerovergang, maar tot sfeercumulatie.[96] Vanaf het moment van de redelijke verdenking krijgt de ambtenaar er dus volgens Wortel alleen maar bevoegdheden bij. Dit is een vraagstuk van conceptuele weergave. De visie die hier uitgeengezet wordt, is dat bij sfeercumulatie sprake is van procedurele samenloop. Het moet dan gaan om parallel lopende onderzoeken.[97] Het vraagstuk naar de toelaatbaarheid van controlebevoegdheden ter opsporing – wat het onderwerp van het volgende hoofdstuk vormt – dient als een vraagstuk van sfeerovergang te worden gezien.[98] Niet ter discussie staat dat die bevoegdheden dan ter opsporing worden aangewend, zodat de context van de opsporing aan de orde is en niet de *samenloop* van de twee sferen.

2.4. De semantiek van het begrip toezicht

Tot nu toe is telkens de terminologie 'controle' en 'controlesfeer' gebezigd en in dit kader het begrip toezicht vermeden. De reden daarvoor is gelegen in de 'semantische meerduidigheid van het begrip toezicht. Dit begrip heeft namelijk een problematisch karakter door de verschillende betekenissen die er aan worden toegekend, alsmede de diffuse context waarin dit gebruikt wordt.[99] De kern van die meerduidigheid wordt gevormd door het brede karakter van activiteiten dat aan toezicht wordt toegeschreven. Zodoende vormt de inhoud van deze term aanleiding tot discussie. Zoals Hartmann heeft verwoord:

> 'Toezicht is een gecompliceerd juridisch begrip. De meerduidigheid van dit begrip staat al jaren in het bestuursrecht ter discussie, maar nog steeds is men er nog niet in geslaagd om binnen dit rechtsgebied eenduidig vast te stellen waar men het bij toezicht precies over heeft.'[100]

---

bijzonderheid dat tot dusverre binnen diezelfde inspectie én veelal door dezelfde persoon ook nog eens beslist wordt over administratieve boeten. De doorwerking van dit verschil in taken op de beschikbare bevoegdheden laat zich het meest treffend zien bij de bevoegdheden ten aanzien van voorwerpen, toegespitst op schriftelijke stukken. De controle-ambtenaar mag inzage nemen en vorderen. Dat helpt hem zich een beeld te vormen van de feiten en de nodige stappen te ondernemen ter handhaving van de wet. De opsporingsambtenaar mag alleen inbeslagnemen.'

95. Zo heeft het 'FIOD'-arrest (HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390) qua normering van de sfeercumulatie weinig betekenis. De vraag die daar centraal staat is in hoeverre het toegestaan is bevoegdheden uit de controlesfeer – mede – aan te wenden in de opsporingssfeer. Dit arrest bespreek in uitgebreid in hoofdstuk 4 paragraaf 2. Bij het vraagstuk van de sfeercumulatie gaat het er om wat de gevolgen zijn m.b.t. de parallel lopende non-punitieve procedure; waar wel medewerking wordt gevorderd, terwijl aldus een punitief onderzoek gaande is.

96. Wattel, 1985, a.w., p. 239.

97. Wortel, a.w., p. 366: 'De samenloop van onderzoeksbevoegdheden is primair een samenval van soorten onderzoek, als regel geen samenval van gelijkluidende bevoegdheden uit beide sferen. Omdat opsporingsbevoegdheden met een heel ander oogmerk hun wettelijke regeling vinden dan controlebevoegdheden, komt het vrij zelden voor dat bijzondere opsporingsbevoegdheden inhoudelijk gelijk zijn aan bijzondere controlebevoegdheden.'

98. Anders Borgers, a.w., p. 479-481. Borgers bespreekt in mijn optiek geen sfeercumulatie, maar sfeerovergang.

99. Zie voor het gebruik van de term toezicht de volgende publicaties. *Kamerstukken II* 1997/98, 24 036, nr. 73 (Zicht op toezicht); *Kamerstukken II* 2000/01, 27 831, nr. 1 (Kaderstellende visie op toezicht); *Kamerstukken II* 2001/02, 28 122. nr. 1-3 (Hervorming van de Financiële marktsector); B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow, Toezicht op markten, preadviezen VAR 130, Den Haag 2003; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XIII, nr. 50 (Visie op markttoezicht 2004); *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708. nr. 1-3 (wetsvoorstel Wet op het financieel toezicht); A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey en N. Verheij, Toezicht, preadviezen NJV 2005-I, Deventer 2005. Jansen spreekt in zijn dissertatie over 'handhavingstoezicht'. Jansen, a.w., p. 11.

100. A.R. Hartmann, 'Over toezicht en opsporing. Inhoudelijke voorwaarden van publiekrechtelijke bevoegdheden in perspectief', in: L.J.J. Rogier en H. de Doelder (red.), *Toezicht. Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht*, Boom Juridische uitgevers, Deventer 2006, p. 42.

Wat betekent de term toezicht nu? In de meest algemene begripsinvulling heeft toezicht de betekenis van overheidsactiviteiten gericht op het bewerkstelligen van de naleving van de wet.[101] Dit sluit aan bij de wijze waarop Rogier het begrip benadert, namelijk als een begrip dat een breed scala van activiteiten omvat: voorlichting en advisering, het geven van aanwijzingen en vrijwel altijd (beleidsmatige) controle of inspectie.[102] Daarnaast noemt Aler nog het volgende: advisering aan het bestuur omtrent het verlenen van vergunningen en ontheffingen, inclusief daarbij te stellen voorwaarden; verrichten van keuringen en beproevingen; toezicht op de naleving van de voorwaarden; geven van aanwijzingen en waarschuwingen; voorbereiding van administratieve sancties als boetes en de toepassing van politiedwang.[103] In de bestuursrechtelijke context kan de uitoefening van toezicht niettemin al geschieden voor non-punitieve doeleinden. Zoals eerder opgemerkt kan daarbij gedacht worden aan informatieverzameling aangaande de naleving van beleids- en maatschappelijke kwaliteitseisen en marktwerking, waarna met andere sturingsinstrumenten wordt opgetreden dan met sancties. In de Awb is het begrip toezicht niet omschreven.[104] Rogier merkt op dat in de derde tranche Awb (waarbij Afdeling 5.2 in de Awb is opgenomen) niet lang bij de betekenis van het begrip toezicht is stil gestaan.[105] Volgens hem wordt er in het voorontwerp Derde tranche van de Commissie Scheltema zelfs helemaal geen aandacht aan geschonken. In het wetsvoorstel Derde tranche wordt slechts opgemerkt dat 'toezichthouders regelmatig controles uitvoeren'. Ook het wetsvoorstel Vierde tranche Awb brengt op dat punt geen aanvulling. Wel wordt de volgende omschrijving gegeven van 'toezicht op de naleving' in aanwijzing 132 van de Aanwijzingen voor de regelgeving:

> de 'werkzaamheden die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd'. [106]

Deze omschrijving sluit aan bij de klassieke formulering van de Hoge Raad:

> 'Het vanwege het openbaar gezag bewaken, nagaan en gadeslaan van de handelingen of zaken van anderen, met het oog op de naleving der verordeningen van de bevoegde macht uitgegaan.'[107]

In de Kaderstellende visie op toezicht geeft de regering in navolging van de Algemene Rekenkamer de volgende omschrijving:

---

[101]. Vgl. M.J. Borgers, 'De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman (red.), Bijzonder strafrecht, *Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 456: 'Met toezicht wordt dan verwezen naar de prototypische preventieve bestuursrechtelijke activiteit van het bewerkstelligen van de naleving van de wet, terwijl met opsporing wordt gedoeld op het reactieve strafvorderlijke optreden van politie en justitie nadat is geconstateerd dat de wet is overtreden.'

[102]. L.J.J. Rogier, 'Toezicht op de naleving in de A]gemene wet bestuursrecht', in: L.J.J. Rogier en H. de Doelder (red.), Toezicht. Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht, Deventer: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 3.

[103]. Aler, a.w., p. 6.

[104]. Vergelijk het Wetboek van Strafvordering, daarin wordt niet het begrip opsporing omschreven, maar in artikel 132a Sv wel het 'opsporingsonderzoek'.

[105]. Rogier, a.w., p. 5.

[106]. C. Borman, Aanwijzingen voor de regelgeving, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1993, aanwijzing 132, eerste lid.

[107]. HR 11 maart 1895, W. 6637. Zie Jansen, a.w., p. 9. In 1932 gaf de Hoge Raad aan dat 'van uitoefening van toezicht slechts sprake kan zijn ten aanzien van de naleving van wettelijk gegeven voorschriften door zelfstandig handelende derden' (HR 23 mei 1932. W. *12503).* In de drie genoemde arresten interpreteerde de Hoge Raad het begrip 'toezicht' in artikel 184 Sr.

> ‘Onder toezicht wordt in deze visie zowel de controle op de naleving van wet- en regelgeving als ook het bestuurlijke toezicht op mede-overheden als zelfstandige bestuursorganen verstaan’.
> (….)
> ‘het verzamelen van de informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren’.[108]

We zien hier dus zelfs het toezicht tussen overheidslichamen terugkomen, hetgeen benadrukt wat voor verschillende betekenissen aan het toezichtsbegrip worden toegekend. Rogier merkt daarom terecht op dat dit een ruime omschrijving is en tegelijkertijd het hele ruime kader omvat aan handhavingshandelingen dat aan het begrip toezicht wordt toegeschreven. Dit maakt dat het begrip toezicht een ‘diffuus’ karakter heeft. Volgens Rogier wordt de conceptuele verwarring mede – of naar mijn idee: verder – gevoed door de omstandigheid dat veel toezichthoudende organisaties slechts met een deel van de toezichthoudende taak belast zijn: hetzij informatieverzameling en oordeelsvorming, hetzij interventie.[109] De complexiteit neemt nog verder toe door de onderverdeling van het begrip toezicht in toezicht in ‘ruime’ en in ‘enge’ zin. Hierbij wordt toezicht in ruime zin ook wel ‘uitvoeringstoezicht’ genoemd. Deze term gebruikt de regering primair voor toezicht gericht op markwerking. Hierbij kan gedacht worden aan het versterken van de mededinging, het tegengaan van kartels, het toezicht in de zorg, het toezicht in de financiële sector, het fiscale toezicht[110] en het toezicht op de telecommunicatiemarkt. In dit verband wordt tevens gesproken van markttoezicht.[111] In de tweede plaats valt onder uitvoeringstoezicht het zogenaamde tweedelijnstoezicht’, het toezicht op de toezichthouders in de eerste lijn.[112] Toezicht ‘in meer enge zin’ daarentegen bestaat uit ‘nalevingstoezicht’ zoals bedoeld in afdeling 5.2. van de Algemene wet bestuursrecht. Het gaat hier om het daadwerkelijk toezien op de naleving van wettelijke normen. Om die reden wordt dit type toezicht ‘handhavingstoezicht’ genoemd.[113] Voorts wordt in de financiële sector de term toezicht gebruikt om onderscheid te maken tussen gedragstoezicht en prudentieel toezicht. Het prudentieel toezicht bestaat uit de bevordering van de financiële soliditeit van financiële instellingen. Daarnaast bestaat het gedragstoezicht uit de bevordering van een ordelijk en transparant marktproces, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en de bescherming van de consument.[114]

Ten slotte wordt toezicht gebruikt ‘in meer algemene zin’ waarbij gedoeld wordt op de uitoefening van feitelijk toezicht in het publieke domein. Hier gaat het primair om openbare orde en veiligheid onder verantwoordelijkheid van de burgemeester hetgeen zich manifesteert in politiesurveillance.[115]

---

[108]. Kaderstellende visie op toezicht, *Kamerstukken II* 2002/03, 27 831, nr. 1, p. 6 en 7.
[109]. Rogier, a.w., p. 3. J. de Ridder, Een goede raad voor toezicht (oratie RUG), Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2004.
[110] Zie Hartmann, a.w., p. 67. Hij verwijst naar *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 140. In die Memorie van Toelichting van de derde tranche Awb wordt toezicht in het fiscale recht aangemerkt als uitvoeringstoezicht.
[111]. Rogier, a.w., p. 3.
[112]. Zie de nota Rechtsstaat en Rechtsorde’, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 279, nr. 1. Daarin wordt gesteld dat het primaire toezicht kan worden uitgeoefend binnen de verhoudingen die in de samenleving bestaan tussen bedrijven, maatschappelijke organisaties en burgers onderling. De rol van de overheid als toezichthouder wordt een waarin zij vaker ‘toezicht op het toezicht’ houdt. Rogier, a.w., p. 4.
[113]. Handhavingstoezicht wordt door sommigen zelfs onderscheiden van nalevingstoezicht, omdat bij handhavingstoezicht het accent meer zou liggen op het gebruik van (bestuurlijke) handhavingsmiddelen). Gelet op de toezichtsbevoegdheden zijn er echter geen verschillen.
[114]. Roger, a.w., p. 4.
[115]. *Kamerstukken II* 2002/03. 28 684, nr. 3. Nota Criminaliteitsbeheersing, *Kamerstukken II* 2002/03, 27 831, nr. 2, p. 47.

Resumerend zien de in het voorgaande beschreven 'toezichtsbegrippen' er schematisch als volgt uit:

a) Toezicht in ruime zin:
- uitvoeringstoezicht,
- markttoezicht,
- tweedelijnstoezicht
- (verwantschap met) bestuurlijk toezicht[116]

b) Toezicht in enge zin:
- handhavingstoezicht[117]

c) Toezicht in de financiële sector:
- gedragstoezicht,
- prudentieel toezicht

d) Toezicht in meer algemene zin (zorg voor openbare orde)

Welke conclusie kan nu verbonden worden aan de voorgaande toezichtsbeschrijvingen in relatie tot het begrip controle? Toezicht, zo kan worden gesteld, omvat controle. Echter, controle is qua betekenis in het bestuursrechtelijk discours niet congruent met het begrip toezicht.[118] Aan het begrip toezicht worden immers meer betekenissen toegekend dan louter de uitoefening van controlebevoegdheden. Hoewel de termen toezicht, controle en ook bestuurlijke handhaving weliswaar belangrijke overeenkomsten vertonen, moeten deze aldus van elkaar worden onderscheiden omdat zij kunnen verwijzen naar verschillende begripsvervullingen. Bestuurlijke handhaving wordt door de wetgever namelijk gezien als de uitoefening van toezicht of het opleggen van sancties door – niet met strafvordering belaste – bestuurlijke organen.[119] Controle in deze zin is dus besloten binnen het begrip bestuurlijke handhaving, maar tegelijkertijd wordt hier niet alle controle omvat. Controle kan immers niet slechts door bestuurlijke organen, maar ook door de politiële autoriteiten worden uitgeoefend: te denken valt aan een alcoholverkeerscontrole. Gelet op de beschreven semantiek van het begrip toezicht, is voor de bespreking van de problematiek van de sfeervoergang 'controle' aldus te prefereren als te hanteren term.

---

[116]. Rogier merkt nog op dat uitvoeringstoezicht ook verwantschap vertoont met het zogenaamde bestuurlijk toezicht; hetgeen bestaat uit toezicht op bestuursorganen door andere, meestal hogere bestuursorganen. Rogier, a.w., p. 5.

[117]. Vgl. Jansen, a.w., p. 9: 'Handhavingstoezicht is een van de oudste en meest vanzelfsprekende functies van het bestuur. Samen met de opsporing valt het te beschouwen als een politiefunctie.'

[118]. Anders bijvoorbeeld Huygen, a.w., p. 45. Zij is van mening dat de termen toezicht en controle dezelfde betekenis hebben.

[119]. *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 3, p. 128. Zie ook A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, Handhaven met effect, *Een empirisch-juridische studie naar de mogelijkheden voor een effectieve handhaving van het milieurecht,* 's- Gravenhage: 1997 Vuga Uitgeverij B.V., p. 133: 'Het begrip handhaving moet dan ook ruim worden opgevat als 'alle handelingen die normconform gedrag bewerkstelligen'. Dit betekent dat niet alleen het toepassen van sancties, maar ook alle andere handelingen van de overheid en van derden die gericht zijn op naleving van milieuregelgeving onder dit ruime begrip vallen.

2.5. De aard van de controlesfeer: gezamenlijk belangen of antagonistische verhoudingen?

2.5.1. De priester en de biechteling

In de context van de opsporingssfeer bestaat weinig onduidelijkheid over de aard van de relatie tussen de verdachte en de opsporingsautoriteiten: dit is een van 'antagonisme', oftewel een belangenconflict. De aangehouden en van bijvoorbeeld 'menshandel' beschuldigde verdachte staat in beginsel 'lijnrecht' tegenover politie en justitie. Wanneer voldoende bewijs voorhanden is, zal die verdachte gedagvaard worden door het openbaar ministerie teneinde de zaak aan de strafrechter voor te leggen. Afhankelijk van de rol en aandeel van die verdachte in het feitencomplex is een sepot of een 'normoverdragend gesprek' niet aan de orde. Het gaat er de overheid in dit verband niet om door middel van een mogelijk 'gesprek' de rechtsnorm te bevestigen teneinde die verdachte weer 'op te nemen' in de rechtsgemeenschap. De insteek is hier primair waarheidsvinding, gevolgd door eventuele vergelding, hetgeen op zich wel een generaal preventieve uitwerking in het kader van de normbevestiging kan hebben. Dat antagonistische karakter tussen verdachte en vervolgende autoriteiten manifesteert zich in het rechtskader dat die relaties structureert. De verdachte beschikt immers over bepaalde verdedigingsrechten en de vervolgende autoriteiten hebben een scala aan dwangmiddelen tot hun beschikking.

Hoe liggen de verhoudingen echter tussen controleur en gecontroleerde? Deze vraagstelling is niet enkel juridisch, maar eerder fenomenologisch; namelijk hoe moeten we de verhouding tussen beide duiden, afgezet tegen de opsporingssfeer. Is hier eveneens een dergelijk antagonistisch karakter aan de orde of moeten de verhoudingen in de controlesfeer anders worden bezien? Buruma ziet principiële verschillen tussen het handhavingstoezicht en de opsporing. Buruma heeft in dit verband de relatie tussen controleur en gecontroleerde in zijn dissertatie vergeleken met die tussen de middeleeuws Christelijke biechtvader en zijn biechteling.[120] Die analogie hield het volgende in. Allereerst merkt Buruma op dat het proces rondom de biecht niet zozeer gericht was op bestraffing of vergelding van 'zonden', maar gecentraliseerd op de bekrachtiging van het geloof. Dit geschiedde door waarheidsvinding – het vertellen van de waarheid door de biechteling – hetgeen een vergeving van de zondaar voorbereidde. Zodoende kon deze zijn positie weer innemen in de Christelijke geloofsgemeenschap door de bereikte verzoening met God. Aldus werden 'positieve doelen' gediend: geïnstitutionaliseerde waarheidsvinding gestoeld op berouw leidde tot vergeving, én correctie. In feite ging het hier dus om een vorm van sociale (religieuze) normbevestiging. Daarbij was die biecht tevens een middel voor de priester om zijn parochianen te leren kennen. Er speelde echter meer 'belangen'. Minder mystiek, zo schrijft Buruma, waren de achterliggende religieus-politieke nevendoelen: de biecht verzekerde namelijk de trouw aan de kerk in het licht van de ketterse concurrentie.[121]

Deze quasi-mystieke analogie reflecteert een aantal kenmerken die zijn toegeschreven aan het controleonderzoek, dan wel het fenomeen controle. In contrast met de opsporingssfeer is dikwijls gewezen op het feit dat 'controle' veelal is ingegeven door doelstellingen die niet per sé zien op punitieve handhaving van de rechtsorde. Daarbij kan het gaan om informatieverzameling, maar ook om advisering van de betrokkenen.[122] Het vergaren van data voor betrokken overheidsdepartementen bijvoorbeeld zou al een belangrijke zelfstandige functie van controle

[120].Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 36-38.

[121]. Buruma, a.w., p. 38.

[122]. A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 102: 'Toezicht kan bijvoorbeeld dienen om vast te stellen of bepaalde regelgeving in de praktijk effect heeft. Toezichthouders treden vaak op als adviseurs: met die en die preventieve maatregelen kunt u beter voorkomen dat door menselijke fouten verboden uitstoot in het milieu plaatsvindt. Sanctietoepassing functioneert bij toezicht vooral als stok achter de deur, meestal gaat het dan om een bestuursrechtelijke sanctie.'

zijn. Een ander element dat maakt dat 'controle' niet per definitie vergelding zou impliceren, vormen de zogeheten 'normoverdragende gesprekken' en waarschuwingsbrieven.[123] Het zijn deze argumenten die van oudsher naar voren worden gebracht om het controleonderzoek een eigen aard en dimensie toe kennen in het kader van de handhaving, afgezet tegen het opsporingsonderzoek. In deze visie is de insteek van het controleonderzoek evenals bij de biecht niet gelegen op bestraffing maar op normbevestiging via waarheidsvinding; na correctie maakt de 'gecontroleerde' weer deel uit van de rechtsgemeenschap omdat hij weer op een juiste wijze de regels naleeft. De punitieve afhandeling vormt zo slechts een sluitstuk en ultimum remedium. Dit sluit aan hoe de wetgever in de memorie van toelichting bij de derde tranche van de Awb de functie van handhaving en toezicht belichtte. De wetgever stelde namelijk:

> 'Vanouds vindt de handhaving van wettelijke voorschriften haar begin met het toezicht op de naleving van die voorschriften. Toezichthouders voeren regelmatig controles uit, dus zonder dat van de overtreding van een wettelijk voorschrift hoeft te zijn gebleken. Hiervan gaat een belangrijk preventief effect uit. Het toezicht kan tot resultaat hebben dat de wettelijke voorschriften zonder verdere sanctiemiddelen worden nageleefd. Het toezicht omvat een breed scala van activiteiten, vaak ook in voorlichtende en adviserende zin. Daardoor kan reeds in een vroeg stadium worden voorkomen dat een met de wet strijdige situatie ontstaat of kan door middel van aansporingen of waarschuwingen worden bewerkstelligd dat regels alsnog worden nageleefd.'[124]

De wetgever verwacht derhalve een belangrijke preventieve werking op de naleving van wetgeving door die controleonderzoeken. Zodoende *lijken* er sterke argumenten te zijn om aan het begrip controle een eigen dimensie toe te kennen waarbij repressie eerder een sluitstuk vormt dan – zoals in het strafrecht – een uitgangspunt. Het krachtigst komt dit tot uitdrukking waar Buruma schrijft dat controleur en gecontroleerde een 'vertrouwensrelatie' aangaan. Daar waar de relaties in de opsporingssfeer tussen verdachte en opsporingsambtenaar antagonistisch van aard zijn, moet de verhouding in de controlesfeer volgens hem als 'een gezamenlijk belang' gestoeld op vertrouwen geduid worden:

> 'Controle gaat uit van een in beginsel gezamenlijk belang van de controleur (of waar deze voor staat) en de gecontroleerde, waarbij er uiteraard verschil van inzicht kan bestaan over de wijze waarop dat belang het best kan worden gediend. De opsporing gaat echter uit van antagonistische belangen van de justitiële autoriteiten en de vermoedelijke dader.[125] Daarmee is niet gezegd dat controle niet uiteindelijk kan resulteren in een strafprocessuele afdoening; wel dat vooral geprobeerd wordt de gecontroleerde niet te vervreemden van het dikwijls niet-vanzelfsprekende normstelsel. Omgekeerd kan ook de strafprocessuele afdoening er mede op gericht zijn de justitiabele tot een loyale opstelling jegens het geldende normenstelsel te bewegen. Maar in deze benadering worden die normen zelf voor vanzelfsprekend gehouden en wordt het even vanzelfsprekend geacht dat men deze niet overtreedt.'[126]

---

[123]. Zie ABRvS 24-1-2018, ECLI:NL:RVS:2018:249 in verband met de juridische duiding van de 'bestuursrechtelijke waarschuwing'.

[124]. *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 3, p. 128. Vgl. ook de visie van de Raad van State (p. 140): 'Toezichthouders kunnen immers en zullen ook zonder het bestaan van een concrete verdenking optreden tegen al degenen tot wie de wettelijke voorschriften zijn gericht. Die werkzaamheden in het kader van het toezicht dragen dan ook een ander karakter.'

[125]. Buruma a.w., p. 197.

[126]. Buruma, a.w., p. 197.

De vraag is echter of deze visie op de 'aard van controle' houdbaar is bij toetsing aan de praktijk: is dit geen ideële perceptie? Jansen bijvoorbeeld, zag geen principiële verschillen tussen controle en opsporing, juist omdat dezelfde verschijnselen bij het handhavingstoezicht kunnen worden aangetroffen, terwijl dat dient om een bestuurlijke sanctie voor te bereiden.[127] Moet het controleonderzoek gezien worden als een procedure waarbij sprake is van congruente belangen tussen controleur en gecontroleerde? Of is dit controleonderzoek 'slechts' een conditio sine qua non – gelet op de aard van het ordeningsrecht –voor punitieve afdoening, hetgeen een meer antagonistische benadering met zich brengt? Volgens Knigge liggen opsporing en controle in elkaars verlengde: aan opsporing gaat bijna onvermijdelijk enige vorm van controle vooraf.[128] Daar komt bij dat sinds Buruma deze kwalificatie deed en sinds de boven aangehaalde passage van de wetgever, ruim twee decennia zijn verstreken. Sinds die tijd heeft het 'bestuursstrafrecht' een enorme opmars gemaakt. Zoals Hartmann heeft gesteld:

> 'De meer kenmerkende onderscheidingen verdwijnen, zoals deze traditioneel bestaan tussen bestuursrecht en strafrecht binnen de publieke rechtshandhaving. Het huidige beeld daarvan is dan ook dat van sterk naar elkaar toegroeiende handhavingsstelsels. Er is sprake van een vergaande convergentie binnen de publiekrechtelijke rechtshandhaving.'[129]

In het voorgaande gaat het niet enkel om juridische verschillen tussen de controle- en opsporingssfeer, maar om fenomenologische verschillen. Teneinde deze vraagstukken te verder te onderzoeken wordt in de volgende paragrafen de inhoud en aard van het controleonderzoek uiteengezet. Daarbij komt de juridische definiëring van het controleonderzoek aan de orde. Vervolgens wordt de aard van dit controleonderzoek verkend door een onderscheid aan te brengen tussen de zogeheten 'open' en 'besloten' context'. Duidelijk wordt dat het karakter van het controleonderzoek kan verschillen naar mate sprake is van de open dan wel de besloten context. Aan de vraag naar het karakter kunnen wezenlijke consequenties verbonden worden. Volgens Buruma bijvoorbeeld, valt het nu er zo'n principieel verschil is te reconstrueren tussen controle en opsporing, toe te juichen dat er op diverse ministeries geprobeerd werd verschillende functionarissen te belasten met controle en opsporing.[130] Wanneer echter vastgesteld wordt dat controle en opsporing niet dermate van elkaar verschillen, heeft een dergelijk onderscheid veel minder betekenis.

2.5.2. De inhoud en definitie van het controleonderzoek

Gelet op de beschreven uiteenlopende betekenissen van het begrip toezicht zal duidelijk zijn waarom de term 'controle' te verkiezen is teneinde het controleonderzoek aan te duiden.[131] De vraag naar de 'aard' van controle in relatie tot de opsporing, veronderstelt een antwoord op de

---

[127]. Jansen, a.w., p. 229. Ook hier herkennen we twee momenten in de procedure tot het opleggen van een strafrechtelijke sanctie. Bij een controle wordt geconstateerd dat een voorschrift niet wordt nageleefd (vaak een strafbaar feit). Indien dit voor het eerst wordt vastgesteld, dan wordt de betrokkene daarop gewezen (voorlichting, waarschuwing) en krijgt deze de gelegenheid de situatie in overeenstemming mei het betrokken voorschrift te brengen. Indien later – na een of meer constateringen dat hel voorschrift nog steeds niet wordt nageleefd – het dossier aan de officier van justitie wordt gegeven en nadere opsporingshandelingen worden verricht om de zaak rond te krijgen, valt er uiteraard niet meer te onderhandelen en is men uitgepraat.

[128]. G. Knigge, Controle door de FIOD, *Ars Aequi* 1988, p. 774.

[129]. A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fyzzy law*, (oratie EUR), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2011, p. 31.

[130]. Buruma, a.w., p. 197.

[131]. Daarmee wordt in principe de gedachtegang van Buruma gevolgd, die om dezelfde redenen de term controle prefereerde. Buruma, a.w., p. 132: 'De dubbele betekenis van het woord toezicht brengt mij ertoe de term controle te prefereren, indien ik doel op rechtshandhaving van de overheid met betrekking tot het handelen van burgers.'

vraag hoe het controleonderzoek gedefinieerd dient te worden. Het begrip controleonderzoek kan gedefinieerd worden als volgt:

> het onderzoek van overheidswege gericht op het vaststellen in hoeverre bepaalde regelgeving wordt nageleefd.[132]

Hoewel er verschillen zijn te ontwaren in de vele verschijningsvormen van controles – te weten rechtsgebied, het type ambtenaar (aangewezen toezichthouder of opsporingsambtenaar met controlebevoegdheid) – geschiedt ieder controleonderzoek door ambtenaren in dienst van of in opdracht van de overheid. De definitie laat ruimte voor het feit dat controleonderzoek door particuliere organisaties kan plaatsvinden.[133] Daarbij geldt dat de essentie van het controleonderzoek – evenals het opsporingsonderzoek – gelegen is in waarheidsvinding in het kader van rechtshandhaving.[134] Dit komt het sterkst tot uitdrukking in de weergave van Aler:

> 'Opsporing en toezicht betreffen beide het onderzoek naar (vermoedelijk of mogelijkerwijze) reeds gepleegde strafbare feiten.'[135]

Volgens Wortel heeft controle dit aspect van waarheidsvinding gemeen met opsporing, waarbij beide onderzoeken een sterk feitelijke inslag hebben.[136] Principieel is er volgens hem grote verwantschap in oogmerk tussen het controleonderzoek en de opsporing, zeker als men de kwestie

---

[132]. Dit komt in grote trekken overeen met de definitie van Buruma: 'Ik omschreef controle als het vanwege het openbaar gezag bewaken, nagaan en gadeslaan van de handelingen of zaken van anderen met het oog op de naleving der verordeningen van de bevoegde macht uitgegaan, en ik wees erop dat er bovendien vindplaatsen zijn die op een zekere stelselmatigheid als kenmerk duiden.' Buruma, a.w., p. 194. Vergelijk Wortel: 'Controle is het onderzoek naar een juiste naleving van de wetten.' J. Wortel, *Vervolgen in belastingzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1991, p. 356. Vergelijk ook Aler: 'De bevoegdheden die ook zonder dat verdenking bestaat mogen worden gebruikt, noemen we toezichthoudende of controlebevoegdheden.' Aler verwijst naar HR 21 juni 1966, *NJ* 1966/409, Aler, a.w., p. 29. Aler, a.w., p. 30: 'De controlebevoegdheden stellen de ambtenaar, aan wie zij worden toevertrouwd, in staat om toezicht uit te oefenen, om door controle na te gaan, of de wettelijke voorschriften wel worden nageleefd, ook zonder dat er reden hoeft te bestaan om aan te nemen dat zulks niet het geval is. Dat toezicht wordt wel omschreven als het vanwege het openbaar gezag bewaken, nagaan en gadeslaan van de handelingen of zaken van anderen, het oog op de naleving der verordeningen van de bevoegde macht uitgegaan. Het betekent dat men in een fase waarin er nog niets aan de hand behoeft te zijn van overheidswege op zoek gaat naar eventuele tekortkomingen.' Vgl. Jansen, p. 12: 'Handhavingstoezicht is het door de overheid nagaan of de burger de door een bestuursorgaan opgelegde verplichting naleeft.' Ook Van Buuren stelt dat er naar zijn inzicht 'niet zo vreselijk veel verschil' bestaat tussen toezicht en opsporing. Zie P.J.J. van Buuren, *Bestuursdwang, dwangsom en toezicht onder, de Algemene wet bestuursrecht*, *NJB* 1998, p. 786. Zie ook J. Remmelink, *Hoofdwegen door het verkeersrecht,* (serie studiepockets, deel 4), Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 84: 'De wetgever stelt zich hier nier, zoals vaak elders, repressief op, wacht niet af tot het beschermede rechtsgoed is geschonden of danig in gevaar is gebracht, maar wil, dat men ineen fase waarin er nog niets aan de hand behoeft te zijn van overheidswege op zoek gaat naar eventuele tekortkomingen.'

[133]. Verispect B.V. bijvoorbeeld, was een particulier bedrijf dat in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken toezicht hield op de naleving van de Metrologiewet en de Waarborgwet. Daarnaast voerde zij in opdracht van het Ministerie van Veiligheid en Justitie de handhaving uit van artikel 240a wetboek van Strafrecht (Leeftijdscontrole naleving films en games) en de handhaving van artikel 437, van het wetboek van Strafrecht (de legitimatie- en registratieplicht van metaalhandelaren). Vanaf 1 januari 2016 gingen de taken van Verispect over naar het Agentschap Telecom. Hier had de overheid dus het toezicht uitbesteed, maar geschiedde de controle wel in opdracht van de overheid. Zie in dit verband *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 139.

[134]. Buruma, a.w., p. 194: 'Controlebevoegdheden dienen niet primair ter voorbereiding van het strafproces in enge zin, maar zij dienen de waarheidsvinding van het bestuur met betrekking tot het bijzondere rechtsgebied.' Hierbij merk ik op dat die Awb controlebevoegdheden dezelfde bevoegdheden betreffen in het kader van het boeteonderzoek. De Awb wetgever heeft daar geen aparte bevoegdheden voor toegekend.'

[135]. Aler, a.w., p. 34.

[136]. J. Wortel, *Vervolgen in belastingzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1991, p. 356. Daarentegen beschrijft Wortel het volgende contrast tussen opsporings- en controle ambtenaren, Wortel, a.w., p. 364-365: 'Een

op een hoger abstractieniveau beziet. Het oogmerk van controle is de handhaving van wetgeving, terwijl ook de strafrechtelijke repressie die handhaving dient. Ook wijst Wortel in dit verband op het leerstuk van de 'voortgezette toepassing' van controlebevoegdheden in de opsporing.[137] Dit leerstuk komt in het volgende hoofdstuk aan de orde. Daarentegen heeft Wortel – bij wijze van verschil tussen controle en opsporing – er ook op gewezen dat opsporing geheel ten dienste staat aan 'het vervolgen'. Opsporing zou daarmee geen zelfstandige overheidstaak zijn, doch een eerste fase van een specifieke wijze van normhandhaving. Dit terwijl het controleonderzoek wel een zelfstandige, afgeronde overheidstaak, niet verbonden aan een specifieke vorm van repressie is.

Echter, ten eerste geldt dat nu een opsporingsonderzoek – evenals bij controle – primair gericht is op het achterhalen van de materiele waarheid, dit niet op een daad van vervolging behoeft uit draaien. Het onderzoek kan juist aantonen dat überhaupt geen strafbaar feit heeft plaatsgehad. De zaak van Lucia de Berk toonde immers aan – tragisch genoeg pas na onherroepelijke veroordeling – dat überhaupt geen levensdelicten hadden plaatsgevonden.[138] Daarnaast kan het opsporingsonderzoek de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond aantonen. In dat kader wordt zelfs terughoudendheid betracht bij het omgaan met vrijheidsbenemende dwangmiddelen ten aanzien van het (vermeende) slachtoffer van de inbraak of overval, op basis van de Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer.[139] Het controleonderzoek kan inderdaad tot uitkomst hebben dat alles prima in orde is en het ingestelde onderzoek geen enkel gevolg heeft.[140] Is dat wel het geval dan zijn er verschillende mogelijkheden, waarbij het controleonderzoek dan als opmaat heeft gediend. Naast een eventueel boeteonderzoek, kunnen reparatoire maatregelen aan de orde zijn, of een zogeheten 'normbevestigend/overdragend gesprek'. Het normbevestigend gesprek komt nader aan de orde in paragraaf 3.9.8.

Zoals uit mijn definitie volgt is elk controleonderzoek – *in beginsel* – gebaseerd op het juridisch uitgangspunt dat de betrokkene de wet wel degelijk naleeft. Aan deze definitie valt aldus een belangrijk juridisch verschil in relatie tot het opsporingsonderzoek te ontwaren. Het controle- en opsporingsonderzoek[141] zijn immers gefundeerd op tegengestelde hypothesen. Juist een opsporingsonderzoek is gebaseerd op de hypothese dat een strafbaar feit is begaan, geconcretiseerd in het bestaan van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit (art. 27 Sv). De 'onrechtmatigheids/verdenkingshypothese' is aldus 'negatief' geformuleerd en gaat uit van

opsporingsambtenaar is nagenoeg uitsluitend belast met verzamelen en doorgeven van bewijsmateriaal. Registreren en doorgeven is in de wettelijke systematiek doel van het handelen van de opsporingsambtenaar. De wetgever heeft niet als zelfstandig belang onderkend dat de opsporingsambtenaar zélf geïnformeerd raakt. Bij controlerende ambtenaren staat juist wél het zelf geïnformeerd raken van de ambtenaar centraal. Tussen onderzoek en het treffen van maatregelen bestaan in de controlesfeer nauwelijks hiërarchische of functionele afscheidingen. Als regel is het dezelfde instantie die met onderzoek en afhandeling (in het administratieve) vlak is belast, heel vaak vallen deze taken ook in de persoon van de ambtenaar samen. Een controlerend ambtenaar moet zelf iets met het verzamelde feitenmateriaal uitrichten.'

[137]. Wortel, a.w., p. 412.

[138]. Het opsporingsonderzoek had dit dus niet aangetoond, maar pas het onderzoek in en na de herzieningsprocedure. Zie Gerechtshof Arnhem 14 april 2010 (*LJN* BM0876), *NJ* 2010, 363 met annotatie door P.A.M. Mevis.

[139]. Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer van 13 december 2010, Stat. 2010, 20474.

[140]. Wortel, a.w., p. 356.

[141]. Uitgaande van de verdenking 27 Sv; in het geval van de Wet op de Economische delicten kan de opsporingssfeer al aanvangen op grond van 'aanwijzingen', HR 9 maart 1993, *NJ* 1993, 633 (Opsporingsbegrip in de WED).

de overtreding van een wettelijke regeling; hetgeen nader onderzocht dient te worden.[142] Diegene die het object vormt van deze hypothese, de verdachte, heeft dan ook bepaalde rechten die aan dit antagonistisch karakter tegemoet komen. Het controleonderzoek daarentegen gaat in beginsel uit van de hypothese dat de wet wordt nageleefd.[143] Anders gezegd; deze is positief geformuleerd en gaat uit van een 'rechtmatigheidshypothese'. Het controle onderzoek vindt juist plaats om te toetsen of zulks inderdaad het geval is.[144] Op die wijze wordt bij de gecontroleerde burger of onderneming vastgesteld of deze conform de wet handelt. Zonder controlebevoegdheden kan het moeilijk waar te nemen zijn of de wet wordt nageleefd bijvoorbeeld omdat de bereidheid van derden om melding of zelfs strafrechtelijke aangifte te doen van niet-naleving van de wet vermoedelijk gering is.[145] Aldus vormen de verschillende hypotheses elkaars contrast: het bestuursrechtelijk controle onderzoek gaat uit van een rechtmatigheidshypothese (de wet wordt nageleefd), terwijl het strafvorderlijk opsporingsonderzoek uitgaat van een 'onrechtmatigheidshypothese' (wettelijke voorschriften worden overtreden).[146] De relaties tussen de verschillende procesdeelnemers vloeien voort uit deze verschillende uitgangspunten, met belangrijke consequenties ten aanzien van de betreffende verplichtingen en processuele rechten.

2.5.3. Het begrip repressieve controle

Natuurlijk houdt geen enkel theoretisch kader binnen de rechtswetenschap volledig stand bij relatering aan de empirische werkelijkheid.[147] Er bestaan zogezegd 'anomalieën'.[148] Eén zo'n anomalie is in dit verband het juridisch fenomeen van de 'repressieve controle'. In essentie gaat het er naar mijn idee om dat de controle dan plaatsvindt op grond van een 'abstract vermoeden' dat regelgeving niet wordt nageleefd.[149] Hier moet echter wel een opmerking worden geplaatst over het begrip repressieve controle, zoals dat in de literatuur is toegepast. In de rechtsgeleerde literatuur is veelvuldig gebruik gemaakt van een onderverdeling van controle in repressieve en

---

[142]. Vergelijk hoe Aler het opsporingsonderzoek heeft beschreven: 'Onder de opsporing van strafbare feiten wordt in de strafprocesrechtelijke literatuur vrij algemeen verstaan het onderzoek dat wordt ingesteld indien het vermoeden bestaat dat een strafbaar feit is gepleegd. Dat onderzoek is er dan op gericht die verdenking te verifiëren en indien inderdaad een strafbaar feit is gepleegd de vermoedelijke dader te achterhalen.' Aler, a.w., p. 2.

[143]. Controle kan ook in het kader van opsporing worden toegepast. Echter, dan moeten wel de waarborgen van de verdachte in acht worden genomen. Men zou kunnen zeggen dat de bevoegdheden uit de controlesfeer niet de waarborgen uit de opsporingssfeer mogen ondergraven. Zie HR 26 april 1988, nr. 82604, *NJ* 1989/390, m.nt. ThWvW.

[144]. Buruma, a.w., p. 152: 'Tijdens het regelmatige contact – al dan niet geïnstigeerde door derden – zijn controleurs domweg de eersten die eventuele overtredingen kunnen vaststellen. De inspecteurs benaderen de individu of de rechtspersoon ter controle op de naleving van wettelijke voorschriften en stuiten dan op een vergrijp. Anders dan bij zaken waar de reguliere politie meestal mee van doen heeft, wordt in dit soort gevallen dus niet geprobeerd om een nog onbekende dader te vinden bij een tevoren bekend geworden delikt. De volgorde is juist omgekeerd. Bij de reeds bekende justitiabele – de 'dader in spe' is in dit verband een wat ongelukkige uitdrukking – wordt geprobeerd een nog niet vastgesteld delikt te vinden. Zodra de controleur heeft vastgesteld dat er in strijd met de wet is gehandeld, is de zaak materieel rond: daad en dader zijn immers bekend.'

[145]. Buruma, a.w., p. 203.

[146]. Vergelijk Valkenburg: 'De doelstelling van controle is een andere dan die van opsporing. Controle is toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften in algemene zin. Een zeker vermoeden dat die voorschriften niet zijn nageleefd, is geen voorwaarde om controlebevoegdheden te kunnen toepassen.' W.E.C.A.Valkenburg, Inleiding fiscaal strafrecht, Deventer: Kluwer 2007, p. 106.

[147]. 'De werkelijkheid laat zich niet vangen in dogmatische onderscheidingen tussen bijvoorbeeld fiscaal recht en strafrecht, tussen wetsuitvoering, preventieve en repressieve handhaving of tussen strafrecht en bestuursrecht', aldus Van Veen in zijn noot bij HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390.

[148]. Zie omtrent de betekenis van de term 'anomalie': T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions,* Second edition, Chicago: The University of Chicago Press 1970, i.h.b. p. 52-53.

[149]. J. Koers en R.N.J. Kamerling, '*Opsporing en vervolging van belastingdelicten: een praktische benadering'*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1987, p. 18. Zie ook Verheul, a.w., p. 142. Verheul schrijft dat bij repressieve controle het bestuurlijk toezicht niet meer primair gericht is op een gestroomlijnde uitvoering maar veeleer op de waarheidsvinding in een concreet geval met als mogelijke afloop correctie en/of sanctietoepassing.

preventieve controle. Consequent is de term repressieve controle niet gehanteerd en over de eenduidigheid in de begripsvervulling lijkt geen consensus te bestaan, getuige de wisselende betekenissen die er aan worden toegekend. Dit manifesteert zich bijvoorbeeld hoe de alcoholverkeerscontrole, uitgevoerd door de politie, wordt geduid. Gelet op het feit dat dit in wezen een willekeurige steekproef door opsporingsambtenaren is, wordt dit om die reden door Huygen dan ook onder de noemer van de preventieve controle geschaard.[150] Daarentegen kwalificeert Aler de alcoholcontrole als repressieve controle. Volgens Aler is van repressieve controle sprake wanneer de controle wordt uitgeoefend door opsporingsambtenaren.[151] Het toezicht is dan repressief omdat het er op gericht is eventuele strafbare feiten te ontdekken. Aler schrijft dat aan de ambtenaren die in de bijzondere opsporing met de opsporing worden belast, in een aantal gevallen bevoegdheden worden toegekend die ook zonder dat concrete verdenking behoeft te bestaan mogen worden uitgeoefend.[152] De controlebevoegdheden strekken er dan als beschreven toe de opsporingsambtenaren in staat te stellen om na te gaan of de betreffende voorschriften wel in acht worden genomen. Volgens Aler gaat de wetgever er in de bijzondere wetten van uit, dat de taak van de opsporingsambtenaren zich niet beperkt tot een onderzoek in de gevallen, waarin een concrete verdenking of aanwijzing van overtreding bestaat, maar zich ook uitstrekt tot de voorfase, het repressieve toezicht, waarin nog helemaal geen vermoeden van overtreding hoeft te bestaan. De opsporingstaak van de politie omvat historisch gezien dus het repressieve toezicht. Teneinde die taak te kunnen vervullen zijn de politie controlebevoegdheden toegekend. De wijze waarop Aler het begrip repressief toezicht opvat, is dus in feite het controleonderzoek dat (van oudsher) werd uitgevoerd door opsporingsambtenaren. Het toezicht is repressief, omdat het er volgens Aler op is gericht eventuele strafbare feiten te ontdekken en bij geconstateerde overtreding een strafrechtelijk onderzoek te initiëren. Het repressieve toezicht is als het ware een voorfase van de opsporing, die de strafvordering inluidt. Inhoudelijk kan hier wel een kanttekening bij geplaatst worden. Deze benadering van controle mist een specifieke/onderscheidende betekenis, omdat deze in wezen voor het gehele controleonderzoek geldt. Wanneer een willekeurige alcoholcontrole wordt uitgevoerd, is deze net zo goed als een fiscaal boekenonderzoek er op gericht mogelijke strafbare feiten te ontdekken. Daarentegen geldt evenzeer voor beide onderzoeken dat deze als uitgangspunt hebben het vaststellen in hoeverre regels worden nageleefd: de rechtmatigheidshypothese. Aler hanteert het begrip repressieve controle dus bij uitstek om duidelijk te maken dat het toezicht op de naleving van wetgeving een taak was die historisch gezien toebehoorde aan opsporingsambtenaren.

Huygen, Koers, Kamerling en Wattel verstaan onder het begrip repressieve controle: een controleonderzoek dat gebaseerd is ‘abstracte indicaties’ van wetsovertreding.[153] In het licht bezien van het onderscheid tussen controle en opsporing heeft deze begripsvervulling aldus een functionele betekenis, omdat het precies het poreuze overgangsgebied blootlegt tussen controle en opsporing. Het begrip zegt dus iets over het ‘juridisch karakter’ van de controle. Preventieve controle daarentegen heeft een routinematig karakter; het gaat om ‘random checks’.[154] In de fiscale materie valt een mooi contrast te schetsen. Bij de preventieve controle gaat het dan om een periodiek boekenonderzoek. Bij repressieve controle gaat het om klassieke acties als ‘Schuimkraag’ en ‘Goudtand’, waarbij sprake is van een algemeen (abstract) vermoeden van strafbare wetsovertreding.[155]

---

[150]. Huygen, a.w., p. 52.
[151]. Zie Aler, a.w., p. 36.
[152]. Aler, a.w., p. 4.
[153]. Koers en Kamerling, a.w., p. 18. Huygen, a.w., p. 52. Zij spreekt over vage aanwijzingen van schuld. P.J Wattél, *‘Fiscaal straf- en strafprocesrecht,* Deventer: FED 1985, p. 241.
[154]. Wattél,, a.w., p. 241.
[155]. J. Naeyé, De informatieplicht in fiscale zaken, in: Naar eer en geweten, Liber amicorum J. Remmelink, Arnhem: Gouda Quint bv 1987, p. 430. In 1979 en 1980 vonden respectievelijk de grootschalige acties ‘Schuimkraag’

Resumerend: Aler vat het uitoefenen van toezicht door opsporingsambtenaren op als repressieve controle, terwijl het begrip ook benaderd is als controle op basis van abstracte vermoedens van wetsovertreding. Deze laatste begripsvervulling dient te worden verkozen, omdat het begrip een functionele betekenis heeft bij het beschrijven van de sfeerovergang. Met Koers, Kamerling en Wattel kan worden ingestemd dat met deze definitie een groot deel van de controle als repressieve controle kan worden geduid.[156]

2.5.4. Implicaties van de repressieve controle

Het voorgaande beschreven 'dichotomistisch' onderscheid tussen de controle- en opsporingssfeer blijkt door het concept van de 'repressieve controle' – in de laatstgenoemde betekenis – praktisch bezien eerder een kwestie van 'verschillende tinten grijs'.[157] Metaforisch gezegd: als de controlesfeer de kleur wit heeft; hoe grijs mag deze dan worden alvorens inhoudelijk te spreken van opsporing; hetgeen dito verdedigingsrechten impliceert? Het is een logisch en natuurlijk proces dat naar mate een controle onderzoek vordert, meer feiten en omstandigheden kenbaar worden waardoor op enig moment sprake kan zijn van een verdenking. Hoewel deze 'vloeiende grens' een natuurlijke is in de gegeven context en dit op zichzelf al wel aanleiding kan vormen voor de nodige discussie, gaat het bij de repressieve controle om de *aanvang* van het onderzoek. De praktijk waarbij handhavende overheidsdiensten *bij voorbaat* op grond van abstracte vermoedens van wetsovertreding een controleonderzoek initiëren erodeert het systematisch uitgangspunt tussen de controle- en opsporingssfeer.

Moet dat nu als onwenselijk geduid worden? Het beste juridische antwoord is natuurlijk: dat hangt er maar van af. De grenzen met de opsporingssfeer komen in zicht, in gevallen waarbij controles worden toegespitst op 'signalen' waaruit zou kunnen volgen dat niet conform de wet wordt gehandeld of volgens bepaalde risicoprofielen. Dit zijn zogenaamde 'verscherpte controles'. Wortel schrijft in dit verband:

> 'Uiteraard vraagt de overheid, die mensen en middelen inzet voor controleonderzoek op het gebied van deze of gene wet, zich af onder welke omstandigheden zich bij de tenuitvoerlegging en naleving van die wet afwijkingen kunnen voordoen welke correctie behoeven. Ware dat anders, er zou sprake zijn van een ondoelmatige aanwending van personeel en materiaal. Hoeveel of hoe zware aanwijzingen er moeten zijn om tot het instellen van een controleonderzoek over te gaan hangt echter van vele factoren af. De ingewikkeldheid van de wetgeving, de acceptatiegraad van de onderliggende, door de wet geconcretiseerde behorensnormen, eigen financieel belang van de overheid en nog vele omstandigheden meer zijn bepalend voor de vraag of controle op haar plaats is en in dat verband de burger met controlebevoegdheden geconfronteerd moet worden.'[158]

Realistisch bezien is het logisch dat de overheid streeft naar het doelmatig inzetten van mensen, middelen en tijd. In het kleurrijke bestek van het ordeningsrecht is zo een inzet in het 'algemeen belang'. Dat controleactiviteiten worden ingezet in die gevallen waar de kans op wetsovertreding het grootst wordt geacht, past in dat kader. De aard van het ordeningsrecht in relatie tot de

(controle in horeca) en 'Goudtand' (controle onder tandartsen) plaats door de Belastingdienst. Dit leverde de fiscus bijna een bedrag van 235 miljoen gulden op. Zie: www.digibron.nl.

156. Koers en Kamerling, a.w., p. 18.

157. A.B. Blomberg en F.C. M.A. Michiels, *Handhaven met effect, Een empirisch-juridische studie naar de mogelijkheden voor een effectieve handhaving van het milieurecht,* Den Haag: VUGA 1997, 41: p. 133: 'Wanneer wordt gecontroleerd naar aanleiding van bijvoorbeeld een klacht is sprake van repressief toezicht. Er is dan namelijk een vermoeden van overtreding.'

158. Wortel, a.w., p. 357.

beperkte middelen van de betrokken overheidsdienst nopen ook tot het maken van keuzen, hetgeen zich manifesteert in de gehanteerde werkwijzen. Het Passengers Operation Centre van de douane op Schiphol bijvoorbeeld, zet op basis van zogenoemde risicoprofielen en profiling, controleopdrachten uit om bepaalde reizigers te onderzoeken.[159] Deze risicoprofielen worden opgestelde op basis van beschikbare gegevens zoals passagierslijsten en andere gegevens uit geautomatiseerde systemen. Het is echter ook mogelijk dat informatie afkomstig van de politie of Koninklijke Marechaussee aanleiding vormt voor een zogeheten 'verscherpte controle', waar de informatie nog nét onvoldoende is voor een verdenking. Vergelijk ook de bedrijfsbezoeken door een toezichthouder als de AFM. Een dergelijk controleonderzoek kán geschieden door belastende informatie (een tip van een gedupeerde belegger, een andere toezichthouder of na analyse van beurskoersen of internet).[160] Het is eveneens gangbare praktijk dat de AFM werkt op basis van 'alerts'; hetgeen indicaties zijn dat sprake *zou* kunnen zijn van marktmisbruik.[161] Een 'alert' kan na veredeling resulteren in een 'signaal' waarvan de beoordeling kan leiden tot een onderzoek. Op dit punt is echter niet langer sprake van een 'zwart/wit' benadering, maar eerder van welk palet grijs sprake is en in hoeverre de onderzoekshandelingen nog grijs genoeg zijn om van 'controle' in feitelijke zin te kunnen spreken. Het is denkbaar dat de inhoud van die tips of 'alerts' – eventueel in combinatie met andere gegevens – al leidt tot een verdenking in strafvorderlijke zin. Dit is een fijnmazige casuïstische materie, maar wat duidelijk wordt is dat de repressieve controle niet een 'routinematige controle' behelst, maar al in een duidelijk verband staat met de opsporing. Wortel schrijft in dit kader:

> '(…) de met controle belaste ambtenaar of instantie in bepaalde sectoren op voorhand vaststellen onder welke omstandigheden en bij welke kring van justitiabelen de kans op wetsovertredingen verwaarloosbaar is. Indien dat oordeel mogelijk is wordt het verspilling van menskracht om op onderzoek te gaan. Dan gaan opsporing en controle elkaar wat feitelijk toepassingsgebied betreft overlappen. De beslissing, een controleonderzoek in te stellen, kan volkomen rechtmatig tot stand komen aan de hand van zekere vermoedens dat het op een bepaald moment binnen een zekere kring van personen niet goed gaat met de naleving van de wet. In dat geval is er nauwelijks nog verschil met het rechtmatig begin van de opsporing, dat ligt bij het mogelijk vage en slechts op getrainde vooroordelen berustende vermoeden dat er "iets strafbaars" is gebeurd of staat te gebeuren.'[162]

2.5.5. De open en de besloten context

Zoals al even werd aangestipt kent het controleonderzoek in de rechtspraktijk vele verschijningsvormen die kunnen variëren voor wat betreft de relaties tussen de betrokken actoren. Eén wijze waarop onderscheid aangebracht kan worden in dit wijde palet van controleonderzoeken is de 'context' waarin deze plaatsvinden. In dit kader kunnen de concepten 'open' en 'besloten' context gehanteerd worden, zoals deze werden geïntroduceerd in de nota Keuze sanctiestelsels 2008.[163] Deze verschillende contexten hebben mede betrekking op de aanwezige specifieke

---

159. Zie o.a. Rechtbank Haarlem 28 september 2012, BY2696 en Rechtbank Haarlem 30 juli 2012, BZ6320.

160. R. Stijnen, Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht, *Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief,* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2011, p. 598.

161. Autoriteit Financiële Markten, Ruim een jaar toezicht op marktmisbruik, Amsterdam maart 2007, p. 12: 'Het toezichtproces is te kenmerken als een trechter. Het toezicht start met het opmerken en genereren van "alerts". Een alert is een indicatie dat er sprake zou kunnen zijn van een overtreding van een verbod of het niet nakomen van een verplichting. Veredeling van alerts resulteert in "signalen", die beoordeeld worden en kunnen leiden tot onderzoeken. De onderzoeken kunnen op hun beurt leiden tot handhavingsmaatregelen.'

162. Wortel, a.w., p. 357.

163. *Kamerstukken* 2008/09, 31 700 VI, D.

rechtsbetrekking tussen de overheid en burger in het verband van verschillende handhavingsstelsels. Dit werkt ook door in de relatie tussen controleur en gecontroleerde en om die reden leveren die open en besloten context begrippen een bruikbaar conceptueel gereedschap om de 'aard' van de controlesfeer verder te bespreken.

2.5.6. Controle in de open context

Onder een open context wordt het volgende verstaan. Uitgangspunt is dat hier algemene 'rechtsbetrekkingen' bestaan tussen overheid en burger. Daarmee wordt bedoeld dat burgers en bedrijven gebonden zijn aan algemene rechtsregels die – ongeacht de uitoefening van bepaalde activiteiten of de hoedanigheid van de burger of het bedrijf – voor een ieder en altijd gelden. De nadruk ligt hier dus op de term 'altijd'. Eén van de meest simpele voorbeelden in dit verband is het verbod om met teveel alcohol aan het verkeer deel te nemen (art. 8 lid 2 Wegenverkeerswet 1994). Voorts is volgens de nota kenmerkend voor de open context dat sprake is van een algemeen regiem dat voor 'een ieder' geldt; zoals het hierboven gegeven verbod van 'rijden onder invloed'. Als voorbeeld van een controle in de open context (naast een alcoholverkeerscontrole) kan naar mijn idee de controle op invoer van verdovende middelen op de luchthaven te Schiphol worden genoemd. Een douanier die op Schiphol een informatief gesprek voort met een passagier – zojuist gearriveerd uit een Zuid-Amerikaans land – in het kader van een 'honderd' procents (drugs)controle voert een dergelijk controleonderzoek uit. Nu benoemt de Nota tevens als kenmerk dat voor de open context bij de handhaving van dergelijke normen geen speciaal met de uitvoering van de wetgeving belast gespecialiseerd overheidsorgaan betrokken is. De douane kan naar mijn idee niet anders dan als een gespecialiseerde dienst gezien worden terwijl in het kader van de benoemde controle toch duidelijk sprake is van een 'open context'.[164] Echter, in het voorbeeld van de verdovende middelen controle is hier sprake van een context van een zekere anonimiteit: er is geen sprake van een vooraf gekende relatie tussen het bestuursorgaan en de burger of het bedrijf, op basis van bijvoorbeeld een door een bestuursorgaan verleende vergunning. Een dergelijke vergunningverlening zou aanleiding kunnen vormen voor terugkerende communicatie met de betrokkene. De situatie is tot op zeker hoogte willekeurig te noemen; de passagier was op een bepaalde tijd op een bepaalde locatie en werd zodoende gecontroleerd.[165] Voor een passerende automobilist die op zijn alcoholgehalte wordt getest geldt hetzelfde. Er is derhalve geen eerder bestaande relatie tussen de dienst die controle uitvoert en de gecontroleerde.

Als kenmerk van controle schrijft Buruma dat controle gericht is op het verzamelen van kennis omtrent het heden.[166] Hoewel die stelling naar mijn idee niet opgaat als algemeen kenmerk van controle, hetgeen duidelijk wordt bij de navolgende bespreking van controle in de besloten context, sluit dit wel aan bij het karakter van controle in de open context. De politiële alcohol

---

[164]. Wortel, a.w., p. 377: 'Het is opmerkelijk hoezeer de opsporingsbevoegdheden in de Algemene wet inzake de douane en de accijnzen inhoudelijk op opsporingsbevoegdheden lijken, hoewel zij geschreven zijn voor het fiscale controleonderzoek. Dat is gedeeltelijk het gevolg van de zoeven geschetste gebondenheid aan de fysieke aanwezigheid van goederen. Ten dele echter, komt hier ook naar voren dat de douane- en accijnsheffing een eeuwenlange traditie van voortdurende ontduiking en een vrij harde confrontatie kent. Toen de (in de moderne zin) directe belastingen nog vrijwel moesten worden uitgevonden had de douane al eeuwen strijd met 'vreemde sluikers' achter de rug. De strijd tussen douane en smokkelaars is in het verleden bovendien vrij ruw geweest. Deze voorgeschiedenis heeft zijn sporen in de wetgeving achtergelaten. Als ergens de controle een repressieve gedaante heeft aangenomen die haar nauwelijks nog doet verschillen van de opsporing, is het wel hier, in de Algemene wet inzake de douane en de accijnzen.'

[165]. In het geval van een 'verscherpte controle' naar aanleiding van bijvoorbeeld een anonieme tip, of antecedenten kan de situatie uiteraard anders komen te liggen.

[166]. Buruma, a.w., p. 195.

controles, alsmede de drugscontroles door de douane zijn immers gericht op informatieverzameling aangaande de huidige situatie. De controleur concentreert zich als het ware op hetgeen 'gaande' is. Wat is het alcoholpromillage van de betrokken bestuurder, worden er strafbaar gestelde middelen ingevoerd door een reiziger? De controle is gericht op het vaststellen of de situatie niet afwijkt van de geldende regelgeving, waarna het 'overheidscontact' – indien dat het geval is – teneinde is.

Wanneer de werkwijze van de douane in het geval van de drugscontroles wordt bekeken, is het volgende opvallend. Deze controles zijn onder gebracht in een meer omvattend samenwerkingsverband – het zogeheten Schipholteam. Daarbij is samenwerking tussen de douane en de Koninklijke Marechaussee. De douaniers zijn bijzonder opsporingsambtenaar én beschikken over controlebevoegdheden. Na verdenking van overtreding van de Opiumwet kunnen die douaniers aldus strafvorderlijke bevoegdheden toepassen. De praktijk laat zien dat na aanhouding de KMar het opsporingsonderzoek overneemt; hetgeen logisch is gelet op het feit dat zij met de politietaak op Schiphol is belast. De aanvankelijke controle is hier dus geïnstitutionaliseerd in een breder samenwerkingsverband tussen deze overheidsdiensten. Voor beide voorbeelden (de alcohol en drugscontrole) geldt aldus dat het vervolgtraject na de controle vrijwel uitsluitend door het strafrecht wordt beheerst.[167] Voor de invoer van verdovende middelen geldt hetzelfde. In deze voorbeelden kan de controle – bij ontdekking van een strafbaar feit – dan ook enkel resulteren in een strafvorderlijk vervolg. Er is hier geen keuzemogelijkheid voor 'bestuursrechtelijke' opsporing; noch een beleid waar veelvuldig van een 'normoverdragend gesprek' gebruik gemaakt wordt. De werkwijze sluit naadloos aan bij de wijze waarop Aler het begrip repressief toezicht heeft uiteengezet. Het gaat hier als het ware om een voorfase van de opsporing, die de strafvordering inluidt. Het toezicht is repressief, omdat het er op is gericht eventuele strafbare feiten te ontdekken en bij geconstateerde overtreding een strafrechtelijk onderzoek te initiëren.[168] Om die reden worden dergelijke controles ook wel aangeduid met het begrip 'repressieve controle'. Dat wil zeggen dat de controle gericht is op strafrechtelijke handhaving. Dit kwam in de voorgaande paragraaf aan de orde.

Voor wat betreft het 'karakter' van controle in de open context betekent dit het volgende. Hier vormt het controleonderzoek primair een (noodzakelijk) verlengstuk van de opsporingssfeer om de handhaving van dergelijke wetgeving mogelijk te kunnen maken. Daarmee is overigens niet betoogd dat dit negatief moet worden gewaardeerd. De constatering is echter dat dit een vrijwel congruente verhouding oplevert tussen controle en opsporing, zodat van een eigen van de opsporingssfeer te onderscheiden karakter van de controlesfeer geen sprake is. Uiteraard blijft sprake van verschillende juridische sferen. De relatie tussen controleur en gecontroleerde kan hier echter bezwaarlijk als een 'vertrouwensrelatie' worden aangeduid, maar is feitelijk bezien – als verlengstuk van opsporing – primair antagonistisch van aard. De beschrijving van de verhouding in de opsporingssfeer lijkt hier eerder op zijn plaats:

> 'Anders dan bij de controle gaat het bij het justitiële onderzoek niet om het heden, maar om een daad – meestal een incidentele gebeurtenis – uit het verleden. Daar moet mee worden afgerekend. Spreker en luisteraar gaan tijdens het onderzoek geen vertrouwensband aan, maar hooguit de speciale band die er nu eenmaal bestaat tussen de scherprechter en zijn slachtoffer. Degene die spreekt is hier minder als intentioneel persoon

[167]. Al kunnen naar aanleiding van die bevindingen wel bestuurlijke maatregelen worden genomen jegens de bestuurder die onder omstandigheden een punitief karakter kunnen krijgen.
[168]. Aler, a.w., p. 4.

> onderwerp van gesprek dan dat zijn handelen dat is. Zijn verhaal staat minder op zichzelf dan de 'biecht' tijdens de controle.'[169]

De slotsom is dat hoewel sprake is van verschillende rechtssferen het controleonderzoek in de open context bijzonder nauw verweven is met doel van strafrechtelijke handhaving. Daarmee wordt niet betoogd dat de strafvorderlijke normen dit onderzoek beheersen, maar dat de verhoudingen evenals het opsporingsonderzoek antagonistisch van aard zijn, en zich niet laten bezien als een van een 'gezamenlijke belangen relatie'.[170]

2.5.7. Controle in de besloten context

Volgens de nota is voorts kenmerkend voor een besloten context:

> a) het bestaan van een gespecialiseerd bestuursorgaan dat men de uitvoering van zekere wetten is belast en uit dien hoofde te maken heeft met een afgebakende doelgroep;
> b) dat tussen dat orgaan en de doelgroep verbindingen zijn (vaak is er ook communicatie tussen beide) ter uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen.

Met het begrip besloten context wordt primair gedoeld op specifieke rechtsbetrekkingen en rechtstreekste verbindingen in het kader van de uitvoering van de wet tussen overheidsorgaan en de burger of het bedrijf. De burger neemt hier in een bepaalde hoedanigheid deel aan het maatschappelijk verkeer. Hij is geen toevallige passagier of automobilist, maar hij is belastingplichtige, uitkeringsgerechtigde, of ondernemer. Hier ligt de nadruk op de aard van het contact tussen burger en overheid. De relatie tussen belastingplichtige en fiscus is van een andere aard dan die tussen de willekeurig passerende automobilist en een politieambtenaar die een ademanalyse uitvoert. Die 'verbindingen' veronderstellen ook een duurzame relatie, hetgeen logisch kan volgen op basis van verleende vergunningen. Dit haakt aan bij hetgeen Buruma heeft geschreven, te weten dat controle als het ware een duurzame relatie is, die steeds weer geactualiseerd wordt (en waarbij de partners steeds meer van elkaar vergen). De controleur komt volgens hem terug om te zien of zijn adviezen zijn opgevolgd.[171]

Uit de nota volgt dat de onder a en b genoemde voorwaarden cumulatieve voorwaarden betreffen: indien niet aan beide voorwaarden is voldaan, is er sprake van een open context. Dan gaat het om een niet of niet duidelijk afgebakende doelgroep en het ontbreken van rechtstreekse verbindingen. De drugscontrole door de douane toont dit helder aan, omdat weliswaar sprake is van een gespecialiseerd handhavingsorgaan; niettemin ontbreken de bedoelde verbindingen tussen controleur en gecontroleerde. In de nota wordt als voorbeeld genoemd van een 'besloten context' waarvan de handhaving in de publieke ruimte plaatsvindt, de warenmarkt waar men vergunningplichtig is en een marktmeester toeziet of men een geldige vergunning heeft en men zich aan de daaraan verbonden voorwaarden houdt. In de besloten context zijn talloze voorbeelden te geven van controleonderzoeken. Hier kan worden gewezen op onderzoeken door de AFM, alsmede door de ACM ten aanzien van het mededingingsrecht (voorheen NMa). Een prototype voorbeeld van controle in de besloten context is een dergelijk onderzoek door de

---

169. Buruma, a.w., p. 196.
170. Corstens heeft in dit verband geschreven: 'Wat voorts opvalt is dat in het verleden nogal eens werd geredeneerd dat de scheiding van toezicht en strafrechtelijke repressie zo nuttig was, omdat het bestuur dan met de overtreder opgebouwde vertrouwensrelatie geen schade behoefde te berokkenen door die overtreder in een strafproces te betrekken: het openbaar ministerie kwam die taak toe. Dit argument lijkt in het huidige debat geen rol meer te spelen.' G.J.M. Corstens, 'Bestuurlijke boeten in de vierde tranche Awb', *NJB* 2000, p. 1188.
171. Buruma, a.w., p. 196.

AFM, waarbij de betrokken onderneming bijvoorbeeld op basis van een verleende vergunning reeds jaren bij deze toezichthouder bekend is, en op grond daarvan relaties/rechtsbetrekkingen bestaan. In deze context is er aldus (doorgaans) een reeds bestaande bestuurlijke relatie. In het geval een vergunning is verleend houdt het bestuursorgaan toezicht op de naleving ervan. In het kader van het discours van de besloten context is de overheid voor een belangrijk deel bezig met non punitieve gedragsverandering, zoals in paragraaf 3.5.9. zal blijken. De overheid heeft tot taak om binnen deze 'besloten context' gericht toezicht te houden op de naleving van de wet door burgers en bedrijven; die kennen uit dien hoofde het desbetreffende bestuursorgaan, net zoals dat orgaan zijn doelgroep kent.

Het door Buruma aan controle toegeschreven algemene kenmerk dat het onderzoek zich op het heden richt gaat – in tegenstelling tot de open context – in de besloten context niet op.[172] Bij een fiscaal boekenonderzoek vormen immers de in het verleden opgegeven aangiften het uitgangspunt. Zo ook onderzoeken naar de vraag of mogelijk een kartelvorming heeft plaatsgehad door de ACM. Of bijvoorbeeld de AFM die bepaalde uitgevoerde effectentransacties onderzoekt, in verband met mogelijke koersmanipulatie. Het kenmerk dat Buruma toeschrijft aan controle 'de kennis omtrent het heden' is aldus eerder van toepassing op de open context.

Overigens zou tegengeworpen kunnen worden dat het Mededingingsrecht niet past in het 'kader' van de besloten context, omdat hier geen specifieke rechtsbetrekkingen aan de orde zijn. Er vindt immers geen onderzoek plaats op basis van verleende vergunningen en dergelijke. Op zichzelf kan dat worden toegegeven, maar gelet op het feit dat de toepasselijke rechtsregels zeer specifieke normen betreffen, is indeling van het Mededingingsrecht in de besloten context verdedigbaar. Dit betreffen geen normen die zich tot een vrijwel onbeperkte groep personen richt, maar tot een duidelijk specifieke doelgroep; evenals de AFM zich richt tot de op de financiële markt optredende ondernemingen.

2.5.8. Antagonisme in de besloten context: dawn raids

De toezichthouders van de AFM en DNB gaan regelmatig over tot van tevoren aangekondigde bedrijfsbezoeken, waarbij zij kopieën maken van stukken en spreken met het aanwezige personeel. Dit kan zowel gebeuren in het kader van een onderzoek op grond van een vergunningsaanvraag als ambtshalve in het kader van doorlopend toezicht op onder toezicht staande instellingen alsook in het kader van onderzoek naar illegale ondernemingen. Die onderzoeken worden gewoonlijk gestart naar aanleiding van een tip van een gedupeerde belegger, een andere toezichthouder of na zelf verkregen informatie, zoals een analyse van beurskoersen en surfen op het internet. Dit raakt weer aan het leerstuk van de repressieve controle, waarbij het controleonderzoek geïnitieerd wordt op een abstract vermoeden van wetsovertreding. Daarbij kan volgens Palm-Steyerberg onderscheid gemaakt worden tussen een onaangekondigd bedrijfsbezoek door toezichthouders van de AFM, dat in de regel de middag tevoren telefonisch aan de onderneming wordt aangekondigd onder mededeling van het doel van het onderzoek, en een 'echt' onaangekondigd onderzoek, waarbij met het oog op geval van collusie (boilerrooms) in het geheel geen aankondiging plaatsheeft.[173]

---

[172]. Buruma, a.w., p. 195

[173]. R. Stijnen, Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht, *Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2011, p. 598. Zie voorts I.P. Palm-Steyerberg, 'Handhaving door de AFM: de toezichthouder op bezoek. Voorkomen is beter dan genezen', in: J. de Bruin e.a. (red.), *Jaarboek Compliance 2009* (Nieuwerkerk aan den IJssel/Waddingxveen, 2008), p. 42.

Om de gezagsrelatie in de besloten context te kwalificeren als een gezamenlijke belangrenrelatie tussen betrokkene en controleur miskent het ook hier aanwezige antagonistische karakter. Bij dergelijke 'dawnraids' gaat het om 'invallen' van overheidswege.[174] Ook het feit dat diverse advocatenkantoren adverteren voor acute rechtsbijstand bij dergelijke bedrijfscontroles, wijst niet bepaald op een situatie waarin sprake is van een 'harmonie der belangen tussen de betrokken actoren'.[175] De teneur van die adviezen in het kader van de rechtsbijstand is daarbij is vooral nergens 'vrijwillig' aan mee te werken en te waken tegen 'fishing expeditions'. Kennelijk bestaat juist de behoefte in zulke situaties van rechtsbijstand verzekerd te zijn, opdat het eigen belang zo optimaal mogelijk behartigd kan worden. Daarnaast is de grens met het redelijk vermoeden hier poreus zoals blijkt uit de repressieve controle; er zijn immers signalen die de inzet van zo'n operatie, die sterk inbreuk maakt op de 'privacy', van personen verlangt. De grens met opsporing wordt uiterst poreus, wanneer controles worden uitgevoerd op basis van signalen, etc. Dit impliceert overigens niet dat deze bevoegdheidsuitoefening niet verdedigbaar is, echter dit geeft wel vorm aan het karakter van de verhoudingen tussen controleur en gecontroleerde.

Een ander belangrijk punt in verband met die verhoudingen is het feit dat betrokkenen veelal in een afhankelijkheidsrelatie verkeren ten opzichte van de toezichthouder. Zo merkt Roth op dat het in het financiële recht vaak aankomt op 'powerplay', waarbij de AFM aan het langste eind trekt. Dat is met name het geval indien de aangezochte partij tevens een onder doorlopen toezicht van de AFM staande financiële instelling is. De praktijk leert dat deze partijen zo zeer afhankelijk zijn van de AFM, althans dat zo ervaren, dat zij zich niet snel verzetten tegen de wil van de toezichthouder.[176]

2.5.9. Non-punitieve gedragsverandering: de gematigde machtsbenadering

Met de gerichte uitoefening van controle kan de overheid optreden tegen schending van de regels door de burger of het bedrijf en deze daarop aanspreken door het geven van een waarschuwing. Daarnaast kan zij met kracht een einde maken aan de regelovertreding (door 'reparatoire sancties' zoals een last onder dwangsom). Een opsporingsonderzoek (bestuurs- of strafrechtelijk) behoeft hier dus niet bij wijze van uitgangspunt te volgen op constateringen in het controleonderzoek. Gesteld zou kunnen worden dat in de besloten context zich naast punitieve rechtshandhaving eerder het zich realiseren van andere 'positieve' doelen manifesteert. Buruma merkt hier over op:

> 'Het bereiken van positieve doelen; naast eventuele individuele advisering en correctie wordt nagestreefd dat de justitiabele zich gebonden weet aan de normen van zijn groep, branche, subsysteem of hoe men deze moeilijk te omschrijven categorie ook wil aanduiden.'[177]

De AFM en DNB hebben bijvoorbeeld beleid geformuleerd voor de wijze waarop inzet van handhavingsinstrumenten wordt bepaald. Daarbij leidt niet elke overtreding tot inzet van een

---

[174]. Stijnen, a.w., p. 599.

[175]. Boekel De Nerée schreef het Nederlandse hoofdstuk van de 'Dawn Raid Guide (Competition dawn raids: how to handle investigators at your company)'. Zie www.Boekel.com. De Brouw Blackstone Westbroek lanceerde in mei 2014 zelfs een 'app' voor de mobiele telefoon met praktische informatie wat te doen bij 'dawn raids'. Zie www.advocatie.nl.

[176]. G.P. Roth, *Onderzoeken naar marktmisbruik door de AFM*, in: Bouwen en bezinning: Regels van wenselijk en onwenselijk financieel recht, Lustrumbundel 2007 Vereniging voor Effectenrecht, Deventer: Kluwer 2007, p. 285.

[177]. Buruma, a.w., p. 195.

wettelijk handhavingsinstrument.[178] Als de AFM een overtreding constateert, maakt zij een afweging welke maatregel zij treft. Of een (bestuursrechtelijke) handhavingsinstrument wordt ingezet. En zo ja, welk instrument. De AFM baseert zich hierbij op het Handhavingsbeleid dat de AFM en DNB hebben vastgesteld. Dit handhavingsbeleid geeft algemene uitgangspunten voor de inzet van handhavingsinstrumenten. De AFM vraagt zich telkens af of het beoogde effect met een minder zware maatregel dan een formele handhavingsmaatregel kan worden bereikt. Bijvoorbeeld met een waarschuwingsbrief of een 'stevig'(normoverdragend) gesprek. In plaats daarvan kan gekozen worden voor een 'normoverdragend gesprek' of een 'waarschuwingsbrief'; afhankelijk van de omstandigheden van de casus.[179] Genoemde factoren als bijvoorbeeld de verwijtbaarheid en duur van de overtreding, de mate waarin cliënten /beleggers zijn benadeeld, het economisch effect van de maatregel op de overtreder en de mate waarin de overtreding heeft geleid tot marktverstoring, zouden dus bepalen of en zo ja welk (reparatoir of punitief) handhavingsinstrument wordt ingezet. In dit verband kan worden verwezen naar de Nota handhavingsbeleid AFM, DNB, PVK, juli 2003. In veel gevallen zal een dergelijk gesprek reeds tot het gewenste doel leiden, namelijk normconform gedrag. De inzet van repressieve wettelijke instrumenten is dan niet meer nodig. Met name bij onder toezicht staande instellingen wordt de overgrote meerderheid van de zaken afgedaan met een normoverdragend gesprek of een waarschuwingsbrief. Ter illustratie de cijfers over 2010: AFM: afdoening met normoverdragend gesprek/waarschuwingsbrief in 673 zaken, afdoening door opleggen formele maatregel in 329 zaken; DNB: afdoening (bij onder toezicht staande instellingen) met normoverdragend gesprek/waarschuwingsbrief in 841 zaken, afdoening door opleggen formele maatregel (uit hoofde van toezichtwetgeving) in 141 zaken.[180] Anders dan strafrechtelijke handhaving kan op basis van deze voorbeelden gesteld worden dat bestuursrechtelijke controle niet primair op een dergelijke afdoening gericht hoeft te zijn.

Wat zegt die constatering over de relaties tussen de betrokkenen? Is er nu sprake van een door Buruma beschreven 'vertrouwensrelatie'? Een eerste constatering die gemaakt moet worden is dat, zoals aan de orde kwam, betrokken ondernemingen en burgers in de besloten context in essentie in een afhankelijkheidsrelatie verkeren. Zij zijn afhankelijk van het bestuur voor de verleende vergunning of subsidie. Daarnaast is gewezen op het antagonistische karakter van bijvoorbeeld de 'dawn raids' én het feit dat controles gebaseerd kunnen zijn op een abstract vermoeden van wetsovertreding. Gelet op die omstandigheden kan de relatie tussen controleur

---

178. G.P. Roth en M. van Eersel, AFM-toezicht: 'Perikelen rond toezicht door de AFM in de praktijk, Gedragstoezichthouder AFM: herder of grensrechter?', *TPV* september 2008, afl. 5, p. 167.

179. Uit door de AFM gepubliceerde boetebesluiten en lasten onder dwangsom kan de markt afleiden onder welke omstandigheden de AFM kiest voor formele handhaving. Overtredingen die de AFM afdoet zonder een formele toezichtsmaatregel, komen echter niet naar buiten. Dit terwijl het hier gaat om de overgrote meerderheid van de zaken. *Ter illustratie: in 2009 heeft de AFM in totaal 52 boetes opgelegd en 1.605 zaken afgedaan met een normoverdragend gesprek/waarschuwingsbrief.*

180. Ook de ACM kent kennelijk een belangrijke rol toe aan het normoverdragende gesprek: 'Het opleggen van sancties is en blijft een belangrijk instrument dat ACM niet zal schromen in te zetten bij overtredingen. Daarnaast zal ACM – indien de omstandigheden dit mogelijk maken - onder meer gebruik maken van normoverdragende gesprekken (…).' Concept Strategie Autoriteit Consument & Markt (11 april 2013), p. 10. Zie verder voor de rol van het normoverdragend gesprek bijvoorbeeld de NZa. Zie voorts het Handhavingsprogramma 2011-2014, ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid: 'Opvoeden is niet de pretentie hebben alles te kunnen realiseren zonder medewerking. Het houden van toezicht is dan ook meer dan opvoeden en sanctioneren. Het grootste gedeelte van de taak impliceert namelijk het bevorderen van de naleving om vervolgens via opvoeden op het topje van de pyramide bij de vlag van sanctioneren terecht te komen. Deze laatste activiteit is toezicht uitoefenen pur sang. Dit vindt maar in een fractie van de totaliteit van de gevallen plaats. *Eerder wordt gebruik gemaakt van 'normoverdragende gesprekken' naar aanleiding van klachten.* (cursivering. aut.)', p. 77.

en gecontroleerde dan ook niet worden gekwalificeerd als een van een 'gezamenlijke belangen-relatie' gebaseerd op wederzijds vertrouwen.[181]

Niettemin valt – gelet op het realiseren van de genoemde 'positieve doelen' én de wijze waarop daar invulling aan gegeven wordt – de constatering te maken dat de machtsuitoefening in de besloten context niet per definitie een repressief sluitstuk kent; in tegenstelling tot de strafrechtelijke handhaving in de open context. Deze handhaving in de besloten context neemt meer 'verfijnde' trekken aan doordat het bestuur niet louter met 'harde middelen' – inzet van handhavingsmiddelen – tracht de naleving van wetten te effectueren, maar door bijvoorbeeld een dergelijk normoverdragend gesprek. Wat in theoretisch opzicht verschillend is, betreft het feit dat de machtsuitoefening aldus gepaard gaat met een zekere mate van overreding van de justitiabele. Concreter geformuleerd: het bestuur wenst justitiabelen niet louter haar 'wil' op te leggen, maar tracht eerder draagvlak te bewerkstelligen voor de door haar na te streven maatschappelijke orde. Niettemin is de dreiging met repressie aanwezig. In deze gevallen van ordeningsrecht gaat het dus niet om het louter opleggen van een bepaalde heerschappij, maar om het *overtuigen* van justitiabelen dat een bepaalde wijze van opereren het beste is en deze geëist wordt. Het van overheidswege communiceren over de norm naar de betrokkenen accentueert dat het hier niet om louter handhaving langs repressieve weg gaat.

2.5.10. Tussenconclusie

Binnen het breder verband van handhaving, vormen controlebevoegdheden een belangrijke schakel in de opsporing van de meeste vormen van 'ordeningsrecht'. Het controle- en opsporingsonderzoek vormen elkaars contrast, in de zin dat zij op verschillende juridische uitgangspunten zijn gebaseerd. Uitganspunt bij het controleonderzoek vormt de 'rechtmatigheids'-hypothese waarin juist onderzocht wordt of de situatie conform de wettelijke regeling is. De betrokkene is in beginsel gehouden aan dat onderzoek medewerking te verlenen; anders dan in de opsporingssfeer, waar de verdachte over bepaalde verdedigingsrechten beschikt. Dit geschetste kader wordt gerelativeerd door het fenomeen van de repressieve controle. Hierbij worden controleonderzoeken geïnitieerd op basis van een 'abstract vermoeden' van wetsovertreding, waarbij de grens met de strafvorderlijke verdenking in zicht kan komen. Over de aard van de relaties tussen de procesdeelnemers in de opsporingssfeer, te weten de verdachte en de strafvorderlijke autoriteiten, bestaat geen onduidelijkheid: dit is een van antagonisme.

Vervolgens is de vraag opgeworpen in hoeverre dit eveneens geldt voor de controlesfeer, te weten de aard van de relatie tussen de controleur en gecontroleerde. In dat verband kan onderscheid gemaakt worden – gezien de uiteenlopende vorm van controleonderzoeken – tussen de open en besloten context. Geconcludeerd is dat controleonderzoeken in de open context qua aard van de genoemde relaties het meest overeenkomen met opsporingsonderzoeken. In de open context bestaat er in principe geen persoonlijke relatie tussen controleur en gecontroleerde en dit heeft meer het karakter van het voorportaal van opsporing. Hier is controle bij uitstek gericht op strafrechtelijke afdoening. De relatie tussen controle en opsporing is hier het sterkst aanwezig. Hierbij gaat het weliswaar om juridisch verschillende procedures, maar de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde vormt het primaire doel. De controle vormt derhalve in dit geval overwegend een verlengstuk van de opsporing.

Dit ligt anders in de besloten context. Er kan een zekere relatie bestaan tussen controleur en gecontroleerde; op basis van bijvoorbeeld verleende vergunningen. De machtsuitoefening van overheidswege ligt hier genuanceerder. Controle in de besloten context kent een meer eigen

[181]. Buruma, a.w., p. 197.

dynamiek. Hoewel de betrokkenen veelal in een afhankelijkheidsrelatie verkeren ten opzichte van het bestuursorgaan, en de handhaving in de besloten context zeker met dito machtsmiddelen gepaard kan gaan, is die machtsdreiging hier latenter aanwezig. Het gaat in tegenstelling tot handhaving in de open context namelijk niet louter om dominantie door de inzet van handhavingsmiddelen (bestuursdwang, bestuurlijke boete); er is een belangrijke rol weggelegd voor een appèl op de betrokkenen op de in het geding zijnde waarden. Dit wordt geconcretiseerd in het veelvuldig gebruik van de 'normoverdragende' gesprekken en waarschuwingsbrieven in de besloten context. We kunnen de aard van de relaties tussen controleur en gecontroleerde in de besloten context dan ook het best duiden als 'gematigd antagonistisch'. Die 'matiging' wordt aldus verklaard doordat een reeds bestaande bestuurlijke relatie bestaat, waarbij het nastreven van positieve doelen zich nadrukkelijker manifesteert.

In de volgende paragraaf zal ingegaan worden op de juridisch inhoudelijke aspecten van de controlesfeer.

2.6. De Awb controlesfeer

2.6.1. Achtergrond van de wettelijke regeling

Na in de voorgaande paragrafen de 'controlesfeer' op een meer theoretisch/fenomenologisch niveau geanalyseerd te hebben, waarbij de verhouding tot de opsporingssfeer aan de orde kwam, staat nu de concrete toepassing van de controlebevoegdheden centraal. Hierbij wordt aandacht besteed aan de bevoegdheden uit de Algemene wet bestuursrecht. Verreweg de meeste controle activiteiten zullen op dit juridisch kader gebaseerd zijn. De controlebevoegdheden in de Awb kennen immers in beginsel een ruimer toepassingsbereik in vergelijking met bijvoorbeeld dito bepalingen uit de AWR. De bevoegdheden uit die AWR kunnen slechts worden uitgeoefend tegen 'administratieplichtigen', terwijl de Awb een dergelijke beperking niet kent. In tegenstelling tot bijvoorbeeld het fiscale recht, gaat het hier dus om directe bevoegdheden. Die fiscale bevoegdheden zijn 'spiegelbeeldig' geformuleerd als wettelijke informatieverplichtingen.[182] Concreet betekent dit dat in de wet niet bepaalde bevoegdheden letterlijk worden uitgedrukt, maar verplichtingen aan (primair) belastingplichtigen worden geformuleerd. Daarbij gaat het om het voldoen aan vorderingen van de fiscus tot verschaffing van informatie, in een door de wet aangeduide vorm.[183] Andere belangrijke wetten waarin controlebevoegdheden zijn toe-

[182]. De belangrijkste controlebevoegdheden op het gebied van de Algemene wet inzake rijksbelastingen zijn samengebracht in de AWR zelf (art. 47-56). Zie voor een bespreking van de fiscale inlichtingenverplichtingen: G. de Bont, H. Hertoghs, H. van Immerseel, M. Lambregts (red.), *(Fiscale) inlichtingenverplichtingen: enige beschouwingen uit de praktijk en de wetenschap*, Amsterdam: De Bont Advocaten, 2013. Aangaande het verschil tussen de Awb en AWR controlebevoegdheden dient gewezen te worden op het regeringsstandpunt: 'Het gaat daarbij immers om informatieverplichtingen en administratieve verplichtingen ten behoeve van de belastingheffing, waarbij het door de inspecteur verzamelen van gegevens ten behoeve van het primaire proces van belastingheffing centraal staat, in plaats van het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften of vergunningsvoorschriften, hetgeen in de derde tranche uitgangspunt is. Dit komt bijvoorbeeld naar voren bij de verplichtingen van administratieplichtigen ten behoeve van de belastingheffing ten aanzien van derden, waarbij de fiscus gegevens verzamelt terwijl de informatieplichtige zelf geen belanghebbende is bij de uiteindelijke belastingheffing op basis van die gegevens. In dit verband is het dan ook begrijpelijk dat de verplichtingen ten dienste van de belastingheffing in de Awr specifieker en gedetailleerder zijn omschreven dan de toezichtsbevoegdheden in afdeling [5.2] van de Awb. Derhalve ligt in de Awr het accent op 'uitvoeringstoezicht' en ligt toepassing van afdeling 5.2 Awb op deze vorm van toezicht minder in de rede.' *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 57. Zie ook *Kamerstukken II* 1997/98, 25 280, nr. 3, p. 93.

[183]. Zie aangaande de redactie van de fiscale controlebevoegdheden en de term 'spiegelbeeldig': Wortel a.w., p. 370.

gekend betreffen de Wegenverkeerswet 1994, de Opiumwet en bijvoorbeeld de Algemene Douane wet. Controlebevoegdheden vormen het instrumentaria voor de overheid om onderzoek te verrichten naar de juiste naleving van wetgeving. Dit sluit aan bij de eerder besproken definitie van het controleonderzoek: het onderzoek van overheidswege gericht op het vaststellen in hoeverre bepaalde regelgeving wordt nageleefd.

Heit feit dat de controlebevoegdheden wettelijk geregeld zijn dient twee doelstellingen. Enerzijds wordt daarmee tegemoet gekomen aan het vereiste dat inbreuken op grondrechten een formeel wettelijke basis behoeven. Het gaat hier immers om bevoegdheden die tegen personen kunnen worden aangewend. In dit verband vermeldt de memorie van toelichting bij de derde tranche Awb, bij wijze van uitgangspunt:

> 'Aan de overheid toekomende handhavingsbevoegdheden moeten haar in staat stellen de burgers zo nodig te dwingen om de wettelijke voorschriften te respecteren en na te leven; (...) recht moet ook gedaan worden aan rechtsstatelijke eisen van bescherming van de burgers tegen niet gerechtvaardigde of te zware inbreuken op vrijheden, aantasting van (vermogens)rechten of belangen van burgers, waaronder begrepen een bescherming van de persoonlijke levenssfeer. (...).[184] Gestreefd is naar de totstandbrenging van een afgewogen samenstel van bevoegdheden die voor een goede uitoefening van toezicht noodzakelijk zijn en tegelijkertijd de vrije rechtssfeer van burgers zoveel mogelijk respecteren.'[185]

Anderzijds dient de wettelijke verankering van die bevoegdheden tot uitdrukking te brengen dat de betrokkenen verplicht zijn om aan die toepassing medewerking te verlenen. Dit volgt uit de medewerkingsverplichting ex artikel 5:20 Awb. Daarbij dient gewezen te worden op het voorstel van de regering om in dat artikel een algemene regeling op te nemen, omtrent de toepassing van bestuursdwang. Voor schending van artikel 5:20 Awb kan dan een last onder dwangsom worden opgelegd. Dit volgt uit de op 17 januari 2018 gepubliceerde consultatieversie van het wetsvoorstel 'Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en het nieuwe nadeelcompensatierecht'.[186]

2.6.2. Kernbegrip: de toezichthouder

In de Algemene wet bestuursrecht zijn de controlebevoegdheden toegekend aan de 'toezichthouder', waarmee dit begrip een fundamentele betekenis heeft.[187] Deze functionaris wordt volgens artikel 5:11 Awb als volgt gedefinieerd:

> Onder toezichthouder wordt verstaan: een persoon bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.

Artikel 5:11 Awb bepaalt zodoende aan welke functionaris de bevoegdheden toekomen en daarmee in zekere zin al het toepassingsbereik van de bevoegdheden uit afdeling 5.2 Awb. Sommige

184. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 130.
185. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 137.
186. Zie hierover uitgebreid O.J.D.M.L. Jansen, 'Gehoorzamen of boeten. Het afdwingen van medewerking aan een toezichthouder in het algemeen bestuursrecht', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming*, nr.5/6 december 2018, p. 225-233.
187. Het begrip toezichthouder moet onderscheiden worden van toezichthoudende diensten als 'Inspecties'; te weten toezichthoudende diensten op rijksniveau. Onafhankelijke toezichthoudende organisaties worden aangeduid als 'Autoriteit'.

bevoegdheden zullen immers voor bepaalde toezichthouders geen betekenis hebben (zie daarover paragraaf 3.6.3).[188] Wanneer in bijzondere wetten eveneens wordt verwezen naar de term toezichthouder gaat het om de definitie in dit genoemd artikel.[189] Met de aanwijzing als toezichthouder beschikt de betrokkene over de bevoegdheden van deze afdeling, tenzij de 'bijzondere regelgever' of de besluitnemer hem bepaalde bevoegdheden onthouden. Opvallend is voorts dat in de definiëring het begrip toezichthouder wordt verbonden aan ‘een persoon’. Daarmee kan uit de redactie van artikel 5:11 Awb en (impliciet) uit de daarop volgende artikelen worden afgeleid dat de wetgever zich hier alleen richt op natuurlijke personen. Dit leidt tot de gevolgtrekking dat indien rechtspersonen, bestuursorganen of andere instanties *als toezichthouders* zijn aangewezen, niet de organisatie als zodanig de bevoegdheden uitoefent (op basis van de Awb), maar de door haar aangewezen toezichthouders.[190]

De term ‘persoon’ in het begrip toezichthouder heeft nog een andere bijkomende consequentie. Dat is het gegeven dat ook niet-ambtenaren als toezichthouder kunnen worden aangewezen. Weliswaar wordt blijkens de memorie van toelichting bij artikel 5:11 Awb het toezicht bij wijze van regel opgedragen aan ambtenaren. Echter, de verzelfstandiging van overheidsdiensten heeft tot gevolg gehad dat in bijzondere wetgeving in enkele gevallen werknemers van privaatrechtelijke ondernemingen als toezichthouders zijn aangewezen. Een voorbeeld daarvan vormt het al eerder aangehaalde Verispect B.V., belast met onder meer de handhaving van de Waarborgwet. De regering overwoog in dit verband:

> ‘Hoewel met het verlenen van toezichthoudende bevoegdheden aan personen buiten het overheidsapparaat terughoudend wordt omgesprongen, zijn er onvoldoende redenen om gevallen waarin niet ambtenaren met toezicht zijn belast buiten het bereik van afdeling [5.2] te laten. In artikel [5: 11] is daarom geen beperking aangebracht tot ambtenaren. Om deze reden is voorts gekozen voor de neutrale term "toezichthouder", die zowel ambtenaren als andere personen omvat.’[191]

Desalniettemin heeft de regering gesteld dat terughoudendheid dient te worden betracht met het verlenen van toezichthoudende bevoegdheden aan personen buiten het overheidsapparaat. [192] Bij wijze van uitgangspunt kan gesteld worden dat hoe groter het maatschappelijk belang van

---

[188]. Hét voorbeeld betreft de AFM toezichthouder voor wie de bevoegdheid tot monsterneming geen betekenis zal hebben.

[189]. Zie Bröring a.w., p. 78. Bröring merkt op dat het gebruik van toezichtbevoegdheden veelal tevens d.m.v. beleidsregels genormeerd is. De beleidsregels kunnen dan dienen als motivering voor het gebruik ervan (art. 4:82 Awb). Ten behoeve van het verrichten van ‘feitelijke’ handelingen kunnen namelijk ook beleidsregels worden gegeven.

[190]. Niettemin kunnen rechtspersonen, bestuursorganen of andere instanties bij bijzondere wetgeving als toezichthouders worden aangewezen. In dat geval dient die bijzondere wet ook te voorzien in de bevoegdheden die de toezichthouders kunnen uitoefenen. Zie Rogier, a.w., p. 7.

[191]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 139. Jansen, a.w., p. 40, over de procedure van aanwijzing etc.

[192]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 139. Zie voorts Rogier a.w., p. 9. Rogier wijst er op dat het regelmatig voorkomt dat niet-ambtenaren met toezicht worden belast en haalt de uitspraak Pres. Rb. Zutphen 10 augustus 2001 *Gst.* 2001, 7148/6 m.nt. Teunissen (Recreatiewoningen Harderwijk) aan. De burgemeester van Harderwijk had vier medewerkers van een particulier onderzoeksbureau op grond van artikel 69, eerste lid onder 3°, Wet op de Ruimtelijke Ordening aangewezen als toezichthouder op de naleving van de voorschriften krachtens de Wet RO ten behoeve van controle van permanente bewoning van vakantiewoningen. Bewoners van vakantiewoningen hadden aangevoerd dat de door de toezichthouders over illegale bewoning verzamelde gegevens onrechtmatig waren verkregen en door de gemeente niet mochten worden gebruikt om permanente bewoning tegen te gaan. De president in kort geding overwoog echter, dat het feit dat controleurs op sommige terreinen buiten hun boekje waren gegaan niet afdoet aan de bevoegdheid van de burgemeester personen krachtens voormeld artikel aan te wijzen als controleurs.

de betreffende voorschriften, des te minder particulier toezicht in aanmerking komt.[193] 'Het meest zwaarwegende argument om terughoudend te zijn met de aanwijzing van particuliere toezichthouders is volgens Rogier het rechtsstatelijke argument. Primair kan volgens hem de vraag worden gesteld of de handhavingstaak, te weten de taak om in een staat de orde en veiligheid te bewaken (waaraan inbreuk op grondrechten inherent kan zijn), niet voortvloeit uit het dwangmachtsmonopolie van de overheid. Dat heeft dan als consequentie dat de overheid verplicht moet worden geacht die taak zelf uit te voeren.[194] Niet in alle gevallen acht de wetgever toezicht door particuliere toezichthouders dus aanvaardbaar. Een voorbeeld daarvan vormt volgens Rogier de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wet Mulder). Hoewel volgens artikel 3, eerste lid van die wet ambtenaren bij AMvB kunnen worden aangewezen, waarmee derhalve ook particulieren kunnen worden aangewezen, geschiedt handhaving in de praktijk overwegend door politieambtenaren.[195]

Voorts heeft het vereiste dat de toezichthouder als zodanig dient te zijn aangewezen ('bij of krachtens wettelijk voorschrift belast') belangrijke juridische consequenties. Politieambtenaren bijvoorbeeld, zijn niet per definitie als toezichthouder aangewezen. Zij kunnen dan ook niet *zonder meer* over de in de Awb genoemde controle bevoegdheden beschikken.[196] De aanwijzing zelf kan onderverdeeld worden in een 'individuele' en een 'categoriale' aanwijzing. In het eerstgenoemde geval worden personen met toezichtsbevoegdheden uitgerust door hen met name te noemen of door middel van hun functie. De bijzondere wet kan het tot handhaving bevoegde gezag de bevoegdheid geven om ambtenaren als toezichthouder aan te wijzen.[197] Is er sprake van een categoriale aanwijzing, dan wordt veelal een orgaan of een dienst bij of krachtens wettelijk voorschrift aangewezen, waarvan de ambtenaren met toezichthoudende bevoegdheden worden uitgerust. Op haar beurt dient de aanwijzing op grond van 5:11 Awb te geschieden volgens wettelijk voorschrift. In dit verband is van belang:

> 'Uitgangspunt is dat een tot de centrale overheid behorend orgaan de bevoegdheid om toezichthouders aan te wijzen ontleent aan een wet in formele zin.'[198]

De ruime term 'wettelijk voorschrift' is volgens Jansen gekozen omdat de bevoegdheid van een niet tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan om toezichthouders aan te wijzen moet zijn gebaseerd op een algemeen verbindend voorschrift, dat niet per se een wet in formele zin

---

193. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 58-59.

194. Derks, Van Nus en Simon stellen dat de ontwikkelingen op het terrein van de privatisering van overheidstaken ertoe leiden dat toezichthoudende taken steeds vaker in de handen van particulieren wordt gelegd. Ook wijzen zij op het gevaar van de verstrengeling van het algemeen belang met commerciële belangen. Zie A. Derks, A. van Nus en H. Simon, 'Het toezicht op burgers in de Algemene wet bestuursrecht', *NJB* 1993, p. 1544-1553.

195. Bij de parlementaire behandeling van de wet is destijds door de Minister van Justitie het volgende gesteld. Op plaatsen waar bepaalde overtredingen cumuleren kan het opsporen van die overtredingen worden opgedragen aan specifieke functionarissen die een niet zo ruime opleiding hebben als de politie. Volgens de minister kan gedacht worden aan handhaving van parkeervoorschriften. Zodra echter het verkeer aan de orde is dient de politie met handhaving te zijn belast. Handelingen Tweede Kamer 15 februari 1989. p. 4962. Vgl. L.J. Rogier en J.W. van der Hulst, *De Wet Mulder, artikelsgewijs commentaar op de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften*, vierde druk, Kluwer, Deventer 2004. p. 31.

196. In de memorie van toelichting bij de Wet regulering prostitutie wordt bijvoorbeeld aanbevolen naast politieagenten ook gemeentelijke toezichthouders aan te stellen. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 3.

197. Blomberg noemt als voorbeelden de artikelen 100 Woningwet, art. 18.4 Wet milieubeheer en art. 50 Mededingingswet. Daarnaast wijst hij er op dat ook mogelijk is dat de wet rechtstreeks bepaalt wie toezichthouders zijn, zoals in artikel 104 Flora- en Faunawet. Zie A.B. Blomberg, 'Toezicht en 'opsporing' in het punitieve bestuursrecht', *Strafblad* 2005, p. 410.

198. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 139

behoeft te zijn. Een raadsverordening is bijvoorbeeld volgens hem voldoende.[199] Bij deze wettelijke voorschriften kan het aldus 'lagere' regelgeving betreffen. Ingevolge artikel 5:14 Awb kunnen bij het wettelijk voorschrift of het besluit tot aanwijzing van de toezichthouders de bevoegdheden van de toezichthouders worden beperkt. Daarentegen kan het toekennen van aanvullende bevoegdheden alleen door de wetgever in formele zin geschieden.[200] De lagere wetgevers en bestuursorganen zijn daartoe derhalve niet bevoegd: regeling van toezichtbevoegdheden bij vergunningvoorschriften is niet toelaatbaar.[201]

2.6.3. Normering van de Awb toezichtsbevoegdheden

Elke toezichthouder in de zin van de Awb beschikt automatisch over de in afdeling 5.2 Awb genoemde bevoegdheden, tenzij deze bij wettelijk voorschrift of bij het aanwijzingsbesluit tot benoeming van de toezichthouder(s) zijn beperkt (zie art. 5:14 Awb). Niet alle toezichthouders hebben immers alle bevoegdheden nodig voor het uitoefenen van toezicht op de naleving van de wet waarvoor zij zijn aangewezen. Het hieronder te bespreken evenredigheidsbeginsel brengt volgens de Memorie van Toelichting daarom al enige functionele beperkingen ten aanzien van de toezichtsbevoegdheden met zich mee. De bevoegdheden waarin de Awb voorziet kunnen volgens Rogier worden ingedeeld in drie categorieën:

- administratieve bevoegdheden, waarbij administratieve gegevens worden gecontroleerd (art. 5:16 en 5:17 Awb);
- bevoegdheden met betrekking tot de controle van zaken (art. 5:18 en 5:19 Awb) en
- ondersteunende bevoegdheden, die dienen tot liet mogelijk maken van de uitoefening van andere bevoegdheden (art. 5:15[202] en 5:16 Awb).[203]

In het kader van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming is van fundamenteel belang, dat de uitoefening van toezichtsbevoegdheden 'feitelijke handelingen' betreft.[204] Aangaande de normering van deze controlebevoegdheden dient op de eerste plaats opgemerkt te worden dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn.[205] Op grond van artikel 3:1

---

[199]. Jansen, a.w., p. 40. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 139.

[200]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 56.

[201]. ABRvS 12 juli 1995, *AB* 1996, 164.

[202]. Opmerking verdient dat hoewel de toezichthouder zich kan laten vergezellen door andere door hem aangewezen personen (5:15 Awb), dit nog niet betekent dat deze personen zelfstandige onderzoeksbevoegdheden toekomen. Milieu toezichthouders laten zich dikwijls door de politie vergezellen, DNB laat zich bijvoorbeeld door externe accountants, en de AFM door 'een informele stille curator' vergezellen. Deze groepen beschikken dus niet zelfstandig over de controlebevoegdheden.

[203]. Rogier, a.w., p. 12 en 16. Volgens Rogier kan de bevoegdheid ex 5:16 Awb ook een ondersteunend karakter hebben wanneer deze bijvoorbeeld betrekking heeft op het verkrijgen van informatie om inzage in de administratie of het uitvoeren van onderzoek van zaken mogelijk te maken.

[204]. Zo oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat een schriftelijk verzoek van de voormalige Stichting toezicht effectenverkeer (thans Autoriteit Financiële Markten) om inlichtingen op grond van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 geen besluit was in de zin van artikel 1:3, eerste lid Awb. Het College vond voor dit oordeel mede steun in de wetsgeschiedenis van de Awb waarin met zoveel woorden wordt opgemerkt dat het bij het uitoefenen van toezicht gaat om feitelijk handelen. *Kamerstukken II* 1993/94 23 700, nr. 3, p. 142. Pres. CRvB 9 oktober 2001, AB 2002, 32 (m.nt. Bröring). Verhey en Verheij pleiten evenwel voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming bij toezichtshandelingen. Preadvies NJV 2005, Kluwer, Deventer, p. 301 e.v.

[205]. Zie voor de normering van de 'bewijsvergaring in het bestuursstrafrecht: A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht,* (diss. Deel II - EUR), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 43-10. In de literatuur is overigens opgemerkt dat in de praktijk weinig verzet plaatsvindt tegen de inzet van toezichtsbevoegdheden. Roth acht dat opmerkelijk omdat partijen die actief zijn op de financiële markten veel vaker worden geconfronteerd met die onderzoekshandelingen dan met sancties. G.P. Roth, 'De toezichtsbevoegdheden van de AFM en DNB', *Op zoek naar de grenzen van het schier teugelloze*, *Ondernemingsrecht* 2009-12, p. 492.

Awb[206] zijn deze beginselen niet alleen van toepassing op besluiten, maar normeren zij ook feitelijke gedragingen. De feitelijke aard van de bestuurshandelingen verzet zicht niet tegen onverkorte toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur. Zowel Nicolai als Jansen concluderen daartoe (zij het langs verschillende wegen). Nicolaï stelt dat behoorlijkheidsnormen uit afdeling 3.2 Awb onverkort van toepassing zijn op niet op rechtsgevolg gerichte beslissingen, feitelijke handelingen in de procedure van de voorbereiding en het nemen van het besluit en die in het kader van de uitvoering van een besluit.[207] De andere feitelijke handelingen maken geen deel uit van de totstandkoming van een besluit: ze staan op zichzelf. De toezichthandelingen die geen besluit zijn, zijn volgens hem feitelijke handelingen die rechtstreeks met een besluit in verband slaan. Daarom zijn de bepalingen in hoofdstuk 3, met name afdeling 3.2 Awb op grond van artikel 3:1, tweede lid, Awb onverkort van toepassing: de aard van deze handelingen verzet zich immers daar niet tegen. Hoewel Jansen de uitkomst van deze redenatie juist acht, meent hij echter dit niet afhankelijk is van de vraag of zij rechtstreeks in verband staan met een besluit.[208] Immers, veel toezichthandelingen (en afhankelijk van de definitie van het boeteonderzoek ook handelingen bij het boeteonderzoek) zijn juist zelfstandig. Jansen stelt in dit verband dat het vaak de bedoeling is om met een effectief controlebeleid het aantal sanctiebesluiten te verminderen of laag te houden. Voor zover deze handelingen geen besluiten zijn, is er hier nu juist niet een rechtstreeks verband met een later (sanctie)besluit. Hij ziet echter niet in waarom de aard van de betrokken handeling zich zou verzetten tegen de onverkorte toepasselijkheid van de normen uit de afdelingen 3.2 tot en met 3.5 Awb.

Bij deze beginselen van behoorlijk bestuur gaat het om bijvoorbeeld:

- het gelijkheidsbeginsel,
- het vertrouwensbeginsel,
- het verbod van détournement de pouvoir,
- het evenredigheidsbeginsel,
- het zorgvuldigheidsbeginsel en
- het motiveringsbeginsel.

Een aantal van deze beginselen is (deels) gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht. Zo is het motiveringsbeginsel bijvoorbeeld neergelegd in de artikelen 3:46 (deugdelijke motivering) en 3:47, eerste lid, Awb (kenbare motivering), het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4, tweede lid, Awb en het verbod van détournement de pouvoir in artikel 3:3 Awb. Het valt volledig buiten het bestek van dit onderzoek om hier de algemene beginselen van behoorlijk bestuur integraal te bespreken. Deze zijn elders ook overvloedig behandeld.[209] Thans wordt gefocust op de meest directe norm, die in de betreffende Awb titel wordt neergelegd: het evenredigheidsbeginsel ex artikel 5:13 Awb. Dat artikel – een specialis van artikel 3:4, lid 2 Awb – bepaalt dat de toezichthouder slechts gebruikmaakt van zijn bevoegdheden wanneer dit ‘redelijkerwijs noodzakelijk is’. Gesteld kan worden dat het evenredigheidsbeginsel tot een ‘stappenschema’ leidt.[210] Schematisch schema ziet dat er zo uit:

---

[206]. Artikel 3:1 lid 2 Awb: Op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.

[207]. Zie P. Nicolaï e.a., *Bestuursrecht*, zesde druk, Amsterdam: Amsterdam1997, p. 256.

[208]. Jansen a.w., p. 159-160.

[209]. Zie bijvoorbeeld P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur (*diss. UvA), Deventer: Kluwer 1990, Jansen, a.w., p. 157-188, R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2011, p. 258-274

[210]. Jansen, a.w., p. 14:’Ook geldt dan voor hem een aantal verplichtingen: hij moet zich legitimeren (artikel 5:12 Awb), hij moet een schriftelijk bewijs afgeven indien hij zakelijke gegevens en bescheiden meeneemt om in te zien (artikel 5:17, derde lid, Awb), hij moet genomen monsters in beginsel teruggeven (artikel 5:18, vijfde lid,

1 – Is de betrokkene, het object van de controlebevoegdheden, normadressaat van de regeling?

2 – Is de uitoefening van de bevoegdheid redelijkerwijs noodzakelijk voor de taakvervulling?

Indien beide vragen positief beantwoord zijn:

3 – Dient de bevoegdheids**t**oepassing op een voor de betrokkene zo min mogelijk belastende wijze te worden uitgevoerd.

4 – Dient bij de bevoegdheidsuitoefening (in geval van firma's met meerdere werknemers) gezocht te worden naar de meest gereden persoon.

Ad 1: Normadressaat?

De de vraag die bij de toepassing van de controlebevoegdheden als eerste aan de orde dient te komen, is gof de betrokkene normadressaat van de betreffende regelgeving is.[211] Volgens de wetgever brengt artikel 5:13 Awb mee dat toezichtsbevoegdheden slechts mogen worden aangewend jegens personen die betrokken zijn bij activiteiten waarop moet worden toegezien ingevolge de wettelijke regeling op grond waarvan de toezichthouder met toezicht is belast. Het evenredigheidsbeginsel brengt in ieder geval met zich mee dat een bevoegdheid slechts mag worden uitgeoefend jegens de personen die betrokken zijn bij activiteiten waarop moet worden toegezien ingevolge de wettelijke regeling op grond waarvan de toezichthouder met toezicht is belast.

Het evenredigheidsbeginsel impliceert in dit verband dat het toezicht zich slechts dient te richten tot degenen die de activiteiten waarop ingevolge de toepasselijke wettelijke regeling moet worden toegezien, direct verantwoordelijk zijn. De uitoefening van toezichtsbevoegdheden kan dan ook enkel die personen betreffen die betrokken zijn bij activiteiten waarop krachtens de betrokken wettelijke regeling moet worden toegezien. Dat kunnen naast de direct betrokkenen echter ook derden zijn, indien zij normadressaat in het kader van de vigerende wetgeving zijn.[212] De positie van die derden kan echter aanleiding vormen tot discussie. Het gaat er volgens Roth

Awb) en de belanghebbende zo spoedig mogelijk in kennis te stellen van het onderzoek, de opneming of de monsterneming (artikel 5:18, zesde lid, Awb). Ten slotte mag de toezichthouder slechts gebruik maken van zijn bevoegdheden voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is (artikel 5:13 Awb). De bijzondere wetgever en de besluitnemer kunnen de door de aanwijzing als toezichthouder aan een persoon toekomende bevoegdheden beperken (artikel 5:14 Awb).'

[211]. A.R. Hartmann, 'Over toezicht en opsporing. Inhoudelijke voorwaarden van publiekrechtelijke bevoegdheden in perspectief', in: L.J.J. Rogier en H. de Doelder (red.), *Toezicht. Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht*, Deventer: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 43.

[212]. Aan de betekenis van de woorden 'een ieder' is in de parlementaire stukken geen aandacht besteed. In elk geval behoort daartoe de van overtreding verdachte (rechts)persoon. Maar niet alleen deze. De rechtbank Rotterdam oordeelde dat de tekst van artikel 5:20 Awb op zichzelf geen grond biedt voor de aanname van een beperking van de kring van personen tot wie een vordering tot medewerking in de vorm van het (laten) verstrekken van inlichtingen kan worden gericht. Het vragen van inlichtingen is niet beperkt tot de van overtreding verdachte rechtspersoon en haar wettelijke vertegenwoordigers. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat de wetgever de plicht tot medewerking heeft willen beperken tot een specifieke groep personen. Rb Rotterdam 7 augustus 2003 (Texaco), ECLI:NL:RBROT:-2003:AI1062).

namelijk met betrekking tot de positie van derden om, dat op grond van het evenredigheidsbeginsel voor vergaande bevoegdheidstuitoefening jegens hen geen plaats zal zijn.[213]

Ad 2: redelijkerwijs noodzakelijk/evenredigheid
Hoewel voor de aanwending van controlebevoegdheden geen verdenking vereist is, is een misvatting dat deze 'te allen tijde kunnen worden' toegepast. In relatie tot de opsporingsbevoegdheden is relevant dat er wel degelijk sprake is van een voorwaarde die vervuld dient te zijn. De vraag is gesteld of duidelijker tot uitdrukking moet worden gebracht dat de toezichtsbevoegdheden in beginsel alleen mogen worden uitgeoefend als er aanwijzingen van een overtreding zijn of bij een steekproefsgewijze controle. In dit verband stelde de wetgever het volgende:

> 'Wij onderschrijven de stelling dat de in afdeling 5.1 opgenomen toezichtsbevoegdheden niet te allen tijde kunnen worden uitgeoefend. De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit verzetten zich daartegen. Naar ons oordeel biedt artikel 5.1.3 een adequaat kader om recht te doen aan deze beginselen, ook al is de daarin neergelegde norm in algemene bewoordingen gesteld. De concrete uitwerking ervan is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een in de wet opgenomen beperking, inhoudende dat toezichtsbevoegdheden alleen mogen worden uitgeoefend als er aanwijzingen zijn van een overtreding of bij een steekproefsgewijze controle, zou onvoldoende rekening houden met de variëteit van de omstandigheden waaronder toezicht op de naleving pleegt plaats te vinden en zou de praktijk van het nalevingstoezicht onnodig belemmeren.'[214]

De stelling dat controlebevoegdheden 'te allen tijde' mogen worden aangewend is aldus juridisch niet correct gelet op de visie van de wetgever. Bij de parlementaire behandeling is opgemerkt dat gebruikmaking van de Awb toezichtsbevoegdheden niet in elke fase van het uitgeoefend toezicht geoorloofd is. Dit gelet op het feit dat het ingrijpende bevoegdheden betreffen ten aanzien waarvan betrokkenen verplicht kunnen worden hun medewerking te verlenen (zie art. 5:20 Awb). Naast de al benoemde beginselen van behoorlijke bestuur volgt de belangrijkste voorwaarde voor toepassing van controlebevoegdheden uit artikel 5:13 Awb:

> Een toezichthouder maakt van zijn bevoegdheden slechts gebruik voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

In tal van wettelijke bepalingen is derhalve opgenomen dat de desbetreffende bevoegdheid slechts wordt uitgeoefend voor zover dit redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is.[215] Voor de hand ligt de opvatting dat het op deze wijze neergelegde evenredigheidsbeginsel in ieder geval inhoudt dat de toezichthouder een bevoegdheid niet mag uitoefenen als dat voor de vervulling van zijn taak niet redelijkerwijs noodzakelijk is. Echter, wat betekent dit nu in het kader van de concrete juridische toetsing? Volgens Buruma impliceert het evenredigheidsbeginsel dat de rechter bij de toetsing aan het criterium niet op zijn eigen redelijkheidsoordeel kan

---

[213]. In dit verband heeft Roth het volgende gesteld omtrent de positie van pensioenuitvoeringsorganisaties – die als derden moeten worden beschouwd – ten opzichte van de pensioenuitvoerders. Dat pensioen uitvoerders zijn onderworpen aan de medewerkingsplicht bij onderzoeken van de AFM en DNB die verband houden met de naleving van de Pensioenwet. In het kader van de Pensioenwet is aandacht besteed aan de positie van de uitvoeringsorganisaties. Uit de toelichting volgt dat de onderzoeksbevoegdheden in beginsel ook inzetbaar zijn jegens deze uitvoeringsorganisaties. Daarbij wordt wel opgemerkt dat dit, gelet op het evenredigheidsbeginsel, achterwege moet blijven als de desbetreffende informatie net zo gemakkelijk rechtstreeks bij de pensioenuitvoerder zelf kan worden opgevraagd. G.P. Roth, 'Onderzoeksbevoegdheden van DNB en AFM niet onbegrensd', *Pensioenmagazine* januari 2012, p. 8.
[214]. *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 72.
[215]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 134.

afgaan. Leidend dient te zijn wat vanuit het gezichtspunt van de betreffende ambtenaren redelijk was.[216] Dit brengt volgens Buruma mee dat in de praktijk de voornaamste toetssteen zal zijn wat andere ambtenaren in vergelijkbare omstandigheden doen. Daarbij is het dan volgens hem vrijwel onmogelijk een geval in te denken waarbij de rechter een andere interpretatie zal geven aan enerzijds het 'objectieve redelijkerwijs noodzakelijk voor de vervulling van hun taak' en anderzijds het subjectieve 'naar hun redelijk oordeel nodig voor de vervulling van hun taak'. Als de bevoegdheid aan een toezichthouder is toebedeeld, dan moet worden beoordeeld of de handeling redelijk was met het oog op het toezicht, aldus Buruma. De vraag is dan wel wat overblijft van de rechtsbeschermende functie van het redelijkheidsoordeel, wanneer de invulling daarvan overwegend plaatsvindt vanuit instrumenteel perspectief. Getoetst wordt immers aan het perspectief van diegenen die de bevoegdheden uitoefenen. Eenzelfde afweging vinden we overigens terug bij artikel 19 WED.[217]

Voorts dient de toezichthouder bij aanvang van het onderzoek dienen te motiveren waarom hij van zijn bevoegdheid gebruik maakt. Zo stelt de wetgever:

> 'Het is een eis van zorgvuldigheid dat een toezichthouder bij de uitoefening van een hem verleende bevoegdheid aan de betrokkene de reden meedeelt waarom hij van zijn bevoegdheid gebruik zal maken.'[218]

Dit is van belang omdat de aangezochte partij dan kan beoordelen of hij verplicht is medewerking te verlenen. De toezichthouder zal in de regel niet tot de uitoefening van een hem toegekende bevoegdheid kunnen overgaan als de betrokkene reeds (desgevraagd) te kennen heeft gegeven vrijwillig medewerking te verlenen. Voorts is van belang dat medegedeeld wordt welke objecten precies worden gevorderd, gelet op de aard en omvang van het onderzoek. Dit kan als een waarborg tegen zogeheten 'fishing expeditions' worden opgevat. Een verschijnsel dat overheidsonderzoek impliceert waarbij zoveel mogelijk informatie verzameld wordt, in de hoop iets belastends te vinden. Het onderzoek kan dan uitgebreid worden op basis van dat materiaal. In de praktijk komt dan ook niet zelden de vraag op welke documenten en inlichtingen nu precies door toezichthouders kunnen worden gevorderd. Ook ten aanzien hiervan is bepalend of de toezichthouder kan motiveren waarom, en met het oog op de naleving van welke norm**,** de informatie redelijkerwijs nodig is. In paragraaf 3.6.5 komen concrete zaken aan de orde waar een dergelijk succesvol verweer aangaande het evenredigheidsbeginsel is gevoerd, in relatie tot dergelijk onderzoek.

Ad 3: bevoegdheidsuitoefening op een minst belastende wijze
De strekking daarvan is dat inbreuk op rechten van betrokkenen zo gering mogelijk te maken. Derhalve dient in beginsel voor de 'minst bezwarende' bevoegdheid te worden gekozen.

---

[216]. Buruma, a.w., p. 198. Vergelijk hetgeen Aler hierover heeft opgemerkt: 'De vraag of het onderzoek 'redelijkerwijs nodig' is met het oog op de vervulling van de toezichthoudende taak, staat immer ook – en in ieder geval in eerste instantie – ter beoordeling van de ambtenaar, die zich daartoe moet afvragen, of dát onderzoek relevante gegevens zal kunnen opleveren en of die gegevens bij de taakvervulling niet gemist kunnen worden.' (…) Anderzijds brengt de objectivering van het subjectieve oordeel van de ambtenaar omtrent de noodzakelijkheid van bepaald onderzoek mee, dat ook daaraan de maatstaf wordt gesteld, of een redelijk handelend ambtenaar, gelet op de betrokken belangen, in die situatie dat onderzoek noodzakelijk zou achten.' Zie Aler, a.w., p. 192-193.
[217]. Huygen schrijft hier bijvoorbeeld over dat het gebruik van de bevoegdheid slechts beperkt wordt door de eis dat het optreden 'nodig' is naar het redelijk oordeel van de ambtenaar. Het oordeel van de ambtenaar staat daarbij centraal. Controle achteraf op het gebruik van de bevoegdheid is in principe wel mogelijk, tenzij men zich op het meer subjectieve standpunt stelt, dat wat een ambtenaar optreden nodig vindt, dit automatisch een redelijk oordeel oplevert. Huygen verijst daarbij naar het arrest HR 23 oktober 1956, *NJ* 1956, 106. Zie Huygen, a.w., p. 50
[218]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 142.

Bröring geeft een aantal voorbeelden.[219] Zo kan volgens hem gedacht worden dat eerst wordt getracht bepaalde informatie via het vorderen van inlichtingen te verkrijgen (art. 5:16 Awb), en wanneer dat geen soelaas biedt, via het openen van verpakkingen (art. 5:18, tweede lid, Awb). Of de situatie dat eerst wordt getracht een plaats (niet zijnde een woning) zonder inschakeling van de politie te betreden, en pas daarna, wanneer gebleken is dat het niet anders lukt, dit dwangmiddel van de politiehulp in te zetten (art. 5:15 eerste, respectievelijk tweede lid, Awb).

Ad 4: taakvervullingscriterium

Ten slotte geldt dat gelet op artikel 5:13 Awb toezichthouders hun bevoegdheden slechts mogen uitoefenen tegenover die personen welke betrokken zijn bij de activiteiten waarop ingevolge de wettelijke regeling moet worden toegezien. Anders dan bij de vraag of de betrokkene norm-adressaat van de vigerende regeling is, gaat het er in dit verband om dat de bevoegdheden worden uitgeoefend bij een onderneming *alleen ten aanzien van die personeelsleden* die betrokken zijn bij de activiteiten waarop de wettelijke regeling moet worden toegezien. Daartoe dienen de betreffende functionarissen te worden aangezocht. Op grond van het 'taakvervullingscriterium' geldt aldus dat wanneer toezichthouders binnen bijvoorbeeld een bedrijf inlichtingen vorderen, genoemd criterium meebrengt dat niet iedere werknemer (vanzelfsprekend) om inlichtingen mag worden gevraagd. Er dient gezocht te worden naar de persoon die voor het object van onderzoek het meest geschikt is om vragen te stellen.[220] Een controle naar de naleving van arbeidsomstandigheden kan wezenlijk verschillen van een controle aangaande milieuwetgeving en zo kunnen op haar beurt de functies van werknemers natuurlijk verschillen. Het antwoord op de vraag wie binnen de onderneming dan de 'meest gerede' persoon is, hangt aldus af van de taakverdeling binnen de betreffende organisatie.[221]

---

[219]. Bröring a.w., p. 87. Rogier wijst ook op de volgende bijstandszaak CRvB 31 juli 2001, *Gst.* 2001, 6, waarbij de toetsing aan proportionaliteit (niet onevenredig) en subsidiariteit (op een niet minder ingrijpende wijze kunnen worden bereikt) duidelijk zichtbaar is. Overwogen werd: 'dat in het kader van een heronderzoek naar het recht op uitkering voor de verlening van bijstand van belang zijnde financiële en andere persoonlijke gegevens dienen te worden verstrekt. Bij de beoordeling van de vraag of en zo ja, in welke mate de belanghebbende in een concreet geval verplicht is gegevens te verstrekken neemt de Raad tot uitgangspunt dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer niet onevenredig mag zijn aan het met de verstrekking van de gegevens nagestreefde doel en dat dit doel niet op een minder ingrijpende wijze moet kunnen worden bereikt'. Voor een vergelijkbare zaak verwijst Rogier naar CRvB mei 2001, *Gst.* 2001,7148, 7. Zie Rogier, a.w., p. 18.

[220]. Zie A.B. Blomberg, 'Handhaven binnen EVRM-grenzen', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, VAR-reeks, Den Haag 2004, p. 143. De beperking is gelegen in het evenredigheidsbeginsel. In de zaak Rb. Rotterdam 7 augustus 2003, *AB* 2004, 92, m.nt. OJ, oordeelde de rechtbank dat in beginsel een ruimere kring van personen, dan alleen de (civielrechtelijke) vertegenwoordigers van een onderneming, door de toezichthouder kunnen worden gehoord, mits voldaan is aan het criterium van betrokkenheid.

[221]. Bröring, a.w., p. 97-98. Jansen 1999, a.w., p. 19. Overigens is hier discussie over mogelijk. Zie in dat verband A.B. Blomberg, Integrale handhaving van milieurecht, Den Haag 2000. p. 66-67 en P.E.B. Corten, J. Mouthaan, 'De onderzoeksbevoegdheden van de STE (I)', *Bank- en Effectenrecht* 1998, p. 24-25. Volgens deze auteurs mogen – in beginsel – van elk personeelslid inlichtingen worden gevorderd; zolang de vordering dienstig is aan de taakvervulling van de toezichthouder. Dat impliceert dus een ruimer standpunt. Volgens Naeyé loopt het vragen van inlichtingen (in fiscale zaken) aan willekeurige ondergeschikten het risico buiten de grenzen van de normale controle te vallen doordat de vragen kunnen indringen in hun persoonlijke levenssfeer, in die zin dat zij in hun relatie tot andere personeelsleden wier handelen onderwerp van onderzoek is, in verlegenheid worden gebracht. Naeyé verwijst voorts naar het standpunt van de staatssecretaris van financiën die derhalve van mening was dat de wetgeving terecht geen algemene bevoegdheid kende om in het kader van een controle aan personeel inlichtingen te vragen, en dat in een eventuele vertraging van de informatievergaring, welke kan ontstaan door het afschermen van de controlerende ambtenaar, moet worden berust. Zie J. Naeyé, 'De informatieplicht in fiscale zaken', in: C.H.J. Enschedé, N. Keijzer, J.C.M. Leijten en Th.W. van Veen (red.), Liber amicorum J. Remmelink, Arnhem: Gouda Quint bv 1987, p. 432. Zie antwoord Staatssecretaris van financiën op 13 december 1985 op de Kamervraag van De Grave en Kombrink, *Kamerstukken II* 1985/86, 17 050, nr. 57.

2.6.4. De vordering van inlichtingen: artikel 5:16 Awb

De bevoegdheid die het meest het juridisch contrast toont ten opzichte van de opsporingssfeer en het recht tot zwijgen van de verdachte, vormt de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen met een verplichting tot spreken. Op grond van artikel 5:16 Awb kan een toezichthouder vragen stellen waarbij bovendien voor de betrokkene op grond van 5:20 Awb *de verplichting* bestaat naar waarheid te antwoorden. Artikel 5:16 Awb luidt:

> Een toezichthouder is bevoegd inlichtingen te vorderen.

Uit het werkwoord 'vorderen' blijkt al dat dit geen vrijblijvende aangelegenheid is voor degene aan wie inlichtingen worden gevraagd.[222] Jansen duidt deze rechtsplicht als een 'passieve' informatieverplichting, omdat zij pas na een vordering ontstaat.[223] Op grond van artikel 5:20, eerste lid Awb is de bevraagde dan ook verplicht om naar waarheid te antwoorden. De betrokkene kan alleen weigeren om antwoord te geven voor zover deze onderworpen is aan een geheimhoudingsplicht. Zie op dit punt artikel 5:20, tweede lid Awb. Hierbij is – gelet op het dwangelement – relevant dat zulk een verplichting slechts bestaat wanneer het duidelijk is voor de betrokkene dat inlichtingen worden gevorderd; het moet dus niet gaan om 'vrijblijvende' vragen.[224] Het dient te gaan om 'min of meer' concrete vragen en niet om gegevens die vastliggen in een administratie maar om 'losse gegevens'. Tevens moeten de 'aard' en de 'omvang' van de gevraagde inlichtingen duidelijk zijn. Volgens Bröring vloeit dit naast het rechtszekerheidsbeginsel reeds voort uit het begrip inlichtingen.[225] Bij inlichtingen gaat het derhalve om gerichte, gespecificeerde vragen. Welke inlichtingen dat zijn zal van geval tot geval verschillen.

De inlichtingenvordering dient in verband te staan met een wettelijk voorschrift (of een daarop gebaseerde norm) waarop het toezicht in casu betrekking heeft.[226] Uit artikel 5:16 Awb in combinatie met artikel 5:13 Awb kan worden afgeleid dat de toezichthouders slechts inlichtingen mogen vorderen voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is; zoals in de vorige paragraaf aan de orde kwam. De bevoegdheid is voorts mede begrensd door het doel van de desbetreffende wet. Tot het vorderen van andere inlichtingen dan de reikwijdte van de wet toestaat is de toezichthouder dan ook niet bevoegd. Het vorderen van inlichtingen in strijd met het doel dat de wet aangeeft levert schending op van het verbod van détournement de pouvoir.' Iets anders is of een toezichthouder bevoegd is 'stelselmatig informatie in te winnen' zonder dat kenbaar is dat hij als toezichthouder optreedt. In het kader van de opsporing is voor observatie en het stelselmatig inwinnen van informatie een aparte regeling getroffen in het Wetboek van Strafvordering. Daarvoor is toestemming nodig van de officier van justitie. Deze regeling geldt niet bij het uitoefenen van toezicht. Maar wel is duidelijk dat daarbij op dezelfde wijze inbreuk kan worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. Zonder uitdrukkelijke publiekrechtelijke bevoegdheid daartoe kunnen dergelijke inbreuken onrechtma-

---

222. Zie Rogier, a.w., p. 12-13. Rogier wijst er op dat in sommige sectorwetten de term 'verlangen' gebruikt wordt in plaats van 'vorderen'. 'Vorderen' sluit volgens Rogier beter aan bij art. 184 van het Wetboek van Strafrecht, maar inhoudelijk maakt dat volgens hem geen verschil. Het moet wel duidelijk zijn dat er medewerking wordt verlangd en dat de betrokkene naar waarheid antwoordt. Er is meer bedoeld dan een puur informatieve vraag, aldus Rogier.

223. Jansen, a.w., p. 18.

224. Zie Bröring, a.w., p. 109: 'Een losse vraag of een vaag verzoek is onvoldoende om een medewerkingsverplichting te scheppen. Doorslaggevend is niet op welke wijze de vordering is gedaan (schriftelijk of mondeling, door woord of door gebaar). Naar objectieve maatstaven dient het bestaan en de inhoud van een vordering te worden bepaald (...).'

225. Bröring, a.w., p. 97.

226. Bröring a.w., p. 97.

tig zijn. Eveneens geldt dat zonder een wettelijke grondslag tot het stellen van vragen een betrokkene niet verplicht is tot antwoorden.[227] Gelet op het feit dat het niet-antwoorden doorgaans strafbaar is, is dat geen irrelevante constatering. Het stellen van vragen kan overigens zowel *mondeling* als *schriftelijk* geschieden; daarover meer in de volgende paragraaf.

Het begrip inlichtingen
De bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen wordt veelal aangewend om duidelijkheid te verkrijgen over gegevens die reeds ergens zijn geadministreerd.[228] Het gaat dan niet om de vraag wat er is geadministreerd (daartoe dient artikel 5:17 Awb; zie hierna), maar veelal om toelichtende informatie. Inlichtingen kunnen zowel mondeling als schriftelijk worden gevorderd en verstrekt. Indien de complexiteit en de aard van de materie daartoe aanleiding geeft zal de informatie die de toezichthouder nodig heeft in schriftelijke vorm beschikbaar dienen te worden gesteld. De reikwijdte van deze controlebevoegdheid vormt aanleiding tot discussie. Vallen onder het vorderen van inlichtingen ook bescheiden/documenten? In het kader van informatievorderingen door de AFM is dit aan orde gekomen; hetgeen resulteerde in uiteenlopende jurisprudentie. Aanvankelijk oordeelde de Rotterdamse voorzieningen rechter namelijk op 22 juni 2012, dat gelet op de wetgeschiedenis van artikel 5:16 Awb onder de bevoegdheid van de toezichthouder inlichtingen te vorderen tevens moet worden begrepen het opvragen van gegevens; verwijzende naar *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 5, [kantnummer 6.53].[229]

Tot een afwijkend oordeel kwam de Rotterdamse voorzieningen rechter bij uitspraak van 5 september 2012.[230] Dit oordeel luidde dat de voorzieningenrechter – anders dan in de eerdergenoemde uitspraak – van oordeel is dat artikel 5:16 Awb en artikel 1:74 Wft respectievelijk de toezichthouder en AFM geen bevoegdheid bieden tot het vorderen van zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden, doch uitsluitend zien op inlichtingen in mondelinge dan wel schrifte-

[227]. Bröring, a.w., p. 97. Zie tevens A.B. Blomberg, 'Handhaven binnen EVRM-grenzen', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, VAR-reeks, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 142.
[228]. Rogier, a.w., p. 12.
[229]. Rechtbank Rotterdam 22 juni 2012, Voorlopige voorziening, ECLI:NL:RBROT:2012:BW9478 . Door verzoeker was betoogd dat de AFM niet de bevoegdheid toekomt om kopieën van dagafschriften van zijn betaalrekeningen te vorderen. Artikel 5:17 Awb zou namelijk slechts voorzien in het vorderen van inzage daarin en het maken van kopieën door de toezichthouder ter plaatse. De rechtbank Rotterdam oordeelde in dit verband: 'Gelet op de wetgeschiedenis van artikel [5:16] van de Awb moet onder de bevoegdheid van de toezichthouder inlichtingen te vorderen tevens worden begrepen het opvragen van gegevens (*Kamerstukken II* 1994/95, 700, nr. 5, [kantnummer 6.53]). De artikelen 5:16, 5:17 en 5:20 van de Awb en artikel 1:74 van de Wft in onderling verband gelezen, kunnen niet anders worden begrepen dan dat (een toezichthouder van) AFM in beginsel bevoegd is (kopieën van) dagafschriften van betaalrekeningen te vorderen, waar die zich ook bevinden.'
[230]. Rechtbank Rotterdam 5 september 2012, Voorlopige voorziening, LJN: BX6988, ECLI:NL:RBROT:2012:-BX6988): '6. Verzoekers betogen dat artikel 5:17 van de Awb slechts ziet op het vorderen van inzage in zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden en in het maken van kopieën daarvan door de toezichthouder ter plaatse, terwijl artikel 5:16 van de Awb volgens hen slechts ziet op het geven van mondelinge inlichtingen. Hierop voortbordurend betogen verzoekers dat AFM daarom niet van A kan vorderen dat zij zelf een kopie van (elektronische) bestanden aanlevert. Verder betogen zij in dit verband dat C niet in gebreke is te voldoen aan artikel 5:20 van de Awb nu AFM zich nimmer ten kantore van C heeft vervoegd met het verzoek om (elektronische) gegevens en bescheiden in te mogen zien en eventueel te kopiëren. Ten slotte menen zij in dit verband dat de toezichthouder geen bevoegdheid heeft om de woning van F – waar de (digitale) administratie van E zich bevindt – te betreden zonder zijn. (…) 6.4 Gelet op het vorenstaande komt een toezichthouder van AFM niet de bevoegdheid toe om van A te vorderen kopieën te verstrekken. Wel kan de toezichthouder van A vorderen dat toegang tot de onderneming wordt verstrekt opdat kopieën kunnen worden gemaakt. Indien A vervolgens zelf aangeeft dat het voor haar minder belastend is zelf een kopie aan AFM te verstrekken dan kan de toezichthouder of AFM daarmee instemmen. AFM kan echter geen last baseren op het niet voldoen aan een vordering tot het zelf verstrekken van kopieën. Dit betoog inzake A slaagt derhalve in zoverre.'

lijke vorm. Volgens de voorzieningenrechter reikt de in artikel 5:20 Awb neergelegde corresponderende medewerkingsplicht niet verder dan het naar waarheid mondeling of schriftelijk beantwoorden van vragen (zie ook *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 144).

Het oordeel van de meervoudige kamer op 21 februari 2013 was daarentegen in lijn met de eerste uitspraak van de voorzieningenrechter (namelijk die van 22 juni 2012).[231] De rechtbank oordeelde dat artikel 5:16 Awb geen beperkingen bevat in de wijze waarop inlichtingen worden gevorderd, zodat het ook mogelijk is om zakelijke gegevens en bescheiden op te vragen. De rechtbank is, anders dan de voorzieningenrechter in zijn uitspraak van 5 september 2012 en met verwijzing naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van 22 juni 2012, van oordeel dat de inlichtingenvordering van artikel 5:16 Awb een algemene bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen behelst, waarmee ook kopieën van stukken en bescheiden kunnen worden gevorderd. Een redelijke wetsuitleg (*Kamerstukken II*, 23 700, nr. 5) brengt mee dat het verstrekken van inlichtingen, naast het naar waarheid mondeling of schriftelijk beantwoorden van vragen, ook kan bestaan uit het verstrekken van zakelijke gegevens en bescheiden. Daarmee worden immers ook naar waarheid inlichtingen verstrekt. Uitgangspunt van de toezichtbepalingen is volgens de rechtbank dat de toezichthouder moet kunnen beschikken over de voor de uitoefening van het toezicht naar zijn oordeel noodzakelijke gegevens en bescheiden. De uitleg in de uitspraak van 5 september 2012 wordt door de rechtbank niet gevolgd nu die tot gevolg zou hebben dat via de verdergaande en meer belastende inzagebevoegdheid van artikel 5:17 Awb door de toezichthouder ter plaatse inzage in de gegevens en bescheiden dient te worden gevorderd teneinde kopieën te maken. Gelet op het in artikel 5:13 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel valt niet in te zien op grond waarvan de toezichthouder op grond van artikel 5:16 Awb niet bevoegd is om kopieën van gegevens en bescheiden te vorderen, maar via de verdergaande inzagebevoegdheid van artikel 5:17 Awb wel (ter plaatse) inzage in de gegevens en bescheiden kan vorderen (teneinde deze te kopiëren).

Gelet op het voorgaande is de vraag hoe het begrip inlichtingen – in de zin van artikel 5:16 Awb – nu benaderd dient te worden? Uit de weergegeven rechtspraak kan het volgende worden afgeleid. In de eerste plaats is het begrip inlichtingen verruimd. Onder inlichtingen van 5:16 Awb kunnen ingevolge deze uitspraak, ook zakelijke gegevens en bescheiden worden gevorderd. Daarmee is het onderscheid met 5:17 Awb aanzienlijk verkleind. Qua praktische betekenis brengt de behandelde rechtspraak mee dat de inlichtingenvordering door de toezichthouder toegestuurd kan worden. Het is dus niet noodzakelijk dat de toezichthouder zelf ter plaatse aanwezig hoeft te zijn. Aldus kan de AFM per brief kopieën van zakelijke stukken vorderen.

Daarentegen kunnen bij de uitspraak van de rechtbank Rotterdam 21 februari 2013 wel de nodige kanttekeningen geplaatst worden. Ten eerste geldt het wet systematische argument dat, als benoemd, met de gegeven uitleg het onderscheid tussen de artikel 5:16 Awb en 5:17 Awb aanzienlijk verkleind is. De vraag rijst wat de meerwaarde van artikel 5:17 Awb nog is, indien de toezichthouder de verlangde gegevens toegestuurd kan krijgen middels een inlichtingenvorde-

---

[231]. Rechtbank Rotterdam, meervoudige kamer, 21 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2448. Zie ook Rechtbank Rotterdam, meervoudige kamer, 21 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10889 en 28 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9229.

ring ex artikel 5:16 Awb. Het lijkt aldus in strijd met de bedoeling van de wetgever, een *wetshistorisch* argument, om het inlichtingenbegrip uit te breiden naar gegevens en bescheiden, daar waar de wetgever apart voorzien heeft in een vordering tot inzage daartoe.

Hiernaast is de redenering die gevolgd wordt door de rechtbank aangaande het evenredigheidsbeginsel niet geheel geen logisch en daarom niet overtuigend. Gesteld wordt dat wanneer een 'enge interpretatie' wordt gevolgd van 5: 16 Awb, de toezichthouder van zijn 'meer belastende' bevoegdheid gebruik dient te maken. Op grond van het evenredigheidsbeginsel valt dat volgens de rechtbank niet in te zien. In die redenatie van de rechtbank wordt aldus de evenredigheid voorop geplaatst, waaraan in essentie de belangen van de betrokkenen ten grondslag liggen. Met de redenatie van de rechtbank zou dan meer tegemoet worden gekomen aan de belangen van betrokkenen. In die redenatie schuilt een probleem. Immers diezelfde belanghebbende stelt zich immers teweer tegen de wijze waarop deze bevoegdheid wordt gehanteerd. Daarbij ontstaat door de gegeven uitleg voor de betrokkene een juridische verplichting om aan de inlichtingenvordering te voldoen. Juridisch is de situatie anders wanneer de toezichthouder de betrokkene uitnodigt om aan een verzoek te voldoen, bij gebreke waarvan die alsnog overgaat tot toepassing van 5:17 Awb. (Dit is ook in lijn met de overweging van het vonnis van de voorzieningenrechter op 5 september 2012).[232] Nu wordt gedaan feitelijk gesteld dat dit in het beste belang van de betrokkene is, terwijl deze zich juist tegen de bevoegdheidstoepassing verzet.

Het CBb was kort van stof over deze materie. In een uitspraak op 21 september 2015 (r.o. 4.3.) oordeelde het college dat bevoegdheid om inlichtingen te vorderen als bedoeld in artikel 5:16 Awb en artikel 1:74, eerste lid, Wft, aldus dient te worden uitgelegd dat deze behelst de bevoegdheid om kopieën van gegevens en bescheiden te vorderen. Daarbij werd de bevoegdheid in verband gebracht met het toezicht op de naleving van de bij of krachtens de Wft gestelde regels, in het licht van artikel 50 tweede lid, aanhef en onder a, van de Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten.[233] De toezichthouder (AFM) kan dus *in elk geval* ten aanzien van de handhaving van de Wft op basis van 5:16 Awb kopieën van gegevens en bescheiden vorderen.

2.6.5. De vordering tot inzage: Artikel 5:17 Awb

Naast het vorderen van inlichtingen kunnen toezichthouders medewerking vorderen aan een inzage van schriftelijke stukken. Artikel 5:17 Awb luidt:

> 1. Een toezichthouder is bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden.
> 2. Hij is bevoegd van de gegevens en bescheiden kopieën te maken.
> 3. Indien het maken van kopieën niet ter plaatse kan geschieden, is hij bevoegd de gegevens en bescheiden voor dat doel voor korte tijd mee te nemen tegen een door hem af te geven schriftelijk bewijs.

Ook hier geldt dat voor de justitiabele naar objectieve maatstaven duidelijk dient te zijn dat het hier een vordering betreft en wat in dat kader wordt verlangd. Principieel verschil met het vor-

[232]. Rechtbank Rotterdam 5 september 2012, Voorlopige voorziening, LJN: BX6988, ECLI:NL:RBROT:2012, (r.o. 6.4): 'Indien A vervolgens zelf aangeeft dat het voor haar minder belastend is zelf een kopie aan AFM te verstrekken dan kan de toezichthouder of AFM daarmee instemmen. De AFM kan echter geen last baseren op het niet voldoen aan een vordering tot het zelf verstrekken van kopieën.'

[233]. CBb 21 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:287. Zie ook CBb 21 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:288.

deren van inlichtingen (en niet onbelangrijk, gelet op de hieronder te bespreken 'fishing expeditions') is het feit dat deze vordering betrekking moet hebben op *reeds* bestaande, vastgelegde gegevens. Zoals Jansen stelt zijn de bevoegdheden om inlichtingen en om inzage te vorderen verwant.[234] Bij beide staat de gegevensuitwisseling tussen de burger en de toezichthouder centraal. Bij een vordering tot het geven van inlichtingen doet vooral de burger het werk; bij de inzagevordering behoeft de burger de gegevens in beginsel slechts te tonen. Bij de eerste bevoegdheid gaat het meestal om losse gegevens; bij de tweede om gegevens die in een administratie zijn geordend.' Dikwijls gaat het om door de wet verplicht gevoerde administraties.[235] Die tweedeling moet evenwel gezien de behandelde Rotterdamse jurisprudentie aangaande AFM inlichtingenvorderingen sterk worden genuanceerd. De toezichthouder verricht bij de vordering van artikel 5:17 Awb in elk geval het eigenlijke werk door de inhoud van de gegevens te bekijken. Hoewel toezichthouders geen algemene bevoegdheid tot in beslag name bezitten, mogen zij wel kopieën maken van documenten en andere zakelijke gegevens en bescheiden.[236] Is dit evenwel ter plekke niet mogelijk, dan kunnen zij – voor korte tijd en uitsluitend voor het maken van kopieën – tegen een door hem af te geven schriftelijk bewijs stukken meenemen (5:17, lid 3 Awb).[237] Met de woorden 'gegevens en bescheiden' is aansluiting gezocht bij de elders in de Algemene wet bestuursrecht gehanteerde terminologie (zie bijvoorbeeld artikel 4:2, lid 2 Awb). De 'boeken' worden niet meer afzonderlijk genoemd in deze bepaling: ondernemingen en particulieren leggen hun administratie steeds vaker vast in elektronische bestanden in plaats van in boeken of andere bescheiden.' De term 'gegevens' omvat ook gegevens die langs elektronische weg zijn vastgelegd. Bij het woord 'gegevens' is niet gedacht aan alle denkbare gegevens, maar uitsluitend aan documenten en gegevens die in een administratie zijn geordend. Onder gegevens worden in deze context ook digitaal vastgelegde gegevens verstaan. Van belang is dat persoonlijke gegevens niet mogen worden gevorderd. Volgens de wetgever is de bevoegdheid om inzage te krijgen in persoonlijke gegevens en bescheiden een bevoegdheid die in beginsel alleen bij de opsporing passend is.[238] Dergelijke gegevens en bescheiden mogen *niet* persoonlijke gegevens en bescheiden omvatten. Deze kunnen slechts worden ingezien (in het kader van een opsporingsonderzoek) volgens de daarvoor geldende regels van het WvSv.[239]

Als een grensoverschrijdend gebruik van bevoegdheden bestaat het fenomeen 'fishing expeditons'. In principe is het wel toegestaan om – als daartoe aanleiding bestaat, op grond van het gevonden materiaal – het onderzoek gaandeweg uit te breiden. Dergelijke onderzoeken kenmerken zich doordat ongericht en zonder dat precies duidelijk is wat het concrete doel van de zoeking, getracht wordt zo veel mogelijk informatie te vinden, in de hoop iets belastends te

---

234. Jansen, a.w., p. 18.

235. Bijvoorbeeld op grond van bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek (art. 2:10, eerste lid, en art. 2:24, eerste lid BW) en fiscale wetgeving (art. 52 AWR). Zie de noot van S.M.C. Nuijten, *JOR*/2015, 302.

236. Bröring, a.w., p. 102. Met de begrippen 'gegevens en bescheiden' wordt aangesloten bij de in de Awb gehanteerde terminologie (zie bijv. art. 4:2, tweede lid. Awb).

237. Bröring, a.w., p. 103: 'De term kopieën is gekozen omdat deze, in tegenstelling tot de term afschrift, ook adequaat is waar het gaat om langs elektronische weg vastgelegde gegevens. (...) De bedoeling van een en ander is wel duidelijk: sprake moet zijn van een technische of anderszins feitelijke onmogelijkheid om kopieën te maken; in dat geval mag de toezichthouder elders kopieën maken, maar dan wel zo snel als mogelijk (ook om de alledaagse bedrijfsvoering niet nodeloos te hinderen). Een schriftelijk bewijs dient te worden verstrekt om misverstanden achteraf te voorkomen.'
Kopieën kunnen ook gemaakt worden door gegevens uit te printen; zie MvT. PG Awb III., p. 336.

238. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 144.

239. Jansen, a.w., p. 20 en Bröring, a.w., p. 102. In de praktijk zal het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke gegevens niet altijd even helder te maken zijn. Ook gegevens die opgenomen zijn in persoonsregistraties kunnen een zakelijk karakter hebben. Zie als voorbeeld, MvT, PG Awb III p. 345-346. MvT, PG Awb III, p. 345-346: 'Zo zal bijvoorbeeld de onderwijsinspectie inzage kunnen vorderen [in] de leerlingenadministratie van een school.'

vinden. Op grond van dit belastende materiaal wordt vervolgens nader onderzoek verricht. Gesteld kan worden dat het onrechtmatige karakter van de 'fishing expedition' gelegen is in de strijd met de zorgvuldigheidsnorm. In dat verband is het eerdere aangehaalde vereiste relevant, dat het volgens de wetgever een 'eis van zorgvuldigheid' is, dat een toezichthouder bij de uitoefening van een hem verleende bevoegdheid, aan de betrokkene de reden meedeelt waarom hij van zijn bevoegdheid gebruik zal maken.'[240] Als uitvloeisel daarvan geldt welke objecten precies worden gevorderd, gelet op de aard en omvang van het onderzoek.[241]

Een terrein waar de kwestie rondom 'fishing expeditons' volop speelde is het mededingingsrecht waarin het handelen van de NMa nogal eens 'op het randje' werd gekwalificeerd.[242] De NMa hanteerde namelijk een praktijk waarbij zij de gehele harde schijf van computers kopieerde door zogeheten 'forensic images te maken', omdat zij ter plekke nog niet voor onderzoek relevante van niet-relevantie informatie kon scheiden. Deze praktijk bracht echter mee dat de NMa veel meer gegevens leek te verkrijgen dan *redelijkerwijs nodig* was voor de vervulling van haar taak. [243] De privacy lijkt hier een belangrijk aspect te zijn. De NMa verkreeg namelijk ook allerlei bedrijfscorrespondentie die niet te maken had met het onderzoek.[244] Zoals Verhey en Verheij schreven:

> "Zij verkreeg zelfs de liefdesbrieven die de secretaresse eventueel in de tijd van de baas heeft zitten schrijven of misschien wel de porno die de directeur stiekem heeft zitten downloaden."

In de zaak van RB Den Haag 9 april 2003, AB 2003, 199 m.nt. OJ kwam de betrokken onderneming tegen een dergelijke praktijk in geweer. Op 19 en 20 maart 2003 deed de Nma een inval bij de vesting Gouda van bouwonderneming HBG en vorderde zij inzage in relevante zakelijke gegevens en bescheiden (op grond van art. 5:17 Awb). Door de praktijk van de 'forensic images' verkreeg de NMa meer gegevens dan HBG zelf, omdat laatstgenoemde niet beschikte over de software die nodig is om een 'forensic image' te maken en reeds verwijderde bestanden te openen.[245] HBG accepteerde dit niet en vorderde in civiel kort geding teruggave van alle, subsidiair alle elektronische, kopieën die de NMa had gemaakt. De voorzieningenrechter oordeelde dat het in strijd was met art 5:17 Awb dat de NMa over meer informatie beschikte dan HBG zelf. (Dergelijke 'forensic images' blijken meer informatie te bevatten dan het origineel.) Tegelijkertijd had deze er begrip voor dat de NMa niet ter plekke al een onderscheid kon maken

---

[240]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 142.

[241]. Dit sluit aan bij de reactie van de vereniging van mededingingsrecht op de 'werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren'(PMF-064268), p. 3: 'De eerste bedrijfsbezoeken van de NMa kenmerkten zich door een summiere omschrijving van het doel en voorwerp van onderzoek. Meer dan eens heeft de NMa documenten overhandigd aan ondernemingen waarin was opgenomen dat het onderzoek zich richtte op: "*inbreuken op artikel 6 Mededingingswet bestaande uit prijs- en marktverdelingsafspraken in de X sector*". Gelet op het belang wat de concept werkwijze toekent aan het doel en voorwerp van het onderzoek – wat als basis wordt genomen om te bepalen of gegevens binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen en aldus opgenomen worden in het onderzoeksdossier, menen wij dat de NMa in de omschrijving van het doel en voorwerp zichzelf de verplichting dient op te leggen zo specifiek mogelijk het doel en voorwerp van et onderzoek te omschrijven. Een specifiekere omschrijving van het doel en voorwerp van het onderzoek neemt de enerzijds de vrees weg bij ondernemingen dat de NMa geen *fishing expeditions* uitvoert. Anderzijds vermindert een specifieke omschrijving dat de NMa die *fisihing expeditions* kan uitvoeren, omdat op basis van de ruime formulering vrijwel alles valt "binnen de reikwijdte van het onderzoek".'

[242]. Zie ook Blomberg, a.w. p. 140-141

[243]. Gebruik van de speciale software zogenaamde 'forensic images' kwam er ook op neer, dat de NMa ook verwijderde, maar nog niet overschreven bestanden kon zien.

[244]. L.F.M. Verhey, N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief', Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging, in: A.A. Rossum, L.F.M. Verhey, N. Verheij (red.), *Toezicht*, Volume 135 van Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging, Deventer: Kluwer, 2005, p. 266.

[245]. Verhey en Verheij, a.w., p. 267.

op de relevantie van de informatie. Het oordeel luidde daarom dat de NMa op zichzelf wel een 'forensic image' mocht maken, maar daarbij wel enige 'regels' in acht moest nemen. Zo moest de NMa aan HBG de naam van een leverancier van haar software verschaffen. Op die wijze kon HBG dan nagaan tot welke informatie de NMa toegang had. Daarnaast moest de NMa een vertegenwoordiger van HBG in de gelegenheid stellen bij het doorzoeken van de 'forensic images' aanwezig te zijn, dan wel moest zij HBG op de hoogte te stellen van de bij het onderzoek gebruikte zoektermen. De zaak van rechtbank 's-Gravenhage 13 oktober 2008 (LJN BH 2647) sluit naadloos bij de voorgaande aan. Hier oordeelde de voorzieningenrechter dat uit artikel 5:17 Awb voortvloeit dat de NMa, zodra zij overgaat tot het gericht zoeken in de door haar vervaardigde 'forensic images', de betrokkene in de gelegenheid moet stellen dit onderzoek bij te wonen, dan wel, indien de betrokken daarvan geen gebruik wenst te maken, hem op de hoogte moet stellen van de zoektermen die bij het onderzoek worden gebruikt. De voorzieningenrechter oordeelde (r.o. 4.6.) dat aan de bezwaren tegen de handelwijze van de NMa tegemoet kon worden gekomen, door de aanwezigheid van de eisende partij bij het uit te voeren onderzoek van de digitale kopieën. Deze kan er dan op toezien dat de gekopieerde gegevens die buiten doel en onderwerp van het onderzoek vallen niet worden doorzocht.

Over de praktische juridische consequenties van deze uitspraak kunnen vraagtekens worden geplaatst. Wat als er verschil van inzicht ontstaat tussen de NMa (thans ACM) en de partij die voorwerp is van onderzoek, omtrent de aard van de informatie? Het scenario dat de NMa zich op het standpunt stelt dat de betreffende informatie van belang is voor het onderzoek en dat de wederpartij een andersluidende opvatting heeft, ligt voor de hand. Aangaande de door de NMa uit te nodigen vertegenwoordiger blijft het dus onduidelijk; wat zijn zijn rechten ter zake, mocht deze bezwaar maken tegen bepaalde zoekopdrachten? De uitwerking van de uitspraak blijft aldus een uiterst grijs gebied. Deze werkwijze van het maken van 'forensic images' beperkt zich overigens niet tot het Mededingingsrecht. Ook de AFM heeft een werkwijze opgesteld waarin onderscheid wordt gemaakt tussen een forensische image en een digitale kopie van de bestanden of een selectie uit een database.[246] Een forensische image wordt onder meer nodig geacht om de onderdelen te kunnen relateren en om de eventuele op het opslagmedium verwijderde documenten terug te halen. Leliveld acht deze werkwijze, gelet op de subsidiariteitseis en de proportionaliteitseis van artikel 5:13 Awb, in veel gevallen onhoudbaar. Immers op deze wijze worden eerst alle gegevens gekopieerd en wordt pas daarna op door de AFM te bepalen voorwaarden een selectie gemaakt. Dit terwijl volgens hem de gevraagde gegevens veelal betrekking hebben op bijvoorbeeld maar een specifiek dossier of onderwerp. Medewerkers van de onderneming zullen heel wel in staat zijn, om aan te geven waar deze gegevens op de schijf gevonden kunnen worden.[247]

Deze uitspraken illustreren dat de rechter zoekt naar een zeker 'evenwicht' tussen het uitoefenen van toezicht en het zo beperkt mogelijk houden van inbreuken op rechten. Het in staat stellen van de verweerders om commentaar te leveren op de aard van de te onderzoeken informatie, is een manifestatie van het evenredigheidsbeginsel. De voorzieningenrechters hebben aldus duidelijk getracht aan dat beginsel concrete invulling te geven en tegelijk oog gehad voor het praktische punt dat de toezichthouder niet ter plaatse al alle informatie kan duiden. Daarbij gaat het om privacygevoelige informatie. In dat verband is het niet onlogisch dat de verweerders in bijvoorbeeld de zaak uit 2008 zich primair op het standpunt stelden dat artikel 8 EVRM

[246]. Werkwijze Autoriteit Financiële Markten met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens, <www.afm.nl>. De Werkwijze Nederlandse Mededingingsautoriteit met betrekking tot inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden, www.nmanet.nl heeft daarbij als blauwdruk gefungeerd.
[247]. J.T.C. Leliveld, De toezichtbepalingen in de Wft, *Tijdschrift voor Financieel Recht*, Nr. 7/8 juli/augustus 2007, p. 219.

(recht op privacy) was geschonden. Dat verweer werd verworpen.[248] Echter, de schending van het evenredigheidsbeginsel hangt juist ten zeerste samen met die privacy van personen, in de zin dat de aard van die informatie niet relevant kan zijn voor het desbetreffende onderzoek, terwijl deze daar wel in wordt betrokken.

Hoewel in beide kort geding zaken de argumentatie gebaseerd was op de privacy en het evenredigheidsbeginsel, is mogelijk dat het pijnpunt voor de betrokken marktpartijen daar niet in gelegen is. Het onderzoek door de NMa zou geduid kunnen worden als een vorm van repressieve controle. Het is niet goed denkbaar dat deze organisatie in de betreffende casussen over zou gaan tot een dergelijke controle actie zonder op zijn minst enige signalen die zouden duiden op 'onregelmatigheden'; de abstracte vermoedens van wetsovertreding. Hoewel er nog geen sprake is van 'onderzoek' – in de zin van het boeteonderzoek – is de grens poreus en zal die door de partijen die subject van de bevoegdheden zijn, zonder meer als zodanig worden ervaren. Het gaat er dus om dat de betrokken partijen ervaren dat zij op ieder moment 'verdachte' kunnen worden. De privacy en de evenredigheid dienen dan als juridische normen om deze informatie vergaring – in de context van abstracte indicaties van wetsovertreding – te normeren. Door in staat gesteld te worden om als betrokken onderneming een aandeel te hebben aan het selectieproces van informatie, kan deze aan 'damage control' doen.

Ten slotte dient nog een opmerking gemaakt te worden aangaande deze civiele toetsing van bestuursrechtelijk (feitelijk) optreden. Naar de huidige stand van het recht staat tegen de bestuursrechtelijke uitoefening van die controlebevoegdheden *sec* geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. In het kader van de rechtsbescherming bij informatievorderingen geldt dat de betrokkene kan weigeren om aan de vordering te voldoen. Vervolgens kan tegen het daarop gerichte handhavingsbesluit, bijvoorbeeld een last onder dwangsom of boete, worden opgekomen bij de bestuursrechter. Zodoende kan ook, zij het indirect, worden getoetst of de vordering rechtmatig was. Niettemin stelt Roth dat toch bezwaarlijk van justit**ia**belen kan worden verwacht dat zij eerst het onheil over zich afroepen om in aanmerking te komen voor rechtsbescherming. Dat klemt te meer, nu zulks een antecedent oplevert en het doorgaans partijen betreffen die onder doorlopend toezicht staan van de AFM en DNB.[249] De civiele kortgeding rechter kan dan inderdaad een optie bieden. Toch is die route vanuit verschillende gezichtspunten bekritiseerd. Zo wordt in het vonnis van de voorzieningenrechter al opgemerkt (r.o. 4.4.):

> 'Ten aanzien van de stellingen dat de NMa bij het maken van digitale kopieën heeft gehandeld in strijd met het evenredigheidsbeginsel als vastgelegd artikel 5:13 Awb geldt dat het oordeel over het gebruik van die bevoegdheden ten gronde in principe aan de bestuursrechter is. Indien een sanctie naar aanleiding van overtredingen van bepalingen van de Mededingingswet wordt opgelegd, is het aan de bestuursrechter om te oordelen over de rechtsgeldigheid van die sanctie en of de NMa tijdens het tot die sanctie aanleiding gevende onderzoek binnen de toepasselijke wettelijke bepalingen is gebleven. Een zekere mate van terughoudendheid bij beslissingen op vorderingen als hier in kort geding aan de orde is daarom op zijn plaats.'[250]

Roth stelt dan ook terecht dat voorlopige voorzieningenprocedures naar hun aard met zich brengen dat het onderzoek door de rechter beperkt is. Daarbij dient volgens hem bedacht te worden

---

[248]. Rechtbank 's-Gravenhage 13 oktober 2008, LJN:BH2647, r.o. 4.3.
[249]. G.P. Roth, 'De toezichtsbevoegdheden van de AFM en DNB, Op zoek naar de grenzen van het schier teugelloze', *Ondernemingsrecht* 2009-12, p. 499. Zie ook L. Timmerman, De AFM in de Nederlandse rechtstaat, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 55.
[250]. Rechtbank 's-Gravenhage 13 oktober 2008, LJN:BH2647.

dat ook sprake is van een alleensprekende rechter, die vaak door de toezichthouder – vanwege de gepretendeerde haast die is geboden – wordt gedwongen op korte termijn uitspraak te doen. Dat bevordert volgens hem dat voorzieningenrechters nog terughoudender toetsen. Het komt er volgens Roth dan ook op neer dat de bewuste gedraging volgens de civiele voorzieningenrechter 'onmiskenbaar onrechtmatig' moet zijn, of op zijn best, dat zulks 'in hoge mate aannemelijk is'.[251]

2.6.6. Tussenconclusie

Controlebevoegdheden vormen het instrumentarium voor de overheid om onderzoek te verrichten naar de juiste naleving van wetgeving. Uitgangspunt voor de wetgever bij de totstandkoming van de Awb controlebevoegdheden is geweest, de totstandbrenging van een afgewogen samenstel van bevoegdheden die voor een goede uitoefening van toezicht noodzakelijk zijn. Tegelijkertijd dient de vrije rechtssfeer van burgers zoveel mogelijk gerespecteerd te worden. De wettelijke regeling dient aldus de doelstelling dat voldaan is aan het rechtstatelijk vereiste dat inbreuken op grondrechten van een formeel wettelijke basis voorzien dienen te zijn. Daarnaast wordt tot uitdrukking gebracht dat justitiabelen gehouden zijn aan een dergelijke vordering medewerking te verlenen, zulks met het oog op artikel 5:20 Awb.

De controlebevoegdheden worden in de Awb toegekend aan de toezichthouder, welke functionaris daartoe dient te zijn aangewezen; hetgeen bij een individuele' of een 'categoriale' aanwijzing kan plaatsvinden. De politie beschikt dus niet a priori over deze controlebevoegdheden. Doordat in de wettelijke definitie van toezichthouder over 'persoon' wordt gesproken, heeft de wetgever doelbewust de mogelijkheid gecreëerd dat particuliere ondernemingen worden in geschakeld bij het vervullen van de controlefunctie. Hier ligt onmiskenbaar een spanningsveld met het feit dat de handhavingstaak bij uitstek een overheidsfunctie betreft. Particuliere organisaties zullen per definitie een commercieel belang hebben bij het uitvoeren van de aan hen uitbestede handhavingstaak.

De twee controlebevoegdheden die de focus vormden van dit hoofdstuk waren de inlichtingenen inzage vordering (art. 5:16 respectievelijk art. 5:17 Awb). Bij de eerste bevoegdheid gaat het meestal om losse mondelinge gegevens (testimonial evidence); bij de tweede om (tastbare) gegevens (real evidence) die in een administratie zijn geordend. In de literatuur zijn deze bevoegdheden geduid als 'passieve informatieplichten', nu deze pas ontstaan na een daartoe strekkende vordering. Daarbij dient aan de vordering de eis te worden gesteld dat deze objectief als zodanig valt aan te merken; het gaat dus niet om een verzoek. De jurisprudentie inzake de reikwijdte van het inlichtingenbegrip van de rechtbank Rotterdam heeft het onderscheid met de inzagevordering gerelativeerd. Belangrijkste consequentie van de behandelde uitspraken is dat het begrip inlichtingen is verruimd, waardoor ook documenten onder deze term kunnen vallen. Daarbij is niet vereist dat de toezichthouder ter plaatse aanwezig is bij het doen van die vordering. Middels de inlichtingenvordering ex artikel 5:16 Awb kan de toezichthouder aldus documenten vorderen, zonder dat deze ter plaatse is. Gelet op de bedoeling van de wetgever daar een aparte bevoegdheid voor toe te kennen is dat niet een geheel logische uitkomst. Evenmin is dat het gebezigde argument van het evenredigheidsbeginsel ten faveure van een 'ruime interpretatie' van artikel 5:16 Awb, met het argument dat de toezichthouder anders van zijn 'zwaardere bevoegdheid' (art. 5:17 Awb) gebruik moet maken. De reden voor die onlogica is dat de betrokkenen zich juist hebben verzet tegen die bevoegdheid. De vraag is hoe de hoogste bestuursrechter daar over zal oordelen.

[251]. Roth, a.w., p. 499.

Over de toepassingsvoorwaarden van de controlebevoegdheden kan het volgende worden opgemerkt. Naast het vereiste dat de bevoegdheidstoepassing redelijkerwijs noodzakelijk is, geldt dat de betrokkene normadressaat dient te zijn van de betreffende de regeling. Daarnaast dient de bevoegdheidstoepassing op een voor de betrokkene zo min mogelijk belastende wijze plaats te vinden. Voorts dient (in het geval van rechtspersonen) bij de bevoegdheidsuitoefening gezocht te worden naar de meest gerede persoon; afhankelijk van de aard van de vigerende regelgeving. Onjuist is derhalve de stelling dat deze 'te allen tijde' kunnen worden toegepast. Hoewel er geen verdenkingsvereiste geldt, noch aanwijzingen worden verlangd, geldt wel degelijk een toepassingsvoorwaarde waaraan dient te zijn voldaan. De bevoegdheid dient 'redelijkerwijs noodzakelijk' te zijn voor de taakvervulling. De toezichthouder dient daarbij volgens de wetgever bij aanvang van het onderzoek te motiveren waarom hij van zijn bevoegdheid gebruik maakt. De vraag is of dit in de praktijk altijd gebeurd. Die voorwaarde 'redelijkerwijs noodzakelijk, vormt tegelijk de belangrijkste normering en wordt geacht het evenredigheidsbeginsel te omvatten. Concreet kwam die toetsing terug bij de vordering tot inzage in de NMa onderzoeken. In die behandelde rechtspraak is getracht een evenwicht te bereiken tussen instrumentaliteit (het werk van de toezichthoudende instantie) en rechtsbescherming (de normering van die bevoegdheidstoepassing). Enerzijds onderstrepen die civiele kortgeding zaken de mogelijkheid om middels de civiele weg op te komen tegen uitoefening van toezichtsbevoegdheden. Langs de bestuursrechtelijke weg is dat slechts mogelijk door niet aan de vordering te voldoen, hetgeen onwenselijke repercussies in de vorm van een last onder dwangsom of boete mee kan brengen. Anderzijds heeft de toetsing een marginaal karakter door de terughoudende toetsing die de kort geding rechter betracht. Van een dergelijke procedure kan dan ook geen definitieve oplossing van het 'geschil' worden verwacht.

2.7. De WED-opsporingssfeer

2.7.1. De WED-onderzoeksbevoegdheden

In de voorgaande paragrafen is uitgebreid ingegaan op de 'controlesfeer.' Naast de aard en definitie van het begrip zijn ook de aanwending van bevoegdheden en de normering daarvan besproken. In het kader van de sfeerovergang en de relatie tussen controle en opsporing is vervolgens de vraag relevant wanneer de 'opsporingssfeer' een aanvang neemt. Een controleonderzoek kan immers op enig moment aanleiding geven tot het ontstaan van een verdenking in strafvorderlijke zin. Aldus beschouwd vormt dat de klassieke afbakening tussen beide rechtssferen waarbij het verdenkingsbegrip de sleutel tot strafvordering vormt. Het geijkte antwoord *lijkt* dus te zijn op het moment dat sprake is van een verdenking, in de zin van een redelijk vermoeden van schuld, als bedoeld in artikel 27 Sv. Het markeert immers het beginpunt van strafvordering hetgeen meebrengt dat dito rechts- en procedurele waarborgen in acht moeten worden genomen.[252] Daarbij speelt de rechtsbescherming van diegene die voorwerp is van strafrechtelijk onderzoek een belangrijke rol. Bezien vanuit het kader van de 'klassieke' op de verdenking gebaseerde opsporing, vindt het controleonderzoek plaats op moment dat geen redenen zijn om het begaan van een strafbaar feit te veronderstellen. Zo beschouwd is in relatie tot controle de opsporing te duiden als reactief.

[252]. Het 'opsporingsdomein' wordt niet louter betreden door de aanwezigheid van een dergelijk vermoeden van schuld. De invoering van het nieuwe begrip van opsporing bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (Stb. 1999, 245) betekende een verruiming van het begrip opsporing, nu niet meer (altijd) 'een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan' is vereist (in geval van georganiseerde criminaliteit). Daarnaast is de totstandkoming van de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven in dit verband relevant, omdat het verdenkingbegrip als sleutel voor toegang tot het strafvorderlijk systeem is afgeschaft (art. 132a Sv).

Om deze indeling te hanteren zou echter een onvolledig beeld schetsen van de praktijk. De belangrijkste reden daarvoor – in het licht van de handhaving van het ordeningsrecht – vormt de toepassing van de bevoegdheden uit de Wet op de economische delicten. Zoals in hoofdstuk 1 uiteengezet werd zijn de bevoegdheden uit de WED ontworpen om tegemoet te komen aan de eigen aard van het economisch ordeningsrecht; hetgeen een pro-actief door de overheid geïnitieerd onderzoek vereist. Uitgangspunt is evenwel dat de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering gelden, behoudens daarvan in de WED (of in andere bijzondere wetten) wordt afgeweken; hetgeen geëxpliciteerd is in artikel 25 WED.[253] De WED kent aan opsporingsambtenaren onderzoeksbevoegdheden toe, waarvan de bestuursrechtelijke controlebevoegdheden feitelijk het pendant vormen.[254] Dit is ook door de wetgever doelbewust nagestreefd door middel van 'harmonisatie'.[255] Bij de WED-bevoegdheden gaat het om de volgende bevoegdheden:

- De inbeslagneming van daarvoor vatbare voorwerpen en de uitlevering daartoe, art. 18 WED;[256]
- De inzage van bescheiden, art. 19 WED;
- Het betreden van plaatsen, art. 20 WED;
- Het wegen meten en bemonsteren van goederen, art. 21 WED;
- Het openen van de verpakking van goederen, art. 22 WED;
- Het controleren van de lading van vervoermiddelen, art. 23 WED.

Het gaat hier om relatief ruime onderzoeksbevoegdheden die aan opsporingsambtenaren worden toegekend.[257] Hoewel de taak van bijzondere opsporingsambtenaren beperkt kan zijn tot strafrechtelijke handhaving van de ordeningswetgeving van het vakdepartement waaraan zij verbonden zijn, beschikken zij evenals de overige gewone opsporingsambtenaren over een algemene opsporingsbevoegdheid.[258] De voorwaarden waaronder deze bevoegdheden kunnen worden aangewend zijn aan discussie onderhevig geweest. De vraag was of deze bevoegdheden aan een verdenkingseis waren onderworpen, dan wel al in een eerder stadium konden worden toegepast; meer in lijn met de toepassing van controlebevoegdheden.[259] Buiten twijfel staat echter dat het hier – formeel gezien – door de wetgever toegekende opsporingsbevoegdheden betreft. Voor de verdere duiding van de verhouding van de controle tot de opsporingssfeer is het daarom van belang te analyseren onder welke omstandigheden die WED-bevoegdheden kunnen worden toegepast. Het 'juridisch debat' dat hierover is gevoerd en is uitgewerkt in de jurisprudentie beantwoord de vraag wanneer die opsporingssfeer in zicht komt bij de handhaving van het ordeningsrecht.

2.7.2. Handhaving van ordeningsrecht: opsporing 'ex officio'

Het onderscheid qua toepassingsvoorwaarden tussen de controle- en opsporingssfeer van bevoegdheden is aanmerkelijk complexer bij de strafrechtelijke handhaving van het ordeningsrecht. De Bosch Kemper schrijft al in de vroege 19e eeuw dat in het ordeningsrecht, anders dan in het commune strafprocesrecht, opsporingshandelingen 'ex officio' mogelijk moeten zijn zonder dat een vermoeden van het bestaan van een strafbaar feit is vereist:

---

[253]. Doorenbos, a.w., p. 99. Hiermee wordt bevestigd dat bijvoorbeeld de uitvoerige regeling van de dwangmiddelen in art. 52 Sv in het kader van opsporing en vervolging van economische delicten van overeenkomstige toepassing is.
[254]. Doorenbos, a.w., p. 100 en 103-106.
[255]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 63.
[256]. De problematiek van het bevel tot uitlevering ter inbeslagneming komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 7.
[257]. Art. 17 WED bepaalt welke categorieën opsporingsambtenaren met de opsporing van economische delicten zijn belast. Zie voor een bespreking hiervan Doorenbos, a.w., p. 100.
[258]. Doorenbos, a.w., p. 101.
[259]. Doorenbos, a.w., p. 104.

> ‘Ofschoon dus in den regel geen onderzoek behoeft te worden gedaan, of er ergens misdrijven gepleegd zijn, en de opsporing naar misdrijven zich voornamelijk hiertoe bepaald, dat de ambtenaren, met het opsporen van misdrijven belast, naauwkeurig en zorgvuldig moeten opletten op die omstandigheden, door welke zij onderrigt kunnen worden van de waarschijnlijkheid, dat er eenig misdrijf gepleegd zij, sluit dit echter niet uit, dat de administratieve autoriteiten, voornamelijk de policie, in hare werkzaamheden, ter voorkoming van misdaden, ook ex officio, zonder dat men vooraf van het waarschijnlijk bestaan van eenig misdrijf onderrigt zij, die misdrijven opsporen welke meer tegen het algemeen belang, dan tegen bijzondere personen gepleegd worden, en *van welke het te voorzien is, dat zij niet zoo ligt ter kennise van de regterlijke macht zouden koomen (cursivering aut.),* hetzij door gerucht, hetzij door eene de andere bovenop genoemde omstandigheden, zoo als bijv. de wanbedrijven van bedelarij en landlooperij; waarom dan ook de opsporing ex officio naar deze wanbedrijven meer tot de administratieve, dan tot de regterlijke magt behoort’[260]

De rechtvaardiging van het toezicht zal dan volgens Aler moeten worden gevonden in het meer abstracte belang om, teneinde een aanvaardbaar niveau van naleving te verzekeren, niet alleen op te sporen, maar ook toezicht uit te oefenen (zie paragraaf 3.2.).[261] Volgens Buruma werden in een groot deel van de 20ste eeuw opsporingsambtenaren – ook de algemene – in diverse wetten belast werden met bevoegdheden die zij konden gebruiken zonder dat zij beschikten over een dergelijk vermoeden. [262] Let wel: hier gaat het dus om *opsporingsbevoegdheden* die qua voorwaarden voor toepassing meer gelijkenissen vertonen met controlebevoegdheden. Aler schrijft in dit verband:

> ‘De wetgever gaat er in de bijzondere wetten van uit, dat de taak van de opsporingsambtenaren zich niet beperkt tot een onderzoek in de gevallen, waarin een concrete verdenking of aanwijzing van overtreding bestaat, maar zich ook uitstrekt tot de voorfase, het repressieve toezicht, waarin nog helemaal geen vermoeden van overtreding hoeft te bestaan. De opsporingstaak van de politie omvat historisch gezien dus het repressieve toezicht: teneinde die taak te kunnen vervullen worden haar controlebevoegdheden toegekend.’[263]
> (…)
> ‘Aan de omstandigheid dat in de bijzondere weten in een aantal gevallen ‘alleen’ over de opsporing van strafbare feiten wordt gesproken, kan men dan niet met zekerheid conclusies verbinden ten aanzien van de corresponderende taak van de ambtenaar en de uit te oefenen bevoegdheden.’[264]

Deze opsporing ex officio onderscheidt zich dus van de opsporing in enge zin, doordat daarvoor géén voorafgaande verdenking is vereist.[265] Dat ook in de opvatting van de wetgever – in ieder geval tot de zestiger jaren van de vorige eeuw – de taak van de opsporingsambtenaren ook het repressieve toezicht omvat, blijkt volgens Aler uit de parlementaire geschiedenis van een aantal bijzondere wetten.[266] Hij wijst op het voorbeeld van de Arbeidswet 1889: controle en opsporing

[260]. J. De Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld en in verband gebragt met de algemeene regtsgeleerdheid,* Amsterdam: Johannes Mueller 1838, p. 114.
[261]. Aler, a.w., p. 8.
[262]. Buruma, a.w., p. 190.
[263]. Aler, a.w., p. 4.
[264]. Aler, a.w., p. 33.
[265]. Aler, a.w., p. 40-41.
[266]. Aler, a.w., p. 59.

worden hier wel duidelijk als eenheid beschouwd. In de opvatting van de wetgever omvatte de taak van de opsporingsambtenaar volgens hem mede het repressieve toezicht op de naleving, ook in de gevallen dat naast de algemene politie bijzondere opsporingsambtenaren met het toezicht worden belast.[267] Volgens Aler betekent dit dat de bevoegdheden die in de bijzondere wetten aan de (algemene) opsporingsambtenaren worden toegekend, in beginsel ook als controlebevoegdheid zijn aan te merken, tenzij het tegendeel blijkt, doordat de wet een verdenkingsvoorwaarde aan de uitoefening van de bevoegdheid stelt.

2.7.3. Uitgangspunt wetgever 1969: aanwijzingen

Naar de mening van Aler is in de jaren zestig de opvatting omtrent het karakter van de in de Wet op de economische delicten aan de opsporingsambtenaren toegekende bevoegdheden gewijzigd ten opzichte van de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever in 1950.[268] Betreft het in die wet pure opsporingsbevoegdheden die enkel mogen worden gehanteerd indien sprake is van een verdenking in de zin van artikel 27 Sv of mogen deze bevoegdheden ook ter controle worden uitgeoefend? Aanvankelijk bood de oorspronkelijke wetgever van de WED geen heldere inzichten met betrekking tot welk criterium die bevoegdheden waren gebonden. Een arrest uit 1956 zou een aanwijzing kunnen bieden dat de Hoge Raad artikel 19 WED zelfs opvatte als een controlebevoegdheid (HR 23 oktober 1956, *NJ* 1957, 106). De zaak betrof het weigeren van de verdachte aan een vordering te doen. In de bewezenverklaring van het hof stond in dit verband 'ter contrôle op de naleving'. De Hoge Raad heeft dit stilzwijgend geaccepteerd. De aard van de WED-bevoegdheden kwam expliciet aan de orde bij de wijziging van de wet in 1969. Bij gelegenheid van parlementaire behandeling van wetsontwerp 9608 dat leidde tot wijziging van de WED bij Wet van 21 mei 1969 (Stb. 232) is in de Tweede Kamer gevraagd naar het karakter van de bevoegdheden ex artikelen 21 en 23 WED. In de Memorie van Antwoord ging de Minister van Justitie met name in op de betekenis van de uitdrukking 'in het belang van de opsporing' die aanvankelijk alleen werd gebezigd in artikel 21, 22 en 23 WED. In dat verband werd het volgende gesteld:

> 'Men kan de woorden – in het belang van de opsporing – niet los zien van de context van de Wet op de economische delicten. Bij de handhaving van bepaalde economische voorschriften (vooral inzake kwaliteitseisen) kan de opsporing zich niet alleen richten op gevallen waarin sprake is van een concrete verdenking van een door een bepaald persoon gepleegd delict. Zijn er aanwijzingen *(onderstreping AZ)*, dat een economisch voorschrift niet is nageleefd, dan brengt het belang van de opsporing mee dat door monsterneming e.d. wordt nagegaan waar zich in concreto een overtreding voordoet.'
>
> 'In de gevallen dat de wetgever daarenboven (bij gebreke van aanwijzingen, schr.) de behoefte voelt aan bevoegdheden tot monsterneming en het doen stilhouden en controleren van voertuigen in het kader van een administratief toezicht, zonder dat direkt gezegd kan worden dat dit in het belang van opsporing geschiedt, behoort hierin afzonderlijk bij de wet te worden voorzien. Dit is ook herhaaldelijk gebeurd. Verwezen kan b.v. worden naar artikel 20 van de Warenwet, artikel 34 van de Mijnwet continentaal plat, artikel 59 van de Wet Autovervoer Goederen en artikel 15 van de ontwerp-Landbouwkaliteitswet. De bevoegdheden op grond van de Wet op de economische delicten en die op grond van bijzondere wetten zullen elkaar overigens vaak overlappen.'[269]

[267]. Aler, a.w., p. 60.
[268]. Aler, a.w., p. 85.
[269]. *Kamerstukken II* 1968/69, 9608, nr. 5, p. 2.

De betrokken ambtenaar behoeft dus slechts te beschikken over een algemene aanwijzing dat ten aanzien van het betrokken goed of het betrokken voertuig de wetgeving mogelijk niet is nageleefd.[270] Hoewel ruimer van strekking dan opsporingsbevoegdheden uit het Wetboek van Strafvordering, konden de WED-bevoegdheden naar het ministerieel standpunt uit 1969 aldus niet worden aangemerkt als zuivere controlebevoegdheden.[271] Niettemin werd kenbaar gemaakt dat wat betreft de regering 'aanwijzingen' voldoende konden zijn voor uitoefening van de genoemde bevoegdheden. Daarmee kwam de regering dus in zekere mate tegemoet aan de bijzondere aard van het economisch strafrecht, waarvoor deze bevoegdheden juist waren opgetuigd. De minister achtte het echter niet geoorloofd dat de WED-bevoegdheden louter voor controledoeleinden werden aangewend.[272] Volgens Doorenbos betekende dit dat hoewel ruimer van strekking dan de opsporingsbevoegdheden uit het Wetboek van Strafvordering, de WED-bevoegdheden naar dit ministerieel oordeel van 1969 dus niet konden worden aangemerkt als zuivere controlebevoegdheden.[273] Dit is in lijn met de inleidende opmerking van dit deel over de WED-opsporingssfeer: ondanks dat de toepassingsvoorwaarden ter discussie staan betreffen het opsporingsbevoegdheden.

2.7.4. Uitgangspunt wetgever 1973 verdenking

Nadat in 1969 uitgegaan is van het 'aanwijzingen' criterium worden de bakens verzet. In 1973 verlaat de Minister het genoemde uitgangspunt en opteert hij voor een 'verdenkingscriterium'. Dat zou hét onderscheid markeren tussen controle en opsporing. In de Memorie van antwoord bij het ontwerp Machtigingswet werd gesteld:

> 'De ambtelijke bevoegdheden, die zijn neergelegd in de Wet op de economische delicten, (hebben) alleen betrekking op de opsporing. Dat wil zeggen dat zij slechts kunnen worden uitgeoefend in gevallen, waarin een redelijk vermoeden bestaat dat een strafbaar feit is gepleegd.'[274]

Uit de behandeling van de Justitiebegroting 1975 blijkt echter dat hetgeen omtrent het opsporingsbegrip in 1973 werd opgemerkt, niet louter op de WED ziet maar meer algemene betekenis heeft:

> 'Het verschil tussen opsporing en toezicht is dat van het eerste sprake is, wanneer een concrete verdenking, een redelijk vermoeden van een strafbaar feit, aanwezig is, terwijl dit bij de uitoefening van toezichthoudende bevoegdheden niet nodig is.'[275]

De veranderde opvatting omtrent het onderscheid tussen controle en opsporing had zijn weerslag op het wetgevingsproces. Dit werd manifest toen in 1977 in het ontwerp Kampeerwet 'minder vergaande' bevoegdheden worden toegekend aan controleurs dan aan opsporingsambtenaren. In de memorie van toelichting werd de verdenkingseis gesteld voor de uitoefening van opsporingsbevoegdheden.[276] Als onderscheidend criterium tussen opsporing en toezicht wordt

---

[270]. Doorenbos schrijft dat dergelijke aanwijzingen bij een enigszins verdachte situatie al spoedig gevonden zullen zijn. Doorenbos, a.w., p. 104.
[271]. Doorenbos, a.w., p. 105.
[272]. *Kamerstukken II* 1968/69, 9608, nr. 5, p. 2.
[273]. Doorenbos, a.w., p. 105.
[274]. *Kamerstukken II* 1973/74, 12 723, nr. 5, p. 20.
[275]. *Kamerstukken II* 1974/75, 13 100, hst. VI, nr. 20, p. 4.
[276]. *Kamerstukken II* 1976/77, 14 426, 3:31. Voorts wijst Buruma er op dat het onderscheid ook duidelijk gemaakt wordt in de Afvalstoffenwet (Stb. 1977, 445), de Sanctiewet 1977 (Stb. 1980, 93), de Arbeidsomstandighedenwet (Stb. 1981, 71) en de Wet Wapens en Munitie (Stb. 1986, 41). Volgens Buruma wordt in de MvA uitvoerig op het onderscheid ingegaan (TK 1979-80, 14413, 5:23 -32); alsmede door het koppelen van de Landbouwwet aan de

dus genoemd – zonder dat specifiek een relatie met de WED wordt gelegd – dat van het eerste sprake is, wanneer een concrete verdenking bestaat, terwijl dit bij de uitoefening van toezichthoudende bevoegdheden niet nodig is.[277] Het lijkt Aler niet onwaarschijnlijk dat met name de overvloed aan controletaken en – bevoegdheden, die aldus in handen van de algemene politie werden gesteld, alsook het doorgaans beperkte feitelijke gebruik dat daarvan wordt gemaakt, er toe heeft geleid dat de Minister van Justitie aan het einde van de zestiger jaren tot een meer beperkte interpretatie van de taak van de opsporingsambtenaren is gekomen.[278] Het nieuwe standpunt ten aanzien van taak en bevoegdheden van de opsporingsambtenaren, waarbij geen plaats meer is voor controleactiviteiten, betekende inderdaad een duidelijke breuk met de historische verwevenheid van de opsporing met het repressieve toezicht.[279] Deze benadering, waarbij de toepasselijkheid van controle- en opsporingsbevoegdheden gekoppeld is aan een verdenkingsvereiste en opsporingsambtenaren zich aldus niet bezighouden met controle, leek volgens Buruma redelijk in een tijdsgewricht waarin het optreden van opsporingsambtenaren scherper werd bezien.[280] De taak van opsporingsambtenaren wordt zodoende beperkt tot de opsporingsfase, inhoudende nadat een redelijk vermoeden van een strafbaar feit is gerezen.[281]

Het meest treffend wordt de problematiek aangaande de reikwijdte van de WED-bepalingen geschetst door de volgende nota.

> ‘De AID (de opsporingsdienst van het Ministerie van Landbouw) pleegt monsters te nemen van alle mogelijke agrarische producten zonder dat enig vermoeden van een strafbaar feit bestaat. In voorkomende gevallen gaat men dit vermoeden eerst baseren op de uitkomst van het monsteronderzoek. De praktijk schijnt daarbij te zijn dat men zich daarbij steeds baseert op de WED. Men vreest nu dat als in een officieel stuk met zoveel woorden wordt gesteld dat de woorden ‘in het belang van de opsporing’ betekenen dat het hier gaat om een bevoegdheid die niet van puur administratieve aard is, er weleens een justitiabele kan komen, die zich tegen dit gebruik van de WED verzet. (Hij zou dan nog gelijk hebben ook).
> Ik heb de heren van Landbouw al gezegd dat ze maar moeten proberen zich zo spoedig mogelijk van de nodige controlebevoegdheden te voorzien en dat de AID in de tussentijd monsterneming etc. maar moet zien te construeren als te zijn in het belang van de opsporing.’[282]

Opsporingsambtenaren die tevens met de klassieke opsporing ‘ex officio’ waren belast, beschikten dus in een aantal gevallen alléén over de bevoegdheden van de WED. Dat geldt volgens Aler bij de meeste wetten die in 1950 (of 1955) onder de werking van de WED werden gebracht.[283] In die wetten werden de bijzondere bevoegdheden doorgaans ingetrokken. Daarnaast was sinds 1950 een groot aantal nieuwe wetten onder de WED gebracht, waarin géén aparte regeling van het toezicht en de daarmee corresponderende bevoegdheden werd gegeven.

WED (Stb. 1979, 323) en door wijzigingen van de Warenwet (Stb. 1988, 368) en de In- en uitvoerwet (Stb. 1988, 227). Aldus Buruma, a.w., p. 191. *Kamerstukken II* 1976/77, 14 426, nr. 3, p. 31.

277. *Kamerstukken II* 1974-75, 13 100, hoofdstuk VI, 20 4. Buruma verwijst voorts naar *Kamerstukken II* 1979/80, 14 315, 6:4 en *Kamerstukken II* 1980/81, 16 481, 3:18 Zo ook nog *Kamerstukken II* 1991/92, 22 539, 3:4. Buruma, a.w., p. 191.

278. Aler, a.w., p. 136.

279. Aler, a.w., p. 65.

280. Buruma, a.w., p. 191.

281. Aler, a.w., p. 64.

282. Nota van het ministerie van Justitie van 31 december 1968 nr. 230. Deze nota is dus nog gelegen voordat het in 1969 het aanwijzingen criterium werd aangenomen.

283. Aler, a.w., p. 87.

Volgens Aler is de vraag, of van die regeling werd afgezien, omdat men de handhaving door opsporing in enge zin (via de WED-bevoegdheden) voldoende achtte, of dat men – vanuit een ruime opvatting over die bevoegdheden – verdere bevoegdheden overbodig achtte. Ten aanzien van de wetten die na 1969 tot stand zijn gekomen, liet het volgens hem zich zeer wel verdedigen, dat het ontbreken van een regeling van het repressieve toezicht, inhoudt dat men dat niet wenste. Voor de oudere wetten spreekt dat naar de mening van Aler echter geenszins vanzelf.[284]

Tegen het nieuwe 'verdenkingscriterium' bestonden diverse bezwaren.[285] Het belangrijkste bezwaar bestond uit het volgende. In tal van wettelijke bepalingen waren bevoegdheden toegekend aan opsporingsambtenaren, gericht op de handhaving van ordeningsrecht, die nu aan een verdenkingscriterium waren gekoppeld. Volgens Mulder en Engels is het duidelijk dat een zodanige uitleg aangaande de toepassing van de WED-bevoegdheden, algemene controles, bijvoorbeeld aan de grens, uitsloot.[286] Opsporingsambtenaren zouden op grond van het gewijzigde wettelijke inzicht niet langer bevoegd zijn om steekproefsgewijs te vorderen dat bestuurders van vervoermiddelen deze doen stilhouden, en controle toestaan op de naleving van de voorschriften (art. 23 WED). Zij gaven het voorbeeld dat een lid-Staat van de EEG de import van vlees uit Nederland verbood, omdat, bij controle, bleek dat sommige partijen vlees afkomstig waren van met hormonen ingespoten kalveren. Die bevinding deed volgens hun een redelijk vermoeden van strafbare feiten rijzen. De concrete vraag was vervolgens of opsporingsambtenaren nu vleestransporten mochten onderzoeken? Of dat van de in art. 20 WED gegeven bevoegdheid eerst gebruik mag worden gemaakt, indien er een redelijk vermoeden is, dat in een bepaald vervoermiddel ondeugdelijk vlees aanwezig is? Indien het standpunt van de Minister bevestigd zou worden door de rechter, dan zou op zeer korte termijn wetswijziging noodzakelijk zijn. Zouden opsporingsbevoegdheden eerst dan mogen worden gehanteerd indien de opsporingsambtenaren een deugdelijk product reeds hadden geïdentificeerd, dan zouden alleen uitgebreide specifieke controlebevoegdheden uitkomst kunnen brengen.[287]

Aler nam in deze kwestie een genuanceerd standpunt in. Enerzijds stelde hij dat het criterium van het redelijk vermoeden (de verdenking) 'normerende kracht' niet kon worden ontzegd. Het

---

[284]. Aler, a.w., p. 87.

[285]. Aler wees op de kritiek van de Raad van State in zijn advies bij het ontwerp tot herziening van de Wet op de kansspelen: 'Dat opsporingsambtenaren ingevolge de Wet op de economische delicten (.) eerst dan zouden mogen optreden, indien er een concrete verdenking van een strafbaar feit bestaat, vloeit niet noodzakelijk voort uit de artikelen 19-24 van deze wet en wordt, indien de Raad goed is ingelicht, in de praktijk ook niet als gedragslijn aanvaard'. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 481, nr. B, p. 7. Geciteerd door Aler, a.w., p. 86. En in het Nader Rapport: 'Wij wijzen er nog op dat het in artikel 27 Sv omschreven schuldvermoeden aan elke daad van opsporing of vervolging ten grondslag moet liggen, waarbij het onverschillig is of in een bijzondere wettelijke regeling aan opsporingsambtenaren aanvullende bevoegdheden zijn toegekend. Die bijzondere bevoegdheden tasten het beginsel, op grond waarvan die bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend niet aan'. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 481, nr. C, p. 14. Geciteerd door Aler, a.w., p. 140.

[286]. A. Mulder en M.J. A. Engels, 'De positie van de bijzondere opsporingsdiensten, In: *Recht op Scherp: beschouwingen over handhaving van publiekrecht*, aangeboden aan prof. mr. W. Duk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 144-145.

[287]. Ook wezen Mulder en Engels er op dat uitbreiding van de controlebevoegdheden onder beperking. van de opsporingsbevoegdheden een verschuiving teweeg kan brengen in de gezagsverhouding over de bijzondere opsporingsambtenaar. Door de verschuiving in het accent van opsporing naar toezicht, kon de band met het openbaar ministerie en bijzondere opsporingsambtenaren worden verzwakt, hetgeen zij geen gunstige ontwikkeling achtten. Aldus Mulder en Engels, a.w., p. 145-146. Buruma schrijft dat met de 'koerswijziging' de controletaak van de opsporingstaak werd afgesplitst, terwijl de samenvoeging juist het voordeel van meer deskundigheid bracht. Voorts zou nu de controlebevoegdheid geheel buiten de greep van het openbaar miniserie komen, hetgeen een tegendraadse ontwikkeling zou betekenen. Ten slotte werd volgens Buruma afbreuk gedaan aan de coördinatie gedachte van de Wet op de economische delicten. Buruma, a.w., p. 192.

leverde bovendien een criterium op, waaraan het optreden van de opsporingsambtenaar achteraf kon worden getoetst. Scheiding van opsporing en toezicht kan alleen maar worden bereikt door haar in de sfeer van de bevoegdheden door te trekken, aldus Aler. Aan het 'aanwijzingen' criterium komt daarbij volgens hem weinig onderscheidende betekenis toe.[288] Niettemin wilde Aler wel de intentie van de minister volgen en pleitte hij voor een strikte scheiding in de wetten van toezicht en opsporing teneinde te voorkomen dat bevoegdheden zoals (volgens hem bepaald niet terughoudend) omschreven in de WED, gebruikt konden worden zonder dat zulks nodig is. Het verschil was dat Aler de verdenkingseis niet wilde 'inlezen' in de betreffende bepalingen, maar door middel van wetswijziging wilde bewerkstelligen.[289] Het 'inlezen' van die verdenkingseis was volgens hem niet in overeenstemming met de bedoeling van de wegenverkeerswetgever van 1934 en de WED-wetgever van 1950. De vraag was dus of dat geoorloofd was. Geplaatst voor dat vraagstuk besliste de Hoge Raad feitelijk in lijn met de visie van Aler, in het navolgende te bespreken arrest.

2.7.5. HR 30 oktober 1984, NJ 1985, 275, 'Heggeveldse stroper'

In 1984 wees de Hoge Raad een arrest, waarin het gedachtengoed van de minister niet werd overgenomen. Juridisch gezien werd de hiervoor beschreven visie van Aler gevolgd, dat een 'verdenkingscriterium' niet mocht worden ingelezen in de betreffende bepaling. Concreet ging het in deze zaak om onderzoek door opsporingsambtenaren in de kofferbak van de auto van verdachte.[290] De twee leden van het Doetinchemse politiekorps troffen de hen ambtshalve bekende stroper Stephanus A. aan in jachtveld 'Het Heggeveld'. Op grond van artikel 75 van de jachtwet vorderden de agenten dat Stephanus A. de kofferbak van zijn auto opende, ten einde hen in staat te stellen een onderzoek in de auto in te stellen. Zij willen kijken of er voor inbeslagneming vatbare konijnen of jachtwapens in de auto liggen. A. weigert en volhardt in die weigering. Ter zake van deze weigering wordt A. vervolgd waarbij hem overtreding van artikel 184 van het Wetboek van Strafrecht ten laste wordt gelegd. Deze weigerde aan het bevel te voldoen. Hij werd vervolgd wegens het opzettelijk niet voldoen aan een bevoegd gegeven ambtelijk bevel. Artikel 75 Jachtwet geeft aan opsporingsambtenaren, als bedoeld in artikel 73 van die wet, onder meer de bevoegdheid te vorderen dat bestuurders van vervoermiddelen, met uitzondering van openbare vervoermiddelen, een onderzoek toestaan van de vervoermiddelen en van de zich daarin bevindende voorwerpen. De tekst van het betreffende artikel 75 Jachtwet luidt:

> De in art. 73 eerste lid bedoelde opsporingsambtenaren zijn bevoegd tot het opsporen van de bij deze wet strafbaar gestelde feiten en ter inbeslagneming van hetgeen daarvoor vatbaar is, te vorderen, dat bestuurders van vervoermiddelen, met uitzondering van openbare vervoermiddelen, deze doen stilhouden en onderzoek toestaan van de vervoermiddelen en van de zich daarin bevindende voorwerpen. Zij kunnen tevens vorderen, dat de bestuurders overeenkomstig hun aanwijzingen ter zake medewerking verlenen.

Het doel van die vorderingen dient te zijn gelegen in het opsporen van de bij deze wet strafbaar gestelde feiten en ter inbeslagname van hetgeen daarvoor vatbaar is. Daarbij kunnen zij tevens vorderen dat de bestuurders overeenkomstig hun aanwijzingen ter zake medewerking verlenen. Het hof heeft echter bewezen verklaard dat de verdachte niet heeft voldaan aan een vordering

---

288. Aler, a.w., p. 85.

289. Aler a.w., p. 66. Aler, a.w., p. 372-373.

290. P.J.J. van Buuren, Toezicht en opsporing, in: J.P. Balkema en C.JC.F. Fijnaut (red.): *'De politiële handhaving van strafwetgeving'*, Lochem: J.B. van den Brink 1986, p. 66. A. Mulder, 'Controlebevoegdheden ter opsporing, Kanttekeningen bij arrest HR 30 okt. 1984, NJ 1985, 275', *SEW* 9 1985, p. 564.

krachtens de Jachtwet gedaan door een opsporingsambtenaar, door te weigeren een onderzoek in de kofferbak van zijn auto toe te laten. Vervolgens heeft het hof overwogen:

> 'dat uit het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep van geen omstandigheid is gebleken, die een redelijk vermoeden zou hebben kunnen rechtvaardigen, dat verdachte zich, voorafgaande aan het moment, waarop hem de vordering werd gedaan, aan enig strafbaar feit en met name aan overtreding van de Jachtwet zou hebben schuldig gemaakt; dat, nu dit vermoeden niet aanwezig geacht kon worden, het aldus bewezen verklaarde feit niet oplevert een strafbaar feit'.

Op grond van die overweging heeft het hof verdachte ontslagen van alle rechtsvervolging. Impliciet is dit oordeel van het hof gebaseerd op het standpunt dat de vordering onbevoegdelijk en derhalve onrechtmatig was gedaan. A-G Remmelink leidde uit het systeem van de wetgeving, alsmede de wetsgeschiedenis af dat het hier een controlebevoegdheid betrof. Volgens hem moest artikel 75 Jachtwet gelet op zijn ratio aldus worden opgevat, dat de daar vermelde bevoegdheid ter inbeslagneming en het vorderen van medewerking niet slaat op de fase waarin de opsporingsambtenaar het concrete en redelijke vermoeden heeft, dat er een strafbaar feit (overtreding van de Jachtwet) heeft plaatsgevonden, maar reeds op de controlefase. De A-G leidde dit onder meer af uit de opneming van deze bepaling naast de strafvorderlijke bepalingen.[291] Aan de zinsnede 'tot het opsporen' in artikel 75 Jachtwet moet geen grote betekenis moet worden toegekend. Het artikel is volgens de A-G ontleend aan artikel 45 Jachtwet 1923, waarin – kort gezegd – een vergelijkbare bevoegdheid was verleend teneinde na te gaan of wild of eieren vervoerd of verkocht werden in strijd met de Wet. Dat wijst uiteraard niet op een situatie die het hof voor ogen staat.

De Hoge Raad oordeelde dat in de overwegingen van het hof ervan uit wordt gegaan de in het geding zijnde bevoegdheid slechts is verleend voor gevallen waarin – voordat de vordering is gedaan – uit feiten of omstandigheden ten aanzien van de bestuurder een redelijk vermoeden van schuld aan een overtreding van de Jachtwet voortvloeit. Die opvatting is volgens de Hoge Raad onjuist. De Hoge Raad vervolgt aldus (rechtsoverweging 6.4):

> 'Op grond van het feit immers dat in de Jachtwet afzonderlijk de bevoegdheid is verleend te vorderen dat een onderzoek als in art. 75 van die Wet bedoeld wordt toegestaan, afgezien van de bevoegdheden welke ter opsporing van strafbare feiten aan opsporingsambtenaren in het Wetboek van Strafvordering zijn toegekend ten aanzien van verdachten, in de zin van het eerste lid van art. 27 van dat Wetboek, is aan te nemen dat de wetgever van de Jachtwet heeft beoogd ten aanzien van bestuurders van voertuigen, waarin mogelijk voorwerpen worden vervoerd in strijd met het bepaalde in de Jachtwet, ook zonder dat die bestuurders reeds als verdachten in evenbedoelde zin kunnen worden aangemerkt, aan de opsporingsambtenaren de bevoegdheid te verlenen ter controle op de naleving van de Jachtwet de vordering, omschreven onder 6.2, te doen.'

De Hoge Raad nam in deze zaak aan dat de wetgever met artikel 75 Jachtwet heeft beoogd om de opsporingsambtenaren de bevoegdheid te verlenen ter controle op de naleving de vordering (om de kofferbak van een auto te openen) te doen. De Hoge Raad verwierp de verdenkingseis voor toepassing van de bevoegdheid. De Hoge Raad ging evenals de A-G duidelijk in op de ratio van de betreffende bepaling door deze in contrast te plaatsen met de strafvorderlijke bevoegdheden, die wel aan het verdenkingsvereiste (art. 27 Sv) zijn verbonden. Opname van die

[291]. Ook verwijst de A-G ter onderbouwing van zijn standpunt naar de genoemde dissertatie van Aler, p. 74.

bepaling zou dan geen 'betekenis' hebben wanneer deze aan een dergelijke vereiste zou zijn gekoppeld. Huygen heeft er niettemin op gewezen dat ook indien de bevoegd*heid* van de Jachtwet *niet* ter controle maar alleen voor de opsporing *is* gegeven, deze wel degelijk een eigen aanvul1ing op de dwangmiddelen van strafvordering geeft. Zij baseert dat op het feit dat de Jachtwet uitsluitend overtredingen kent. De mogelijkheden die het Wetboek van Strafvordering *in geval van overtredingen* verschaft, zijn de bevoegdheid om de verdachte staande te houden en bij heterdaad om hem aan te houden. Fouilleren zou slechts mogelijk zijn bij een heterdaad situatie. Dat geldt ook voor inbeslagneming. Om ook buiten heterdaad het gebruik van deze dwangmiddelen tegen de verdachte toe te staan, heeft artikel 75 van de Jachtwet zin, ook als dit artikel geen controlebevoegdheid inhoudt, aldus Huygen.[292] Hoewel deze juridische nuance scherp gevonden is blijft het kernpunt overeind dat het betreffende artikel in de handhavingspraktijk dan vrijwel geen meerwaarde heeft.

Voor wat betreft de bedoeling van de wetgever aangaande het artikel van de Jachtwet merkt Van Buuren voorts het volgende op. Voor de opvatting van het hof pleit dat gedurende al weer enkele decennia, door de wetgever onderscheid pleegt te worden gemaakt tussen de opsporing van strafbare feiten en het uitoefenen van controle.[293] De wetgever gaat in modernere wetten dus uit van een in beginsel scherp onderscheid tussen toezicht en opsporing. Voor wat betreft de Jachtwet gold dat deze op het oude opsporingsbegrip was gebaseerd. Aler schrijft hierover:

> 'Ook met betrekking tot artikel 75 Jachtwet is er een aanwijzing dat aan de zinsnede 'tot het opsporen' geen grote betekenis moet worden toegekend. Dit artikel verleent aan opsporingsambtenaren de bevoegdheid om "tot het opsporen … vervoermiddelen tot stilstand te brengen en te onderzoeken". Het werd ontleend aan artikel 45 van de vorige Jachtwet van 2.7.1923 S 331. Daarin was – beperkt tot de gesloten jachttijd – een vergelijkbare bevoegdheid verleend, teneinde "na te gaan, of wild of eieren vervoerd of verkocht worden in strijd met de wet …". Deze redactie wijst o.i. op een controlebevoegdheid.'[294]

Het voorgaande laat zich als volgt samenvatten. De Hoge Raad baseerde zich in dit arrest op een wetshistorische interpretatie van de toenmalige Jachtwet, waarin nog van een ruim opsporingsbegrip werd uitgegaan. Dit leidde tot de conclusie dat de betreffende bevoegdheid als controlebevoegdheid kon worden gehanteerd. Mulder merkt in zijn annotatie bij dit arrest al op dat de gevolgde redenering in deze uitspraak naar analogie toe te passen is op de WED-bevoegdheden.[295] Zoals blijkt uit de bespreking van het volgende arrest, bleek zulks inderdaad het geval te zijn.

2.7.6. HR 15 december 1992, NJ 1993, 633, 'Vlissingse visser'

Welbeschouwd vormde het besproken 'Heggeveldse stroper'-arrest de opmaat naar de rechtsvraag aangaande de toepassingsvoorwaarden van de WED-bevoegdheden. Het oordeel was immers te extrapoleren naar het opsporingsbegrip in de bijzondere wetten, in het kader van de

---

[292]. Huygen, a.w., p. 58.
[293]. Van Buuren, a.w., p. 67-68.
[294]. Aler, a.w., p. 74.
[295]. A. Mulder, 'Controlebevoegdheden ter opsporing, Kanttekeningen bij arrest HR 30 okt. 1984, NJ 1985, 275', *SEW* 1985', p. 564-566. Een analoge interpretatie van de art. 19 en 21-23 WED ligt voor de hand. Zie voor nog een zaak op het gebied van het jagen en de relatie tussen controle en opsporing: HR 5 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS7572, *NJ* 2005, 300. Een rol speelde het optreden van twee toezichthouders, die (nog) niet beëdigd waren tot bijzonder opsporingsambtenaar. P-G Wortel merkt daarover op dat ook de uitsluitend met controlebevoegdheden toegeruste ambtenaren inzage in documenten kunnen vragen, in verband met de naleving van de wettelijke voorschriften.

handhaving van ‘ordeningsrecht’. Daarbij past wel de kanttekening dat het rechtsoordeel in het eerstgenoemde arrest behelsde dat de bevoegdheid uit de Jachtwet een zuivere controlebevoegdheid opleverde, terwijl het bij het hier te bespreken arrest ging om de vraag of de WED-bevoegdheid op grond van ‘aanwijzingen’ kon worden aangewend.

In het ‘Vlissingse visser’-arrest uit 1993 sloot de Hoge Raad rechtstreeks aan bij de eerst geciteerde opvatting van de Minister van Justitie van 1969. Daarbij ging het in deze zaak om de vraag wanneer er op basis van art. 23 WED sprake is van opsporing. De uitkomst van het ‘Vlissingse visser’-arrest zal dan ook geen verbazing wekken. De context van de zaak werd gevormd door de ‘vangstbeperkende voorschriften’ aangaande de visserij. Aan een binnengevaren vissersschip werd gevorderd door opsporingsambtenaren van ligplaats te veranderen teneinde een controle van de lading te kunnen uitvoeren. De bewuste schipper weigerde aan die vordering te voldoen, voor welke opzettelijke weigering hij afzonderlijk werd vervolgd. In casu ging het om de toepassing van de bevoegdheid van artikel 23, eerste lid WED:

> De opsporingsambtenaren kunnen in het belang van de opsporing vorderen, dat bestuurders van vervoermiddelen deze doen stilhouden en controle toestaan op de naleving van de voorschriften, bedoeld in artikel 1.

Afgezien van de relatie met het nemo tenetur-beginsel, vormde het onderwerp van discussie of de opsporingsambtenaren deze vordering rechtens hadden kunnen doen. In dat kader was van belang of een verdenking vereist was, dan wel aanwijzingen volstonden. De economische politierechter had in deze zaak verdachte vrijgesproken, omdat hij niet bewezen achtte het bestaan van een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit. Hierin was impliciet de stellingname geponeerd dat voor toepassing van de genoemde bevoegdheid een verdenkingsvoorwaarde bestond. Bij de grieven van de officier van justitie wordt betoogd dat niet een verdenking ten aanzien van iedere visser afzonderlijk die op 10 juni 1988 met zijn schip de haven van Vlissingen binnenvoer, maar wel was sprake van een collectieve verdenking dat de betrokken vissers toen illegaal vis aan land wilden brengen (waardoor aan de voorwaarde voor toepassing van art. 23 WED werd voldaan). In de conclusie van de A-G lezen we dat het hof vastgesteld had dat er zich op en/of omstreeks het bewezen verklaarde tijdstip meermalen 'illegale aanlandingen' voordeden. De getuige C.S. Westbreek verklaarde:

> ‘Naar mijn oordeel was er alle reden om controle uit te oefenen. In de tijd daarvoor is sprake geweest van illegale aanlandingen. Zelfs op 10 juni 1988 zijn er illegale aanlandingen geweest.’

Verbalisant Westbreek vatte de WED-bevoegdheid klaarblijkelijk op als een controlebevoegdheid. Het hof overweegt voorst dat gelet op de wetsgeschiedenis de woorden 'in het belang van de opsporing' naar het oordeel van het hof aldus moeten worden uitgelegd, dat niet een verdenking in de zin van artikel 27 Sv is vereist voor de in artikel 23 WED bedoelde vordering. De zinsnede in de memorie van antwoord waarin gesproken wordt van 'aanwijzingen' verstaat het hof als voorbeeld en geenszins als beperking van de in artikel 23 WED neergelegde bevoegdheden van opsporing en controle. Een dergelijke beperking zou ook niet passen gelet op de aard van de te handhaven bepalingen en gezien de, uit de considerans blijkende, strekking van de wet; die strekking geeft evenmin aanleiding om een onderscheid aan te brengen tussen bevoegdheden van opsporing en controle: onder opsporing in artikel 23 WED is controle mede begrepen.

Feitelijk en juridisch bezien wordt dit oordeel van het hof overgenomen door A-G Leijten en de Hoge Raad. De Hoge Raad verwijst in dit verband naar de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de wet van 21 mei 1969, Stb. 232, houdende nadere wijziging van de Wet op de economische delicten (Bijl. Hand. II, zitting 1968–1969, 9608, nr. 5, p. 2) (r.o.5.2):

> 'Bij de handhaving van bepaalde economische voorschriften (…) kan de opsporing zich niet alleen richten op gevallen waarin sprake is van een concrete verdenking van een door een bepaalde persoon gepleegd delict. Zijn er aanwijzingen, dat een economisch voorschrift niet is nageleefd, dan brengt het belang van de opsporing mee dat (…) wordt nagegaan waar zich in concreto een overtreding voordoet.'

De vraag voor de Hoge Raad was onder meer wanneer er sprake was van 'het belang van de opsporing' als bedoeld in artikel 23 WED. Het ging er daarbij om of er reeds een verdenking van een strafbaar feit moest zijn of ook 'controle' onder het begrip viel. Zowel het hof als de Hoge Raad kwam tot de laatstgenoemde conclusie. Het hof put uit de wetsgeschiedenis de argumenten voor zijn opvatting dat de wetgever er bij het formuleren van artikel 23 lid 1 WED vanuit is gegaan dat het begrip opsporing het controleren van de naleving van de in de WED opgenomen wetten omvat en dat de in artikel 23 lid 1 WED gegeven bevoegdheid ook mag worden gebruikt wanneer er nog geen verdenking tegen de bestuurder of eigenaar van het vervoermiddel is. Die opvatting vindt ook steun in de tekst van artikel 23 WED zelf, waarin immers van het begrip opsporing in het eerste lid geruisloos op het begrip controle in het tweede lid wordt overgeschakeld.

In dit arrest werd aldus niet alleen aangenomen dat de WED-bevoegdheden in het geval van aanwijzingen kunnen worden uitgeoefend. Hiernaast werd door de Hoge Raad impliciet een oordeel gegeven over de uitleg van het begrip aanwijzingen. Geaccepteerd werd immers dat deze aanwijzingen ontleend konden worden aan de bij de politie bekende wetenschap dat in een bepaalde periode (in deze zaak op een bepaalde datum) overtredingen worden begaan binnen een bepaalde branche. Door dit arrest is daarmee tevens de toon gezet voor het generieke karakter dat deze aanwijzingen kunnen aannemen; hetgeen een wezenlijk verschil vormt met het verdenkingsvereiste. Het 'generieke' wordt in deze zaak ingegeven doordat weliswaar overtredingen zijn begaan binnen de betreffende vissers, maar daarmee niets geconcretiseerd was aangaande de latere verdachte (anders dan dat deze de haven binnenvoer). In een later arrest, het in volgende paragraaf te bespreken 'Tankduwbak'-arrest, komt dit generieke karakter weer aan de orde.

Van Veen wijst in zijn annotatie op het opsporingsbegrip in de bijzondere wetten, wat de achtergrond vormt van deze zaak. In de 'bijzondere wetten', vanouds reeds in de fiscale wetten, wordt een ruim begrip opsporing gehanteerd, waarin de controle op de naleving lijkt inbegrepen, aldus Van Veen. Daarbij wijst hij op het gegeven dat opsporing praktisch alleen mogelijk is als de naleving van de regeling, die in de bijzondere wet is opgenomen, wordt gecontroleerd. Dat ligt anders bij het Wetboek van Strafvordering, voor zover daar gedacht is aan het opsporen van de klassieke misdrijven uit het Wetboek van Strafrecht. Het opsporen van een moord pleegt niet het resultaat te zijn van het controleren van de naleving van de wet, om een voorbeeld te geven. In de woorden Van Veen:

> ‘Bij het handhaven van bijzondere wetten, ruw gesproken in het ordeningsstrafrecht, is opsporen het vanzelfsprekende verlengstuk van het controleren en controleren is de vanzelfsprekende manier van opsporen. Dat ligt anders in het oorspronkelijke strafrecht.’[296]

Volgens Jansen wees de Hoge Raad op dezelfde datum nog een drietal arresten waarin hij overeenkomstig besliste. Deze zijn niet gepubliceerd.[297] Een opsporingsambtenaar behoeft slecht over een algemene aanwijzing te beschikken dat ten aanzien van het betrokken goed of het betrokken voertuig de wetgeving mogelijk niet is nageleefd.[298] De Hoge Raad kiest dus voor een autonome interpretatie van de reikwijdte van de WED-onderzoeksbevoegdheden door aansluiting bij het oorspronkelijke ministeriële standpunt uit 1969. De navolgende jurisprudentie van de Hoge Raad en de feitenrechters betrof niet enkel de genoemde bevoegdheid, zodat met ‘the benefit of hindsight’ gesteld kan worden dat het rechtsoordeel in de Vlissingse visser-zaak geldt voor alle WED-bevoegdheden. Overigens is dit ook in lijn met de analogische redenatie op basis van het eerder gewezen Jachtwet-arrest.

2.7.7. De invulling van het aanwijzingencriterium

2.7.7.1. HR 25 juni 2013 ECLI:NL:HR:2013:3, ‘Tankduwbak’

In de zaak van HR 25 juni 2013 speelde in essentie de vraag of aan het aanwijzingencriterium was voldaan, in het kader van het optreden van de opsporingsambtenaren. Aan de orde was het verweer dat niet gebleken was van een verdenking/aanwijzingen op grond waarvan verbalisanten gerechtigd waren tot handelen. De consequentie die de raadsman daar aan verbond, was dat het bewijs onrechtmatig was verkregen. Het hof overwoog hieromtrent als volgt ((2.2.3.):

> ‘Uit het proces-verbaal van overtreding d.d. 22 augustus 2008 blijkt dat naar aanleiding van de aanwijzing dat ten aanzien van het vervoer van gevaarlijke stoffen over het water in de Rotterdamse haven de regelgeving krachtens de Wet vervoer gevaarlijke stoffen sinds 2006 niet voldoende zou worden nageleefd, de opsporingsambtenaren op 28 juli 2008 aan boord zijn gegaan van de tankduwbak [A] die op dat moment werd beladen.
> Op grond van het vorenstaande is het hof van oordeel dat waar er aanwijzingen waren dat bedoelde economische voorschriften niet werden nageleefd het belang van de opsporing meebrengt dat wordt nagegaan waar zich in concreto een overtreding voordoet, en dat op grond daarvan de opsporingsambtenaren gerechtigd waren de '[A]' te betreden. Het verweer wordt dan ook verworpen.’

Nu is interessant dat A-G in zijn conclusie tot het oordeel komt dat daar niet aan was voldaan. De A-G schrijft namelijk (3.7):

> ‘Ik maak uit het samenstel van bepalingen op, dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het toezicht van artikel 5:11 Awb en artikel 34 van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen enerzijds, en de bevoegdheden tot opsporing in de WED, zoals bijvoorbeeld

---

[296]. Punt 4. Van de noot van Van Veen bij HR 9 maart 1993, *NJ* 1993, 633 (Opsporingsbegrip in de WED). Overigens stelt Van Veen aangaande dit ‘oorspronkelijke strafrecht’: ‘Maar ook daar worden bakens verzet. Bij het afluisteren van de telefoon en het gebruik maken van gerichte afluisterapparatuur (wetsontwerp 23 047) wordt controle uitgeoefend ter opsporing van strafbare feiten. Men spreekt dan van de pro-actieve fase. De controle wordt niet alleen uitgeoefend op het gedrag van verdachten in de zin van art. 27 Sv maar ook op het gedrag van personen, die zich in een verdachte situatie begeven, of daarin zijn terecht gekomen zonder dat zelf te beseffen. Deze bevoegdheden in de ‘pro-actieve’ sfeer worden gegeven in het Wetboek van Strafvordering, omdat zij zo nauw verbonden zijn met de opsporing.’

[297]. O.J.D.M.L. Jansen, Toezicht, opsporing en de Algemene wet bestuursrecht, *DD* 1994, p. 534-552.

[298]. Doorenbos, a.w., p. 104.

de bevoegdheid van toegang in het belang van de opsporing tot elke plaats voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is (artikel 20 WED) anderzijds. Naar mijn mening geeft de motivering van de verwerping van het verweer in het arrest ervan blijk dat het hof dit onderscheid onvoldoende heeft gerespecteerd.
Het enkele feit dat is gebleken dat in de Rotterdamse haven de regelgeving krachtens de Wet vervoer gevaarlijke stoffen sinds 2006 niet voldoende zou worden nageleefd, kan aanleiding zijn voor controleacties of verscherping van het toezicht, maar levert nog geen aanwijzing op dat aan boord van een concreet schip een economisch voorschrift niet is nageleefd. (cursivering AZ) Dat op enig, willekeurig gekozen moment ergens in Nederland de regels die het vervoer van gevaarlijke stoffen aan banden leggen worden geschonden, lijkt mij een verdedigbaar uitgangspunt. Maar is dat uitgangspunt voldoende als aanwijzing om bijvoorbeeld in het belang van de opsporing een willekeurige tankauto in Nederland te doen stilhouden? Door al zo snel te aanvaarden dat er geen voldoende aanwijzing is, verwatert het onderscheid tussen toezicht en (verruimde) opsporing. Zo een aanwijzing had bijvoorbeeld naar mijn mening wel gevonden kunnen worden in de waarneming van verbalisanten dat bij het beladen met een gevaarlijke stof een persoon aan boord van de [A] af en toe aan een afsluiter draaide. Maar daarop heeft het hof zich niet beroepen.'

A-G Machielse is derhalve van oordeel dat het arrest van het hof onvoldoende tegemoet komt aan het onderscheid tussen toezicht en opsporing. Niettemin oordeelt de Hoge Raad dat voldaan is aan het aanwijzingen criterium: (r.o. 2.4.):

'In het licht van de zojuist genoemde wettelijke bepaling moeten de onder 2.2.3 weergegeven overwegingen van het Hof aldus worden verstaan dat de verbalisanten, mede gelet op de hun bekende omstandigheid dat in het Rotterdamse havengebied bij het vervoer van gevaarlijke stoffen de toepasselijke regelgeving niet voldoende werd nageleefd, aan art. 23 WED de bevoegdheid ontleenden op de tankduwbak [A] een onderzoek in te stellen, aangezien de toepassing van de in deze bepaling gegeven opsporingsbevoegdheid niet beperkt is tot de bijzondere plaatsen waar een in die wet bedoeld voorschrift vermoedelijk niet wordt nageleefd, doch het belang van de opsporing meebrengt dat bij aanwijzingen dat zo een voorschrift niet wordt nageleefd, ook vastgesteld moet kunnen worden waar zich een overtreding van dat voorschrift voordoet (vgl. HR 9 maart 1993, LJN ZC9268, NJ 1993/633). Het middel, dat van een andere opvatting uitgaat, is dan ook tevergeefs voorgesteld.'

We zien hier duidelijk naar voren komen dat de aanwijzingen gefundeerd kunnen worden op algemene noties omtrent het – kennelijke ambtshalve bekende – naleven van bepaalde regelgeving. De Hoge Raad overweegt in dit verband 'mede', maar welke andere omstandigheden dit dan zijn geweest wordt niet benoemd. Uitgaande van hetgeen onder rechtsoverweging 2.2.3 is vermeld, kan dat alleen het beladen van de tankduwbak zijn geweest. Door deze wijze van invulling van het begrip aanwijzingen benaderen de WED-bevoegdheden wel zeer sterk de controlebevoegdheden qua toepassingsbereik, mits bepaalde 'algemeenheden' bekend zijn bij de autoriteiten.

In Vlissingse visser-zaak bestond evenwel kennelijk nog wetenschap over op dat moment reeds geconstateerde overtredingen op één specifieke datum. In dat verband kan gewezen worden op de geciteerde passage van getuige Westbreek dat zelfs op 10 juni 1988 er illegale aanlandingen zijn geweest. In deze casus gaan dergelijke algemeenheden nog een stuk verder dan die uit het Vlissingse visser-arrest, waar ook al het 'generieke' karakter van de aanwijzingen in die zaak

aan de orde kwam. Derhalve kan gesteld worden dat het in het Vlissingse visser-arrest ging om concrete – in elk geval *concretere* – aanwijzingen terwijl in het Duwbak-arrest algemene aanwijzingen volstaan. In dit verband is relevant dat bij de parlementaire behandeling van de derde tranche Awb in relatie tot de WED nog werd gesproken over 'concrete aanwijzingen' dat er een economisch voorschrift is of wordt overtreden'.[299] Aldus is opvallend dat het aanwijzingen criterium met zulke algemeenheden wordt ingevuld. Dat *concrete* aanwijzingen vereist zouden zijn, zoals geciteerd in het WED-rapport, is met dit arrest een gepasseerd station.

Ook Hendriks wijst er in zijn noot op dat in de tankduwbak-zaak er kennelijk niet veel meer omstandigheden waren, dan de aanwijzing dat ten aanzien van het vervoer van gevaarlijke stoffen over het water in de Rotterdamse haven de regelgeving krachtens de Wet vervoer gevaarlijke stoffen sinds 2006 niet voldoende wordt nageleefd. Er valt volgens hem niet af te leiden dat een concrete aanwijzing was dat er nu juist op dit schip iets aan de hand was. Reijntjes vraagt zich in zijn noot af of het voor de aanname van aanwijzingen voldoende is, dat naar de ervaring leert veel overtredingen worden begaan. De vervolgvraag die hij daar aan verbindt is dan wat het verschil is met het 'gewone' toezicht. Het antwoord wordt door hem gegeven doordat hij stelt dat de 'algemene aanwijzingen' werkelijk iets moeten voorstellen: een op harde gegevens (cijfers) gebaseerde analyse lijkt volgen hem een voorwaarde te zijn. Aannemelijk moet zijn dat zij worden begaan door de groep waar de gecontroleerde deel van uitmaakt en/of op de plaats waar de controle wordt uitgevoerd. Denkbaar zou zijn om hierbij ook gewicht toe te kennen aan de activiteiten van de gecontroleerde op het moment, waarop gecontroleerd wordt (zoals: laden en lossen van gevaarlijke producten). Misschien kunnen volgens hem nog meer criteria worden ontwikkeld waaraan goede analyses dienen te voldoen, zodat zij enerzijds leiden tot verhoging van de pakkans, anderzijds nutteloze arbeid en overbodige controles (met de daarmee gepaard gaande last voor de gecontroleerde) tegengaan.[300] Alleen dan ontstaat in de visie van Reijntjes een rationele werkwijze, die kan worden beloond met een ruimere bevoegdheid:

> 'Hoe beter de politie haar huiswerk maakt, en hoe minder zij onschuldigen lastig hoeft te vallen, des te eerder valt die uitbreiding van bevoegdheden te aanvaarden. Wie hiermee geen ernst maakt, zit al snel toch weer in de sfeer van het gewone, algemene, ongerichte toezicht, waarvoor art. 23 WED niet is bedoeld.'[301]

In het onderhavige arrest lijkt echter geen sprake te zijn geweest van dergelijke analyses; reden waarom Reijntjes naar mijn idee deze juist voorstelt. Uit het proces-verbaal van overtreding d.d. 22 augustus 2008 blijkt immers niets dan de generalisatie dat in de Rotterdamse haven de regelgeving krachtens de Wet vervoer gevaarlijke stoffen sinds 2006 niet voldoende zou worden nageleefd. Wanneer de aanname van aanwijzingen op deze generieke vaststellingen gesanctioneerd wordt door de rechtspraak, zoals hier is geschied, zal dit zeker geen stimulans zijn

---

[299]. E. Gritter, G. Knigge, N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling; Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de Economische Delicten te herzien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 96. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 63.

[300]. Doorenbos wijst er op dat in de recente wetsgeschiedenis betreffende de opsporing van terroristische misdrijven, in uitdrukkelijke navolging van het verruimde criterium van de WED, toepassing van nieuwe opsporingsbevoegdheden (art. 126 zd e.v. Sv) afhankelijk is gesteld van het bestaan van aanwijzingen. Van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf is dan volgens de regering sprake indien de beschikbare informatie feiten en omstandigheden bevat die erop duiden dat daadwerkelijk een dergelijk misdrijf zou zijn of zal worden gepleegd. Verder kan het gaan om informatie die wel duidt op een dreigend misdrijf maar die nog niet duidelijk maakt wel concreet misdrijf dan precies. Ook uitkomsten van dreigingsanalyses kunnen aanwijzingen opleveren in de hier bedoelde zin. Die voorbeelden laten zich volgens Doorenbos vrij eenvoudig vertalen naar de context van de WED. Doorenbos, a.w., p. 107. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 9 e.v.

[301]. Annotatie J.M. Reijntjes bij 'Tankduwbak-arrest', HR 25 juni 2013, *NJ* 2014/10.

voor de opsporingspraktijk om de door Reijntjes voorgestane criteria te ontwikkelen. In de besproken zaken als de Vlissingse visser- en Tankduwbak-arresten is er überhaupt nog geen zicht op enig redelijk vermoeden van schuld. De A-G heeft in zijn conclusie dan ook terecht opgemerkt dat op deze wijze het onderscheid tussen toezicht (controle) en opsporing 'verwatert'.

Hendriks trekt in zijn noot de conclusie uit de feitelijke constellatie in de zaak dat 'eigenlijk wel' vastgesteld kan worden dat de opsporingsbevoegdheden uit de WED in feite gewoon controlebevoegdheden zijn. De enkele notie dat in de Rotterdamse haven de regelgeving krachtens de Wet vervoer gevaarlijke stoffen sinds 2006 niet voldoende wordt nageleefd lijkt hem juist reden te controleren of het in een specifiek geval zo is; hetgeen ook in deze zaak is gebeurd. Hier op voort bordurend stelt Hendriks dat op het merendeel van de werkplekken in een branche naar keuze wel sprake is van een of meer (kleinere) overtredingen van de arbeidsomstandighedenwetgeving. Dat alleen lijkt volgens hem op basis van de jurisprudentie dan al voldoende te zijn voor het kunnen toepassen van de opsporingsbevoegdheden uit de WED. Het gevolg is dan niet alleen toezichthoudende ambtenaren 'naar binnen kunnen', maar ook opsporingsambtenaren (en niet alleen de bijzondere, maar ook de ambtenaren met algemene opsporingsbevoegdheid). De conclusie die hij hier aan verbindt is dat de vraag rijst wat eigenlijk nog het verschil is tussen de opsporingsbevoegdheden uit de WED en de toezichtbevoegdheden uit de Awb. Het antwoord is dat gelet op de sferen waarin beide bevoegdheden worden uitgeoefend een ander stelsel van verplichtingen en rechtswaarborgen geldt. Maar waar Hendriks op doelt is natuurlijk het verschil in toepassingsvoorwaarden. Hij stelt de vraag of niet gewoon erkent moet worden dat het in feite ook gewoon gaat om controlebevoegdheden. De wetgever zou aldus de woorden: 'in het belang van de opsporing' misschien net zo goed kunnen schrappen, hetgeen meebrengt dat niet langer gewerkt hoeft te worden met aanwijzingen die op de keper beschouwd eigenlijk ook geen (serieuze) aanwijzingen zijn. Op deze zienswijze van Hendriks wordt teruggekomen in het kader van de tussenconclusie.

2.7.7.2. Jurisprudentie van de hoven en rechtbanken

Naast de besproken arresten van de Hoge Raad is een aantal arresten van de Hoven gepubliceerd, wat in onderlinge samenhang beschouwd een kader biedt voor de vraag wanneer sprake is van de besproken 'aanwijzingen'. Een voorbeeld van een zeer generieke aanname daarvoor is te vinden in het arrest van het hof Den Bosch, 22 augustus 2000, *M en R* 2000, 252K). In die zaak werd overwogen dat de WED-controle plaatshad op grond van de volgende omstandigheden:

- de controle vond plaats in de grensstreek met België;
- de controle vond plaats kort voor de jaarwisseling;
- van algemene bekendheid is dat voor de jaarwisseling illegaal vuurwerk van België naar Nederland vervoerd wordt door particulieren.

Onder die omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, was het hof van oordeel dat sprake was van aanwijzingen dat een economisch voorschrift, in casu het Vuurwerkbesluit Wet Milieugevaarlijke stoffen, niet werd nageleefd. Derhalve waren de opsporingsambtenaren bevoegd om in concreto te vorderen dat de bestuurder de auto zou doen stilhouden en controle op de naleving van het bepaalde in dat besluit zou toestaan. De vordering (krachtens art. 23 WED) had betrekking op het stilhouden en controleren van een personenauto. De drie omstandigheden lijken weliswaar de aanwijzingen inhoud te geven. Echter, welbeschouwd is dit puur gebaseerd op het kennelijke feit van algemene bekendheid omtrent kopen van illegaal vuurwerk in België en het vervolgens naar Nederland vervoeren. Daarbij is dit niet beperkt tot een branche in het economisch verkeer, maar bestonden er – extrapolerend – in theorie tegen iedere automobilist

in de betreffende grensstreek in de genoemde periode 'aanwijzingen' van overtreding van het Vuurwerkbesluit/Wet Milieugevaarlijke stoffen. Daarmee ligt het karakter hier meer in lijn van de 'algemene' aanwijzingen zoals in het Duwbak-arrest, dan de 'concrete aanwijzingen' in het Vlissingse visser-arrest. We zijn hier wel erg ver verwijderd van de bovengenoemde door Reijntjes voorgestane criteria.

In de 'vuurwerksfeer' lag ook het arrest van het hof Arnhem 11 juli 2001 (ECLI:NL:GHARN:2001:AB2594). [302] In het arrest van het hof Arnhem speelden niet zozeer dergelijke 'algemene noties'. Het gaat hier om een bij de politie bekende vuurwerkhandelaar, die voorwerp van observatie vormden. Het hof zag in de uitgevoerde grensoverschrijdende observatie van een bestelbus (de observatie was in België gestart) voldoende grondslag voor het aannemen van de aanwijzingen. Anders dan de hiervoor besproken arresten is hier overduidelijk meer sprake van geconcretiseerde aanwijzingen.

De zaak van hof Den Haag 29 november 2006 (ECLI:NL:GHSGR:2006:AZ3631) biedt een illustratie van de bredere opvatting – die in het besproken arrest van de Hoge Raad van 25 juni 2013 weerklinkt – dat de 'concrete aanwijzingen' geen betrekking hoeven te hebben op het voorliggende geval:

> 'Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een concrete verdenking voor de opsporingsbevoegdheid op grond van de WED niet is vereist. Wel is vereist dat er concrete aanwijzingen zijn dat er voorschriften zijn overtreden, maar die aanwijzingen hoeven geen betrekking te hebben op het desbetreffende geval. De Hoge Raad gaat van het voorgaande ook uit in zijn arrest van 9 maart 1993 (NJ 1993, 633).'

De vertaalslag die wordt gemaakt is dat weliswaar algemene aanwijzingen geaccepteerd kunnen worden maar dat deze op feiten gebaseerd dienen te zijn. Volgens Hendriks moet dan aannemelijk zijn dat zij worden begaan door de groep waar de gecontroleerde deel van uitmaakt en/of op de plaats waar de controle wordt uitgevoerd.[303] Deze aanwijzingen worden afgeleid uit een brief van de Operationeel Chef van de KLPD:

> 'Uit een brief, gedateerd 15 augustus 2005, van Th. van der Linde, Operationeel Chef van de KLPD, blijkt dat in X-pol, het bedrijfsprocessensysteem van de KLPD, in 2004 en in de eerste twee maanden van 2005 96 controles op grond van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen door de Dienst water van de KLPD zijn uitgevoerd, waarbij in 41 gevallen één of meerdere overtredingen van de ADNR werden geconstateerd. Naar het oordeel van het hof wijzen de in de brief van de KLPD genoemde cijfers erop dat de ADNR veelvuldig werd overtreden in de in de brief genoemde periode, in welke periode het feit volgens de tenlastelegging zou zijn gepleegd. Gelet hierbij op de wetsgeschiedenis en de zienswijze van de Hoge Raad waren er naar het oordeel van het hof in de onderhavige zaak concrete aanwijzingen dat er voorschriften van de ADNR werden overtreden, nu dit blijkens de cijfers in die periode veelvuldig gebeurde. Dit was voldoende aanwijzing voor de brigadier om op die grond inzage in het certificaat te vorderen op de voet van artikel 23 juncto artikel 17 van de Wet op de economische delicten. Het verweer wordt derhalve verworpen.'

---

[302]. Hierin is overwogen dat: 'al de bevoegdheden, opgenomen in titel III WED, dus ook de bevoegdheid om krachtens artikel 18 WED uitlevering ter inbeslagname te vorderen, kunnen worden toegepast vóórdat sprake is van een verdenking in de zin van artikel 27 van het Wetboek van Strafvordering. Daartoe volstaat een concrete aanwijzing van overtreding van een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 1 en 1a WED.'

[303]. Annotatie L.E.M. Hendriks bij 'Tankduwbak-arrest', HR 25 juni 2013, *NBSTRAF* 2013/284.

Uit kwantitatieve gegevens – 96 controles, waarvan 41 geconstateerde overtredingen – worden aldus aanwijzingen gedestilleerd. De feiten in dit arrest maken geen melding van enige overige omstandigheden. Op deze wijze wordt het aanwijzingen criterium fundamenteel anders benaderd dan het verdenkingscriterium. Het aanwijzingen criterium kan niet louter als een lagere maatstaf dan de verdenking worden gezien, maar kent een eigen dynamiek doordat overwegend belang wordt gehecht aan omstandigheden uit het verleden, in tegenstelling tot hetgeen ter plaatste wordt waargenomen.

Voorts kan het vonnis van de rechtbank 's-Hertogenbosch 18 juli 2011 (ECLI:NL:RBSHE:-2011:BR1738) onder de aandacht worden gebracht. In deze zaak had de AID op grond van artikel 20 WED een bedrijfsterrein betreden, terwijl de betrokkene meende dat zij op grond van een reguliere bedrijfscontrole een onderzoek instelden. Aan verdachte was niet meegedeeld dat de AID een anonieme melding had gekregen over het begraven zijn van kadavers. De handelingen die op 18 mei 2009 door de ambtenaren van de AID zijn verricht, zijn niet verricht in het kader van een controle maar in het kader van gerichte opsporing. De AID-ambtenaren liepen rechtstreeks naar de kadaverplaats. (Door de verdediging was het verweer in de sleutel gezet van détournement de pouvoir.) De rechtbank was evenwel van oordeel dat er voldoende aanwijzingen bestonden dat de WED was overtreden, op grond van de anonieme melding. (Dit bracht tevens mee dat geen sprake was van het gebruik van bevoegdheden voor een ander doel dan waarvoor deze zijn verleend.) Kennelijk kunnen aanwijzingen volgens de rechtbank hier worden aangenomen op basis van een enkele anonieme melding; niet wordt vermeld dat deze melding op enigerlei wijze is ‘opgeplust’ door verificatie, etc.

Het vonnis van de politierechter Amsterdam 13/994289-06, 29 juni 2007 ten slotte, is de enige (de auteur bekende) gepubliceerde uitspraak waarin geen aanwijzingen zijn aangenomen.[304] Hierin werd het volgende overwogen:

> ‘Uit het dossier blijkt dat de vordering tot het stoppen van de [naam vaartuig] is gedaan op basis van artikel 26 WED (de economische politierechter begrijpt: artikel 23 WED). Het is vaste jurisprudentie dat de bevoegdheden van artikel 23 WED rechtens kunnen worden uitgeoefend zodra er sprake is van aanwijzingen dat de in de artikelen 1 en 1a WED opgenomen wettelijke bepalingen zijn of worden overtreden. Van het bestaan van een dergelijke aanwijzing dat de visserijwetgeving was overtreden voorafgaande aan het doen van de vordering, blijkt in het onderhavige geval echter niet. De enkele constatering van de opsporingsambtenaren dat de [naam vaartuig] kennelijk vissende was geweest, levert die aanwijzing niet op, ook niet indien ervan moet worden uitgegaan dat de opsporingsambtenaren ervan op de hoogte waren dat de eigenaar van de [naam vaartuig] eerder de visserijregelgeving had overtreden. Hieruit volgt dat de vordering zoals die door de opsporingsambtenaren is gedaan niet rechtmatig was en niet noopte tot medewerking van verdachte. De verdachte dient mitsdien van het onder 1 ten laste gelegde te worden vrijgesproken.’

De bespreking van een dergelijk vonnis wordt bemoeilijkt door de betrekkelijk geringe informatie die over deze zaak bekend is – anders dan de genoemde omstandigheden in het vonnis – terwijl de vraag of er voldoende feiten en omstandigheden waren die aanwijzingen opleverden een zeer casuïstische aangelegenheid is. Het vonnis maakt melding van twee omstandigheden:

- betrokkene was vissende geweest;

[304]. Rechtbank Amsterdam 29 juni 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA9602. Tevens van dezelfde economische politierechter: Rechtbank Amsterdam 29 juni 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA9586.

- betrokkene had eerder de visserijregelgeving overtreden.

Die omstandigheden komen overeen met de Vlissingse visser-zaak, daar waar de aanwijzingen met name waren gebaseerd op de constateringen dat er overtredingen hadden plaatsgehad. De kennislacune aangaande deze zaak manifesteert zich hier aldus dat in het ongewisse is wanneer die eerdere overtredingen hadden plaatsgehad: in hetzelfde jaar, dezelfde maand of dezelfde dag? Ook lijkt het er op dat het dossier geen aanknopingspunten bevatte over de stand van zaken aangaande overtredingen door die branche in het betreffende gebied.

2.7.8. Tussenconclusie en waardering van het aanwijzingen criterium

Wat is nu de stand van zaken ter zake van de toepassing van het 'aanwijzingen criterium', zoals deze uit de behandelde jurisprudentie volgt? Hoewel de wetsgeschiedenis van de WED geen volstrekte helderheid bood onder welke omstandigheden deze bevoegdheden konden worden aangewend, was het ministeriële standpunt uit 1969 dat hiervoor 'aanwijzingen' voldoende waren. De aanwezigheid van een verdenking werd niet vereist, hetgeen aldus aansluit bij de wijze waarop de handhaving van dergelijke bijzondere rechtsgebieden plaatsvindt.

De koers werd niettemin veranderd door het ministeriële standpunt uit 1974, wat impliceerde dat een verdenking noodzakelijk was in het kader van de uitoefening van de WED-bevoegdheden. Zoals ook in de behandelde literatuur werd aangetipt, had dit tot gevolg dat allerlei ordeningswetging nu verbonden was aan een 'redelijk vermoeden van schuld' en het gemis van controlebevoegdheden derhalve een ernstige lacune in de handhaving vormde. Tal van oudere bijzondere wetgeving beschikte niet over dergelijke controlebevoegdheden, terwijl deze gemaakte onderverdeling dat wel vereist. De oplossing zou dan dergelijke 'reparatiewetgeving' zijn, en het alsnog opnemen van controlebevoegdheden in de betreffende wetten. Dit praktische probleem – de lacune die dan valt in de rechtshandhaving – valt niet te negeren. In feite vormt het besproken Heggeveldse stroper-arrest (HR 30 oktober 1984, *NJ* 1985, 275) een redressering van dit probleem, door een terugkeer naar de oorspronkelijke opsporing 'ex officio' middels een wetshistorische interpretatie.

Het rechtsoordeel in de Vlissingse visser-zaak (HR 15 december 1992, *NJ* 1993, 633) bouwt in zekere zin voort op de uitspraak in die zaak. De Hoge Raad oordeelde dat voor de toepassing van de WED-bevoegdheid van artikel 23 aanwijzingen voldoende waren, waarbij hij weer verwees naar het oorspronkelijke ministeriële standpunt uit 1969. Afgezet tegen dit Vlissingse visser-arrest vormt op haar beurt het Duwbak-arrest enerzijds een continuering van de lijn waarin aanwijzingen worden aangenomen op grond van 'generieke' feiten en omstandigheden. Anderzijds blijkt een zekere verruiming van het aanwijzingen criterium. Gesteld kan worden dat daar waar in het Vlissingse visser-arrest sprake was van concrete aanwijzingen, in het Tankduwbak-arrest (HR 25 juni 2013 ECLI:NL:HR:2013:3) wordt volstaan met algemene aanwijzingen gebaseerd op globale door de politie opgestelde profielen. Derhalve valt uit dit arrest een zeer ruim toepassingsverband van de WED-bevoegdheden af te leiden. Gebillijkt wordt immers dat dergelijke 'abstracte aanwijzingen' gebaseerd kunnen zijn op generieke bevindingen van opsporingsinstanties over overtredingen, bijvoorbeeld in een bepaalde branche of gebied (zoals de Rotterdamse haven).

Daarmee kan het volgende geconstateerd worden aangaande het karakter van de WED-bevoegdheden. Volgens Jansen hebben de bevoegdheden van artikel 19-23 WED een gemengd

karakter: zij betreffen opsporings- én toezichtbevoegdheden.[305] Uit de kwalificatie dat de bevoegdheden mede toezichtsbevoegdheden zijn, leidt Jansen af dat deze mede bestuursrechtelijk zijn genormeerd. Dit standpunt kan niet gevolgd worden: de WED-bevoegdheden blijven opsporingsbevoegdheden; zij het dat hiervoor andere toepassingsvoorwaarden gelden. Van een bestuursrechtelijke normering is dan ook geen sprake.

Hoewel de WED-bevoegdheden formeel bezien nog altijd opsporingsbevoegdheden betreffen is het toepassingsbereik daarmee zo ruim geworden dat deze materieel gezien controlebevoegdheden *benaderen*. Dit benadert de wijze waarop eerder het begrip repressieve controle is beschreven: controle op basis van abstracte vermoeden van wetsovertreding. De WED-bevoegdheden zijn daarentegen nog geen 'zuivere' controlebevoegdheden. Er bestaan derhalve situaties waarin nog geen aanwijzingen bestaan, waar wel controlebevoegdheden toegepast zouden kunnen worden. Het aanwijzingen criterium komt dan niet volledig tegemoet aan de grondgedachte dat handhaving van ordeningsrecht primair dient plaats te vinden door controleonderzoek, op basis van de 'rechtmatigheidshypothese'. Het WED-onderzoek is immers gebaseerd op de 'onrechtmatigheidshypothese', waarbij een 'aanwijzingen' criterium geldt. Voor de wetgeving die enkel bestrijkt wordt door de WED blijft hierin dus een potentieel mankement voor de handhaving zitten. Tegelijkertijd moet erkend worden op basis van de besproken rechtspraak dat dit een theoretisch probleem lijkt en geen probleem van de rechtspraktijk. De aanname van aanwijzingen op zulke algemene bevindingen, zoals in het Duwbak-arrest geaccepteerd is, lijkt bovendien geen prikkeling te zijn om de door Reijntjes besproken analyses te ontwikkelen. Duidelijk is dat het aanwijzingen criterium niet louter een afgezwakt 'verdenkingsbegrip' is maar een geheel eigen dimensie kent, die de controlebevoegdheden *vrijwel* benadert qua toepassingsbereik.[306]

Over de interpretatie van het aanwijzingen begrip door de Hoge Raad valt voorts het volgende op te merken. Het aanvaarden van de beschreven 'abstracte' aanwijzingen, zoals in het Tankduwbak-arrest, doet als gesteld het onderscheid tussen controle en opsporing vrijwel teniet. Daarmee kan aldus de opvatting van de A-G in dit arrest worden gedeeld en de kritiek van bijvoorbeeld Hendriks in zijn noot. In dit kader dient niet te worden vergeten dat het in essentie om twee verschillende rechtssferen gaat – de controle en opsporingssfeer – waarmee verschillende rechten en plichten corresponderen. Met het 'generieke aanwijzingen' criterium is in feite een vergaande strafrechtelijke controlebevoegdheid gecreëerd; hetgeen de opsporingssfeer aanmerkelijk heeft opgerekt. Er zou gesteld kunnen worden dat haast een nieuwe 'hybride sfeer' is ontstaan. Daarbij blijft gelden dat hoezeer die strafrechtelijke controle de bestuursrechtelijke controle heeft benaderd, beide op verschillende hypothesen zijn gebaseerd. Het op de WED gebaseerde onderzoek richt zich immers op de hypothese van wetsovertreding, terwijl die bestuursrechtelijke controle gebaseerd is op het toetsen van wetsnaleving.

De vraag evenwel is wat de positie van de betrokkene is die met deze hybride vorm van strafrechtelijke controle wordt geconfronteerd. Daarbij gaat het om diegene tegen wie aanwijzingen bestaan, maar nog geen verdenking. Het is opmerkelijk dat een betrokkene die nog geen verdachte is toch met een puur strafrechtelijk onderzoek geconfronteerd wordt, terwijl daarvoor juist bestuursrechtelijke controlebevoegdheden zijn gecreëerd. Is het wel wenselijk dat bevoegdheden uit de opsporingssfeer tegen een nog niet verdachte worden toegepast op basis van louter generieke aanwijzingen? Hierbij kan ook bedacht worden dat non coöperatie in het kader

[305]. Vergelijk hoe Jansen het karakter heeft geduid. O.J.D.M.L. Jansen, 'Toezicht, opsporing en de Algemene wet bestuursrecht', *DD* 1994, afl. 6, p. 539-540.
[306]. Gritter, Knigge en Kwakman, a.w., p. 79. In het onderzoeksrapport wordt het aanwijzingen begrip geduid als een 'afgezwakt verdenkingscriterium'.

van de WED een veel zwaarder sanctiearsenaal kent, dan in het geval van een bestuursrechtelijke vordering[307]. De vraagt rijst dan in hoeverre de betrokkene tegen wie aanwijzingen bestaan gehouden is tot medewerking. Voor een antwoord op die vraag, wordt verwezen naar hoofdstuk 8. paragraaf 8.2.6.

2.8. Conclusie

Handhaving van ordeningsrecht: de noodzaak van controle
Controleonderzoeken vormen de conditio sine qua non voor rechtshandhaving van het ordeningsrecht. Dit rechtsgebied kent een bijzonder wijd palet aan regelgeving waarvan de ratio voornamelijk gelegen is in sociaal-economische gedragsregulatie. Derhalve hebben deze normen veelal betrekking op een (bedrijfs)economische context. De burger kan hierbij in verband met bepaalde 'kwaliteiten' worden aangesproken door de overheid, zoals die van belastingplichtige of vergunninghouder. De vaststelling in hoeverre dit type regelgeving correct wordt nageleefd kan een bepaalde expertise of interpretatie vereisen, gelet op technische of bijvoorbeeld fiscale aspecten. Potentiële overtredingen zullen alsdan bij wijze van uitgangspunt alleen aan het licht komen door een 'actieve controle' uitgevoerd door daartoe opgeleide ambtenaren. De overheid zal hier dus zelf het initiatief moeten ontplooien om gericht onderzoek te verrichten naar de naleving van regels. Het reactieve strafvorderlijke kader – overheidsoptreden dat op een verdenking is gebaseerd – moet voorafgegaan worden door een pro-actief bestuursrechtelijk kader waarbij de overheid controlerend optreedt en onderzoekt in hoeverre de wet wél wordt nageleefd. Om die reden is de bestuursrechtelijke controle van eminent belang voor de effectuering van deze rechtshandhaving. De overheid moet in staat zijn de naleving van normen te kunnen controleren, daar waar deze anders aan het zicht onttrokken zouden blijven.

Problematiek van de sfeerovergang
Het beschreven uitgangspunt dat de handhaving van het ordeningsrecht noopt tot dergelijke controleonderzoeken, is daarmee het 'juridisch axioma' van dit rechtsgebied. Door de wetgever is daartoe een juridische structuur gecreëerd die binnen het bredere bestek van die handhaving in twee sferen uiteenvalt: de controle- en de opsporingssfeer. Die sferen vormen elkaars contrast in de zin dat zij op verschillende juridische uitgangspunten zijn gebaseerd. Het controleonderzoek is gebaseerd op de 'rechtmatigheids'-hypothese waarin juist onderzocht wordt of de situatie conform de wettelijke regeling is. De betrokkene is in beginsel gehouden aan dat onderzoek medewerking te verlenen; anders dan in de opsporingssfeer, waar de verdachte over bepaalde verdedigingsrechten beschikt. De essentie van het probleem van de 'sfeerovergang' is dat daarin een inherente paradox gelegen is. Daarbij geldt dat de structuur van de sfeerverdeling een theoretische juridische constructie is, waarvan de vraag is in hoeverre zij tegemoet komt aan de rechtspraktijk. Die sfeerverdeling wordt ondermijnd door de na te duiden sfeervervaging, wat voornamelijk veroorzaakt wordt door de repressieve controle. Allereerst geldt dat de paradox er uit bestaat dat een betrokkene op straffe van wetsovertreding bij weigering van die medewerking gehouden is aan zo een controleonderzoek (actieve) medewerking te verlenen, terwijl dat onderzoek juist aanleiding kan geven tot het ontstaan van een strafrechtelijke verdenking. Een vijftal aspecten van de problematiek van de sfeerovergang zijn benoemd. Ten eerste gaat het om de vraag in hoeverre 'testimonial evidence', vergaard in het controleonderzoek,

[307]. Vergelijk art. 184 Sr en art. 26 WED in combinatie met art. 2 lid 5 WED. Art. 184 Sr kent een strafmaximum van drie maanden, terwijl dat in geval van art. 6 lid 2 WED een maximale gevangenisstraf betreft van twee jaar en/of een geldboete van de vierde categorie. Daarnaast kunnen ook nog de bijkomende economische straffen en maatregelen worden opgelegd, genoemd in art. 6 en 7 WED op grond van art. 6 lid 2 WED.

bruikbaar is voor bewijs in de punitieve sfeer. Dezelfde vraag geldt voor 'real evidence'; schriftelijk, tastbaar bewijsmateriaal. Ten derde gaat het om 'sfeercumulatie', het parallelle verloop van een controle- en non punitieve procedure (procedurele cumulatie). Nadat de opsporingssfeer eenmaal een aanvang heeft genomen (hetzij bestuursrechtelijk, hetzij strafrechtelijk), kan daarnaast nog een aparte (non-punitieve) bestuurlijke procedure gevoerd worden (bestuursdwang, of bijvoorbeeld een fiscale procedure). De voorgaande aspecten worden verder geproblematiseerd door het feit dat zowel het controle- als opsporingsonderzoek zich zal kunnen richten op dezelfde feiten (materiële cumulatie), waarbij tevens dezelfde ambtenaren kunnen optreden als controleur en opsporingsambtenaar (personele cumulatie).

Daarnaast is het probleem van de 'sfeervervaging' genoemd. Dit houdt in dat hoewel formeel sprake is van de toepassing van controlebevoegdheden, materieel gezien al 'opsporing' kan plaatshebben. Er is dan bijvoorbeeld al sprake van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit tegen de gecontroleerde. Dit toont in feite de discrepantie aan met het juridisch kader van de sfeerverdeling, afgezet tegen de praktijk van de rechtshandhaving. Een belangrijk fenomeen in dit verband is de repressieve controle. Hierbij worden controleonderzoeken geïnitieerd op basis van een 'abstract vermoeden' van wetsovertreding, waarbij de grens met de strafvorderlijke verdenking in zicht kan komen. Als vijfde deelprobleem is benoemd de vraag in hoeverre controlebevoegdheden aangewend mogen worden voor opsporingsdoeleinden, in het licht van het verbod van détournement de pouvoir. De redenen om in dat kader te opteren voor de toepassing van controlebevoegdheden laten zich verklaren door het ruime toepassingscriterium (anders dan de meeste strafvorderlijke bevoegdheden) in combinatie met het feit dat de betrokkene in beginsel gehouden is tot medewerking. Het gaat hier om mogelijk misbruik van bevoegdheden uit de controlesfeer.

Awb-controlebevoegdheden

De concrete manifestatie van de controlesfeer komt onder meer terug in de regeling van de bevoegdheden in de Algemene wet bestuursrecht. Hierin worden de bevoegdheden toegekend aan de 'toezichthouder', hetgeen daarmee een bepalende definitie is. Deze functionaris dient door het betreffende bestuur te zijn aangewezen, hetgeen middels individuele of categoriale aanwijzing kan plaatsvinden. Hoewel de wet op dit punt over 'toezicht' spreekt is aan de orde gekomen waarom de term 'controle' ter prefereren is, voor de beschrijving van de bevoegdheden, dan wel procedure. De reden daarvoor is gelegen in de semantiek van het begrip toezicht. In de literatuur worden veel meer handelingen aan dit begrip toegeschreven dan louter controle. Het gaat dan om een divers scala van overheidsactiviteiten gericht op bevordering van wetsnaleving. De bevoegdheden die aan de orde kwamen waren de vordering tot inlichtingen, en de vordering tot inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (art. 5:16 respectievelijk art. 5:17 Awb). Naar aanleiding van recente jurisprudentie van de rechtbank Rotterdam omtrent de interpretatie van het inlichtingenbegrip is het onderscheid tussen beide bepalingen aanmerkelijk gerelativeerd. Het begrip inlichtingen is verruimd in het kader van de Wft, waardoor ook documenten (zakelijke gegevens/bescheiden) onder het bereik van artikel 5:16 Awb kunnen vallen. Middels de inlichtingenvordering ex artikel 5:16 Awb kan de toezichthouder op het gebied van de Wft derhalve documenten vorderen zonder dat deze (fysiek) ter plaatse is.

De wetgever heeft voorts bij de toekenning van die bevoegdheden het maatschappelijk belang (instrumentaliteit) afgewogen tegen de privacy van burgers (rechtsbescherming). De toezichthouder dient ook het doel van zijn onderzoek mede te delen; hetgeen als een zekere waarborg tegen het 'ongericht hengelen' naar informatie kan worden geduid. Uitgangspunt is volgens de wetgever dat de 'vrije rechtssfeer' van burgers zoveel mogelijk gerespecteerd dient te blijven.

Deze afweging kan teruggevonden worden in het feit dat de toepassing van die controlebevoegdheden genormeerd wordt door het evenredigheidsbeginsel. Dit geeft aanleiding tot de beschreven achtereenvolgende randvoorwaarden. Ten eerste dient het object van de controlebevoegdheid normadressaat te zijn van de betreffende regelgeving. Ten tweede dient de bevoegdheidstoepassing 'redelijkerwijs noodzakelijk' te zijn. Daarnaast dient de bevoegdheid op een zo min mogelijk belastende wijze te worden aangewend. Voorts dient voor zover sprake is van een rechtspersoon en indien aan de orde, de controle zich toe te spitsen op de 'meest gerede persoon'. De toetsing aan het evenredigheidsbeginsel kwam concreet terug bij de behandelde civiele kort geding jurisprudentie omtrent NMa onderzoeken. Weliswaar illustreren die uitspraken de mogelijkheden om op grond van het evenredigheidsbeginsel succesvol verweer te voeren tegen wat in feite gepercipieerd wordt door de betrokkene als 'fishing expeditions'. Niettemin kan van dit soort kort geding procedures in een breder procedureel bestek geen definitieve oplossingen worden verwacht, gelet op het marginale karakter van de toets die wordt aangelegd.

De aard van het controleonderzoek

In het licht van de vaststelling dat de verhoudingen tussen de procesdeelnemers (verdachte en opsporingsambtenaren) in de opsporingssfeer als antagonistisch geduid wordt, is de vraag opgeworpen naar de aard van die verhoudingen in de controlesfeer. Betreft het hier anders dan in de opsporingssfeer een 'gezamenlijke belangenrelatie' of kan de relatie tussen controleur en gecontroleerde eveneens als antagonistisch worden gekenmerkt? Globaal beschouwd kan een tweedeling gemaakt worden binnen de controleonderzoeken, aan de hand van de concepten 'open' en 'besloten' context. In beginsel bestaat er in die open context geen eerdere relatie tussen controleur en gecontroleerde, zodat in wezen sprake is van een context van 'anonimiteit'. Voorbeelden daarvan zijn de alcoholcontrole in het verkeer of douanecontrole bij de luchthavens. Vastgesteld is dat controleonderzoek in de open context bij uitstek in het teken staat van strafrechtelijke afdoening. De aard van de verhoudingen tussen controleur en gecontroleerde verschilt dan niet wezenlijk van die van de opsporingssfeer. De betrokkene vormt louter een object van controle. Dit ligt genuanceerder in de besloten context. Hier is de gecontroleerde in principe reeds bekend bij het bestuur dat de controletaak uitoefent. Daarbij is een opmerkelijk grote rol weggelegd voor normoverdragende gesprekken en waarschuwingsbrieven in het kader van de handhaving. Dit was bijvoorbeeld het geval bij de AFM en DNB. De relatie tussen controleur en gecontroleerde zou hier dan ook geduid kunnen worden als een 'gematigd' antagonistische gezagsverhouding, waarbij een sterk accent ligt op het nastreven van 'positieve doelen' door het bestuur. Ondanks die 'verfijnde machtsuitoefening' kan zowel voor de open als de besloten context gesteld worden dat de gezagsrelatie tussen controleur en gecontroleerde zich niet laat kwalificeren als een van 'gezamenlijke belangen'. De consequentie van die duiding is dat hoe meer sprake is van 'antagonisme', des te meer focus komt te liggen op het vraagstuk van de rechtsbescherming van de gecontroleerde. Het controleonderzoek kan niet geduid worden als een 'neutrale' bestuurlijke aangelegenheid maar als een verlengstuk van opsporingsactiviteiten, te meer daar het bestuursorgaan zelfstandige bevoegdheid toe kan komen tot straffen. Hoe meer dus sprake is van een 'antagonistische' relatie, hoe eerder een beroep op de procedurele rechtsbescherming in zicht komt. Het feit dat betrokkenen zich zo goed mogelijk van juridische bijstand wensen te voorzien in het geval van 'dawn raids', is in feite een praktische uitwerking daarvan.

De WED-opsporingsbevoegdheden.

Van oudsher was in de bijzondere wetten de controle taak onder de noemer van opsporing gebracht. De ontwikkeling in de toepassing aangaande de WED-bevoegdheden laat in dat verband een opmerkelijke terugkeer naar het verleden zien. Aanvankelijk werd dit namelijk benaderd

als opsporing ‘ex officio’, wat betekende dat deze bevoegdheden feitelijk als controlebevoegdheden functioneerden. Met het ministeriële standpunt uit 1969 werd voor de toepassing van de WED-bevoegdheden gekozen voor een ‘aanwijzingen’ criterium. Daarna vond de afbakening tussen controle en opsporing zijn hoogtepunt in 1973 toen de wetgever in relatie tot die WED opteerde voor een verdenkingscriterium. Dit principe controle en opsporing van elkaar te scheiden zag niet enkel op de WED, maar had een bredere implicatie en werd nadien doorgevoerd in wetgeving. Tal van oudere bijzondere wetgeving beschikte echter niet over controlebevoegdheden, terwijl de gemaakte onderverdeling dat wel vereiste. Wanneer het verdenkingsvereiste zou gelden, zou aldus een aperte lacune in de handhaving ontstaan. Die vrees bleek ongegrond getuige de jurisprudentie van de Hoge Raad. In het Heggeveldse stroper-arrest (HR 30 oktober 1984, *NJ* 1985, 275) besliste hij namelijk dat de door opsporingsambtenaren uitgeoefende bevoegdheid ter controle kon worden toegepast. De Hoge Raad kwam tot dat oordeel op basis van een wetshistorische interpretatie; uitgaande van de bijzondere bevoegdheid in relatie tot het strafvorderlijk systeem. De betreffende bevoegdheid zou geen meerwaarde hebben wanneer deze aan een verdenkingsvereiste gekoppeld zou zijn, hetgeen niet de bedoeling van de wetgever geweest kon zijn. Die uitspraak vormde in feite ook de opmaat naar het Vlissingse visserarrest (HR 15 december 1992, *NJ* 1993, 633), waarin de Hoge Raad voor de WED-toepassingsvoorwaarden aansluiting zocht bij het ministeriële standpunt uit 1969. In dit arrest betrof het nog een vorm van ‘concrete aanwijzingen’ omtrent het handelen van vissersschepen in een bepaalde periode. Daarentegen kan uit de recente jurisprudentie van de Hoge Raad (Tankduwbakarrest, HR 25 juni 2013 ECLI:NL:HR:2013:3) een dermate ‘generiek’ aanwijzingen criterium worden afgeleid, dat deze het toepassingsniveau van controlebevoegdheden vrijwel benadert. Dat laat onverlet dat de WED-bevoegdheden nog geen ‘zuivere’ controlebevoegdheden betreffen. In beginsel is dus denkbaar dat zich situaties voordoen waar nog geen aanwijzingen bestaan en dus de inzet van WED-bevoegdheden voorafgegaan moet worden door controlebevoegdheden. Dit lijkt op basis van de beschreven jurisprudentie vooralsnog echter een theoretisch probleem. De vraag is wat de rechtspositie is van de betrokkene die nog geen verdachte is, maar tegen wie wel aanwijzingen van overtreding van een economisch delict bestaan. Is de betrokkene nog gehouden te voldoen aan vorderingen tot medewerking terwijl deze met een vergaande vorm van strafrechtelijke controle wordt geconfronteerd?[308] Daarbij geldt ten opzichte van het bestuursrecht (art. 5:20 Awb jo. 184 Sr) een verzwaarde pressie tot medewerking in het economisch strafrecht (art. 26 WED jo. 2 lid 5 WED jo. 6 lid 2 WED). Daarnaast is evident dat de scheidingslijn tussen repressieve controle en WED-opsporing uiterst fragiel is geworden. De vraag is hoe de wetgever dat onderscheid heeft willen maken. Bovenal is de vervolgvraag hoe de sfeerovergang zich juridisch concreet manifesteert en wordt genormeerd, ter zake van de toepassing van controlebevoegdheden. Dat vormt het onderwerp van het volgende hoofdstuk.

[308]. Deze kwestie wordt besproken in hoofdstuk acht, paragraaf 2.6.

HOOFDSTUK 3.

De sfeerovergang II: controle ter opsporing?

'(…) Ik weet niet veel van honden en ik heb groot respect voor speurhonden, maar ik weet zeker dat een ambtenaar met een narcoticaspeurhond bij een container met als lading volgens de laadbrief huiden niet bezig is met een onderzoek naar verschuldigdheid van belastingen of heffingen. En de hond al helemaal niet.'
Pleidooi in hoger beroep[309]

3.1. Inleiding

In de tiende december maand van 1934, voerde gemeenteveldwachter Gerardus Flos een controleonderzoek uit in een woning te Kaatsheuvel Loonsch Hoekje, nr. 4.[310] Het onderzoek was gericht op naleving van de voorschriften uit de Drankwet. Aldaar nam hij echter in de keuken van de woning een geweer waar, die hij op grond van de Vuurwapenwet 1919 in beslag nam. De verdachte verzette zich tegen de inbeslagname door aan het geweer te trekken en te rukken. Voor dat verzet werd verdachte vervolgd. De rechtbank sprak verdachte opmerkelijk genoeg vrij van het tenlaste gelegde, door te overwegen dat de veldwachter het geweer onbevoegdelijk voorhanden had gehad. Redengevend voor dat oordeel was dat de verbalisanten alleen voorzien waren van een last om verdachte's woning binnen te treden krachtens artikel 64 der Drankwet (verstrekt door de betreffende burgemeester). Volgens de rechtbank betekende dit (op basis van een analogische interpretatie van artikel 121 Sv (oud) dat die last uitsluitend strekte tot het bijzonder doel van Drankwetcontrole. Tot eenig ander doel dan die controle mochten verbalisanten Visschers en Flos niet in de woning verblijven. Gelet op het feit dat de toegang tot de woning ter controle van de Vuurwapenwet geweigerd was, mochten zij niet zonder schriftelijke last zich in de woning van verdachte bevinden. Derhalve waren ze niet bevoegd om het geweer in beslag te nemen. Dit vonnis van de rechtbank wordt overigens in hoger beroep nog door het gerechtshof bevestigd. De Hoge Raad oordeelt anders over deze rechtsvraag:

> 'dat toch niet mag worden aangenomen, dat de omstandigheid, dat een ambtenaar alleen ter contrôle ingevolge de Drankwet in een woning aanwezig is en daar uit dien hoofde, ook tegen den wil van den bewoner, aanwezig mag blijven, dien ambtenaar belet om op diezelfde plaats opsporingsbevoegdheden, steunende op eene andere wet dan de Drankwet uit te oefenen (…)'

Deze overweging werd geduid als het leerstuk van de voortgezette toepassing. Deze rechtsregel behelst aldus dat de controle op grond van een bepaalde regeling de toepassing van overige bevoegdheden onverlet laat. Wanneer die betreffende ambtenaar ook over die bevoegdheden beschikt, is dit leerstuk tamelijk helder. Zoals Pompe in het citaat opmerkt, zou een tegengestelde opvatting tot merkwaardige consequenties kunnen leiden.[311] De overgang van controle

[309]. Pleidooi van mr. P.R.M. Noppen, zie Hoge Raad 6 november 2001 (LJN AB3296, ECLI:NL:HR:2001:AB3296), r.o. 3.2.
[310]. HR 2 december 1935, *NJ* 1936/250 Geweerarrest.
[311]. Hoewel de literatuur ook weer niet eensgezind was. Zo had Melai het zuiverder gevonden indien de ambtenaar na bet aantreffen van het geweer een andere last tot binnentreden had gehaald, en wel op grond van de Vuurwapenwet. Zie A.L. Melai, *Het wetboek van Strafvordering*, artt. 120-123, aant. 16.

naar opsporing laat in deze situatie weinig ruimte voor discussie. De wapenvondst werd 'toevallig gedaan'.

Toch kan deze situatie met een paar subtiele wijzigingen aanmerkelijk gecompliceerd worden. Wat als de controle op de naleving van de Drankwet werd gehanteerd met het voorgenomen doel vuurwapens op te sporen?[312] In dat geval wordt de controlebevoegdheid uit een bepaalde wet gehanteerd, om feiten te onderzoeken die buiten het bereik van die wet liggen. Levert dat geen misbruik van de controlebevoegdheid en daarmee détournement de pouvoir op?[313] Wat als er al een verdenking bestond van de aanwezigheid van een dergelijk wapen in de woning van verdachte? Mogen controlebevoegdheden dan worden aangewend, terwijl al een verdenking bestaat.[314] De vraag of een bepaalde controlebevoegdheid – mede gelet op het verdere verloop van het politieonderzoek (de voortgezette toepassing) – op juiste wijze werd gehanteerd zal in de regel pas bij het onderzoek ter terechtzitting aan de orde komen, indien de verdachte een dergelijke onrechtmatigheidsverweer voert.

In dit hoofdstuk staan dergelijke vragen centraal. In het voorgaande hoofdstuk lag de focus op de afzonderlijke bespreking van de controle- en opsporingssfeer. Daarbij ging het met name om de vraag wat kenmerkend was voor beide sferen, alsmede onder welke omstandigheden bevoegdheden kunnen worden aangewend. De invalshoek in dit hoofdstuk vormt de dwarsverbanden die zich kunnen voordoen. In dat kader gaat het primair om de relatie tussen controle en opsporing in strafrechtelijke zin. Voor wat betreft de overgang van bijvoorbeeld een controleonderzoek gebaseerd op de Awb naar een boeteonderzoek, is de betreffende wettelijke grondslag van het onderzoek immers steeds dezelfde wet. De discussie omtrent détournement de pouvoir is dan van minder belang. Wat in drie verschillende paragrafen aan de orde komt is derhalve uitoefening van controlebevoegdheden in of ten dienste aan de strafrechtelijke opsporingssfeer, zij het in verschillende variaties. Allereerst komt aan de orde in hoeverre controlebevoegdheden in het kader van een opsporingsdoel mogen worden aangewend. Het gaat dan om bevoegdheden die zien op dezelfde wetgeving, in dit geval de fiscale controlebevoegdheden uit de AWR. Voorts komt een accentverschuiving aan de orde: in de zin dat controlebevoegdheden van een bepaalde wettelijke regeling, worden benut voor de opsporing van andersoortige strafbaar gestelde feiten. Het gaat dan om controlebevoegdheden uit de Douanewet die worden benut in het kader van controle op de Opiumwet. Daarbij is bijzondere aandacht voor de zaak HR 13 mei 1997, *NJ* 1998/481. Deze is exemplarisch voor de problematiek die zich voordoet op het grensvlak tussen het controle- en opsporingsonderzoek. Hierna wordt de situatie in de Wegenverkeerswetgeving besproken dat dergelijke controlebevoegdheden worden ingezet voor de opsporing van commune of Opiumwet delicten. Voorts wordt het onderscheid tussen controle en opsporing behandeld. Daarbij wordt uitgebreid aandacht besteed aan de vraag hoe de wetgever dit onderscheid heeft geconceptualiseerd en heeft wensen te normeren. Ten slotte komt de normering van controlehandelingen in de context van het strafproces aan de orde. Dat spitst zich toe op de concrete vraag in hoeverre gestelde onrechtmatige bestuursrechtelijke handelingen aangemerkt kunnen worden als 'vormverzuim' in de zin van artikel 359a Sv.

---

[312]. Vergelijk Huygen, a.w., p. 63: 'Hoe zou het optreden van de veldwachter beoordeeld worden indien zijn voornaamste doel was geweest om naspeuringen te doen naar het vuurwapen, waarbij hij de controle op de drank- en horecawet slechts als middel tot binnentreden had gebruikt?'

[313]. Zie over het leerstuk détournement de pouvoir: G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht, bewerkt door M.J. Borgers*, Deventer: Kluwer 2018, p. 62.

[314]. Zie Aler, p. 310: 'In alle gevallen, waarin voortgezette toepassing van de bevoegdheden heeft plaats gevonden, kan men zich afvragen, of de eerste (resp. de laatste) bevoegdheid wel rechtmatig werd gehanteerd, gelet op de omstandigheid dat het doel, waartoe de eerste bevoegdheid mag worden gebruikt, verschilt van dat van de laatste bevoegdheid. De vraag rijst dan, of het doel, waartoe die laatste bevoegdheid wordt gebruikt, de uitoefening van de eerste bevoegdheid, die daartoe niet is gegeven, niet vitieert.'

3.2. Controle ter opsporing I: fiscale controle ter opsporing van fiscale delicten

3.2.1. HR 26 april 1988, NJ 1989/390, FIOD-arrest

Hoewel de controle- en osporingssfeer juridisch wel te scheiden zijn, blijkt dit in de praktische uitoefening van bevoegdheden veel minder het geval te zijn. Inzake de verhouding tussen controle en opsporing kan de volgende vraag worden gesteld. Mogen die controlebevoegdheden uitgeoefend worden ter opsporing van een strafbaar feit? Anders geformuleerd: mag in de opsporingssfeer gebruikt gemaakt worden van bevoegdheden uit de controlesfeer? Zoals zal blijken heeft de Hoge Raad – weliswaar onder voorwaarden – deze vraag positief beantwoord, hetgeen het onderscheid tussen beide 'sferen' verder verdunt.[315] Derhalve is volgens Knigge in het hier te bespreken 'FIOD'-arrest (HR 26 april 1988, *NJ* 1989/ 390) afgerekend met de zienswijze waarin een strike scheiding tussen beide sferen werd beoogd.[316] Niet alleen mogen controlebevoegdheden worden gebruikt nadat de verdenking van een strafbaar feit is gerezen, zij mogen tevens *mede* ter opsporing van dat feit worden gebezigd.

In het FIOD-arrest speelde de vraag of de FIOD-ambtenaren van hun controlebevoegdheden ex artikel 47 AWR gebruik mochten maken ter opsporing van strafbare feiten. De strekking van het standpunt van de verdediging was dat opsporingsambtenaren van de FIOD hun bevoegdheden tot inbeslagname en inzage, alsmede het vorderen van afgifte hadden gebaseerd op artikel 49 AWR. Dit artikel behelst een controlebevoegdheid, terwijl op moment van de toepassing ervan reeds een opsporingsonderzoek aanhangig was. Dit is ook niet verwonderlijk gelet op het feit dat de FIOD een opsporingsdienst is. Aldus werd een controlebevoegdheid 'misbruikt' voor de opsporing van strafbare feiten, hetgeen meebracht dat sprake was van onrechtmatig verkregen bewijs. Er was immers sprake van een onrechtmatige toepassing van bevoegdheden doordat in de opsporingssfeer nog teruggegrepen werd op die controlebevoegdheid, aldus de verdediging. Het hof had deze stellingname verworpen, onder meer op grond van de overweging dat een 'redelijke grond' waarom de in artikel 49 lid 1 AWR vervatte bevoegdheid wel in controlesfeer maar niet in de opsporingssfeer zou mogen worden gehanteerd ontbreekt'. Hiertoe overweegt de Hoge Raad als volgt (r.o. 7.4.):

> 'Voor zover het middel betoogt dat een opsporingsambtenaar, die in andere hoedanigheid tevens over de in art. 49, eerste lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen omschreven controlebevoegd-heid beschikt, die controlebevoegdheid niet mede ten dienste van de opsporing van strafbare feiten mag aanwenden, miskent het dat het bestaan van een redelijke verdenking dat een bepaalde persoon een strafbaar feit heeft begaan niet in de weg staat aan het uitoefenen van evenbedoelde controlebevoegdheid tegenover die verdachte of tegenover een derde, mits daarbij de aan de verdachte als zodanig toekomende waarborgen in acht worden genomen.'

Aldus accepteert de Hoge Raad dat controlebevoegdheden ingezet mogen worden, zelfs wanneer er sprake is van een verdenking en bijbehorende opsporingsdoeleinden.[317] Over de aanwending van de controlebevoegdheid door de FIOD kan eveneens worden gewezen op hetgeen door A-G Remmelink is opgemerkt:

---

[315]. HR 26 april 1988, *NJ* 1989/390, m.nt. ThWvV. De kwestie van het gebruik van (administratieve) controlebevoegdheden naast het gebruik van (strafrechtelijke) opsporingsbevoegdheden door FIOD-ambtenaren was ook aan de orde in HR 28 januari 1986, Strafkamer rolnr. 78 678, *NJB* 1986, p. 421, *FED* 1988, 34.

[316]. G. Knigge, Controle door de FIOD, *Ars Aequi* 1988, p. 773.

[317]. Zie ook HR 13 mei 1997, *NJ* 1998/481 (Douanewet-arrest) De Hoge Raad overwoog dat het bestaan van een redelijk vermoeden dat art. 2 lid 1 sub A Opiumwet is overtreden niet in de weg staat aan uitoefening door douaneambtenaren van de controlebevoegdheden cfm. art. 82-84 en 87 Wet inzake de douane, mits de aan de verdachte toekomende waarborgen in acht worden genomen.

> ‘In de voorstelling van het Hof zou hetgeen de opsporingsambtenaren hebben gedaan ook nog zijn gedekt door art. 49 lid 1 AWR, dat echter, gelijk requirant opmerkt, op de controle-fase betrekking heeft. Aangezien de Fiod-ambtenaren in de voorstelling van het Hof van meet af aan opsporingsgewijs zijn opgetreden, en hetgeen zij aan dwangmaatregelen hebben gedaan werd gelegitimeerd door het al-omvattende art. 81 AWR, dat m.i. ook een minder ingrijpende tussenoplossing zal hebben gedekt (men vraagt geen uitlevering maar neemt genoegen met inzage), zou ik deze verwijzing, en het eventueel zich ook nog op deze bepaling beroepen door de Fiod-ambtenaren, als een overbodigheid of een vergissing willen aanmerken, waardoor requirant niet is benadeeld.’[318]

Terzijde kan de vraag worden opgeworpen of het verdedigingsbetoog niet reeds zou sneuvelen, gelet op de ‘Schutznorm’-doctrine.[319] De uitoefening van bevoegdheden had immers betrekking op het inzage vorderen bij derden; hetgeen niet (direct) ziet op de belangen van de verdachte. Voorzover er al enige onregelmatigheden waren toegepast betroffen dat dus niet de belangen van de verdachte zelf. Daarnaast geldt dat in het geval van die derden een ‘minder’ ingrijpende bevoegdheid is aangewend (het vorderen van inzage), waar als alternatief voor de vordering tot inzage in stukken een bevel tot uitlevering ter inbeslagneming gegeven had kunnen worden.[320] Dit is in lijn met de meer algemene redenering van Wattel dat alleen wanneer de controlebevoegdheid wordt ‘gedekt’ door een (zwaardere) opsporingsbevoegdheid, het gebruik ervan voor opsporingsdoelen is toegestaan; in de geest van ‘wie het meerdere mag, mag ook het mindere.’ Zodoende lijkt dit puur pragmatisme het meest krachtige argument voor toepassing van controlebevoegdheden ter opsporing.[321] Op die redenatie valt echter nog het nodige af te dingen, zoals in het navolgende aan de orde komt.

3.2.2. Randvoorwaarden voor de toepassing van controlebevoegdheden ter opsporing

Uit het FIOD-arrest kunnen twee randvoorwaarden afgeleid worden die gelden in verband met de beschreven toepassing van de controlebevoegdheden. Ten eerste geldt dat de Hoge Raad expliciet als ‘voorwaarde’ heeft geformuleerd dat de aan de verdachte als zodanig toekomende waarborgen’ in acht moeten worden genomen (r.o. 7.4).[322] Dat roept onmiddellijk de vraag op wat die waarborgen exact behelzen. Uiteraard kan allereerst aan het zwijgrecht gedacht worden van artikel 29 Sv. Het strafvorderlijk zwijgrecht prevaleert dan op de informatieplicht uit de

---

318. Conclusie A-G Remmelink bij HR 26 april 1988, LJN:AD5708.

319. Zie over de Schutz-norm: G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht, bewerkt door M.J. Borgers*, Deventer: Kluwer 2011, p. 870-871.

320. J. Wortel, Fishy business? Geen vangstbeperkingen voor fiscale rechercheurs, *DD* 19 (1989), afl. 2, p. 124-126. Wortel besteedt nog expliciet aandacht aan de Leidraad AWR 1964. Daaruit volgde namelijk dat fiscale opsporingsambtenaren hun bevoegdheden uitsluitend tegen de persoon van de verdachte in stelling mochten brengen. Kennelijk volgt uit de uitspraak dat de normering van een dwangmiddel in zijn geheel in de wet gezocht dient te worden. Wat daarnaast nog in de Leidraad AWR 1964 is te vinden is begeleidende tekst; een uitleg en opheldering bestemd voor de ambtenaren die de bevoegdheid moeten toepassen, maar niet afkomstig van de wetgever en dus niet van invloed op de normering van die bevoegdheid. Volgens Wortel had (paragraaf) 62, eerste lid, van de Leidraad AWR 1964 zelfstandige betekenis en had derhalve niet op deze wijze afgeschaft mogen worden.

321. Wortel, a.w., p. 126: ‘Tenslotte zou de opvatting van de raadsman tot het ongerijmde resultaat voeren dat ambtenaren belast met het opsporen van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten geen inzage zouden mogen vorderen in administraties van andere bedrijven dan het verdachte in gevallen waarin het zwaardere middel van uitlevering ter inbeslagneming heb wel ten dienste zou staan.’

322. Deze voorwaarde is herhaald in bijvoorbeeld de (hierna te bespreken) Douanewet (HR 13 mei 1997, *NJ* 1998/48) en Zigeunervrouwen (HR 21 november 2006, *NJ* 2006/653) zaken.

bijzondere wetten, daar waar inlichtingen worden gevorderd (vergelijk 5:16 Awb).[323] Ook volgens Knigge is de belastingplichtige van zijn spreekplicht ontheven zodra hij verdachte is van (fiscale) fraude.[324] Deze zou dan straffeloos kunnen weigeren vragen te beantwoorden die betrekking hebben op betrokkenheid bij strafbare feiten. In dit verband heeft Huygen de vraag opgeroepen of het geen waarborg is van de verdachte om geen controlebevoegdheden tegen zich ingezet te krijgen.[325] Zoals Wortel schrijft, controlebevoegdheden strekken er juist toe de rechtspositie van betrokkenen aan te tasten. De Hoge Raad haalt daar echter – in beginsel – de juridische angel uit met de overweging dat een dergelijke toepassing niet ten koste mag gaan van de waarborgen van verdachte. Voor de verdachte tegen wie de controlebevoegdheden worden toegepast, gelden in beginsel veel meer waarborgen Volgens Wattel beoogt de Hoge Raad met deze uitspraak te voorkomen dat het administratieve onderzoek moet worden gestaakt vanaf de start van het opsporingsonderzoek.[326] Zoals Wattel het formuleerde:

> 'Theoretisch hoeft dus de uitoefening van de administratieve bevoegdheden door de belastingambtenaar geenszins gestaakt te worden na overschrijding van de grens: theoretisch krijgt hij er, door die overschrijding, alleen een aantal bevoegdheden bij, die hij echter slechts met inachtneming van concomitante waarborgen mag gebruiken.'[327]

Daarnaast kan uit het arrest een tweede belangrijke randvoorwaarde worden afgeleid: controlebevoegdheden mogen niet *uitsluitend* voor opsporingsdoeleinden worden aangewend. Het cassatiemiddel van de verdediging sprak over het mede ten dienste van opsporing uitoefenen van bevoegdheden. Het oordeel van de Hoge Raad is een reactie daarop en kan daarmee enkel op basis van dit arrest nog niet tot een algemene formule verklaard worden. Niettemin is de 'niet uitsluitend'-voorwaarde in latere jurisprudentie herhaald, bijvoorbeeld in het 'Zigeunervrouwen-arrest' (HR 21 november 2006, LJN AY9670). Volgens Knigge kan verdedigd worden dat de bevoegdheid van artikel 49 AWR alleen mag worden aangewend ten behoeve van de belastingheffing in enge zin (het vaststellen van het juiste bedrag van de aanslag.[328] Knigge werpt voorts de gedachte op dat de Hoge Raad wellicht anders geoordeeld had als het ging om gebruik van die bevoegdheid *uitsluitend* ten behoeve van de opsporing.

Daaraan kan volgens hem bijvoorbeeld gedacht worden wanneer het onderzoek naar een door een rechtspersoon gepleegd belastingdelict zich alleen nog richt op de vraag, welke figuren als feitelijk leidinggever in de zin van artikel 51 Sr kunnen worden aangemerkt. Er kunnen gevallen bestaan waar informatie wordt gevorderd die alleen bruikbaar is voor het strafrechtelijk onderzoek en niet voor de fiscale afwikkeling. De Bont wijst bijvoorbeeld op het geval dat de inspecteur een directeur van een vennootschap als feitelijk leidinggevende een boete wil geven voor een bewust onjuist gedane aangifte vennootschapsbelasting; dan ontberen vragen dienaangde een heffingsbelang.[329] Die vraag is dan fiscaalrechtelijk niet zozeer relevant, zodat van de bevoegdheid van artikel 49 AWR geen gebruik zou mogen worden gemaakt.

---

[323]. Dit kwam al lang geleden aan de orde in het 'Liegende Bakker'-arrest (HR 22 juni 1931, *NJ 19*31/16(2).
[324]. Knigge, a.w., p. 775.
[325]. Huygen, a.w., p. 65-66: 'Men zou kunnen stellen, dat uit het enkele feit dat de bevoegdheid niet is geformuleerd voor het gebruik in de strafvorderlijke fase, een rechtswaarborg is voor de verdachte. Anders had men de bevoegdheid toch wel opgenomen?'
[326]. P.J. Wattel, FED 1988/304, p. 2260.
[327]. P.J. Wattel, *Fiscaal straf- en procesrecht*, FED (fiscale studieserie nr. 25), Deventer: FED 1985, (tweede herziene druk 1989), p. 250-251.
[328]. Knigge, a.w., p. 774.
[329]. G. de Bont, H. Hertoghs, H. van Immerseel, M. Lambregts (red.), (Fiscale) inlichtingenverplichtingen: enige beschouwingen uit de praktijk en de wetenschap: Amsterdam: De Bont Advocaten, 2013, p. 290.

Het fiscale ambtsgeheim vormde geen beletsel voor gebruik van dito gegevens voor (fiscaal) strafvorderlijke doeleinden. In dat verband kan gewezen worden op rechtsoverweging 7.6:

> 'Voor zover toegelicht onder 3.3 faalt het middel, daar de op de belastingambtenaar rustende geheimhoudingsplicht hem noch ingevolge art. 67, eerste lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen, noch ingevolge enig in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel gebiedt zich tegenover de rechter of tegenover opsporingsambtenaren te onthouden van het doen van mededelingen met betrekking tot vermoedelijk gepleegde bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten.'

Het ambtsgeheim waarborgt hier dat gegevens alleen mogen worden gebruikt voor de 'uitvoering van de belastingwet' (art. 67 AWR). Wanneer dergelijke gegevens voor andere, niet-fiscale doeleinden gebuikt worden, betekent dat wel een schending van het ambtsgeheim. De redenatie was echter dat zowel het controleren als het opsporen van fiscale delicten verstaan moesten worden onder 'de uitvoering van de belastingwet' in de zin van artikel 67, lid 1 AWR. De implicatie daarvan is dat informatie probleemloos kan worden doorgegeven.[330] Uit het FIOD-arrest kán in ieder geval afgeleid worden dat enkel waar controlebevoegdheden aanwijsbaar – *uitsluitend* – zijn gebruikt om het strafrechtelijk bewijs rond te krijgen, sprake kan zijn van détournement de pouvoir. Zoals in de volgende paragrafen aan de orde zal komen, moet een succesvol détournement de pouvoir verweer dus gestaafd worden met een 'uitsluitend gebruik' van controlebevoegdheden ter opsporing. Wanneer echter in de aard van de aanwending van bepaalde bevoegdheden besloten ligt, dat mede de 'controle' wordt gediend, dan is dit criterium van de Hoge Raad als normerend kader betekenisloos. Onder de frase 'uitvoering van de belastingwet' valt immers ook het behulpzaam zijn bij de opsporing van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten, aldus de Hoge Raad.[331]

Het 'niet uitsluitend'-criterium is ook bekritiseerd door Luchtman, op grond van de volgende overwegingen. In het arrest ligt volgens hem besloten dat de Hoge Raad van oordeel is dat de keuze tussen opsporings- danwel heffingsprocedure en daarmee de keuze tussen de verschillende soorten bevoegdheden, volledig bij de fiscus ligt.[332] De rechter resteert de zéér marginale controle of controlebevoegdheden niet uitsluitend voor opsporingsdoeleinden worden gebruikt. Door toe te staan dat overwegingen die een rol spelen in de ene procedure mcde bepalend mogen zijn voor de toepassing van bevoegdheden die zijn gekoppeld aan een andere procedure, geeft de rechter de controle bij voorbaat uit handen.' De geconstateerde hoge concentratie van verschillende taken, niet daaraan gekoppeld verschillende onderzoeksbevoegdheden, zou juist moeten meebrengen dat de fiscus (FIOD) verantwoorden moet waarom hij, binnen de grenzen van het ambtsgeheim, nu eens de ene, dan weer dan andere weg bewandelt. Daarvoor is nodig dat de (rechtmatigheid van de toepassing van de bevoegdheid uitsluitend wordt getoetst aan de procedure waaraan ze is gekoppeld. Alleen dan is effectief toetsbaar of bevoegdheden niet in wezen worden gebruikt voor om het even welk doel, omdat het alleen dan opvalt wanneer de fiscus nu eens een controlebevoegdheid gebruikt en dan weer eens een opsporingsbevoegdheid. Deze wordt zo tot transparantie en daarmee tot verantwoording gedwongen, hetgeen een noodzakelijk tegenwicht is voor de grote machts concentratie, aldus Luchtman. Het vonnis van de

---

330. Zie ook HR 2 maart 1988, *BNB* 1988/135, m.nt. Van Dijck en Hof Den Haag 11 oktober 1988, *FED* 1989/95. Er verzet zich geen wettelijke bepaling tegen overlegging van een door Nederlandse opsporingsambtenaren opgemaakt proces-verbaal in een fiscale procedure.

331. Hetzelfde probleem doet zich voor bij de verkeerscontroles, zoals aan bod zal komen. Het inzage vorderen van een rijbewijs dient immers per definitie een belang in het kader van de verkeersveiligheid. Dit zegt evenwel nog niets over de achterliggende opsporingsmotieven.

332. Luchtman, a.w., p. 139.

rechtbank Rotterdam ligt in de lijn van deze visie.[333] Centraal stond de schending van het nemo tenetur-beginsel. Aangaande de toepassing van bevoegdheden overwoog de rechtbank:

> 'De opsporende instantie kan niet, zoals de officier van justitie heeft betoogd, naar believen nu eens putten uit strafvorderlijke bevoegdheden en dan weer uit fiscale bevoegdheden.'[334]

Aangaande het gebruik van die controlebevoegdheden (de tweede beperking) het volgende. In het geval van de FIOD-zaak was de Hoge Raad van oordeel dat de geheimhoudingsverplichting voor belastingambtenaren van artikel 67 lid 1 AWR niet in het geding was. Volgens Knigge gebiedt geen rechtsregel dat belastingambtenaren zich tegenover de justitie onthouden van het doen van mededelingen met betrekking tot vermoedelijk gepleegde belastingdelicten.[335] Als het anders was zou de belastingambtenaar tot een verregaande gespletenheid zijn veroordeeld. Hij zou, omdat hij ook opsporingsambtenaar is, bij de controle verkregen informatie tegenover zichzelf moeten verzwijgen. Juist in het feit dat beide taken aan een en dezelfde ambtenaar zijn toevertrouwd ligt een belangrijke aanwijzing dat een scherpe scheiding van opsporing en controle niet op de wet berust. De FIOD is een onderdeel van de belastingdienst en de bevoegdheden van een 'fiscaal rechercheur' verschillen ten aanzien van belastingdelicten dan ook niet van die van een ambtenaar werkzaam bij een inspectie. De AWR kent aan iedere belastingambtenaar opsporingsbevoegdheid toe (art. 80 AWR). Daarnaast ontleent zo goed als iedere belastingambtenaar aan de wet direct of indirect (zie art. 52 AWR) een aantal controlebevoegdheden. Een strike organisatorische scheiding ('Chinese Walls') tussen een opsporings en een controleafdeling binnen een overheidsdienst wordt op basis van dit arrest in elk geval niet verlangd, vermits de verdedigingsrechten van de verdachte gewaarborgd blijven.

3.2.3. De legaliteitsdimensie: ongebreidelde uitbreiding van bevoegdheden?

De billijking van de Hoge Raad van het gebruik van controlebevoegdheden ter opsporing van strafbare feiten is niet zonder kritische reflectie gebleven. Het merendeel van die kritieken focust zich op wat geduid kan worden als de 'rechtstatelijke dimensie'. Hierbij gaat het om de juridische grondslag van het gebruik van die controlebevoegdheden ter opsporing in het licht van de strafvorderlijke legaliteit (artikel 1 Sv). Worden hier niet nieuwe verkapte strafvorderlijke bevoegdheden 'gecreëerd'? De consequentie van het gebruik van controlebevoegdheden voor een ander doel dan waarvoor zij zijn gecreëerd, zou de verkapte creatie van nieuwe bevoegdheden behelzen. Luchtman wijst er op dat dit betekent dat overheidsdiensten in feite zelf de reikwijdte van hun bevoegdheden kunnen bepalen. Daarbij miskent het argument 'wie het meerdere mag, ook het mindere mag', dat het bestuur in wezen nieuwe bevoegdheden creert, terwijl de vraag wie en onder welke voorwaarden grondrechtinbreuken toe mag staan op basis

---

[333]. Rechtbank Rotterdam 14 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY8400.

[334]. Dit onder meer betrekking op het feit dat tot de verdachte rechtspersoon een vordering artikel 126nd Sv was gericht (uitlevering stukken). De officier van justitie stelde onder meer dat in het kader van een onderzoek naar belastingfraude, zoals het onderhavige, vordering tot uitlevering van stukken op grond van artikel 81 Algemene Wet inzake 's Rijksbelastingen wel tot de verdachte mocht worden gericht. Als weergegeven in de geciteerde passage, werd dit standpunt niet door de rechtbank gevolgd.

[335]. Knigge, a.w., p. 774: 'Hoe met betrekking tot niet-belastingdelicten moet worden geoordeeld laat het arrest in het midden. Ik meen dat de belastingambtenaar hierin beginsel tot geheimhouding verplicht is. In beginsel, want als het gaat om delicten ten aanzien waarvan de ambtenaar opsporingsbevoegdheid bezit ligt het anders. Dan zal de regeling vervat in de artikelen 156 en 157 Sv (onverwijlde opzending van processen-verbaal, aangiften en berichten) moeten prevaleren. Zie in dit verband artikel 88 AWR, dat de belastingambtenaar belast met de opsporing van enkele commune delicten. Het tweede lid verklaart artikel 157 Sv van overeenkomstige toepassing. Niet onbelangrijk is voorts, dat Fiod-ambtenaren – krachtens aanstelling als onbezoldigd ambtenaar van het Korps Rijkspolitie – algemene opsporingsbevoegdheid bezitten.'

van artikel 10 Grondwet door de formele wetgever beantwoord moet worden.[336] Hoe groter die vrijheid in dit verband, hoe meer ruimte er volgens hem is voor misbruik door dergelijke diensten.[337] Interessant is wat Luchtman in dit verband opmerkt in relatie tot de intentie van de wetgever:

> **'**Het lijkt er echter op dat de Hoge Raad tevens wil toestaan dat voor de beslissing tot inzet van een fiscale controlebevoegdheid *ook*, mits maar *niet uitsluitend* opsporingsoverwegingen mogen mee spelen. Daaruit blijkt impliciet dat hij niet van mening is dat de wetgever de fiscale controlebevoegdheden van de AWR uitsluitend voor controledoeleinden in het leven heeft geroepen.'[338]

En ook Wortel laat zich kritisch uit over deze 'legaliteitskwestie':

> 'Het moet mij van het hart dat het Hof in het algemeen nogal gemakkelijk over de legaliteit in het strafproces schijn te denken. De opmerking 'aanvaarding van dit standpunt van de raadsman zou fiscale opsporingsambtenaren volledig beroven van een niet zelden onmisbaar middel, dat het grote belang van de waarheidsvinding in het fiscale strafproces dient' is bepaald bedenkelijk. Dat een bepaald onderzoeksmiddel handig is, of zelfs in een aantal gevallen onmisbaar, mag in de specifieke context van opsporingsbevoegdheden nimmer reden zijn om aan te nemen dat de bevoegdheid om dat middel toe te passen dús ook aanwezig is. Dat is lijnrecht in strijd met art. 1 van het Wetboek van Strafvordering. Op dit punt heeft de wetgever onbetwist een monopolie.'[339]

Voorts is de kern van de kritiek van Wortel dat in het geval van het FIOD-arrest, de FIOD-ambtenaren die contact zoeken met individuele verdachten/belastingplichtigen *per definitie* nimmer optreden ter controle in verband met de aanslagregeling. Zij sporen op en dat is hun uitsluitende taak. Dat wordt niet anders doordat het resultaat van hun nasporingen in beginsel óók ter beschikking mag komen van de inspecties ter fine van een aanslagregeling. Wortel noemt dit overigens 'gezond verstand' gezien de 'o' in FIOD voor opsporing staat. Zoals Wortel het formuleert:

> 'Toch zijn de fiscale rechercheurs van de FIOD uitdrukkelijk getrokken binnen de kring van belastingambtenaren die zich van de fiscale controlebevoegdheden (de zogenaamde 'inspecteursbevoegdheden'; artikelen 47 en volgende AWR) mogen bedienen: art. 32, eerte lid, letter a en d, van de Uitvoeringsbeschikking AWR 1964. Dit is principieel ongerijmd: controlebevoegdheden worden hier ter beschikking gesteld van ambtenaren wier enige werkzaamheid de opsporing is. Dat komt neer op wettelijk gesanctioneerd misbruik van bevoegdheden.'[340]

Volgens Wortel is het zogenaamde 'niet uitsluitend'-criterium goedgekeurd in een situatie dat uiterst duidelijk was dat hun toepassing volledig ten dienste stond van het voltooien van het

---

[336]. M.J.J.P. Luchtman, 'Sfeercumulatie in het verkeersrecht en het fiscale recht', *DD* 2007, p. 658, 660 en 663.
[337]. M.J.J.P. Luchtman, *Grensoverschrijdende sfeercumulatie,* (diss. Utrecht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 136.
[338]. Luchtman, a.w., p. 138. Luchtman wijst erop dat wanneer dat anders zou zijn, deze bevoegdheden niet voor opsporingsdoeleinden mogen worden gebruikt. Zie ook A-G Keijzer, conclusie bij HR 6 november 2001, *NJ* 2002/189. Zie voorts HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1872 (r.o. 2.4.1.).
[339]. J. Wortel, *Vervolgen in belastingzaken* (diss.), Deventer: Kluwer 1991, p. 397.
[340]. J. Wortel, Fishy business? Geen vangstbeperkingen voor fiscale rechercheurs, *DD* 19 (1989), afl. 2, p. 121-122.

opsporingsonderzoek. De implicatie daarvan is dat bevoegdheden van de bettreffende opsporingsdiensten drastisch zijn uitgebreid, zonder dat wetgever er aan te pas is gekomen. De voor de controletaak geformuleerde onderzoeksbevoegdheden vormen een aanvulling op de hen ter beschikking staande opsporingsbevoegdheden.[341] Wortel merkt echter op dat in de jurisprudentie algemeen aanvaard is dat bijzondere bevoegdheden ten dienste van opsporing en vervolging, in elk geval indien daarmee de rechtspositie van de burger wordt aangetast, steeds hun grondslag in een wet in formele zin moeten vinden. Als wettelijke uitdrukking hiervan wordt artikel 1 van het Wetboek van Strafvordering aangevoerd: 'Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien.'[342] Ook al hetgeen wordt verricht ter opsporing valt eronder. Door het gebruik van controlebevoegdheden wordt de rechtspositie van de burger gewijzigd. En worden in verband met het opsporingsonderzoek verplichtingen op hem gelegd. Het gaat hier dan volgens Wortel weliswaar niet om 'dwangmiddelen', maar toch wel om 'machtsmiddelen' ten dienste van de opsporing die de opsporende ambtenaar iets mogelijk maken dat voor anderen niet weggelegd is. Dat klemt temeer volgens Wortel omdat controlebevoegdheden door hun ruime wettelijke formulering nauwelijks aanknopingspunten leveren voor rechterlijk toezicht. Ook hierin ligt volgens hem een sterk argument om de toepassing van controlebevoegdheden te verbieden zodra de opsporingsfase is aangebroken.

Aangaande de kritiek op het besproken rechtsoordeel van de Hoge Raad, dat dit aanleiding geeft tot de verkapte creatie van ‘aanvullende’ bevoegdheden voor opsporingsambtenaren, kan het volgende gesteld worden. Als uitgangspunt geldt dat de controle niet ‘uitlsuitend’ een opsporingsdoel mag dienen. Indien hiernaast twee voorwaarden in samenhang worden vervuld, kan de kritiek in belangrijke mate worden gerelativeerd. Daarbij geldt ten eerste het ‘meerderemindere’ argument. De redenatie is gebaseerd op de gedachte dat de betrokken opsporingsdienst beschikt over controle- en opsporingsbevoegdheden die betrekking hebben op dezelfde wet. In het besproken arrest beschikte de FIOD bijvoorbeeld over die fiscale controle- en opsporingsbevoegdheden. De gedachtegang gaat echter niet op indien de betrokken opsporingsinstantie niet zou beschikken over controlebevoegdheden met betrekking tot de wet, waarmee zij met opsporing is belast. In dat geval zou de toepassing van de controlebevoegdheid inderdaad als een ongewenste ‘uitbreiding’ van bevoegdheden geduid kunnen worden. Ter concretisering: de politie beschikt niet over controlebevoegdheden voor commune delicten als diefstal. Zij beschikt daarentegen wel over controlebevoegdheden in het kader van de verkeerswetgeving; daarover meer in paragraaf 4.4.

Hiernaast geldt als tweede (cumulatieve) voorwaarde dat de waarborgen van de verdachte in acht moeten worden genomen. Daarmee is een belangrijke meerwaarde van controlebevoegdheden over opsporingbevoegdheden in feite geneutraliseerd, doordat dan de medewerkingsverplichting komt te vervallen. Het zwijgrecht (art. 27 Sv) prevaleert dan op de antwoordplicht (art. 5:16 Awb respectievelijk 5:20 Awb). Toch valt hier nog een kritische kanttekening te plaatsen. De vraag is namelijk hoe de waarborgen worden opgevat met betrekking tot andersoortig bewijsmateriaal: ‘real evidence’. Een opsporingsambtenaar mag aan de verdachte geen bevel tot uitlevering van stukken geven (art. 96a lid 2 Sv). Mag de FIOD ambtenaar op grond van fiscale bevoegdheden dan wel de inzage daarvan vorderen?[343] Aldus komt het in het kader van die waarborgen van de verdachte aan op de vraag wat de reikwijdte is van het nemo teneturbeginsel. Zoals zal blijken uit hoofdstuk 5. vormt die vraag voorwerp van uitgebreid juridisch debat.

---

[341]. Wortel, 1989, a.w., p. 128.
[342]. Wortel, 1991, a.w., p. 414.
[343]. Dit komt aan de orde in hoofdstuk 8.

Ten slotte kan wroden opgemekrt dat een dergelijk gebruik van controlebevoegdheden in de opsporingssfeer kan leiden tot misverstanden omtrent de procespositie. In dat kader kan bij een verdachte die object wordt van die controlebevoegdheden – terwijl reeds een opsporingsonderzoek aanhangig is – onduidelijkheid bestaan over diens rechtspositie. Kon deze de informatievordering nu weigeren of was deze gehouden tot medewerking? De verdachte kan dan in de veronderstelling verkeren dat hij bij non-coöperatie strafbaar is (op basis van bijvoorbeeld art. 5:20 Awb jo. 184 Sr). In dat verband geldt dat de wetgever expliciet gesteld heeft dat zij er aan hecht dat de betrokkene zich bewust dient te zijn van diens rechtspositie.[344] Vanuit oogpunt van de transparantie van het strafproces, in een toch al troebele context van sfeerovergang, verdient het de voorkeur om eenmaal in de opsporingssfeer van dito bevoegdheden gebruik te maken.

3.3. Controle ter opsporing II: douanecontrole ter opsporing van Opiumwetdelicten

3.3.1. HR 13 mei 1997, NJ 1998/481, 'Douanewet-arrest'

Wat is rechtens wanneer controlebevoegdheden van wet X, worden toegepast ter opsporing van overtredingen van wet Y? Dit vraagstuk kwam aan de orde in het 'Douanewet'-arrest (HR 13 mei 1997, *NJ* 1998/481) en betekent in zoverre een vervolg en verdieping op het FIOD-arrest. De strekking van het FIOD-arrest was dat de Hoge Raad het gebruik van controlebevoegdheden honoreerde in het kader van de opsporing. Daarbij gelden twee beperkingen: ten eerste dat dit niet ten koste mocht gaan van de rechtswaarborgen van verdachte en ten tweede dat die controlebevoegdheden niet *uitsluitend* ter opsporing aangewend mochten worden. In het Douanewet-arrest werd op dit uitgangspunt voortgebouwd. De (vervolg)vraag was nu of controlebevoegdheden uit wet x, ook toegepast mochten worden ten behoeve opsporing van wet y. In het FIOD-arrest ging het immers om de toepassing van een (controle)bevoegdheid uit wet x (AWR) ter opsporing van feiten betrekking hebbende op wet x (AWR). Concreet gezegd ging het in het Douanewet-arrest om de vraag of controle bevoegdheden uit de Douanewet gehanteerd mochten worden voor de opsporing van feiten uit de Opiumwet. In de Douanewet-zaak is voorts uitgebreid de vraag aan de orde gekomen of ten tijde van de uitvoering van het controleonderzoek een verdenking bestond en aldus feitelijk sprake was van opsporing. Bij het FIOD-arrest waren de rechtsvragen wat dat betreft minder afhankelijk van de feiten, dan in deze zaak het geval is. Bij het FIOD-arrest was immers duidelijk dat een opsporingsonderzoek aan de gang was. De feiten die ten grondslag liggen aan de Douanewet zaak alsmede de gevoerde verweren, bieden een goed inzicht in de mogelijke discussiepunten die zich voor kunnen doen bij de sfeerovergang. Om die reden wordt daar uitgebreid aandacht aan besteed.

De feiten van het Douanewet-arrest zouden die van een grimmig filmscenario niet misstaan. Op 22 december 1993 moment kreeg de Nederlandse douane informatie van de Amerikaanse DEA (Drugs Enforcement Agency), dat een met cocaïne beladen Nederlands schip op weg was naar Amsterdam. (Kennelijk was de informatie door de douane als 'betrouwbaar' aangemerkt). Aldaar zouden de drugs door twee personen van boord worden gehaald. Het plan van de douane was om bij aankomst van het schip in Nederland deze te observeren. Daarbij zou het schip aan een zogeheten 'verscherpte' douanecontrole onderworpen worden, wat in hield dat personen die het schip en het haventerrein verlieten, gecontroleerd zouden worden. Dit fenomeen van de 'verscherpte controle' impliceert feitelijk 'repressieve controle', in de zin van een 'abstract vermoeden' van wetsovertreding.

[344]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 4.

Voor de modus operandi van de douane kunnen twee redenen worden aangewezen. Ten eerste zou het visiteren van het gehele schip een (te) grote tijdsinspanning vergen, zodat de verscherpte controle een efficiënte aanpak van de situatie was. Ten tweede was van belang dat hoewel belastende informatie van de DEA bekend was over het schip, dit onverlet liet dat ten aanzien van *individuele personen* nog geen concrete verdenking bestond. De informatie sprak in dat verband 'slechts' over 'twee afhalers' waarbij het blijkbaar ging om een 'vaag' signalement. Vervolgens kwamen op 2 januari 1994 inderdaad twee personen (in een Peugeot) het haventerrein oprijden en gingen aan boord. Toen zij weer wegreden wenste de douane hen te controleren. Voor dat doel gaf de douane hen een 'stopteken'. De inzittenden dachten daar echter anders over en gaven daar geen gevolg aan. Aldus ontstond een achtervolging in Amsterdam-West. Uiteindelijk achtervolgden de douaniers de verdachten ter voet. Ten slotte ontaarde dit in een vuurgevecht in de Pesthuisstraat, waarbij één van de douaniers om het leven kwam. Dat gegeven zou het op zichzelf al tot een opmerkelijke 'Douanezaak' maken. De twee mannen werden aangehouden. Tevens werd bij de douane actie 20 kilogram cocaïne aangetroffen.

3.3.2. Standpunt verdediging: détournement de pouvoir

Gelet op de insteek van de douane om aanvankelijk geen personen aan te houden als verdachte, maar om een verscherpte controleactie uit te voeren, wekt de processtrategie van de verdediging geen verbazing. Deze richtte zijn peilen op de rechtmatigheid van het overheidsoptreden, met als primaire juridische consequentie de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. Kort gezegd komt het betoog er op neer dat de vervolging gebaseerd was op oneigenlijk gebruik van controlebevoegdheden van de douane, ter opsporing van een opiumdelict; hetgeen détournement de pouvoir oplevert (misbruik van bevoegdheid). In het betoog van de verdediging speelt de aard van de DEA-informatie een belangrijke rol. Volgens de verdediging was deze 'vaagheid' heel betrekkelijk: het was alleen vaag met betrekking tot de signalementen van de Nederlandse afhalers. Daarentegen was de informatie heel concreet met betrekking tot de op het schip te verwachten contrabande, de relatie van de twee Nederlanders tot de cocaïne en de dag en plaats van aankomst in Amsterdam. Derhalve was het praktisch zeker dat aan boord van de 'Nedlloyd Neerlandia' de Opiumwet werd overtreden en dat twee Nederlanders in samenwerking met de Indonesische bemanning bezig waren een aanzienlijke hoeveelheid cocaïne in te voeren. Minder duidelijk was wie de verdachten waren en hoe zij eruit zagen. In dit verband is opvallend dat precies 'twee' personen naar de Neddlloyd Neerlandia kwamen en dat de DEA-informatie over 'twee' personen spreekt. De verdediging kwalificeert het ter zake doende overheidsoptreden dan ook als opsporingsonderzoek. Om die kwalificatie te ondersteunen wordt verwezen naar de verklaringen van bij het onderzoek betrokken douaniers. Verwezen wordt naar een verklaring van douanier De Bier, op 4 januari 1994 afgelegd ten overstaan van hoofdagent-rechercheur Harm Groenwold (p–v 1360–12003/94):

> 'Tijdens de briefing maakten wij een verdeling van taken. Het schip lag op het moment dat wij met onze actie aanvingen afgemeerd aan het CTA-terrein in de Westhaven. Inzet van de operatie was uiteraard het middels observatie proberen vast te stellen of en wanneer er mogelijk drugs van boord werden gehaald. Wij dienden dus te handelen naar bevindingen van het moment. Gezien de slechts summiere informatie betekende dit o.a. ook dat wij bijna iedereen die van boord ging controleerden op grond van onze douanebevoegdheden'.

Voor wat betreft de verdeling van taken tussen controle en opsporing is bovenal het volgende citaat interessant. Douanier Breedveld verklaart op 5 januari 1994 tegenover de inspecteurs van de Rijksrecherche (toelichting cassatiemiddel IV, paragraaf 3):

> ‘Normaliter wordt een onderzoek waarbij verdovende middelen een rol spelen door de Fiod-douanerecherche verricht, waarbij wij dan zonodig assisteren. Mijn taak bestaat normaal uit het visiteren van schepen en het verrichten van afloop-controles. Ik heb dus in principe een controlerende taak en de Douanerecherche een opsporingstaak. Ook houdt mijn werk in dat ik auto's staande kan houden op de openbare weg om mijn controlewerkzaamheden daaraan te verrichten. Dit kan dus ook plaatsvinden buiten het eigenlijke aangewezen douaneterrein. Omdat de binnengekomen informatie niet hard genoeg was, was besloten dat personeel van de Douanepost Amsterdam Surveillance middels observatie zou proberen vast te stellen of en wanneer er mogelijk drugs van boord zouden gaan en verder zou men handelen naar bevinden. Zodoende werd nagenoeg iedereen die van boord kwam, gecontroleerd op grond van onze douanebevoegdheden’.

De verdediging noemt de door de douane gevolgde werkwijze de zogenaamde ‘sleepnetmethode’. De verdediging onderbouwt haar stellingname voorts als volgt. Uit de aangehaalde verklaringen van de douaniers bleek dat het doel van de actie was gelegen in de opsporing van een Opiumdelict, en dat de controlebevoegdheden van de douane dus gebruikt werden voor een ander doel dan waarvoor deze bevoegdheden zijn gegeven. Vervolgens wijst de verdediging terecht op een verschil met het normatief kader uit het FIOD-arrest.[345] Die rechtspraak betrof het geval waarin een (bijzonder) opsporingsambtenaar, controlebevoegdheden jegens een verdachte gebruikt had. Verschilpunt met de Douanewet zaak was dat het in het FIOD-arrest ging om gebruik van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren die die bevoegdheden gebruikten ten dienste van de opsporing van delicten volgens de wet waarop die controlebevoegdheden gebaseerd waren. Met andere woorden: het ging om controlebevoegdheden van wet x, ter opsporing van feiten betrekking hebbende op wet x. De verdediging illustreert dit met het voorbeeld dat wanneer in de onderhavige zaak de douaniers een verdenking hadden gekoesterd van sigarettensmokkel, zij niet alleen van de opsporingsbevoegdheden krachtens de AWD gebruik mogen hadden maken, maar ook van de visitatiebevoegdheden, zelfs wanneer al van een concrete verdenking sprake was. In de Douanewet zaak ligt het inderdaad principeel anders. Hier is de situatie veeleer dat controlebevoegdheden van wet x, ter opsporing van wet y gebruikt worden. Verwezen wordt naar hetgeen Corstens in dit kader heeft opgemerkt.[346] Corstens stelde dat tegen het toepassen van controlebevoegdheden ook tegen iemand die al verdachte is, geen bezwaar hoeft te bestaan zolang aan die controlebevoegdheid geen spreekplicht is gekoppeld, maar die daaraan wel toevoegt:

> ‘Bij het terzake van opsporing uitoefenen van controlebevoegdheden geldt uiteraard wel de beperking dat deze alleen mogen worden gebruikt in het kader van de handhaving van de desbetreffende wet. De bevoegdheid van art. 33 WVW mag derhalve niet worden gebruikt om bijv. de naleving van de Opiumwet te controleren’.[347]

De verdediging continueert als volgt. Het punt dat de verdediging aansnijdt is dat artikel 8 Opiumwet opsporingsbevoegdheden geeft met betrekking tot Opiumwetdelicten, maar geen controlebevoegdheden. De Opiumwet kent ook aan andere (opsporings)ambtenaren geen controlebevoegdheden toe. Dit zou ook niet passen bij het karakter van de Opiumwet; controlebevoegdheden horen immers typisch thuis in het ordeningsstrafrecht waar zij wijd verbreid zijn in het economisch strafrecht, het verkeersstrafrecht en het belastingrecht. In de Opiumwet zijn, anders dan in de ordeningswetten, misdrijven strafbaar gesteld die tot de zwaarste van het strafrecht horen en daarbij past – alleen al vanwege de zware consequenties van een verdenking – de volle

[345]. HR 26 april 1988, *NJ* 1989/390 (FIOD).
[346]. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 262.
[347]. G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 286.

bescherming die de burger in een rechtsstaat toekomt, namelijk om alleen met dwangmiddelen tegen zijn persoon (onder welke benaming dan ook) geconfronteerd te worden wanneer er minstens een redelijk vermoeden van schuld is. Wel wijst de verdediging op artikel 8 Opiumwet, welk artikel klaarblijkelijk voor de situatie aan douaniers die vondst doen van opiate opsporingsbevoegdheden verschaft, waaronder begrepen de vergaande opsporingsbevoegdheden van artikel 9 Opiumwet. Met enige ironie merkt de verdediging ten slotte op dat deze mogelijkheid ongetwijfeld er soms toe leidt dat het toeval een handje wordt geholpen, zoals bij de intensieve visitatie van (lucht)vaartuigen afkomstig uit het Caraïbisch gebied en bepaalde landen in Latijns-Amerika of het Verre Oosten. Naar het oordeel van de verdediging was van zo een toevallige vondst hier zeker geen sprake, nu vaststaat dat aan de DEA-informatie gevolg werd gegeven door de omschreven van (meerder dagen van tevoren) geplande actie. Afgezien van de toegepaste bevoegdheden en de ingezette ambtenaren had deze actie het karakter van een opsporingsonderzoek, naar feiten waarvan de Nederlandse opsporingsautoriteiten wisten dat de DEA voor 99% zeker was dat ze op de 'Nedlloyd Neerlandia' op 2 januari 1994 zouden worden gepleegd.

Nu wijst de verdediging er op wat volgens haar de rechtens de juiste benadering was geweest. Op basis van de beschikbare informatie had men (met gebruikmaking van de ruime opsporingsbevoegdheden op grond van artikel 9 lid 1, onder a Opiumwet) een onderzoek op het schip kunnen instellen en, zodra daaruit ernstige bezwaren tegen een verdachte naar voren zouden zijn gekomen, deze kunnen fouilleren op grond van artikel 9 lid 2 Opiumwet. De opsporingsbevoegdheden krachtens artikel 9 Opiumwet zijn in beginsel zo ruim dat met gebruikmaking daarvan het opsporingsdoel heel goed verwezenlijkt had kunnen worden, zij het waarschijnlijk met wat meer moeite. Deze redenering kan als consequentie een ongewenst paradoxaal effect hebben. Immers, in tegenstelling tot een gecontroleerde kan een verdachte aan een scala van onderzoeksbevoegdheden onderworpen worden, waaronder aanhouding en inverzekeringstelling. Vanuit het oogpunt van de belangen van de betrokkene doet het dan vreemd aan de overheid aldus te 'dwingen' voor de zwaardere middelen te kiezen. Gebruik van controlebevoegdheden – uiteraard wel met bijbehorende rechtsbescherming – komt dan juist meer tegemoet aan beperking van de inbreuken van het overheidsoptreden. Bovendien worden de 'handhavende autoriteiten' bij gebruikmaking van het zwaardere strafvorderlijke spoor voor he risico gesteld dat later wordt geoordeeld dat er toch onvoldoende feiten en omstandigheden waren voor het aannemen van een verdenking; met alle gevolgen voor de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek en de bewijsvergaring van dien. Dat terwijl de controlebevoegdheden dat verdenkingrisico niet hebben.

We belanden nu bij de kern van wat in deze visie de detournement de pouvoir constitueert. De betrokken autoriteiten waren tevoren op de hoogte van het naar alle waarschijnlijkheid – hetgeen door de verdediging als 99% gekwantificeerd wordt – invoeren van een aanzienlijke hoeveelheid cocaïne door middel van de 'Nedlloyd Neerlandia' op 2 januari 1994 en heeft bewust gekozen voor gebruikmaking van de controlebevoegdheden van de douane ter verdere opsporing van de cocaïne en de daarbij betrokken verdachten; op geen enkele manier kan dus de schuld worden geschoven op het buiten hun boekje gaan van individuele controleambtenaren. Onder deze omstandigheden, die in alle opzichten die van een opsporingsonderzoek waren, leverde de bewuste keuze voor gebruikmaking van de controlebevoegdheden van de douane misbruik van die bevoegdheden op door ze te gebruiken voor een ander doel dan waarvoor deze gegeven waren. Dit maakte het optreden van de douaniers onrechtmatig. Zonder het oneigenlijk gebruik van de controlebevoegdheden zou van de hele vervolging van verzoeker geen sprake zijn geweest en zou het eerste feit (telastegelegd als overtreding van art. 288 Sr) zelfs nooit gepleegd zijn. Het openbaar ministerie heeft vanaf het begin van de opsporing (van inmiddels

twee zware misdrijven) geweten van het oneigenlijk gebruik van de controlebevoegdheden van de douane en desalniettemin de vervolging doorgezet, aldus de verdediging.

3.3.3. Oordeel hof en commentaar verdediging

Voor het begrijpen van het oordeel van het hof, is het van belang welke feiten zij precies relevant acht. Het hof geeft als volgt een synopsis:

> 'De douaniers Holm, Breedveld, De Bie en De Ruyter namen op 2 januari 1994 deel aan een douane-actie, die voortvloeide uit, van de DEA ontvangen en door de DEA betrouwbaar genoemde, informatie, dat er met het zeeschip 'Nedlloyd Neerlandia' cocaïne Nederland zou worden binnengebracht en dat die cocaïne in Nederland van boord zou worden gehaald. Nadat was waargenomen dat de verdachte en zijn maat gedurende enige tijd aan boord van dat zeeschip waren geweest en in de Peugeot het CTA-terrein verlieten, is genoemde douaniers meegedeeld dat de Peugeot moest worden gecontroleerd en zijn de douaniers, in twee dienstauto's, de Peugeot gaan achtervolgen. Tijdens de achtervolging is de bestuurder van de Peugeot ter visitatie een stopteken gegeven, waarop de Peugeot met grote snelheid is weggereden. Nadat de Peugeot vervolgens was gestopt, zijn de verdachte en zijn maat weggerend en hebben de douaniers de achtervolging te voet voortgezet. Tijdens de achtervolging te voet is er door de douaniers verschillende keren 'Stop douane' geroepen.'

Naar het oordeel van het hof vloeit uit voormelde feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, jegens de verdachte en zijn maat een redelijk vermoeden van schuld, als bedoeld in artikel 27 eerste lid van het Wetboek van Strafvordering voort. Dit heeft betrekking op strafbare feit(en) die zij begingen en/of kort tevoren hadden begaan, inhoudende overtreding van artikel 184 Wetboek van Strafrecht, alsmede overtreding van de Opiumwet (kort gezegd, de opzettelijke invoer/vervoer van cocaïne). Derhalve waren de douaniers bevoegd de verdachte op grond van artikel 53 van het Wetboek van Strafvordering aan te houden, aldus het hof. In haar overwegingen trekt het hof de feitelijke situatie uit elkaar. De splitsing vindt plaats op het moment dat het stopteken van de douane genegeerd wordt, waarmee een verdenking van overtreding van artikel 184 Sr, alsmede overtreding van de Opiumwet, geconstateerd wordt. In het licht van hetgeen zich daarna heeft afgespeeld, de gekwalificeerde doodslag, is dat een begrijpelijke redenering. Hiermee wordt het verweer van de verdediging wel van zijn 'geest' ontdaan, voorzover dat betrekking heeft op hetgeen zich voor het 'stopteken' heeft afgespeeld. Er wordt immers niet (expliciet) ingegaan op het gestelde onrechtmatig gebruik van controlebevoegdheden, hetgeen in de visie van de verdediging er eveneens toe leidde dat het gegeven ambtelijke stopbevel onrechtmatig was waar derhalve geen gevolg aan diende gegeven te worden. Zo vormt de overtreding van artikel 184 Sr juist de inzet van het betoogde rechtmatig handelen van de douane. Dat is ook de kritiek op het arrest dat in de cassatiemiddelen terug komt.

Het hof wordt verder bekritiseerd vanwege het feit dat voor zover het met die overweging beoogt alsnog een strafvorderlijke basis onder de onderhavige douane-actie als zodanig te leggen, het volgens de verdediging alleen al faalt omdat de douaniers *feitelijk* niet op grond van het Wetboek van Strafvordering gehandeld hebben; althans niet voor zover de geplande actie om de Peugot ter visitatie te doen staande houden.[348] In de verklaringen van de gehoorde douaniers

[348]. De keuze voor het gebruik van de controlebevoegdheden was gemaakt en die keuze moet als zodanig door de rechter getoetst worden nu de rechtmatigheid daarvan betwist is; het gaat niet aan dat het hof een andere oplossing voor de in feite gekozen oplossing in de plaats stelt.

wordt volgens de verdediging duidelijk gesteld dat doelbewust gebruik is gemaakt van visitatiebevoegdheden om daarmee de cocaïne en de bezitters daarvan te achterhalen. Over dit punt kunnen we duidelijk zijn; dat heeft gelet op de geschetste feiten duidelijk plaatsgehad. De kernvraag van de hele zaak is, of dit rechtens was toegestaan.

3.3.4. Conclusie A-G Machielse

Globaal beschouwd zijn er twee punten die in de conclusie van A-G Machielse van belang zijn. Het eerste is de vraag of sprake was van een verdenking ten aanzien van de twee personen die de Neddloyd Neerlandia betraden. De verdediging had in dit verband betoogd dat de van de DEA verkregen informatie alleen vaag was met betrekking tot het signalement van degenen die de aan boord van de Nedlloyd Neerlandia aanwezige cocaïne zouden afhalen. Voor het overige was die informatie zo concreet dat sprake was van een opsporingsonderzoek. Volgens de A-G berust deze redenering (zelfs) op een denkfout. Die fout zou dan inhouden dat een redelijk vermoeden bestaat dat strafbare feiten op een bepaalde plaats zijn begaan, een ieder ter plaatse als verdachte dient te worden aangemerkt. Verdachte is volgens de A-G pas iemand wanneer ten aanzien van hem een redelijk vermoeden van schuld aan een bepaald strafbaar feit bestaat.

De A-G sauveert daarmee het oordeel van hof, voorzover dat inhield dat de van de DEA verkregen informatie wel inhield dat aan boord van de 'Nedlloyd Neerlandia' mogelijk cocaïne aanwezig was. Met betrekking tot de personen die de cocaïne zouden afhalen was die informatie zo weinig concreet dat nog geen verdachte kon worden aangewezen. De DEA informatie sprak immers expliciet over *twee* personen die de cocaïne zouden komen afhalen. Zeker in het licht bezien van de overige informatie in het dossier, is de stellingname dat sprake is van een verdenking niet onlogisch. In de visie van de A-G maakt kennelijk de Hoge Raad (naast het Hof) ook een denkfout. Zoals aan bod komt, gaat zij (impliciet) wel degelijk uit van een verdenking.

De tweede 'core issue' in de conclusie is het gebruik van controlebevoegdheden uit de douanewetgeving ter opsporing van Opiumwetdelicten. Het hof had het verweer op dit punt verworpen op de grond dat de ambtenaren der invoerrechten in artikel 8 Opiumwet zijn belast met het opsporen van bij die wet strafbaar gestelde feiten, hun in de artikelen 82 t/m 84 en 87 Wet inzake de douane toegekende bevoegdheden in beginsel ook mogen uitoefenen ter opsporing van Opiumwetdelicten. Dan stelt de A-G dat de verdediging terecht betoogd heeft, onder verwijzing naar het Handboek van Corstens, dat opsporingsambtenaren de controlebevoegdheden die zij aan bijzondere wetten ontlenen weliswaar mogen gebruiken om na gerezen verdenking 'meer informatie boven tafel te krijgen', maar alleen in het kader van de handhaving van de desbetreffende wet. Hoe redt de A-G zich uit dit juridische spagaat? Want dit lijkt toch te impliceren dat de bevoegdheden in deze casus onrechtmatig zijn aangewend. De essentie van de redenering die volgt, komt er op neer dat 'opiaten' ook voorwerpen zijn waarvan geen douaneaangifte is gedaan. Dat brengt verdovende middelen onder het bereik van de douanecontroles. De A-G stelt namelijk:

> 'De verplichting tot aangifte bestaat niet enkel met betrekking tot goederen die onder een accijnsheffingen- of belastingregiem vallen, maar ook met betrekking tot voorwerpen of stoffen die Nederland helemaal niet binnen mogen. Zie HR 1991, 543, inzake in Nederland niet toegelaten medicijnen. Controle kan betrekking hebben op alle goederen, opdat kan worden bezien of belasting verschuldigd is (Kamerstukken II 1957-1958, 5005, nr. 3, p. 11, linker kolom bovenaan). Vandaar dat op vele plaatsen in de toenmalige Algemene wet inzake de douane en de accijnzen het woord 'douane' de voorkeur kreeg boven 'invoerrechten' omdat de laatstgenoemde term ten onrechte de indruk zou kunnen wekken dat de bepalingen alleen maar betrekking hebben op het binnenkomen

> van aan invoerrechten onderworpen goederen (Kamerstukken II 1957-1958, 5005, nr. 6, p. 4, rechter kolom onderaan). (…) De Memorie van Toelichting stelt nog eens uitdrukkelijk dat de aangifteplicht geldt voor alle goederen die vanuit zee worden binnengebracht (Kamerstukken II 1991-1992, 22 721, nr. 3, p. 3). Niet voldoen aan de aangifteplicht is strafbaar gesteld in artikel 168. Aldus is aan geen enkele twijfel onderhevig dat het binnen het grondgebied van Nederland brengen van verboden stoffen zoals cocaïne zonder dat daarvan aangifte wordt gedaan bij een douanekantoor, een feit is dat strafbaar is gesteld in de Wet inzake de douane. Douane-ambtenaren zijn bevoegd te controleren op de naleving van deze wettelijke bepalingen. Als de douane dus informatie heeft dat verboden voorwerpen of stoffen vanaf een zeeschip Nederland dreigen te worden binnengebracht zonder dat aangifte bij het douanekantoor zal worden gedaan, zijn zij bevoegd hun controlebevoegdheden aan te wenden om deze informatie te verifiëren. Aldus waren de ambtenaren ook in dit geval tot visitatie etc. bevoegd.'[349]

Kortom: als de douane kan controleren op (illegale) sigaretten, waarom dan niet op (illegale) verdovende middelen? Het voorgaande leidt er in de visie van de A-G toe dat aan geen enkele twijfel onderhevig is dat het binnen het grondgebied van Nederland brengen van verboden stoffen zoals cocaïne zonder dat daarvan aangifte wordt gedaan bij een douanekantoor, een feit is dat strafbaar is gesteld in de Wet inzake de douane. Ja, deze redenering is *juridisch* sluitend. Afgezien van de implicatie dat niet verdachten zich dan kennelijk moeten blootstellen aan de vervolging van een feit waarop maximaal 12 jaar gevangenisstraf staat. Geenszins wordt door mij de stelling betrokken dat de douane geen controle uit zou mogen voeren op de aanwezigheid van verdovende middelen. Echter, in een meer maatschappelijk perspectief moet geconstateerd worden dat met een opgerekte wat wereldvreemde juridische redenering in feite een opmerkelijke lacune in de Nederlandse wetgeving wordt gedicht. In de volgende paragraaf wordt uiteen gezet welke juridische benadering in dit verband meer aanspreekt. Daarbij gaat het om de wettelijk bestaande correlatie tussen de Douanewet en de Opiumwet.

3.3.5. Het oordeel van de Hoge Raad nader beschouwd

In het arrest van de Hoge Raad kunnen twee componenten onderscheiden worden. Eén heeft meer betrekking op de gekwalificeerde doodslag, de andere ziet op het douane-onderrzoek dat heeft geleid tot de vangst van de cocaïne. Natuurlijk is door de verdediging een connectie tussen beide betoogd. . In korte bewoordingen wordt het volgende gesteld (r.o. 5.1.):

> 'Gebruikmaken door douaneambtenaren van controlebevoegdheden op grond van de Wet inzake de douane met een daaraan klevend gebrek, als in de middelen verondersteld, kan nimmer leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn vervolging ter zake van gekwalificeerde doodslag, als onder 1 bewezenverklaard.'

De juridische en maatschappelijke realiteit is dat een rechterlijk college uiterste terughoudendheid zal betrachten bij het laten 'stukgaan' van een ernstige geweldszaak t.g.v. onrechtmatigheden bij de toepassing van bevoegdheden. De niet-ontvankelijk verklaring is ook immers een uiterste respons op dergelijke vormverzuimen. De korte bewoordingen waarin het niet-ontvankelijkheidsverweer is verworpen onderstrepen dat.

---

[349]. Bij invoering van de AWDA is tevens een wijziging aangebracht in de toenmalige Opiumwet opdat duidelijk zou zijn dat eendaadse samenloop van een fiscaal delict met een delict van de Opiumwet niet is uitgesloten (*Kamerstukken II* 1961/62, 6671, nr. 3, p. 15, rechter kolom). Toen de AWDA in 1991 werd omgevormd tot de Wet inzake de douane zijn onder meer art. 4 en art. 168 AWDA gewijzigd. Art. 4 houdt sindsdien in dat alle goederen die het douanegebied van de Europese gemeenschap binnenkomen bij een douanekantoor worden aangeboden en aangegeven.

Vanuit het oogpunt van de sfeerovergang draait het om het tweede punt. De centrale vraag was hoe de toepassing van controlebevoegdheden uit de Douanewet ter opsporing van feiten uit de Opiumwet beoordeeld moet worden. Dit vraagstuk wordt expliciet beantwoord door de Hoge Raad:

> '(5.2.) Verweer en middelen berusten op de opvatting dat de douane-ambtenaren die ingevolge art. 8 Opiumwet belast zijn met het opsporen van de feiten strafbaar gesteld in die wet, en die tevens beschikken over de in de artikelen 82 tot en met 84 en in art. 87 van de Wet inzake de douane omschreven controlebevoegdheden, die controlebevoegdheden niet mogen aanwenden ten dienste van de opsporing van het in de Opiumwet strafbaar gestelde binnen het grondgebied van Nederland brengen van middelen vermeld op de bij die wet behorende lijst I.'
> (5.4) Deze opvatting miskent dat het bestaan van een redelijk vermoeden, dat het in de Opiumwet strafbaar gestelde feit bestaande uit het binnen het grondgebied van Nederland brengen van middelen vermeld op de bij deze wet behorende lijst I is begaan, niet in de weg staat aan het uitoefenen van evenbedoelde controlebevoegdheden door de douane-ambtenaren mits bij aanwending van die bevoegdheden tegenover een verdachte de aan deze als zodanig toekomende waarborgen in acht worden genomen.'

Enerzijds vinden we de overwegingen terug uit het FIOD-arrest. De Hoge Raad herhaalt namelijk de formule dat de aanwezigheid van een verdenking niet aan de uitoefening van controlebevoegdheden in de weg staat, mits de aan de verdachte toekomende waarborgen in acht worden genomen. Anderzijds wordt dit opgerekt, doordat gebillijkt wordt dat controlebevoegdheden uit de Douanewet toegepast mogen worden ter opsporing van feiten uit de Opiumwet. Toch blijven hier een aantal zaken onbeantwoord door het gebrek aan motivering in de uitspraak. Er wordt immers volstrekt geen inzicht gegeven in de achtergrond van de door de Hoge Raad gemaakte keuze. De voorwaarde dat controlebevoegdheden in het geval van een verdenking mogen worden toegepast, mits de betreffende waarborgen in acht worden genomen, komt duidelijk aan de orde. Echter, hoe zit dat met het 'niet uitsluitend'-criterium; het niet uitsluitend voor opsporing gebruik maken van controlebevoegdheden. In feite wordt dat ingevuld met de redenering dat de verdovende middelen ex lijst I ook voorwerp zijn van de douane-aangifte. Dan is de toepassing van controlebevoegdheden per definitie ook een doel dat de douanewetgeving dient. In die redenatie is er dan geen sprake van 'uitsluitend' een opsporingsdoel.

De belangrijke vraag die dit arrest openlaat is of *in zijn algemeenheid* kan worden gesteld dat in dit arrest geaccepteerd is door de Hoge Raad, dat controlebevoegdheden van wet x, uitgeoefend mogen worden ter opsporing van feiten uit wet y. Op basis van dit arrest kan niet gesteld worden dat de Hoge Raad *in het algemeen* aanvaardt, een mogelijke controle op basis van wet x ter opsporing van wet y. De reden daarvan is dat het in deze zaak expliciet gaat om de (wettelijk bestaande) relatie tussen de Opiumwet en de Douanewet. Er bestaat immers een zeer specifieke relatie tussen de Opiumwet en de Douanwet. Artikel 8k Opiumwet stelt in dit kader:

> 'Met het opsporen van de in deze wet strafbaar gestelde feiten zijn, behalve de bij of krachtens artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering aangewezen personen, belast de ambtenaren, bedoeld in artikel 8j, en de ambtenaren van de rijksbelastingdienst, bevoegd inzake douane.'

De Opiumwet stelt dus concreet dat ook de douaneambtenaren zich bezig houden met opsporing van de in de Opiumwet strafbaar gestelde feiten. Volgens de A-G betekent dit dat de douane-

ambtenaren dan ook gebruik mogen maken van de hun in de douanewet toekomende controlebevoegdheden. Die redenering kan hier, vanwege de expliciete verwijzing in de Opiumwet, goed gevolgd worden. Het is de 'core business' van de Douane om illegale goederen te onderscheppen. Ook Sjöcrona en Brouwer stellen dat het hier gaat om de vraag wat de 'kerntaken' zijn van de betrokken ambtenaren, waarbij tegengaan van de invoer van cocaïne inderdaad stellig behoort tot die kerntaken.[350] Deze redenatie bouwt impliciet op het FIOD arrest voort, waar weer werd overwogen dat controlebevoegdheden mogen worden aangewend ter opsporing. Het is dan logisch dat de douaniers, die op grond van 8k Opiumwet tevens belast zijn met opsporing van Opiumwetfeiten, van de hun toekomende controlebevoegdheden gebruik kunnen maken, mits de waarborgen van de verdachte niet doorkruist worden.[351]

3.3.6. Het juridisch dilemma: toepassing van controle- of opsporingsbevoegdheden?

Deze zaak toont de dunne grenslijn aan tussen repressieve controle – de verscherpte douanecontrole – en strafrechtelijke opsporing. De focus van dat debat vormt dan de vraag of de abstracte indicatie van wetsovertreding nog wel abstract genoeg is of toch niet al dermate concrete vormen aanneemt, dat sprake is van een verdenking conform artikel 27 Sv. Het voornemen van de autoriteiten was gericht op het eerste. Daarentegen oordeelden het hof en (impliciet) de Hoge Raad dat sprake was van opsporing. De Hoge Raad gaat in haar overwegingen niet in op de vraag of van een verdenking sprake was. Echter, het oordeel valt alleen te duiden in een juridische context waarin een dergelijke verdenking bestond. Van zo een denkfout, als de A-G stelde, lijkt dus toch geen sprake.

Het juridisch dilemma waartoe de genoemde dunnen grenslijn aanleiding geeft, wordt pijnlijk duidelijk door het feitelijk verloop van de zaak. De oorspronkelijke controle ontaardt immers in dodelijke geweldshandelingen. De betrokken handhavende autoriteiten worden in een dergelijke situatie voor een probleem geplaatst; feitelijk komen zij in een juridische 'spagaat' te verkeren. Wordt namelijk wel uitgegaan van een verdenking en aldus opsporingsbevoegdheden toegepast; dan kan de rechtmatigheid van de bewijsvergaring worden aangetast wanneer achteraf geoordeeld wordt dat (nog) geen sprake was van een verdenking. Wordt daarentegen op 'veilig' gespeeld en een controleonderzoek uitgevoerd; dan kan het verweer luiden dat feitelijk bezien al wel sprake was van een verdenking. De controlebevoegdheden worden in die visie

---

350. J.M. Sjöcrona en D.V.A. Brouwer, 'Opsporing door toezicht', *Advocatenblad* 19 juni 2001, p. 159-160.

351. In de zaak Hoge Raad 6 november 2001, LJN AB3296, ECLI:NL:HR:2001:AB3296, werd de rechtsopvatting dat de douane gebruik kan maken van haar bevoegdheden ter controle van de Opiumwet bekrachtigd. De Hoge Raad overweegt (rechtsoverweging 3.5.) dat het niet valt in te zien hoe het enkele controleren van een lading met een narcoticaspeurhond als in het verweer bedoeld, inbreuk kan maken op enig recht van de verdachte of anderszins onrechtmatig kan zijn. De navolgende passage uit het pleidooi van de raadsman tijdens de behandeling bij het hof kan niet onthouden worden (3.2.): 'Daartegenin herhaal ik dat vanwege de eindbestemming Antwerpen en het verblijf van de goederen in entrepot die bevoegdheid niet bestond omdat er voor de Nederlandse belastingautoriteiten geen heffingen of belastingen in zicht kwamen waardoor douanetoezicht aan de orde kon komen. Feitelijk gebeurde er natuurlijk ook iets heel anders. Want de ambtenaren van belastingdienst, tevens buitengewoon opsporingsambtenaar gingen met narcoticaspeurhond Gabber op pad naar de container. Ik weet niet veel van honden en ik heb groot respect voor speurhonden, maar ik weet zeker dat een ambtenaar met een narcoticaspeurhond bij een container met als lading volgens de laadbrief huiden niet bezig is met een onderzoek naar verschuldigdheid van belastingen of heffingen. En de hond al helemaal niet.' Het Hof had dit verweer aldus verworpen: (3.3.): 'Dit verweer vindt geen steun in het recht. De container was vanaf zee Nederland binnengekomen, bevond zich op het haventerrein van ECT te Rotterdam en had blijkens het cognossement als bestemming Nijmegen. Niet valt in te zien waarom, vanuit douanerechtelijk oogpunt, geen controlebevoegdheid bestond met betrekking tot deze container. Dat de opsporingsambtenaren waren vergezeld van narcoticaspeurhonden, bestempelt de door hen uitgevoerde controle nog niet (louter) tot een onderzoek naar bij de Opiumwet strafbaar gestelde feiten. Tot zodanig onderzoek waren zij gelet op het bepaalde in de artikelen 8 en 9 van de Opiumwet overigens wel bevoegd. Het verweer wordt verworpen.'

dan benut voor opsporingsdoeleinden. Daarmee samenhangend zou dan betoogd kunnen worden dat de betrokkene medewerking verleende, terwijl hij materieel gezien al verdachte was. Het is niet in het algemeen belang de overheid in een dergelijke situatie te mankeren doordat zij vleugellam raakt in de juridische paradox.

De oplossing voor dergelijke situaties waar getwijfeld wordt over het inzetten van controle- of opsporingsbevoegdheden, gelet op de vraag of de verdenking wel voldoende gesubstantieerd is, kan het volgende zijn. De juridische oplossing die het 'afbreukrisico' het meest afdekt vormt het uivoeren van een controleonderzoek, waarbij – *tevens* – de waarborgen uit de *strafvorderlijke sfeer* in acht worden genomen; te weten het nemo tenetur-beginsel. (Het gaat dan om het zwijgrecht en het recht om niet gedwongen te worden 'real evidence' te verschaffen). De overheid kan hier overgaan tot het uitvoeren van een controleonderzoek, maar daarbij anticiperen op de strafvorderlijke sfeer door die waarborgen in acht te nemen.

Een voorbeeld daarvan biedt de zaak HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1755 (zie par. 3.4.). In casu werd door de belastingdienst onderzoek ingesteld op basis van een anonieme tip dat sprake zou zijn fraude. De tipgever wilde echter geen nadere medewerking verlenen. Aldus was de officier van justitie van oordeel dat een strafvervolging op dat moment kansloos zou zijn. Vervolgens is de fiscale controle op normale wijze voortgezet. Belangrijke nuance daarbij was dat de fiscus weliswaar de boeken controleerde, maar de betrokkene niet ondervroeg, omdat hij later wellicht als verdachte aangemerkt zou kunnen worden. Na een tweede anonieme tip werd besloten het fiscale controleonderzoek af te breken. De situatie wordt 'bevroren' en na fiat van de officier van justitie wordt binnengetreden. De administratie werd vervolgens inbeslaggenomen.

Deze benadering biedt twee grote voordelen. Ten eerste wordt mogelijk dat (controle)onderzoek uitgevoerd kan worden, zonder gebruik te maken van strafvorderlijke bevoegdheden die gekoppeld zijn aan een verdenkingsvoorwaarde. Zou achteraf blijken dat de verdenking onterecht was, want onvoldoende gesubstantieerd, dan kan dit de rechtmatigheid van de bewijsvergaring aantasten. Het uitvoeren van een controleonderzoek dekt dit risico af. Ten tweede geldt, wanneer de waarborgen uit de strafvorderlijke sfeer bij het controleonderzoek in acht worden genomen, dit de spiegelbeeldige situatie afdekt. Dat betekent dat dan geen inlichtingen of inzage in bescheiden van betrokkene gevorderd zouden moeten worden. Voor een dergelijke controle volstaat dat de betrokkene de onderzoekshandelingen moet dulden aan de bagage of bijvoorbeeld het voertuig. In het licht van de handhaving van de Opiumwet kan dat meer dan voldoende armslag bieden in een dergelijke situatie. Controleonderzoek wordt dan toegepast in de situatie dat ernstig betwijfeld wordt of sprake is van een verdenking, terwijl gelet op de maatschappelijke belangen acuut overheidsoptreden geboden is.

3.4. Controle ter opsporing III: De farce van de verkeerscontrole

3.4.1. Prelude: HR 25 juni 1934, NJ 1934/1038 en HR 19 april 1988, NJ 1988/1044

Naast de fiscale regelgeving heeft de problematiek van de veronderstelde aanwending van controlebevoegdheden ter opsporing zich uitdrukkelijk gemanifesteerd in zaken met een verkeersrechtelijke component. Eén van de terugkerende thema's betreft de hypothese dat de verkeersrechtelijke controlebevoegdheden worden aangewend tot opsporing van feiten uit het Wetboek

van Strafrecht.[352] In die visie is er dan sprake van détournement de pouvoir, omdat bevoegdheden worden misbruikt door ze aan te wenden voor een ander doel dan waarvoor zij zijn gecreeerd. Deze kwestie speelt al geruime tijd, getuige na te bespreken uitspraak.

In het arrest van 25 juni 1934, *NJ* 1934/1038 m.nt. WP stond de Hoge Raad niet toe dat ter controle van de naleving van de Landbouwcrisiswet een bevoegdheid tot het geven van een stopbevel werd aangewend die was gegeven bij de toenmalige Motor- en rijwielwet. Agenten koesterden blijkens de uitspraak (reeds) een verdenking tegen een transporteur van aardappelen. Zij maakten hem kenbaar 'door het op en neer zwaaien met een brandende lantaarn en het opheffen van een arm', dat hij de vrachtwagen moest stoppen. De chauffeur stopte niet, maar reed met verhoogde snelheid weg. Uit de overwegingen van de Hoge Raad volgt dat de betreffende verbalisanten optraden ter uitvoering van hun 'voornemen zich van zijn persoon, van hetgeen hij op zijn auto vervoerde en van zijn al dan niet bezitten eener schriftelijke vergunning tot aardappelenvervoer te vergewissen'. Gelet op het feit dat die bevoegdheid – *voor het doel van die controle* – niet ontleend kon worden aan de Landbouwcrisiswet, werd verdachte ontslagen van alle rechtsvervolging, nu het bevel niet steunde op een wettelijk voorschrift. De vordering door de verbalisanten hield dus geen – zoals bewezenverklaard – verband met het toezicht op de naleving van de Landbouwcrisiswet; zodat deze volgens de Hoge Raad niet geacht kan worden krachtens artikel 27 der Motor- en Rijwielwet te zijn gedaan.

Het OM komt tegen de beslissing op in cassatie. De Hoge Raad maakt twee fundamentele punten duidelijk. Enerzijds stelst zij:

> '(…) dat dit middel niet tot cassatie kan leiden dat toch de vordering tot het doen stilbouden
> van een motorrijtuig, waartoe art. 27 der Motor en Rijwielwet de bij art. 34 dier wet bedoelde ambtenaren de bevoegdheid geeft, *verband moet houden (cursivering aut.)* met de naleving van de bij of krachtens voornoemde wet gegeven voor schriften dat dit volgt zoowel uit het verband van de artt. 27 en 34, als uit den vorderen inhoud van art. 27 zelf…'
> '(…) ook in bet algemeen niet aannemelijk is, dat in een bijzondere wet aan de ambtenaren, die voor de naleving dier wet hebben te waken, een bevoegdheid zon gegeven zijn, welke veel verder gaat dan dc uitvoering dier wet ; – dat trouwens uit de geschiedenis der wet valt af te leiden, dat zulk een ruime bevoegdheid hier ook niet is bedoeld…'

Frappant genoeg wordt hier vereist dat de uitoefening van de controlebevoegdheden (Motor en Rijwielwet) *verband moet houden* met die wet. Blijkbaar gaat het er dan om dat de bevoegdheid *alleen* verband mag houden met de naleving van de betreffende wet. De A-G Wijnveldt wijst namelijk in de conclusie nog op andere jurisprudentie waar over dit criterium van 'verband houden' melding wordt gemaakt: 30 Maart 1914 (W. 9641) en 27 April 1914 (W. 9651; *NJ*. 1914, 882). Volgens de A-G werd beslist dat de Motor- en Rijwielwet niet onbeperkt bevoegdheid verleent tot het doen stilhouden van motorrijtuigen of rijwielen te vorderen 'doch dit alleen

[352]. G. Knigge (red.), *Leerstukken van strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 15: 'De moeilijkheden ontstaan als het onderscheid ook betrokken wordt op de taak, ten behoeve waarvan de bevoegdheid is verleend. Dan is het maar de vraag of een controlebevoegdheid niet gegeven is ter opsporing, en in die zin een opsporingsbevoegdheid. (…) Mag bijvoorbeeld het stopbevel van art. 160 WVW alleen gegeven worden om te controleren – dus zolang er nog geen verdenking is – of mag ook gepoogd worden daarmee een automobilist tot staan te brengen die al van dronkenschap wordt verdacht?'

toestaat, voor zoover die vordering verband houdt met de naleving der bij of krachtens die wet gegeven voorschriften'.[353]

Daarnaast maakt de Hoge Raad in algemene bewoordingen een wet systematisch argument. Gelet op het feit dat de bijzondere wet aparte bevoegdheden toekent, is het vervolgens niet aannemelijk dat een andere wet bevoegdheden voor de eerste zou verlenen die nog veel verder gaan. Concreet betekent dit dat de Landbouwcrisiwet niet over een dergelijke bevoegdheid tot stilhouden beschikte. A-G Wijnveldt wees er echter al op hoe opsporingsambtenaren dan overtredingen moeten vaststellen, wanneer zij niet bevoegd zouden zijn te gelasten dat de voertuigen, waarmede de overtredingen gepleegd worden moeten stilstaan. De A-G stelt dat de ambtenaren 'de houding' hadden kunnen aannemen dat zij een motorrijtuig stoppen om controle uit te oefenen krachtens de Motor- en Rijwielwet. Wanneer vervolgens aan het bevel is voldaan had, hadden zij verder kunnen gaan op grond van de Landbouwerisiswet en een dito onderzoek kunnen instellen. In feite wordt daarmee het leerstuk van de voortgezette toepassing dan 'gebruikt' voor een 'zogenaamde' verkeerscontrole.

Ook in een arrest uit 1988 werd in de conclusie van A-G Meyers gesproken over een onderscheid tussen 'echte' en 'zogenaamde' (verkeers)controles.[354] Volgens de verdediging was sprake van een onrechtmatige bewijsvergaring. Het bewijs was in die visie namelijk verkregen op een moment dat er tegen de verdachte nog geen redelijke vermoeden van schuld bestond, maar door middel van het voorwenden van een verkeerscontrole. Tijdens dat onderzoek aan het voertuig werd daarin een partij bontjassen aangetroffen in de bagageruimte (na gebruik van art. 33 WvW (oud). Dit verweer is door het hof verworpen, en door de Hoge Raad in stand gelaten. Eerder al zag een rechercheur van de gemeentepolitie in de bewuste auto een 'goed gevulde vuilniszak' liggen. Daarop is de auto gevolgd en zijn andere verbalisanten te hulp geroepen, waarop die een verkeerscontrole uitvoerden. De 'vrijwillige medewerking' leidde vervolgens tot het aantreffen van het bont. Het betoog van de verdediging faalt dan omdat vóórdat de controle ex artikel 33 WvW plaatsvond al een redelijk vermoeden van een strafbaar feit bestond. In zoverre zegt dat oordeel nog niet zoveel over de 'fictieve verkeerscontrole' maar vormt het een respons op hoe de verdediging het verweer had ingekleed, namelijk het ontbreken van een redelijk vermoeden van schuld; waar volgens de Hoge Raad wel sprake van was. Het 'echte' onderliggende vraagstuk kwam hiermee dus nog niet aan de orde. In essentie gaat her er dus telkens om dat de politie gebruik maakt van controlebevoegdheden uit de Wegenverkeerswet om het bewijs rond te krijgen tegen personen die reeds verdachten zijn, of waar de verdenking tegen aan schuurt. Dit vraagstuk kwam concreet aan de orde in het volgende arrest.

3.4.2. HR 21 november 2006, NJ 2006/653, 'Zigeunervrouwenarrest'

Anders was dit in het Zigeunervrouwen arrest HR 21 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9670. In deze zaak passeren de criteria uit het FIOD arrest de revue. De casus was als volgt. De politie kreeg de melding dat er zich in een auto meerdere zigeunervrouwen bevonden, die mogelijk verdachte waren van diefstal. Vervolgens nam een verbalisant een auto waar, waarin zich vijf zigeunervrouwen bevonden. Het kenteken werd bij de regionale meldkamer opgevraagd door de verbalisanten en diegene op wiens naam het voertuig stond

[353]. De A-G wijst er ook op dat de al dan niet strafbaarheid van verdachte af gaat hangen van de bedoeling welke ambtenaren hadden bij hun vordering. Daarbij geldt dat de bestuurder die in het algemeen zal kennen, noch waarnemen.

[354]. Conclusie van de A-G, punt 7, behorende bij HR 19 april 1988, 1044: 'Waartoe diende dan echter de "ingelaste" verkeerscontrole door de rijkspolitieambtenaren? Ik stel voorop dat de steller van het middel in de toelichting onder I terecht over een "zgn. verkeerscontrole" spreekt.' Huygen, p. 65: 'Het is toch wel opmerkelijk dat er nu in het strafrecht onderscheid wordt gemaakt tussen "echte" en "zogenaamde" controles.'

bleek te beschikken over diverse antecedenten. Vervolgens hielden verbalisanten, *op basis van de bevoegdheid ex artikel 160, lid 1, WVW 1994,* de auto met de inzittenden staande. Daarna werd – let wel: met toestemming van de bestuurster – onderzoek verricht in de kofferbak van de auto, waarin zich negen gloednieuwe spijkerbroeken bevonden. De voorliggende rechtsvraag was nu of hier controlebevoegdheden (artikel 160, lid 1, WVW) niet werden gebruikt voor opsporingsdoeleinden? De stelling van het cassatiemiddel was dat de hoedanigheid van de vrouwen als deelneemsters aan het verkeer in feite gebruikt (danwel misbruikt) werd om onderzoek te doen naar (mogelijke) verdachten. De Hoge Raad oordeelde het volgende: (r.o.) 3.5.1

> 'Vooropgesteld moet worden dat het bestaan van een redelijk vermoeden dat iemand zich heeft schuldig gemaakt aan een strafbaar feit niet in de weg staat aan het uitoefenen van controlebevoegdheden door politieambtenaren, mits bij aanwending van die bevoegdheden tegenover een verdachte de aan deze als zodanig toekomende waarborgen in acht worden genomen (…). 3.5.2 (…) Aan de rechtmatigheid van die uitoefening van deze controlebevoegdheid kan – naar uit hetgeen hiervoor onder 3.5.1 is vooropgesteld volgt – de enkele omstandigheid dat, zoals in de toelichting op het middel wordt gesteld, die bevoegdheid is aangewend naar aanleiding van informatie die zou kunnen wijzen op betrokkenheid van een of meer inzittenden van het voertuig bij enig strafbaar feit, niet afdoen. Ook indien deze stelling juist zou zijn, kan daaruit immers niet worden afgeleid dat de controlebevoegdheid uitsluitend is gebruikt voor een ander doel, te weten: voor het verrichten van opsporingshandelingen, dan waarvoor deze is verleend.'

Vergeleken met de criteria van het FIOD-arrest (HR 26 april 1988, *NJ* 1989/390) heeft dit arrest van de Hoge Raad iets 'paradoxaals' in zich. Enerzijds herhaalt zij als gezegd de standaardoverwegingen uit het FIOD-arrest (r.o. 3.5.1. en 3.5.2.). Overwogen wordt immers dat de uitoefening van controlebevoegdheden op zichzelf wel is toegestaan tegen verdachten, maar dat dit niet ten koste mag komen van de relevante waarborgen. [355] Daartegenover staat dat het oordeel van de Hoge Raad opmerkelijk is, wanneer de door haar zelf ontwikkelde criteria op de casus worden toegepast. Dit heeft betrekking op de toepassing van het 'niet uitsluitend' criterium; dat controlebevoegdheden *niet uitsluitend* toegepast mogen worden ter opsporing. In deze zaak was er geen enkel reëel aanknopingspunt dat de staandehouding op basis van de Wegenverkeerswetgeving door de verbalisant enig concreet verband hield met het belang van de verkeersveiligheid. In de processen-verbaal waarna in de conclusie wordt verwezen valt af te leiden dat louter strafrechtelijk relevante informatie een rol speelde. Bovendien wordt dit verder gekleurd door het volgende relaas:

> 'Tevens bleek dat voornoemde tenaamgestelde diverse antecedenten had". (…) Tevens was het mij, verbalisant Brukman, ambtshalve bekend dat in het district Eemland Noord er een groep zigeuners zich actief bezig hielden met het plegen van winkeldiefstallen.'[356]

[355]. Vergelijk de zaak van Hoge Raad van 21 september 1999, *NJ* 1999/759. In deze zaak hield de politie een verdachte aan ter controle van de Wegenverkeerswet 1994 (WVW). Dit gebeurde op grond van het Slavisch uiterlijk van de persoon. Daarbij was van belang dat de politie kennis had van het feit dat in de regio veel inbraken door mensen met een Slavisch uiterlijk werden gepleegd. Tot een controle kwam het echter niet. Verdachte rende nog voor de controle weg en tijdens die vlucht viel er gereedschap op straat. Uit die omstandigheden leidde de Hoge Raad af dat een redelijk vermoeden van schuld is ontstaan ten aanzien van een strafbaar feit. Zie over deze zaak A.C. van 't Hek, De Cautie; De absolute afbakening van de overgang van controle naar opsporing, 9 februari 2007, nr. 6 *NJB*, p. 352.

[356]. Zie overweging 3.5. van de conclusie bij HR 21 november 2006, LJN AY9670.

In dat licht bezien valt de overweging van de Hoge Raad, dat niet kan worden afgeleid dat de controlebevoegdheid *uitsluitend* in het kader van de opspring is gebruikt niet te begrijpen. Uit het bestaan van de bevoegdheid – in combinatie met de feitelijke controle van de papieren – wordt zodoende volgens Borgers afgeleid dat deze (mede) overeenkomstig het doel waarvoor de bevoegdheid is gegeven, is uitgeoefend. Hij duidt deze benadering dan ook als een 'lankmoedige lijn'.[357] Het geformuleerde criterium verwordt zo naar mijn opvatting tot een 'witte raaf'; want wanneer is er dan wel sprake van uitsluitend een opsporingsdoel? En waar bestaat het belang van de verkeersveiligheid dan uit bij de staandehouding in kwestie. Maar hier blijft het niet bij, de Hoge Raad gaat nog een stap verder in r.o. 3.6.:

> 'Ook overigens had het verweer slechts kunnen worden verworpen. De niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging als in art. 359a Sv voorzien rechtsgevolg komt slechts in uitzonderlijke gevallen in aanmerking. Daarvoor is alleen plaats ingeval het vormverzuim daarin bestaat dat met opsporing of vervolging belaste ambtenaren een ernstige inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort is gedaan (vgl. HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376, rov. 3.6.5). De enkele stelling dat de politieambtenaren van de hun op grond van art. 160 WVW 1994 toekomende controlebevoegdheid misbruik hebben gemaakt door, zoals in de toelichting op het middel wordt gesteld, die bevoegdheid aan te wenden teneinde strafbare feiten vermeld in het Wetboek van Strafrecht op te sporen, kan niet de gevolgtrekking wettigen dat van een zodanig ernstige inbreuk op beginselen van een goede procesorde sprake is in de zin van het hiervoor vermelde arrest, dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de strafvervolging van de verdachte.'

De Hoge Raad stelt aldus dat misbruik van de genoemde controlebevoegdheid niet tot niet ontvankelijkheid van het OM kan leiden. Zo beschouwd kan iedere automobilist in Nederland op basis van dit arrest staande worden gehouden, terwijl diegene reeds verdacht is van niet-verkeersgerelateerde strafbare feiten. Een dergelijke handelwijze is volgens de Hoge Raad niet (dermate) strijdig met de algemene beginselen van een behoorlijke procesorde, dat dit de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie meebrengt. Overigens betekent die uitspraak niet dat het bewijs – bij een dergelijk misbruik – niet als onrechtmatig verkregen kan worden uitgesloten. Het punt is evenwel dat betrokken justitiabelen veelal (zoals ook in de casus van dit arrest) vrijwillige medewerking verschaffen aan bijvoorbeeld een verzoek om in de kofferbak te kijken. Die omstandigheid kan de justitiabele als latere verdachte worden tegengeworpen bij een dergelijk verweer strekkende dat sprake was van onrechtmatig verkregen bewijs. Deze zou dan immers toestemming hebben gegeven voor het onderzoek. Aldus biedt dit arrest de politie de mogelijkheid om misbruik te maken van de controlebevoegdheden uit de Wegenverkeerswet en vervolgens 'gebruik' te maken van de juridische onwetendheid van betrokkenen. Ook dit laatste punt is niet nieuw. Huygen schrijft al over het gebruikmaken van in haar optie de 'juridische achterlijkheid' – laten we het houden op onwetendheid – van de Nederlandse burger; waarmee in feite afstand gedaan wordt van enige verdedigingsrechten op dit punt.[358]

---

[357]. Borgers, p. 478. Het feit dat wellicht andere redenen dan de behoefte tot het controleren van de papieren een rol hebben gespeeld bij het geven van het stopteken dan het controleren van de in art. 160 lid 1 WVW 1994 genoemde bescheiden (waaronder kentekenbewijs en rijbewijs), maakt volgens Borgers nog niet dat sprake is van misbruik van recht. Hier gaat het echter om het 'uitsluitend'-criterium.

[358]. Huygen, a.w., p. 49.

3.4.3. Geïnstitutionaliseerd misbruik I: de ANPR-zaken

Van een andere orde is het fenomeen van de 'ANPR'-controles. In de zaak rechtbank Maastricht, 17 februari 2010 kwam het volgende naar voren.[359] In het kader van bestrijding van drugsoverlast in de grensstreek werd het volgende systeem ('Waakzaam Twee') opgetuigd.[360] Langs de snelweg werden camera's gemonteerd die meteen de kentekens van passerende voertuigen registreren. Deze worden in een database 'gematcht' met nummerplaten van auto's, waarvan de politie wist of vermoedde dat deze in het verleden betrokken waren geweest bij drugsgerelateerde feiten. De hele insteek van de operatie is dus gericht op de opsporing van Opiumwetdelicten. Vervolgens wordt echter, wanneer sprake is van een 'hit', op het betreffende voertuig een wegenverkeerscontrole uitgeoefend. Het wekt geen verbazing dat de advocatuur een détournement de pouvoir verweer voert. Immers, wordt de controlebevoegdheid hier niet louter toegepast voor opsporing van Opiumwet delicten? In eerste instantie kreeg de verdediging inderdaad gelijk van de rechtbank Maastricht. Naar het oordeel van de rechtbank – in lijn met het oogmerk van de operatie – was het doel van de controle het onderscheppen van auto's en/of personen die op welke manier dan ook iets te maken hebben met verdovende middelen. De rechtbank stelt het als volgt:

> 'Aangezien alleen die auto's worden gecontroleerd die een hit opleveren met dit vergelijkingsbestand, betekent dit dat de controle ook daadwerkelijk enkel en alleen plaatsvindt ten aanzien van die auto's en/of personen die op enigerlei wijze in verband te brengen zijn met verdovende middelen. Dit betekent dat hier geen sprake is van een controle op grond van de WVW 1994 en dat ten onrechte gebruik is gemaakt is van de bevoegdheden die de WVW 1994 biedt. Er is daarom sprake van "détournement de pouvoir", ofwel misbruik van bevoegdheden. Het feit dat bij sommige controles wellicht ook naar autopapieren is gevraagd doet hier niet aan af.'

Ook het eerder besproken Zigeunervrouwen-arrest wordt in deze zaak aangehaald. De officier van justitie stelde dat 'daar waar hij het meerdere mag, hem ook het mindere is toegestaan. Waar het meerdere hier dan uit bestaat, over welke bevoegdheid dit gaat, wordt niet duidelijk. De rechtbank veronderstelt dat de officier van justitie hier waarschijnlijk doelt op het eerder besproken Zigeunervrouwen-arrest. Ook een beroep op dit arrest kan niet slagen omdat het in de onderhavige zaak niet om de enkele omstandigheid gaat dat er wellicht ook betrokkenheid bij bepaalde strafbare feiten bestaat. Integendeel, het gaat om controles die zijn uitgevoerd op grond van een geautomatiseerde, systematische selectie uit een geautomatiseerd gegevensbestand, met als doel het opsporen van uitsluitend Opiumwetdelicten. Daarvoor is de bevoegdheid van artikel 160 WVW 1994 niet bedoeld.[361] Over het oordeel van het hof in deze zaak kunnen

---

[359]. Rechtbank Maastricht, 17 februari 2010, 03/700621-09, LJN: BL4080

[360]. Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 5 oktober 2010, 20-001029-10, LJN: BN9352. Zie de samenvatting op rechtspraak.nl: 'In het kader van het project 'Waakzaam Twee' vonden controleacties plaats op en rond de verkeersstromen in het gebied Limburg-Zuid, ter bestrijding van overlast die wordt veroorzaakt door uit Frankrijk afkomstige drugkoeriers. Daarbij wordt gebruikt gemaakt van ANPR (Automatic Number Plate Recognition), waarbij kentekens van passerende personenauto's worden gescand en vervolgens worden vergeleken met een bestand waarin kentekens zijn verzameld die bij de politie bekend zijn wegens eerdere betrokkenheid bij drugsgerelateerde criminaliteit. Indien een gescand kenteken overeenkwam met een kenteken in het vergelijkingsbestand – een "hit" – werd deze personenauto door de politie naar een controleplaats geleid, waar een controle plaatsvond.'

[361]. Zie voor een soortgelijk oordeel rechtbank Amsterdam 24 december 2009 (LJN:BK7410), 13/533006-09. De rechtbank besliste dat de controlebevoegdheid op grond van de WVW 1994 niet gebruikt mag worden voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend. In casu wilde de politie informatie inwinnen over een verdachte en is hij niet staande gehouden ter controle op de naleving van de WVW 1994. Bewijs dat rechtstreeks resultaat is van die opsporingshandeling moet worden uitgesloten. De rechtbank is van oordeel dat in het onderhavige geval sprake is van détournement de pouvoir.

we kort zijn. Volgens het hof is de controlebevoegdheid 'niet uitsluitend' gebruikt voor een ander doel dan een verkeerscontrole:

> 'Uit de hierboven in (de tweede alinea van) de kolom "Het bewijs" weergegeven bewijsmiddelen volgt dat aan de bestuurder van het voertuig waarin verdachte zich bevond een stopteken is gegeven als bedoeld in artikel 160 van de Wegenverkeerswet 1994 en dat nadat dat op de controleplaats was aangekomen, van de bestuurder is gevorderd dat hij zijn rijbewijs ter inzage zou afgeven. Alzo is de aan de evengenoemde wet ontleende controlebevoegdheid niet uitsluitend gebruikt voor een ander doel dan een verkeerscontrole (te weten: controle op de naleving van de bepalingen der Opiumwet). Van détournement de pouvoir was derhalve geen sprake.'

Het 'niet uitsluitend ter opsporing' is dan kennelijk gelegen in de aard van de uit te oefenen bevoegdheid; dan wordt het vrijwel onmogelijk om niet mede het belang van de Wegenverkeerswet 1994 te dienen.[362] Mij is helaas niet gebleken dat deze zaak is voorgelegd aan de Hoge Raad. Overigens heeft de Hoge Raad wel in andere ANPR-zaken geoordeeld.[363] Daarin staat echter de klacht centraal over het verzamelen van de ANPR-gegevens. Terugkerende overweging van de Hoge Raad is dat het in artikel 8 EVRM gegarandeerde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer niet zonder meer een inbreuk oplevert op de in artikel 6 EVRM vervatte waarborg van een eerlijk proces.[364] Het oordeel van het hof in de ANPR zaak zal bij de tussenconclusie terugkomen, maar het volgende kan gezegd worden over de discrepantie met het oordeel van de rechtbank. Dat getuigt naar mijn idee van realisme in de zin van hoe een en ander feitelijk is verlopen en wat de grondslag is van het project. Het hof spreekt over niet uitsluitend gebruik van de verkeerscontrole zonder te benoemen waar dit dan uit bestaat. Daarmee is in feite per definitie 'niet uitsluitend' gebruik gemaakt van verkeerscontrole bevoegdheden, want kennelijk ligt het doel van de verkeersveiligheid besloten in de aard van de toepassing van die bevoegdheid. Dat is een onwerkelijke situatie, die het beginsel van détournement de pouvoir uitholt.

3.4.4. Geïnstitutionaliseerd misbruik: de dynamische verkeerscontrole

In de zaak van HR 1 november 2016 ECLI:NL:HR:2016:2454 draait het om de toepassing van de 'dynamische verkeerscontrole'. In het arrest van 21 december 2015 ECLI:NL:GHAMS:2015:5307 gaat het hof Amsterdam uitgebreid in, op de redenen waarom die controle aangemerkt wordt als détournement de pouvoir.

De controlerende verbalisant had toestemming gekregen van de bestuurder om hem en de bijrijder te fouilleren en de auto te doorzoeken. In de achterbak van de auto werden gedroogde wiet en cannabistoppen aangetroffen. Door verbalisanten was (bij de raadsheer-commissaris)

---

[362]. Zie ook Nina Holvast en Patrick van der Meij. 'De problematiek van sfeervervaging bij de bestuurlijk-strafrechtelijke aanpak van mensenhandel in de legale prostitutiesector', Tijdschrift voor Veiligheid 2011 (10) 3, p. 12: 'Daar ook naar het rijbewijs was gevraagd stond de controle volgens het hof niet uitsluitend in het teken van de opsporing van drugs. Wij vragen ons af of deze werkwijze niet te veel vrijheid biedt bij het uitoefenen van bevoegdheden. Het lijkt namelijk sterk erop dat enkel naar het rijbewijs is gevraagd om het uitoefenen van bevoegdheden te legitimeren, terwijl het werkelijke doel uitsluitend is gelegen op het strafrechtelijke vlak, de opsporing van Opiumwetdelicten. Dat lijkt ons geen wenselijke aanpak, temeer omdat het voor de betrokken burger vermoedelijk niet op voorhand duidelijk is op grond van welke regelgeving hij wordt gecontroleerd en of hij verplicht is mee te werken.'

[363]. Hoge Raad 20 september 2011 (LJN:BR0554), 10/05492, Hoge Raad, 3 juli 2012 (LJN:BV1800), 11/00080, Hoge Raad (LJN:BV7438), 3 juli 2012, 11/00079. Zie voor de lagere rechtspraak ook: rechtbank Zwolle 2 juli 2009 (LJN:BJ2119), 07.630326-08 en rechtbank 's-Hertogenbosch 25 maart 2010 (LJN:BL8763), 01/845399-09.

[364]. Hoge Raad 20 september 2011 (LJN: BR0554), 10/05492.

verklaard dat de voorafgaande verkeerscontrole op het zogeheten 'Blauwe Boekje' (De Dynamische Verkeerscontrole, 1e druk, januari 2015) was gebaseerd. De verdachte in kwestie werd vervolgd voor handelen in strijd met de Opiumwet. Het doel van de dynamische verkeerscontrole is het in contact komen met (potentiële) criminelen en het vergaren van informatie onder de in 'Het Blauwe boekje' vermelde omstandigheden. Bij de controles is het de politie volgens het hof te doen om strafvorderlijke *fishing expeditions*: opsporingsactiviteiten op basis van vage risicokenmerken zonder enige verdenking ter zake van enig strafbaar feit. Hierdoor kan informatie worden vergaard die bij een reguliere verkeerscontrole niet toegankelijk zou zijn. De vervolgens verrichte verkeerscontrole heeft tot doel het vaststellen van de identiteit van de bestuurder. (Hetgeen op de voet van artikel 8 Politiewet 2012 niet tot de mogelijkheden behoort). Op basis van die informatie kan in de politiële systemen verder worden gezocht naar (mogelijk belastende) informatie over deze personen.

De verkeerscontrole heeft volgens het hof voorts tot doel, te verhullen voor de inzittenden dat de politie alleen geïnteresseerd is in de eventuele criminele achtergronden en activiteiten op andere gebieden dan de verkeerswetgeving. Teneinde te doen voorkomen dat formeel sprake is van een verkeerscontrole, wordt de verkeerscontrole uitgevoerd. In dat kader wordt ook gebruik gemaakt van een surveillanceauto en agenten in uniform ingezet. Het vorderen van het rijbewijs en kentekenbewijs heeft tot doel te voorkomen dat de rechter de verkeerscontrole zal aanmerken als détournement de pouvoir; er is dan 'niet uitsluitend' sprake van een opsporingsdoel.

Op basis van alle feiten van de zaak is het hof van oordeel dat de politie de haar toekomende controlebevoegdheden van de Wegenverkeerswet 1994 uitsluitend heeft aangewend ten behoeve van opsporingsactiviteiten. Het betreft derhalve een ander doel dan waarvoor die bevoegdheden zijn gegeven, hetgeen détournement de pouvoir oplevert. Het hof zet daarbij uiteen dat zij dit beginsel als een fundamenteel beginsel van behoorlijke procesorde aanmerkt; een zeer belangrijk rechtsbeginsel. Opmerkelijk is dat het hof ook benadrukt dat de formele schijn dat het een verkeerscontrole betreft, niet alleen tegenover de verdachte, maar overeenkomstig het 'beleid' zoals aangehouden bij de dynamische verkeerscontrole ook tegenover de rechter wordt opgehouden. Hierbij geldt dat het hof pas een volledig zicht kreeg op de feitelijke gang van zaken, door de verhoren van de betreffende verbalisanten bij de raadsheer-commissaris. Daarbij wordt teven in ogenschouw genomen dat het veeleer aannemelijk is, dat het Openbaar Ministerie zijn fiat aan het gebruik van de dynamische verkeerscontroles heeft gegeven.

De Hoge Raad herhaalt zijn eerdere overwegingen (par. 3.4.).[365] Indien daadwerkelijk inzage is gevorderd in het rijbewijs en/of de kentekenpapieren van het voertuig, mag worden aangenomen dat de bevoegdheden van artikel 160, eerste en vierde lid, WVW 1994 zijn uitgeoefend ter controle van de naleving van de bij of krachtens de WVW 1994 vastgestelde voorschriften. Daarbij is de centrale overweging dat zolang de controlebevoegdheid (door een daartoe bevoegde) opsporingsambtenaar is uitgevoerd, mede ter controle van de naleving van de bij of krachtens de WVW 1994 vastgestelde voorschriften als bedoeld in het eerste en het vierde lid van artikel 160 WVW 1994, de uitoefening in beginsel rechtmatig is. Dat geldt volgens de Hoge Raad ook indien die bevoegdheid daarnaast het verrichten van opsporingshandelingen mogelijk maakt waarop deze bepalingen niet zien. Die omstandigheid brengt immers nog niet mee dat de controlebevoegdheid uitsluitend is gebruikt voor een ander doel – te weten: voor het verrichten van opsporingshandelingen – dan waarvoor deze is verleend.

---

[365]. HR 1 november 2016 ECLI:NL:HR:2016:2454. .

De Hoge Raad gaat echter nog weer een stap verder (par. 3.5.). De Hoge Raad stelt namelijk dat:

> 'De enkele omstandigheid dat de verbalisanten de verkeerscontrole, al dan niet op grond van een tevoren beschreven en landelijk bekendgemaakte methode, hebben uitgevoerd met de bedoeling een gesprek aan te knopen met en informatie te verkrijgen over de inzittenden, leidt niet tot een ander oordeel.'[366]

Het is opvallend dat de Hoge Raad zelfs in de onderhavige feiten vasthoudt aan zijn ingezette lijn, waarbij de verkeerscontrole rechtmatig is wanneer 'niet uitsluitend' een opsporingsdoel is gediend. Het hof heeft nu juist vastgesteld dat de dynamische verkeerscontrole bij uitstek is opgetuigd, om formeel te doen voorkomen – ook naar de rechter toe – dat het een dergelijke controle betreft. Het 'niet uitsluitend' criterium van de Hoge Raad is daarmee tot een ongrijpbaar concept geworden. Daarmee valt niet in te zin hoe het leerstuk van détournement de pouvoir in dergelijke gevallen nog praktische waarde heeft, in het kader van de normering van de sfeerovergang.[367]

Ten slotte geldt dat dergelijk misbruik kan dienen als een voorbeeld van de eerder in paragraaf 3.2.3 besproken stelling van Luchtman. Namelijk dat de consequentie van het gebruik van controlebevoegdheden voor een ander doel dan waarvoor zij zijn gecreëerd, verkapte creatie van nieuwe bevoegdheden zou behelzen. Daarbij wijst hij er op dat het op grond van artikel 10 Grondwet aan de formele wetgever is, te bepalen onder welke voorwaarden grondrechtinbreuken toegestaan mogen worden.[368]

3.4.5. Tussenconclusie

Op basis van het voorgaande kunnen met betrekking tot de sfeerovergang in verkeersgerelateerde zaken drie 'typen zaken gepositioneerd worden:

- ten eerste, gevallen waarin reeds een verdenking bestaat, waarna controlebevoegdheden worden toegepast;
- ten tweede, gevallen waarin nog geen verdenking bestaat (van een niet verkeersgerelateerd feit), maar de controlebevoegdheden worden aangewend ten dienste van de opheldering daarvan;
- ten derde, gevallen waarin op projectmatige basis controlebevoegdheden worden toegepast in het kader van de bestrijding van niet-verkeersgerelateerde strafbare feiten.

Om te beginnen het type, ontleend aan het arrest uit 1988 (HR 19 april 1988, *NJ* 1988/1044), waarin wel al sprake is van een verdenking van een strafbaar feit. Hier wordt de verkeersrechtelijke controlebevoegdheid vooral gebruikt om de staandehouding van de verdachte mogelijk te maken. Vellinga-Schoonstra schrijft reeds in 1982 dat de politie helemaal geen verkeerscontrole hoeft voor te wenden gezien zij auto's kan doen stoppen op voet van artikel 52 Sv.[369] De 'farce' van de verkeerscontrole is derhalve niet eens een noodzakelijk middel.

---

366. Wel stelt de Hoge Raad de mogelijkheid dat de rechter bevindt dat de politie bij de uitoefening van voornoemde controlebevoegdheden de te controleren persoon of personen heeft geselecteerd op een wijze die onverenigbaar is met het uitgangspunt dat personen niet worden gediscrimineerd wegens onder meer hun ras of hun godsdienst of levensovertuiging (par. 3.7.).

367. Zie voorts voor een kritische bespreking van de uitspraak van de Hoge Raad, de volgende noten: J.W. van der Hulst, JWR 2016/75; B.F. Keulen, *NJ* 2017/84; T. Blom, Annotaties SR 2016-0400.

368. M.J.J.P. Luchtman, 'Sfeercumulatie in het verkeersrecht en het fiscale recht', *DD* 2007, p. 658, 660 en 663.

369. F. Vellinga-Schootstra, 'Stop, in naam der wet', *DD* 12 (1982), afl. 10, p. 766*:* 'Resumerend kan worden gezegd dat de bevoegdheid tot het staande houden of aanhouden van de verdachte het recht impliceert om de verdachte te

De tweede categorie is ontleend aan het Zigeunervrouwen-arrest. Hoewel betrokkenen formeel gezien nog niet als verdachten waren aangemerkt, valt op basis van de omstandigheden van de zaak niet in te zien welk ander reëel belang werd gediend met toepassing van de controlebevoegdheden, anders dan de opsporing. Wanneer in het Zigeunervrouwen arrest wordt volgehouden dat *niet uitsluitend* gebruik gemaakt is van verkeersrechtelijke controlebevoegdheden ter opsporing – met andere woorden, er is tevens een belang van de verkeersveiligheid gediend – dan is dit criterium als normatief kader van nauwelijks enige juridische praktische betekenis. Wanneer de noodzaak bestaat tot nader onderzoek in of aan een voertuig, moet daar of een verdenking voor bestaan, in welk geval de strafvorderlijke bevoegdheden kunnen worden aangewend. Of de wetgever moet zich over dit punt uitlaten en dit onder brengen in een aparte strafvorderlijke regeling. Het kan niet zo zijn dat controle van de aanwezigheid van de gevarendriehoek in de kofferbak wordt geveinsd, teneinde de aanwezigheid van gestolen waar vast te stellen. Wordt die bevoegdheid wel wenselijk geacht, dan behoort de wetgever daar aan te pas te komen. Een dergelijke 'farce' ondermijnt het rechtstatelijk karakter wat wordt geacht te zijn gelegen in de aanwending van overheidsbevoegdheden.

De derde categorie kan worden gezien als een transponering van de tweede categorie naar een grotere schaal. De projecten zijn juist opgetuigd op basis van een combinatie tussen geautomatiseerde gegevens, doelgerichte verkeersrechtelijke controles te genereren, met als oogmerk bestrijding van drugscriminaliteit. Het moge inmiddels duidelijk zijn dat de tweede en met name de derde categorie vanuit een oogpunt van rechtmatige toepassing van bevoegdheden de meeste vraagtekens oproepen. Als we zien dat de kern van détournement de pouvoir behelst dat bevoegdheden worden benut voor een ander doel dan waarvoor zij zijn toegekend dan is die derde categorie hoogst curieus. Hier is niet alleen sprake van détournement de pouvoir, sterker nog; de overtreding van dit beginsel vormt de juridische grondslag van dergelijke projecten. Deze projecten zijn realistisch bezien een institutionalisering van détournement de pouvoir doordat zij hier niet de grenzen opzoekt, maar gebaseerd zijn op een stelselmatig misbruik van bevoegdheden. Voor een rechtstaat is dat een uiterst curieuze en kwalijke kwestie. Het feit dat de Hoge Raad de gang van zaken billijkte rondom de 'dynamische verkeerscontrole', toont aan dat het 'niet uitsluitend'-criterium volstrekt illusoir is als rechtsnormerend principe van de sfeerovergang. Wordt de redenering gevolgd dat in deze projecten verkeerscontroles niet uitsluitend worden benut in het kader van opsporing, terwijl dat a priori de bedoeling is, dan wordt impliciet verondersteld dat de verkeersveiligheid (het oorspronkelijke doel van deze controles) wordt gediend door toepassing van deze bevoegdheden. Voor een deel is dat natuurlijk ook zo, maar dat is wel ver verwijderd van de geest van het détournement de pouvoir-beginsel.

Op dit punt verschafte Aler veel duidelijkheid. In zijn proefschrift legde hij in dit verband het accent op wat het hoofddoel is bij de toepassing van bevoegdheden.[370] Daarbij is de kenbaarheid van dat doel voor de betrokken burger én voor de rechter ter terechtzitting meer beperkt. Uit de besproken jurisprudentie ter zake is zulks inderdaad gebleken. De bevoegdheid uit de bijzondere wet wordt dan gehanteerd om onderzoek naar andere strafbare feiten mogelijk te maken.[371] In zodanige gevallen moet het gebruik van de eerste bevoegdheid, nu deze kennelijk voor een ander doel wordt gebruikt dan waarvoor zij is verleend, als onrechtmatig worden aangemerkt.

bevelen zijn voertuig tot stilstand te brengen. Oneigenlijk gebruik van de verkeerscontrole – gebaseerd op de overtuiging dat art. 52 Sv een dergelijke bevoegdheid niet verleent – is onwaarachtig en bovendien niet nodig.'

[370]. Aler, a.w., p. 311.

[371]. Aler, a.w., p. 314.

Volgens hem is er sprake van détournement de pouvoir wanneer 'een ander dan het oorspronkelijke doel' voorop komt te staan.[372] 'Nevenoogmerken'zouden dan slechts toelaatbaar zijn, indien men – zonder met die nevenoogmerkten rekening te houden – tot dezelfde beslissing zou komen.[373] Concluderend kan worden gesteld, dat volgens Aler overwegingen die met de verkeerswetgeving niet van doen hebben, bij de beslissing om een verkeerscontrole uit te voeren een rol mogen spelen, zolang tenminste het toegelaten doel, controle op de naleving van het verkeersrecht, voorop blijft staan.[374] Wegens de bijkomende motieven echter het zwaarst, dan is naar zijn mening sprake van overschrijding van de grenzen van de bevoegdheid van artikel 33 WVW. Het doel, dat de ambtenaar voor ogen staat, is in het algemeen niet voor waarneming vatbaar, voor zover dat tenminste niet blijkt uit de wijze waarop hij zijn onderzoek instelt. Omdat tussen het doel, waartoe de ambtenaar zijn bevoegdheid mag hanteren en de omvang van zijn onderzoek verband bestaat, zou men uit de wijze waarop het onderzoek feitelijk wordt uitgevoerd, kunnen afleiden of het bij dat onderzoek mede om andere zaken dan de controle op de naleving van de verkeerswetgeving gaat.

Naar mijn idee biedt dit 'Aler-criterium' in gevallen van de beschreven tweede en derde categorie een veel sterkere normering. Over wat het hoofddoel is van de verkeerscontrole bestond immers weinig discussie: deze had niets te maken met de verkeersveiligheid. Toepassing van het Aler criterium leidt ertoe dat in alle besproken gevallen zonder meer sprake is van détournement de pouvoir omdat buiten redelijke twijfel staat, dat het hoofddoel van de verkeerscontrole niet gelegen was in de verkeersveiligheid. De wijze waarop het beginsel van détournement de pouvoir met het 'niet uitsluitend' criterium wordt geoperationaliseerd, betekent het faillissement van dit criterium als normatief kader voor de toepassing van controlebevoegdheden. Dit leidt op haar beurt tot een verschraling van het beginsel van détournement de pouvoir.

Afrondend zijn hier nog enkele opmerkingen te maken, in het licht van de bij het FIOD-arrest (HR 26 april 1988, *NJ* 1989/390) besproken kritieken. De belangrijkste kritiek op de overwegingen van de Hoge Raad in het FIOD arrest waren die argumenten die betrekking hadden op wat geduid kan worden als het 'rechtstatelijk perspectief'. Die kritieken treffen in deze verkeerszaken wel degelijk doel. Worden hier inderdaad niet bevoegdheden aangewend in het kader van de commune strafrechtelijke sfeer waar de politie niet over beschikt? We zagen bij bespreking van dit arrest dat het krachtigste argument om daar inzet van controlebevoegdheden in de opsporingssfeer toe te passen puur pragmatisme was: in de geest van 'wie het meerdere mag, mag ook het mindere'. Daarin ligt aldus een belangrijk verschil tussen die zaak en dat argument en de onderhavige verkeerszaken. Voor de opsporing van feiten uit het wetboek van Strafrecht bestaan immers geen bevoegdheden die een controle mogelijk maken of van dergelijke feiten sprake is. Zo beschouwd gaan de verkeersrechtelijke controlebevoegdheden niet als 'aanvullende' set fungeren, maar als een fundamenteel onderdeel van bevoegdheden in bepaalde gevallen waar voor optreden op dat moment geen andere juridische basis bestaat.

---

[372]. Deze visie van Aler wordt onderschreven door Wortel. Wortel, p. 404: 'De niet bewust gezochte toevallige vondst maakt de voortzetting van de toepassing van controlebevoegdheden in de opsporing nog niet onrechtmatig. Doch bewust oneigenlijk gebruik brengt steeds onrechtmatigheid met zich mee.' Vergelijk ook Vellinga-Schootstra. Zij is van mening dat het bewijs onrechtmatig is verkregen, indien het proces-verbaal ten onrechte als reden voor het stopbevel het verrichten van een routinecontrole noemt. Volgens haar is dat met name zo, indien de verkeerscontrole wordt gebruikt ter opsporing van een commuun delict. Zie F. Vellinga-Schoonstra, *Inbeslagneming en huiszoeking* (diss.), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1982, p. 50-51.
[373]. Aler, a.w., p. 320.
[374]. Aler, a.w., p. 321.

Een ander gezichtspunt is nog te relateren aan het Douanewet-arrest (HR 13 mei 1997, *NJ* 1998/48). Immers ook bij deze verkeerszaken gaat het om een dwarsverband tussen verschillende regelgeving. Hier wordt – in geval van 'project twee' – de Opiumwet gehandhaafd met behulp van controlebevoegdheden uit de Wegenverkeerswet. Dit is dus wederom een handhaving van wet x, door middel van controlebevoegdheden ontleend aan wet y. Zoals we zagen viel het dwarsverband tussen de Opium- en Douanewet te verdedigen, gelet op de wettelijke connectie. Immers, de Opiumwet belast ambtenaren van de douanewet met opsporing daarvan. Een dergelijke wettelijke koppeling valt hier niet te maken tussen de Opiumwet en de Wegenverkeerswetgeving.

3.5. Het wettelijk onderscheid tussen controle en opsporing

3.5.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk en de voorgaande paragraven van dit hoofdstuk, is ingegaan op de controle- en (WED-)opsporingssfeer. Daarbij is aan de orde gekomen onder welke voorwaarden bevoegdheden uit beide sferen kunnen worden uitgeoefend. Controlebevoegdheden kennen op zichzelf een veel ruimer toepassingsverband dan die uit de 'opsporingssfeer' omdat zij niet zijn gekoppeld aan een verdenkingsvereiste, maar aan het vereiste dat deze 'redelijkerwijs noodzakelijk zijn' voor de taakvervulling (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.6.3.). Dat kenmerkende onderscheid tussen controle- en opsporingsbevoegdheden wordt echter aanmerkelijk gerelativeerd door de reikwijdte van de WED-bevoegdheden. De (WED-)opsporingssfeer kan namelijk op basis van aanwijzingen worden geactiveerd. Op basis van de recente jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 25 juni 2013 ECLI:NL:HR:2013:3, 'Tankduwbak') zijn die aanwijzingen door mij geduid als 'generieke omstandigheden'. Zodoende heeft de opsporingssfeer zich uitgebreid tot een toepassingsniveau dat de controlesfeer vrijwel heeft benaderd. Op haar beurt is bezien dat nog steeds sprake is van uitoefening van bevoegdheden binnen het kader van de controlesfeer, ook al heeft een dergelijke onderzoek plaats op grond van 'abstracte vermoedens' van wetsovertreding; de zogenaamde 'repressieve' controle. Daarnaast kunnen controlebevoegdheden – zij het met inachtneming van verdedigingsrechten – gecontinueerd worden terwijl de opsporingssfeer reeds aanhangig is.

Resumerend: de controlesfeer kan *nog steeds* worden toegepast terwijl sprake is van indicaties van wetsovertreding, en de opsporingssfeer kan *reeds* worden geactiveerd op basis van (generieke) aanwijzingen. Dit maakt het juridisch onderscheid tussen beide sferen – zeker gelet op het ruime WED-opsporingsbegrip – materieel gezien uiterst poreus.[375] In het licht van die constateringen is de vraag in hoeverre het juridisch onderscheid tussen controle en opsporing gemaakt is door de wetgever. Deze kwestie is uitgebreid aan de orde gekomen bij de behandeling van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht. [376] Zoals hierna aan de orde komt,

[375]. Zie J.M. Verheul, Fraude en misbruik in de sociale zekerheid (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989, p.155. Verheul drukte het als volgt uit: 'Door de meersporigheid van de handhaving ontstaan op het breukvlak tussen deze competentiedomeinen allerlei spanningen en fricties. De grens blijkt vaag, grillig en poreus. (…) *De grijze zone van het zgn. repressieve toezicht* tussen de reguliere uitvoeringscontrole en gelegitimeerde opsporing. In deze zone vinden bestuursrechtelijk gefundeerde onderzoeksactiviteiten plaats die min of meer specifiek in het teken staan van de fraudedetectie.'

[376]. Het werd niet de voorkeur geacht naast de Algemene wet bestuursrecht nog nieuwe algemene wetten op het terrein van het bestuursrecht te ontwerpen. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 136. Zie Wortel, a.w., p. 352: 'Geruime tijd geleden werd een voorstel voor een algemene wet aangenomen die de materie moest gaan regelen. In de wandelgangen werd vernomen dat de ontwikkeling van dit 'voor-voorontwerp' inmiddels is gestaakt. De materie blijkt nog te taai en te onoverzichtelijk voor een wettelijke regeling. Dit illustreert dat de kwestie van

zijn in het parlement kritische vragen gesteld met betrekking tot de 'sfeerovergang'. Op haar beurt zijn de door de wetgever gemaakte keuzes uitgebreid onderwerp van studie geweest in het project 'Strafvordering 2001'.[377] In het navolgende zal daar op onderdelen aandacht aan geschonken worden.

3.5.2. Het uitgangspunt van de wetgever: de 3e tranche Awb

Allereerst valt te constateren dat de wetgever in de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht uitgaat van een theoretisch onderscheid tussen controle en opsporing. De wetgever erkent dat de afbakening genuanceerd is in jurisprudentie (daarover de volgende paragraaf). Niettemin acht zij het verstandig om 'in beginsel' aan dat onderscheid vast te houden. Daarbij wijst zij er op dat de afgelopen twee decennia de wetgever juist aanleiding zag, om het onderscheid tussen toezicht en opsporing in tal van bijzondere wetten scherper tot uitdrukking te brengen.[378] De onderverdeling van de handhaving in een controle en opsporingssfeer is derhalve het resultaat van een welbewust wettelijk ontwerp, waarmee deze een praktische juridische betekenis krijgt. In de nota aangaande de clustering van de bijzondere opsporingsdiensten, kwam eveneens aan de orde de wens van de regering een duidelijk onderscheid aan te brengen tussen opsporing en toezicht. Opsporingsambtenaren van de bijzondere opsporingsdiensten zullen geen toezichthoudende taken verrichten.[379]

Voorts worden verschillende argumenten aangedragen voor het gemaakte onderscheid tussen controle en opsporing, in de wetsgeschiedenis van de Awb. In de eerste plaats beschouwt de wetgever toezicht als een bestuurlijke activiteit.[380] Wel verwijst zij naar de memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht, waarin al gesteld wordt dat opsporing en toezicht in elkaars verlengde liggen.[381] Hier op voort bouwende merkt de wetgever op dat de gevolgen die voor betrokkenen voortvloeien uit hetgeen op basis van het toezichtsonderzoek is geconstateerd, verschillen van gevolgen uit het opsporingsonderzoek.[382]

> 'Vanouds vindt de handhaving van wettelijke voorschriften haar begin met het toezicht op de naleving van die voorschriften. Toezichthouders voeren regelmatig controles uit, dus zonder dat van de overtreding van een wettelijk voorschrift hoeft te zijn gebleken. Hiervan gaat een belangrijk preventief effect uit. Het toezicht kan tot resultaat hebben dat de wettelijke voorschriften zonder verdere sanctiemiddelen worden nageleefd. Het toezicht omvat een breed scala van activiteiten, vaak ook in voorlichtende en adviserende zin. Daardoor kan reeds in een vroeg stadium worden voorkomen dat een met de wet strijdige situatie ontstaat of kan door middel van aansporingen of waarschuwingen worden bewerkstelligd dat regels alsnog worden nageleefd.'[383]

---

de samenloop van bevoegdheden een breder belang toekomt dan de handhaving van fiscale wetgeving. Achtergronden en argumenten raken de staatsordening; de bevoegdheden van de overheid en de rechten van de burger in het algemeen.'

377. M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Het vooronderzoek in strafzaken, Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001.

378. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 135.

379. Dat liet volgens de wetgever echter onverlet dat bijzondere opsporingsdiensten soms de formele bevoegdheid zouden behouden om toezicht te houden. Dat vloeide voort uit de systematiek van bijzondere wetten die deze bevoegdheid toekennen aan bepaalde categorieën ambtenaren, aldus de wetgever. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 182, nr. 6, p. 5. Zie over het functioneren van het 'boa-bestel': A.G. Mein en A.R. Hartmann, *De stand van het boa-bestel¸ Eindrapport over het stelsel waarbinnen buitengewoon opsporingsambtenaren functioneren*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2013.

380. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 135.

381. *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 43-44.

382. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 135.

383. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 128.

De insteek is hier dat toezicht 'niet zelden' vooral wordt geacht preventief gericht te zijn. Hier wordt het argument van de speciale 'toezichtrelatie' tussen toezichthouder en betrokkene aldus aangedragen. Toezichthouders, zo stelt de wetgever, staan dichter bij het uitvoerende bestuur en zijn veelal onderdeel of verlengstuk daarvan. Het behoort in haar visie dan ook in veel gevallen tot de taak van de toezichthouders adviezen te verstrekken ter bevordering van een goede naleving van de voorschriften. In de Memorie van toelichting is dit als volgt beschreven:

> 'Constateren toezichthouders bijvoorbeeld tijdens een routinecontrole dat een voorschrift niet volledig wordt nageleefd, dan zullen zij in eerste instantie veelal volstaan met een aansporing of een waarschuwing. Lukt deze aanpak niet, dan kan gekozen worden voor hetzij een melding aan het tot bestuursrechtelijke sancties bevoegde gezag hetzij tot het overschakelen naar het strafvorderlijke systeem. Niet onmiddellijk behoeft zo'n constatering dus te leiden tot een strafvorderlijk optreden.'[384]

Het valt volgens de wetgever nog te bezien of het strafrecht als handhavingsvorm dan het meest geschikt is tegen het niet naleven van voorschriften op te treden. In deze zin heeft het strafrecht meer een reserve-functie – de ultimum remedium gedachte – en dienen minder ernstige inbreuken op de rechtsorde zo veel mogelijk (bijvoorbeeld) bestuursrechtelijk te worden gehandhaafd.[385] Bestuursrechtelijke sancties kunnen ook in aanmerking komen: het hanteren van een bestuursrechtelijke sanctie, zoals het intrekking van een vergunning, subsidie of uitkering of het toepassen van bestuursdwang zullen in veel gevallen een passende reactie vormen. Soms zijn dergelijke sancties ook de enig mogelijke: het niet naleven van aan een subsidie verbonden voorschriften is niet strafbaar, maar kan wel gevolgen hebben voor de subsidiering.[386] Los hiervan heeft het bestuur ook in de visie van de wetgever de taak na te gaan of bijvoorbeeld voorschriften van een vergunning in acht worden genomen en of de verplichtingen die op de ontvanger van een subsidie of een uitkering rusten, worden nageleefd. De eigen functie van het toezicht en de 'toezichtrelatie' vormt voor de wetgever dus een belangrijk vertrekpunt. De vraag is in hoeverre dit *uitgangspunt* correspondeert met de praktijk. In hoofdstuk 3, paragraaf 5. werd die specifieke toezichtrelatie bekritiseerd. Voor zover sprake is van een 'besloten context' is daarentegen aangegeven dat toezicht een eigen meerwaarde kan hebben; nu in dat kader sprake is van een 'gematigd antagonistische gezagsrelatie'. In dit verband wordt verwezen naar de bevindingen in dat hoofdstuk (paragraaf 3.5.10.). Wel wordt hier onder aandacht gebracht hetgeen Alders heeft opgemerkt. Volgens hem liet de praktijk juist zien dat in het geval van milieuwetgeving toezichtbezoeken direct leiden tot strafrechtelijke sancties.[387] Alders wees er op dat in talloze brieven van het bevoegd gezag, waarin aan de gecontroleerde (rechts)persoon de bevindingen van een toezichtbezoek worden vastgelegd (en vaak ook zelfs de gemaakte afspraken om een en ander in orde te maken) een slotzin voorkwam, luidende: 'Voor de goede orde delen wij u mede, dat wij een afschrift van deze brief hebben verzonden aan de Officier van Justitie in het arrondissement ...', of een vergelijkbare redactie, aldus Alders. Volgens deze auteurs werd het bevoegde gezag zelfs aangespoord op basis van een destijds geldende Leidraad 'OM en milieu'[388] om afschriften van dergelijke brieven uit eigen beweging richting OM te sturen, zodat het OM 'zelf' kon beoordelen of een vervolging moet worden ingesteld.

---

[384]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 135.
[385]. De wetgever verwijst ter vergelijking naar het rapport Rechtshandhaving van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, nr. 35 (1988), p. 23 en de kabinetsnota 'Met vaste hand' (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 045, nrs. 1-2) (paragrafen 2.3 en 3.5).
[386]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 62.
[387]. E. Alders, 'De handhaving van het bestuursrecht via toezicht en de gemiste kans van de derde tranche Algemene wet bestuursrecht', *NTB* 1995, p. 26.
[388]. In het genoemde artikel van Alders wordt van deze Leidraad geen vindplaats genoemd.

Voorts is de uiteenlopende aard van de rechten en verplichtingen die zijn verbonden aan de controle en opsporingssfeer uitdrukkelijk door de wetgever onder ogen gezien. Erkend werd dat de burger zich van de omvang van de bevoegdheden van de vele toezichthoudende ambtenaren meestal niet bewust is: een op zichzelf heldere constatering aangaande het troebele landschap van de sfeerovergang. Daarom moest 'onduidelijkheid in de rechtspositie' worden voorkomen.[389] Relevant is dat volgens de wetgever mocht worden aangenomen dat een toezichthouder die zich moet legitimeren en een plaats betreedt, reeds in dat kader het doel en de strekking van zijn bezoek zal aankondigen.[390] De gedachte hier achter was natuurlijk ingegeven dat daarmee onduidelijkheid omtrent het doel van het onderzoek, en daarmee de rechtspositie van de betrokkene, zou verminderen. Dit staat haaks op hetgeen vroeger in de literatuur is opgemerkt. Zo zou de fiscale ambtenaar de belastingplichtige/verdachte in de praktijk zo lang mogelijk in het ongewisse te laten over diens juridische positie en de aard van het onderzoek.[391]

Eén van de laatste redenen die uit de Memorie van Toelichting valt af te leiden voor het onderscheid tussen bestuursrechtelijke controle en strafrechtelijke opsporing, is één van systematiek. Uitgaande van het (relatieve) verschil tussen toezicht en opsporing staat de wetgever een systeem voor waarbij de opsporingsbevoegdheden zoveel mogelijk algemeen geregeld worden in het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten, terwijl de bevoegdheden in het kader van het toezicht zoveel mogelijk algemeen geregeld dienen te worden in de Algemene wet bestuursrecht.[392] Het optreden van toezichthouders, die steeds bij of krachtens wettelijk voorschrift moeten zijn aangewezen, wordt beheerst door afdeling 5.1 en voorts door andere in aanmerking komende bepalingen van de Awb. Belangrijk is dat krachtens artikel 1:6 Awb deze wet niet van toepassing is op de opsporing. Dit zou meebrengen dat de Awb controlebevoegdheden niet mogen worden benut voor opsporingsdoeleinden. De wetgever heeft hier echter aangesloten bij het in paragraaf 2 behandelde FIOD-arrest (HR 26 april 1988, *NJ* 1989/390).[393] De controlebevoegdheden mogen *niet uitsluitend* de opsporing dienen, maar mogen wel *mede* voor dat doel worden aangewend. De vraag is evenwel hoe artikel 1:6 Awb zich verhoudt tot het 'ruime' WED-opsporingsbegrip. Dat komt in de navolgende paragraaf aan de orde.

3.5.3. De relativering door het WED opsporingsbegrip

De wetgever creëert aldus een wettelijk systeem waarin duidelijk sprake is van een onderscheid tussen controle (toezicht) en opsporing.[394] Kenmerkend voor de bevoegdheden die in het kader van het toezicht op de naleving kunnen worden uitgeoefend, is dat daarbij niet de voorwaarde geldt dat sprake moet zijn van enig vermoeden dat een wettelijk voorschrift is overtreden. Daarentegen mogen opsporingshandelingen volgens de wetgever in beginsels eerst worden verricht indien sprake is van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd. De verdenking vormt dus in de optiek van de wetgever de belangrijkste afbakening. Dit betreft echter louter een uitgangspunt. De wetgever merkt namelijk op dat het een *theoretisch* onderscheid betreft. De belangrijkste reden daarvoor wordt gevormd door het zogenaamde 'ruime opsporingsbegrip'. In dat verband verwijst de wetgever naar de jurisprudentie op het gebied van de WED-

389. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 4.
390. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 72. Voor die gevallen regelt het betreffende aanwijzingsbesluit expliciet dat de ambtenaar, voor zover hij opereert in zijn hoedanigheid van toezichthouder, verplicht is te melden dat hij als toezichthoudend ambtenaar optreedt en zal hij zich als zodanig moeten legitimeren.
391. Verheul, a.w., p. 158: '(…) wanneer de burger de vraag stelt of hij als gecontroleerde dan wel als verdachte wordt gehoord: hij dwingt dan immers de ondervrager positie te kiezen en de bovengenoemde dilemma's van informatiestop versus onrechtmatige bewijsgaring onder ogen te zien.'
392. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 136.
393. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 64.
394. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 134.

bevoegdheden.[395] Deze kunnen immers worden aangewend indien sprake is van aanwijzingen; een redelijk vermoeden als bedoeld in artikel 27 Sv is niet vereist (HR 9 maart 1993, *NJ* 1993/633).[396] Dit is in hoofdstuk 2, paragraaf 3.7., uitgebreid aan de orde gekomen. In vele gevallen betreft dat het bestaan van een verdachte of verdenking (als redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 Sv.), maar dat behoeft niet steeds het geval te zijn (vgl. artt. 551 en 552 Sv en de in de memorie van toelichting aangehaalde arresten van de Hoge Raad inzake artikel 75 van de Jachtwet (HR 30 oktober 1984, *NJ* 1985/275, 'Heggeveldse stroper') en artikel 23, eerste lid, WED (HR 9 maart 1993, *NJ* 1993/633, 'Vlissingse visser'). Hiernaast is opgemerkt dat onder het regime van wetgeving van minder recente datum de wetgever nog niet van dit onderscheid tussen toezicht en opsporing uitging.[397] Dit ziet op het in hoofdstuk 2, paragraaf 3.7.5., behandelde 'Heggeveldse stroper'- arrest. Zoals in hoofdstuk 2.paragraaf 3.7.4., werd beschreven was er een tendens te bespeuren bij de wetgever om controle en opsporing steeds verder te scheiden. Dat ondanks de 'relativeringen' van het ruime WED-opsporingsbegrip, de wetgever bij wijze van uitganspunt aan het onderscheid tussen toezicht en opsporing wenste vast te houden is interessant. Het valt te beschouwden als een geestelijke erfenis van die benoemde periode, waarin de wetgever strikter onderscheid maakte tussen controle en opsporing.

In het onderzoeksproject 'Strafvordering 2001' is het 'ruime opsporingsbegrip' genoemd als één van de belangrijkste redenen voor het 'papieren' onderscheid tussen controle en opsporing.[398] Het gevolg van het ruimere opsporingsbegrip op grond van het 'aanwijzingen'-criterium in de WED is dat toezicht (controle) en opsporing elkaar op het gehele terrein van de economische regelgeving overlappen. Hieraan wordt de stelling verbonden dat de scheiding van taken aldus zelfs niet op papier is gerealiseerd. Dit vormt met name een punt nu de handhaving van de onder de WED gebrachte wetten bij uitstek het terrein vormt waar 'opsporing' en 'toezicht' concurreren. Dit is dan ook de achtergrond geweest van de harmonisatie van de Awb en WED bevoegdheden.[399] De wetgever wilde voorkomen dat waar samenloop tussen de WED en de Awb zou kunnen optreden, doordat dezelfde persoon de functies van toezichthouder en opsporingsambtenaar in de zin van de WED in zich verenigt, verschillen ontstaan op het punt van de reikwijdte van de bevoegdheden. Volgens Strafvordering 2001 onderstreept die praktische oplossing dat er tussen handhaving vóór verdenking en handhaving na verdenking geen wezenlijk verschil is.[400]

Hoe verhoudt het verruimde opsporingsbegrip zich nu tot het door de wetgever gemaakte onderscheid tussen controle en opsporing, in het licht van de eerder benoemde afbakening ex. artikel 1:6 Awb? Naast het genoemde WED aanwijzingen begrip heeft het artikel 132a Sv het

---

395. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 135.

396. Vergelijk hetgeen over de 'onderzoeksfase' in het Mededingingsrecht geldt. De minister van Economische Zaken voegde hier nog aan toe dat het onderzoek niet beperkt was tot de gevallen waarin er reeds een vermoeden van overtreding bestond. Zie MvT TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 83. In de nota naar aanleiding van het verslag stelde de minister namelijk dat van toezicht sprake is 'indien de controle plaatsvindt zonder dat sprake *is* van concrete naspeuringen of wellicht een overtreding is begaan', waarna hij vervolgde: 'Indien er aanwijzingen zijn dat er sprake is van een overtreding, bijvoorbeeld naar aanleiding van een klacht, zal een onderzoek worden ingesteld'. TK 1996-1997, 24 707, nr. 6, p. 85. Hieruit kan volgens Quaedvlieg geconcludeerd worden dat de fase van het onderzoek in de Mededingingswet correspondeert met de opsporingsfase van de WED. Daarbij is de overeenkomst gelegen in het optreden op basis van 'aanwijzingen' van wetsovertreding. Qua toepassingsvoorwaarden vormt het Mededingingsonderzoek aldus inderdaad de bestuursrechtelijke variant van de WED-opsporing. Zie H.M.J. Quaedvlieg, Ondernemende autoriteiten? (diss.), Deventer: Kluwer 2001, p. 198-199.

397. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 134.

398. Knigge, G. en N.J.M. Kwakman, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 282-283.

399. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 63.

400. Knigge en Kwakman, a.w., p. 283.

opsporingsbegrip verruimd. Genoemd artikel is immers juist gericht op de 'proactieve' opsporing. Duidelijk is dat een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan, niet in alle gevallen nodig is om van 'opsporing' te kunnen spreken. Deze verruiming van het opsporingsbegrip past volgens Strafvordering 2001 niet in het dogmatische onderscheid tussen opsporing en controle, dat juist wel op een concrete verdenking als onderscheidend criterium is gebaseerd.[401] Die verruiming ondergraaft daarbij ook de streep die in artikel 1:6 Awb is getrokken. Is nu artikel 1:6 Awb van toepassing op dit verruimde opsporingsbegrip? Jansen stelt inderdaad dat met 'opsporing' in artikel 1:6 Awb het klassieke opsporingsbegrip is bedoeld; de latere invoering van artikel 132a Sv zou daarin geen verandering kan brengen.[402] Dit betekent dat in deze visie de Awb wél van toepassing is op de – in het Wetboek van Strafvordering geregelde – 'proactieve' opsporing. Een andere redenering is echter mogelijk. Gesteld kan worden dat de ratio van artikel 1:6 Awb juist gelegen was in een scheiding tussen het bestuurs- en strafrecht. Zoals uitgebreid aan bod kwam zag de wetgever expliciet onder ogen dat de scheidingslijn met het strafrecht in de praktijk niet enkel langs de verdenking werd getrokken; zoals bij de toepassing van de WED-bevoegdheden aan de orde was. Vervolgens heeft de wetgever met de veranderde inhoud van artikel 132a Sv in zoverre de grenzen van de opsporing willen verruimen. Dat hij daarmee heeft wensen te bewerkstelligen dat de Awb daarop van toepassing zou zijn ligt niet voor de hand. Het feit dat het begrip opsporing is verruimd betekent aldus niet dat normering door de Awb aan de orde is. In dit verband kan ook gewezen worden op de uitspraak HR 3 april 2018 , ECLI:NL:HR:2018:487 (par. 3.3.2). Daarin overwoog de Hoge Raad dat art. 5:15 en 5:19 Awb geen grondslag bieden voor het toepassen van die bevoegdheden voor een toezichthouder, indien die bevoegdheidstuitoefening uitsluitend aan te merken valt als opsporing (in de zin van art. 132a Sv).

Voorts wordt in 'Strafvordering 2001' opgemerkt dat een tweetal 'onderzoeksvormen' slecht lijken te passen in het gemaakte onderscheid tussen straf- en bestuursrecht. Dat zijn de 'vroegsporing' en het verkennend Strafvorderlijk onderzoek. In artikel 13 Politiewet 1993 is bepaald dat de politie onder het gezag van de officier van justitie staat als zij optreedt 'ter *strafrechtelijke* handhaving van de rechtsorde'. Onder die vorm van handhaving valt onomstreden ook het uitoefenen van repressief toezicht (surveillance). Van 'toezicht' in de zin van de Algemene wet bestuursrecht lijkt echter geen sprake. In elk geval kan artikel 2 Politiewet volgens Strafvordering 2001 bezwaarlijk gelden als een wettelijk voorschrift krachtens hetwelk de politie met het 'houden van toezicht' in de zin van artikel 5:11 Awb is belast. De consequentie daarvan zou namelijk zijn, dat de politie over alle Awb-bevoegdheden beschikt. De conclusie lijkt te moeten zijn dat er sprake is van een voorfase die noch opsporing, noch toezicht is. Daarnaast is gewezen op het nieuwe artikel 126gg Sv, waarin een (summiere) regeling van het 'verkennend onderzoek' is gegeven. Dit verkennend onderzoek gaat aan het in artikel 132a Sv geregelde opsporingsonderzoek vooraf en levert dus geen 'opsporing' op. Toch lijkt volgens het onderzoeksproject ook geen sprake te zijn van het in de Awb geregelde toezicht. Er is met andere woorden wederom sprake van een vorm van 'vroegsporing' die noch opsporing, noch toezicht is. Het bijzondere daarbij is dat die vroegsporing regeling heeft gevonden in het Wetboek van Strafvordering. Dat ondergraaft vervolgens in nog sterkere mate het klassieke onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht dan de verruiming van het opsporingsbegrip (art. 132a Sv).[403]

[401]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 283.
[402]. O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek* (diss. UvA). Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 50.
[403]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 282-283.

3.5.4. Vloeiende overgang

Een andere belangrijke kanttekening bij het 'theoretisch' onderscheid tussen controle en opsporing manifesteert zich in de wijze waarop de wetgever de overgang tussen beide sferen karakteriseert. Hij ziet deze namelijk als een 'vloeiende' overgang, van de toezichthoudende rol naar een eventuele opsporingsfase.[404] Hoewel het gebruik van toezichthoudende bevoegdheden niet is gebonden aan het bestaan van een vermoeden dat een wettelijk voorschrift is overtreden, kan bij het toezicht uiteraard wel blijken dat van een zodanige overtreding sprake is, zelfs omdat de gecontroleerde zelf daarvoor de gegevens verstrekt. Dat verklaart overigens het dikwijls gegeven advies, eventuele gevolgen van de medewerking (aan een controleonderzoek) af te wegen en vooral niet meer informatie te verschaffen waar strikt genomen om wordt gevraagd.[405] Op dat moment wordt de vraag naar de verhouding tussen de toezichthoudende en de opsporingsbevoegdheden van belang, in het bijzonder wanneer beide soorten bevoegdheden aan dezelfde functionaris zijn toegekend. Dit is wat verstaan wordt onder de 'personele samenloop'. Er zijn echter ook toezichthouders die geen opsporingsbevoegdheid bezitten. Deze moeten dan bij de constatering van een strafbaar feit volstaan met het doen van aangifte. Veelal zijn echter volgens de wetgever de toezichthouders ook buitengewoon opsporingsambtenaar.[406] De toezichthouder die tevens met de opsporing van strafbare feiten is belast dient zich dan tijdig te realiseren dat hij in de opsporingsfase is gekomen; in de zin dat een concrete verdenking gerezen is. In 'Strafvordering 2001' is in dit verband ook opgemerkt dat het moment waarop het gezonde wantrouwen van de agent plaats maakt voor een concrete verdenking, bijna zelden precies is aan te geven.[407] Een probleem is dat niet. De vraag naar de aanwezigheid van een verdenking wordt namelijk 'praktisch gesproken' alleen gesteld in verband met de rechtmatigheid van concrete onderzoekshandelingen. De vraag is bijvoorbeeld of *op het moment van aanhouden* sprake was van een redelijke verdenking; de vraag is niet op welk moment die verdenking ontstond. Artikel 27 Sv stelt aan de mate van verdenking niet de eis van ernstig vermoeden maar eist wél dat het vermoeden van schuld (het gedaan hebben) moet steunen op feiten of omstandigheden en dat dit bovendien naar *objectieve maatstaven* gemeten 'redelijk' dient te zijn. Dat wil zeggen, het vermoeden moet niet enkel in de ogen van de controle-ambtenaar redelijk, doch op zichzelf redelijk zijn. Volgens 'Strafvordering 2001' mist die vraag zelfstandige betekenis.[408] Daartoe

---

404. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 136. Ook in het Mededingingsrecht erkende de minister dat de grens zeer moeilijk zal kunnen worden getrokken.: 'In de praktijk (…) toezicht en onderzoek vaak vloeiend in elkaar (zullen) overlopen.' TK 1996-1997, 24 707, nr. 6, p. 85. De grens vervaagt nog meer doordat toezicht en onderzoek in handen van dezelfde personen ligt. Het onderscheid kan in de praktijk volgens Queadvlieg aanleiding geven voor verschillen van mening tussen NMA en ondernemingen, met name over de rechtmatigheid van de toepassing van de in artikelen 54 en 55 Mw genoemde bevoegdheden. Voor de onderzoeksfase staan de ambtenaren van de NMa enkele verdergaande bevoegdheden ter beschikking: door het ontbreken van een onderscheid als hiervoor bedoeld, kunnen onduidelijkheden met betrekking tot de (rechtmatigheid van de) uitoefening van die extra bevoegdheden ontstaan. Het lijkt er echter – ondanks de hierboven geciteerde omschrijving van het begrip 'toezicht'– op dat de minister van Economische Zaken wel een strikte scheiding tussen onderzoek en toezicht voor ogen heeft gehad. Aldus Quaedvlieg, a.w., p. 199.

405. W. de Vries, 'Als controle overgaat in verdenking: straf- en boeterecht', *Fiscaal Praktijkblad* 2005/19, 22 november 2005, p. 10.

406. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 136.

407. Knigge en Kwakman, a.w., p. 286. Ook H.J.F. Koos, 'Sfeerovergang: van fiscale controle naar strafrechtelijke vervolging', Belastingen, nr 11/12 november december 2011, p. 21. Reijntjes, boef of burger, p. 2. Koers en Kamerling, a.w., p. 13: 'Hoewel het moment waarop de controle-ambtenaar de belastingplichtige als verdachte beschouwt van essentieel belang is, is *dat moment* vaak uiterst moeilijk vast te stellen. De grenzen liggen niet nauwkeurig vast, hetgeen aanleiding kan geven tot de nodige grensincidenten. Kortom, er is een onafgebroken spanningsveld. Verdenking is een rekbaar begrip, maar met een sterk feitelijke kern. De aanwezigheid van feiten en omstandigheden is meetbaar. Dezelfde feiten en omstandigheden geven de één te denken en de ander (nog)niet, maar of zij in redelijkheid te denken kunnen geven, is vatbaar voor (rechterlijke) toetsing.'

408. Knigge en Kwakman, a.w., p. 286.

kan een volstrekt andere visie worden gehanteerd. De vraag wanneer sprake was van een verdenking is onlosmakelijk verbonden met de wijze van normering van het optreden van de betreffende functionaris. Het heeft bij uitstek gevolgen voor de vraag of de betrokkene nog gehouden is tot medewerking aan het controle onderzoek. De vraag wanneer de verdenking optrad moet overigens nog onderscheiden worden van de vraag wanneer de cautie werd verleend, in het kader van de markering van de overgang van controle naar opsporing.[409] Het punt dat in 'Strafvordering 2001' evenwel terecht gemaakt wordt is dat de overgang van de voorfase naar de opsporingsfase moeilijk te markeren is, en nog moeilijker te markeren valt als het onderzoek zich richt op een complex van feiten en (potentiële) verdachten.[410] Zoals Huygen heeft opgemerkt zal toetsing van het optreden van de ambtenaar achteraf steeds moeilijk zijn. Veel zal afhangen van de nauwkeurigheid van het opgemaakte proces-verbaal.[411]

Wat de vloeiende overgang van controle naar opsporing nog verder vertroebeld is de zogeheten 'informatieve' voorfase. Dat is het stadium waarin er noch controlebevoegdheden, noch opsporingsbevoegdheden worden uitgeoefend. De onderzoeksfase voorafgaand aan de opsporing hoort daar niet bij. Uit het eerste Schaduwarrest-arrest (HR 14 oktober 1986, *NJ* 1987/564) blijkt, wat er onder opsporing wordt verstaan. Hier acteert de politie 'pro actief' door het stellen van vragen zonder dat sprake is van een verdenking. In de literatuur is dit wel aangeduid als de zogeheten 'impertinente vragen.'[412] Formeel gezien gaat het hier niet om de toepassing van controlebevoegdheden; betrokkenen zijn ook niet tot antwoorden verplicht. Politieagenten zijn immers niet per definitie toezichthouders. Anderzijds kunnen die impertinente vragen wel bijdragen aan verdere onduidelijkheid binnen het bestek van de sfeerovergang. Zeker nu die politie beschikt over de ruim toepasbare WED-bevoegdheden. Een 'mix' van een op aanwijzingen gebaseerd WED onderzoek en impertinente vragen kan aanleiding geven tot een veronderstelling dat betrokkene gehouden is tot antwoorden. In relatie tot de impertinente vragen wordt volgens Huygen uitgegaan van de mondigheid van de burger.[413] Deze kan immers weigeren te voldoen aan dergelijke verzoeken, zowel bij een brutale medemens, als bij een opsporingsambtenaar. De constatering van Huygen dat de burger in de praktijk niet weet in het laatstgenoemde geval van welke rechtswaarborgen hij afstand doet, lijkt mij van een hoog realiteitsgehalte getuigen. Opgemerkt werd al de mogelijke onduidelijkheid in rechtspositie binnen de context van de sfeerovergang, hetgeen werd erkend door de wetgever.[414] De burger zal een ambtenaar in functie inderdaad niet als een gewone medeburger zien, maar als een functionaris met diverse bevoegdheden. Hij zal volgens Huygen menen dat hij het geheel veel erger maakt indien hij niet voldoet aan de verzoeken van de ambtenaar; hij zal domweg niet durven weigeren of hij zal het gevoel hebben dat hij tot medewerking verplicht is. Hem behoeft immers niet medegedeeld te worden, dat hij kan weigeren te voldoen aan het verzoek van de ambtenaar. Huygen schrijft in dit verband:

> 'Nu wordt toegestaan, dat bij een nog-niet-verdachte burger onderzoekingen worden gedaan, ontstaat er een niet in de wet geregeld voortuintje van strafvordering. De onder-

[409]. A.C. van 't Hek, 'De Cautie; De absolute afbakening van de overgang van controle naar opsporing', *NJB* 9 februari 2007 Nr. 6, p. 330-334. Van 't Hek stelt voor de cautie als 'absolute afbakening' te laten fungeren voor de overgang van controle naar opsporing.
[410]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 286.
[411]. Huygen, a.w., p. 62.
[412]. Zie Huygen, a.w., p. 49. In het 'tweede schaduw'-arrest (HR 14 oktober 1986, *NJ* 1988/511) overwoog de Hoge Raad, dat 'schaduwen' geen opsporing is en derhalve geen strafvordering in de zin van art. 1 Sv.
[413]. Huygen, a.w., p. 49.
[414]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 4.

> zoekingen dienen veelal een strafrechtelijk doel. Gebruik makend van de juridische achterlijkheid van de burger worden veel onderoekshandelingen met toestemming verricht in de informatieve voorfase.'[415]

Het probleem van de 'informatieve voorfase' is strikt genomen niet een die voortkomt uit de overgang van controle naar opsporing. Bekendheid met dit probleem draagt hier wel bij aan een besef dat dit het al poreuze vraagstuk van de sfeerovergang verder vertroebelt.

De 'vloeiende overgang' van controle naar opsporing leidt volgens de wetgever in de praktijk evenwel niet tot grote problemen, mits de toezichthouders die tevens met de opsporing van strafbare feiten zijn belast zich tijdig realiseren dat zij in de opsporingsfase zijn gekomen (dat wil zeggen dat een concrete verdenking gerezen is) en dat zij dus bijvoorbeeld de verdachte moeten wijzen op zijn recht om te zwijgen (art. 29 Wetboek van Strafvordering).[416] De leden van de D66 fractie in het parlement namen met de zinsnede 'leidt in de praktijk niet tot grote problemen' geen genoegen.[417] Zij vonden deze terecht weinig overtuigend. Volgens hen sloot de regering blijkbaar de mogelijkheid niet uit dat zich problemen zullen voordoen. Een zo helder mogelijke afbakening van deze verwante terreinen vonden zij dan ook wenselijk. Met name vroeg de D66 fractie aandacht voor de vraag of en op welke manier constateringen die voortkomen uit de ene 'fase', gebruikt kunnen worden ten behoeve van het onderzoek in de andere fase. Dit zou geduid kunnen worden als de consequenties voor gebruik van bewijs in de opsporingsfase, dat vergaard is in de controlefase; het klassieke probleem van de sfeerovergang. Door de D66 fractieleden werd in dit verband benadrukt dat in de rechtspraak ook niet altijd een duidelijk onderscheid te vinden is tussen toezicht en opsporing, bij voorbeeld indien gegevens welke zijn verkregen door controleactiviteiten, worden aangewend in het opsporingsonderzoek, wat nogal eens voorkomt bij economische strafzaken.[418] De regering is in algemene termen op dit punt ingegaan. Zij merkt in dit kader op dat nu toezicht en opsporing te onderscheiden taken zijn, toezichthoudende bevoegdheden niet mogen worden benut met het *uitsluitende* doel (strafbare) overtredingen vast te stellen met het oog op een strafrechtelijke afdoening.[419] Het verbod van détournement de pouvoir geldt dus onverkort. Daarbij is de formule 'niet uitsluitend' onmiskenbaar gebaseerd op het eerder genoemde 'FIOD' arrest. Mits is voldaan aan de voorwaarden waaronder de bevoegdheden zijn toegekend, zijn tijdens het toezicht vergaarde gegevens dan ook bruikbaar ten dienste van opsporing en vervolging.[420] In zoverre heeft toezicht op de naleving volgens de wetgever geen plaats in het kader van de strafrechtelijke handhaving. In Strafvordering 2001 is het feit dat de Hoge Raad toelaat dat controlebevoegdheden mede mogen worden toegepast ten behoeve van de opsporing bezien in het licht van de constatering dat toezicht en opsporing niet wezenlijk van elkaar verschillen, maar een gemeenschappelijk doel hebben, te weten de strafrechtelijke handhaving van de wet.[421]

3.5.5. De 'twee petten'-problematiek

In de voorgaande paragrafen zijn het ruime opsporingsbegrip en de vloeiende overgang van controle naar opsporing geduid als relativeringen op het onderscheid dat tussen beide begrippen wordt gemaakt. Hierbij valt nog een derde (voorname) invalshoek toe te voegen. In weerwil

---

415. Huygen, a.w., p. 49.
416. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 136.
417. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 66.
418. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 64.
419. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 63.
420. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 64.
421. Knigge en Kwakman, a.w., p. 282.

van het theoretisch uitgangspunt van scheiding tussen controle en opsporing betreffen dit praktisch gezien veelal dezelfde handelingen, die door dezelfde ambtenaren worden verricht. Te denken valt aan het inzien van bescheiden en het betreden van plaatsen door toezichthouders, die tevens buitengewoon opsporingsambtenaar zijn. Dit fenomeen waarbij eenzelfde ambtenaar zowel een controle- als opsporingsfunctie bekleedt wordt geduid als 'personele bevoegdheidscumulatie'. Het is die vereniging van functies dat er toe leidt dat dikwijls gesteld wordt dat het onderscheid tussen (repressieve) controle en opsporing in veel gevallen een papieren onderscheid is. Daarmee lijkt de strakke scheiding tussen toezicht en opsporing waar de Awb van uit gaat, in de rechtspraktijk niet vol te houden. Bij deze personele bevoegheidscumulatie speelt uiteraard (mede) een rol dat gelet op de 'vloeiende overgang' toezichtshandelingen 'naadloos' in elkaar over kunnen gaan.[422] De personele vereniging van controle en opsporing is dikwijls bekritiseerd in verband met het gevaar van mogelijke ondergraving van de rechtspositie van de betrokkene. De gedachte is dan dat de controlerende ambtenaar de inlichtingenplicht van de burger 'oprekt' terwijl deze al verdachte is en zodoende een zwijgrecht toekomt. Buruma drukte het als volgt uit:

> 'Weliswaar is het gebruik van bevoegdheden van opsporingsambtenaren ten behoeven van het bestuur en van controlebevoegdheden ten behoeve van de opsporing door de Hoge Raad onder omstandigheden niet uitgesloten, maar het gevaar van misbruik van bevoegdheid dreigt. Alleen al hierom is het wenselijk dat verschillende personen met controle en opsporingstaken worden belast.'[423]

En in Strafvordering 2001 lezen we in dit verband:

> 'Doordat de onderzoekende ambtenaar zowel met controle (het handhavingsonderzoek) als met opsporing (het boeteonderzoek) is belast, wordt hij gemakkelijk in de verleiding gebracht om het moment waarop bij hem de redelijke verdenking heeft postgevat, zo laat mogelijk in de tijd te plaatsen, waardoor in feite aan het zwijgrecht van de verdachte tekort wordt gedaan. Die tegenwerping is niet zonder gewicht. Bedacht dient echter wel te worden dat alleen een papieren scheiding van taken hier geen soelaas biedt.'[424]

De wetgever erkent inderdaad dat veelal toezichthouders ook opsporingsambtenaren zijn.[425] In die laatste hoedanigheid zijn zij bevoegd tot het hanteren van de opsporings- en dwangbevoegdheden die het Wetboek van Strafvordering en/of de Wet op de economische delicten aan de opsporingsambtenaar toekent. Ook zijn zij in die hoedanigheid bevoegd tot het maken van een proces-verbaal waaraan volledige bewijskracht toekomt.[426] Indien de controle ambtenaar op-

---

[422]. Controles kunnen juist worden benut om 'signalen' te genereren voor de opsporing. Zie: Nina Holvast en Patrick van der Meij. 'De problematiek van sfeervervaging bij de bestuurlijk-strafrechtelijke aanpak van mensenhandel in de legale prostitutiesector', *Tijdschrift voor Veiligheid 2011* (10) 3, p. 9: 'In de praktijk hebben de meeste gemeenten tot op heden politieambtenaren – doorgaans zedenrechercheurs – aangewezen als toezichthouder. Zij zijn dus ook de functionarissen die zich binnen de politieorganisatie bezighouden met de opsporing van mensenhandel. Deze opzet heeft het voordeel dat de 'toezichthouders' de controles goed kunnen gebruiken om mensenhandel te signaleren.'

[423]. Buruma, a.w., p. 252.

[424]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 292.

[425]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 136.

[426]. Daarbij wijst de wetgever er op dat processen-verbaal van ambtenaren met beperkte opsporingsbevoegdheid alleen volledige bewijskracht hebben ten aanzien van de door hen opgespoorde feiten, waartoe zij bevoegd waren. Dit geldt niet ten aanzien van andere strafbare feiten waarop zij zijn gestuit. Een schriftelijk verslag ten aanzien van zo'n ander strafbaar feit behoeft nog aanvullend bewijs. Verwezen wordt in de memorie van toelichting naar

sporingsbevoegdheid heeft, dient deze het moment te bepalen waarop de feiten en omstandigheden zijn een verdenking constitueren. Het klassieke strafvorderlijke spoor zet zich dan in: het verlenen van de cautie, het opmaken van proces-verbaal en het eventueel toepassen van dwangmiddelen. Deze situatie is nog een stuk complexer bij het bestuursrechtelijk zwijgrecht. Daar is het zwijgrecht in de wettelijke regeling niet verbonden aan het moment van het ontstaan van een redelijk vermoeden (al zal dat niet zonder betekenis zijn) maar aan het moment waarop de toezichthouder een 'boeteverhoor' afneemt: het formele verhoor criterium. (Dit komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk zes.

De 'zuivere' toezichthouder – niet tevens zijnde bijzonder opsporingsambtenaar – neemt een genuanceerde positie in. Enerzijds mist deze de opsporingsbevoegdheden en het is denkbaar dat de toezichthouder zich dan beperkt tot het inschakelen van een opsporingsambtenaar als hij een overtreding constateert. (De toezichthouder kan zich overigens bij voorbaat al doen vergezellen van een opsporingsambtenaar op grond van art. 5:15 Awb). De toezichthouder is niet bevoegd om in afwachting van het optreden van een wel bevoegde ambtenaar de nodige maatregelen te nemen. Hij mag de verdachte niet aanhouden en moet volgens Strafvordering 2001 zelfs lijdzaam toezien dat deze het aanwezige bewijsmateriaal vernietigt; bij gebreke van een inbeslagname bevoegdheid.[427] Hierbij geldt wel dat de betrokken ambtenaar op grond van artikel 5:17 Awb bevoegd is de stukken tijdelijk mee te nemen; hetgeen voor dit specifieke punt voldoende compensatie zou kunnen bieden.[428] Anderzijds speelt ook bij de toezichthouder wel degelijk het 'dubbele petten' probleem. Naast toezichthouder kan deze immers als boeteonderzoeker op treden in het punitieve bestuursrechtelijke onderzoek. Volgens Jansen is het steeds de toezichthouder die met het boeteonderzoek is belast en is hij dus tevens de boeteonderzoeker.[429] Dezelfde functionaris kan dus het controleonderzoek als het boeteonderzoek uitvoeren.

3.5.6. Functieonderscheid: de grote Chinese muur?

Hoewel uit de memorie van toelichting in de 3e tranche wel de strekking volgt dat toezicht en opsporing zoveel mogelijk gescheiden dienen te zijn, worden daartoe nog geen concrete regels gesteld. Het wetsvoorstel bevat geen regels over de interne organisatie van de betrokken diensten. De wetgever gaat ervan uit dat de betrokken diensten de organisatie zelf op de meest efficiënte wijze vorm kunnen geven. [430] De PvdA-fractie merkte op dat grote opsporingsdiensten (AID, ECD, Bedrijfsverenigingen) de neiging hebben om intern onderscheid te maken tussen toezichthouders en mensen die bij uitstek met opsporing zijn belast. In dit verband is zelfs aan de orde gekomen of het splitsen van toezicht en opsporing eerstgenoemde activiteit niet zou ondergraven.[431] De praktijk gaf volgens de regering echter geen aanleiding om te veronderstellen dat waar dit onderscheid thans wordt gemaakt dit tot gevolg heeft dat toezichtstaken niet

---

HR 9 januari 1928, *NJ* 1928/212; HR 22 juli 1948, *NJ* 1948/39 en HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470). Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 136.

427. Knigge en Kwakman, a.w., p. 286. De 'praktische' oplossing is volgens Strafvordering 2001 dat de toezichthouder niet in zijn eentje op pad gaat, maar zich steeds door een opsporingsambtenaar laat vergezellen. Erg groot is de scheiding tussen controle en opsporing dan inderdaad niet meer.

428. Zie ook A.R. Hartmann, 'Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven?', *NJB* 21 mei 2004 afl. 21, p. 1070: 'De meerwaarde van de inbeslagnemingsbevoegdheid van artikel 18 WED is gering, omdat op grond van de bestaande toezichtsbevoegdheden van de relevante aangetroffen gegevens en bescheiden ook kopieën mogen worden gemaakt (art. 5:17 lid 2 Awb). Erg veel scheelt dat niet met inbeslagneming daarvan.'

429. Jansen, a.w., p. 105.

430. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 49.

431. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 49'. Er wordt daar echter ook nauwkeurig onderscheid gemaakt tussen ambtenaren met uitvoering belast en toezichthouders. Daardoor kunnen toezichthouders noch zelfstandig de zweep van de opsporing gebruiken noch de wortel van de uitvoeringsambtenaar. De leden van de PvdA-fractie

adequaat zouden kunnen worden uitgeoefend. Daarentegen kan een dergelijke splitsing het probleem wel beperken maar nog niet oplossen. Heel in het algemeen geldt dat de inhoud van de taken die binnen een bepaalde organisatie worden vervuld, afgestemd is (of althans moet zijn) op de doeleinden van die organisatie en de wijze waarop die doeleinden worden nagestreefd. De doeleinden bepalen dus de structuur van de organisatie en daarmee de taken die daarbinnen worden vervuld. [432] Een concreet voorbeeld daarvan vormen de Belastingdienst en de FIOD-ECD. Daarbij heeft de Belastingdienst een (in beginsel) controlerende taak en de FIOD-ECD de uitsluitende taak van opsporing, terwijl beide organisaties (mede) belast zijn met de handhaving van fiscale wetgeving.

Als de oplegging van punitieve en reparatoire sancties is toevertrouwd aan één en hetzelfde bestuursorgaan, is er volgens Strafvordering 2001 geen dwingende reden om het voorbereidend onderzoek dat aan het sanctiebesluit vooraf gaat, in afzonderlijke taken op te splitsen.[433] De in Strafvordering 2001 gehanteerde redenering is als volgt. Gesteld wordt dat het vaak alleen maar 'handig' is dat ook de voorbereiding in één hand blijft. In dat licht valt te begrijpen dat in het voorontwerp van de 4e tranche van de Algemene wet bestuursrecht het 'handhavingstoezicht' en het 'boeteonderzoek' niet als aparte wettelijke taken zijn gedefinieerd. Anders wordt het volgens Strafvordering 2001 als verschillende organen met de sanctionering zijn belast; als naast de bestuurlijke 'keten' de strafrechtelijke 'keten' staat. Dan is er wel reden om het voorbereidend onderzoek in de beide ketens als afzonderlijke taken te definiëren. Die reden is dan gelegen in het verschil in (eind)verantwoordelijkheid. Daaruit vloeit de noodzaak voort om de verantwoordelijkheden (en de daarmee gepaard gaande zeggenschap) onderling af te bakenen. De (onderzoeks)activiteiten waarvoor binnen de strafrechtspleging verantwoordelijkheid moet worden gedragen – en die daarom onder gezag van de officier van justitie dienen te worden verricht – moeten worden onderscheiden van activiteiten waarover andere bestuursorganen zeggenschap hebben. Dat kan door die beide activiteiten onder verschillende noemers ('opsporing' resp. 'toezicht') te brengen. Het gaat bij de opsporing om een geheel van samenhangende activiteiten, om een *taak* waarmee bepaalde functionarissen in het kader van de wetshandhaving zijn belast, aldus Strafvordering 2001.

Anders dan in de 3e tranche Awb is in de 4e tranche Awb wel voorzien in een 'functiescheiding'.[434] In artikel 10:3 lid 4 Awb is namelijk een verbod opgenomen mandaat tot boeteoplegging te verlenen aan de bij de constatering van de overtreding betrokken medewerkers. Vanuit de context van de sfeerovergang is deze functiescheiding echter niet wat de term lijkt te impliceren; het betreft geen scheiding van controle en opsporing. De ratio is primair gelegen in het voorkomen van vooringenomenheid bij diegenen die beslissen over de uiteindelijke boeteoplegging. Het gaat derhalve om de scheiding tussen de 'onderzoeks fase' en die waarin de boete wordt bepaald. Het mandaatverbod sluit volgens Stijnen niet uit dat zowel het onderzoek naar de feiten (toezicht) als de boeteprocedure wordt uitgevoerd door dezelfde personen. [435] Er geldt immers slechts een verbod tot een besluitmandaat. Stijnen stelt echter dat het wel in de rede ligt om indachtig de strekking van artikel 10:3 lid 4 Awb tussen toezicht en boeteprocedure een 'Chinese wall' op te trekken. Oftewel: degene die het rapport van de overtreding uitbrengt kan beter niet dezelfde zijn als degene die dit rapport tezamen met het boetevoornemen naar de veronderstelde overtreder zendt. In het belastingrecht heeft de wetgever er uitdrukkelijk voor

vragen de regering of door de differentiatie tussen uitvoeringstaken, toezichthoudende taken en opsporingstaken de toezichthouders niet enigszins in de lucht hangen.

[432]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 301.

[433]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 301.

[434]. Stijnen, a.w., p. 621.

[435]. Stijnen, a.w., p. 625.

gekozen geen personele functiescheiding in het leven te roepen. Zo is artikel 10:3 lid 4 Awb niet van toepassing in fiscale boetezaken (art. 67pb AWR). In dit verband wordt verwezen naar de bespreking van de 'nemo tenetur'-jurisprudentie inzake het fiscale boeterecht, in hoofdstuk vijf (paragraaf 5.6.). Uit die jurisprudentie kan worden afgeleid dat een 'Chinese wall' gecreeerd is tussen de fiscale inlichtingenplicht en het zwijgrecht in de boeteprocedure.

Op het gebied van het effecten- en mededingingsrecht heeft de functiescheiding voor de nodige kritische jurisprudentie gezorgd. Zo vernietigde het CBB het boetebesluit van de (toenmalige) STE (voorloper van de AFM), vanwege de betrokkenheid van een toenmalig AFM bestuurslid bij zowel het voorafgaande onderzoek, als het boeteonderzoek.[436] Bij de AFM was de 'Chinese wall' sterk verankerd in procedures. Naast het feit dat een last- en boetefunctionaris ingesteld was in het kader van de wettelijke functiescheiding , werd de procedure gevolgd dat verklaringen die zijn afgelegd in de toezichtsfase niet mogen worden toegevoegd aan het boetedossier.[437] Dat betekent dat verklaringen die wel zijn opgenomen, afgelegd zijn (in het kader van de zienswijze) tegenover de boetefunctionaris. Paradoxaal genoeg kan dit juist weer aanleiding geven tot klachten dat het dossier incompleet is; terwijl de insteek was om de verdedigingsrechten te waarborgen.[438] Kennelijk kan de justitiabele nimmer tevreden gesteld worden.

Ook in het Mededingingsrecht is de functiescheiding aan de orde gekomen. Bij uitspraak van 30 augustus 2011 (LJN BR6737) bevestigt het CBB) de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 28 april 2009 (LJN BI3337) waarin de rechtbank oordeelde dat de NMa de verplichting tot functiescheiding zoals bedoeld in artikel 54a Mw had geschonden.[439] Het CBb overweegt dat de verplichting tot functiescheiding ertoe strekt te verzekeren dat de beslissing om al dan niet een boete op te leggen objectief en onbevooroordeeld plaatsvindt.[440] De Juridische Dienst van de NMa had namelijk voorafgaand aan het primaire besluit bij een derde partij feitelijke informatie opgevraagd. Het opvragen van dergelijke informatie is te kwalificeren als een onderzoekshandeling en is voorbehouden aan de daartoe aangewezen ambtenaren van de NMa. Het CBb overweegt dat binnen het in de Mededingingswet voorziene alles in- één-hand stelsel de verplichting tot functiescheiding van fundamentele betekenis is. Het CBb verbindt daaraan vervolgens de conclusie dat niet alleen het procedureel incorrect verkregen bewijsmateriaal moet worden uitgesloten, maar dat de 'smet' van dit bewijsmateriaal ook kleeft aan de waardering van het reeds in de onderzoeksfase verkregen bewijsmateriaal. Het gaat hier dus primair om een onderscheid tussen 'opsporing' en 'berechting'.

3.5.7. Het doelcriterium

In de voorgaande paragrafen is het wettelijk uitgangspunt aan de orde gekomen in relatie tot het onderscheid tussen controle en opsporing. Daarbij zijn eveneens een aantal relativeringen op dat uitgangspunt besproken. Daarbij wordt in Strafvordering 2001 nog expliciet genoemd

436. CBb 9 februari 2006, *JB* 2006, 101, *AB* 2006, 292.
437. CBb 6 november 2009, *AB* 2010/215.
438. Zie (onder: het standpunt van AFM in hoger beroep) CBb 6 november 2009, *AB* 2010/215. Zie ook Jansen, 'De bestuurlijke boete in het financieel bestuursrecht – Enkele opmerkingen', in: Fraude op de financiële markten, Kluwer: Deventer 2011, p. 123-126.
439. Zie voor een uitgebreide bespreking Mr. B.H.J. Braeken, 'CBb stelt grenzen aan alles-in-één-hand Stelsel', *M&M* december 2011, nr. 6, p. 234-238. Zie voorts Rb. Rotterdam 28 april 2009, *AM* 2009/9-10, m.nt. S.C.H. Molin, CBb 04 oktober 2011, LJN BT6521 en CBb 17 november 2004, LJN AR6034.
440. Vergelijk Braeken: 'Het CBb gaat daarvoor eerst in op de bedoeling van de wetgever. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet stelt het CBb vast dat de wetgever een formele scheiding van toezicht en onderzoek aan de ene kant en het opleggen van sancties aan de andere kant niet nodig of wenselijk heeft geacht. Anderzijds heeft de wetgever ter bevordering van de objectiviteit van de besluitvorming met deze gebodsbepaling wel 'een zekere feitelijke distantie tussen deze activiteiten' nagestreefd.' Braeken, a.w., p. 2.

dat er geen regeling is gemaakt, apart voor het boeteonderzoek.[441] Gelet op het wettelijk gemaakte onderscheid tussen het controle- en opsporingsonderzoek is volgens Strafvordering 2001 opvallend dat een wezenlijk aparte regeling ontbreekt voor het bestuurlijk boeteonderzoek. Weliswaar zijn in de 4e tranche bepalingen opgenomen, zoals het zwijgrecht, maar een regeling met betrekking tot uit te oefenen bevoegdheden ontbreekt. In Strafvordering 2001 wordt daarom de vraag opgeworpen waarom een juridische tweedeling van het onderzoek wél nodig is als het om strafrechtelijke beboeting gaat. Volgens de auteurs is van een 'wezenlijk', 'natuur-noodzakelijk' onderscheid kennelijk geen sprake. Het bestuursrechtelijk onderzoek maakt deel uit van het handhavingstoezicht.

Voorts wordt opgemerkt dat er g*een wezenlijk verschil in normering bestaat* tussen het optreden van toezichthouders en van opsporingsambtenaren. Zo kunnen alleen opsporingsambtenaren beschikken over de (aan verdenkingsvoorwaarden gebonden) bevoegdheden uit het Wetboek van Strafvordering. Er zijn echter ook de nodige overeenkomsten, met name tussen de opsporingsbevoegdheden uit de Wet op de Economische Delicten en de toezichtbevoegdheden uit de Algemene wet bestuursrecht. Hier van belang is vooral dat controle en opsporing uit meer bestaan dan het uitoefenen van dwangmiddelen. Kijkt men alleen naar die overige onderzoeksactiviteiten, dan lijkt van een wezenlijk verschil in normering geen sprake te zijn.[442] Opsporing en controle worden beheerst door dezelfde verdragsrechtelijke eisen (zoals privacybescherming) en door dezelfde ongeschreven beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. De beginselen van behoorlijk bestuur maken plaats voor de beginselen van een goede procesorde zodra zich een verdenking aandient, maar dat is volgens Strafvordering 2001 niet veel meer dan een verschil in terminologie. Deze redenatie kan niet gevolgd worden omdat zij buiten beschouwing laat dat er juist een essentieel verschil in (verdragsrechtelijke) normering is tussen het controle- en opsporingsonderzoek. Het nemo tenetur-beginsel ex. artikel 6 EVRM is bijvoorbeeld (in beginsel) niet van toepassing op het controleonderzoek.

De voorgaande genoemde discrepanties in de wettelijke 'theorie' controle en opsporing als separate juridische entiteiten te duiden is in Strafvordering 2001 geculmineerd in de vraagstelling, in hoeverre het gemaakte onderscheid tussen beide onderzoeksvormen wel functioneel is.[443] Daarbij gaat het er om in hoeverre het onderscheid bijdraagt aan de effectiviteit, de controleerbaarheid en de rechtmatigheid van de opsporing. Strafvordering 2001 vervolgt met de vraag – die zonder meer retorisch bedoeld zal zijn – of slechts sprake is van een dogmatische constructie, die in de praktijk van de opsporing geen weerklank vindt. In Strafvordering 2001 wordt een andere benadering voorgesteld om onderscheid te maken tussen controle en opsporing. Niet langer staat in die visie de verdenking als belangrijkste afbakening centraal, maar het doel van het onderzoek.[444] Geconstateerd wordt dat in de praktijk het in de Algemene wet bestuursrecht geregelde 'toezicht' in veel gevallen niet lijkt op te houden als door de toezichthouder een strafbaar feit wordt geconstateerd. Vaak wordt eerst gewaarschuwd en aangemaand, en pas wanneer dat geen effect sorteert wordt naar het strafrecht gegrepen.[445] Uit het feit dat het 'pappen en nathouden' kennelijk zou behoren tot de toezichthoudende taak trekt Strafvordering 2001 de conclusie dan niet de gerezen verdenking het onderscheidend criterium vormt, maar het *doel* van het optreden. Zolang het optreden niet is gericht op strafrechtelijke sanctionering, is sprake van toezicht.[446] Als het toezicht zich niet richt op strafrechtelijke sanctionering, is toekenning

[441]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 281.
[442]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 287.
[443]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 285.
[444]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 301.
[445]. Knigge en Kwakman, a.w., p..281.
[446]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 298.

van een opsporingsbevoegdheid misplaatst. Omgekeerd geldt echter dat als het toezicht zich wél richt op strafrechtelijke sanctionering (dus als het toezicht repressief is), het hoogst onpraktisch is om aan dat toezicht geen opsporingsbevoegdheid te koppelen. Voorgesteld wordt derhalve in het Wetboek van Strafvordering uit te gaan van een ruim opsporingsbegrip: tot de opsporingstaak wordt gerekend al het onderzoek dat zich richt op strafrechtelijke sanctionering.[447] De doelmatigheid van die wetshandhaving pleit ervoor alle onderzoeksactiviteiten die gericht zijn op strafrechtelijke afdoening, als een samenhangend geheel onder één noemer te brengen. Daarmee wordt bovendien op eenvoudige wijze bewerkstelligd dat de eindverantwoordelijkheid voor het geheel van die activiteiten bij de officier van justitie komt te liggen. Een belangrijke consequentie van het voorgestelde doelcriterium is, dat het enkele feit dat een strafbaar feit wordt geconstateerd, niet betekent dat aan het in de Algemene wet bestuursrecht geregelde toezicht een einde komt.[448]

Eerder had Van Buuren al geschreven dat bepalend zou moeten zijn met welke 'intentie' een aan de toezichthoudende- en/of opsporingsambtenaar toekomende bevoegdheid wordt gehanteerd.[449] Daarbij is van belang of de ambtenaar beoogt het houden van toezicht of bezig is met het onderzoeken van een concrete verdenking. In het eerste geval valt zijn handelen (mede) onder de Awb, in het tweede geval niet meer. In een scherp geschreven stuk uitte Alders kritiek op dit 'intentie' criterium.[450] Een dergelijke 'intentie' vormt volgens Alders een theoretische benadering die onwerkbaar is in de praktijk. Het geeft geen antwoord op de vraag welke regels van toepassing zijn in de situatie waarin tijdens een toezichtonderzoek de controle overgaat in opsporing. Alders geeft het voorbeeld dat een ambtenaar gebruik heeft gemaakt van zijn toezichthoudende bevoegdheid, maar nadien tot de overtuiging komt dat er eigenlijk een opsporingszaak van gemaakt moet worden. Hij werpt dan de vraag op of de rechtsbescherming met terugwerkende kracht onder de WED valt in plaats van de Awb. De bezwaren van Alders op het 'intentie/doelcriterium' tonen een gebrek aan van dit begrip. Dat is dat het aanvankelijke 'doel' van het onderzoek kan veranderen. Dit wordt overigens ook onderkend door de opstellers van het 'doelcriterium'. Het is goed voorstelbaar dat een aanvankelijk ingesteld controleonderzoek nadien verandert in een opsporingsonderzoek; een probleem dat inherent is aan de dynamiek van de sfeerovergang. Daarbij komt dat in de beginfase vaak nog niet duidelijk is welke kant het onderzoek op moet en dat de keuze voor een bepaald 'traject' eerst in de loop van het onderzoek, als meer gegevens voorhanden zijn, zal worden gemaakt. In de benadering van het doelcriterium is immers mogelijk dat ondanks het bestaan van een verdenking het onderzoek puur op 'toezichtsbasis' continueert; zonder bijvoorbeeld de rechten van de verdachte in acht te nemen, zoals het zwijgrecht. Dit wordt dan gerechtvaardigd door het feit dat de doel van het onderzoek kennelijk zal resulteren in een non punitieve bestuursrechtelijke afwikkeling. Het manco in die benadering is dat *als premisse* word aangenomen dat de doel van het onderzoek niet zal veranderen. Vanuit instrumenteel én rechts beschermend perspectief is het wenselijk om daar adequaat op in te spelen. Continuering van het controleonderzoek met als gevolg dat dit de rechtswaarborgen van de feitelijk verdachte ondermijnt, kan uiterst nadelige repercussies hebben voor de bruikbaarheid van bewijsmateriaal in de punitieve procedure. Zo beschouwd is

447. Knigge en Kwakman, a.w., p. 301-302.
448. Knigge en Kwakman, a.w., p. 303: 'Het doel van het onderzoek kan dan namelijk nog steeds de bestuursrechtelijke handhaving zijn. Zolang en voor zover de bemoeienis van de controlerende ambtenaar niet is gericht op strafrechtelijke afdoening, blijft sprake van toezicht. Het is ook rationeel; het heeft geen enkele zin om het onderzoek over te dragen aan een opsporingsambtenaar als het niet de bedoeling is dat van het strafbare feit werk wordt gemaakt.'
449. P.J.J. van Buuren, 'Toezicht en opsporing', *NJB* 9 juni 1995 afl. 23, p. 868.
450. E. Alders, 'Dat is jammer', *NJB* 13 oktober 1995 afl. 36, p. 1337.

er een rechtsbeschermend én instrumenteel belang om vooral de feitelijke situatie van het onderzoek door de betreffende ambtenaar in ogenschouw te nemen, en niet louter de op dat moment bestaande intentie bij de betreffende autoriteiten.

3.5.8. Tussenconclusie

In de derde Trance Awb heeft de wetgever duidelijk gekozen voor een onderscheid tussen bestuurs- en strafrecht, in de context van de sfeerovergang. Tevens is een regeling aangaande de functiescheiding opgenomen. Deze speelt voor de normering van de sfeerovergang echter geen rol van betekenis, omdat het ziet op een onderscheid tussen diegene die het onderzoek verricht en de boeteoplegging. De ratio is gelegen in het streven zo veel mogelijk de 'objectiviteit' te waarborgen bij de boeteoplegger. Het bestuursrechtelijk controleonderzoek wordt beheerst door dito normen, terwijl de bestuursrechtelijke normering niet van toepassing is op de opsporing. Dit op zichzelf scherpe onderscheid is echter niet zonder juridische en praktische discrepanties, die afbreuk doen aan de uitgangspunten. Dit is ook door de wetgever zelf onder ogen gezien. Belangrijke factor in dat verband is het ruime opsporingsbegrip uit de WED. Dergelijke opsporingsbevoegdheden kunnen al op grond van aanwijzingen worden toegepast, hetgeen het verschil en onderscheid met controlebevoegdheden erodeert. De duiding van de relativering door het aanwijzingen criterium is begrijpelijk op basis van de jurisprudentie. Niettemin is het opvallend dat bij de bespreking van de relatie tussen controle en opsporing bij de parlementaire behandeling, nagenoeg geen aandacht is besteed aan die 'repressieve controle'. De overlapping tussen beiden is niet aan de orde geweest. Zonder twijfel vormt echter de climax van het grijze gebied tussen controle en opsporing zich immers daar waar de repressieve controle (abstracte indicaties van wetsovertreding) en WED onderzoek (aanwijzingen van wetsovertreding) elkaar ontmoeten. Hiernaast is aandacht besteed aan met name de 'personele' samenloop; de zogenaamde '2-petten problematiek'. In dit verband is relevant dat de wetgever het van belang achtte dat de betrokkene temidden van dit juridisch krachtenveld zich wel bewust diende te zijn van diens rechtspositie. Daarom wordt waarde toegekend aan de omstandigheid dat de toezichthouder zijn doel van het onderzoek kenbaar moet maken.

Gelet op de benoemde discrepanties is in Strafvordering 2001 een nieuw criterium voorgesteld, in het kader van de markering tussen controle en opsporing. Voorgesteld is het doel van het onderzoek daartoe te laten fungeren. Zolang het betreffende controleonderzoek niet gericht is op een punitieve afdoening zou dan sprake kunnen blijven van toezicht; ook al is sprake van een verdenking. Het meest zwaarwegende bezwaar tegen dat criterium is echter dat het doel van een aanvankelijk onderzoek nadien gemakkelijk kan veranderen. Het is ongewenst en onverstandig om de normering van dat onderzoek dan af te laten hangen van de uiteindelijke intentie, in plaats van de juridische normering die de situatie feitelijk vereist. Het niet tijdig verlenen van de cautie zou dan bijvoorbeeld de rechtmatigheid van het mondeling vergaarde materiaal aantasten in een (alsnog) punitieve procedure. In essentie is dat de besproken kritiek van Alders.

De slotsom leidt tot een paradox. Hoewel de wetgever wel uitgaat van een scheiding tussen controle en opsporing erkent hij tegelijkertijd de 'vloeiende' overgang tussen beide, culminerend in de vaststelling dat beide onderzoeksvormen moeilijk van elkaar zijn af te bakenen. In de kritieken uit Strafvordering 2001 is daarbij gesteld dat controle en opsporing ook niet dermate van elkaar verschillen; beiden zijn gericht op de handhaving van de wet. Daarbij geldt dat de controle door opsporingsambtenaren bovenal in het verlengde ligt van opsporing en beiden onder de noemer van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. [451] Dit sluit aan bij de

[451]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 291-292.

bevindingen omtrent de aard van controle in de 'open context' in het vorige hoofdstuk (paragraaf 3.5.10).

Het voorgaande leidt nog niet tot fundamenteel nieuwe inzichten; dat is ook niet het voornaamste doel van dit onderdeel. Uit het voorgaande kan wel de relevante vraag gedestilleerd worden: welke juridische consequenties dienen aan de hier behandelde constateringen over de verhouding tussen controle en opsporing verbonden te worden? De rechtsbescherming in de controle- en opspporingssfeer is 'dichotomistisch' van aard. De betreffende juridische kaders staan immers in zekere zin haaks op elkaar: in de controlesfeer geldt een verplichting tot medewerking; in de opsporingsfeer geldt het nemo tenetur-beginsel. Daarentegen is de overgang tussen die sferen volgens de wetgever 'vloeiend' van aard. De crux is aldus op welke wijze invulling gegeven dient te worden aan dat contrast, zulks met het oog op de normering van de sfeerovergang. Op dit punt wordt teruggekomen in de finale conclusie van dit hoofdstuk, mede in het licht van de overige besproken jurisprudentie.

3.6. Normering van het controleonderzoek in het strafproces?

3.6.1. Kern van het vraagstuk

In de voorafgaande paragrafen is nadrukkelijk de relatie tussen de controle- en opsporingssfeer aan de orde gekomen. Gewezen is op de nauwe verwevenheid tussen beide sferen. Zo kan gedurende het (formele) controleonderzoek sprake zijn van een verdenking, waardoor dat (materieel) feitelijk neer kan komen op opsporingsonderzoek. Op haar beurt kunnen controlebevoegdheden gehanteerd worden, terwijl formeel al sprake is van een opsporingsonderzoek. Mede gelet op die moeizame afbakening tussen beide sferen, is de vraag in hoeverre onregelmatigheden in het controleonderzoek voor normering in aanmerking komen, in de context van het strafproces. De concrete vervolgvraag is dan in hoeverre gestelde onrechtmatige bestuursrechtelijke handelingen aangemerkt kunnen worden als 'vormverzuim' in de zin van artikel 359a Sv.

Hier ontstaat direct een probleem, omdat genoemd artikel spreekt over vormverzuimen in het kader van het 'voorbereidend' onderzoek. Zoals aan de orde komt, valt volgens de Hoge Raad het bestuursrechtelijk (controle)onderzoek niet onder het bereik van het voorbereidend onderzoek.[452] Het volgende dient vooropgesteld te worden. Uit hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 19 februari 2013, *NJ* 2013/308 heeft overwogen, volgt dat de door artikel 359a Sv bepaalde grenzen uitmaken, of sprake is van een 'vormverzuim' (par. 2.4.1.). De interpretatie en het

[452]. Zie ook R. Kuiper, *Vormverzuimen. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken.* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 215. Kuiper noemt nog meer voorbeelden van onderzoek dat niet onder het voorbereidend onderzoek als bedoeld in artikel 359a Sv is begrepen:
- AIVD-onderzoek; HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4122, *NJ* 2007/336, alsmede ECLI:NL:HR:2006:AV4144 en ECLI:NL:HR:2006:AV4149;
- verzoek tot uitlevering; zie HR 8 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5973, *NJ* 2009/440;
- totstandkoming van verklaringen voor een Belgische onderzoeksrechter, over de inhoud waarvan de verdachte later in Nederland meinedig verklaart; HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7244, *NJ* 2009/140;
- MTV (Mobiel Toezicht Vreemdelingen)-controle bij grens op verblijfstitel op basis van art. 50, eerste lid, Vreemdelingenwet 2000; HR 26 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1642, *NJ* 2013/85 en HR 26 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012: BW9199;
- opnemen van telefoongesprekken door een penitentiaire inrichting op grond van de Penitentiaire Beginselenwet; HR 27 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3765, *NJ* 2011/557;
- DNA-onderzoek in of naar aanleiding van een andere zaak of zulk dactyloscopisch onderzoek; HR 31 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1179, *NJ* 2011/412 en HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2814, HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0816.

'bereik' van dat artikel bepalen de facto welke overheidsgedragingen aan toetsing door de strafrechter onderhevig zijn.

De kernvraag van die interpretatie handelt als benoemd om het begrip 'voorbereidend onderzoek', waar artikel 359a Sv in verband met die vormverzuimen over spreekt.[453] Op deze plaats kan gesteld worden dat de Hoge Raad deze interpretatievraag – in beginsel – zeer concreet *lijkt* te hebben beantwoord. De Hoge Raad oordeelde namelijk expliciet in HR 26 juni 2012, *NJB* 2012/1704 (Mobiel Toezicht Vreemdelingen I) dat een 'bestuursrechtelijk gezien' onrechtmatige staandehouding, geen vormverzuim oplevert in de zin van artikel 359a Sv. De staandehouding werd overigens uitgevoerd door de KMar in het kader van controlebevoegdheden (deze zaak komt in paragraaf 1.5 nog uitgebreid aan de orde). Dit oordeel is in een vrijwel identieke zaak herhaald in HR 2 december 2014, *NJ* 2015/87 (Mobiel Toezicht Vreemdelingen II). Ook uit andere zaken volgt dat de Hoge Raad de bestuursrechtelijke controle uitsluit van het bereik van 359a Sv: HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078, NJ 2007/181 en HR 8 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:-BP1381. In dit verband kan ook gewezen worden op de overwegingen in HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4122, *NJ* 2007/336, aangaande AIVD-onderzoek (par. 4.7.1.):

> 'De toepassing van art. 359a Sv is allereerst beperkt tot vormverzuimen die zijn begaan bij het voorbereidend onderzoek. Ingevolge art. 132 Sv moet daaronder worden verstaan het onderzoek dat voorafgaat aan het onderzoek ter terechtzitting. Onder die vormverzuimen zijn blijkens de wetsgeschiedenis begrepen normschendingen bij de opsporing. Art. 359a Sv is dus niet van toepassing indien het verzuim is begaan buiten het verband van het voorbereidend onderzoek. Een onderzoek door een inlichtingen- en veiligheidsdienst vindt plaats buiten de verantwoordelijkheid van de politie en het openbaar ministerie en valt buiten dat verband.'

Het voorgaande *lijkt* aldus een definitief antwoord te geven op de vraag naar de mogelijkheid van normering van het bestuursrechtelijk onderzoek in het strafproces. Zo duidelijk is de kwestie echter niet. Uit de eerdere zaak HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14 volgt een 'ander perspectief'. In die zaak leidde het optreden van douane-ambtenaren namelijk tot bewijsuitsluiting. Het ging daarbij om lijfsvisitatie, terwijl daar naar het oordeel van de rechter geen wettelijke grondslag voor was geweest. Niettemin betrof het hier welbeschouwd controlehandelingen; aldus kennelijk buiten het verband van het 'voorbereidend onderzoek'. De Hoge Raad greep echter niet terug op die beperking van het wettelijk kader van artikel 359a Sv. Daarmee werd impliciet geaccepteerd dat de handelingen van controleambtenaren toch onderhevig kunnen zijn aan toetsing door de strafrechter. Dat de Hoge Raad met het 'MTV' arrest op dat standpunt zou zijn teruggekomen kan niet gesteld worden. Integendeel; het arrest van HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14

---

[453]. Artikel 359a:
1. De rechtbank kan, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken, bepalen dat:
a. de hoogte van de straf in verhouding tot de ernst van het verzuim, zal worden verlaagd, indien het door het verzuim veroorzaakte nadeel langs deze weg kan worden gecompenseerd;
b. de resultaten van het onderzoek die door het verzuim zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het telastegelegde feit;
c. het openbaar ministerie niet ontvankelijk is, indien door het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet.
2. Bij de toepassing van het eerste lid, houdt de rechtbank rekening met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.
3. Het vonnis bevat de beslissingen vermeld in het eerste lid. Deze zijn met redenen omkleed.

wordt zelfs expliciet aangehaald in het 'standaardarrest' omtrent bewijsuitsluiting van 19 februari 2013, *NJ* 2013/308. Het arrest wordt gerubriceerd in verband met de gevallen 'waarin het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden' (par. 2.4.5.).

In het navolgende wordt de jurisprudentie van de Hoge Raad aangaande het bereik van artikel 359a Sv nader aan de orde gesteld. Daarbij gaat het aldus om de beschreven uitsluiting van het bestuursrechtelijk controleonderzoek, van de werking van dit artikel; meer in het bijzonder om de interpretatie van het begrip 'voorbereidend onderzoek'. Allereerst wordt kort stilgestaan bij de wetsgeschiedenis van de artikelen 359a Sv en 132a Sv (de definitie van het opsporingsonderzoek). De vraag daarbij is: heeft de wetgever aandacht besteed aan de relatie tussen controle en opsporing, in de context van vormverzuimen in het strafproces? Voorts komt het voornoemde arrest van HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14 aan de orde. De aandacht gaat daar vooral uit naar de context van de zaak en de mogelijke reden dat de Hoge Raad toch toeliet dat de strafrechter het controlerend optreden van de douane toetste. Vervolgens wordt het arrest van HR 26 juni 2012, *NJB* 2012/1704 (MTV I) besproken. Hierbij gaat het om de argumentatie die het hof heeft gebruikt om te motiveren, dat de controlehandelingen van de KMar wel onder het bereik van 'voorbereidend onderzoek' vallen. De vraag die tevens aan de orde komt is, waarom de handelingen van de douane in HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14 wel onderwerp van debat konden zijn in het strafproces, terwijl dat niet het geval was aangaande het door de KMar uitgevoerde controleonderzoek in de 'MTV I' zaak. Het gaat om een verklaring voor dat onderscheid. Ten slotte zal geconcludeerd worden wat de analyse van die Hoge Raad jurisprudentie oplevert, in relatie tot de normering van de sfeerovergang. Daarbij wordt ingegaan op wat als de meest wenselijke 'oplossing' voor deze 'afbakeningsproblematiek' beschouwd kan worden.

3.6.2. Artikel 359a Sv: 'vormverzuimen'

Bij Wet van 14 september 1995 werd het Wetboek van Strafvordering gewijzigd met de introductie van de 'Wet vormverzuimen'. Die wet beoogde (op hoofdlijnen) een drietal doelstellingen. In de eerste plaats werd voorgesteld om het aantal vormvoorschriften dat in het Wetboek van Strafvordering met nietigheid is bedreigd te beperken. Alleen die vormvoorschriften waarvan schending in alle gevallen tot nietigheid moet leiden, omdat geen geval denkbaar is waarin deze sanctie te zwaar is, dienden met formele nietigheid te worden bedreigd. In de tweede plaats werd voorgesteld de sancties die de rechter ter beschikking stonden, bij het bepalen van de rechtsgevolgen van schending van vormvoorschriften die niet met formele nietigheid waren bedreigd, een wettelijke grondslag te geven. Voorgesteld werd strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie een plaats te geven in het wetboek. Daarbij werd vooropgesteld dat deze sancties pas mogen worden toegepast als herstel van het verzuim niet mogelijk is. In de derde plaats werd voorgesteld het grondslagstelsel – de strikte gebondenheid van de rechter aan de tenlastelegging – (ook wel de 'tirannie van de tenlastelegging' genoemd) te versoepelen. De bevoegdheden van het openbaar ministerie om de tenlastelegging te wijzigen werden verruimd. Het openbaar ministerie kreeg de bevoegdheid om na zijn requisitoir in eerste aanleg alsmede in appel nog een wijziging van de tenlastelegging te vorderen.[454]

In de Memorie van Toelichting werd voorts overwogen dat het artikel 359a Sv alleen betrekking had op het voorbereidend onderzoek. De wetgever week in dit verband alleen af van het voorstel

[454]. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 1-2.

van de Commissie-Moons, doordat hij de woorden schrapte: 'of bij het onderzoek ter terechtzitting'. Onder ogen is dus gezien of artikel 359a Sv zich tevens daarover moest uitstrekken. De wetgever achtte zulks niet nodig. De zittingsrechter zou zijn eigen handelen of nalaten kunnen herstellen. De term 'voorbereidend onderzoek' zou daarnaast beter aansluiten bij de bestaande systematiek, waarin de beoordeling van vormverzuimen ter zitting met uitsluiting van anderen is voorbehouden aan de appel– of cassatierechter. Dat terwijl verzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek ook door de rechter in eerste aanleg kunnen worden beoordeeld.[455]

Deze bespreking van de wetsgeschiedenis van artikel 359a Sv is even summier als de aandacht die de wetgever besteedde aan de interpretatie van het begrip 'voorbereidend onderzoek', alsmede de gevolgen van die afbakening van de reikwijdte van vormverzuimen. Het vraagstuk in hoeverre bestuursrechtelijke handelingen, die in verband staan met het opsporingsonderzoek, voor normering onder dit artikel in aanmerking komen, komt niet terug in de wetsgeschiedenis. Kuiper merkt in dit verband dan ook op dat het niet per se voor de hand ligt, dat voor de interpretatie van het begrip 'voorbereidend onderzoek', scherpe grenzen zouden worden getrokken aan de hand van de wetsgeschiedenis. De reden daarvoor is het gebrek aan aandacht daarvoor in die wetsgeschiedenis.[456] Wanneer de thematiek van 'die tijd' in ogenschouw wordt genomen, wekt dat gebrek aan aandacht ook geen verwondering. De belangen van de wetgever waren gericht op het redresseren van de problemen als genoemd in de drie beschreven doelstellingen.

3.6.3. Artikel 132a Sv: 'bijzondere opsporingsbevoegdheden'

In het kader van het 'voorbereidend onderzoek' speelt het opsporingsonderzoek een centrale rol. Thans wordt ingegaan op de achtergrond van het wettelijke opsporingsbegrip, in relatie tot de overwegingen die de wetgever heeft gewijd aan de afbakening tot het controleonderzoek. In kort bestek wordt stilgestaan wat de toenmalige 'tijdsgeest' was waarin de verschillende definities van het opsporingsbegrip tot stand kwamen.

In de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden werd het volgende opsporingsbegrip geïntroduceerd in artikel 132a Sv:

> Onder het opsporingsonderzoek wordt verstaan het onderzoek onder leiding van de officier van justitie naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan of dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd, als omschreven in artikel 67, eerste lid, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.[457]

Deze benadering van het opsporingsbegrip vindt zijn oorsprong in het redresseren van een 'gezagscrisis' aangaande de opsporing. Belangrijke achtergrond van de Wet bijzondere opsporingsmethoden was de zogeheten 'IRT affaire', dat uitmondde in de parlementaire enquêtecommissie-van Traa. Die commissie verrichte parlementair onderzoek naar de in Nederland toegepaste opsporingsmethoden én de controle daarop. De aanleiding van dat onderzoek was de opheffing van het Interregionaal Recherche Team (IRT) Noord-Holland/Utrecht in 1993. Dat IRT-team maakte gebruik van een omstreden opsporingsmethode, namelijk het doorlaten van drugs onder regie van politie en justitie. Het doel daarvan was te kunnen doordringen tot in de top van de criminele organisatie die onderzocht werd. Zoals Buruma schreef, droegen in de

455. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 24.
456. Kuiper, a.w., p. 212.
457. Wet van 25 mei 1999, Stb. 1999, 245, in werking getreden op 1 februari 2000.

loop van de jaren tachtig drie ontwikkelingen bij aan het ontwikkelen van dergelijke methodes: toenemende geweldscriminaliteit, toenemende kennis van het bestaan van criminele organisaties en toenemende internationalisering van zowel de 'onderwereld' als van de samenwerking tussen politie en justitie.[458] De commissie-van Traa concludeerde tot een drievoudige crisis in de opsporing: ontbrekende normen, een niet goed functionerende organisatie en problemen in de gezagsverhoudingen.[459]

Volgens de wetgever diende het nieuwe opsporingsbegrip voldoende oog te hebben voor de bestrijding van georganiseerde criminaliteit. De georganiseerde criminaliteit vroeg om aanvullende vormen van onderzoek. Het opsporingsonderzoek naar de georganiseerde criminaliteit diende aldus een breder bereik te kunnen hebben dan waar het Wetboek van Strafvordering tot dan toe in voorzag. Enerzijds dient er de gelegenheid te zijn om, zonder dat de opsporing zich beperkt tot de opheldering van één of enkele strafbare feiten, bevoegdheden te hanteren. Anderzijds beperkt dit criterium de inzet van deze bevoegdheden tot georganiseerde criminaliteit, zodat voorkomen wordt dat de bevoegdheden onnodig ruim kunnen worden ingezet. Het voorstel de bijzondere opsporingsbevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering niet alleen te verbinden aan de opheldering van een strafbaar feit, maar tevens aan een nieuw verdenkingscriterium, betekende dat het opsporingsonderzoek naar de georganiseerde criminaliteit wordt verruimd. De voorgestelde bevoegdheden kunnen immers niet alleen worden gehanteerd om een strafbaar feit te onderzoeken. Indien sprake is van georganiseerde criminaliteit, kunnen opsporingsbevoegdheden aangewend worden om een complex van personen en feiten te onderzoeken, ter opheldering van ernstige misdrijven die in georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd.

Wat betekende dit nu in de visie van de wetgever voor de verhouding tussen opsporing en controle? De wetgever wijst allereerst op staande jurisprudentie van de Hoge Raad. Daaruit volgt dat de politie krachtens artikel 2 van de Politiewet 1993 over onderzoeksbevoegdheden beschikt, ook indien een verdenking van een strafbaar feit nog ontbreekt (HR 14 oktober 1986, *NJ* 1987/64; HR 14 oktober 1986, *NJ* 1988/511; HR 13 oktober 1992, *NJ* 1993/223 en HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249). Daarbij komt dat in een aantal bijzondere wetten in het belang van de opsporing gegeven bevoegdheden mogen worden toegepast alvorens er een verdenking gerezen is (HR 30 oktober 1984, *NJ* 1985/275 en HR 9 maart 1993, *NJ* 1993/633). Het gaat bij deze zaken om de 'Heggeveldse stroper'- en 'Vlissingse visser'-zaken (zie hoofdstuk 2, respectievelijk paragrafen 7.4 en 7.5). De wetgever merkt op dat het voorgaand beschreven onderzoek geduid wordt als 'opsporing in ruime zin'. In dit verband wordt er tevens op gewezen dat de Hoge Raad een 'beperkt opsporingsbegrip' hanteert blijkens de 'Schaduw arresten' (HR 14 oktober 1986, *NJ* 1988/511 en HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249) en het Zwolsman-arrest (HR december 1995, *NJ* 1996/249). Van opsporing is dan pas sprake wanneer het onderzoek gericht is op een reeds gepleegd strafbaar feit.

De verruiming van het opsporingsbegrip bevestigt volgens de wetgever, dat ook de fase die in het verleden wel werd aangeduid als pro-actief, onder het gezag van het openbaar ministerie plaatsvindt. Daarmee kan ook het redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband ernstige

---

458. Y. Buruma, *Buitengewone opsporingsmethoden*, Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. 2 en 4.

459. Enquête Opsporingsmethoden, Tweede Kamer, vergaderjaar 1995–1996, 24 072, nrs. 10–11, p. 420: 'De crisis in de opsporing gaat diep. Zij raakt de legitimiteit van de rechtshandhaving. Het gaat om ernstige problemen binnen een essentieel deel van de democratische rechtsstaat. De beginselen van de democratische rechtstaat zijn geen boekenwijsheid maar vormen de grondslag voor een levende rechtsstaat die geen ongetoetst, beter nog ongecontroleerd domein in de rechtshandhaving en opsporing duldt. Een vrij politiebedrijf is ongepast. De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing.' Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 3.

misdrijven worden beraamd, aanleiding vormen voor een opsporingsonderzoek. Het onderzoek moet echter wel op strafrechtelijke afdoening zijn gericht, met als meest nabije doel het openbaar ministerie in staat te stellen een beslissing over de vervolging te nemen. Zoals aan bod zal komen, komt dit 'doelcriterium' ook terug in het opsporingsbegrip bij de wet verruiming mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven.

Nu is van belang wat de wetgever overweegt in relatie tot de 'controlesfeer'. Volgens de wetgever wordt de omschrijving van het begrip opsporing enerzijds verruimd. Anderzijds wordt niet beoogd de scheiding tussen opsporing en controle te veranderen. Immers, voor opsporing blijft in tegenstelling tot de controle een verdenkingscriterium gelden. Voorts is de gerichtheid op strafrechtelijke afdoening onderscheidend, voor de afbakening tussen opsporing en controle.[460]

De vraag is dus nog steeds hoe het 'verruimde opsporingsbegrip' zich verhoudt tot het uitoefenen van controleactiviteiten. Opmerkelijk is de volgende passage:

> 'Voor de uitleg van artikel 148 Sv verandert er door de voorgestelde definitie van opsporing niets. Dit artikel regelt het gezag van het openbaar ministerie over de opsporing. Het tweede lid bepaalt dat de officier van justitie daartoe bevelen geeft aan opsporingsambtenaren. Daaronder zijn mede begrepen al die handelingen waartoe bijzondere opsporingsambtenaren op grond van bijzondere wetgeving in het belang van de opsporing bevoegd zijn. Het gezag van de officier van justitie geldt dus de opsporing in ruime zin.'[461]

Hoe moet deze passage nu geduid worden? Eerder bracht de wetgever al de uitoefening van de WED bevoegdheden in verband met het 'ruime opsporingsbegrip. Tevens werd verwezen naar het Jachtwet arrest (HR 30 oktober 1984, *NJ* 198/ 275, LJN:AC8585). De zaak is uitgebreid aan de orde gekomen in hoofdstuk 3 (paragraaf 7.5.). Dat is niet zonder betekenis, omdat in dat arrest werd geconcludeerd dat de toepasselijke bevoegdheid van artikel 75 Jachtwet een controlebevoegdheid behelsde. Voor de toepassing van die bevoegdheid was derhalve geen verdenking vereist. In het kader van de WED bevoegdheden betreft het de toepassing van opsporingsbevoegdheden. Echter, de wetgever schaart kennelijk de toepassing van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren onder het ruime opsporingsbegrip. Ware dit niet het geval, dan is de geciteerde overweging omtrent 'al die handelingen waartoe bijzondere opsporingsambtenaren op grond van bijzondere wetgeving in het belang van de opsporing bevoegd zijn' niet logisch te duiden. Ook Borgers concludeert dat het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv relevant is voor de activiteiten van functionarissen die uitsluitend met opsporing zijn belast, of die zowel met toezicht als met opsporing zijn belast. Zodra de activiteiten van een dergelijke functionaris zijn gericht op het nemen van strafvorderlijke beslissingen, is volgens hem sprake van opsporing.[462]

In zoverre verzet artikel 132a Sv zich volgens Borgers kennelijk niet tegen de uitoefening van repressieve controle en de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie daarvoor.[463] Daarbij heeft Borgers het begrip repressieve controle gedefinieerd als: 'overheidsactiviteiten

---

460. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 6.
461. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 6-7.
462. M.J. Borgers, 'De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman (red.), Bijzonder strafrecht, *Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 468.
463. Borgers, a.w., p. 460.

die niet zozeer op het ophelderen, maar op het daaraan voorafgaande ontdekken van mogelijke strafbare feiten betrekking hebben'.[464] De stelling van Borgers oogt daarmee te ruim. Dan zou namelijk al het bestuursrechtelijk controleonderzoek onder bereik van het ruime opsporingsbegrip geschaard kunnen worden. Dat lijkt mij niet wat de wetgever voor ogen heeft gestaan; getuige ook diens opmerking dat de verhouding tot de controle niet verandert. Wel kan Borgers gevolgd worden in de stelling dat uit de overwegingen van de wetgever voortvloeit, dat het toepassen van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren – gericht op strafrechtelijke handhaving – onder het ruime opsporingsbegrip valt. In het arrest 3 april 2018 , ECLI:NL:HR:2018:487 (par. 3.3.2) merkt de Hoge Raad overigens ook het bestuursrechtelijk gefundeerd optreden van opsporingsambtenaren aan, als opsporing in de in van artikel 132a Sv.[465]

Wat het voorgaande duidelijk maakt is dat de wettelijke constructie van het opsporingsbegrip er op gericht was het gezag van het openbaar ministerie te versterken. Het opsporingsbegrip moet dan ook gezien worden als een destijds geformuleerde respons op die problematiek. De verruiming van het opsporingsbegrip is primair beoogd in relatie tot de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Daarnaast vloeit uit de aangehaalde overwegingen van de wetgever voort, dat het ruime opsporingsbegrip mede het uitoefenen van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren omvat.

In de wetsgeschiedenis is geen expliciete aandacht besteed aan de verhouding tussen het ruime opsporingsbegrip en toezichthouders, die 'zuiver' optreden in het kader van bestuursrechtelijke controle.[466] Opgemerkt is dat de wetgever niet beoogd heeft een verandering aan te brengen in de verhouding tussen opsporing en controle.

3.6.4 Artikel 132a Sv: 'verruiming mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven'

De wettelijke definitie van het opsporingsbegrip veranderde onder invloed van de dreiging van terrorisme.[467] Met de wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven veranderde de opsporingsdefinitie in artikel 132a Sv als volgt:

> Onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.[468]

---

[464]. Borgers, a.w., p. 459.

[465]. Zie par. 3.3.2. van het arrest. De opsporingsambtenaren traden op als toezichthouder op de voet van art. 5:11, in verbinding met art. 5:15 en/of 5:19 Awb (in samenhang met art. 2:44, eerste lid, APV Zwijndrecht.

[466]. Borgers benadrukt die summiere, niet erg heldere, toelichting van de minister op de relatie tussen controle en de definitie van het opsporingsbegrip. Borgers, a.w. p. 470.

[467]. De minister geeft volgens Borgers aan, zij het nogal verhullend, dat de nieuwe definitie van art. 132a Sv is ontleend aan een voorstel dat hieromtrent is gedaan in het onderzoeksproject Strafvordering 2001. Knigge en Kwakman hebben binnen dit onderzoeksproject een uitvoerig rapport geschreven waarin wordt gepleit voor een ruime definitie van het opsporingsbegrip waarin het doel van het onderzoek centraal staat. Aldus Borgers, a.w., p. 461-464. Zie Knigge en Kwakman 2001, a.w., p. 243-347. Op hun beurt hebben Knigge en Kwakman aangegeven dat de keuze voor het doelcriterium in feite een terugkeer betekent naar wat Aler het 'oude systeem' noemt. Zie G.P.A. Aler, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle. Enige aspecten van de regeling van de dwangmiddelen in het Wetboek van Strafvordering in de bijzondere wetten,* (diss. UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1982, p. 142.

[468]. Wet van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 580. In werking getreden op 1 februari 2007. Op deze plaats dient gewezen te worden op de beoogde definitie van het opsporingsonderzoek, in het conceptwetsvoorstel voor boek 1 van het nieuwe wetboek van Strafvordering. Die definitie luidt in artikel 1.1.2.2.: Onder de opsporing van strafbare feiten waarmee opsporingsambtenaren zijn belast, wordt verstaan het verrichten van onderzoek met betrekking tot

De achtergrond van het nieuwe opsporingsbegrip is een uitvloeisel van het voornemen van de regering, alles te doen wat mogelijk was om terroristische aanslagen te voorkomen. Volgens de regering rechtvaardigde de grote bedreiging die van terroristische aanslagen uitgaat het, dat de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden anders uitvalt dan in het reguliere strafrecht het geval is. Uitgangspunt voor de regering was het voorkomen van aanslagen. Opsporingshandelingen waarvan redelijkerwijs verwacht mocht worden dat zij konden bijdragen aan het voorkomen van een terroristische aanslag, moesten verricht kunnen worden.[469] In dat kader werd voorgesteld om de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden bij aanwijzingen van een terroristisch misdrijf mogelijk te maken. Reeds om die reden is er naar de mening van de minister voldoende aanleiding geweest tot het aanpassen van de definitie van opsporingsonderzoek.[470]

Belangrijk is dat volgens de regering het gezag van de officier van justitie als kenmerkend voor de opsporing is opgenomen. Daarbij kan het misverstand ontstaan dat de officier van justitie daadwerkelijk in alle gevallen leiding geeft aan het opsporingsonderzoek. Waar het hierbij namelijk om gaat, is niet dat de officier van justitie de leiding heeft gehad, maar dat het onderzoek onder zijn gezag heeft plaatsgevonden.[471]

Aangaande de relatie tot het controleonderzoek overweegt de regering het volgende. Het voorstel tot herdefiniëring van het opsporingsbegrip leidt in de praktijk niet tot een andere verhouding tussen de uitoefening van de opsporingstaak en het uitoefenen van toezicht, zoals geregeld in de Algemene wet bestuursrecht. In dit verband blijft de voorgestelde omschrijving zijn begrenzing vinden in het doel waarop het onderzoek is gericht: het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Dergelijke beslissingen kunnen slechts genomen worden ten aanzien van strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften. Voor zover met het oog op de naleving van deze voorschriften tevens zou zijn voorzien in een bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium, hanteert de wetgever een ‘doelcriterium’. Het doel van het onderzoek bepaalt steeds of sprake is van opsporing of toezicht. De regering heeft geen aanpassing willen aanbrengen in de concrete toepassingsmogelijkheden van enerzijds het instrument van de opsporing en anderzijds het toezichtinstrumentarium.[472]

3.6.5. HR 29 mei 2007, NJ 2008/14 ‘Douanevisitatie’

In het voorgaande kwam de wetsgeschiedenis ten aanzien van het opsporingsbegrip aan de orde. De vraag is nu hoe de Hoge Raad het ‘voorbereidend’ onderzoek interpreteert in relatie tot het bestuursrechtelijk controleonderzoek, in het kader van ‘vormverzuimen’. In de zaak van HR 20 maart 2007, *NJ* 2007/181 concludeerde A-G Knigge dat artikel 359a Sv zich beperkt tot het vooronderzoek, waartoe het bestuurlijk toezicht zijns inziens niet kan worden gerekend. In cassatie kwam die stelling inhoudelijk niet meer aan de orde; de Hoge Raad deed de zaak af op grond van artikel 81 RO. Eenzelfde oordeel werd bereikt in de zaak HR 8 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1381. Daar werd een gebrek in het onderzoek uitgevoerd door de sociale dienst, aan de orde gesteld. Daar concludeerde de A-G in dezelfde zin en deed de Hoge Raad de zaak eveneens af op grond van artikel 81 RO.

---

strafbare feiten met een strafvorderlijk doel. Belangrijk is dat volgens Simmelink de strekking van het artikel gelijk blijft. Het gezag over de opsporing blijft volgens hem berusten bij de officier van justitie en deze blijft leider van het opsporingsonderzoek. Zie
J.B.H.M. Simmelink,’ Normering van opsporingsbevoegdheden in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering’, *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS 2017-6*, p. 323-324.

469. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 2.

470. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 16.

471. De regering verwijst overigens nog naar artikel 552 Sv, welk artikel een opsporingsbevoegdheid geeft, die niet aan een verdenkingseis is verbonden. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 16.

472. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 17.

Derhalve is de zaak van HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14 opvallend te noemen. In deze zaak werd door de Hoge Raad een inhoudelijk oordeel van de zaak gegeven omtrent het optreden van douane-ambtenaren tijdens het controleonderzoek.

3.6.5.1. Omstandigheden van de zaak

Verdachte kwam aanvankelijk als reiziger aan op de luchthaven Schiphol vanuit Suriname op 6 september 2004. Verdachte werd toen – in het kader van het controleonderzoek – onderworpen aan lijfsvisitatie. Zij moest zich ontkleden en vervolgens kwam bij schouwing van de natuurlijke holten van het onderlichaam aan het licht, dat zij een bol cocaïne in haar vagina had verborgen.

Het punt waar de juridische discussie zich op focuste was de wettelijke grondslag van die lijfsvisitatie. De douane stelde zich op het standpunt dat zij bevoegd waren daartoe over te gaan op grond van artikel 17 van de Douanewet. Het hof sprak verdachte echter vrij. Die uitspraak is uitgebreid gemotiveerd, maar voor de onderhavige discussie niet relevant.[473] Voornoemd artikel zou niet die vereiste grondslag bieden voor lijfsvisitatie in het kader van de controle. Daarbij had het hof expliciet overwogen dat vast stond dat toen verdachte aan de lijfsvisitatie werd onderworpen, zij nog geen verdachte was in de zin van artikel 27 Sv. Van een 'voorbereidend onderzoek' als bedoeld in artikel 132 Sv was geen sprake, aldus het hof.

3.6.5.2. Beoordeling door de Hoge Raad

De Hoge Raad liet dit oordeel van het hof in stand. Daarmee accepteerde de Hoge Raad dat overheidsgedragingen buiten het verband van het voorbereidend onderzoek, aan de strafrechter ter toetsing konden worden voorgelegd. Anders geformuleerd: terwijl expliciet overwogen werd dat het onrechtmatig onderzoek niet aan te merken viel als voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 132 Sv, stond dat niet in de weg van toepassing van artikel 359a Sv. Op grond van dit arrest kan derhalve niet gesteld worden dat artikel 359a Sv zich *in algemene zin* verzet tegen beoordeling van vormverzuimen begaan buiten het verband van het voorbereidend onderzoek. Evenmin kan gesteld worden dat de Hoge Raad op de impliciete visie van dit arrest is teruggekomen. Daarvan getuigt het feit dat de zaak wordt benoemd in het 'overzichtsarrest' aangaande de toepassing van bewijsuitsluiting op voet van artikel 359a, te weten HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308.

Wat ten slotte niet onvermeld mag blijven is de ingrijpendheid van het door de douane uitgevoerde onderzoek en het maatschappelijk debat waartoe dit aanleiding gaf. Reijntjes merkt in zijn noot bij het arrest op dat het hof zich kennelijk liet inspireren door het rapport van de ombudsman. De Nationale ombudsman oordeelde dat wat aan de strafvorderlijke autoriteiten slechts onder strenge waarborgen is veroorloofd, aan de douane niet vrij kan staan zonder dat de wet daar expliciet toe machtigt. Daarbij meende de ombudsman dat dit in elk geval het – ook

[473]. Het hof stelde onder meer dat niet aanvaard kan worden dat aan douanecontrole onderworpen personen, die geen verdachten zijn in de zin van artikel 27 Sv, met betrekking tot de bescherming van de integriteit van hun lichaam in een slechtere positie verkeren dan personen die wél worden verdacht van het plegen van een strafbaar feit. Voorts stelde het hof dat wanneer de wetgever zulks beoogd had, een dergelijke bevoegdheid in de wet zou moeten zijn opgenomen. Het gaat immers om een bevoegdheid die in het kader van de controlerende taken van de douane, die gelijk is aan, of zelfs ruimer is dan die waarover het opsporingsapparaat beschikt ten aanzien van verdachten tegen wie ernstige bezwaren zijn gerezen. Een dergelijke bevoegdheid, die immers een uitzondering maakt op het in artikel 11 van de Grondwet neergelegde grondrecht van onaantastbaarheid van het lichaam, zou expliciet in de wet moeten zijn vermeld, aldus het hof (zie par. 3.3.2. van HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14).

door hem als ‘zeer vernederend’ gekwalificeerde – schouwen van de holtes van het onderlichaam uitsluit.[474] Voorts wijst Reijntjes op het feit dat die lijfsvisitatie door de douane herhaaldelijk tot incidenten geleid heeft. Met name dames bleken het vernederend te vinden om zich te moeten ontkleden. ‘Wat men bij de dokter rustig doet, kan bij de douane niet zomaar; de tijd van Marie Antoinette ligt ver achter ons’, aldus Reijntjes. Die maatschappelijke relevantie van de juridische problematiek onderstreepte het belang dat de rechter in de voorliggende strafprocedure zich daarover uitsprak. Wellicht was dit een belangrijke drempel voor de Hoge Raad het arrest van het hof te doen sneuvelen op een formalistische toepassing van artikel 359a Sv.

3.6.6. HR 26 juni 2012 MTV, *NJB* 2012/1704

Zoals reeds aan de orde kwam hanteerde de Hoge Raad in het arrest van 26 juni 2012 MTV I, *NJB* 2012/1704 een strike benadering van de wettelijke grenzen van artikel 359a Sv.[475] Gelet op dat oordeel is het des te waardevoller de argumenten van het hof te bezien. Daar draagt aan bij dat het hof de toenmalige stand van de jurisprudentie onder ogen zag en – in de ogen van A-G – ‘ruimte’ trachtte te creëren voor toepassing artikel 359a Sv.

3.6.6.1. Omstandigheden van de zaak

In deze zaak draait het om een door de Koninklijke Marechaussee uitgevoerd controleonderzoek. De controle werd uitgevoerd in het kader van ‘Mobiel Toezicht Vreemdelingen (hierna ook: het MTV). De doelstelling was het (vroegtijdig) bestrijden van illegale immigratie door de inzet van 'vliegende grensbrigades'. De controle werd feitelijk uitgevoerd door teams van geüniformeerde marechaussees op autowegen in de nabije omgeving van grensovergangen, in zeehavens en in internationale treinen. De MTV-controle had expliciet betrekking op de bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding. Die controle kan aanleiding zijn voor het toepassen van strafvorderlijke bevoegdheden. Uit de controle kan bijvoorbeeld volgen dat er sprake is van een vervalst reisdocument. Dit is geen bijzonderheid; een overgang van controle naar opsporing, inherent aan de sfeerovergang.

Nu werden dergelijke ‘MTV-controles’ bij uitspraak van 28 december 2010 door de ABRvS als onrechtmatig aangemerkt (ABR 20I010789/I/V3, LJN BP0427). De reden daarvoor is dat de controle niet voldeed aan de door het HvJ EU verlangde waarborgen.[476] De controle werd in strijd geacht met Europese regelgeving met betrekking tot het vrije verkeer van personen, de Schengengrenscode en de afschaffing van grenscontroles. Volgens het HvJ EU druiste het MTV in tegen supranationale regels ter bevordering van het vrij verkeer van personen. Het hof was van oordeel dat door de uitoefening van het MTV het Unierecht in aanzienlijke mate werd geschonden. Naar het oordeel van Het hof was derhalve sprake van een aanzienlijke schending van een belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel.

Vervolgens diende de vraag te worden beantwoord wat de strafrechtelijke consequenties zouden moeten zijn van dit onrechtmatig bestuursrechtelijk optreden. Daarbij ging het om de daaropvolgende toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden/dwangmiddelen: de aanhouding van de verdachte, zijn overbrenging naar de Brigade Limburg-Zuid van de Koninklijke Marechaussee, ter geleiding voor een hulpofficier van justitie en zijn verhoor.

---

[474]. Rapport Nationale Ombudsman 2006/0001, 4 januari 2006.

[475]. In dezelfde zin: HR 26 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1642, *NJ* 2013/85.

[476]. Zie de uitspraken van het Hof van Justitie heeft op 22 juni 2010 in twee gevoegde zaken (C-188/10 en C-189/10) in antwoord op prejudiciële vragen van het Franse Cour de Cassation, conform de conclusie van de advocaat-generaal J. Mazák.

De advocaat-generaal bij het hof stelde allereerst dat een bestuursrechtelijk gezien onrechtmatige staandehouding geen vormverzuim in het voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 359a Sv oplevert. De staandehouding werd niet verricht in het kader van strafvordering, noch met een strafvorderlijk doel voor ogen. Vervolgens toetste de A-G de omstandigheden aan de hand van het opsporingsbegrip in de zin van artikel 132a Sv. Er was geen sprake van (voorbereidend) onderzoek, uitgevoerd onder gezag van de officier van justitie, gericht op het nemen van een strafvorderlijke beslissing. De officier van justitie had geen betrokkenheid bij de verkrijging van het bewijs. In dit verband geldt dat de feitelijke betrokkenheid van de officier van justitie bij het onderzoek geen relevant criterium is. In de wetsgeschiedenis is dit expliciet benoemd. Namelijk dat het misverstand kan ontstaan, dat de officier van justitie daadwerkelijk in alle gevallen leiding geeft aan het opsporingsonderzoek. Doorslaggevend is dat het onderzoek onder zijn gezag heeft plaatsgevonden, niet dat hij daar feitelijk leiding aan heeft gegeven.[477]

3.6.6.2. Argumenten van het hof

Het hof had vier belangrijke argumenten om het bestuursrechtelijk optreden door de KMar toch te betrekken in zijn oordeel omtrent de rechtmatigheid van het vergaarde bewijsmateriaal. In het navolgende zullen de argumenten van het hof langsgelopen worden en van commentaar worden voorzien. Daarbij moet onmiddellijk opgemerkt worden, dat, hoewel die argumenten afzonderlijk geanalyseerd worden, de argumenten mede 'in onderlinge samenhang' bezien moeten worden. Dat kan uiteraard aan de overtuigingskracht bijdragen.

Het eerste argument van het hof is dat de bestuursrechtelijke bevoegdheid – de staandehouding op grond van artikel 50 Vreemdelingenwet 2000 – en de daaropvolgende strafvorderlijke interventies, door één en hetzelfde orgaan zijn uitgeoefend; de Koninklijke Marechaussee. Daarbij komt dat beide activiteiten werden uitgevoerd in het kader van de strafrechtelijke rechtshandhaving. Het zou dan kennelijk volgens het oordeel van het hof een artificiële benadering zijn, om dat onderzoek vervolgens te splitsen in het kader van de rechterlijke controle door de werking van artikel 359a Sv. Zo beschouwd kan gesteld worden dat het doel van het onderzoek hier voorop wordt gesteld. Dit sluit aan bij het perspectief van de wetgever bij artikel 132a Sv. Bij de verandering van het opsporingsbegrip in verband met de terrorisme wetgeving, merkte de wetgever op dat wanneer naast strafrechtelijke handhaving voorzien is in een bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium, het doel van het onderzoek bepaalt of sprake is van opsporing of toezicht.[478] In de onderhavige zaak was duidelijk dat dit doel gericht was op strafrechtelijke handhaving, door middel van controles.

Het tweede argument van het hof luidt als volgt. Het hof wijst er op dat in de 'vaste rechtspraak' van het EHRM voor de toepassing van het EVRM geen doorslaggevend belang wordt verbonden aan de indeling van bevoegdheden naar het nationaal recht van de lidstaten.[479] Zo kan sprake zijn van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6, eerste lid, EVRM, terwijl het naar nationaal recht gaat om een procedure waarin mogelijk een bestuurlijke boete zal worden opgelegd. Kennelijk heeft het hof met deze overweging willen aangeven dat niet de nationale formele kwalificatie van het overheidsonderzoek doorslaggevend is, maar de materiële situatie.

---

[477]. De regering verwijst overigens nog naar artikel 552 Sv, welk artikel een opsporingsbevoegdheid geeft, die niet aan een verdenkingseis is verbonden. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 16.

[478]. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 17.

[479]. Kennelijk doelt het hof hiermee op EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978/223 (Engel e.a. v. Nederland), EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (Özturk v. Duitsland) en EHRM 25 augustus 1987, *NJ* 1988/938 (Lutz v. Bondsrepubliek Duitsland).

Vervolgens wijst het hof als derde argument op het arrest Saunders v. Verenigd Koninkrijk (EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699). Daaruit volgt volgens het hof dat de wijze waarop in een strafrechtelijke procedure gebruik wordt gemaakt van resultaten verkregen door aanwending van bestuursrechtelijke bevoegdheden, een schending van artikel 6 EVRM kan opleveren. Dat is een belangrijke nuance; niet het (directe) overheidsoptreden als zodanig is dan onrechtmatig, maar het gebruik van onderzoeksresultaten dat daarvan het gevolg is. Die nuance is wat het fijnmazig onderscheid met het tweede argument oplevert.

Ten slotte wijst het hof als vierde argument op het volgende. De bestuursrechtelijke bevoegdheid tot staandehouding van artikel 50 Vreemdelingenwet 2000, waarvan de uitwerking en de toepassing worden genormeerd door de Vreemdelingencirculaire 2000, behelst een vrijheidsbeperkend dwangmiddel. Volgens het hof is deze gelijkend op het strafvorderlijke dwangmiddel van staandehouding van artikel 52 Sv. Aan het onrechtmatig aanwenden van dit strafvorderlijke dwangmiddel kunnen binnen het kader van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering sancties verbonden worden, waaronder inbegrepen dat de onrechtmatigheid kan doorwerken in het daarmee verkregen resultaat. De enkele omstandigheid dat een vergelijkbare vrijheidsbeperkende bevoegdheid in het bestuursrecht regeling heeft gevonden, maakt tegen de achtergrond van het voorgaande niet dat een onrechtmatig gebruik van de bestuursrechtelijke bevoegdheid strafvorderlijk zonder rechtsgevolgen dient te blijven, aldus het hof. Dit vierde argument moet in relatie worden bezien met het tweede argument, omdat dit vierde argument een uitwerking is van de rechtsregel dat de nationale classificatie van een bevoegdheid niet doorslaggevend is bij toetsing aan artikel 6 EVRM.

3.6.7. Aanvullende argumenten voor toetsing controlehandelingen in het strafproces

3.6.7.1. Ruim opsporingsbegrip

Het hof benoemde al als eerste argument dat het controle- en opsporingsonderzoek in kwestie door dezelfde instantie was uitgevoerd, namelijk de Koninklijke Marechaussee. Het gaat hier dus om opsporingsambtenaren – de KMar is belast met de politiële taak – die controlebevoegdheden uitoefenen.[480]

Aangaande de relatie opsporing tot controle geldt op basis van de memorie van toelichting bij de Wet verruiming mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven het volgende. Uit die overwegingen van de wetgever volgt dat niet beoogd is een fundamenteel ander standpunt in te nemen, dan in de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, met betrekking tot de verhouding van controle tot opsporing. De wetgever had onder meer gesteld bij eerstgenoemde wet, dat de regering geen aanpassing heeft wensen aan te brengen in de concrete

[480]. Buruma bijvoorbeeld, schrijft in dit verband dat bij controle naar alcoholgebruik elke ambtenaar weet dat hij ter voorbereiding van een strafrechtelijke afdoening bezig is. Er is volgens Buruma sprake van een opsporingsbevoegdheid als de bevoegdheid wordt toebedeeld aan een opsporingsambtenaar, mits daarbij gesteld wordt dat uitoefening ervan noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak – die van opsporingsambtenaar – of als wordt gesproken van 'het belang van de opsporing'. Zie Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 200-201. Ook Knigge en Kwakman schrijven dat de 'repressieve controle' – speuren naar strafbare feiten teneinde deze strafrechtelijk af te doen, zoals de alcoholcontrole in het verkeer – als strafvorderlijke opsporing kan worden geclassificeerd, mits het organisatorische/wettelijke kader waarin deze vorm van opsporing is ondergebracht, daaraan niet in de weg staat. Zie G. Knigge. en N.J.M. Kwakman, Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 166-167. Zie in dit verband ook G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht, bewerkt door M.J. Borgers*, Deventer: Kluwer 2018, p. 303. Daar wordt geschreven dat de 'repressieve controle' aangeduid moet worden als opsporing in de zin van artikel 132a Sv.

toepassingsmogelijkheden van enerzijds het instrument van de opsporing, en anderzijds het toezichtinstrumentarium.[481] Zoals in paragraaf 1.3 is betoogd, volgt uit de memorie van toelichting bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, dat het toepassen van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren – gericht op strafrechtelijke handhaving – onder het ruime opsporingsbegrip valt. Het optreden van de KMar valt in casu aldus onder dit door de wetgever aangemerkte 'ruime opsporingsbegrip'. Als reeds benoemd sluit dat eveneens aan bij de overwegingen van de wetgever bij het opsporingsbegrip in het kader van de terrorismewetgeving. Daarbij bepaalt het doel van het onderzoek – hier: strafrechtelijke handhaving – of sprake is van opsporing of toezicht.[482]

Derhalve valt te concluderen dat de Hoge Raad in feite vasthoudt aan een 'eng opsporingsbegrip'.[483] Ook Borgers stelt dat de Hoge Raad de consequenties van het (nieuwe) opsporingsbegrip niet volledig doordacht heeft. Hij stelt zulks in verband met artikel 152 Sv en wijst op de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest HR 5 oktober 2010, *NJ* 2011/169. In dat arrest overweegt de Hoge Raad, dat de verbaliseringsplicht van artikel 152 Sv niet ziet op een aan het opsporingsonderzoek voorafgaande fase, waarin door opsporingsambtenaren met het oog op een mogelijk opsporingsonderzoek informatie wordt vergaard, maar nog geen sprake is van verdenking van een strafbaar feit, aldus Borgers. Volgens de Hoge Raad mag, al naar gelang de aard en de omvang van het in die fase verrichte onderzoek, verslaglegging in enigerlei vorm niet achterwege blijven. Naar de mening van Borgers valt deze 'voorafgaande fase' onder de reikwijdte van het opsporingsbegrip van artikel 132a Sv, mits de informatievergaring 'in verband met strafbare feiten' plaatsvindt. Daarvoor is volgens hem niet vereist dat reeds een verdenking is gerezen. Het vergaren van informatie met het oog op een mogelijk strafrechtelijk onderzoek, laat zich volgens Borgers tevens aanmerken als het nemen van een strafvorderlijke beslissing, namelijk het al dan niet uitvoeren van verder onderzoek naar het begaan zijn van een strafbaar feit. Borgers concludeert derhalve dat in het licht van artikel 132a Sv, de verbaliseringsplicht van artikel 152 Sv daarom eigenlijk al betrekking heeft op de gehele periode, waarin ook de Hoge Raad het aangewezen acht dat verslaglegging plaatsvindt.[484]

Ten slotte geldt nog dat de Hoge Raad geen juridisch beletsel opwierp het optreden van de Douaneambtenaren te toetsen in de besproken zaak van HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14 'Douanevisitatie'.[485] Dat terwijl de douaneambtenaren aanvankelijk optreden als controle ambtenaar en in het geval van een strafbaar feit 'overschakelen' naar hun functie van bijzonder opsporingsambtenaar. De KMar functionarissen zijn daarentegen algemeen opsporingsambtenaar (artikel 141 Sv) belast met onder meer politietaken (zie artikel 4 Politiewet 2012).[486] Juridisch

---

481. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 17.
482. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 17.
483. Vergelijk in dit kader de 'Schaduw-arresten': HR 14 oktober 1986, *NJ* 1987/564 en *NJ* 1988/511. Het uit die zaken voortvloeiende 'beperkte' opsporingsbegrip is bekritiseerd in de literatuur. Mevis heeft aangaande deze arresten (onder meer) het volgende gesteld. Om onder de grens van een 'redelijk vermoeden' justitiële bevoegdheden af te leiden uit de vage taakstelling van de politie (artikel 28 Politiewet) betekent een uitholling van het strafvorderlijk systeem. Mevis acht niet beslissend, zoals de Hoge Raad doet, de processuele fase waarin de activiteit verricht wordt, maar de aard van de betreffende activiteit. Zie P. Mevis, *'Preventieve observatie geobserveerd'*, *DD* 1988, p. 225-226.
484. Borgers, a.w., p. 462.
485. In de zaak van HR 21 november 2006, *NJ* 2006/653 vormde de toepassing van (verkeersrechtelijke) controlebevoegdheden door de politie, geen obstakel voor de toepassing van artikel 359a Sv. (Deze zaak is besproken in hoofdstuk 4 paragraaf 4.2.). Luchtman merkt over deze zaak eveneens op dat de Hoge Raad van de toepasselijkheid van artikel 359a Sv leek uit te gaan. Zie M.J.J.P. Luchtman, 'Sfeercumulatie in het verkeersrecht en het fiscale recht', *DD* 2007, 53, p. 662.
486. Corstens stelt hierover: 'Die in vergelijking met "gewone" opsporingsambtenaren beperkte taakstelling van de Koninklijke marechaussee neemt niet weg dat zij bevoegd zijn tot het opsporen van alle strafbare feiten. Daarmee

gezien is, gelet op het ruime opsporingsbegrip – waarin het gezag van het OM besloten ligt over die controlerende opsporingsambtenaren – niet te verklaren, waarom de Hoge Raad de wettelijke beperking opwierp van het voorbereidend onderzoek in de MTV-zaak en niet in het Douane visitatie-arrest.

Het voorgaande geldt eveneens voor hetgeen de Hoge Raad overwoog in het arrest 'dynamische verkeerscontrole'; HR 1 november 2016 ECLI:NL:HR:2016:2454. De Hoge Raad stelde expliciet (par 3.7.) dat de rechter de mogelijkheid dat de rechter bevindt dat de politie bij de uitoefening van voornoemde controlebevoegdheden de te controleren persoon of personen heeft geselecteerd op een wijze die onverenigbaar is met het uitgangspunt dat personen niet worden gediscrimineerd wegens onder meer hun ras of hun godsdienst of levensovertuiging. Dat betekent aldus dat de wijze waarop gebruik gemaakt is van de controlebevoegdheid ter toetsing van de strafrechter kan worden voorgelegd. In dit geval betreft dat het mogelijk 'etnisch profileren'.

3.6.7.2. Benadering van het EHRM

Het tweede punt dat hier aan de orde gesteld dient te worden, is een aanvulling op het argument van het hof, waar het verwijst naar de EHRM jurisprudentie. Hierbij geldt namelijk dat het EHRM gestelde 'onrechtmatigheden', dan wel inbreuken op het EVRM, beoordeelt in het kader van de 'procedure als geheel'. Hierbij kan bijvoorbeeld op de 'Saunders' en de 'Khan' uitspraken worden gewezen.[487] De vraag die in het kader van artikel 6 EVRM voor het EHRM beslissend is, is of in een dergelijk geval het proces in zijn geheel als 'oneerlijk' moet worden aangemerkt. In een dergelijke benadering ligt het voor de hand dat de wijze waarop bewijs vergaard is in het controleonderzoek, niet per definitie buiten beschouwing behoeft te blijven. Hierbij komt ook – zoals het hof heeft overwogen – dat de wijze waarop in een strafrechtelijke procedure gebruik wordt gemaakt van resultaten, verkregen door aanwending van bestuursrechtelijke bevoegdheden, een schending van artikel 6 EVRM kan opleveren.

Dit sluit aan bij de categorie van gevallen die de Hoge Raad noemde in zijn overzichtsarrest van 19 februari 2013, *NJ* 2013/308. Overwogen werd namelijk dat (par. 2.4.4.):

> 'Toepassing van bewijsuitsluiting kan noodzakelijk zijn ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, zoals daaraan mede door het EHRM uitleg is gegeven.

Dit punt kwam ook aan de orde als tweede argument van het hof. Bewijsmateriaal dat zonder vormverzuimen is verkregen kan door het gebruik ervan in de strafzaak tot een inbreuk op artikel 6 EVRM leiden. Dit is bijvoorbeeld het geval indien verklaringen gebruikt zouden worden in de strafzaak, die de verdachte eerder in de bestuursrechtelijke procedure verplicht was af te leggen. Deze materie komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 5 (zie paragraaf 2.3.).

---

vangt art. 4 lid 4 Politiewet 2012 aan. Daarna volgt echter een beperking die slechts een instructienorm is: de militair van de Koninklijke marechaussee die is aangewezen krachtens art. 141, onthoudt zich van optreden anders dan in het kader van de uitoefening van zijn politietaken, bedoeld in het eerste lid'. Zie Corstens, a.w., p. 307. Verwezen wordt nog naar *Kamerstukken II* 2005/06, 30557, nr. 3, p. 3.

[487]. EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk), EHRM 12 mei 2000, *NJ* 2002/180 Khan t. Verenigd Koninkrijk. Zie in dit verband voorts M.W.C. Feteris 2002, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2002, p.52-54. Feteris verwijst naar EHRM 22 februari 1984, arrest-Sutter, Series A, no. 74, par. 28, en EHRM 24 juni 1993, arrest Schuler-Zgraggen, FED 1993/920, par. 52.

3.6.1.7.3. De verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie

Het derde punt dat hier gemaakt moet worden is die aangaande de verantwoordelijkheid van het Openbaar Miniserie voor het controleonderzoek.[488] In de 'beslissing omtrent preliminaire verweren' in de zogeheten 'Klimop' zaak van de Rechtbank Haarlem, kwam dit punt aan de orde.[489] In deze omvangrijke vastgoedfraude zaak voerde de verdediging een aantal preliminaire verweren aangaande de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. De verdediging was namelijk van mening dat er – kort gezegd – dermate misbruik was gemaakt van controleambtenaren dat daardoor het OM niet ontvankelijk verklaard zou moeten worden. In het procesverbaal van de zitting gaf de rechtbank tevens haar oordeel omtrent de relatie tussen het controle onderzoek en – in het licht van 359a lid 1 sub c Sv – mogelijke vormverzuimen in het opsporingsonderzoek. De rechtbank stelde eerst vast dat in genoemd artikel slechts gesproken wordt omtrent vormverzuimen begaan in het 'voorbereidend' onderzoek. Blijkens artikel 132 Sv wordt hieronder verstaan: het opsporingsonderzoek, het gerechtelijk vooronderzoek en het strafrechtelijk financieel onderzoek. Vervolgens wierp de rechtbank de volgende vraag op:

> 'Kan het niettemin zo zijn dat de officier van justitie voor het handelen van (…) controleambtenaren – bijvoorbeeld omdat zij (onterecht) opsporingshandelingen zouden hebben verricht en de resultaten van deze opsporingshandelingen in het strafrechtelijk onderzoek als bewijsmateriaal worden gepresenteerd – toch verantwoordelijk dient te worden gehouden?'

In dit kader was de rechtbank van oordeel dat – zou er al sprake van zijn – misbruik van controlebevoegdheden niet rechtstreeks het openbaar ministerie regardeert. Daarvoor is volgens de rechtbank noodzakelijk dat het volgende aannemelijk zou zijn geworden. Het gaat er dan om dat het openbaar ministerie de grenzen die aan opsporing zijn gesteld, heeft willen omzeilen door doelbewust gebruik te maken van de controlebevoegdheden van de ambtenaren van de Belastingdienst ten behoeve van opsporingsdoeleinden. In de visie van de rechtbank is het openbaar ministerie slechts verantwoordelijk voor vormverzuimen indien – met opsporing of vervolging belaste ambtenaren – een ernstige inbreuk hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde. Ten slotte overweegt de rechtbank:

> 'Van het openbaar ministerie kan naar het oordeel van de rechtbank in redelijkheid niet gevergd worden dat het – behoudens wellicht onder zich hier niet voordoende uitzonderlijke omstandigheden – verantwoordelijkheid draagt voor eventuele onregelmatigheden bij onderzoek dat door controleambtenaren over wie het openbaar ministerie zeggenschap mist, wordt verricht.'

---

[488]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 298: 'De keerzijde van die medaille is dat het *niet* onzinnig is om de officier van justitie zeggenschap te geven over activiteiten in de voorfase die zich wél richten op strafrechtelijke afdoening. Daarbij dient met name gedacht te worden aan de repressieve controle, de proactieve opsporing en het verkennend onderzoek. Het sturend en toetsend optreden van de officier van justitie kan hier bezwaarlijk worden gemist. Het onderzoek in de voorfase dient afgestemd te worden op de opsporings en vervolgingsprioriteiten. Het wakend oog van de officier van justitie kan een waarborg vormen tegen machtsmisbruik en willekeur. In dit verband kan erop gewezen worden dat de controle van de strafrechter op de rechtmatigheid van de bewijsgaring niet beperkt is tot het optreden na verdenking. Onregelmatigheden in de voorfase kunnen tot bewijsuitsluiting en zelfs tot de niet-ontvankelijkheid van het OM leiden. Op de zitting wordt dan ook van de officier van justitie verwacht dat hij verantwoording aflegt van het totale politieonderzoek. Dat kan alleen als hij inderdaad verantwoordelijk is voor het geheel.'

[489]. LJN: BP6077, rechtbank Haarlem d.d. 28 februari 2011, 15-996536-06, Proces-verbaal houdende beslissingen op gevoerde preliminaire verweren inzake het onderzoek Klimop.

In dit verband had overigens wel een overweging aangaande artikel 142 lid 1 sub c Sv in de lijn der verwachting gelegen. Dat bepaald namelijk dat de belastingambtenaren (voor zover niet tot de FIOD behorend) met opsporing zijn belast. In dit verband dient gewezen te worden op het arrest HR 22 november 1994, *NJ* 1995/240. De Hoge Raad corrigeerde hier de kwalificatie van het hof van de belastinginspecteur; volgens artikel 80 AWR zijn met het opsporen van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten, de ambtenaren van de rijksbelastingdienst belast. Terugkerend naar de 'Klimop' casus; wanneer controleambtenaren tevens als opsporingsambtenaar zijn aangewezen, overtuigt het argument niet dat het Openbaar Ministerie geen formele zeggenschap zou hebben over die ambtenaren daar waar het onderzoek gericht is op strafrechtelijke handhaving. Dat die ambtenaren als opsporingsfunctionaris optraden, was juist de kern van het verweer. Voorts geldt dat gelet op het op het door de wetgever beoogde 'ruime opsporingsbegrip', het Openbaar Ministerie het gezag toekomt over opsporingsambtenaren die controlebevoegdheden uitoefenen. Anders ligt dit in het geval van de functionarissen die 'slechts' aangesteld zijn als 'toezichthouder'. In dat geval ontbreekt de formele gezagsrelatie met het Openbaar Ministerie. Die ontstaat pas op het moment dat deze ambtenaren eventueel gebruik maken van hun positie als 'bijzonder opsporingsambtenaar'.

3.6.1.7.4. Divergentie in rechterlijke normering

Als laatste 'aanvullend argument' geldt de 'divergentie' die ontstaat in rechterlijke normering, bij uitsluiting van het controleonderzoek als vormverzuim in artikel 359a Sv.[490] In dat verband kan de zaak van CBb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191 aangehaald worden. Deze zaak wordt besproken in hoofdstuk 6 paragraaf 3.10. Daarbij hanteerde de AFM de zogeheten methode van 'mystery shopping'. De zaak resulteerde in een bestraffende sanctie. Door de verdediging was verweer gevoerd tegen de methode van onderzoek door de AFM. Betrokkene was een Duitse onderneming die tijdens verkoopdemonstraties gezondheidsproducten verkocht aan Nederlandse consumenten. Deze verkoopdemonstraties werden onder de naam 'ITC Reisclub' georganiseerd als dagtochten. Naar aanleiding van diverse signalen en klachten is de AFM een onderzoek gestart naar de dagtochten. In het kader van dat onderzoek hebben toezichthouders van de AFM in de periode april-juli 2009 deelgenomen aan dagtochten van ITC Reisclub. De onderneming betoogde voorts dat het door de toezichthouders van de AFM tijdens de dagtochten vergaarde bewijs onrechtmatig is verkregen. Daartoe voerde de onderneming – samengevat – aan dat die toezichthouders anoniem, zonder zich te legitimeren, aan de dagtochten hebben deelgenomen, hetgeen onverenigbaar is met artikel 5:15 Awb en de artikelen 6 en 8 van het EVRM. De AFM heeft haar bevoegdheden derhalve niet uitgeoefend in het kader van toezichtstaken, maar in het kader van opsporing met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie. Binnen de kaders van het (punitieve) bestuursrecht, bestond aldus de mogelijkheid, dit overheidsoptreden ten overstaan van de rechter van kritisch juridisch commentaar te voorzien. Ook al werd het betoog van de verdediging niet gevolgd; de bestuursrechter gaf daar wel een inhoudelijk oordeel over.[491]

Wat nu als de zaak aanleiding had gegeven tot strafrechtelijke afdoening? In dat geval zou het bij de bestuursrechter – let wel, in het kader van de punitieve procedure – gevoerde verweer kunnen sneuvelen, op grond van de overwegingen van de Hoge Raad dat dit AFM onderzoek

[490]. A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fyzzy law* (oratie EUR), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2011, p. 31: 'Het huidige beeld daarvan is dan ook dat van sterk naar elkaar toegroeiende handhavingsstelsels. Er is met andere woorden sprake van een vergaande convergentie binnen de publiekrechtelijke rechtshandhaving.'

[491]. Zie de uitgebreide motivering in paragraaf 3.4. van de uitspraak. Het CBb was van oordeel dat geen sprake was van strijd met de artikelen 5:13 en 5:15 Awb en met de artikelen 6 en 8 EVRM. Dit bracht mee dat het bewijs niet onrechtmatig was verkregen.

plaatsvond, buiten het verband van het voorbereidend onderzoek. Niettegenstaande het feit dat het strafrechtelijk onderzoek in essentie volledig drijft op het AFM onderzoek. Daarbij werd dit AFM onderzoek juist door de verdediging *materieel* gekwalificeerd als (bestuursrechtelijke) opsporing. Het probleem in relatie tot artikel 359a Sv is hier dat het controleonderzoek uitgevoerd wordt door toezichthouders, die niet tevens bijzonder opsporingsambtenaar zijn.

Peçi en Sikkema wijzen op de toezichthoudende taak door functionarissen van de AFM in het algemeen.[492] De activiteiten waarop de AFM toezicht houdt, kunnen, indien de regels worden overtreden, leiden tot verschillende administratieve maatregelen, waaronder het opleggen van (forse) bestuurlijke boetes. Sommige overtredingen hebben tevens als economisch delict te gelden. Dat betekent dat de resultaten die worden vergaard met behulp van de toezichtbevoegdheden, zeer relevant kunnen zijn voor een eventuele strafrechtelijke vervolging. Het onderzoek van de AFM kan er daarbij mede toe strekken om te kijken of de ernst van de overtreding dusdanig is dat er geen bestuurlijke maatregelen worden getroffen, maar aangifte wordt gedaan van een strafrechtelijke overtreding. In een dergelijk geval kan worden gezegd dat het onderzoek van de AFM eruit bestaat dat er onderzoek wordt gedaan naar een mogelijk strafbaar feit. Is er bij dit onderzoek – van overheidswege – sprake van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen? Peçi en Sikkema menen dat dit het geval is: het gaat hier om repressieve controle en die vorm van controle moet in beginsel onder het nieuwe opsporingsbegrip worden begrepen.

Wel zien zij een ander beletsel om te kunnen spreken van opsporing in de zin van artikel 132a Sv. Dat is de omstandigheid dat de officier van justitie geen gezag heeft over dit onderzoek; zodat daarmee geen sprake is van opsporing in de zin van artikel 132a Sv te spreken. Die conclusie sluit aan bij de overwegingen van de wetgever bij de memorie van toelichting bij artikel 132a Sv, waarbij het gezag van het openbaar ministerie betrekking heeft op opsporingsambtenaren. Borgers wijst er op dat indien men het optreden van de AFM tot 'opsporing' zou rekenen, de verbaliseringsplicht zou moeten gelden; welke nu juist niet geldt, omdat deze bestaat ten aanzien van opsporingsambtenaren.[493] Volgens Borgers komt het er op neer dat onderzoeksactiviteiten van ambtenaren die uitsluitend zijn aangesteld om toezicht uit te oefenen, niet als opsporing hebben te gelden indien de resultaten van deze activiteiten – op enigerlei moment – strafrechtelijk relevant blijken te zijn. Dat lijkt volgens hem ook te gelden indien die ambtenaren bij de uitoefening van hun bevoegdheden doelgericht, maar zonder overschrijding van de eigen bevoegdheden, informatie verzamelen die nuttig is voor een strafrechtelijke afdoening.[494]

Als ongewenst effect van die 'juridische divergentie' dient nog op het volgende gewezen te worden. Kuiper haalt Buruma aan, waar laatstgenoemde stelt dat het risico bestaat dat de rechter via formele redeneringen wordt uitgenodigd de ogen te sluiten voor ernstige onvolkomenheden in een onderzoek dat, kort gezegd, nauw verband houdt met de vervolging tegen de verdachte. De aangelegde formele begrenzing nodigt niet uit tot kritisch nadenken. Een voordeel daarvan is de eenvoud, maar een nadeel kan zijn dat rechtsschendingen niet gezien en geredresseerd worden.[495]

---

[492]. Peçi, I. en E. Sikkema, De rechtsbeschermende functie van het opsporingsbegrip, in: A.A. Franken, M. de Langen en M. Moerings (red.), *Constante waarden; liber amicorum Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 360-361.

[493]. Borgers, a.w., p. 466.

[494]. Borgers, a.w., p. 465.

[495]. Zie Kuiper, a.w. p. 247. Kuiper verwijst eerder naar HR 29 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3297, *NJ* 2006/193 m.nt. Buruma HR 22 augustus 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX6277, *NJ* 2006/483. In beide zaken komt de afbakening van het voorbereidend onderzoek aan de orde. De eerste zaak heeft betrekking op het onrechtmatig binnentreden door de politie, in het kader van de strafexecutie. Hierbij werden de betrokken verbalisanten bedreigd

Voorts stelt Kuiper dat bij het afbakenen van de taak van de zittingsrechter, op basis van formele in plaats van op inhoudelijke gronden, een risico bestaat. Dat risico bestaat er uit dat de strafrechter de beantwoording van de vraag, of in potentie op grondrechten van burgers inbreuk makend overheidshandelen aan zijn toetsing is onderworpen, in handen legt van de wetgever. Op haar beurt kan de wetgever door bevoegdheden over te hevelen van een strafvorderlijk kader naar een kader waarin sprake is van de uitoefening van controlebevoegdheden, de uitoefening van die bevoegdheden aan het toezicht van de strafrechter op grond van artikel 359a Sv onttrekken. Een en ander doet geen recht aan de zelfstandige verantwoordelijkheid van de rechterlijke macht voor het waarborgen van het rechtsstatelijk gehalte van de samenleving.[496] Dit argument van Kuiper sluit aan bij het vierde argument van het hof, in de in paragraaf 1.6. behandelde 'MTV I-zaak'. Het hof grijpt daarin terug op de jurisprudentie van het EHRM, namelijk dat de nationale classificatie van een bevoegdheid niet doorslaggevend is, bij toetsing aan artikel 6 EVRM.

Wanneer de toetsing van het controleonderzoek om formele redenen niet mogelijk wordt gemaakt, wordt een deel van het overheidsoptreden – wat strafrechtelijk gezien relevant is – onttrokken aan rechterlijke controle in het strafproces. Er is dan sprake van 'ondernormering'. Knigge en Kwakman stellen dat het gevaar ontstaat van een tekort aan rechtswaarborgen, wanneer de onderzoeksactiviteiten 'in de voorfase' in een juridisch vacuüm terecht dreigen te komen.[497] Hier dient nogmaals in herinnering te worden gebracht, dat de wijze waarop het EHRM – in het kader van artikel 6 EVRM – de strafzaken toetst ziet op de 'procedure als geheel'.

Het voorgaande maakt duidelijk dat er juridische divergentie plaatsvindt in de wijze waarop het bestuursrechtelijk optreden genormeerd wordt in de punitieve procedure, al naar gelang er een bestuursrechtelijke sanctie wordt opgelegd, dan wel een strafzaak wordt aangebracht. Dit is onwenselijk omdat het niveau aan rechtsbescherming in beide procedures moet voldoen aan dezelfde minimale maatstaven van artikel 6 EVRM. In dat verband kan als extra argument gewezen worden op de uitspraak van het EHRM in de zaken van A en B v. Noorwegen, *NJB* 2017/364. Daar ging het om de vraag of sprake was van schending van artikel 4 Zevende Protocol EVRM. Kort gezegd betrof dat de kwestie of de oplegging van zowel een bestuursrechtelijke boete als een sanctie door de strafrechter, in strijd was met het 'ne bis in idem' beginsel. Het EHRM hechtte een groot belang aan de omstandigheid dat er een voldoende inhoudelijk en temporeel verband bestond tussen de verschillende procedures. De materiële eisen die het EHRM stelden aan die samenhang kan geduid worden als het willen waken tegen de eerder genoemde 'divergentie'. Het kan immers niet zo zijn dat in de ene sanctieprocedure andere waarborgen gaan gelden, dan in het de andere.

In de conclusie bij dit hoofdstuk wordt teruggekomen op de wenselijkheid van het perspectief, de uitsluitend met controle belaste ambtenaren te construeren als opsporing. Tevens zal iworden aangegeven welke 'benadering' de voorkeur heeft.

door de verdachte. Het binnentreden vond echter niet plaats in het kader van het voorbereidend onderzoek. In de tweede zaak (uit 2006) handelde het om een weliswaar onrechtmatige aanhouding. Echter, deze vond plaats in verband met een veronderstelde signalering van verdachte. In beide zaken was volgens de Hoge Raad geen sprake van voorbereidend onderzoek.

[496]. Kuiper, a.w., p. 247.

[497]. Knigge en Kwakman, a.w., p. 132.

3.7. Conclusie

3.7.1. Controle ter opsporing

Het juridisch verband tussen controle en opsporing wordt expliciet zichtbaar bij de vraag of en onder welke omstandigheden controlebevoegdheden aangewend mogen worden, in het kader van een opsporingsdoel. Die vraag omvat een aantal aspecten die in dit hoofdstuk aan de orde zijn gekomen.

3.7.1.1. Controlebevoegdheden ter opsporing

Het eerste aspect betreft de toelaatbaarheid van controlebevoegdheden ter opsporing in zijn algemeen. De Hoge Raad heeft geaccepteerd in het 'FIOD'-arrest (HR 26 april 1988, *NJ* 1989/390) dat controlebevoegdheden *mede* voor opsporingsdoeleinden mogen worden benut. Wel zijn op basis van dit arrest twee belangrijke randvoorwaarden af te leiden. Enerzijds mag de toepassing van controlebevoegdheden 'niet uitsluitend' plaatshebben met het oog op opsporing. Anderzijds mag die toepassing niet ten koste gaan van de verdedigingsrechten van de verdachte: de aan verdachte als zodanig toekomende waarborgen moeten in acht worden genomen. De inzet van de controlebevoegdheden mag dus niet leiden tot strafprocessuele benadeling van de verdachte. Op de acceptatie door de Hoge Raad van controlebevoegdheden ter fine van opsporing is verschillende kritiek geuit. De belangrijkste kritiek is dat dit ertoe leidt dat opsporingsambtenaren over een 'aanvullende' set van bevoegdheden gaan beschikken, terwijl een dergelijke bevoegdheidsuitbreiding voorbehouden is aan de wetgever. Die 'uitbreiding van bevoegdheden' kan echter door een tweetal *cumulatieve* factoren worden gerelativeerd, naast het uitgangspunt dat controle niet uitsluitend ter opsporing dient plaats te hebben. De eerste voorwaarde betreft de situatie dat de controlebevoegdheid gedekt wordt door een strafvorderlijke bevoegdheid; dit is het pragmatische 'meerdere-mindere' argument. In het geval van het FIOD-arrest is daaraan voldaan. De FIOD beschikt over de bevoegdheid tot inbeslagneming en controlebevoegdheid tot inzagevordering. Als tweede cumulatieve voorwaarde geldt dat de rechtswaarborgen van de verdachte in acht genomen moeten worden. Indien dat inderdaad wordt gerealiseerd is het belangrijkste pressie effect, kenmerkend voor de 'oorspronkelijke controlebevoegdheden', opgeheven. De verdachte is immers niet gehouden tot medewerking aan de controlebevoegdheid. Opsporingsambtenaren beschikken dan niet over 'meer' bevoegdheden ten opzichte van de verdachte. Toch valt hier nog een kritische kanttekening te plaatsen. De crux is namelijk wat die verdedigingsrechten exact inhouden en dan met name ten aanzien van de vordering van 'real evidence'. Dit impliceert de vervolgvraag naar de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel.

3.7.1.2. Het wettelijk verband tussen de controlebevoegdheid en het op te sporen strafbaar feit

Het tweede aspect omtrent de toepassing van controle ter fine van opsporing betreft de vraag in hoeverre er een verband dient te bestaan tussen de wet waarop de controlebevoegdheid steunt en de wet die de op te sporen feiten strafbaar stelt. Anders geformuleerd: in hoeverre mogen controlebevoegdheden van wet x worden gebruikt om strafbare feiten uit wet y op te sporen? Dit kwam aan de orde bij de bespreking van het Douanewet-arrest (HR 13 mei 1997, *NJ* 1998/481). Uiteengezet is dat controlebevoegdheden uit de Douanewet volgens de Hoge Raad benut kunnen worden ter opsporing van Opiumwet feiten. Hoewel de Hoge Raad niet motiveerde waarom hij tot dat oordeel kwam, valt dit te begrijpen door het wettelijk verband tussen de Douane- en Opiumwet en het takenpakket van de Douane. De Opiumwet wijst zelf de Douaneambtenaren aan die belast zijn met de opsporing van Opiumwetdelicten. Zoals al uit het FIOD-arrest bleek kunnen daarbij controlebevoegdheden mede voor het doel van opsporing worden aangewend. Op basis van het Douanewet arrest blijft wel de vraag bestaan in hoeverre

toepassing van controlebevoegdheden uit ‘wet x’ ter opsporing van strafbare feiten ‘wet y’ mogen worden toegepast. In dat verband is in de literatuur als uitgangspunt genomen de ‘kerntaken’ van de betrokken dienst. Niettemin geldt de ratio van de wettelijke bepalingen als het primaire uitgangspunt. Zoals hier bleek verwees de Opiumwet naar de Douanewet. Een dergelijk verband ontbreekt echter tussen bijvoorbeeld de Opiumwet en de Wegenverkeerswet 1994.

3.7.1.3. Misbruik van de controlesfeer

Als derde aspect is de tweede randvoorwaarde bij de toepassing van controle ter fine van opsporing uitgebreid behandeld. Dat betreft het ‘niet uitsluitend’-criterium. De ‘toevallige vondst’ van Gerardus Flas tijdens de Drankwetcontrole en de voortgezette inbeslagneming van het vuurwapen (HR 2 december 1935, *NJ* 1936/250 Geweerarrest), staan in schril contrast met het wijdverbreide misbruik dat van verkeersrechtelijke controlebevoegdheden wordt gemaakt. Die kritiek is ook niet nieuw getuige de besproken rechtsgeleerde literatuur. Verbazingwekkend is echter dat ondanks het eerder gesignaleerde misbruik, dit misbruik veelvuldiger plaatsvindt blijkens de aangehaalde ‘ANPR’-zaken. Kennelijk heeft instrumentaliteit terreinwinst geboekt ten koste van de rechtsstatelijkheid van het repressieve overheidsoptreden. Drie typen zaken werden geïnventariseerd. Allereerst zaken waarbij reeds sprake was van een verdenking en de verkeersbevoegdheden werden gebruikt om de staandehouding van verdachte te effectueren. Besproken is dat dit een onnodig misbruik van bevoegdheden oplevert daar volgens Vellinga-Schootstra artikel 52 Sv voor dat doel kan worden aangewend. Daarnaast gaat het om type zaken waarbij de verkeerscontrole gebruikt wordt om andersoortige strafbare feiten op te sporen. Het gaat hier om zaken waarbij formeel gezien nog geen sprake is van een verdenking. Kern van de kritiek is dat de bevoegdheden niet ‘mede’ ter opsporing worden aangewend, maar feitelijk ‘uitsluitend’ ter opsporing. Uit de besproken zaken kan niet worden afgeleid dat er een reële intentie was om de bevoegdheid toe te passen met het oog op de verkeersveiligheid. Dit bleek met name uit het ‘Zigeunervrouwen’-arrest (HR 21 november 2006, *NJ* 2006/653), welke als de tweede categorie geduid kan worden. De derde groep is in feite identiek aan de tweede, maar dan omgezet naar een projectmatige basis. De ‘ANPR’- en ‘dynamische verkeerscontrole’-zaken zijn opgetuigd met een vooropgezette projectdoelstelling om strafbare feiten op te sporen, die buiten de verkeersveiligheid liggen. In die beleidsoverwegingen ligt besloten dat de uit te voeren controles – die daarvan een uitvloeisel zijn – niets van doen hebben met de aard van de bevoegdheden, die voor dat doel worden ingezet: te weten de verkeersveiligheid. Toch is in dit type gevallen uiteindelijk het oordeel dat niet uitsluitend het opsporingsdoel is gediend, omdat bijvoorbeeld naar een rijbewijs is gevraagd. Dit is een uiterst formalistische benadering, geen materiële benadering gestoeld op onderzoek naar de kennelijke reden van bevoegheidstoepassing.

Daarmee heeft het ‘niet uitsluitend’-criterium geen inhoudelijke juridische betekenis bij de handhaving van het verbod van détournement de pouvoir, als algemeen beginsel van een behoorlijke procesorde. Voorgesteld is om in dit kader het ‘Aler’-criterium toe te passen. Van misbruik van controle is dan sprake als een ander doel dan het oorspronkelijke hoofddoel voorop komt te liggen. Het accent komt dan op het hoofddoel van de controle te liggen, hetgeen aldus de rechtstatelijke materiele toets herstelt.

3.7.2. Het onderscheid tussen controle en opsporing

Uit het hoofdthema – controle ter fine van opsporing – kan het vierde deelaspect worden afgeleid, namelijk de vraag in hoeverre het onderscheid tussen beide nog gemaakt kan worden. Het onderscheid tussen beide onderzoeksvormen liep als een rode draad door de procedure in het besproken Douanewet-arrest. Dit is fijnmazige casuïstiek, die de opsporingsinstanties voor een juridisch dilemma plaatst. Zijn de feiten en omstandigheden concreet genoeg om te spreken van

een verdenking in de zin van artikel 27 Sv? Of dient toch een controleonderzoek uitgevoerd te worden. In de zaak van het Douanewet-arrest werd voor de laatste optie gekozen, hetgeen meebracht dat aangevoerd werd dat sprake was van misbruik van controlebevoegdheden. De zaak toonde aan hoezeer in de gevallen van sfeerovergang de afbakening tussen controle en opsporing problematisch is. Het dilemma zou opgelost kunnen worden in situaties waar twijfel bestaat of sprake is van een voldoende gesubstantieerde verdenking door een controle waarbij al geanticipeerd wordt op de strafvorderlijke verdedigingsrechten. Daarbij gaat het om de medewerking van de betrokkene aan het onderzoek. De juridische oplossing die het 'afbreukrisico' het meest afdekt vormt het uitvoeren van een controleonderzoek, waarbij – *tevens* – geanticipeerd wordt op de waarborgen uit de *strafvorderlijke sfeer*, te weten het nemo tenetur-beginsel. Het betreft dan het zwijgrecht en het recht om niet gedwongen te worden 'real evidence' te verschaffen.

De afbakeningsproblematiek tussen controle en opsporing is ook uitdrukkelijk door de wetgever onder ogen gezien bij de behandeling van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht. Enerzijds heeft de wetgever duidelijk gekozen voor een onderscheid tussen bestuurs- en strafrecht, in de context van de sfeerovergang. Daarmee hecht hij dus aan de afbakening van controle en opsporing. Anderzijds heeft de wetgever ook uitdrukkelijk de 'relativeringen' van het gemaakte onderscheid onderkend. Daarbij moet gedacht worden aan het ruime WED opsporingsbegrip en het daaraan verbonden 'aanwijzingen'-criterium voor de toepassing van die bevoegdheden (HR 15 december 1992, *NJ* 1993/633, 'Vlissingse visser'). Daarnaast geldt het besproken gegeven dat de Hoge Raad toelaat dat controlebevoegdheden ter fine van opsporing mogen worden toegepast (HR 26 april 1988, *NJ* 1989/390, 'FIOD'-arrest). In het kader van de problematiek inzake de afbakening van controle en opsporing is opvallend dat er nagenoeg geen aandacht uitgegaan is in de parlementaire geschiedenis naar de 'repressieve controle' en de mogelijke overlapping met (WED) onderzoeksbevoegdheden. Daarbij gaat het om de procespositie van de betrokkene/verdachte en het genoemde juridisch dilemma waar de autoriteiten voor kunnen komen te staan. Zonder twijfel vormt echter de climax van het grijze gebied tussen controle en opsporing zich daar waar de repressieve controle (abstracte indicaties van wetsovertreding) en het WED-onderzoek (aanwijzingen van wetsovertreding) elkaar ontmoeten. Wel heeft de wetgever door middel van harmonisatie bewerkstelligd dat de Awb- en WED-bevoegdheden op elkaar zijn 'afgestemd', zodat er geen leemte zou vallen in de overgang van toepassing van die bevoegdheden (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 63).

De duiding van de sfeerovergang door de wetgever is nog een indicatie dat hij de relativering van het onderscheid tussen controle en opsporing onderkent. De wetgever duidt deze sfeerovergang namelijk als een die vloeiend aard is, waarbij hij overweegt dat beide sferen moeilijk van elkaar af te bakenen zijn. Geconcludeerd is dat dit tot een juridische paradox leidt. De betreffende juridische kaders staan immers in zekere zin haaks op elkaar: in de controlesfeer geldt een verplichting tot medewerking; in de opsporingsfeer geldt het nemo tenetur-beginsel. In de context van de sfeerovergang is de rechtsbescherming dichotomistisch van aard: de strafprocessuele waarborgen zijn voorbehouden aan de verdachte en aldus verbonden aan de opsporingssfeer. Dit terwijl de overgang tussen beide sferen als een 'vloeiende' wordt getypeerd. De crux is hoe invulling gegeven dient te worden aan dat contrast, met het oog op de normering van de sfeerovergang in het licht van verdedingsrechten van de betrokkene/verdachte.

3.7.3. Normering van controlehandelingen in het strafproces

Onrechtmatigheden in het strafrechtelijk onderzoek dienen aan de orde gesteld te worden als 'vormverzuim', in de zin van artikel 359a Sv. De wettelijke terminologie van artikel 359a Sv vormt echter een belemmering om het controleonderzoek onder het bereik van dat artikel te

brengen. Reden daarvoor is dat het artikel verwijst naar 'voorbereidend onderzoek' (artikel 132 Sv). Op haar beurt speelt de definitie van 'opsporingsonderzoek' (132a Sv) in dat verband een essentiële rol. De vraag is vervolgens behandeld in hoeverre gestelde onrechtmatige bestuursrechtelijke handelingen aangemerkt kunnen worden als deel uitmakende van het opsporingsonderzoek, en daarmee als eventueel 'vormverzuim' in de zin van artikel 359a Sv.

3.7.3.1. Het wettelijk kader

De analyse van de wetsgeschiedenis bij de artikelen 132a Sv (het opsporingsbegrip) en 359a Sv (vormverzuimen) illustreerde, hoe weinig aandacht de wetgever heeft besteed aan de relatie tussen (zuiver) bestuursrechtelijk controleonderzoek en het strafrechtelijk opsporingsonderzoek. In de memorie van toelichting bij artikel 359a Sv werd aan deze kwestie in het geheel geen aandacht besteed. Dat terwijl die aandacht in het geval van 132a Sv in twee instanties (zowel bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden; als bij de Wet aangaande de terrorismewetgeving) als zeer summier moet worden gekwalificeerd. De reden van dat gebrek aan belangstelling is eenvoudig te verklaren. Er prevaleerden simpelweg andere aandachtspunten. Kort gezegd ging dat er bij artikel 359a Sv om de rechterlijke reactie op vormverzuimen van een wettelijke grondslag te voorzien. Daarbij ging belangrijke aandacht uit naar het beperken van de 'tirannie' van de tenlastelegging. Voorts was van belang het redresseren van de 'gezagscrisis'. Dat had betrekking op het versterken van het gezag van het openbaar ministerie over de opsporing. Ten slotte bestond de noodzaak tot de verruiming van de wettelijke mogelijkheden, voor de opsporing van terrorisme gerelateerde zaken.

Niettemin vallen uit de wetsgeschiedenis bij artikel 132a Sv belangrijke aanknopingspunten af te leiden voor, hoe het begrip opsporing moet worden geduid, in relatie tot controlehandelingen uitgevoerd door opsporingsambtenaren. In de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden was de wettelijke constructie van het opsporingsbegrip er op gericht het gezag van het openbaar ministerie te versterken. Het opsporingsbegrip moet dan ook gezien worden als een destijds geformuleerde respons op die problematiek. De verruiming van het opsporingsbegrip is primair beoogd in relatie tot de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Daarnaast heeft de wetgever gesteld dat het gezag van het openbaar ministerie zich uitstrekt over het uitoefenen van al die handelingen, waartoe bijzondere opsporingsambtenaren op grond van bijzondere wetgeving in het belang van de opsporing bevoegd zijn.

Het voorgaande leidt daarmee tot de conclusie dat de wetgever in de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden heeft beoogd een 'ruim opsporingsbegrip' te introduceren, hetgeen mede omvat de toepassing van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren. In de wetsgeschiedenis is geen expliciete aandacht besteed aan de verhouding tussen het ruime opsporingsbegrip en toezichthouders, die 'zuiver' optreden in het kader van bestuursrechtelijke controle. Opgemerkt is dat niet beoogd is een verandering aan te brengen in de verhouding tussen opsporing en controle.

Vervolgens heeft de wetgever in de Wet tot verruiming van de mogelijkheden tot bestrijding van terrorisme het belang onderstreept van het 'doel waarmee het onderzoek' plaatsheeft. Voor zover met het oog op de naleving van deze voorschriften tevens zou zijn voorzien in een bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium, bepaalt steeds het doel van het onderzoek of sprake is van opsporing of toezicht, aldus de wetgever. Uit deze wetsgeschiedenis volgt niet dat de wetgever beoogd heeft het eerder genoemde 'ruime opsporingsbegrip' in te perken, in die zin dat het uitoefenen van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren buiten het gezag van het openbaar ministerie zou vallen. Integendeel; de door de wetgever geïntroduceerde om-

schrijving van opsporing blijft zijn begrenzing vinden in het doel waarop het onderzoek is gericht. Daarbij gaat het om de vraag in hoeverre het onderzoek gericht is op het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Dit dient volgens de wetgever het onderscheidende criterium te zijn, in relatie tot het 'toezicht', als geregeld in de Algemene wet bestuursrecht.

Tot welke conclusies strekt het voorgaande in relatie tot de normering van controlehandelingen in de context van het strafproces? Op basis van de voorgaande overwegingen van de wetgever en de interpretatie daarvan wordt het volgende geconcludeerd met betrekking tot welk optreden tot 'opsporing' gerekend kan worden. Daarbij kunnen drie categorieën ambtenaren onderscheiden worden:

a) Opsporingsambtenaren
b) Bijzonder opsporingsambtenaren[498] (al dan niet tevens toezichthouder)
c) Toezichthouders[499]

De beschreven wetsgeschiedenis leidt er toe dat het door de onder a) en b) beschreven ambtenaren uitoefenen van controlebevoegdheden gerekend kan worden tot het ruime opsporingsbegrip. Daarbij geldt dat in het geval van categorie a) gedacht kan worden aan functionarissen van de KMar die controlebevoegdheden toepassen op basis van de Vreemdelingenwet. In het geval van categorie b) kunnen de Douaneambtenaren als voorbeeld dienen, die bij constatering van een strafbaar feit gebruik kunnen maken van hun positie als bijzonder opsporingsambtenaar. In het geval van categorie c), toezichthouders van de AFM bijvoorbeeld, kan dit niet tot de wettelijke definitie van opsporing worden gerekend. Daarbij geldt dat in de overwegingen van de wetgever impliciet besloten ligt dat het opsporingsbegrip geschreven is voor ambtenaren met een 'opsporingsbevoegdheid'. De zuivere toezichthouders missen die status en worden in feite door de wetgever geplaatst onder de noemer van het 'toezicht als geregeld in de Awb'. Dat is ook in lijn met het strafvorderlijk uitgangspunt, dat het gezag van het openbaar ministerie betrekking heeft op opsporingsambtenaren. Op dit punt wordt nog nader teruggekomen.

3.7.3.2. Argumenten tegen de jurisprudentie van de Hoge Raad: het ruime opsporingsbegrip

Het belangrijkste argument tegen de beperkte benadering van de Hoge Raad in met name de MTV-arresten is de wijze waarop de wetgever het begrip opsporing geduid heeft. De rechtspraak van de Hoge Raad bij de uitleg van de term 'voorbereidend onderzoek' is in strijd met die overwegingen van de wetgever. Zoals die analyse heeft laten zien was het de wens van de

[498]. Knigge en Kwakman schreven dat het gegeven dat toezichthouders in principe een beperkte opsporingsbevoegdheid krijgen, zijn verklaring zal vinden in het feit dat de *repressieve* (dus op strafrechtelijke handhaving gerichte) controle doorgaans een belangrijk onderdeel van hun takenpakket zal blijven vormen. Knigge en Kwakman, a.w., p. 308.Voor voorbeelden van toezichthouders en bijzondere opsporingsambtenaren noemt Kwakman: 'Toezichthoudende ambtenaren (inspecteurs, controleurs), aangewezen bij of krachtens bijzondere wetten en verordeningen, en belast met het houden van bestuurlijk toezicht op de naleving van hetgeen in die wetten of regelgeving is voorgeschreven. Voorbeelden van BOA's zijn: sociaal rechercheurs, jachtopzieners, bos- en parkwachters, milieucontroleurs, reinigingsagenten, parkeercontroleurs, brug- en sluiswachters, havenmeesters, controleurs openbaar vervoer, inspecteurs arbeidstijdenwet, brandweercommandanten, medewerkers bouw- en woningtoezicht, controleurs gemeentelijke belasting, marktmeesters, leerplichtambtenaren, ambtenaren van politie in de zin van art. 3-1-b Polw (ondersteunend en administratief personeel) zoals controleurs Vreemdelingenwet, medewerkers verwerking bekeuringen, medewerkers bewaking transport, technisch rechercheurs, technisch controleurs verkeer, technisch controleurs milieu, CIE-analisten'. Zie N.J.M. Kwakman, 'De verhouding tussen het Wetboek van Strafvordering, de opsporingsbevoegdheden in bijzondere wetten en de buitengewone opsporing' in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 604.

[499]. Toezichthouders zijn de personen die bij of krachtens wettelijk voorschrift zijn belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde of krachtens enig wettelijk voorschrift (art. 5:11 Awb).

wetgever om het gezag van het openbaar ministerie zich tevens te doen uitstrekken, tot handelingen van opsporingsambtenaren uitgevoerd in het kader van controle.

Uit het 'MTV-arrest' volgt dat de Hoge Raad het door de KMar uitgevoerde onderzoek bij voorbaat niet als vormverzuim aanmerkt in de zin van artikel 359a Sv. Dit viel namelijk buiten het verband van het voorbereidend onderzoek. Ten aanzien van het toepassen van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren hanteert de Hoge Raad daarmee een 'beperkt opsporingsbegrip'. Ook uit diverse andere rechtspraak van de Hoge Raad blijkt, dat het bestuursrechtelijk onderzoek uitgesloten wordt van toetsing door de strafrechter in het kader van gestelde vormverzuimen op voet van artikel 359a Sv. Het was echter juist de wens van de wetgever, om het gezag van het openbaar ministerie zich tevens te doen uitstrekken, tot handelingen van opsporingsambtenaren uitgevoerd in het kader van controle. Daarbij geldt specifiek in die MTV-zaken dat 'a posteriori' het doel van het controleonderzoek bestond uit de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Dat is overigens op zichzelf een volstrekt legitieme juridische doelstelling. Tegen de achtergrond van de wetsgeschiedenis laten die beslissingen van de Hoge Raad zich echter moeilijk rijmen. Ook Borgers had in dit verband opgemerkt dat de Hoge Raad de consequenties van het 'ruime opsporingsbegrip' moeilijk heeft doordacht.

Daarbij kunnen die behandelde uitspraken van de Hoge Raad in onderlinge samenhang bezien tegenstrijdig. In de behandelde 'MTV- arresten' werden controlehandelingen ter toetsing in het strafproces op de rechtmatigheid uitgesloten. Daarentegen acht de Hoge Raad een dergelijke toetsing wel weer toelaatbaar in de zaken HR 29 mei 2007, *NJ* 2008, 14 en HR 1 november 2016 ECLI:NL:HR:2016:2454.

Er vallen in deze huidige jurisprudentie voorts twee relativeringen te maken. Eén is dat het beperkte bereik van artikel 359a Sv onverlet laat, de gevallen waar het gebruik van bewijsmateriaal centraal staat, in verband met artikel 6 EVRM. Concreet geformuleerd; er hoeft geen vormverzuim ex artikel 359a Sv te zijn begaan, om het argument aan te kunnen voeren dat gebruik van bepaald bewijs strijdig is met die EVRM bepaling. Dit betekent dat een argument gebaseerd op het te bespreken nemo tenetur-beginsel het formele kader van artikel 359a Sv kan 'omzeilen' doordat hier de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM centraal staat. Het bestuursrechtelijk controleonderzoek staat bijvoorbeeld dan op zichzelf niet ter discussie, maar het gebruik van eventueel bewijs in de strafzaak dat tijdens dat onderzoek is verzameld.

De tweede nuance is te ontlenen aan de zaak HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14. Theoretisch gezien kan met de wijze waarop de Hoge Raad het bereik van artikel 359a Sv interpreteert, niet verklaard worden waarom deze zaak inhoudelijk kon worden beoordeeld. Dat douaneonderzoek had immers – evenals die in de MTV-zaken – plaatsgehad buiten het verband van het voorbereidend onderzoek. Een plausibele verklaring voor het feit dat dit onderzoek wel inhoudelijk aan de orde werd gesteld, is gelegen in de ernst van de gemaakte inbreuk in relatie tot het maatschappelijk belang om dat aan de strafrechter voor te leggen. Het ging hier om de wettelijke grondslag voor lichamelijke visitatie door douaneambtenaren. Gelet op de maatschappelijke relevantie van de zaak – ook de Ombudsman had uitgebreid gerapporteerd – achtte de Hoge Raad wellicht teveel druk aanwezig om de zaak 'formalistisch' af te doen. Als benoemd kan niet gesteld worden dat de Hoge Raad op deze zaak terug is gekomen, getuige de eigen verwijzing naar deze zaak in het arrest van HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308.

Wat betekent deze discrepantie nu? Gesteld kan worden dat wanneer de aangevoerde 'onregelmatigheid' in het controleonderzoek maar 'zwaar genoeg' is, de Hoge Raad onder druk van het maatschappelijk belang daar een rechterlijk oordeel over te verkrijgen, bereid is over de formele

hindernis van artikel 359a Sv heen te stappen. De verdediging doet er dus verstandig aan, met het arrest uit 2007 in de hand, de ernst van de inbreuk te accentueren. Dat leidt overigens tot de paradoxale situatie – hetgeen impliciet besloten ligt in voornoemd arrest – dat om in aanmerking te komen voor beoordeling aan de hand van 'vormverzuim', eerst het geschetste onrecht beoordeeld moet worden, opdat deze van voldoende gewicht kan worden aangemerkt. Dat is de juridische beoordeling omdraaien.[500]

3.7.3.3. Argumenten tegen de jurisprudentie van de Hoge Raad: het 'EHRM' perspectief
Voorts kan gesteld worden, dat de wijze waarop controleonderzoek al dan niet wordt uitgesloten van rechterlijke toetsing in het strafproces, in contrast staat met de wijze waarop het EHRM de strafprocedure beoordeelt. Met betrekking tot de vraag of sprake is van een 'eerlijk proces' als bedoeld in artikel 6 EVRM, beoordeelt het EHRM de procedure 'als geheel'. Daarbij maakt het EHRM geen formalistisch onderscheid tussen de verschillende fasen van het onderzoek.

Het gerechtshof Den Haag wees in de 'MTV I-zaak' ook op vaste rechtspraak van het EHRM, waarbij voor de toepassing van het EVRM geen doorslaggevend belang wordt verbonden aan de indeling van bevoegdheden naar het nationaal recht van de lidstaten. Eén van de uitvloeisels van het voornoemde EHRM perspectief, leidde ertoe dat de enkele omstandigheid dat een vergelijkbare vrijheidsbeperkende bevoegdheid in het bestuursrecht regeling heeft gevonden, tegen de achtergrond van het voorgaande niet maakt, dat een onrechtmatig gebruik van de bestuursrechtelijke bevoegdheid strafvorderlijk zonder rechtsgevolgen dient te blijven, aldus het hof. De nationale classificatie van een onderzoek – zoals in het voorbeeld van het MTV-arrest – kan immers tot een middel verworden voor de overheid, om geen verantwoording voor aansprakelijkheid voor onrechtmatigheden in het strafproces af te leggen, die betrekking hebben op het controleonderzoek.

Tevens geldt dat de wijze waarop controleonderzoek al dan niet wordt uitgesloten van rechterlijke toetsing in het strafproces, in contrast staat met de wijze waarop het EHRM de strafprocedure beoordeelt. Met betrekking tot de vraag of sprake is van een 'eerlijk proces' als bedoeld in artikel 6 EVRM, beoordeelt het EHRM de procedure 'als geheel'. Daarbij maakt het EHRM geen formalistisch onderscheid tussen de verschillende fasen van het onderzoek. Daarentegen leidt de rechtspraak van de Hoge Raad tot onwenselijke 'divergentie' tussen het bestuurs-en strafrecht. Overheidsgedragingen kunnen dan in het bestuursrecht wel aan rechterlijke toetsing onderworpen worden – in het kader van de boeteprocedure – maar niet in de strafrechtelijke procedure. Dat heeft aldus een 'ongenormeerd' deel van overheidsoptreden in het strafproces tot gevolg. Deze juridische divergentie vindt met name plaats daar waar ambtenaren uitsluitend met controlebevoegdheden zijn toegerust. Gelet op de 'vloeiende overgang' tussen controle en opsporing, terwijl beide (in beginsel) gericht zijn op de handhaving van dezelfde regelgeving), valt niet in te zien waarom op basis van artikel 359a sv een formalistische drempel opgeworpen

[500]. Kuiper schrijft over de MTV-zaken nog het volgende. Kort gezegd stelt hij enerzijds dat de vraag of de mogelijkheid tot het bieden van compensatie, voor op de rechten van de verdachte gemaakte inbreuken om toetsing door de zittingsrechter van dit onrechtmatig optreden noopt, ontkennend moet worden beantwoord. Ten eerste is volgens hem de aard van de inbreuk niet heel ingrijpend. Staande worden gehouden en daarbij om een verblijfsdocument worden gevraagd is heel wat anders dan de eerder genoemde '100%-controles' uit het Douane-arrest, waarbij de natuurlijke openingen en holten van het lichaam kunnen worden geïnspecteerd. Voorts reisden beide verdachten Nederland in, terwijl zij wisten dat dat niet mocht. Het feit dat strafbaar handelen wordt ontdekt geldt niet als een vorm van nadeel. Anderzijds stelt Kuiper dat het debat in cassatie niet over het voorgaande is gevoerd, gezien de door de Hoge Raad opgeworpen formele drempel. Zie Kuiper, a.w., p. 244-245.

zou moeten worden.[501] Zulks in het kader van de beoordeling van de vermeend onregelmatigheden in de controlesfeer, in het strafproces.

3.7.3.4. Voorgestelde benadering

Voor de eerder genoemde categorieën ambtenaren a) en b), respectievelijk de opsporings- en bijzonder opsporingsambtenaren, is de 'oplossing' eenvoudig. De Hoge Raad kan hier aansluiten bij zijn eigen arrest van HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14 en de daaruit voortvloeiende benadering 'consequent' toepassen. Er zij nogmaals op gewezen dat dit arrest genoemd is in het overizchtsarrest van HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308. Een dergelijke consequentie toepassing leidt dan tot het volgende. De toepassing van controlebevoegdheden door ambtenaren die tevens met opsporingsbevoegdheid zijn toegerust, kan dan geschaard worden onder het ruime opsporingsbegrip. Daarmee kan het optreden van dergelijke ambtenaren onder het bereik gebracht worden van de definitie van het 'voorbereidend onderzoek'. Aldus is artikel 359a Sv van toepassing. Dit is in lijn met de bedoeling van de wetgever, voorzover het optreden van die ambtenaren een relatie heeft met strafrechtelijke afdoening. In deze visie is een groot deel van het probleem opgelost, gezien veel ambtenaren zowel toezichthouder, als bijzonder opsporingsambtenaar zullen zijn.

Het 'werkelijke' probleem is dan ook gelegen in de ambtenaren vallende onder categorie c): de ambtenaren uitsluitend als toezichthouder aangesteld. Eerder is de benadering van Peçi en Sikkema onder de aandacht gebracht om het controleonderzoek van de AFM als 'ruime opsporing' aan te merken. Beide auteurs concludeerden dat in die benadering echter een probleem ontstaat, aangezien de officier van justitie geen gezag heeft over een dergelijk onderzoek. In de definitie van artikel 132a Sv is dat gezag een genoemd aspect om van 'opsporing' te kunnen spreken. Die benadering – het opsporingsonderzoek nog ruimer interpreteren, zodat dit het zuivere controleonderzoek omvat – stuit inderdaad op een aantal fundamentele strafvorderlijke problemen. Met Borgers kan worden ingestemd, dat dit een onoverkomelijk knelpunt oplevert gelet op de systematiek van strafvordering. De officier van justitie heeft immers slechts gezag ten aanzien van ambtenaren met opsporing belast (artikel 152 Sv). Dat zijn die AFM ambtenaren niet. Daarnaast zou de verbaliseringsplicht van toepassing moeten zijn (artikel 148 Sv); welke juist beperkt is tot die opsporingsambtenaren. Een perspectief om het onderzoek dat wordt uitgevoerd door ambtenaren die 'uitsluitend' met controle zijn belast, formeel juridisch te construeren als opsporing, lijkt mij onwenselijk. Dit leidt tot fundamentele frictie met het strafvorderlijk stelsel voor wat betreft de verbaliseringsplicht en het gezag van de officier van justitie.

De volgende heeft de voorkeur. Ten eerste geldt dat voor zover artikel 6 EVRM aan de orde is, artikel 359a Sv 'omzeild' kan worden. Er moet dan een verband bestaan tussen gedragingen in het controleonderzoek en een inbreuk op artikel 6 EVRM. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn, daar waar gesteld wordt dat hetgeen tijdens het controleonderzoek werd uitgevoerd, feitelijk opsporingsonderzoek behelsde, waarmee de waarborgen die de verdachte toekomen omzeild werden. De Hoge Raad heeft ook 'ruimte gecreëerd' voor deze 'artikel 6 EVRM categorie' in zijn overzichtsarrest (HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308 (par. 2.4.4.). Toepassing van bewijsuitsluiting kan dan noodzakelijk zijn ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM, zoals daaraan mede door het EHRM uitleg is gegeven, aldus de Hoge Raad.

[501]. Daarbij kan andermaal gewezen worden op hetgeen in Strafvordering 2001 is opgemerkt omtrent de relatie tussen controle en opsporing. Volgens Strafvordering 2001 is er bij handhaving vóór verdenking en handhaving na verdenking geen wezenlijk verschil is. Zie Knigge en Kwakman, a.w., p. 283.

De hier genoemde categorieën voorzien niet in de gedachte dat het optreden van 'zuivere' toezichthouders – zonder meer – door de strafrechter getoetst kan worden. Het is een werkbare oplossing voor een juridisch conceptueel probleem. Echter, evenmin is in deze visie (nog) sprake van een 'ongenormeerd juridisch vacuüm'. De met name voor de 'sfeerovergang' belangrijkste verdedigingsrechten – afgeleid uit het nemo tenetur-beginsel – kunnen namelijk in de voorgestelde benadering wel degelijk inhoudelijk getoetst worden in het strafproces.

Ten slotte moet nog opgemerkt worden dat deze benadering niet tot een 'Pandora's box' van bestuursrechtelijke verweren hoeft te leiden. Immers, in het kader van die vormverzuimen is de toets dat de verdediging aangeeft welk voorschrift is overschreden, wat de ernst daarvan is en ten slotte het nadeel wat de verdachte daardoor heeft geleden (zie HR 21 januari 2014, *NJ* 2014/106). De eerder aangehaalde Klimop-zaak vormt een goed voorbeeld, hoe die toetsing tot een (zeer) compacte verwerping van een uitgebreid verweer leidde. In eerste aanleg was door de verdediging uitvoerig ingegaan op de onrechtmatigheid van het door de fiscus uitgevoerde controleonderzoek. Het hof verwees eerst naar voornoemde toetsingscriteria. Vervolgens overwoog het hof dat het gevoerde verweer niet aan die eisen voldeed; wat leidde tot een bondige verwerping van het verweer.[502]

[502]. Hof Amsterdam 27-02-2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:631: 'Het voren overwogene brengt mee dat van de verdediging, die een beroep doet op schending van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv, mag worden verlangd dat duidelijk en gemotiveerd aan de hand van genoemde drie factoren wordt aangegeven tot welk in art. 359a Sv omschreven rechtsgevolg dit dient te leiden. Alleen op een zodanig verweer is de rechter gehouden een met redenen omklede beslissing te geven (vgl. HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376, r.o. 3.7). Naar het oordeel van het hof voldoet het door de raadslieden gevoerde verweer niet aan de eisen, zoals die zijn geformuleerd in de rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. HR 21 januari 2014, *NJ* 2014/106). Immers, slechts wordt aan de hand van een 'geschetst scenario' (par. 155, Hoofdstuk II, Deel I, pleitnotities d.d. 8 december 2014) betoogd dat sprake is van een ernstige schending van de wet en de beginselen van behoorlijke procesorde, wat dient te leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie (par. 179, 182, 184, 185, 186 Hoofdstuk II, Deel I, pleitnotities d.d. 8 december 2014). Verder wordt in het geheel niet onderbouwd waaruit het nadeel zou hebben bestaan dat is veroorzaakt door de door de raadslieden gestelde onherstelbare vormverzuimen. Hierbij merkt het hof op dat het belang van de verdachte dat de door hem gepleegde strafbare feiten niet worden ontdekt, niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang (vgl. HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145). Het verweer behoeft derhalve geen verdere bespreking.'

HOOFDSTUK 4.

De historische achtergrond van het nemo tenetur-beginsel

'If speech and belief had been free, rather than subject to the laws of heresy and seditious libel, the right against self-incrimination might never have developed.'

Leonard W. Levy[503]

4.1. Inleiding

Engeland, Smithfield, 1537: John Lambert wordt aan een paal vastgebonden en verbrand als ketter. Op instigatie van Sir Thomas More was er een 'inquisitie' ingesteld naar de religieuze opvattingen van Lambert. Hij werd ervan verdacht zich bekeerd te hebben tot het protestantisme. In het kader van het onderzoek naar die verdenking moest Lambert zweren naar waarheid te verklaren. Hij kreeg vijfenveertig vragen voorgelegd; feitelijk stellingen bemanteld als vragen. Deze waren zo geformuleerd dat ze Lambert's opvattingen zouden onthullen. Lambert weigerde te verklaren en antwoordde als een voorbestemde martelaar:

> 'though I did remember…yet were I more than twice a fool to show you thereof; for it is written in your own law, 'No man is bound to bewray himself'.

Aan die woorden zou Lambert hebben toegevoegd: 'Nemo tenetur prodere seipsum'.[504] Vrij vertaald betekent het nemo tenetur-beginsel dat niemand gehouden is bewijs tegen zichzelf te leveren. Het beschermt dus nadrukkelijk de procespositie van de verdachte, door het waarborgen van diens processuele autonomie. In dit hoofdstuk staat centraal, de juridisch-historische verkenning naar het ontstaan van dit beginsel, tot en met de implementatie daarvan in ons wetboek van Strafvordering. Een belangrijke rol daarbij is weggelegd voor de zeventiende eeuw in Engeland. Op de achtergrond speelde een religieus conflict tussen de Anglicaanse kerk enerzijds, en katholieken en puriteinen anderzijds. Gedurende die tijd oefende de Engelse vorst toenemende repressie uit op politieke en religieuze dissidenten. Instrumentaal daarvoor waren de speciale tribunalen: Star Chamber en de High Commision. Deze bediënden zich van de type procedure waaraan zoals beschreven John Lambert ten prooi viel. Dit heeft tot toenemend verzet geleid, waarbij uiteraard een beroep werd gedaan op het nemo tenetur-beginsel.

Volgens Levy ontstonden de eerste uitdrukkingen van het nemo tenetur-beginsel gedurende die politieke strijd in de zeventiende eeuw in Engeland. Daarbij ging het over het dispuut over de 'legaliteit' van de 'ex officio' eed, die gebruikt werd door de Engelse ecclesiastical courts. Levy ziet het zwijgrecht geboren uit de strijd tussen die 'rivaliserende' procedures van de strafrechtelijke procedure. Voornamelijk in de Amerikaanse literatuur is veel belangstelling geweest, voor de ontwikkelingsgeschiedenis van het zwijgrecht (vervat in the 'fifth Amendment'). Er heeft een ware 'scholenstrijd' bestaan over de vraag of het nemo tenetur-beginsel te danken is

---

503. L.W. Levy, 'Origins of the fifth and its critics', *19 Cardozo L. Rev. 821* 1997-1998, p. 830.

504. Het voorgaande is het openingstafereel in Levy's meesterwerk aangaande de geschiedenis van het nemo tenetur-beginsel. L.W. Levy, *Origins of the Fifth Amendment*, Chicago: Ivan R. Dee 1968, p. 3. Levy vangt aan met de conceptuele opmerking dat, hij de 'nemo tenetur' bescherming niet opvat als een 'privilege' maar als een 'recht'. Hij spreekt in zijn boek consequent over 'the nemo tenetur maxim'. Dit zal aangeduid worden als de 'nemo tenetur' bescherming. Dat is aldus geen letterlijke vertaling, maar geeft in mijn optiek wel goed de essentie weer.

geweest aan de 'Ius Communue' of de 'Common Law'. Onder de term ius commune wordt het Romeins-canonieke recht verstaan, wat in Europa vanaf de elfde eeuw werd onderwezen. Het begrip 'common law' duidt op het gemeenschappelijk recht zoals dat gold in Engeland.

Het nemo tenetur-beginsel heeft onmiskenbaar zijn wortels in de oude teksten van de canonieke geleerden. Het is daar waar de term letterlijk vandaan is gekomen. De phrase 'nemo tenetur prodere seipsum' is afkomstig van de kerkvader Sint Johannes Chrysostomus. Met die constatering eindigt echter de overeenstemming in het rechtshistorisch debat. Tegenover Levy stonden de schrijvers (hoofdzakelijk) verenigd in de 'Chicago school'.[505] Deze beriepen zich juist op de waarde van de canonieke teksten, ten tijden van de Engelse religieuze repressie in de zeventiende eeuw. Bij de bespreking van deze materie, zal uiteengezet worden waarom de oorspronkelijke 'Levy these' de meest plausibele verklaring biedt, voor de ontwikkeling van de nemo tenetur rechtswaarborg.

De ontwikkelingsgeschiedenis van de Nederlandse Strafvordering aan het eind van de negentiende eeuw, heeft zich op haar beurt in belangrijke mate laten inspireren door de Engelse benadering van het zwijgrecht. Voor de normering van de sfeerovergang is het aldus van groot belang te bezien welke keuzes de wetgever heeft gemaakt en op welke gronden, voor wat betreft de toepassing van die nemo tenetur rechtsbescherming. Daarbij zal ingegaan worden hoe de Hoge Raad in decennia na de introductie van het wetboek van Strafvordering, het zwijgrecht heeft toegepast. Tevens zal de rechtspraak aangestipt worden omtrent het cautieverzuim, nadat de caution in 1974 weer geherintroduceerd was. De strafrechtelijke jurisprudentie omtrent de toepassing van het nemo tenetur-beginsel komt voorts uitgebreid in hoofdstuk 8 aan de rode. Daarnaast vormt de wijze waarop het EHRM invulling heeft gegeven aan het beginsel het onderwerp van het volgende hoofdstuk.

In dit hoofdstuk wordt inzichtelijk hoe de ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel is verlopen en wat de reikwijdte van het beginsel is (geweest). In welke rechtsbronnen heeft het beginsel zijn wortels? Hoe is het precies tot ontwikkeling gekomen en wat werd er onder verstaan? Ten slotte is van belang hoe de strafvorderlijke wetgever dit beginsel voor ogen stond. Wanneer inzichtelijk wordt hoe de ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel vorm heeft gekregen, kan de functie van het beginsel in onze huidige tijdsgeest beter begrepen worden. De discussie over de reikwijdte van nemo tenetur duurt aantoonbaar al honderden jaren. De vraag is wat het beginsel dient te betekenen. Op haar beurt is die vraag nauw verbonden met de gewenste maatschappelijke orde, waar het beginsel deel van uitmaakt. Zoals aan de orde zal komen, is de werking van het beginsel nauw verbonden geweest met geldende processtructuur. Daarom zal worden aangevangen met de overgang van het 'sacraal-formalistisch' accusatoir proces, naar het inquisitoir proces.

4.2. Het sacraal-formalistisch accusatoir proces

Er bestaat een belangrijk verband tussen de wijze waarop een strafproces juridisch vormgegeven wordt, en het 'type samenleving' waarin dit strafproces plaatsvindt. De periode die hier bestreken wordt, heeft betrekking op de 'Oud-Germaanse' tijd (tot de zevende eeuw n.Chr.) en de 'Frankische' tijd (ongeveer 700 – 1000 n.Chr.). Er bestaat een directe relatie tussen de structuur van het strafproces, en het absoluut Christelijk wereldbeeld, dat de samenleving beheerst. Die structuur van het strafproces wordt gekenschetst als 'accusatoir' van aard. De reden daar-

[505]. Zie R.H. Helmholz e.a., The Privilege against Self-Incrimination. Its Origins and Development, Chicago: The University of Chicago Press 1997.

voor is dat het strafproces in die periode voornamelijk plaats vindt, op initiatief van een (vermeend) slachtoffer. De vervolging vindt aldus plaats op basis van de 'accusatio'. Diegene die de aanklacht uitte, trad in het proces als aanklager op. Zodoende stonden aanklager en beklaagde als twee gelijkwaardige procesdeelnemers tegenover elkaar. In dat opzicht was er geen principieel verschil met een civiel proces.[506] Binnen de context van dat proces vervulde de rechter een lijdelijke functie, vergelijkbaar met een civiel proces.

De wijze waarop de bewijsvergaring plaatshad en de rechter uiteindelijk tot zijn oordeel kwam, is te karakteriseren als 'sacraal-formalistisch'. Het proces was ritualistisch van aard en gebaseerd op het Christelijk geloof. De taak van de rechter was 'lijdelijk' van aard: hij velde geen oordeel, maar stelde vast hoe het geschil beslecht zou gaan worden. Daarbij betrof het de wijze van de bewijsvergaring. In het kader van die bewijsvergaring werd gebruikt gemaakt van 'proeven', ook wel 'Godsoordelen' genoemd. Aan het afleggen van die proeven kwam doorslaggevende betekenis toe, bij het bereiken van het rechterlijk oordeel. De beklaagde was in beginsel niet gehouden om bewijs tegen zichzelf te leveren.[507] Integendeel; de beklaagde persoon kwam – indien hij het feit ontkende – het 'privilege' toe, zichzelf te zuiveren van de strafrechtelijke aanklacht door het afleggen van die 'Godsproeven'. Deze proeven konden uiteenlopende vormen aannemen.[508] Een bekende methode was het afleggen van een 'verdisculperende eed'. Daarbij kon de beklaagde gebruik maken van 'eedhelpers'. Levy schrijft dat de eedhelpers aanvankelijk zweerden op basis van hun eigen kennis over de waarheid van de stelling van de beklaagde. Later werden het meer 'character witnesses', waarbij hun eed betrekking had op de betrouwbaarheid van de eed van de beklaagde. De beklaagde moest een bepaald aantal eedhelpers naar voren brengen én deze moesten zweren op een exact voorgeschreven wijze, zonder fout. Een fout in het zweren, deed de eed 'barsten' en bewees de schuld van de beklaagde.[509]

Voorts is van belang dat op God gezworen werd, dat de beklaagde onschuldig was en de waarheid sprak. Het leugenachtig verklaren zou ernstige consequenties in het hiernamaals hebben. De onsterfelijke ziel zou in gevaar gebracht worden. Er werd immers gezworen in naam van God de waarheid te spreken. De repercussies van het valselijk verklaren, waren dus primair verbonden met het hiernamaals.[510] De eed was onlosmakelijk verbonden met het geloof, en illustreert het sacrale element van het proces.

Een veel grimmiger karakter namen de fysieke 'proeven' aan. De beklaagde riep God aan om zijn onschuld te aanschouwen. Bij die proeven kon koud water, kokend water, of heet ijzer gebruikt worden. Wanneer de beklaagde in gezegend water ondergedompeld gebracht zou worden, zou het water een onschuldige 'opnemen' en een schuldige doen afstoten. De onschuldige

---

[506]. Levy, a.w., p. 4-5. Zie ook J.H. Drenth, *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam 1939, p. 236: 'Aanvankelijk bestond er maar één principe van strafvervolging, namelijk die door den beleedigden persoon of zijn familieverwanten zélf. De Overheid bemoeide zich er niet mee. *Strafvervolging* was *privaatzaak,* geschiedde alleen op klacht, accusatio. Vandaar de benaming '*accusatoir.'*

[507]. Om die reden stelt Ansmink: 'De positie van de beschuldigde in deze zogenaamde accusatoire procedure is vrij gunstig: 'zijn vrijheid wordt in geen enkel opzicht beperkt. Er is geen sprake van dat hij zou moeten meewerken om bewijs tegen zichzelf te leveren.' A.A. Ansmink, 'Het meewerken van de verdachte aan zijn veroordeling en art. 209 Sv', *RM Themis* 1981, p. 431. Dat is echter een ernstige simplificatie. Die gelijkwaardige procespositie toont aan dat een op zichzelf accusatoir proces, geenszins gelijk te stellen is met een 'eerlijk' proces.

[508]. Wigmore: 'The time-worn compurgation oath had operated as a formal appeal to a divine and magical test or Gottesurtheil; there was no interrogation by the tribunal; the process consisted merely in daring and succeeding to pronounce a formula of innocence, usually in company with oath-helpers.' J.H. Wigmore, 'The privilege against self-incrimination; it's history', *15 Harv. L. Rev. 610* 1901-1902, p. 615.

[509]. Levy, 1968, a.w., p. 6. Zie ook Drenth, a.w., p. 186.

[510]. Levy, 1968, a.w., p. 5.

zou dus naar de bodem drijven. De schuldige naar de oppervlakte drijven. Van die test is later veelvuldig gebruik gemaakt bij de hekserijvervolging. Een andere proef hield in dat de beklaagde zijn hand in kokend water moest stoppen, of in rood heet ijzer. Wanneer deze na drie dagen een 'schone' wond zou hebben, dan zou de onschuld bewezen zijn. De zwaarte van de aanklacht bepaalde hoe diep de beklaagde zijn hand in het water of ijzer moest steken. Later werd hier nog (afkomstig van de Vikingen) 'trial by battle' aan toegevoegd.[511] God zou de overwinning aan de onschuldige schenken.

Voldeed de beklaagde aldus aan alle vormvereisten, dan werd zijn verklaring als waar aangenomen en was daarmee in beginsel het beslissende woord gesproken. Het gerecht toetste aldus of aan de 'formele' vereisten was voldaan; er werd geen zelfstandig onderzoek ingesteld.

4.3. De opkomst van de Inquisitie: de procedure ex inquisitionem

Dit systeem van het 'sacraal-formalistisch' accusatoir proces verdwijnt gedurende de tweede helft van de twaalfde eeuw, en de eerste helft van de dertiende eeuw. Hiervoor zijn drie voorname factoren aan te wijzen. Eén heeft betrekking op de ontwikkeling van het centrale 'wereldlijke' (niet-kerkelijke) gezag en het verlangen van dit gezag effectiever tegen criminaliteit op te treden. Naarmate de middeleeuwen vorderen en het centrale gezag zich nader manifesteert, heeft dit zijn uitwerking op de organisatie van de 'strafrechtelijke' vervolging. Met het toenemen van het 'landsheerlijke' gezag kregen ook de overheden belang bij het strafproces en gingen deze zelfstandig tot onderzoek over.[512] De bestraffing van ernstige misdaden 'ex officio' door een 'landsheerlijk officier' wordt dan de gewoonte.[513] De door de overheid geïnitieerde strafvervolging neemt aldus toe. Het oude sacraal-formalistische bewijsstelstel gebaseerd op de accusatoire procesvoering, werd meer en meer voorwerp van kritiek. Dit voldeed niet langer aan de behoeften uit die tijd om effectief op te treden tegen criminaliteit. Er ontstond een toenemende behoefte tot repressie van rondtrekkende criminele bendes. Daarvoor bestond niet hetzelfde mededogen als met de leden van de eigen gemeenschap.[514]

Als tweede factor geldt het toenemend 'rationeel besef', waarin steeds sterker getwijfeld wordt aan het waarheidsgehalte van bewijs geleverd door eedhelpers of godsoordelen. Het inzicht wint terrein dat de uitkomsten van dat oude sacraal-formalistische bewijsrecht onbetrouwbaar zijn. Onder invloed van het canonieke recht, wordt gezocht naar een nieuw meer geseculariseerd procesrecht, gericht op het verkrijgen van de materiële waarheid.[515] Er diende volledig

---

511. Levy, 1968, a.w., p. 7.
512. Drenth, a.w., p. 18.
513. E. Myjer, *Van duimschroef naar bloedproef. Beschouwingen over de regel dat niemand gedwongen mag worden zichzelf te belasten* (Preadvies voor de Nederlandse Vereniging van Rechtsvergelijking, no. 27), Deventer: Kluwer 1978, p. 5. Myjer verwijst naar W.C. van Binsbergen, *Inleiding strafrecht*, 3e druk Zwolle 1976, p. 19.
514. Zie ook Drenth, a.w., p. 189: 'Tot op het einde der 13e eeuw was het duel het uiterste bewijsmiddel geweest voor het geval de beschuldigde niet bekende en dus niet direct kon worden veroordeeld. Door de kerk was de tweekamp reeds verboden en voor de steden zoo goed als afgeschaft. De leemte, daardoor in de procedure ontstaan, diende noodzakelijk te worden aangevuld en, vooral op het platteland, moest naarmate de tweekamp meer in onbruik geraakte, 's-Graven waarheid algemeene toepassing vinden.'
515. J. H. Langbein, Torture and the law of Proof, Europe and England in the Ancien Régime, Chicago/London 1977, p. 6: 'The attempt to make God the factfinder for human disputes was being abandoned" (…) "The problem that confronted the legal systems of the church and of the secular governments (..) was to make this fundamental change acceptable in the tradition conscious and religiously devout societies of that day. How could men be persuaded to accept the judgment of professional judges today, when only yesterday the decision was being remitted to God? The Roman-canon law of proof solved the problem of how to make the judgment of men paltable. That judgment was to rest on certainty. It was to rest on standards of proof so high that no one would be concerned that God was no longer being asked to resolve the doubts. There could be no doubts.'

bewijs te zijn; ‘meer helder dan de zon op de middag’.[516] Het is aldus paradoxaal te noemen dat juist het kerkelijke recht, de drijvende motor was van een geseculariseerde procesvorm.

De derde factor die onder de aandacht gebracht moet worden, is de gradueel veranderende houding van de kerkelijke autoriteiten tegenover ketterij. In het midden van de dertiende eeuw verandert die houding aanzienlijk. In de kerkelijke strafprocedure is tot dan toe gebruik gemaakt van formele proeven en eedzweringen, om tot een oordeel te komen. Deze methoden voldeden niet langer voor de repressieve doeleinden van de kerk, mede in het licht van de grote bedreigingen waar de katholieke kerk zich voor geplaatst zag. De procedures die tot dan toe tot de kerk beschikbaar waren, waren archaïsch en ineffectief. De kerk zag massale ketterij als een groot gevaar. Op het vierde Concilie van Lateranen (1215), onder leiding van paus Innocentius III, werd aan het waarheidsgehalte van de uitkomst van godsoordelen zozeer betwijfeld, dat het aan de geestelijkheid verboden werd nog langer inzegeningen en wijdingen te verrichten bij godsoordelen.[517] Wigmore schrijft in dat verband:

> ‘The trial by ordeal was formally abolished by the church in 1215. The trial by compurgation oaths "was already becoming little better than a farce. There was a decided need of improvement in method. One of the marked expedients in this improvement was the inquisitional or interrogatory oath, introduced and developed in the early 1200's, chiefly by the decretals of Innocent III.’[518]

De macht en invloed van paus Innocentius III op de vormgeving van de nieuwe procedure, moet volgens Levy niet onderschat worden. Levy schrijft dat de Roomse kerk gezien moet worden als een destijds geldende ‘wereldmacht’. Paus Innocentius III kan als de ware ‘scourge of heretics’ worden gezien, in Levy’s woorden. De man was onder meer verantwoordelijk voor de beruchte ‘Albigensian Crusade, waarbij duizenden doden vielen. Die kruistocht kan als een vroege vorm van genocide worden gezien. Onder het leiderschap van de Paus zette de vierde Lateraanse Raad een nieuw beleid uiteen, onder meer bestaande uit een nieuwe strafrechtelijke procedure, de ‘inquisitio’.[519]

In die nieuwe kerkelijke procedure stond de materiële waarheid centraal. De aanklager moest in dat proces de schuld van de verdachte vaststellen, in plaats van de beschuldigde zijn onschuld. Dit proces werd gestimuleerd door het kerkelijke strafproces dat al langer en op eigen initiatief ‘per inquisitionem’ procedeerde. In die inquisitoire procesvoering wordt een beklaagde voorwerp van onderzoek. Tegenover het voordeel dat men nu met meer zekerheid kon garanderen dat degene die gestraft werd ook daadwerkelijk de hem telaste gelegde misdaad had begaan, stond echter dat de beklaagde object van onderzoek werd. Was tijdens het accusatoire proces sprake van een verhoor van de beklaagde, dat niet verder ging dan het hem voorhouden van de beschuldiging en het nagaan wat hij daarop antwoordde, zonder dat de rechter zich enigerlei moeite gaf hem tot een bekentenis te krijgen: in het inquisitoire systeem streefde men zozeer naar het onthullen van de volledige waarheid dat alle moeite werd aangewend om de bekentenis van de beklaagde te verkrijgen. Als hij immers had bekend was de optimale 'nieuwe

---

[516]. Levy, 1968, a.w., p. 27.
[517]. Levy, 1968, a.w., p. 19-25.
[518]. Wigmore, a.w., p. 614.
[519]. Zie daarover uitgebreid: E.C. Coppens, ‘De inquisitoire procedure in het canonieke recht’, in: *Misdaad, zoen en straf. Aspekten van de middeleeuwse strafrechtsgeschiedenis in de Nederlanden*, H.A. Diederiks en H.W. Roodenburg (red.), Hilversum: Uitgeverij Verloren 1991.

zekerheid' bereikt: *confessio regina Probationum*. Voor zover de beklaagde volledig zijn mond wenste te houden, werd hij gemakshalve *'pro confesso'* gehouden.[520]

De nieuwe procedure beschreef drie modellen van vervolgen. De eerste, de 'accusatio' was de traditionele vorm. Een privé persoon klaagde iemand aan op basis van bepaalde informatie. Deze werd aldus partij bij de vervolging en riskeerde zelf bestraft te worden wanneer de vervolging zou mislukken. De tweede vorm was de *'demunciatio'*. Een informant beschuldigde een bepaald persoon ten overstaan van een rechtbank. De rechter werd aldus partij bij de vervolging ex officio. Deze rechter voerde de vervolging namens de geheime aanklager.[521] De derde en hier belangrijkste vorm was de *'inquisitio'*. Hier vervulde de rechter drie rollen, beschuldiger, aanklager, rechter en jury. Er was een grond vereist voor de inquisitio. De rechter moest zich namelijk een oordeel vellen dat er *'probable grounds'* waren voor de vervolging. Het canonieke recht vereiste dat de beschuldiging moest berusten op infamia. Daarbij moest er een notoire verdenking zijn *(claosa insinuatio)* of *'common report' (fama)*, wat een soort publiek gerucht was. De inquisiteur zelf beoordeelde of deze gronden *(infamia)* in voldoende mate aanwezig waren. Zijn eigen verdenkingen konden ook voldoende zijn.[522]

Bij de 'inquisito' was een belangrijke rol weggelegd voor het gebruik van een zelf-incriminerende eed. Deze inquisitoire procedure, gelegen in de decreten van Paus innocentius III, leidde tot een duidelijke verandering in het canonieke recht van het oude accusatoire procesmodel. Deze procedure werd ingezet voor de 'overweldigende noodzaak' om het geloof tegen ketterij te beschermen.[523] In die nieuwe inquisitoire procedure, diende de verdachte te zweren de waarheid te verklaren; de eed *'vertiate dicenda'*. Volgens Levy was deze eed een val; een vorm van spirituele marteling, gebaseerd om de verdachte aan te zetten tot zelfincriminatie. Het inquisitoire proces was er op gericht een bekentenis te verkrijgen van de verdachte. Deze eed was voor dat doel onmisbaar. De beklaagde moest dus, de eed afleggen, of veroordeeld worden als schuldige. Maar, als hij de eed aflegde stelde hij zich juist bloot aan de vrijwel zekerheid van bestraffing voor meineed. Zijn leugen zou dan vervolgens worden geïnterpreteerd als bewijs van schuld.[524]

Deze geheime procedure, de inquisitoire eed en de tortuur werd bovendien de standaard procedure. Eerst werd deze alleen in 'extraordinaire' processen toegepast, maar al spoedig 'verviel' het gebruik daarvan tot routine. De effectieve vervolging van ketterij was volgens Wigmore grotendeels gebaseerd op deze nieuwe procedure.[525] Dit *inquisitoire* type strafproces werd ook in de wereldlijke rechtbanken het gebruikelijke. In dit extra-ordinaire strafproces lag het accent op het geheime vooronderzoek. De daarin afgelegde verklaringen van de verdachte en van de getuigen werden schriftelijk vastgelegd. Zij dienden als basis voor een veroordeling op de open-

---

[520]. Drenth, a.w., p. 64: 'Haar eenige en tevens hoogste doel met het opleggen van een bepaalde straf bestond in haar heilige roeping om den schuldige met God te verzoenen. Dáárom is haar straf voor den zondaar een weldaad en geen leed.'

[521]. Drenth, a.w., p. 69: 'Allengs kwam een andere procesvorm op, de denuntiatio, die hoewel zij ook in het laat-Romeinse recht niet onbekend was, toch hoofzakelijk in het canonieke recht ijverig werd toegepast.'

[522]. Wigmore beschrijft de canonieke discussie over de aanwezigheid van die 'infamia'. Het gaat aldus om de preliminaire omstandigheden waaronder de beklaagde onder ede gesteld kon worden te verklaren. De vraag was of de infamia gebaseerd konden worden op een getuigenverklaring, of bijvoorbeeld een officiële aanklacht. Zie Wigmore, a.w., p. 616. Zie ook Drenth, a.w., p. 84.

[523]. Levy, a.w., p. 20. Zo was Thomas van Aquino van oordeel dat er naar waarheid verklaard diende te worden en bepleitte hij de dood voor ketters, zodat hun ziel gered kon worden van corruptie.

[524]. Levy, a.w., p. 23.

[525]. Zie over deze eed in het kader van de procedure 'inquisitio' uitgebreid Wigmore, a.w., p. 614 e.v.

bare terechtzitting. De verdachte had in het vooronderzoek geen recht op bijstand van een raadsman; hij was louter object van onderzoek. Ook in het vervolg van de procedure waren zijn verdedigingsmogelijkheden zeer beperkt. De nadruk van het onderzoek lag op het verkrijgen van een bekentenis. Het streven de volledige waarheid te onthullen, maakte van de verdachte immers een onschatbare bron van informatie. Dat streven naar een bekentenis werd bovendien gestimuleerd doordat de rechterlijke bewijsvoering niet vrij maar gereglementeerd was. In vele gevallen had de rechter een bekennende verklaring nodig om tot een bewezenverklaring te komen. Dit verklaart de frequent toegepaste tortuur.

De inquisitie was volgens Levy een typisch geval van het doel heiligt de middelen. Het vereiste van absoluut bewijs, samen met de volhardende overtuiging van een inquisiteur om een ziel uit handen van Satan te houden, leidde tot de tirannie van de inquisitie, waarin de nadruk lag op het verkrijgen van een bekennende verklaring van de beklaagde.[526] In het jaar 1600 werd de inquisitoire procedure nog nader onderschreven door negen canonieke rechtsgeleerden. Er werd een verklaring opgesteld inhoudende een formeel standpunt aangaande de geldigheid een beklaagde onder ede te stellen, mits voldaan was aan bepaalde voorwaarden. Wigmore schrijft vervolgens hoe het eenduidige is te zien, hoe de fanatieke vervolging van ketterij ertoe leidde, dat de ex officio procedure, verwerd tot een onwettig proces, waarin op basis van speculatie getracht werd iets beslastends te vinden.[527]

Het gebruik van de inquisitoire ‘ex officio’ procedure werd voor het eerst in Engeland toegepast in 1246. Bisschop Grosseteste gebruikte deze procedure om onder meer de seksuele moraal van burgers te onderzoeken. Koning Henry III vaardigde echter koninklijke decreten uit, die deze procedure verbood. Gewone burgers mochten niet verplicht worden te verklaren. De ex officio verplichting gold alleen in huwelijks en erfrecht gerelateerde zaken.[528] Dit zou later verworden tot een ‘constitutionele’ grond, op basis waarvan de illegaliteit van de ex officio procedure zou worden bepleit.[529] Het is aldus opmerkelijk dat het gebruik van die inquisitoire procedure in het Engeland van de dertiende eeuw, wordt tegengegaan door de koninklijke bevelen. Engeland was volgens Levy in die tijd ook grotendeels gevrijwaard van hetgeen als ketterij werd beschouwd.[530]

4.4. De politiek-religieuze context van de Engelse burgeroorlog

Voor een verder begrip hoe de juridische strijd in Engeland ten aanzien van de inquisitoire heeft ontvouwd, is noodzakelijk stil te staan bij de politieke context. In de zeventiende eeuw gleed Engeland af in een Burgeroorlog, die het best valt te duiden als een serie van politieke en religieuze conflicten in de zeventiende eeuw.[531] Het gaat dus eerder om een periode van conflicten. De eerste (1642-1646) en tweede oorlog (1648-1649) plaatsten de aanhangers van King Charles I tegen de aanhangers van de ‘Long Parliament’. De derde oorlog (1649-1651) bestond uit gevechten tussen de aanhangers van koning Charles II en aanhangers van het ‘Roundparlement’. De oorlog eindigde met een ‘Parliamentarian’ overwinning bij de slag van Worcester op 3 september 1651. Uiteindelijk leidden de oorlogen tot de berechting en onthoofding van Charles I,

[526]. Levy, 1968, a.w., p. 27.
[527]. Wigmore, a.w., p. 616.
[528]. Levy, 1968. a.w., p. 47.
[529]. Levy, 1968, a.w., p. 53.
[530]. Levy, 1968, a.w., p. 41: ‘For the same reason, perhaps, the contagion of heresy scarcely infected England; her orthodoxy in religion until the late thirteenth century was also a settling force, a bulwark against the need for ecclesiastical inquisitions. When heresy became widespread in England, the accusatorial system was well established, and nationalism, anticlericalism, and the weakness of the papacy prevented a papal inquisition.’
[531]. L. Stone, The causes of the English Revolution 1529-1642, Londen: Routledge & Kegan Paul 1972.

de verbanning van zijn zoon Charles II en de vervanging van de monarchie door het Engelse Gemenebest (1649-1653) en vervolgens het Protectoraat (1653-1659) onder de heerschappij van Oliver Cromwell. Het monopolie van de Anglicaanse Kerk op de christelijke eredienst vond zijn einde. Een belangrijk precedent werd geschapen: de koning kon voortaan niet regeren zonder de toestemming van het parlement.[532]

Voor de verdere bespreking van de geschiedenis van het nemo tenetur-beginsel is met name de religieus-politieke context van belang, die aan de burgeroorlogen voorafging. Een belangrijke rol is daarbij weggelegd voor het conflict om de heersende godsdienst in Engeland. De Engelse koning was een voorstander van de Anglicaanse kerk. Daartegenover vonden zich de katholieken en puriteinen geplaatst. Het puritanisme is in de laatste kwart van de 16e eeuw opgekomen als reactie op de hoofdstroom van de Anglicaanse Kerk. De puriteinen wensten een volledigere religieuze reformatie. De puriteinen meenden dat in de Anglicaanse Kerk nog te veel Roomse elementen bewaard waren gebleven en pleitten daarnaast voor een striktere levenswandel en een persoonlijker beleving van het christelijk geloof.[533] De katholieken zochten het tegenovergestelde: een terugkeer naar de gewoontes en opvattingen van de katholieke kerk. Hoewel deze twee christelijke stromingen qua religieus wereldbeeld tegengesteld waren, vonden zij zich in zekere zin verenigd in het verzet tegen die Anglicaanse kerk.

4.5. Star Chamber en High Commission: de procedure 'ex officio'

Aldus bestonden de kiemen van de Engelse burgeroorlog al veel eerder in onder meer de genoemde religieuze twist. Het is die strijd welke met 'juridische middelen' werd voortgezet in de aanvankelijk geroemde, en later beruchte speciale kerkelijke gerechten. Het gaat hier om de speciale *'Star Chamber' (Camero stellata)* en *'High Commission'*. Het tribunaal van de *'Court of High Comission'* was door de Tudor monarchen gecreëerd om serieuze religieuze aanklachten te behandelen. Dit nieuwe tribunaal had de macht om boetes en vrijheidsstraffen op te leggen. De bevoegdheden strekten verder dan de oudere kerkelijke rechtbanken, die excommunicatie en publieke boetedoening konden opleggen.[534] De Star Chamber daarentegen, was 'geevalueerd' uit bijeenkomsten van de *'King's Council'*.[535] De zogenaamde *'Star Chamber Act'* van Koning Henry VII's tweede parlement (1487) creëerde niet zozeer de Star Chamber, maar creëerde een seperaat tribunaal van de King's general Council.[536] De taak was de common-law en equity rechtbanken 'aan te vullen' in civiele en strafzaken. De kenmerkende taakstelling van de Star Chamber bestond eruit, zorg te dragen dat de wet eveneens gehandhaafd werd tegen de sociaal en politiek vooraanstaande personen. Deze werden geacht dermate machtig te zijn, dat de reguliere rechtbank terughoudend waren leden uit deze klasse te veroordelen voor begane strafbare feiten.[537]

---

[532]. In 1628 was Koning Charles I uit geldnood verplicht het parlement weer bijeen te roepen. Als voorwaarde voor het goedkeuren van de belastingen stelden de parlementsleden een 'Petition of Right' op waarbij ze naar de Magna Carta verwezen en een aantal fundamentele rechten voor de burgers vastlegden. Met tegenzin zou de koning dit aanvaarden.

[533]. Inspiratiebronnen voor het puritanisme waren de Lollards, volgelingen van John Wyclif, en William Tyndale, de eerste protestant die de Bijbel in het Engels vertaalde.

[534]. R. Usher, The Rise and Fall of the High Commission, Oxford : Clarendon Press 1913.

[535]. E.P. Cheyney, 'The court of star chamber', *The American Historical Review* Vol. 18, No. 4 (Jul., 1913), p. 745.

[536]. S.B. Chrimes, *Henry VII*, Berkeley: University of California Press 1972: p. 99.

[537]. De Star Chamber functioneerde eveneens als een hoger beroeps instantie en een controlerende taak ten aanzien van lagere rechters. De essentie was echter als genoemd, de wetshandhaving aangaande leden van de Engelse 'upper class'. Die leden waren dermate machtig dat de reguliere rechtbanken hen niet zouden veroordelen. Aanvankelijk stond de Star Chamber dan ook in hoog aanzien, gelet op haar doelstelling. En werd deze bezien als een van de meest rechtvaardige en efficiëntste rechtbanken van het 'Tudor' tijdperk. Sir Edward Coke zou de Star

Bij de tijd van koning Charles I, verwerd de Star Chamber tot een synoniem van machtsmisbruik door de koning en zijn omgeving. Koning James I en zijn zoon Charles gebruikte de Star Chamber om edelen te onderdrukken, die in verzet waren tegen het koninklijke beleid. Een andere groep die nadrukkelijk vervolgd werd, bestond uit puriteinen. Een machtig juridisch instrument waar de Star Chamber zich van bediende was de 'ex offico' eed. Vanwege hun maatschappelijke positie moesten verdachten bij aanvang van het proces in de Star Chamber 'zweren', dat zij de vragen naar waarheid zouden beantwoorden.[538] Aldus werden de verdachten voor een moreel dilemma geplaatst, hetgeen in drie situaties kon ontaarden: hetzij zichzelf te incrimineren, of aangeklaagd te worden voor meineed, wanneer zij onbevredigende antwoorden zouden geven, of beschuldigd worden van 'contempt of court', als zij geen antwoord gaven. Verdachten wisten niet noodzakelijkerwijs wat voor vragen gesteld zouden worden. Volgens Helmholz leidde deze praktijk er dan ook toe dat verdachten zweerden dat zij bewijs tegen zichzelf zouden leveren. Opmerkelijk genoeg schrijft hij, dat het die kerkelijke rechtbanken gelegenheid verschafte om 'fishing expeditions' uit te voeren, voor het bewijs van 'immoreel' of religieus gedrag, dat tegen de gevestigde orde indruiste. In de praktijk kwam de toepassing van de ex officio eed er derhalve op neer, dat 'gewetensvolle andersdenkende' Puriteinen en Katholieken werden getroffen. Deze verzetten zich tegen de vorm van religie, die onder koningin Elizabeth I was ingevoerd. De High Commission maakte veelvuldig gebruik van de ex officio eed, om personen te veroordelen op basis van eigen verklaringen, aldus Helmholz.[539]

Het verzet tegen de eed ex officio kwam als gezegd in belangrijke mate uit puriteinse en katholieke hoek. Levy schrijft dat na de Bijbel het meest gelezen boek in de Engelse taal, het boek betrof van John Foxe 'Book of Martyr's. Hierin werden talloze voorbeelden gegeven van gevallen waarin een beroep gedaan werd op een recht tegen onvrijwillige zelf-incriminatie, door slachtoffers van religieuze vervolging.[540]

4.6. De invloed van het Ius Commune op de ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel

Door onder meer Helmholz is uitvoerig beschreven dat op basis van de *ius commune* in procedures bij de High Commision, argumenten naar voren werden gebracht tegen de verplichte eed naar waarheid te verklaren. Helmholz wijst er op dat sommige van de argumenten tegen de ex officio eed, gebaseerd waren op de stelling dat het gebruik van die eed in strijd was met de kerkelijke wetten; niet (enkel) dat de eed strijdig was met common law principes. Helmholz

---

Chamber omschreven hebben als:'The most honourable court (Our Parliament excepted) that is in the Christian world. Both in respect of the judges in the court and its honourable proceeding.' Edward P. Cheyney, 'The Court of Star Chamber', *The American Historical Review* Vol. 18, No. 4 juli 1913, p. 745. Van belang is dat de Star Chamber eveneens fungeerde als een 'court of equity'. Dit betekent dat gedragingen bestraft konden worden, die moreel verwerpelijk werden geacht, maar niet in strijd waren met de 'letterlijke tekst van de wet'. Dit gaf de Star Chamber uiteraard een grote mate van macht door de flexibele toepassing van het recht. Verdachten konden bestraft worden waarvan de Star Chamber oordeelde dat ze onwettig hadden gehandeld, al was dat technisch juridisch gezien niet het geval. De kritiek op de Star Chamber laat zich dan ook redelijkerwijs voorspellen. De rechtspraak van deze kamer kon een dermate subjectief en arbitrair karakter krijgen, dat dit willekeur in de hand werkte. Daarmee kon het later gemakkelijk verworden tot een instrument van politieke repressie. Voor de bespreking van het nemo tenetur-beginsel volgde dan ook een cruciale periode. Gedurende de heerschappij van Koning Henry VIII stond de Star Chamber onder leiding van Kardinaal Wolsey; de Archbishop of York en tevens Lord Chancellor, alsmede Thomas Cranmer; de Archbishop of Centerbury.

538. R.H. Helmholz, 'Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune', N.Y.U. Law Review 962 1990, p. 962. Zie ook Wigmore, a.w., p. 628: 'The Star Chamber statute of 1487 (3 H. VII. c. i) had expressly sanctioned the examination of the accused on oath at the trial, because "little or nothing may be found by inquiry" of the ordinary sort.'

539. Helmholz, a.w., p. 965.

540. Levy, 1997, a.w., p. 836: '(…)Ralph Allerton in 1557, declared, "my conscience doth constrain me to accuse myself before you.'

heeft die stelling met empirisch materiaal onderbouwd, die bestaat uit middeleeuwse verhandelingen over het canonieke recht, alsmede aangevoerde argumenten in verschillende zaken.[541] De regel – die status had het kennelijk – was herhaald en onderschreven door Innocentius IV en Panormitanus.[542] Helmholz duidt deze personen aan als twee van de meeste invloedrijke schrijvers aangaande het middeleeuwse canonieke recht. Voorts werd de 'nemo tenetur' regel prominent benoemd in de zestiende-eeuwse compendia of common conclusions' van de ius commune.[543] Daarnaast kwam het aan de orde in handleidingen aangaande de civiele en strafrechtelijke procedure.[544]

Documentatie van die kerkelijke rechtbanken toont volgens Helmholz aan, dat belangrijke argumenten werden aangevoerd op basis van de ius commune.[545] Manuscripten die betrekking hadden op het Engelse kerkelijke recht, gedurende de zestiende en zeventiende eeuw, verwezen volgens Helmholz frequent naar het nemo tenetur-beginsel. Dit bewijst volgens Helmholz dat de argumenten tegen het gebruik van de ex officio eed in eerste instantie gemaakt werden op basis van het argument, dat dit gebruik tegen het Romeinse canonieke recht inging.[546]

Nemo Punitur Sine Accusatore

Wat waren dan die argumenten die op basis van de 'ius commune' naar voren werden gebracht? Eén van de argumenten wordt geduid onder het beginsel: 'nemo punitur sine accusatore'. Dit hield volgens Helmholz in dat de hele procedure op basis van die eed ongeldig was, omdat het een 'aanklager' miste. Een gangbare regel onder de ius commune was namelijk, dat geen rechter op eigen initiatief een procedure tegen iemand kon entameren. De wet vereiste enige indicaties

---

[541]. Het beginsel 'nemo tenetur prodere seipsum' verscheen in de meest basale middeleeuwse verhandelingen over het canonieke recht: de glossa ordinara van de Decreten (1234) van Paus Gregorius IX. Helmholz verwijst naar het volgende:'Sed contra videtur quod non teneatur respondere quia nemo tenetur prodere se. ("But conversely it seems he may not be forced to respond since no one is bound to betray himself.' Zie Helmholz, a.w., p. 967.

[542]. Zie de volgende verwijzing van Helmholz:'Innocent IV (d. 1254), Apparatus super libros quinque decretalium ad X 1.6.54 (Dudum) no. 11 (1570) ("nemini dicendum est ut se prodat in publicum" "'no one is told to betray himself in public")); Panormitanus (d. 1453), Commentaria in libros Decretalium ad X 2.18.2 (Cum super) no. 16 (1555) ("Videtur enim quod non tenebatur respondere interrogation sea positioni criminosae quia non debet seipsum prodere." ("For it seems he was not forced to answer an interrogation or a criminal positio because he does not have to betray himself.")). Zie Helmholz, a.w., p. 967.

[543]. Zie Helmholz's verwijzing: 'Syntagma communium opinionum, Lib. VII, tit. 19, no. 21 (1608) ("Positiomibus criminosis aut captiosis per quas delictum aut periurium detegi posset, nemo tenetur respondere." ("No one is compelled to answer incriminating or entangling questions by which [his] delict or perjury can be uncovered.")). Zie Helmholz, a.w., p. 967.

[544]. Helmholz, a.w., p. 967. Hij verwijst voorts naar: 'Joachim Mynsinger (d. 1588), Singularium observationum iudici imperialis camerae, Cent. VI, Obs. 92 (1595) ('quia nemo se ipsum prodere tenetur" ('no one is bound to betray oneself"))'.

[545]. Zie in soortgelijke zin M.R.T. MacNair, 'Early Development of the Privilege Against Self-Incrimination', 10 *Oxford J. Legal Stud.* 66, 68 (1990), p. 67.

[546]. In dat verband merkt Helmholz op dat in 1592 de puritein James Morice aanvoerde dat de eed 'weerzinwekkend' was, gelet op de regels en de canons van de Antichristelijke kerk van Rome. Helmholz, a.w., p. 968 In dit verband wijst hij als bron naar: Brief Treatise of Oaths Exacted by Ordinaries and Ecclesiastical Judges 18 (1592). Voorts verwijst Helmholz. naar een zaak uit 1610 waarin Dr. Wyvell, een van de civiele advocaten, bepleit dat de praktijk om mensen onder ede te plaatsen, niet toegestaan was door de wet. Onder de 'wet' verstaat Dr. Wyvell het Romeinse canonieke recht. Als steun voor die stelling citeert Dr. Wyvell de schrijvers Panormitanus (d. 1453), Bartolus de Saxoferrato (d. 1357), en Antonius Gabrielius (d. 1555). Helmholz beschrijft dat de eerste van deze de belangrijkste middeleeuwse commentator was bij de Gregoriaanse Decreten. De tweede auteur was de meest beroemde middeleeuwse schrijver op het gebied van het Romeinse recht in 1610. Hij zou gezien worden als de leidende exponent van de conservatieve 'mos italicus'. De derde (minst bekende) auteur had geschreven over 'Common Conclusions' van de ius commune. Het frappante is volgens Helmhoz dat deze drie auteurs 'mainstream' schrijvers waren op het gebied van het continentale recht, die derhalve weinig tot niets wisten over de magna carta of de Engelse common law. Het gebruik van die bronnen, past niet in de Levy these, aangaande de bronnen die gebruikt werden in oppositie tegen de ex officio eed. Helmholz a.w., p. 969-971.

van schuld of een beschuldiging tegen de verdachte, door iemand naar voren gebracht, gericht op het verkrijgen van een veroordeling. De zestiende-eeuwse juristen gaven twee redenen voor deze rechtsregel. Ten eerste gold dat het initiëren van een strafzaak zonder aanklager geacht werd tegen het heilige recht in te gaan. Daarbij werd gewezen op een specifiek precedent uit de Bijbel. Jezus zou tegen een vrouw die van overspel werd beschuldigd gezegd hebben:

> 'Woman, where are thine accusers, hath no one condemned thee?' She said, 'No one, Lord.' And Jesus said to her, 'Neither do I condemn thee.'[547]

Deze passage zou de illegaliteit aantonen, van vervolging en bestraffing, gebaseerd op enkel 'publieke achterklap' en zonder enige aanklager. Daarnaast werd gesteld dat het aanbrengen van een zaak zonder aanklager de rechtsprekende macht perverteerde. Immers, de rechter werd geacht als een onafhankelijke derde partij tussen aanklager en beschuldigde te fungeren. Wanneer er geen aanklager zou zijn, zou dit ertoe leiden dat de rechterlijke objectiviteit ondermijnd zou worden. Een dergelijke praktijk druiste in tegen de principes van het Romeinse recht en zodoende ondermijnde de procedure met de eed, de gangbare kerkelijke regels.

Nemo Tenetur Detegere Turpitudinem Suam

Het tweede aspect, verbonden aan de uitwerking van het nemo tenetur-beginsel, betrof de rechtsopvatting '*Nemo Tenetur Detegere Turpitudinem Suam'*. Dit betrof de mogelijkheid dat de verdachte kon weigeren incriminerende vragen te beantwoorden; zelfs nadat hij onder ede was gesteld. Dit werd teruggevoerd op het canonieke basisprincipe dat 'niemand gehouden was een getuige tegen zichzelf te zijn, omdat niemand gehouden is zijn eigen 'schande' te onthullen'. Aan deze regel was uitgebreide aandacht besteed door een van de vooraanstaande middeleeuwse schrijvers over de civiele procedure; Guillelmus Durantis. De regel was ook onderschreven door de meest gezaghebbende canonist van de vijftiende eeuw: Panormitanus. De regel werd bovendien herhaald in alle zestiende- en zeventiende-eeuwse Europese procedurele handboeken.[548] De meest gezaghebbende bron waar deze regel op werd gebaseerd was een extract van een commentaar geschreven door Sint Johannes Chrysostomus. Dat commentaar zag op de 'Brief aan de Hebreeën' van Sint Paulus. In zijn commentaar schrijft Sint Johannes Chrysotomus:

> "I do not say to you that you should betray yourself in public nor accuse yourself before others, but that you obey the prophet when he said, Reveal your ways unto the Lord.'[549]

De middeleeuwse rechtsgeleerde schrijvers lazen deze passage als volgt. Mensen waren gehouden hun zonden op te biechten aan God. Zij zouden echter niet gedwongen moeten worden hun misdaden aan iemand anders kenbaar te maken. Hierbij werden nog twee redenen aangedragen voor dit rechtsprincipe. Ten eerste gold dat niemand 'onbezoedeld' zou zijn door misdaad, van welke aard dan ook. Als de 'waarheid' bekend zou zijn, dan zou dat iedereen blootstellen aan 'rechterlijke beoordeling'. Het zou medebrengen dat publieke vertegenwoordigers personen zouden kunnen dwingen misdaden bekend te maken, en niemand op aarde zou immuun zijn voor dergelijke vervolging. Daardoor zou de sociale cohesie op onaanvaardbare wijze verstoord

---

547. Helmolz verwijst naar het volgende: 'Bartolus de Saxoferrato, Commentaria ad Dig. L18.13 *(Congrut)*, no. 3 (1570- 71) ("Et ista regulariter est prohibita, quia nemo sine accusatore punitur." ("And this is by rule prohibited, because no one is punished without an accuser.")). *John* 8:10-11.' Zie Helmholz, a.w., p. 975.

548. Helmholz, a.w., p. 981.

549. Deze tekst was opgenomen in het Decretum Gratiani (1140). Dat werk betrok het standaard canonieke handboek in de Middeleeuwen. Zie Helmholz, a.w., p. 26. Hij verwijst naar: C. 33 q. 3, Dist. 1 *De penit.* dictum post c. 87, § 6.

worden. Naast de bescherming van die ‘sociale cohesie’ klinkt in essentie de bescherming van het recht op privacy door. Bij die privacy gaat het om een recht op een vrije sfeer, waarin de overheid niet zou mogen optreden.[550]

De beklaagde was in de voorstelling van Thomas van Aquino geenszins verplicht ook het onbekende waarvan hij niet werd beschuldigd mee te delen. De voorstanders van de praktijken van de High Commission wezen op het canonieke recht. Het canonieke recht volgde de redenering van Thomas van Aquino en stelde dat:

> 'Licet nemo tenetur seipsum prodere, tarnen proditus per famam tenetur seipsum ostendere utrum possit suam innocentiam ostendere et seipsum purgare'.[551]

Ten tweede werd gesteld dat het dwingen om een ‘beschuldigde’ onder ede te laten verklaren, diegene in de positie zou brengen meinedig te verklaren. De neiging dat te doen zou bijna overweldigend zijn. Dit is aangeduid als het ‘wrede dilemma’. MacNair schrijft voorts dat de ondervrager volgens de kritiek, in wezen bezig was de beklaagde tot meineed te verleiden. Dat zou neerkomen op de verleiding tot een zonde. Daarbij geldt tevens het idee dat er een natuurlijk plicht bestaat van zelfbehoud, wat is gebaseerd op de Christelijke verwerping van het concept zelfmoord. De eed naar waarheid te verklaren brengt de aangeklaagde aldus niet alleen in een psychologisch maar moreel dilemma. De uitzondering die op dit uitgangspunt gemaakt zou worden is, de situatie waarin er een voldoende verdenking bestaat tegen de betrokkene (*proditus per famam).* Volgens MacNair is die rechtsregel bedacht in de dertiende eeuw, in respons op ketterij. Bijzondere delicten zouden bijzondere maatregelen vergen.[552]

Hoewel het voorgaande de argumenten op basis van de ius commune beschrijft, en daarmee inzicht toont in de historische wortels van het nemo tenetur adagium, is er een fundamenteel probleem. Dat is dat die argumentatie door geen rechterlijke instantie is geaccepteerd. De reden daarvoor is gelegen in de inquisitoire procedure zelf. De nemo tenetur bescherming op basis van de ius commune bood slechts bescherming tegen onbekende strafbare feiten. Aldus strekte die zich slechts uit tot het feitencomplex waarvoor de beklaagde *niet* ter verantwoording werd geroepen.

Verder werd opgemerkt dat de ius commune een aantal excepties kende met betrekking tot gedwongen zelf-incriminatie. Volgens sommigen werd dan ook opgemerkt dat die uitzonderingen zo goed als volledig de nemo tenetur regel hadden ‘verzwolgen’. De regel zou namelijk niet opgaan, daar waar er ‘publieke wetenschap’ was dat een misdaad was begaan en er een publiek belang was dat deze bestraft zou worden. Daarbij zouden dan ook legitieme indicaties moeten zijn dat de betrokkene de misdaad had begaan. Dit was een geaccepteerde regel in het toen geldende inquisitoire strafrecht. Verdachten hadden in die omstandigheden geen recht tot zwijgen op basis van de ius commune.[553]

---

[550]. Helmholz, a.w., p. 982. Hij verwijst in dit verband naar: ‘Hostiensis (d. 1271), Lectura in libros decretalium ad X 1.6.54 *(Dudum),* no. 30 (1571) ("Unde et dicitur nemo sine crimine vivit, ...s.e d nec tenetur quis se prodere." ("Whence it is also said that no one is without taint, but neither is one bound to denounce oneself.")). The characteristic formulation is given by the early canonist Huguccio: "Secretorum enim Deus et non homo est iudex" ("God, not man, is the judge of [our] secret acts"), quoted in S. Kuttner, Kanonistische Schuldlehre: von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX, at 20 (1935).’

[551]. Zie MacNair a.w., p. 70: ‘ although no-one is bound to betray himself; however one who has been betrayed by *fama* is himself bound to show whether he can show his innocence, and purge himself.’

[552]. MacNair, a.w., p. 72: ‘But even admitting the exception, the general rule still prohibited asking incriminating questions of persons who are not *'proditi per famam’*.

[553]. Helmholz, a.w., p. 983.

Zoals Levy dan ook schrijft, was het juiste de werkwijze van de High Commission dat zij zelf de totale discretionaire bevoegdheid bezat, om te bepalen of sprake was van die 'fama'. Zij oefende precies die macht uit, welke toekwam aan de inquisiteur na het Lateraanse besluit van 1215. Dit is dan ook de reden dat Levy stelt dat het 'nonsens' is te veronderstellen dat de ius commune de drijvende kracht is geweest achter de ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel. Het was immers de ius commune zelf die de waarheidsverplichting introduceerde, onder de genoemde omstandigheden.

4.7. Het verzet tegen de eed ex officio: de Common law

Volgens Levy is de ontwikkeling van het nemo-tenetur beginsel het resultaat geweest van het verzet tegen de eed ex officio, op basis van de 'common law'. Het waren de 'common law' rechters die het beginsel toepaste, in respons op de antwoordverplichting in de procedures bij de Star Chamber en High Commission. In dit verband geldt dat die common law rechters het zwijgrecht een ruimere toepassing hebben gegeven, dan het zwijgrecht zoals dat in de canonieke procedure werd toegepast.[554] In het navolgende komt dit aan de orde.

De eerste (bekende) zaak waarin een rechtbank dat beginsel toepaste, was de zaak tegen Leigh.[555] Leigh was een advocaat bij de *'Court of Common Pleas'*. Hij werd in 1568 opgeroepen voor de High Commission teneinde zich te verantwoorden voor het bijwonen van een mis, in het huis van de Spaanse ambassadeur. Leigh weigerde enige informatie te verschaffen over zijn religieuze gedragingen. Voor de weigering onder ede te verklaren, werd hij door de High Commission naar de gevangenis gestuurd, wegens 'contempt of court'.[556] Tegen deze beslissing kwam de 'Court of Common Pleas' in geweer. Deze instantie vaardigde een last uit tot onderzoek naar de reden van de detentie van Leigh.[557] Chief Justice James Dyer van de 'Court of Common Pleas' nam uitdrukkelijk stelling tegen het onder ede verhoren van Leigh door de High Commisison. Daarbij stelde Dyer uitdrukkelijk als motivering 'quod nemo tenetur seipsum prodere'. Met deze beslissing was volgens Levy het 'eerste schot' gegeven in een langdurige strijd tussen de common law rechtbanken en het gerecht van de High Commission omtrent de kwestie van de eed ex officio. Levy wijst er op dat het voor de betrokken common law rechters bovendien een gevaarlijke strijd was, omdat de kerkelijke autoriteiten opereerden op basis van expliciete steun van koningin Elizabeth.[558]

De volgende zaak waar Levy aandacht aan besteedt, betreft die tegen Tresham. In 1580 werd hij ervan verdacht onderdak te hebben verschaft aan Edmund Campion. Laatstgenoemde was een vooraanstaande Engelse jezuïet. Campion was het slachtoffer van religieuze repressie en nadien door de Rooms-Katholieke Kerk heilig verklaard.[559] Ook Tresham weigerde te verklaren en beriep zich op de 'law of nature; seipsm prodere'. Dit verweer trof doel. Lord chief Justice Christopher Wray van de King's Bench in de zaak van Sir Thomas Tresham:

> 'that no man by lawe ought to sweare to accuse himselfe when he might loose lyfe or lymne.'[560]

[554]. Levy, 1997, a.w., p. 828-829.
[555]. Levy, 1997, a.w., p. 832.
[556]. Levy, 1968, a.w., p. 95.
[557]. Levy, 1968, a.w., p. 96.
[558]. Levy, 1968, a.w., p. 96.
[559]. Levy, 1968, a.w., p. 100 en p. 102.
[560]. Levy, 1968, a.w., p. 105.

De rechters waren aldus van oordeel dat wanneer de beklaagde te duchten had voor fysieke straffen, hij niet gehouden kon worden belastends te verklaren. Langzamerhand begon volgens Levy het nemo tenetur-beginsel gestalte te krijgen als een recht, dat ingeroepen kon worden door de beklaagde. In dat verband is illustratief de 'manual for Justices of the peace', geschreven door Sir Anthony Fitzherbert in 1583. In de eerste editie was vermeldt dat:

> 'no man should be examined on oath on matters sounding to his reproach, such as whether he had committed a crime, because the law assumes that no man is obliged to accuse himself.'

In de tweede editie werd in relatie tot het voorgaande geschreven over 'het nemo tenetur', als stelregel.[561]

Ook de zaak 'Fuller' heeft een duidelijke stempel gedrukt op de ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel als rechtswaarborg. De reden daarvoor is de publicatie van de argumenten van Fuller, waarmee volgens Levy het grondwerk voor de verdere argumentatie tegen de eed ex officio werd geleverd.[562] Fuller was een advocaat die zich de toorn van koning James I op de hals gehaald. Op een zeker moment was een Puritaanse koerier met geheime instructies gearresteerd. Daar maakte deel van uit, hoe de canonieke regelgeving het beste bestreden kon worden. In dat kader werd Fuller expliciet genoemd, als de common law jurist, wiens advies moest worden gezocht.[563] Fuller werd van diverse feiten beschuldigd: laster tegen respectievelijk; de kerk, koning en High Commision. Voorts werd hij beschuldigd van ketterij, alsmede 'verkeerde en verderfelijke' religieuze opvattingen. In het verleden had hij het gebruik van de eed ex officio door de High Commmission al benoemd als 'Pauselijk'. Die eed zorgde volgens Fuller voor rechterlijke dwalingen en bracht de zielen van mensen tot eeuwige verdoemenis. De jurisdictie van de High Commission beruste volgens Fuller op de 'Anti-Christ'. Tijdens zijn proces beriep Fuller zich op Aristoteles, en zijn principe van 'zelfbehoud', verbonden aan de menselijke natuur. De verplichte eed was daarmee in strijd. Ook beriep hij zich op het eerder beschreven boek van Foxe 'Book of Martyr's'. De verplichte eed zou een uitvinding van de duivel zijn.[564]

Volgens Levy tonen die vroege zaken aan dat de seculiere Common Law rechters bereid waren om het principe toe te passen, namelijk dat geen persoon een verplichting had om een misdaad te onthullen. De common law rechtbanken vaardigden diverse bevelen uit gericht tegen de toepassing van de eed ex officio door de kerkelijke rechtbanken. Die kerkelijke rechtbanken zouden namelijk hun jurisdictie te buiten gaan om personen op basis van de incriminerende eed ex officio te horen, buiten gevallen van erfrecht dan wel huwelijkszaken. Dit kwam al eerder aan de orde in paragraaf 4.3.

In dat verband besteedt Levy veel aandacht aan het optreden van Sir Edward Coke. Hij wordt gezien als een van Engeland's meest beroemde juristen. In de zomer van 1606 werd Sir Edward Coke voor zijn verdiensten beloond en door koning James I aangesteld als 'Chief Justice of the Court of Common Pleas'.[565] De ironie is dat Coke in die functie juist veel betekent heeft voor de bestendiging van het nemo tenetur-beginsel en daarmee tegen de macht van de koning inging. Volgens Levy kan de persoon Coke gezien worden als de 'vleesgeworden' manifestatie van de Common law. Voor Coke weken koninklijke prerogatieven, in geval van conflict met

561. Levy, 1968, a.w., p. 107.
562. Levy, 1968, a.w., p. 237.
563. Levy, 1968, a.w., p. 232.
564. Levy, 1968, a.w., p. 235.
565. Levy, 1968, a.w., p. 229.

de Common law.[566] Hij vaardigde diverse verbodsbepalingen uit tegen de High Commission een dergelijk verhoor toe te passen. Daarbij hield dat verbod expliciet verband met het incriminerende karakter van die verplichting voor de beklaagde.

In de zaken van (1609-11) Rochester en Mascall paste Coke expliciet het beginsel toe: *'"nemo tenetur* in *Causis criminalibus prodere seipsum'* Beiden waren berecht door de High Commission van 'notoir overspel.[567] Voorts stelde Coke in de zaken van Giles and Symonds, eveneens van overspel bechuldigd, dat de beklaagden recht hadden op 'the freedom of all Laws and privileges of the Kingdom, and that they are not bound to answer articles touching these premisses on their oaths.' Nog verstrekkender was de zaak Pierces, waarin Coke stelde dat:

> 'all cannons and constitutions, &c. made to compel any person (questioned in an ecclesiastical court) to take his oath against his will, except in causes *Testimentariis* or *Matrimonialibus* are void.'[568]

Een ander zaak betrof die tegen Edward en Anne Jenner, die beschuldigd waren van het hebben verstoord van kerkelijke diensten. Zij zouden onder meer in het bezit zijn geweest van verboden literatuur en de vrouw van een bisschop de hoer van een priester hebben genoemd. Toen Edward Jenner werd gevraagd naar zekere 'schokkende toespelingen' omtrent de bisschop en zijn vrouw, weigerde hij onder ede te verklaren. De zaak 'Jenners' ging vooraf door een adviserende opinie, gegeven door Coke en Sir John Popham. Aangaande de vraag of een (beklaagde) persoon in het kader van de eed ex offico verhoord kon worden door een kerkelijke rechter, stelden zij dat de persoon niet gehouden was te verklaren, indien deze niet van tevoren beschikte over een kopie van de aanklacht. Bovendien stelden zij:

> 'Moreover, no layman could be examined except in matrimonial or testamentary cases, because they may easily be inveigled and entrapped, and principally in heresy and errors of faith.'[569]

Een nieuwe gelegenheid de 'nemo tenetur' doctrine te verwezenlijken deed zich voor in de zaak Burrowes and Others versus The High Commission. Coke heeft deze zaak aangegrepen om het nemo tenetur vraagstuk in relatie tot de eed ex officio 'voor eens en altijd' te beslechten.[570] De zaak betrof acht Puriteinen die door de High Commission waren gevangengezet op verdenking van religieuze misdaden. De puriteinen verloren uiteindelijk hun zaak, maar Coke beslechte 'zijn nemo tenetur kwestie'. Hij had expliciet geoordeeld dat het gebruik van de eed ex officio illegaal was, tegenover burgers.[571] De overwegingen van Sir Coke verdienen respect, omdat in ogenschouw genomen moet worden de omstandigheden waarin die zijn gedaan. De Koning was

---

[566]. Levy, 1968, a.w., p. 230.
[567]. Levy, 1968, a.w., p. 245.
[568]. Zie voorts Levy, 1997, a.w., p. 825: 'On another occasion the Commission convicted Edward and Anne Jenner for having disturbed church services, defended Brownist separatists, published schismatical books, and called the minister's wife "a priests [sic] whore. ' Yet Coke said, in Latin, "no free man should be compelled to answer for his secret thoughts and opinions.'
[569]. Levy, 1997, a.w., p. 826 Zie voorts Levy, 1969, a.w., p. 245-246: 'In addition, in 1611, Coke declared that the High Commission should not "examine any man upon his oath, to... betray himself, and to incur any penalty pecuniary or corporal.'
[570]. Aldus Levy, 1968, a.w., p. 254.
[571]. Levy schrijft in dat verband: 'In such cases laymen were not to be examined on oath; it was lawful only in matrimonial and testamentary cases. Even if the High Commission had proper jurisdiction, Coke declared, they could not examine on oath because that would "make one thereby to subject himself to the danger of a penal law." He cited the nemo tenetur maxim and several Elizabethan precedents, chief among them Leigh's case.' Levy, a.w., p. 255.

immers nauw verbonden met Anglicaanse kerk en de Star Chamber en High Commisison fungeerden immers bij uitstek als instrumenten van de koninklijke repressie. James I vaardigde daarom nieuwe koninklijke bevelen uit, waarin hij de High Commisison autoriseerde om de eed ex officio te gebruiken als instrument in de verhoren. Niettemin volhardde Sir Coke in zijn rechterlijke verbodsbevelen, gebaseerd op de Common Law.[572] Ten slotte is door Levy aandacht besteed aan de zaken tegen John Lillburn, als sluitstuk van de roemruchte 'nemo tenetur processen'.

De zaken tegen Lillburne trokken de nationale aandacht, omdat hij de leider was van de zogeheten 'Levellers' groep. De reden dat de zaken tegen hem een belangrijke rol hebben gespeeld in de ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel, is dat hij het zwijgrecht verdedigde in diverse pamfletten. Zodoende werd die argumentatie door een groot publiek gelezen. Lillburn inspireerde anderen om te weigeren tegen zichzelf te verklaren en werd aldus een 'kampioen' van het zwijgrecht. Toen Lillburn in 1637 voor de Star Chamber werd gedaagd, werd hij gedetineerd op basis van een beschuldiging bestaande uit het printen en importeren van 'ketterse' literatuur. Lillburn ontkende de aanklachten en wanneer hij onder ede gevraagd werd nader te verklaren antwoordde hij:

> 'I am not willing to answer you to any more of these questions, because I see you go about by this examination to ensnare me; for, seeing the things for which I am imprisoned cannot be proved against.me, you will get other matter out of my examination; and therefore, if you will not ask me about the thing laid to my charge, I shall answer no more; . . . and of any other matter that you have to accuse me of, I know it is warrantable by the law of God, and I think by the law of the land, that I may stand upon my just defence and not answer to your interrogatories.'

Voor de weigering onder ede te verklaren werd Lillburn door de Star Chamber aan tortuur onderworpen. De redenatie van de Star Chamber was dat zonder die eed, vele misdrijven niet opgehelderd en niet bestraft zouden kunnen worden.[573] In een later proces tegen diezelfde Lillburn erkende de rechter, Lord Keble inderdaad zijn zwijgrecht. 'You shall not be compelled', had deze rechter medegedeeld. Interessant is de grondslag die Lillburn toekende aan dat zwijgrecht. Hij plaatste dit in zijn verdediging in de context van: 'fair play', 'fair trial', 'the due process of the law', en 'the good old laws of England'.[574]

Ondertussen gleed de politieke situatie in Engeland steeds verder naar de rand van een burgeroorlog. Het bewind van Koning Charles I stond op instorten en het nieuws bereikte Londen dat de Schotten een koninklijk leger hadden verslagen. Koning Charles I was zo desperaat voor gelden, dat hij na elf jaar het parlement weer bijeenriep. Dat parlement eiste echter radicale hervormingen. Voordat het parlement bijeenkwam werd Londen getroffen door hevige rellen. Op 22 oktober 1640 brak een menigte van 2000 Puriteinen door in het gerecht van de door hen gehate High Commission. Een paar dagen later kwam het door Puriteinen gedomineerde Long Parliament bijeen, voornemens alle slachtoffers van de repressie te bevrijden en institutionele

---

572. Levy, 1968, a.w., p. 270: 'The king himself formally affirmed the legality of the pro confesso rule for anyone refusing the oath or having taken it, refusing to answer fully and plainly as directed.' Levy, 1968, a.w., p. Levy, 1997 a.w., p. 826-827. Levy, 1968, a.w., p. 253: 'In one of his earliest King's Bench prohibitions, in Boyer's case, Coke declared, "They would have examined lijm on oath; as touching this, the Rule of Law is, Nemo tenetur seipsum prodere; they may there eaxamine upon oath if he be a Parson, or an Ecclesiastical man, but not a lay person."

573. Wigmore, a.w., p. 624-625.

574. Levy, 1968, a.w., p. 278 en p. 304.

hervormingen door te voeren. Oliver Cromwell hiel een toepspraak voor de vrijheid van John Lillburne. Enkele dagen later werden hij en zijn medegevangene vrijgelaten.

Op 5 juli 1641 stemde de koning met weerzin in met de wetgeving, inhoudende de afschaffing van de gerechten van de High Commission en de Star Chamber. Aldus was die eed eindelijk afgeschaft in de kerkelijke gerechten. Daarmee was de eed ex offico procedure afgeschaft. Dat het verbod verankerd was, bleek uit de heroprichting van de kerkelijke rechtbanken.[575] Toen deze in de nasleep van de 'Restoration' in 1660 heringevoerd werd, werd het die kerkelijke rechtbanken expliciet verboden de 'ex officio' procedure te gebruiken:

> 'any archbishop, bishop, vicar-generall, chancellor, commissary or any other spirituall or ecclesiasticall judge, officer, or minister... to tender or administer unto any person whatsoever the oath usually called the oath ex officio.'[576]

Zoals Levy schrijft kwam de eerste 'test' van de respectering van het nemo tenetur-beginsel, in een proces tegen twaalf bisschoppen: 'the trial of the Twelve Bishops' in 1642. Het door puriteinen gedomineerde 'long parliament' had een afzettingsprocedure gelast op basis van de beschuldiging van 'high treason' tegen de bisschoppen. Aldus functioneerde house of commons als een 'grand jury' van de natie. Tijdens het proces werden de bisschoppen gevraagd of zij de petitie hadden ondersteund en/of getekend. Op deze vraag weigerden zij te antwoorden. Zij stelden onder meer dat zij niet gehouden waren zichzelf te beschuldigen.[577] Levy acht het ironisch dat twaalf leden van deze groep nu vroegen om de respectering van een recht, dat zij hun Puriteinse slachtoffers juist onthouden hadden. Het betrof hier immers de voormalige rechters van de High Commision. Vanuit conceptueel oogpunt is van belang wat Levy hier over schrijft:

> 'They were stating in effect that the law did not obligate them to say anything that might be a link in the chain of evidence against themselves. The old formula, no man is bound to accuse himself, now meant that he might remain silent without prejudice to a question

---

575. Levy, 1968, a.w., p. 281-282: 'The act against the Court of High Commission announced that the ecclesiastical judges, in accordance with royal letters patent, had fined, imprisoned, and exercised other authority not warranted by the Act of Supremacy, to the great oppression of the subjects—thus vindicating at last the theory of Coke and the corn mon lawyers. Accordingly, Parliament abolished the High Commission. Moreover, the statute made it a criminal offense for any person exercising ecclesiastical jurisdiction to fine or imprison, or to force any person to take "any corporal oath, whereby he or she shall or may 5e charged or obliged to make any presentment of any crime or offence, or to confess or to accuse Mm or herself of any crime, offence, delinquency or misdemeanour, or any neglect or thing whereby, or by reason whereof, he or she shall or may be liable or exposed to any censure, pain, penalty or punishment whatsoever.'

576. Helmholz, a.w., p. 966. An Act for Explanation of a Clause contained in Act of Parliament Made in the Seventeenth Yeare of the late King Charles Entitled An Act for Repeal of a Statute Primo Elizabethe concerning Commissioners for causes Ecclesiastical, 1661, 13 Car. 2, ch. 12, § 4. Zie MacNair, a.w., p. 67: 'The victory of the radicals after 1640 led to the abolition of the courts of Star Chamber and High Commission and, in the Act abolishing the High Commission, a statutory prohibition on church courts using self-incriminatory oaths.' Zie voorts Wigmore, a.w., p, 626: 'In March, 1641, a bill was introduced to abolish the Court of Star Chamber, as well as (then or shortly after) a bill to abolish the Court of High Commission for Ecclesiastical Causes.' These were both passed July 2-5 of the same year; 2 and in the latter statute was inserted a clause which forever forbade, for any ecclesiastical court, the administration ex oftio of any oath requiring answer as to matters penal.8 This clause was in substance reenacted as soon as the Restoration of the Stuarts was effected.'. Wigmore verwijst naar het volgende: '3 1641, St. 16 Car. I. c. I, § 4 (no person "exercising spiritual or ecclesiastical power, authority, or jurisdiction," shall "ex ogcio, or at the instance or promotion of any other whatsoever, urge, enforce, tender, give, or minister " to any person "1 any corporal oath, whereby he or they shall or may be charged or obliged to make any presentment of any crime or offence, or to confess or to accuse himself or herself of any crime or offence, delinquency, or misdemeanor, or any neglect, matter, or thing, whereby or by reason whereof he or she shall or may be liable or exposed to any censure, pain, penalty, or punishment whatsoever").'

577. Levy, 1968, a.w., p. 284-285.

> whose answer might tend to incriminate him. It is remarkable that those whom the bishops had persecuted honored their claim.'[578]

Levy merkt in verband met het voorgaande dan ook op, dat enerzijds een grote overwinning was behaald.[579] Zeer opmerkelijk is dat de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel aanmerkelijk werd uitgebreid. Het werd toegepast in civiele zaken, in relatie tot vragen die wellicht incriminerende informatie zou kunnen prijsgeven, op basis waarvan een persoon strafrechtelijk vervolgd zou kunnen worden. Ook werd het toegepast op vragen, waar faillietverklaring een straf kon zijn. Bovendien werd het beginsel nog verder uitgebreid:

> 'A ruling of 1704 even foreshadowed the development of a new doctrine that the right against self-incrimination, which originated to protect against the compulsion of oral testimony, applied to papers and documents that might incriminate.'[580]

Interessant genoeg verdedigde de bekende filosoof Thomas Hobbes het bestaan van het zwijgrecht als een 'natuurlijk recht':

> 'If a man be interrogated by the sovereign .. concerning a crime done by himself, he is not bound (without assurance of pardon) to confess it.'[581]

Het is opmerkelijk dat bij uitstek Hobbes dit schrijft. Hobbes wordt soms afgeschilderd als de verdediger van een 'absolute' heerser. Zijn politieke filosofie is bij uitstek gebaseerd op de anarchie die ontstond tijdens de periode van de Engelse burgeroorlog. Hobbes bepleitte daarom onder meer de absolute heerschappij van de soeverein, om een einde te maken aan de anarchie van de strijd van 'allen tegen allen'. Hoewel Hobbes zeker de noodzaak van strafrechtelijke handhaving onderschrijft, ziet hij het niettemin inherent aan de menselijke natuur, dat de verdachte zich tegen zelfincriminatie te weer stelt.[582]

---

578. Levy, a.w., p. 282.

579. In 1698 belaste de toenmalige paus overigens een commissie met een studie naar de praktijk, beschuldigde personen onder ede de waarheid te laten verklaren. De auteur van de studie, Franciscus Memmius, concludeerde dat de eed gewelddadig en onrechtvaardig was. Om die reden diende deze afgeschaft te worden. Zie Levy, a.w., p. 24.

580. Zie ook MacNair, a.w., p. 83:'Another example arose in the context of cases on the production of documents. The King's Bench seems to have developed a procedure by which a rule would be made requiring a party to bring certain documents into court to enable the party who obtained the rule to take copies of them. In *Cox* v *Copping* (1698) the court refused to make a rule on the ground that the plaintiff had no right as such in the documents and 'it was not reason that the parish-books should be produced, which would be to shew the defendant's evidence'; and in *R* v *Wonenham* (1701) production of the books of the Custom-House officers were refused (in a criminal case) on the same ground. In *R* v *Mead* (1704) production of the books of surveyors of highways was similarly refused, this time on the ground that it would be to 'compel the defendant to produce evidence against himself in a criminal cause'. A rule about compelling the adverse party to produce *his own* evidence, apparently based on property rights, had thus become associated with the idea of a general 'right to silence'. Levy verwijst voorts naar een uitgebreid aantal zaken, waaren de nemo tenetur-bescherming is toegepast op de uitlevering van documenten. Zie Levy, 1968, a.w., p. 492: Rex v. Worsenharn, 1 Lord Raymond 705 (1701), 91 Eng. Rep. 1370; Regina v. Mead, 2 Lord Raymond 927 (1704), 92 Eng. Rep. 119; Rex v. Cornelius, 2 Strange 1210, at 1211 (1744), 93 Eng. Rep. 1133, at 1134; Rex v. Purneil, 1 Wilson K.B. 239, at 242 (1744), 95 Eng. Rep. 595 at 597; Rex v. Heydon, 1 Btackstone 351 (1762), 96 Eng. Rep. 195; Roe dem. Haldane v. Harvey, 4 Burrow 2484, at 2489 (1769), 98 Eng. Rep. 302, at 305.

581. Zie voor een bespreking van Hobbes in relatie tot self-incriminatie: A. Ristroph,'Respect and Resistance in Punishment Theory', 97 *Cal. L. Rev.* 601 (2009). Zij verwijst voor het citaat naar: Thomas Hobbes, Leviathan, 89 (Richard Tuck ed., 1991) (1651), p. 151.

582. Zie Ristroph, a.w., p. 632: 'Hobbes did not present punishment as a completely legitimate political practice, though he viewed it as a necessary and appropriate task. Punishment, on Hobbes's account, is never actually au-

4.8. Verdere ontwikkeling van het strafproces

Ook Langbein heeft er uitgebreid op gewezen dat de afschaffing van de Star Chamber end High Commission, en de daarmee corresponderende eed ex officio, niet betekende dat het nemo tenetur-beginsel een werkbaar onderdeel werd van de common law strafprocedure. MacNair schrijft dat er een aantal redenen zijn, om te veronderstellen dat het recht om niet gedwongen te worden bewijs te produceren, geen gangbare praktijk werd als resultaat van de val van de Star Chamber end High Commission, noch na het process van John Lilburne in 1649. Langbein wees er op dat het beginsel onnatuurlijk en onwerkbaar was in het strafproces van de laat zeventiende eeuw.[583]

De hiervoor beschreven ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel, betekende nog niet dat deze ook in de standaard common law zaken, tot een 'praktisch en effectief' verdedigingsrecht leidde. Ten eerste geld daarvoor de praktijk in de strafrechtelijke 'voorprocedure'. Daarin bleven de inquisitoire tactieken overheersen. Verhoor van de beklaagde op basis van een eed ex officio was weliswaar niet toegestaan. Maar het verhoor was er wel op gericht een verklaring te krijgen van de beklaagde; een bekentenis, of verklaring, die dermate belastend zou zijn, dat hij op basis daarvan verder vervolgd zou kunnen worden. Maar in de preliminaire ondervragen, was de standaard ondervraging er op gericht, de betrokkene tot een bekentenis te bewegen. Levy schrijft dan ook dat 'bullying and incriminating' ondervragingen, de gangbare praktijk waren.[584] Dergelijke verklaringen konden in het strafproces ingebracht worden.

Een andere omstandigheid die verwezenlijking van het nemo tenetur-beginsel in de weg stond was de zwakte van het onschuldbeginsel. Dat had geen echte betekenis volgens Levy. Weliswaar was het aan de aanklager om de zaak te bewijzen. Echter, wanneer de beklaagde de feiten niet voldoende tegensprak, werden daaruit de voor hem nadelige conclusies getrokken. De aanklacht alleen al constitueerde een 'prima facie'zaak; sprak de verdachte deze niet voldoende tegen, dan werden daaruit automatisch nadelige conclusies getrokken over zijn schuld.[585] Hij kon rekenen op een veroordeling. Aldus was bij een gebrekkige toepassing van het onschuldbeginsel, een beroep op het nemo tenetur-beginsel gedoemd tot een veroordeling. Zoals Langbein schrijft:

> 'Until the later eighteenth century, for almost all criminal defendants, defending meant responding in person to the details of the accusation. Only with the ascendance of defense counsel did the "testing the prosecution" trial develop, and only then did it become possible to speak of a privilege against self-incrimination in common law criminal procedure.'[586]
>
> 'Without defense counsel, a criminal defendant's right to remain silent was the right to forfeit any defense; indeed, in a system that emphasized capital punishment, the right to remain silent was literally the right to commit suicide. Only when defense counsel succeeded in restructuring the criminal trial to make it possible to silence the accused did it

---

thorized by every single subject-it is never authorized by the individual who suffers it. For that individual, punishment is the rule of the stronger, violence imposed by a person or persons with superior physical might. Against such an imposition, it is only human to resist.'

583. J.H. Langbein, 'The historical origins of the privilege against selfincrimination at common law, 92 *Mich. L. Rev.* 1047 1993-1994, p. 1075.

584. Levy, 1968, a.w., p. 325.

585. Levy, 1968, a.w., p. 264-265.

586. Langbein, a.w., p. 1048.

also become possible to fashion the true privilege against self-incrimination at common law.'[587]

MacNair beschrijft hoe een daadwerkelijk zwijgrecht pas later is ontstaan en verbonden is met de structuur van het strafproces. Pas na 1688 ontstaat in Engeland de praktijk dat getuigen voor de verdediging onder ede gesteld worden, de beklaagde een afschrift van de beschuldiging krijgt en de verdediging wordt toegelaten.[588] Dit is van fundamenteel belang. Zonder rechtsbijstand, zou het weigeren een verklaring af te leggen er op neerkomen, het prijsgeven van alle verdediging.

Van het midden van de zestiende eeuw tot de laat achttiende eeuw, bestond het fundamentele redmiddel van de verdediging niet uit een recht om te zwijgen, maar eerder uit een mogelijkheid tot spreken. Het essentiële doel van het strafproces was om de beklaagde de gelegenheid te verschaffen om te reageren op de beschuldigingen die tegen hem werden geuit. Een groot obstakel was voorts de regel die bijstand in strafzaken verbood. De verdediging werd in kwantitatief opzicht niet significant tot 1780. In die laat achttiende eeuw ontstond een radicaal ander perspectief op het strafproces. Onder invloed van de verdediging, werd het strafproces gradueel volgens Lanbgein meer opgevat als de mogelijkheid voor de verdediging 'to test the prosecution case.'[589] Deze structurele verandering van het strafproces, maakt het mogelijk voor een verdachte om te weigeren om een 'getuige tegen zichzelf te zijn'.

Wat belangrijk is om in ogenschouw te nemen, is dat de hiervoor beschreven ontwikkelingen in het strafproces, parallel lopen met de 'Verlichting'. Het gaat het bestek van deze dissertatie te buiten, om recht te doen aan deze periode van het Westers gedachtengoed. De Verlichting legt de nadruk op het verstandelijk inzicht en een daardoor van vooroordelen vrije levenshouding. De beweging zet zich af tegen bijgeloof, vooroordelen en autoriteit.[590] In dit verband kan gewezen worden op de invloed van denkers als Locke, Montesquieu, Beccaria en Voltaire op de strafrechthervormingen. De Verlichting, die op de Rede en op de Mens steunde, riep op tot een verzachting van het strafrecht.[591] Het gaat daarbij bijvoorbeeld om het verzet en afschaffing van de pijnbank. Cesare Beccaria's boek 'Over misdaden en straffen' (1764), heeft daar een belangrijke bijdrage aan geleverd. Die pijnbank wordt in de 18e eeuw in Europa steeds meer gezien als onbeschaafd en onbetrouwbaar. In het algemeen waren er talloze auteurs, zowel juristen als niet-juristen, die in hun publicaties de noodzaak van een hervorming, verzachting en humanisering van de strafrechtspraak ondersteunden. De beweging verspreidde zich door heel Europa en wanneer de politieke situatie gunstig was, werden er in sommige landen hervormingen en strafwetboeken ingevoerd.

4.9. Nederlandse Strafvordering in de 19e eeuw: geleidelijke afschaffing van de antwoordplicht

De in de vorige paragraaf beschreven Verlichtingsgedachten en strafrechtshervormingen, maakten ook hun entree in Nederland. Met de Franse Revolutie in 1789 ontstaat een belangrijke historische gebeurtenis. De opstand tegen het Ancien Régime en het daarmee samenhangende gedachtegoed, beperkte zich niet tot de Franse landsgrenzen. In 1795 veroverde Frankrijk de

587. Langbein, a.w., p. 1084.
588. MacNair, a.w., p. 79 en 84.
589. Langbein, a.w., p. 1048.
590. Zie hierover A.G. Bosch, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 49.
591. Zie R. Martinage, *Geschiedenis van het strafrecht in Europa*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 44.

Republiek der Verenigde Nederlanden. De aanvankelijk naar Frankrijk gevluchte patriotten, keerden nu terug met de Franse troepen. De Zuidelijke Nederlanden werden bij Frankrijk ingelijfd, de Noordelijke Nederlanden werden de Bataafse Republiek. Frankrijk 'beloonde' de inzet van de Nederlandse patriotten door de Bataafse Republiek als bondgenoot te erkennen.[592]

Bosch stelt dat na de bezetting door Frankrijk in 1795 er aanvankelijk niets veranderde aan de procedure in strafzaken. Toch leidde de Franse invloed langzamerhand tot wel degelijk fundamentele veranderingen. Zo werd in 1798 de pijnbank in de hele Bataafse Republiek afgeschaft. In Holland, Zeeland en Brabant werd de mogelijkheid geopend om de afschaffing van de pijnbank te omzeilen. Drenth heeft in dat verband verwezen naar een rechtszaak tegen een 'zekere bende huis brekers en moordenaars'. Deze hadden volhard in hun ontkennende verklaringen, terwijl zij wisten dat ze niet meer aan de pijnbank onderworpen konden worden. De afschaffing van de pijnbank leidde volgens Drenth dan ook tot een 'gehele stremming in de criminele rechtspleging' in (Noord-)Holland.[593]

Na de inlijving van het Koninkrijk Holland bij Frankrijk in 1810 werd de Code d'instruction criminelle ingevoerd in 1811. Dat betekende dat er een einde kwam aan het tijdperk, waarin de ordonnanties van Filips II hun invloed hadden doen gelden. Onder invloed van Filips II waren in 1570 voor de Nederlandse gewesten drie ordonnanties uitgevaardigd. De 'Ordonnantie op de Stijl' regelde het strafproces.[594] Deze Ordonnantie maakte een onderscheid tussen twee manieren van procederen: het ordinaire (of accusatoire) en het extraordinaire (of inquisitoire) proces. Het ordinaire proces verliep zoals een civiel proces: beide partijen wisselden conclusies op basis waarvan de rechter een uitspraak deed. Daarnaast bestond het 'extraordinaire proces'. Dit kwam al in paragraaf 4.3. aan bod bij de bespreking van de 'inquisitio'. Evenals die inquisito, verwerd die extraordinaire procedure tot de 'standaardprocedure'; anders dan de naam doet vermoeden. Weliswaar werden de ordonnanties in 1576 bij de Pacificatie van Gent geschorst. Echter, in de praktijk hebben deze invloed gehad tot de invoering van de Franse wetgeving in 1811. Formeel werden de ordonnanties niet erkend, maar in de praktijk bezaten ze een moreel gezag.[595] In het licht van de opstand tegen de Spaanse overheersing gedurende de 80-jarige oorlog, wekt het verwondering hoe lang die ordonnanties in de Nederlanden hebben bestaan. Na de bevrijding in 1813 bleef de Code voorlopig van kracht. De Code d'instruction criminelle was de codificatie van het strafprocesrecht van het Franse keizerrijk van na de revolutie. Met die Code veranderde dus ook de structuur van het strafproces. De behandeling ter terechtzitting was openbaar en mondeling geworden. Voorts kreeg de beklaagde recht op bijstand. Het voorbereidend onderzoek behield zijn 'inquisitoire' karakter: het was geheim en de beklaagde was geen gelijkwaardige procespartij, maar 'object' van strafrechtelijk onderzoek. Rechtsbijstand was in dat stadium van het proces niet toegelaten.[596]

De Code d'instruction criminelle bevatte wat betreft de toepassing van de 'nemo tenetur'-gedachte een wat paradoxale uitwerking. Enerzijds verbood het wetboek dat de beklaagde door lichamelijke tuchtiging of middels een verplichte eed, gedwongen kon worden tegen zichzelf te getuigen. Anderzijds gold een 'morele' antwoordplicht. Van de verdachte werd namelijk verwacht dat hij wel vragen van een rechter zou beantwoorden, op welke 'plicht' hij ook geattendeerd werd. Belangrijk is dus dat de verdachte kennelijk gezien werd als een procespartij

[592]. Bosch, a.w., p. 14 en 51.
[593]. Zie Drenth, a.w., p. 208.
[594]. Zie Drenth, a.w., p. 194-203.
[595]. Bosch, a.w., p. 101-103.
[596]. Bosch, a.w., p. 13-14.

met een maatschappelijke plicht aan het onderzoek mee te werken. Zoals in het navolgende aan de orde komt, heeft die 'antwoordverplichting' nadien nog een lange tijd bestaan.

De volgende ontwikkeling ontstaat met de introductie van het nieuwe Wetboek van Strafvordering in 1838. Drenth schrijft dat daarbij aanmerkelijk is afgeweken van de Franse wetgeving.[597] De beklaagde werd gemaakt tot voorwerp van onderzoek; dat onderzoek was geheim óók tegenover de beklaagde; het recht van verdediging werd tijdens het vooronderzoek niet erkend, alle beslissingen van de raadkamer, van het hof en de rechtbank werden genomen op grond van de schriftelijke stukken, zonder dat de beklaagde door de beschikkende rechter werd gehoord of in staat gesteld zijn belangen mondeling te doen verdedigen.[598] Nog steeds werd het zwaartepunt van het strafproces gevormd door het verhoor in het vooronderzoek en het verkrijgen van een verklaring van de verdachte. De nadruk van de strafrechtspleging lag sterk op het beveiligen van de samenleving. Te veel aandacht voor de belangen van de verdachte werd gevaarlijk geacht. Voor de verdachte gold, ook in het Wetboek van Strafvordering van 1838, nog steeds een antwoordplicht. Dat werd expliciet bepaald in een artikel 199 Sv:

> 'Indien (..) de beschuldigde weigert of in gebreke blijft op de aan hem gedane vragen te antwoorden, zal het hof bevelen dat (..) met de zaak zal worden voortgegaan, nadat de president aan den beschuldigde zijne verplichting om te antwoorden zal hebben onder het oog gebracht'.

Aan het niet nakomen van die verplichting was echter geen 'sanctie' verbonden. De vraag zou nog gesteld kunnen worden of aan het niet nakomen van de antwoordverplichting, voor de verdachte nadelige consequenties werden verbonden bij de bewijswaardering. Maar dat zou een onderzoek vergen in de krochten van het archief, naar de vonnissen uit die tijd, van uitgaande dat een dergelijke bewijsbeslissing überhaupt gemotiveerd werd.[599] Wel bestond er aandacht voor de normering van het verhoor van de verdachte. Dwang, geweld of bedrog sloten de bekentenis als bewijsmiddel uit. Ook diende de rechter op grond van artikel 99 Sv zich te onthouden van het stellen van strikvragen:

> 'Geene strikvragen zullen in den geheelen loop van eenig proces aan eenige beklaagden, beschuldigden of getuigen mogen worden gedaan, en de regter zal geen acht mogen slaan op de antwoorden, welke op zoodanige strikvragen mogten zijn gegeven.'

De Bosch Kemper benoemt drie gronden voor dit verbod:

---

[597]. Zie Drenth, a.w., p. 211: 'Weliswaar had men de oud-Hollandshe onderscheiding tussen ordinair- en extraordinair proces niet overgenomen, maar aan de andere zijde had men zich ook scherp verzet tegen de overname der jury uit de Fransche wetten. Ook werd niet overgenomen de buitensporige macht van den rechter van instructie, welke deze in de Fransche wetgeving had.' Voor kritiek, Drenth, a.w., p. 219-220: 'Het herziene wetboek immers bleef berusten op dezelfde beginselen, reeds door de crimineele ordonnantie van Lodewijk XIV gehuldigd, waarbij de verdachte, gedurende het vooronderzoek, in een staat van rechteloosheid verkeerde, bleef het geheele inquisitoire karakter van het vooronderzoek onbesmet handhaven. De beklaagde werd gemaakt tot voorwerp van onderzoek; dat onderzoek was geheim óók tegenover den beklaagde; het recht van verdediging werd tijdens het vooronderzoek niet erkend, alle beslissingen van raadkamer, van hof en rechtbank werden genomen op grond van de schriftelijke stukken, zonder dat de beklaagde door den beschikkenden rechter werd gehoord of in staat gesteld zijn belangen mondeling te doen verdedigen. Dit vormde het voornaamste bezwaar. De hoofdgrief was wel deze, dat het Wetboek gedurende het voorbereidend onderzoek met zijn overwegend inquisitoriaal karakter, het recht van den verdachte, om zich van den beginne af tegen de tegen hem gerezen verdenking te kunnen verdedigen, ten eenen male had miskend.'

[598]. Drenth, a.w., p. 219. Voor het wetboek van 1836: zie p. 215.

[599]. Stevens merkt ook op dat er geen wettelijke sanctie verbonden was aan het niet nakomen van de antwoordplicht. Stevens, a.w., p. 41.

'Het verbod, om geene strikvragen te doen, rust op de drie volgende gronden: 1. dat de regter geene bevoegdheid heeft eene beklaagde of getuige op eene zedelijke pijnbank te brengen, waarop men iets tegen zijnen wil verklaart. Elke bekentenis, elke verklaring, om van kracht te zijn, moet vrijwillig zijn afgelegd; 2. dat het aanwenden van bedrog en list het regterlijk ambt onteert, en den regter verachtelijk maakt, ook zelfs bij aangeklaade en getuigen, en 3. dat deze middelen getuigen en beklaagden angstvallig maken, om te antwoorden, en inderdaad het ontdekken der waarheid niet bevorderen. Niets lokt, zelfs bij verharde en zedelooze booswichten, de waarheid meer uit, dan een verhoor, dat op den man af, met rondborstigheid en klemmende redeneerkracht, de bezwaren doet kennen, zonder schijn, dat men list en bedrog nodig heeft, om de waarheid te ontdekken. Booswichten zijn daarenboven meestal verder gevorderd in list dan regters, en het is gevaarlijk, om met hen hierin te wedijveren'.[600]

Alleen fatsoenlijke middelen mochten aangewend worden om de verdachte tot een bekentenis te nopen, aldus De Bosch Kemper. Blok en Besier schrijven hierover dat het stelsel van dat wetboek op 'inquisitoire leest' was geschoeid. Zij benoemen de hiervoor beschreven aandacht voor de normering van het verhoor en voegen daar aan toe dat 'den beklaagde geen strikvragen mochten worden gesteld (artikel 103 oud). Desondanks werden volgens hen herhaaldelijk klachten geuit, dat vooral van de zijde van de lagere opsporingsambtenaren te veel op het verkrijgen van bekentenissen werd aangestuurd en daartoe middelen werden aangewend, die niet geschikt waren om het gezag van de overheid hoog te houden.[601]

In 1886 werd het toen bestaande wetboek gedeeltelijk herzien. De geldende antwoordverplichting van het genoemde artikel 199 van de verdachte ter terechtzitting werd geschrapt. De verdachte kreeg meer verdedigingsmogelijkheden.[602] De tijdsgeest bewoog zich meer in de richting van het versterken van de rechtspositie van de verdachte. In 1874 sprak de Nederlandse Juristen Vereniging zich unaniem uit voor meer waarborgen voor de verdachte of de beklaagde en zijn verdediger gedurende het voorbereidend onderzoek. De rechteloosheid van de verdachte gedurende het geheime voorbereidend onderzoek gaf steeds meer aanleiding tot kritiek.[603]

4.10.1 De herziening van het Wetboek van Strafvordering

Blok en Besier merken op, dat bij de herziening van het strafproces, de in de vorige paragraaf genoemde kwestie omtrent de 'herhaaldelijke klachten' aangaande het verkrijgen van bekentenissen, op de voorgrond stond. Een belangrijke doelstelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering was aldus om aan dergelijke misbruiken – oneerbare toepassing van dwang door opsporingsambtenaren op de verdachte, in het kader van de bewijsvergaring – voor de toekomst een einde te maken.[604] In het kader van de verwezenlijking van die doelstelling, is veelvuldig verwezen naar het Engelse accusatoir proces.

---

[600]. J. de Bosch Kemper, Wetboek van strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en in verband gebragt met de algemeene regtsgeleerdheid, met een bijvoegsel, bevattende formulieren en voorbeelden der ambtsverrigtingen van regter-commissarissen, officieren van justitie, hulpofficieren enz. Deel I, Amsterdam: Johannes Müller 1838, p. 127-130, 134-136, 519-521.

[601]. J. Blok & L.Ch. Besier, Het Nederlandsche strafproces I, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1925, p. 119-120.

[602]. Stevens, a.w., p. 42. Bij wetswijziging van 15 januari 1886, stb. 5. Zie Myjer, a.w., p.12. Blok & Besier 1925, p. 7-9.

[603]. Bosch, a.w., p. 107. Handelingen der Nederlandsche-Juristen-Vereeniging, dl. II, Den Haag, 1874, p. 222.

[604]. Blok en Besier, a.w., p. 119-120.

Instructief voor een goed begrip van de wijze waarop de door de wetgever beoogde rechtsbescherming vorm gekregen heeft, zijn de verslagen van de Commissie-Ort.[605] Deze commissie was belast met het ontwerp van het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Bij de herziening komen met name de ontwikkeling terug die het Engelse strafprocesrecht heeft doorgemaakt, waarin de verdachte als een volwaardig procespartij optreed en over bepaalde verdedigingsrechten. De belangrijkste pleitbezorger van die accusatoire benadering is ongetwijfeld Simons. Voorzitter Ort had duidelijk een veel meer conservatieve benadering van met betrekking tot de rechtspositie van de verdachte. Niettemin worden duidelijke veranderingen voorgesteld. In de Commissie-Ort, die het nieuwe wetboek voorbereidde, wordt een nieuw artikel 30 geïntroduceerd:

> 'In alle gevallen waarin iemand als verdachte wordt gehoord onthoudt de verhoorende rechter of ambtenaar zich van alles wat de strekking heeft hem eene bekentenis van schuld te ontlokken'.

Voorzitter Ort stelde dat het doel van het artikel lag in het vermijden van dwang tijdens het verdachtenverhoor. Met name tijdens politieverhoren werd nogal eens gebruik gemaakt van oneigenlijke methoden die te veel druk op de verdachte legden. Ort meende dat van het voorschrift een 'moreele kracht' zou uitgaan. Tegelijkertijd was hij van mening dat juist de politieambtenaren niet te veel aan banden dienden te worden gelegd. De ervaring leerde immers dat de verdachte aan de politie de meeste inlichtingen verschafte.[606] Daarmee sloot Ort aan bij de negentiende eeuwse kritiek van de Engelse rechtsfilosoof Jeremy Bentham. Zijn kritiek op het zwijgrecht kwam er op neer, dat dit de 'best beschikbare bron van bewijs' aan de rechter onthield. Daarbij zouden de onschuldigen niets te vrezen hebben, door te verklaren.[607]

Een echt zwijgrecht kan het nieuwe artikel 30 nog niet genoemd worden. Het is eerder een instructie aan de verhorende autoriteiten. (de wetgever noemt het ook een nudum praescriptum). De vraag is echter wat de concrete betekenis is van de bepaling? Wat wordt precies bedoeld met de term 'van dwang onthouden'? Dat is precies de reden dat Schimmelpenninck, een van de commissieleden, het voorschrift verduidelijkt wenst te zien.[608] Eenzelfde kritiek komt van de Raad van State:

> 'Naar de bedoeling van artikel 30 zal de verhoorende rechter of ambtenaar zich hebben te onthouden van alle zoodanige wijze van ondervraging waarbij da verdachte in dien zin heinvloed wordt, dat Zijne daarin gedane verklaringen als niet in ,,vrijheid" afgelegd moeten worden aangemerkt", zegt de Memorie van Toelichting met cursief gedrukte letters (bladzijde 69). Die bedoeling is voorzeker loffelijk, doch eene andere vraag is het of zoodanig in algemeene termen belichaamd voorschrift wel in de wet thuis behoort en, daarin opgenomen, practisch nut zal kunnen aanbrengen. De Raad van State kan die vraag niet bevestigend beantwoorden.'[609]

---

[605]. K. Lindenberg, *Van Ort tot ORO. Een verzameling van de werken die hebben geleid tot het Oorspronkelijk Regeringsontwerp van een nieuw Wetboek van Strafvordering (1914)*, Groningen 2002, p. 188-191. (Notulen van de 11e vergadering van de Commissie-Ort, p. 1-13).

[606]. Lindenberg, a.w., p. 188-191.

[607]. Zie voor een bespreking van de kritiek van Bentham: Donald A. Dripps, 'Against Police Interrogation--And the Privilege against Self-Incrimination', 78 *J. Crim. L. & Criminology* 699 (1987-1988). Zie voorts J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (1827).

[608]. Lindenberg, a.w., p. 188.

[609]. Advies van de Raad van State van 23 november 1913 op het Ontwerp-Staatscommissie 1913, Lindenberg 2002, p. 529.

Daarnaast stelt Simons het praktisch nut van het artikel aan de orde. De praktische waarde ervan zou volgens hem gering zijn en de misstanden bij het verhoren niet wegnemen. Wel een effectief middel daartegen zou liggen in een aanvaarding van het Engelse model waarin de verdachte alleen kon worden *ge*hoord. Hij stelt in 1897 in dit verband:

> 'De gemeenschap heeft geen recht dat het individu gedwongen wordt tot zijn eigen veroordeling mee te werken; als partij tegenover hem geplaatst eerbiedigt zij het recht tot zelfverdediging en overwint hem zonder hem zelf als wapen tegen zich zelf te gebruiken. Het wordt tijd dat dit beginsel aan het eind van deze eeuw wel eens aan het oude accusatoire proces mag worden gaan ontleend'.[610]

Daarbij noemt Simons ook het argument dat met het afdwingen van bekennende verklaringen, het risico op onbetrouwbare verklaringen wordt vergroot. Ook De Pinto ijvert voor een aansluiting bij het Engelse systeem. Hij verbindt de nemo-tenetur positie van de verdachte echter niet aan zijn autonomie maar aan het stelsel van bewijslastverdeling. Hij stelt dat een beschuldigde niet verplicht kan worden bewijs tegen zichzelf te leveren. Dit is immers het logisch gevolg van een systeem waarin de bewijslast op de openbaar aanklager ligt. In dit verband wees De Pinto tevens op de praktische onmogelijkheid van het afdwingen van een spreekplicht.[611]

De voorgaande standpunten van Simons en De Pinto zijn belangrijke stellingnames, omdat de wijze waarop invulling gegeven wordt aan het nemo tenetur-beginsel, afhankelijk is van de vraag welke positie de verdachte in het strafproces inneemt. Simons zet analoog aan de accusatoire benadering, de staat en individu tegenover elkaar, als ware het twee gelijkwaardige partijen in een strijd. De verdachte mag in die hoedanigheid zijn eigen belang verdedigen. Uit zijn recht op zelfbehoud – zijn individuele autonomie – vloeit een procesrechtelijke autonomie voort. In het Engelse stelsel komt dit naar voren doordat de verdachte volwaardig procespartij zou zijn. Zo beschouwd kan die 'accusatoire' benadering een antwoord geven op het vraagstuk hoe ontoelaatbare pressie op de verdachte kan worden voorkomen. Dat is de reden dat inspiratie wordt geput uit dat Engelse recht. Blok en Besier schrijven dan ook dat een mogelijkheid was geweest – overeenkomstig het Engelse stelsel – de ondervraging van de verdachte te verbieden. De verdachte zou dan niet meer verhoord kunnen worden, maar enkel '*gehoord*'.[612] Op grond van die positie mocht de verdachte eigenlijk alleen worden gehoord teneinde zijn standpunt naar voren te brengen, zo stelde Simons. Bekentenissen mochten zeker niet worden afgedwongen.[613]

Zoals aan de orde zal komen heeft de wetgever niet zo ver willen gaan in haar afwegingen, dat de verdachte enkel *ge*hoord zou mogen worden.[614] Aanvaarding van dit stelsel en de gelijkwaardigheid van de verdachte als procespartij wordt door de overige leden van de Commissie echter nadrukkelijk van de hand gewezen. Het verhoor van de verdachte blijft, als onmisbaar

---

610. D. Simons, De verdediging in het strafproces (oratie Utrecht), Haarlem: De Erven F. Bohn 1897, p. 26-28. Exemplarisch zijn ook de volgende citaten: 'Met verbazing las ik zijn verklaring, dat de rechten van den verdachte meer dan voldoende gewaarborgd zijn. Wil men van een gewaarborgd zijn van rechten spreken, dan moeten er toch eerst rechten zijn. Ik wist niet, dat een verdachte die naar onze wet had. Zoo zij er zijn, beteekenen zij zeker niet veel.' (W.9449, 16-4-19130.)

611. De Pinto, Handl. Tot het Wetboek van Strafvordering, 1882. Voorrede, p. 3: 'Of zullen wij ons nog vele jaren blijven behelpen met een wetboek, dat meer dan al onze overige wetboeken verouderd, den beklaagden, bij name in het voorbereidend onderzoek, de noodige waarborgen voor hunne verdediging en hunne persoonlijke vrijheid onthoudt!'

612. Blok & Besier 1925, a.w., p. 20.

613. Blok & Besier 1925, a.w., p. 119. Simons, 1897, a.w., p. 26-28.

614. Blok en Besier, a.w., p. 120.

middel in de waarheidsvinding, het uitgangspunt. Wel aanvaardt de Commissie, als een soort van compromis, dat de bepaling wordt uitgebreid opdat het waarborgkarakter meer naar voren komt. Voor die doeleinde wordt toegevoegd:

> 'De verdachte is niet verplicht op de hem gestelde vragen te antwoorden'.

De tekst is daarmee veranderd van een rechtsregel die meer het karakter van een 'instructienorm' heeft, naar een daadwerkelijk zwijgrecht. De Commissie gaat het echter weer te ver dat de verdachte ook moet worden gewezen op het feit dat hij niet hoeft te antwoorden. Het is met name de voorzitter Ort die zich daar tegen verzet. Hij heeft tegen de voornoemde aanvulling geen bepaald bezwaar, mits:

> 'men niet aanvaarde het Engelsche stelsel, volgens hetwelk de verdachte met zijn recht om antwoord te weigeren uitdrukkelijk wordt bekend gemaakt. Voor velen zou dit de reden zijn om niets te zeggen, ja zelfs om op een aanvankelijk voornemen om te erkennen of aanwijzingen te geven, terug te komen.'[615]

Dat is natuurlijk een wel erg 'huigelachtige benadering' van het zwijgrecht. Dat verwordt dan tot een vorm van genoegdoening omtrent het 'morele' gehalte van Strafvordering waarin het zwijgrecht van de verdachte is erkend. Die verdachte moet echter vooral niet geattendeerd worden op het recht dat strafvordering hem toekent. Dat is het optuigen van een 'papieren rechtsbescherming'.

4.10.2. Zwijgrecht, cautie en het verbod tot bevel van uitlevering aan de verdachte

In de Memorie van Toelichting is het voorgaande in grote lijnen terug te vinden. De ontworpen regeling met betrekking tot het strafproces duidt de wetgever aan als een 'gematigd accusatoir' karakter. Het is de uitkomst van een vastgestelde balans tussen enerzijds het bewerkstelligen van een 'krachtige repressie' en anderzijds het 'niet meer dan nodig' aantasten van individuele rechten. Daarbij geeft de wetgever zelf al aan dat het een kwestie blijft van 'wikken en wegen, waarbij verschil van in zicht niet zal uitblijven.[616] Het wetboek beoogde volgens Stevens een principiële verandering aan te brengen in de processtructuur en kende volgens de Memorie van Toelichting een 'gematigd accusatoir karakter'.[617] Volgens Drenth is met het zuiver inquisitoire karkater van het vooronderzoek gebroken. Ook reeds in deze fase van het geding is de verdachte als partij in het proces erkend en zijn hem en zijn raadsman niet onbelangrijke rechten toegekend. De positie van de raadsman is in menig opzicht versterkt; de vrije omgang tussen hem en zijn gedetineerde cliënt is als regel verzekerd, aldus Drenth.[618] Het gematigd accusatoire karakter uitte zich voorts in het volgende. De inverzekeringstelling werd gelimiteerd, de voorlopige hechtenis werd aan controle onderworpen, rechtsbijstand door een raadsman gedurende de voorlopige hechtenis werd ingevoerd, de raadsman kreeg recht op vrij mondeling en schriftelijk verkeer met de preventief gehechte, en de verdachte kreeg recht op inzage van de stukken.[619] Bosch ziet het voornaamste verschil met het wetboek uit 1838, dat het vooronderzoek van zijn geheime karakter werd ontdaan.[620]

---

615. Lindenberg 2002, a.w., p. 189.
616. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, p. 55. Het vooronderzoek blijft gekwalificeerd als 'inquisitoir', omdat juist in dit deel van het proces, geen sprake is van gelijk 'gerechtigde procespartyen'.
617. Stevens, a.w., p. 30. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, p. 55.
618. Volgens Drenth gaat het eerder om een 'getemperd'-inquisitoir' karakter. Zie Drenth, a.w., p. 222-223.
619. Stevens, a.w. p. 31.
620. Bosch, a.w., p. 109.

De wetgever zag de verbeterde positie van de verdachte zelfs als een erkenning van de verdachte als procespartij (met name dan op het onderzoek ter zitting). De regeling van het zwijgrecht in het Engelse recht is nadrukkelijk aan de orde gekomen.[621] De regeling van het zwijgrecht gaat niet zover, dat de verdachte enkel indien hij toestemt aan een ondervraging onderworpen kan worden. Een absoluut verbod van ondervragen is moeilijk houdbaar. De insteek is hier de verdachte te beschermen van ongeoorloofde pressie. Het gaat daarbij in het bijzonder om:

> 'Niet alleen grovere vormen van physieken of moreelen dwang, maar ook elke beïnvloeding, elke pressie van dien aard. dat zij een bepaalden verdachte buiten staat stelt zich behoorlijk reken-schap te geven van den inhoud zijner verklaringen, elk te lang voortzetten van het verhoor, alle vragen, „welke de strekking hebben antwoorden te doen geven die niet de vrije uitdrukking zijn van de gedachten van hem, tot wien de vraag is gericht (…).'[622]

Opvallend is het grote vertrouwen dat de wetgever plaatst in handen van de autoriteiten. De Memorie van Toelichting maakt al melding van het feit dat de bepaling eigenlijk een 'nudum praescriptum'. Dat zou in dat verband vergeleken kunnen worden met het verbod op het stellen van strikvragen van destijds. Dat de autoriteiten zich houden aan de voorgeschreven verhoorwijze kan niet worden afgedwongen. De ervaring leert echter, zo stelt de Memorie van Toelichting, dat de rechterlijke macht met grote zorgvuldigheid dergelijke voorschriften nakomt. Er wordt het vertrouwen uitgesproken dat op den duur ook de politiële praktijk zich het beginsel van het vermijden van dwang eigen zal maken.[623] Het voorgaande neemt niet weg dat het verhoor als methode van strafprocesrechtelijk onderzoek, overeind moet blijven staan. In dat kader wordt het verhoor voor de waarheidsvinding voortdurend benadrukt. Het doel van artikel 29 Sv lag in de normering van het verhoor opdat excessen werden voorkomen en opdat verdachten geen verklaringen aflegden die met de werkelijkheid in strijd waren.[624] De Memorie van Toelichting verwoordt het als volgt:

> 'Het beginsel van artikel 30, eerste lid is derhalve in het kort dit: *de verdachten-ondervraging blijft gehandhaafd, doch met vermijding van elke pressie -in inquisitorialen zin.* Het den verdachte zelfs met nadruk voorhouden van de bezwaren, welke tegen hem zijn gerezen, is uiteraard met dat beginsel niet in strijd, mits het rustig en waardig geschiede en zonder dat getracht worde den verdachte op eenigerlei wijze te intimideren. De verdachte hebbe in elk opzicht een 'fair trial' .[625]

De relatie met de beruchte 'Inquisitoire procedure' komt aldus expliciet naar voren in de overwegingen van de wetgever. De bepaling die uiteindelijk in de wet terecht is gekomen is echter op twee punten verstrekkender dan de oude tekst. Ten eerste werd het zinsgedeelte 'hem eene

---

621. Zie ook Blok en Besier, a.w., p. 119: Het Engelsche recht huldigde tot 1898 een stelsel, dat aan de andere pool ligt. In Engeland werd het als van zelf sprekend beschouwd, dat geenerlei poging mag worden aangewend, om den verdachte bewijs tegen zich zelven te doen leveren. Wilde hij een verklaring (statement) afleggen, dan had hij daartoe de gelegenheid, doch hij mocht niet aan eene ondervraging door of voor den rechter worden onderworpen.
622. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 71.
623. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 71.
624. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 70-71.
625. Kamerstukken II 1917/18, 77, nr. 1, p. 4. Dat de verdachte niet tot antwoorden was verplicht, was bedoeld ter versterking van dat waarborgkarakter van artikel 29 Sv. De verklaringsvrijheid van de verdachte kwam zo volledig tot haar recht, en aan die vrijheid '[ontleent] juist eene bekentenis hare hooge waarde voor het bewijs (…)', aldus de Memorie van Toelichting. Stevens, a.w., p. 45. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 71. Vergelijk ook de toelichting op het Ontwerp-Staatscommissie 1913, p. 67-70, Lindenberg 2002, p. 436-437.

bekentenis van schuld te ontlokken' vervangen door het ruimere '(…) een verklaring te verkrijgen waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is afgelegd'. Blijkens het verslag drukt dit uit dat '[h]et op unfaire wijze verkrijgen van verklaringen van den verdachte (…) in het algemeen [dient] te worden tegengegaan'.[626] Een fundamentele afwijking is voorts, dat wordt toegevoegd dat de verdachte voor het verhoor mededeling wordt gedaan van het feit dat hij niet tot antwoorden is verplicht. Die mededeling behoort in het proces-verbaal te worden opgenomen. Zo komt aan de verdachte niet alleen verklaringsvrijheid toe, maar eveneens een effectief recht om te zwijgen. De Commissie-Ort wilde daar als benoemd niet zo ver in gaan. Aan de omslag in opvatting wordt echter weinig aandacht besteed. In het Verslag wordt simpelweg gesteld:

> 'De ondervraging zal, naar veler meening, mogelijk moeten zijn, doch de vrijheid van den verdachte om al of niet te antwoorden moet worden gerespecteerd. Dat deze niet behoeft te antwoorden moet hem behoorlijk kenbaar worden gemaakt'.[627]

Aan die tournure is opmerkelijk weinig aandacht besteed. Blok en Besier overwegen daarover dat de wet nog verder is gegaan. Naar hun mening is deze ontleend aan de waarschuwing (caution), die de Engelse magistraat moest richten tot de verdachte in de procedure.[628]

Die optekening van de cautie in het proces-verbaal van verhoor sluit in elk geval wel aan bij de door Simons voorgestane praktische regeling van het zwijgrecht. Het waarborgen daarvan wordt immers controleerbaar en daarmee effectief gemaakt. Het voorgaande kan dan ook worden gezien als een duidelijke neerslag van 'nemo tenetur' rechtsbescherming. Zoals Blok en Besier stellen, zien zij de beginselen in artikel 29 Sv als een uitvloeisel van een steeds sterker wordende geestelijke stroming, welke in stijgende mate rekening wil houden met de rechten der individuen. Zij achten het geenszins onwaarschijnlijk, dat ook de lagere ambtenaren, door die stroming gedragen, zullen leren inzien, dat het hun onwaardig is, te trachten van de verdachten verklaringen te verkrijgen, die niet in vrijheid zijn afgelegd.[629]

Hierbij past nog een hele belangrijke introductie in het Wetboek van Strafvordering, en wel het artikel 107 Sv. Deze bepaling is in zekere zin het pendant van het zwijgrecht, ten opzichte van 'stoffelijke voorwerpen'. Gesteld zou kunnen worden dat de wetgever hier nog verder is gegaan dan met het zwijgrecht. Er is immers niet specifiek bepaald dat de verdachte het bevel mag weigeren, welk recht hem uiteraard impliciet wel toekomt; het bevel mag als zodanig niet eens worden gegeven aan de verdachte. Dat is te vergelijken met de situatie dat een verdachte niet mag worden verhoord.

De ratio van de bepaling is volgens de Memorie van Toelichting gelegen in 'redenen van humaniteit en zelfbehoud':

> 'Het zou inderdaad met alle humaniteit in strijd zijn, den in artikel 106 (...) bedoelde personen onder de daarin genoemde voorwaarden tot uitlevering te verplichten en aldus, wellicht op straffe, tot eene medewerking aan het onderzoek, welke van hen redelijkerwijs niet kan worden verlangd, te nopen'.[630]

---

626. *Kamerstukken II* 1917/18, 77, nr. 1, p. 26. Zie hierover Stevens, a.w., p. 44.
627. *Kamerstukken II* 1917/18, 77, nr. 1, p. 26.
628. Blok en Besier, a.w., p. 121-122.
629. Blok en Besier, a.w., p. 125.
630. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 93.

Volgens Blok en Besier vloeit de bepaling voort uit hetzelfde beginsel dat ten grondslag ligt aan het tweede lid van artikel 106 Sv**:**

> 'Was het reeds inhumaan om iemand op straffe te verplichten tot het medewerken aan een onderzoek, dat zijne naaste betrekkingen betrof, of tot eene uitlevering, welke die betrekkingen of hem zelven aan het gevaar eener strafrechtelijke vervolging zou blootstellen, nog inhumaner zou het geweest zijn den verdachte, tegen wien reeds een gerechtelijk vooronderzoek was geopend, onder strafbedreiging tot medewerking aan een onderzoek tegen hem zelven te nopen; vandaar dat de wetgever zelfs het uitvaardigen van een daartoe strekkend bevel niet heeft gewild.'[631]

De verdachte geniet derhalve ter veiligstelling van zijn eigen positie de meest verstrekkende bescherming, te weten de modaliteit van niet-medewerken. Die 'redenen van humaniteit en zelfbehoud' die de wetgever ten grondslag legt aan het 'bevelsverbod aan de verdachte' kan niet anders uitgelegd worden dan dat de wetgever het niet humaan achtte de verdachte te verplichten zichzelf te incrimineren. Ware dit anders, dan zou van de verdachte een actieve inspanning verlangd worden om bewijsmateriaal tegen zichzelf (wellicht letterlijk) aan te dragen.
Deze belangrijke strafvorderlijke bepaling komt verder uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 8.

4.10.3. Tussenconclusie

Op basis van het voorgaande kunnen enkele (tussen)conclusies getrokken worden. Ten eerste moet onderkend worden dat het wetgevingsproces van strafvordering ten aanzien van het zwijgrecht, ingegeven is om ongewenste pressie op de verdachte te voorkomen. Stevens schrijft in dat verband dat het zwijgrecht een product is van de wens, grenzen te stellen aan de oude methoden van verhoor. Te veel dwang past niet in een beschaafde samenleving en levert bovendien het gevaar van onjuiste verklaringen, aldus Stevens.[632] Zo beschouwd, kan het 'gematigd' accusatoire strafproces naar mijn idee gezien worden als een middel om dat doel te verwezenlijken. Het toekennen van verdedigingsrechten aan een verdachte leidt immers tot een mate van procesautonomie. In die zin is het voorkomen van dwang verbonden met het creëren van procesautonomie van de verdachte.

Daarbij vormt ook de invoering van de cautie voor het verhoor, hetgeen in het proces-verbaal van verhoor opgetekend dient te worden, een expliciete erkenning van de procesautonomie voor de verdachte. Hierin is de wetgever een belangrijke stap verder gegaan dan de commissie Ort. Dat het echter de wetgever niet alleen maar gaat om de normering van de verhoorsituatie, blijkt bovendien uit het opgenomen artikel 107 Sv. Het bevel tot uitlevering ter inbeslagneming mag immers niet eens aan de verdachte worden gegeven. Naar mijn idee kan dat niet anders worden gezien dan als een concrete invulling van wat Blok en Besier noemen de 'nieuwe geestelijke stroming', waarbij erkend wordt dat de verdachte niet gedwongen kan worden om aan zijn eigen veroordeling bij te dragen.[633]

4.11. De afschaffing en herinvoering van de cautie

Aanvankelijk laat de opname van het zwijgrecht een positief beeld zien, in de ogen van de minister. Uit een schrijven van de minister van Justitie komt het beeld van het zwijgrecht als een naar de autoriteiten gerichte instructie naar voren:

631. Blok en Besier, a.w., p. 347-348.
632. Stevens, a.w., p. 46.
633. Blok en Besier, a.w., p. 122-123.

> ‘De ondergeteekende heeft in de twee jaren, dat het nieuwe Wetboek van Strafvordering werkt, geenszins den indruk gekregen, dat art. 29 van dat Wetboek tot moeilijkheden aanleiding geeft of voor het prestige van politie- en rechterlijke ambtenaren schadelijk zou zijn. De mededeeling, in dat artikel bedoeld, weerhoudt de verdachten niet van spreken. De drang zich tegen een ongegronde verdenking of beschuldiging te verweren, is bij alle verdachten zoo groot, dat veilig kan worden aangenomen, dat de verdachte die zwijgt dit doet om motieven, die buiten deze mededeling omgaan. De indruk, welke ondergeteekende kreeg van de werking van art. 29, is eerder een gunstige: de klachten over het gebruik van minder edele middelen bij politieverhoren schijnen hem toe onder het nieuwe Wetboek, waarschijnlijk mede door dit artikel, te zijn afgenomen’.[634]

Het spanningsveld tussen de invulling van de rechtsbescherming van de verdachte en de belangen van de ‘maatschappij’ – in de zin van waarheidsvinding – blijft echter voortduren. Het zwijgrecht en de cautie stonden in het vizier van de juristen, die meenden dat de ‘instrumentalistische’ belangen dienden te prevaleren. Volgens Stevens begrepen de tegenstanders van artikel 29 Sv niet hoe het mogelijk was dat het enerzijds de bedoeling was dat de verdachte praatte, en dat hij anderzijds niet tot antwoorden was verplicht. Dit belemmerde de waarheidsvinding en de repressie van de criminaliteit.[635]

De kritiek op de cautie resulteerde in de gedeeltelijke schrapping daarvan. Bij de invoeringswet van 29 juni 1925, *Stb*. 1925, 308 wordt namelijk de mededelingsplicht voor de zittingsrechter opgeheven. Van Sasse van Ysselt en Van Rappard hadden dit met hun amendement bewerkstelligd, waarbij hun oorspronkelijke doel was het schrappen van de gehele mededelingsplicht. Volgens Blok en Besier waren de twee indieners van het amendement bevreesd dat de verdachte niet zou weten of het in zijn eigen belang zou zijn al dan niet te antwoorden. Ook zou hij wellicht het gerecht de mededeling onthouden over zijn persoonlijke omstandigheden, waarvan de rechter op de hoogte zou moeten zijn. Dit om te beoordelen of er termen bestaan tot toepassing van een voorwaardelijke veroordeling of oplegging van een geldboete in plaats van een gevangenisstraf. Blok en Besier meenden evenwel dat de verdachte geen nadeel zou ondervinden van de weglating van de cautie, omdat hij in het stadium van het proces ter terechtzitting toch al wel zijn proceshouding bepaald zou hebben.[636]

Illustratief voor de kritiek is ook Heynsbergen:

> ‘Art. 29 bepaalt: De verdachte is niet tot antwoorden verplicht. Hiervan wordt hem vôôr het verhoor mededeeling gedaan. Het dwaze en ziekelijke van het voorschrift, uitspruitsel van een zwakken geest, die eenerzijds het verhoor van den verdachte te wreed vond, anderzijds den moed miste om het verhoor geheel af te schaffen, ligt vooral hierin: dat èn den voorzitter ter terechtzitting èn (implicite) de politie wordt opgedragen den verdachte te verhooren, maar zij tevens gehouden zijn hem er op te wijzen, dat hij niet hoeft te antwoorden. Het druischt in tegen het beginsel, dat de overheid de waarheid moet opsporen met alle gepaste middelen en zij daarin niet mag worden belemmerd. Het is beschamend en een symptoom van decadenten tijdgeest, dat de wetgever zelf het gezag

---

634. Zie Stevens, a.w., p. 47. Zij verwijst naar Jörg z.j., aantekening 5, voor het citaat. Voor de originele bron wordt verwezen naar: de MvA aan de Eerste Kamer bij de Rijksbegroting voor het dienstjaar 1928, IVe hoofdstuk, Justitie W 11 796, p. 2, eerste kolom.

635. Zie onder andere het Advies van de Raad van State van 23 november 1913 op het Ontwerp-Staatscommissie 1913, Lindenberg 2002, p. 529-530, en het Voorlopig Verslag van de Commissie van Rapporteurs van de Eerste Kamer, Handelingen I 1920/21, p. 52-62. Zie in dat verband voort: Drenth, a.w., p. 224-227.

636. Zie Blok en Besier, a.w., p. 122-123.

der overheidsorganen ondermijnt. Ik ben nog meer geneigd er iets decadents, slapheid van wil en van durf, in te zien dan iets revolutionairs.'[637]

De totalitaire ideologieën van de jaren dertig, vormden de theoretische onderbouwing voor de aanval op het zwijgrecht. Daarvoor zijn de preadviezen van Hooykaas en Marx voor de NJV in 1934 exemplarisch. Die adviezen zijn sterk gebaseerd op de gedachte, dat het individuele belang sterk ondergeschikt geacht is aan het belang van de gemeenschap. Hooykaas stelt in dit verband het volgende:

'Materieel kan het Wetboek niet anders dan als zeer individualistisch worden gequalificeerd. Onnoemelijk zijn de rechten, hem (den misdadiger) en zijn verdediger toegekend. Menigvuldig de formaliteiten. Talloos de rechtsmiddelen.'[638]

Wie de bijdrage leest van Hooykaas, moet niet verbaasd zijn om in de literatuurlijst vermeld te zien: 'Mein Kampf, A. Hitler'. Het zou eenvoudig zijn deze criticasters van het zwijgrecht af te doen als uitlopers van het fascistisch gedachtengoed; maar dat is té eenvoudig. Een argument tegen het zwijgrecht op basis van het gemeenschapsbelang is – *op zichzelf* – een valide argument.[639] Wel moet daarbij worden opgetekend dat dit gebaseerd is op een hele andere perceptie van de verantwoordelijkheid van de verdachte. Hooykaas stelt namelijk in zijn preadvies dat burgers, actieve medewerking moeten verlenen aan het doel van de strafvervolging.[640] Volgens Stevens leidt deze visie er toe dat de verdachte derhalve geen intellectuele autonomie heeft en alleen binnen een strikt kader ruimte heeft zich te verdedigen. De bewegingsvrijheid van de verdachte binnen het proces is daarmee tot een absoluut minimum teruggebracht. Voor een zwijgrecht dat het individuele belang van de verdachte erkent en ondersteunt, en daarmee de verdachte een autonome positie geeft in die zin dat hij niet verplicht is om mee te werken, is

---

637. Drenth, a.w.,p.228 verwijst naar: Het nieuwe wetboek van Strafvordering. Een welkomstwoord. Verspr. Geschriften, p. 89 e.v.

638. Y.P. Hooykaas, 'Komt bij de bescherming van de individueele vrijheid in ons huidige strafrecht en strafprocesrecht de gemeenschap te kort? Zoo ja, welke wijzigingen dienen dan in onze wetgeving te worden aangebracht?', in: Handelingen 1934 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, 's-Gravenhage: Belinfante 1934, p. 44. Zie voorts A.J. Marx, 'Komt bij de bescherming van de individueele vrijheid in ons huidige strafrecht en strafprocesrecht de gemeenschap te kort? Zoo ja, welke wijzigingen dienen dan in onze wetgeving te worden aangebracht?', in: Handelingen 1934 Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, 's-Gravenhage: Belinfante 1934, p. 1-56. Zie Drenth, a.w., p. 230. Hij citeert Besier: 'Het nieuwe Wetboek van Strafvordering is de laatste, maar al te zeer geslaagde krachtproef geweest van de individualistische richting. In 1908 werd door mij het gemeenschapsbelang verdedigd als grondslag voor een goed strafproces. Het had geen ander gevolg dan dat mij hoonend uit de vergadering, door een der praeadviseurs zelf, werd toegevoegd, dat ik niet beter was dan Robespierre met zijn comité du Salut public, en dat men moest opkomen voor het individueele belang. Een dergelijke hoon kan thans, wanneer men opkomt voor het gemeenschapsbelang, zeker niet meer verwacht worden.' Schwartz: 'Welnu, ik aanvaard den eisch Gods, dat ieder mensch er toe heeft bij te dragen om de zonde te bestrijden en te helpen de misdaad tot klaarheid te brengen. Dit geldt ook voor den verdachte, voor wien bovendien van beteekenis is, dat alleen in den weg van schuldbelijdenis en boete verzoening mogelijk is. Ook de verdachte, door den rechter ondervraagd, is, op grond van het gemeenschapsbelang, of wil men, het solidariteitsbeginsel, redelijk gehouden hetgeen hij weet volledig mee te deelen.'

639. Zo leidde de opmerkingen van de president van het Gerechtshof Amsterdam, bij de jaarrede van de NJV in 2002 tot enige 'commotie'. Schipper pleitte op basis van onder meer de verantwoordelijkheid van de verdachte voor de slachtoffers en de samenleving, voor afschaffing van de cautie ter terechtzitting. Zie N.A.M. Schipper, 'Ervaringen in de praktijk. Rede bij de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging op 14 juni 2002', *NJB* 2002, p. 1298. Zijn opmerkingen is Schipper op forse reacties komen te staan van Prakken, Blekxtoon en Spronken. Zie: T. Prakken 2002, 'Het zwijgrecht van de onwetende verdachte. Reactie', *NJB* 2002, p. 1704-1705; R. Blekxtoon, 'De cautie. Reactie', *NJB* 2002, p. 1705-1706 en T. Spronken, 'Afschaffing van de cautie: strafprocessuele struisvogelpolitiek. Reactie', *NJB* 2002, p. 1706-1707.

640. Hooykaas, a.w., p. 44.

volgens Stevens in Hooykaas zijn wereldbeeld geen plaats.[641]

De vraag die naar voren komt, is dus of de verdachte een dergelijke publiekrechtelijke functie dient te hebben in het strafproces. De NJV-vergadering blijkt ook hier een belangrijke politieke barometer. Het merendeel van de leden is tegen de stelling dat de verdachte verplicht is medewerking aan het onderzoek te verlenen. Wel stemt de vergadering in voor de afschaffing van de cautie. In het parlement wordt dezelfde lijn gevolgd. In 1935 wordt een wetsvoorstel ingediend dat in de afschaffing van de, in artikel 29 Sv opgenomen mededelingsplicht voorziet. In het debat in de Tweede Kamer staat de principiële vraag centraal of de verdachte een morele plicht heeft om aan de waarheidsvinding mee te werken (dus in concreto om naar waarheid op vragen te antwoorden), ofwel: heeft de verdachte een publiekrechtelijke functie in het strafgeding zoals de preadviezen uit 1934 voorstonden?[642] De minister is van oordeel dat de verdachte een dergelijke functie vervult, al gaat hij niet zover dat hij een wettelijke antwoordplicht wil invoeren om daar uitdrukking aan te geven. Dit zou een te zwaar offer van de verdachte vergen. Maar het wettelijke zwijgrecht slaat weer te ver de andere kant op. Het belang van het individu wordt daarmee boven het algemeen belang gesteld. Met betrekking tot het zwijgrecht stelt de minister in de Memorie van Toelichting dat het doel van artikel 29 Sv is dwang te voorkomen. Dwang kan immers nadelig werken op de waarheidsvinding en is bovendien inhumaan ten aanzien van de verdachte. Dit houdt echter niet in dat de verdachte op vragen niet zou hoeven antwoorden, aldus de minister. Ook zonder het zwijgrecht kan het pressieverbod worden gehandhaafd. Het meest hinderlijk is de mededelingsplicht, zo vindt de minister. Het werkt verwarrend en is bovenal ondoelmatig.[643]

De kamer manifesteert zich als een authentieke dualistische tegenkracht. Het merendeel van de Kamerleden is van mening dat de verdachte geen publiekrechtelijke functie vervult in het strafgeding en dat dientengevolge zijn zwijgrecht behouden moet blijven.[644] In het uiteindelijke voorstel blijft het zwijgrecht principieel behouden; de mededelingsplicht wordt geschrapt op praktische gronden. En zo wordt artikel 29 Sv een bepaling met een enigszins dubbelzinnige boodschap. Als principieel uitgangspunt geldt dat de verdachte geen publiekrechtelijke plicht vervult in het strafgeding en dus een bepaalde mate van vrijheid heeft om zijn eigen standpunt te bepalen en zo zijn eigen belangen te behartigen. Maar in de uitwerking wordt dat recht niet gefaciliteerd. Op de inconsistentie van dit 'compromis' wijst bijvoorbeeld Taverne:

> 'Als het zwijgrecht behouden blijft moet ook de cautie blijven. De toestand mag niet zo zijn dat onwetende verdachte niets aan het zwijgrecht heeft en alleen de geroutineerde recidivist ervan profiteert'.[645]

De cautie wordt weer heringevoerd in 1974. Dit gebeurt door een amendement van Tweede Kamerlid Goudsmit tijdens de behandeling van de wijziging van de voorlopige hechtenis. Naeyé spreekt van een onverwachte wetswijziging. Volgens Stevens is de makkelijke wijze waarop de Kamer het amendement aanneemt, wellicht veelzeggend voor de vrije geest van die

---

641. Stevens, a.w., p. 49.
642. Stevens, a.w., p. 50. *Handelingen II* 1936/37, p. 1848-1868.
643. *Handelingen II* 1936/37, p. 1860.
644. *Handelingen II* 1936/37, respectievelijk p. 1849-1851 en p. 1855-1856.
645. Taverne 1937a, p. 251. Zie ook Taverne 1937b, p. 326-331. B.M. Taverne, 'Moet met het "fair play" van artikel 29 Sv. gebroken worden? Opvoedende waarde van het beginsel', *NJB* 1937, p. 245-254. B.M. Taverne, 'Artikel 29 W.v.Sv. In de Tweede Kamer. Enkele kantteekeningen. Sportiviteit en fair play. Strafvordering en politiek', *NJB* 1937, p. 326-331.

tijd.[646] Anders klinkt het standpunt van de toenmalige minister Van Agt, die stelde dat de opheldering van criminaliteit al zo 'deksels moeilijk' is.[647]

4.12. Rechtspraak van de Hoge Raad: hoeder van de 'accusatoire geest'

In verschillende arresten van de Hoge Raad komt de relatie aan de orde tussen gestelde dwang tot zelfincriminatie en het zwijgrecht. In de zaak van 27 juli 1927 speelt de weigering van verdachte zijn naam op te geven aan een opsporingsambtenaar. De verdachte werd vervolgd voor het weigeren te voldoen aan vordering als genoemd in artikel 184 Sr.[648] De Hoge Raad overwoog dat de bevoegdheid van artikel 52 Sv niet spreekt over 'bevelen' of 'vorderen'. Wanneer het de wetgever had voorgestaan, om het niet antwoorden onder het bereik van artikel 184 Sr te brengen, had het voor de hand gelegen om in artikel 52 Sv ook een verplichting tot antwoorden op te nemen, aldus de Hoge Raad. Bovenal is interessant wat de Hoge Raad overweegt ten aanzien van het zwijgrecht. Hij stelt namelijk dat:

> 'dat ook de stelling dat van iemand, die naar zijn naam wordt gevraagd, niet wordt gevergd bewijsmateriaal tegen zichzelf te verschaffen, opgevat in dièn zin, dat hij niet zichzelf behoeft te bezwaren, niet altijd opgaat, daar verdenking tegen een bij name bekend persoon kan bestaan en de ondervraagde, door het noemen van zijn naam, iets, dat tot dusver onopgehelderd was, te zijnen bezware tot klaarheid kan brengen; dat een en ander nog te meer klemt bij de andere vragen, welke krachtens genoemd art. 52 kunnen worden gedaan, met name die naar de woon- of verblijfplaats; dat dan ook de Rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de geest van het nieuwe Wetboek van Strafvordering zich er tegen verzet, dat, ten opzichte der hier bedoelde vragen, een wettelijke antwoordplicht, onder bedreiging der bij art. 184 Sr. bepaalde straffen, zou zijn geschapen;'

Uitdrukkelijk wordt aldus de 'geest' van het wetboek genoemd, hetgeen klaarblijkelijk over de 'nemo tenetur' gedachte handelt. Dit sluit aan bij de bewoordingen van de A-G, die stelt dat 'in den verdachte niet een voorwerp van onderzoek mag worden gezien'. Al zou gedacht kunnen worden dat de A-G eerder voor ogen staat, dat de verdachte niet als een 'middel' van onderzoek mag worden gezien. Volgens Stevens lijkt de Hoge Raad de nadruk te leggen op de autonome positie van de verdachte binnen het systeem, én veralgemeniseert hij die positie tot een aan het wetboek ten gronde liggend beginsel.[649]

---

646. Stevens, a.w., p. 52.

647. Zie Naeyé, p. 261: Naeyé schrijft dat de bezwaren van de minister betroffen de controleproblemen op de naleving van een dergelijk voorschrift; de mogelijkheden om de mededelingsplicht tot een plichtmatige terloopse of gebagatelliseerde aangelegenheid te maken; de mogelijke verwarring bij de onervaren verdachte die ook in zijn nadeel kan werken; eventuele vertraging van liet verhoor; en ook liet het blijk geven van wantrouwen dat uit de aanvaarding van het amendement zou spreken tegenover de toch al onder zo zware druk verkerende politie. Handelingen Tweede Kamer 1973, p. 1872.

648. In feite volgde de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank. Die oordeelde dat: '(…) art. 52 Sv. ieder opsporingsambtenaar de bevoegdheid geeft den verdachte naar zijn naam te vragen en hem daartoe staande te houden; dat naar het oordeel der Rechtbank deze bevoegdheid den verdachte naar den naam te vragen nog niet in zich sluit die verplichting voor den verdachte die vraag te beantwoorden; dat toch het geheele Wetboek van Strafvordering beheerscht wordt door de grondgedachte, dat de verdachte op geenerlei wijze kan worden gedwongen bewijsmateriaal tegen zich zelf te verschaffen, waaruit in het algemeen reeds voortvloeit, dat de verdachte — zelfs vóór het in art. 29 der wet bedoelde verhoor — het recht heeft het antwoord op hem gestelde vragen schuldig te blijven, hetgeen ongetwijfeld het onderzoek kan bemoeilijken, (…)'.

649. Stevens, a.w., p. 48.

Het tweede hier te bespreken arrest is bekend geworden onder de naam 'Mollenvanger'; HR 16 januari 1928. Hier ging het om een verbalisant die een persoon verdacht van het zonder vergunning (vereiste machtiging) vangen van mollen. De verbalisant vorderde dat de verdachte stil bleef staan, maar die dacht daar anders over en zette het op een lopen. Ook deze persoon werd vervolgd voor het handelen in strijd met artikel 184 Sr. De Hoge Raad oordeelt hier, dat het doen van een vordering om stil te blijven staan, geen steun vindt in de wet. En bovenal:

> '(…) nog daargelaten, dat dan de verdachte op straffe zou worden verplicht tot zijn eigen veroordeeling mede te werken, hetgeen met den geest van het nieuwe Wetboek van Strafvordering kwalijk zou strooken —, verschillende bepalingen van dat Wetboek van de tegenovergestelde opvatting blijk geven;(…)'

De Hoge Raad geeft in dat verband nog een voorbeeld, waarin de rechter-commissaris tijdens het gerechtelijk vooronderzoek de bevoegdheid is toegekend tot inbeslagneming van alle daarvoor vatbare voorwerpen. Het gaat aldus om een expliciete toekenning van een bevoegdheid. Een dergelijke bevoegdheid heeft een expliciete wettelijke grondslag. Tegelijkertijd wijst de Hoge Raad er meteen op dat dit bevel niet aan de verdachte mag worden gegeven. Niettemin is dit een opmerkelijke uitspraak omdat van de verdachte geen 'actieve' bijdrage aan de bewijsvergaring werd verlangd. Het ging immers om een vorm van 'dulden', namelijk dat hij stil zou blijven staan. Toch achtte de Hoge Raad die redenering niet toelaatbaar gelet op de 'geest van het wetboek'.[650]

Voorts dient de aandacht gevestigd te worden op de volgende zaak. De zaak van HR 22 juni 1931, *NJ* 1931 (p. 1602) 'Liegende Bakker' is zeer interessant vanwege het fenomeen van de 'sfeercumulatie'. Daarbij gaat het om een conflict situatie, veroorzaakt door een samenloop van een inlichtingenplicht en het zwijgrecht. Het hoofd van een bakkerij was (kennelijk) als verdachte aangemerkt door een ambtenaar van de Arbeidsinspectie. De ambtenaar stelde zich op het standpunt dat hij de betrokkene niet als verdachte ondervroeg, maar dat hij zijn controlerende taak vervulde. De Hoge Raad is duidelijk over dit juridisch conflict tussen verplichting tot antwoorden en recht tot zwijgen:

> 'dat immers aangenomen moet worden, dat het na de totstandkoming van art. 79 der Arbeidswet 1919 door de wet in art. 29 Sv. uitdrukkelijk erkende recht van een verdachte op de hem gestelde vragen niet te antwoorden, de verplichting tot spreken van art. 79 der Arbeidswet 1919 voor dit geval opheft;
> dat deze opvatting, welke geheel overeenkomt met den geest van het nieuwe Wb. V. Sv., moet worden aanvaard, zoolang de wet zich niet uitdrukkelijk in anderen zin uitspreekt en ook de Rechtbank van deze opvatting schijnt uit te gaan'.

Zoals de annotator Pompe opmerkt past de Hoge Raad hier een *'lex posterior'* argumentatie toe. Gewicht wordt toekend aan het feit dat het zwijgrecht van 29 Sv in de wet is opgenomen, na de genoemde bepaling uit de Arbeidswet 1919. Bovenal is opmerkelijk wat de Hoge Raad overweegt in relatie tot het inzicht van de verhorende controle ambtenaar, ten opzichte van het zwijgrecht:

---

[650]. Zie over deze zaak ook Stevens en Ansmink. Stevens, a.w., p. 48:'Waar het zwijgrecht volgens de wetshistorie hoofdzakelijk beoogde het overheidsoptreden te normeren, lijkt de Hoge Raad nu de nadruk te leggen op de autonome positie van de verdachte binnen het systeem, én veralgemeniseert hij die positie tot een aan het wetboek ten gronde liggend beginsel.' Ansmink vermoedt dat de Hoge Raad geïnspireerd is geweest door het Engelse *privilege against self-incrimination*, dat betrekking zou hebben op een ruimer gebied dan de verklaringsvrijheid. Ansmink 1981, a.w., p. 441.

> ‘dat het dan echter ten eenenmale onaannemelijk is, dat het al of niet tot zijn recht komen van bedoeld beginsel van strafprocesrecht zoude afhangen, niet van de vraag, of degene, wien het verzoek om inlichtingen wordt gedaan, inderdaad in den zin van art. 27 Sv. verdachte is – waarvoor in de door de Rechtbank gebezigde bewijsmiddelen overvloedige gronden aanwezig zijn – maar van het inzicht van een tot het ondervragen van een verdachte bevoegden ambtenaar en zelfs van den wil van zulk een ambtenaar om iemand – ook indien hij wel een redelijk vermoeden van schuld aanwezig zoude achten – als verdachte te ondervragen, dan wel hem in een andere qualiteit vragen te stellen;’

Dit is een voor de in de latere hoofdstukken bespreking van de straf- en bestuursrechtelijke jurisprudentie op dit punt een fundamentele overweging. Het gaat volgens de Hoge Raad niet om het perspectief van de controle ambtenaar of de betrokkene een zwijgrecht toekomt. Zulks is afhankelijk van het ‘materiële’ criterium of de feiten en omstandigheden nopen tot de aanname van een verdenking, in de zin van artikel 27 Sv. In hoofdstuk 6, bij de bespreking van het bestuursrechtelijk zwijgrecht, wordt hier uitgebreid op terug gekomen.

De laatste twee in dit verband te bespreken arresten kunnen in onderlinge samenhang besproken worden. Het betreft namelijk de Bloedproef I en II arresten. In het eerste arrest, HR 5 juni 1951, *NJ* 1951 nr. 520 kwam het volgende aan de orde. De Hoge Raad oordeelde over de rechtmatigheid van de bloedafname, in het kader van onderzoek naar rijden onder invloed) (verdenking overtreding 22 aanhef en onder b Motor- en Rijwielwet). Kort gezegd formuleerde de Hoge raad een aantal criteria waaronder dit was toegelaten.[651] Belangrijk onderdeel van die criteria was de toestemming die de verdachte verleende voor het onderzoek. De verdachte diende ‘vrijelijk’ toestemming te verlenen. Incasu was die naar het oordeel van de Hoge Raad gegeven. Daarentegen was het precies die toestemming die ontbrak in het tweede arrest van HR 26 juni 1962. In het bijzonder overwoog de Hoge Raad:

> ‘O. dat allereerst aan de orde dient te komen de vraag of het in het middel aangehaalde art. 56 Sv. toestaat bij een verd., bij het bestaan van ernstige bezwaren tegen dezen, zonder zijn toestemming bloed af te nemen, en, met name, of zodanige ingreep valt onder onderzoek ‘aan zijn lichaam’;
> O. daaromtrent dat laatstgenoemde uitdrukking – evenals de uitdrukking ‘aan hun persoon’ in art. 195 Sv. – de vraag openlaat of onder het krachtens die artikelen toegelaten onderzoek is begrepen het dat er nog te minder grond is dezen ingreep onder evengenoemde bepalingen te brengen, nu het WvSv – dat volgens de MvT een gematigd accusatoir karakter heeft – aan de politie en de justitie bepaalde bevoegdheden ten opzichte van den verd. toekent, daarbij kennelijk er van uitgaande dat de verd. enerzijds verplicht is het uitoefenen van deze bevoegdheden te dulden, doch anderzijds ingrepen, verder gaande dan deze bevoegdheden medebrengen, slechts met zijn toestemming kunnen plaatsvinden;’

Na de herinvoering van de cautie in 1974, zoals in de vorige paragraaf beschreven, heeft de Hoge Raad zich diverse malen gebogen, over de vraag naar de consequenties van het verzuim

[651]. O. voorts t. a. v. het tweede middel, dat ingeval iemand, die daarover vermag te beschikken, vrijelijk toestemming ertoe verleent dat van zijn lichaam door een medisch deskundige enige druppels bloed worden afgenomen tot het doel – hetwelk op zich zelf geoorloofd is en daardoor ook gediend kan worden – dat een onderzoek van dat afgenomen bloed ertoe zal bijdragen de waarheid aan den dag te brengen aangaande een tegen hem gerezen redelijk vermoeden van schuld aan de overtreding van art. 22 aanhef en onder b Motor- en Rijwielwet, zulk een bloedafneming noch met de artt. 338, 339, 344 en 359 i. v. m. artt. 29 en 56 Sv., noch met het systeem van Tit. IV Eerste Boek Sv. of met het systeem van de Grondwet, zoals dit blijkt uit haar artikelen 4, 164, 165 en 166, in strijd behoeft te komen en bij de toelichting van het middel een dergelijken strijd dan ook niet is aangetoond.

de cautie aan de verdachte te geven.[652] De rode draad in die jurisprudentie is dat, indien de verdachte tijdens het opsporingsonderzoek de cautie niet is verleend, die verklaring van de verdachte in beginsel niet gebruikt mag worden voor het bewijs. De uitzondering op dat uitgangspunt is in het geval dat de verdachte niet in zijn belangen is geschaad.[653] De rechtspraak over het cautieverzuim heeft dan ook vooral betrekking op de vraag wanneer de verdachte geacht mag worden niet in zijn belangen te zijn geschaad. Dat hangt bijvoorbeeld af van de processuele houding die de verdachte vervolgens ter terechtzitting inneemt. Wanneer de verdachte – na consultatie van rechtsbijstand – eenzelfde verklaring aflegt (als die in het verhoor waar de cautie ontbrak), dan wordt hij geacht niet in zijn processuele belangen te zijn geschaad.

Lensing plaatst bij de benadering van de Hoge Raad de kanttekening, of het belang van de cautieplicht wel voldoende wordt beschermd. De kern van zijn kritiek is dat de cautie ook tot doel heeft dat de verdachte zich tijdens ondervraging, bewust is van zijn zwijgrecht. Met dat facet lijkt de Hoge Raad nauwelijks rekening te houden, wanneer hij ervan uitgaat dat de omstandigheid dat de mededeling op een tijdstip in het verleden is gedaan, voldoende is om de verdachte op de hoogte te achten van zijn zwijgrecht, aldus Lensing.[654] Kuiper heeft aandacht besteed aan de ontwikkelingen van de cautie-rechtspraak na het Salduz-arrest van het EHRM. Hij schrijft dat ook na Salduz nog steeds geldt, dat als eerst een verklaring zonder cautie is afgelegd, zulks niet per definitie betekent dat latere verklaringen, die zijn afgelegd nadat wel de cautie is gegeven, niet voor het bewijs gebruikt kunnen worden.[655]

---

[652]. Naeyé stelt dat: Vanaf 1 januari 1974 tot en met mei 1980 in de Nederlandse Jurisprudentie totaal 16 arresten van de Hoge Raad zijn gewezen. Hij wijst daarbij onder meer op: HR 24 mei 5 1977, *NJ* 1978, 316; HR 7 juni 1977, *NJ* 1978, 482; HR 20 december 1977, *NJ* 1978, 626; HR 17 januari 1978, *NJ* 1978, 341; HR 24 mei 1977, *NJ* 1978, 316; HR 13 maart 1979, *NJ* 1979, 268; HR 21 november 1978, *NJ* 1979, 101; HR 26 juni 1979, *NJ* 1979, 567. J. Naeyé, 'Verhoor zonder cautie. Zes jaar jurisprudentie op art. 29 lid 2 Wetboek van Strafvordering', in: V.H. Davelaar e.a. (red.), *Strafrecht in perspectief. Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan der Vrije Universiteit te Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 247-262. Stevens noemt daarnaast op p. 56: HR 2 oktober 1980, *NJ* 1980, 243; HR 20 januari 1981, *NJ* 1981, 339; HR 26 januari 1982, *NJ* 1982, 353; HR 12 juni 1984, *NJ* 1985, 37. Zie voorts Stevens in verband met 'undercover'-verhoor', 'politieverhoor', op respectievelijk, p. 58-59 en 62.

[653]. Naeyé wijst op het tweetal criteria dat door de Hoge Raad werd genoemd in HR 26 juni 1979, *NJ* 1979, 567. Het hof had nagelaten vast te stellen of de verdachte door het cautieverzuim in zijn belangen was geschaad, gezien de verdachte a) niet wat bijgestaan door een raadsman en b) ter terechtzitting een andersluidende verklaring had afgelegd. Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie Lensing 1988, p. 205-207. J.A.W. Lensing, *Het verhoor van de verdachte in strafzaken* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1988. Zie voor een beschrijving van de rechtspraak Naeyé 1980, p. 262, Lensing 1988, p. 204-209.

[654]. Lensing, a.w., p. 207. Zie ook C. Fijnaut, *De toelating van raadslieden tot het politiële verdachtenverhoor*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 466-467.

[655]. Zie ook R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, Nijmegen: Wolter Kluwer 2014, p. 505. Kuiper schrijft dat in het *Salduz*-arrest van de Hoge Raad, waarmee het de desbetreffende rechtspraak van het EHRM implementeerde, HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken, is overwogen dat in de regel ook bewijsuitsluiting moet worden toegepast ten aanzien van 'bewijsmateriaal dat is verkregen als rechtstreeks gevolg van een voor het bewijs onbruikbare verklaring'. Dat klinkt volgens Kuiper als een vrij strikte en ver strekkende vruchtenleer. Of van zo'n rechtstreeks gevolg kan worden gesproken laat zich volgens de Hoge Raad niet in algemene zin beantwoorden, zij het dat bewijsuitsluiting in beginsel niet in aanmerking komt ten aanzien van de verklaringen die de verdachte heeft afgelegd nadat hij een advocaat heeft kunnen raadplegen en op zijn zwijgrecht is gewezen, aldus Kuiper. Na voornoemd arrest van de Hoge Raad geldt volgens hem nog steeds dat als eerst een verklaring zonder cautie is afgelegd, zulks niet per definitie betekent dat latere verklaringen, die zijn afgelegd nadat wel de cautie is gegeven, niet voor het bewijs gebruikt kunnen worden. Kuiper wijst voorts op HR 13 november 2012, *NJ* 2013/413. Daar hadden volgens de verdediging onrechtmatige observaties van de verdachte plaatsgevonden door een zogenaamd 'veelplegersteam'. Tot het bewijs gebruikte het hof de aangifte en de bekennende verklaring van de verdachte die hij, met rechtskundige bijstand en na de cautie te hebben gekregen, had afgelegd bij de RC. In zijn verwerping van het desbetreffende middel wees de Hoge Raad

4.13. Conclusie

De vraag of er een recht bestaat, van een verbod van zelfincriminatie, is sterk verbonden met de structuur van het strafproces, alsmede het daar aan ten grondslag liggend mensbeeld en politieke opvatting. Tot de dertiende eeuw, gedurende de vroege middeleeuwen, was het strafproces gekenmerkt als accusatoir en 'sacraal-formalistisch'. De rechter was lijdelijk en stelde de 'formaliteiten' vast, waar aan voldaan moest worden. De bewijsvoering werd vervolgens geleverd door twee 'gelijkwaardige partijen', middels religieuze proeven. De beklaagde kwam daarbij een 'privilege' toe zichzelf van de aanklacht te zuiveren. Het is heel eenvoudig om vanuit de 21e eeuw, de juridische processtructuur van de vroege Middeleeuwen te kwalificeren. Termen als 'achterlijkheid' en 'onwaarachtigheid' liggen zonder meer voor de hand; daar waar het seculiere vervangen is voor het religieuze in het kader van de waarheidsvinding. Voor die periode geldt, dat het 'sacraal-formalistisch' partijproces een antwoord was op het ontbreken van een ontwikkelde rechtspraktijk. Als 'oplossing' bestond een procedure waarbij op basis van 'Godsoordelen' tot een bepaald vonnis werd gekomen.

Paradoxaal genoeg waren het met name de kerkelijke autoriteiten die een nieuwe juridische procedure introduceerden; gericht op de materiële waarheidsvinding. De belangrijkste drijfveer daarvoor was het verlangen krachtiger op te treden tegen 'ketterij'. Paus Innocentius III is dan ook onlosmakelijk verbonden met de invoering van de 'inquisitoire procedure'. Die op de religieuze repressie gebaseerde ontwikkeling van de processtructuur, leidde tot de enorme confrontatie tussen inquisitoire procedure en het nemo tenetur-beginsel. Ontegenzeglijk is het straf processuele zwijgrecht gesmeed in de vuren van die Engelse religieuze vervolging. Daar verwerd het gebruik van de eed ex officio door speciale rechterlijke colleges, tot instrumenten van koninklijke repressie. Het zijn de slachtoffers van die repressie die zich teweer stelden tegen de eed ex officio en die de ideologische basis vormden voor de verdere ontwikkeling van het zwijgrecht. Daarbij is het de verdienste geweest van de 'common law'-rechters – met name Sir Edward Coke – die het zwijgrecht lieten prevaleren. De ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel is in die Engelse periode dan ook gevormd door de inzet van de 'martelaren' – sommigen op de brandstapel verbrand – en de volharding van de rechters in het licht van de gevaren voor hun eigen fysieke integriteit. Ten slotte heeft het zwijgrecht geprevaleerd op de 'ex officio' procedure door de afschaffing van de 'Star Chamber' en 'High Commission' gerechten. Niet uit het oog moet worden verloren dat dit het resultaat was van de juiste politieke en militaire machtsverhoudingen, die dat mogelijk maakten.

Aangaande de vraag of de 'ius commune' of de 'common law' de drijvende kracht is geweest achter het nemo tenetur-beginsel, kan het volgende worden gesteld. Weliswaar bestond er een zwijgrecht in het canonieke recht. Daar heeft het beginsel zonder meer zijn wortels in de geschriften van de kerkvaders (als Sint Johannes Chrysostomus). De reikwijdte van dat zwijgrecht was echter zeer beperkt. De betrokkene kon zwijgen over feiten die geen deel uitmaakten van de aanklacht, met de gedachte dat deze wel aan God opgebiecht moesten worden. Het zwijgrecht werd met betrekking tot de aanklacht werd doorbroken door de aanwezigheid van 'infamia' (een verdenking) of 'fama' (een soort publiek gerucht). De canonieke rechter beoordeelde zelf of daarvan sprake was en kon op basis van die aanname de betrokkene de eed opleggen naar waarheid te verklaren. Met de wijze van optreden door de Inquisitie was het canonieke recht veranderd in een instrument van ongekende repressie. De inquisitoire procedure was juist gebaseerd op zelfincriminatie door de eed 'deveritate dicenda' – de eed ex officio. Op dit punt klinkt het antwoord van Levyaan zijn criticasters overtuigend, waarin de historicus stelt dat dat

erop dat in het verweer zonder nadere toelichting of duiding werd verwezen naar de vruchten van die onrechtmatige observatie en dat dit verweer niet de onderbouwde stelling behelsde dat de bij de RC afgelegde verklaring moet worden gezien als het 'rechtstreeks gevolg' van de door de verdediging gestelde observaties, aldus Kuiper.

het ‘nonsens’ is te beweren dat het canonieke recht de drijvende kracht achter de ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel is geweest.[656] De geschiedenis van de tirannie van de Inquisitie laat simpelweg een ander beeld zien.

Deze voorgaande beschrijving is echter niet het ‘volledige’ verhaal. Wil er sprake zijn van een ‘effectief en praktisch’ zwijgrecht, dan dient er ook sprake te zijn van een daarmee corresponderend ‘onschuldbeginsel’. Met de afschaffing van de Star Chamber en High Commission tribunalen was nog geen sprake van een daadwerkelijk effectief zwijgrecht in de ‘normale’ Engelse strafprocedure. Een beroep op het zwijgrecht betekende het afstand doen van de mogelijkheid de beschuldiging te weerspreken. Reden daarvoor was dat het proces nog teveel uitging van de gedachte, dat een verdachte weliswaar niet verplicht was te antwoorden, maar dat de onschuldige verdachte de aanklacht wel adequaat diende tegen te spreken. Wanneer dat niet gebeurde volgde bijna automatisch een veroordeling. Het is met de verankering van het onschuldbeginsel aan het einde van de zeventiende eeuw en de introductie van rechtsbijstand ter terechtzitting dat daar verandering in kwam. Op haar beurt zijn die ontwikkelingen nauw verbonden met het ‘Verlichtingsdenken’ aan het de eind van de zeventiende en achttiende eeuw. De vele strafrechtelijke hervormingen kunnen beschouwd worden als een uitvloeisel, van het op de menselijke ratio en waardigheid gebaseerde gedachtengoed. Hierbij is gewezen op de verdiensten van zeer invloedrijke denkers als Montesquieu, Beccaria en Voltaire.

De Franse Revolutie leidde ertoe dat het resultaat van dat Verlichtingsdenken een directe receptie kreeg in de Nederlandse Strafvordering. Het is wonderlijk dat de Ordinanties van Philips II nog zolang in de Nederlanden hebben gegolden. Waarom die zo lang hun invloed hebben doen gelden, is in het licht van de 80-jarige oorlog opmerkelijk en een vraag voor rechtshistorisch onderzoek. Met die Franse invloed kwam aan de gelding daarvan in elk geval een eind. De pijnbank werd afgeschaft in 1798. Vanaf 1811 gold de Franse Code d’instruction criminelle. Gedurende het grootste deel van de negentiende eeuw gold nog geen zwijgrecht, maar een ‘morele’ antwoordplicht. De verdachte was gehouden tot verklaren en diende daar door de voorzitter ter terechtzitting op gewezen te worden. Een daadwerkelijk pressiemiddel om dat te realiseren was er niet. Wel stond de strafvordering in het teken van de ‘beschaafdheid’ van het magistrale optreden; strikvragen waren verboden.

Met de gedeeltelijke herziening van de strafvordering in 1886 verdween die voorheen bestaande antwoordplicht. De behoefte werd sterk gevoeld voor een integrale herziening van de strafvordering in een nieuw wetboek. De wens tot herziening werd ingegeven door het verlangen te ‘breken’ met de oude – toch nog – op inquisitoire leest geschoeide strafprocedure. Zulks komt duidelijk aan de orde in de notulen die een ontwerp van het wetboek voorbereidde, alsmede in de Memorie van Toelichting. Zo beschouwd stond de wetgever een strafvorderlijke ‘paradigmawisseling’ voor van de inquisitoire procedure, naar wat werd genoemd de ‘gematigd accusatoire’ procedure. Drenth heeft er op gewezen dat de structuur van het wetboek van Strafvordering meebrengt dat dit veeleer een gematigd inquisitoire procedure genoemd kan worden. Hoe dan ook heeft dit geresulteerd in de toekenning van een daadwerkelijk zwijgrecht aan de verdachte.

De wetgever heeft op drie punten het nemo tenetur-beginsel voor de verdachte verwezenlijkt. Ten eerste door de invoering van het zwijgrecht zelf. Zonder twijfel is Simons een van de drijvende krachten geweest achter de opname van een daadwerkelijk zwijgrecht en niet een loutere

[656]. Levy, 1997-1998, a.w., p. 836: ‘It is nonsense to believe, as Helmholz does, that the right against self-incrimination derived from the canon law, which embodied inquisitional procedures whose objective was to coerce confessions.’

‘instructienorm’ aan de autoriteiten. Aanvankelijk zou ‘slechts’ een bepaling opgenomen worden, met de strekking dat:

> ‘de verhoorende rechter of ambtenaar zich hebben te onthouden van alle zoodanige wijze van ondervraging waarbij da verdachte in dien zin heinvloed wordt, dat Zijne daarin gedane verklaringen als niet in ,,vrijheid” afgelegd moeten worden aangemerkt’.

Ten tweede door het verhoor van de verdachte te doen voorafgaan met een cautie. De verdachte wordt dus gewezen op zijn recht dat hij niet tot antwoorden is verplicht. Het voorstel daartoe haalde het niet in de commisie-Ort. Voorzitter Ort en Simons – fervent voorstander van de ‘Engelse benadering’ en aldus de cautie – stonden op dit punt lijnrecht tegenover elkaar.

Het derde punt verdient meer bekendheid dan dat daar wellicht soms sprake van is; dat is het verbod een bevel tot uitlevering ter inbeslagname (van voorwerpen) te geven aan de verdachte. Met name dit laatste aspect is veelzeggend voor de mate waarin de wetgever procesautonomie aan de verdachte heeft willen toekennen. Zou het immers ‘slechts’ gaan om de normering van de verhoorsituatie, dan zou die bepaling overbodig zijn. Het is het concretiseren van het gematigde accusatoire karakter, wat op haar beurt een middel was om met het oude inquisitoire karakter te breken, waar in onwenselijke pressie op de verdachte kon bestaan. Juist het creëren van een mate van procesautonomie voor de verdachte is het middel bij uitstek om een einde te maken aan de inquisitoire tijd uit de negentiende eeuw. Het feit dat de wetgever zulks wel heeft ingevoerd én gelet op artikel 107 Sv, wijst onmiskenbaar op een vergaande stap. Het doel waar hij dat mee heeft wensen te bereiken is door het toekennen van procesautonomie aan de verdachte, op de drie beschreven punten. Aldus is er een nieuwe balans gecreëerd tussen materiële waarheidsvinding en het breken met de oude inquisitoire traditie, opdat ‘excessen’ verminderd konden worden.

De cautiebepaling is nadien weer gesneuveld door een tegendraadse beweging van conservatieve krachten, die de nieuwe verworvenheden – in Engeland, oude rechten – weer teniet wilden doen. Daarbij is in het parlement de principiële vraag aan de orde gesteld of de verdachte een publiekrechtelijke functie bekleedt. Die vraag werd duidelijk negatief beantwoord. Niettemin werd de cautiebepaling weer afgeschaft, op grond van instrumentalistische overwegingen. Dat beeld laat zich niet anders schetsen dan een van een ‘huigelachtige’ strafvordering. De wet kent immers wel een bepaalde rechtsbescherming, maar de betrokkene die daar bij uitstek aanspraak op diende te maken moest vooral niet geïnformeerd raken over het bestaan ervan. Het is een wonderlijke ontwikkeling, tegendraads aan de ontwikkeling van het zwijgrecht aan de overzijde van het Engelse kanaal. In 1974 wordt die cautieverplichting – ondanks verzet van minister Van Agt – weer heringevoerd.

In de decennia na de introductie van het Wetboek van Strafvordering 1926 heeft de Hoge Raad zich een ware ‘hoeder’ getoond van de ‘accusatoire geest’ van het wetboek. Die overwegingen komen aan de orde in de arresten van 27 juli 1927 en 16 januari 1928 (Mollenvanger). De Hoge Raad heeft zich bovendien al uitgesproken over het probleem van de sfeercumulatie in het ‘Liegende Bakker’ arrest van 22 juni 1931. Het ging daarbij om de conflicterende situatie van een samenloop tussen een inlichtingenverplichting (in het kader van de Arbeidsinspectie) en het zwijgrecht. De Hoge Raad laat in een dergelijk geval duidelijk het Strafvorderlijke zwijgrecht prevaleren en baseert dat op twee argumenten. Ten eerste geldt dat het zwijgrecht op basis van Strafvordering als de *‘lex posterior’* moet worden gezien. De bepaling uit de Arbeidswet dateerde vóór de introductie van Strafvordering. Bovenal geldt dat het zwijgrecht niet afhankelijk moet worden van het subjectieve inzicht van de verhorende ambtenaar. De Hoge Raad hecht

aldus aan het materiele startmoment van het zwijgrecht, op basis van de omstandigheden als genoemd in artikel 27 Sv (een redelijk vermoeden van schuld).

De jurisprudentie omtrent de gevolgen van het verzuim aan de verdacht de cautie mede te delen, heeft zich in zeer casuïstische richting bewogen. Het uitgangspunt is dat die verklaring in beginsel niet gebruikt mag worden voor het bewijs. De geldende afwijking is dat dit wel mag indien de verdachte door het cautieverzuim niet in zijn processuele belangen is geschaad. De rechtspraak concentreert zich aldus op tal van omstandigheden waarin zulks al dan niet aan de orde is.

Het nemo tenetur-beginsel verwerd zo van een recht om te zwijgen over ‘onbekende feiten’, tot een zwijgrecht, alsmede een recht om de vordering tot uitlevering van belastende stukken te weigeren. De ‘geest’ van nemo tenetur breidde zich uit daar waar die kwestie aan de orde was, al aan het begin van de achttiende eeuw. In de Nederlandse strafvordering zijn het zwijgrecht en de bescherming tegen de verplichting tot uitlevering van belastend bewijsmateriaal door de wetgever gewaarborgd. Deze aspecten zijn, zoals het voorgaande heeft laten zien, verankerd in een rijke traditie van (rechterlijk) verzet tegen religieuze en politieke repressie. In het volgende hoofdstuk zal bezien worden hoe het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het nemo tenetur-beginsel heeft opgevat en geïmplementeerd.

HOOFDSTUK 5.

De rechtspraak van het EHRM: de reikwijdte van nemo tenetur

'So far as the investigators were concerned it was very early recognised that the privilege against self-incrimination would be of very little use or value if a man could be compelled to tell all to the authorities before a trial.'

Judge Walsh 1996[657]

'[T]here is no rule more established in equity, than that a person shall not be obliged to discover what will subject him to a penalty, or anything in the nature of a penalty.'
Lord Chancellor Hardwicke 1737[658]

5.1. Inleiding

In hoofdstuk 2 kwam aan de orde hoe de situatie van de sfeerovergang aanleiding kan geven tot ondergraving van de rechten van een verdachte. Hierbij werd het juridisch paradoxale karakter beschreven van de handhaving van het ordeningsrecht. Dit bestaat er uit dat een betrokkene gehouden is aan een controleonderzoek (actieve) medewerking te verlenen, op straffe van wetsovertreding bij weigering van die medewerking. Dit terwijl dat onderzoek juist aanleiding kan geven tot het ontstaan van een strafrechtelijke verdenking. Voorts is in hoofdstuk 3 geconcludeerd dat aangaande de normering van de sfeerovergang het accent komt te liggen op de uitoefening van verdedigingsrechten. De reden daarvoor is (kort gesteld) de ruimhartige toelaatbaarheid van controlebevoegdheden ten behoeve van de opsporingssfeer, hetgeen niet gepaard gaat met een serieus rechtsstatelijk toetsingscriterium terzake. Geconcludeerd werd namelijk dat het door de Hoge Raad gehanteerde 'niet uitsluitend criterium' geen inhoudelijke juridische betekenis heeft bij de handhaving van het verbod van détournement de pouvoir, als algemeen beginsel van een behoorlijke procesorde.[659] Daarbij kwam de constatering dat het controle- en opsporingsonderzoek moeilijk te scheiden zijn, terwijl de overgang daartussen juist als vloeiend gekenschetst wordt. Het verdedigingsrecht, dat bij uitstek onder druk komt te staan door het verplichte karakter van de medewerking in de controlesfeer, is het nemo tenetur-beginsel. In het vorige hoofdstuk is de ontstaansgeschiedenis daarvan nagegaan. Daarbij is beschreven dat de ratio van dit beginsel primair gelegen is in de bescherming van de procesautonomie van de verdachte. Dit moet op haar beurt beschouwd worden als een belangrijke waarde, in de context van de democratische rechtsstaat. Het EHRM beschouwt het nemo tenetur-beginsel ook als te zijn gelegen in de kern van een eerlijke procesvoering (in de zin van artikel 6 EVRM).[660]

---

[657]. Concurring opinion Judge Walsh bij EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk).
[658]. Smith v. Read, 26 Eng. Rep. 332 (1737). Zie W. Hamilton Bryson, 'Discovery of Penalties', 15 U. *Rich. L. Rev.* 283 (1981), p. 285.
[659]. Zie HR 26 april 1988, *NJ* 1989/390 en hoofdstuk 3.
[660]. Zie bijvoorbeeld EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk), r.o. 68.

Thans is het zaak de juridische normering van het nemo tenetur-beginsel nader te duiden. Teneinde dat te realiseren dienen de volgende vragen te worden beantwoord. Wat is de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel in relatie tot normering van de sfeerovergang/sfeercumulatie en hoe wordt dit beginsel geoperationaliseerd? Concreet geformuleerd: welke processuele verdedigingsrechten worden exact beschermd door het beginsel, op welke wijze én op welk moment kunnen die rechten worden geëffectueerd? Daarbij dient als randvoorwaarde te gelden dat teneinde de effectieve toepassing van het nemo tenetur-beginsel te garanderen, de werking daarvan tegemoet dient te komen aan het benoemde 'vloeiende karakter' van de sfeerovergang. Juist vanwege het diffuse karakter van de sfeerovergang is het vanuit het oogpunt van rechtsbescherming relevant een helder antwoord te verkrijgen op deze vragen. Dit vereist op haar beurt een uitvoerige analyse van de terzake relevante rechtspraak van het EHRM. Het nemo tenetur-beginsel is immers door het hof ingelezen in artikel 6 EVRM.[661] Die rechtspraak heeft een overvloedige hoeveelheid literatuur voortgebracht waarin getracht is het toepassingsbereik van het nemo tenetur-beginsel te beschrijven en de juridische visie van het EHRM terzake te verklaren.

Teneinde deze doelstelling te verwezenlijken worden de in dit hoofdstuk geselecteerde EHRM arresten aan een analyse onderworpen, waarbij het uiteindelijke doel is te inventariseren onder welke omstandigheden succesvol een beroep kan worden gedaan op het nemo tenetur-beginsel.[662] Hoewel de afzonderlijke bespreking van een groot aantal zaken de revue passeert, gaat het aldus om de onderlinge verhouding tussen de arresten en het aanwijzen van verbanden om zo de toepassingsvoorwaarden te distilleren. In het kader van de analyse is de jurisprudentie van het EHRM 'conceptueel' gegroepeerd. Daarbij staan de begrippen 'testimonial evidence' en 'real evidence' centraal. Testimonial evidence betreft simpelweg 'verklaringen' van een betrokkene, terwijl het bij real evidence gaat om al het overige (tastbare) bewijs.[663]

Allereerst komen de zaken aan de orde die betrekking hebben op 'testimonial evidence'. Hierbij betreft het gebruik in de opsporingssfeer, van verklaringen die zijn gevorderd in de controlesfeer. Dergelijke verklaringen zijn afgelegd op grond van een wettelijke medewerkingsverplichting. Hierbij staat de bespreking van de 'affaire Guinness' centraal, waarvan het Saunders arrest het belangrijkste voorbeeld is.

Wordt ook het recht om als verdachte (desgevorderd) geen 'real evidence' uit te leveren beschermd door het beginsel? Belangrijk vraagstuk in de Nederlandse literatuur is geweest of, en zo ja in hoeverre, het nemo tenetur-beginsel ook ziet op een ruimer toepassingsbereik dan op louter het zwijgrecht. In dit kader spelen de vragen een rol, wat onder 'wilsafhankelijk' en 'wilsonafhankelijk' materiaal dient te worden verstaan. De aanvullende vraag in dat verband, is geweest of een 'fishing expedition' van overheidswege een noodzakelijke voorwaarde om

---

661. Het EHRM zelf spreekt consequent over 'the privilege against self incrimination', hetgeen i\ vertaald zal worden als 'nemo tenetur-beginsel'. In de zaak EHRM 16 juni 2015, appl. nr. 784/14, Van Weerelt v. Nederland (r.o. 54) spreekt het EHRM wel in het kader van de 'the privilege against self-incrimination' over 'nemo tenetur se ipsum accusare', alsook 'nemo tenetur se ipsum'.

662. Bij de analyse van de EHRM rechtspraak gaat de aandacht primair uit naar de werking van het nemo tenetur-beginsel in relatie tot de normering van de sfeerovergang/sfeercumulatie. De vragen die centraal staan betreffen kwesties waar het betreft afgedwongen verklaringen of bestraffingen van niet-medewerking. Die insteek brengt mede dat de vraag in hoeverre het stilzwijgen van een verdachte kan worden betrokken in de bewijsvoering, geen relevantie heeft voor de geformuleerde vraagstellingen. Zo wordt aldus de bespreking van het Murray arrest buiten beschouwing gelaten. EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725, (Murray v. Verenigd Koninkrijk).

663. De term 'real evidence' is geïntroduceerd door het EHRM in het 'Jalloh arrest' (EHRM 11 juli 2006, *NJ* 2007/226). In dit arrest brengt het EHRM nog nuance aan in verschillende typen real evidence. Dit komt aan de orde in paragraaf 5.3.4.

een vordering tot real evidence te mogen weigeren? Deze bespreking van de jurisprudentie die betrekking heeft op 'real evidence', vormt het tweede cluster aan zaken.

Vervolgens komen de zaken gerubriceerd onder de 'verkeersjurisprudentie' aan de orde. Enerzijds bieden deze zaken een verduidelijking van de visie van het EHRM op de werking van het nemo tenetur-beginsel. Voorbeeld daarvan vormt de Weh v. Oostenrijk zaak, waarin het EHRM een conceptueel overzicht schetst van zijn eigen jurisprudentie. Anderzijds leiden deze zaken tot een conflict met de eerder door het EHRM ingenomen visie op het nemo tenetur-beginsel. Op basis van de 'public interest' worden namelijk in deze 'verkeersrechtelijke context' relativeringen gemaakt op het beginsel, waarvan de belangrijkste vraag is of deze ook van toepassing kunnen zijn op zaken van 'ordeningsrechtelijke aard'.

Voorts vormen de zaken ondergebracht onder de noemer van de 'sfeercumulatie' een belangrijk thema. Het betreft hier de cumulatie van verschillende procedures. Daarbij doet de informatievordering zich voor in de aan de strafprocedure parallelle 'non-punitieve' procedure. Dat is het verschil met de te bespreken 'real evidence' arresten. Aan de orde zal onder meer komen in hoeverre een door de rechter verleende waarborg de mogelijke inbreuk op het nemo tenetur-beginsel kan redresseren.

Hierna komt het aanvangsmoment van het nemo tenetur-beginsel aan de orde. Naast de vraag welke rechten dit beginsel beschermt, speelt (inherent) de vraag vanaf welk moment dit kan worden ingeroepen. Aan de orde komt dat dit minst genomen het geval is op het moment dat sprake is van een 'verdenking' van een strafbaar feit.

Ten slotte wordt in vogelvlucht de jurisprudentie aan op het gebied van het Europees mededingingsrecht aangestipt, terzake van het zwijgrecht. Het gaat daarbij om de uitleg van het Unierecht, zoals dat door het HvJ EG is gedaan. Voor de volledigheid zal deze hier worden behandeld.

5.2. Het gebruik van testimonial evidence

Inleiding

Zoals in de inleiding aan bod kwam, kan het Saunders-arrest worden gezien als een van de standaarduitspraken van het EHRM aangaande nemo tenetur. Het arrest is verworden tot een ijkpunt aan de hand waarvan andere nemo tenetur arresten ter zake worden besproken. In het verloop van de nemo tenetur-discussie gaat het er dan ook met name om hoe andere uitspraken zich verhouden tot de door het EHRM in *Saunders* geformuleerde criteria.

5.2.1. EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk)

5.2.1.1.De omstandigheden van de zaak: van 'share exchange' naar 'share-support'

De heer Saunders was in 1981 directeur en 'chief executive officer' van Guinness PLC (hierna: Guinness). Guinness concurreerde in 1986 met Argyll Group PLC (hierna: Argyll) omtrent de overname van het bedrijf 'the Distillers Company PLC' (hierna: Distillers). Deze overnamestrijd resulteerde in een overwinning voor Guinness. Het aanbod van Guinness aan de aandeelhouders van Distillers betrof namelijk een substantieel 'share exchange' element. Distillers had een soortgelijk voorstel gedaan. Aldus was de waarde van de aandelen van Guinness en Argyll voor beide partijen een cruciale factor in het biedingsproces. Gedurende het verloop van de aanbieding rees de prijs van het aandeel Guinness 'dramatisch'. Echter, nadat het aanbod was aangenomen daalde de prijs weer substantieel. Die frappante verhoging in de aandelenkoers

van Guinness gedurende het biedingsproces kwam tot stand door middel van een onwettige 'share-support' operatie. Hierbij ging het er om dat bepaalde personen ('supporters') aandelen Guinness kochten teneinde de prijs te beïnvloeden (de 'quoted share' price). Die supporters werd geheime schadevergoedingen ('indemnities') aangeboden voor eventueel te incasseren verliezen. In sommige gevallen werden daarbij grote sommen geld betaald, als het Guinness aanbod succesvol zou zijn. Het behoeft geen betoog dat dit illegaal optreden was; 'het betrof koersmanipulatie van de zuiverste soort. Deze handelwijze was in strijd met de 'City Code on Take-overs and Mergers' en in strijd met section 151 of the Companies Act 1985. In de meeste gevallen werden betalingen verricht aan de supporters of personen die supporters hadden gevonden, op basis van valse facturen. Op die wijze moest verborgen blijven dat de betaling werd gedaan in relatie tot de participatie in de illegale share support-operatie.

Beschuldigingen en geruchten van 'misconduct' gedurende het aandelenaanbod leidde het Ministerie van Trade and Industry er toe inspecteurs aan te stellen.[664] Deze hadden de (controle)bevoegdheden om de zaken van Guinnes te onderzoeken. In het kader van dat onderzoek werd op 10 december 1986 eerst de heer Seelig, (onder meer) adviseur van Guinness, als getuige gehoord. Op 12 januari 1987 deelden de inspecteurs van het Department of Trade and Industry (DTI) mede dat er concreet bewijs was dat er strafbare feiten waren begaan. Contact met de 'Public Prosecutions office' leidde er toe dat besloten werd het DTI onderzoek te continueren en transcripties van de verhoren aan de 'Crown Prosecution Service (CPS)' te verstrekken. Op 30 januari 1987 vond voorts een overleg plaats tussen (onder andere) vertegenwoordigers van DTI en CPS. Hierbij werden potentiële verdachten in kaart gebracht – waaronder de heer Saunders – en mogelijke aanklachten bediscussieerd. De betrokken ambtenaren achtten het noodzakelijk samen te werken, teneinde de aanklachten zo snel mogelijk te kunnen aanbrengen. De inspecteurs – controleambtearen dus – verklaarden zich bereid aan die doelstelling mede te werken maar behielden zich wel het recht voor hun eigen onderzoek te voeren. Daarmee was beargumenteerbaar sprake van 'repressieve controle' waarin aantoonbare concrete samenwerking met de opsporende autoriteiten bestond. Feitelijk bezien bestaan er daarom sterke argumenten om te spreken van 'verkapt opsporingsonderzoek'. Dit punt komt terug bij de bespreking van het oordeel van het EHRM.

Saunders werd in totaal negenmaal gehoord door de inspecteurs (10-11, 20 en 26 februari, 4-5 maart, 6 mei en 11-12 juni 1987). Het zij opgemerkt dat de data van die verhoren gelegen zijn na het departementale overleg tussen DTI en CPS, waarbij Saunders kennelijk al als potentiële verdachte was geïnventariseerd en bediscussieerd. Tijdens die DTI 'interviews' had hij overigens wel rechtsbijstand. Echter, rechtsbijstand door een raadsman kan op zichzelf niet het antwoorden op mogelijk incriminerende vragen beletten, daar waar een wettelijke medewerkingsplicht geldt. Gedurende de eerste week van mei 1987 werd formeel een opsporingsonderzoek opgestart. Transcripties en documenten die waren verkregen door de interviews door de inspecteurs werden in handen gesteld van de politie. Saunders werd vervolgens aangeklaagd voor 'numerous' feiten aangaande de illegale 'share-support' operatie.

In de nationale procesvoering werd door de verdediging van Saunders aangevoerd dat de DTI verslagen uitgesloten moesten worden van het bewijs. Daarbij werd aangevoerd dat die verklaringen in strijd zijn met:

[664]. Zou deze situatie in Nederlandse voldoende draagvlak opleveren om te spreken van 'aanwijzingen' in de zin van het WED (opsporings)onderzoek? Op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 25 juni 2013 CLI:NL:HR:2013:3, Tankduwbak) zou die vraag positief beantwoord kunnen worden. Zie hoofdstuk 2 paragraaf 7.7.

- ‘section 76 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 ("PACE") on the basis that they had been obtained by oppression or in circumstances which were likely to render them unreliable;
- pursuant to section 78 of PACE because of the adverse effect the admission of the evidence would have on the fairness of the proceedings having regard to the circumstances in which it was obtained.’

Hier komt aldus het ‘betrouwbaarheidsaspect’, alsmede de eerlijkheid van de procesvoering aan de orde. In zijn oordeel van 21 november 1989 overwoog de trial judge (Mr. Justice Henry) dat de transcripties tot het bewijs konden worden toegelaten. Hij stelde daartoe onder meer dat de inspecteurs vragen konden stellen aan getuigen terwijl deze ‘tended to incriminate them’. De getuigen waren verplicht de vragen te beantwoorden en de antwoorden waren bruikbaar in een strafrechtelijk onderzoek. Volgens de rechter hadden de inspecteurs Saunders niet hoeven te wijzen op het gevaar van zelf-incriminatie en was er geen element van dwang geweest bij het afleggen van de verklaringen. Voorts was niets gedaan wat mee zou kunnen brengen dat de verklaringen onbetrouwbaar zouden zijn. Dat oordeel miskent en laat onverlet dat de verklaringen juist wel afgelegd waren op grond van een wettelijke medewerkingsplicht, waarbij noncoöperatie strafbaar was gesteld (r.o. 29):

> ‘From 22 to 24 January 1990 the court held a further voir dire following the application of the applicant to rule inadmissible the DTI transcripts concerning the eighth and ninth interviews on the basis that they should be excluded either as unreliable under section 76 of PACE or pursuant to section 78 of PACE because of the adverse effect the admission of the evidence would have on the fairness of the proceedings having regard to the circumstances in which it was obtained. Reliance was placed on the applicant’s alleged ill-health at the time and on the fact that the two interviews in question had taken place after the applicant had been charged.’

Het controleonderzoek waarbij Saunders gedwongen was vragen te beantwoorden ging zelfs nog verder *nadat* hij ‘charged’ was. Die laatste twee verklaringen werden daarom ook terecht door de Engelse rechter uitgesloten van het bewijs. De redenering van Mr. Justice Henry was dat die niet vrijwillig konden zijn afgelegd, omdat Saunders toen reeds ‘charged’ was (r.o. 29).[665]

Bij de rechtszaak tegen Saunders werd door de aanklager gebruik gemaakt van de verklaringen van Saunders ten overstaan van de DTI inspecteurs. De transcripties werden over een periode van drie dagen aan de jury voorgelezen. Dit geschiedde met het doel om aan te tonen dat Saunders onder meer geweten had van betalingen aan W., die betrokken was bij de share-support operatie. Saunders zou bij de DTI inspecteurs verklaard hebben waarom hem £ 5 miljoen was betaald. Saunders verklaarde dat W. onschatbare diensten had verleend gedurende het aanbod voor Distillers en dat W. hem overtuigd had dat het bedrag een geschikt bedrag was als beloning. Tevens verklaarde Saunders dat hij wist dat ‘MAC’ een bedrijf was dat door W. werd gebruikt om geld te incasseren. Hoe belangrijk die transcripties voor de bewijsvoering zijn blijkt uit het slot van het betoog van de openbaar aanklager:

[665]. ‘He did, however, exercise his discretion pursuant to section 78 to exclude the evidence from the two abovementioned interviews which had taken place after the applicant had been charged on the grounds that his attendance could not be said to be voluntary.’

> ‘But Mr Saunders’s ... evidence to the inspectors make it clear that he knew perfectly well ... that Mr [W.] had been paid. You will remember those passages in his ... interviews where he knew all about this payment before he was shown the invoice.’

Gedurende het proces werden meerdere verwijzingen gemaakt naar de DTI transcripties om discrepanties aan te tonen met de verklaringen van Saunders die ter zitting werden afgelegd. Op die wijze werd aangetoond dat Saunders niet de waarheid sprak. Ook werd betoogd dat misbruik was gemaakt van bevoegdheden door de inspecteurs en/of de aanklager bij de aanwending daarvan met het doel een strafzaak op te bouwen. Daarbij zou in het bijzonder sprake zijn geweest van een welbewuste vertraging in het beschuldigen van Saunders in strafrechtelijke zin, zodat de inspecteurs hun bevoegdheden konden gebruiken om bekentenissen te verkrijgen. Ook dit betoog werd verworpen. Saunders werd uiteindelijk veroordeeld voor twaalf van de vijftien aanklachten (waaronder samenzwering, het opmaken van een valse boekhouding en diefstal) en kreeg een gevangenisstraf van tweeënhalf jaar.

5.2.1.2. Argumentatie ten overstaan van EHRM

Voor het EHRM voerde Saunders twee kernpunten aan. Ten eerste betrof dit dat de vertraging in het politieonderzoek ingegeven was door het verlangen transcripties van de DTI verhoren te verkrijgen. Dat is met andere woorden een détournement de pouvoir-verweer. Gesteld werd namelijk dat in feite oneigenlijk gebruik gemaakt werd van de DTI controlebevoegdheden, ten behoeve van strafrechtelijke bewijsvergaring. Die wijze van bewijsverkrijging leverde daarmee een schending op van artikel 6 EVRM. Ten tweede betrof Saunders’ klacht het gebruik van de onder dwang afgelegde verklaringen tegenover de DTI inspecteurs in het strafproces. Volgens de verdediging was het recht geschonden om niet gedwongen te worden bij te dragen aan incriminerend bewijs in een vervolging. Daarbij was het argument van Saunders dat het gebruik van de transcripties in het bijzonder oneerlijk was omdat deze een ‘significant deel van de zaak van de aanklager vormden’. Gedurende drie dagen waren de extracten van de DTI interviews voorgelezen voor de jury, voordat Saunders besloot dat hij bewijs zou moeten leveren om dat materiaal uit te leggen. Als resultaat daarvan was Saunders onderworpen geweest aan een intensieve ondervraging aangaande alle inconsistenties tussen zijn verklaring zoals afgelegd ter terechtzitting en zijn antwoorden tegenover de inspecteurs, waarop de rechter de aandacht vestigde in zijn opsomming aan de jury. De taak van aanklager was aldus gefaciliteerd wanneer hij in staat was zijn eigen bewijs af te zetten tegen Saunders’ meer specifieke ontkenningen in de interviews.

Van de zijde van de regering werd weersproken dat het enkele feit van dwang, bij het verklaren tegenover de DTI inspecteurs het proces als geheel niet oneerlijk had gemaakt. Voorts gold dat als geconcludeerd zou worden dan de verklaringen van Saunders als zelf-incriminerend konden worden aangemerkt, het nog steeds noodzakelijk zou zijn dat het extreem beperkte gebruik daarvan het gehele proces oneerlijk zou maken. Volgens de regering konden alleen verklaringen die ‘zelf-incriminerend’ zijn vallen binnen het bereik van het recht op bescherming tegen zelf-incriminatie. Van belang is dat ontkennende antwoorden of antwoorden die, indien ze waar zijn, consistent zijn of dienen ter bevestiging van de verdediging, niet gekarakteriseerd kunnen worden als zelf-incriminerend. In hun ‘submission’ hadden noch Saunders, noch de commissie een verklaring aangewezen die bij de DTI was afgelegd, die als incriminerend beschouwd zou kunnen worden.

Volgens de regering kon uit het ‘privilege tegen zelf-incriminatie’ niet het verdergaande recht worden afgeleid, als verdachte niet geconfronteerd te worden met bewijs dat – ter weerlegging daarvan – noopt tot nadere verklaringen van de verdachte zelf. Het gaat hier dus om de situatie

dat de verdachte dan nader dient te verklaren, teneinde belastend bewijsmateriaal te weerleggen. Dat was in feite wat Saunders volgens de regering zou stellen wanneer hij sprak over het gedwongen worden om bewijs te leveren, in verband met de toelating van de DTI transcripties. Precair is wel dat het bewijsmateriaal waarvoor Saunders dan een verklaring zou moeten bieden, zijn eigen eerdere (bij de DTI afgelegde) verklaringen zijn. Voorts volgt een heel belangrijk aspect van de argumentatie van de regering, aangaande de toepassing van het nemo teneturbeginsel. Het EHRM zal hier expliciet op ingaan en dit aspect zal het brandpunt vormen in de Nederlandse discussie omtrent de reikwijdte van dat beginsel. De regering stelde namelijk (r.o. 62):

> 'Nor does it follow from an acceptance of the privilege that the prosecution is never to be permitted to use in evidence self-incriminating statements, documents or other evidence obtained as a result of the exercise of compulsory powers. *Examples of such permitted use include the prosecution's right to obtain documents pursuant to search warrants or samples of breath, blood or urine (cursivering AZ).*'

Dit argument waarin dergelijke voorbeelden worden genoemd wordt later een cruciaal punt in de vraag naar de reikwijdte van nemo tenetur. Voorts wordt een instrumenteel argument naar voren gebracht. Afgezet tegen het verdedigingsbelang gold ook een publiek belang van de effectieve vervolging van personen, betrokken bij complexe bedrijfsmatige fraude. Dit belang brengt mee dat personen die van dergelijke feiten verdacht worden gedwongen zouden moeten worden te antwoorden op vragen van inspecteurs en de vervolgende autoriteiten gebruik moeten kunnen maken van die antwoorden in een daarop volgend strafproces. In dit verband kan onderscheid worden gemaakt tussen 'corporate' fraude en andere vormen van criminaliteit (r.o. 64):

> 'In this respect a distinction could properly be drawn between corporate fraud and other types of crime, since devices such as complex corporate structures, nominee companies, complicated financial transactions and false accounting records could be used to conceal fraudulent misappropriation of corporate funds or personal responsibility for such misconduct. Frequently the documentary evidence relating to such transactions would be insufficient for a prosecution or incomprehensible without the explanations of the individuals concerned. Furthermore, it had to be remembered that the kind of person questioned by the inspectors was likely to be a sophisticated businessman with access to expert legal advice, who had moreover chosen to take advantage of the benefits afforded by limited liability and separate corporate personality.'

De Commissie wees er echter op dat de DTI verklaringen incriminerend materiaal bevatte, dat Saunders gedwongen was af te leggen. Dit vormde een 'niet insignificant deel' van het bewijs tegen hem. Het bevatte bekentenissen die extra druk op hem legden om ter terechtzitting te verklaren.

5.2.1.3. Beoordeling door het EHRM

Het oordeel van het EHRM bestaat globaal beschouwd uit drie componenten. Eerst stelt hij aan de hand van uitgangspunten vast wat de rechtsvraag is die hij dient te beantwoorden. Daarbij volgt een belangrijke overweging omtrent materiaal dat 'onafhankelijk van de wil bestaat'. De kern van het oordeel wordt gevormd door de overwegingen over het gebruik van de DTI verklaringen in het strafproces. Ten slotte worden enige woorden gewijd aan de gestelde onrechtmatigheid van dat DTI onderzoek.

Uitgangspunten
Allereerst stelt het EHRM het volgende vast omtrent de toepasbaarheid van artikel 6 EVRM op de controleprocedure (r.o. 67):

> 'While an administrative investigation is capable of involving the determination of a "criminal charge" in the light of the Court's case-law concerning the autonomous meaning of this concept, it has not been suggested in the pleadings before the Court that Article 6 para. 1 (art. 6-1) was applicable to the proceedings conducted by the inspectors or that these proceedings themselves involved the determination of a criminal charge within the meaning of that provision (art. 6-1) (see, inter alia, the Deweer v. Belgium judgment of 27 February 1980, Series A no. 35, pp. 21-24, paras. 42-47).'

Het belang van deze passage moet niet onderschat worden. De juridische conclusie die uit deze overweging getrokken moet worden is dat een controleonderzoek op zichzelf inhoudelijk gezien een criminal charge kan opleveren. Of dat gebeurt hangt af van de feiten en omstandigheden, niet van de formele status als 'controle'. Enerzijds erkent het EHRM dat een controleonderzoek inhoudelijk gezien wel degelijk neer kan komen op een opsporingsonderzoek. Anderzijds geldt terecht dat een controleonderzoek bij wijze van uitgangspunt niet onderworpen hoeft te zijn aan de procedurele garanties van een punitief onderzoek. Het EHRM verwijst hier naar haar vergelijkbare eerdere oordeel in de zaak in Fayed v. the United Kingdom.[666]

Hierop volgt een algemene overweging over de ratio van 'the right to silence and the right not to incriminate oneself' (r.o. 68):

> 'Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6 (art. 6) (see the above-mentioned John Murray judgment, p. 49, para. 45, and the above-mentioned Funke judgment, p. 22, para. 44). 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 (art. 6-2).'

Wilsonafhankelijk materiaal
Het EHRM schetst vervolgens het verdere uitgangspunt omtrent de rechtsvraag die hij moet beantwoorden. De klacht die centraal staat is het gebruik van de DTI verklaringen. Hier wordt een belangrijk onderscheid gemaakt tussen de DTI procedure op zichzelf en het gebruik van de verklaringen uit die procedure in het strafproces. Een belangrijke opmerking wordt gemaakt over het bereik van het nemo tenetur-beginsel in relatie tot de aard van het bewijsmateriaal (r.o. 69):

---

[666]. EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk), r.o. 67: 'In this respect the Court recalls its judgment in Fayed v. the United Kingdom where it held that the functions performed by the inspectors under section 432 (2) of the Companies Act 1985 were essentially investigative in nature and that they did not adjudicate either in form or in substance. Their purpose was to ascertain and record facts which might subsequently be used as the basis for action by other competent authorities - prosecuting, regulatory, disciplinary or even legislative (judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B, p. 47, para. 61). As stated in that case, a requirement that such a preparatory investigation should be subject to the guarantees of a judicial procedure as set forth in Article 6 para. 1 (art. 6-1) would in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities (ibid., p. 48, para. 62).'

> ‘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.’

Het is van belang stil te staan bij deze overweging. Het EHRM zou hier de toepasbaarheid van het nemo tenetur-beginsel uitsluiten van materiaal dat ‘onafhankelijk bestaat van de wil’. Ten eerste geldt dat het EHRM dit overweegt in het kader van de vaststelling dat dit de rechtspraktijk van de lidstaten betreft. Die vaststelling moet bezien worden in het licht van hetgeen door de Britse regering naar voren is gebracht, waar de betreffende formulering vandaan komt. Ten tweede geldt dat dit criterium van wilsonafhankelijk materiaal in feite samenvalt met de gecompliceerde nuance tussen enerzijds actieve medewerking aan de vergaring van belastend bewijsmateriaal en anderzijds het dulden dat belastend bewijsmateriaal wordt afgenomen. Het afnemen van adem voor een alcoholonderzoek wordt opgevat als ‘dulden’. In het kader van het onderscheid nemen de ‘documenten’ een belangrijke plaats in; zeker voor wat betreft het fiscaal (straf)recht. Met dit wilsonafhankelijk criterium is later bepleit dat de uitlevering van documenten in een bestraffende procedure niet onder het bereik van nemo tenetur zou vallen. Dat valt echter in de geciteerde passage niet te lezen. De redenatie mist een belangrijk punt: het EHRM spreekt over ‘documents *acquired pursuant to a warrant’*. Het gaat aldus om documenten die zijn verkregen ten gevolge van – zo kan het begrip warrant hier worden geïnterpreteerd – *huiszoeking*, niet door middel van een beroep op de verdachte, op straffe van sancties bij non-coöperatie. Dit punt (en de betekenis die hier aan ‘warrant’ moet worden toegekend) komt uitgebreid aan de orde in paragraaf 5.3.5.

Gebruik van de DTI verklaringen

Het EHRM wijst er daarnaast nogmaals op dat het in de onderhavige zaak in het bijzonder haar taak is te beslissen of Saunders aan dwang onderworpen was en of het gebruik van de DTI verklaringen een ongerechtvaardigde inbreuk vormt op het recht van een eerlijk proces (r.o. 69).

> ‘In particular, it must be determined whether the applicant has been subject to compulsion to give evidence and whether the use made of the resulting testimony at his trial offended the basic principles of a fair procedure inherent in Article 6 para. 1 (art. 6-1) of which the right not to incriminate oneself is a constituent element.’

Hierbij zijn twee punten van belang. Enerzijds is door de regering niet weersproken dat Saunders onderworpen was aan juridische dwang om zulke verklaringen af te leggen. Anderzijds stelt de regering dat niets dat Saunders had verklaard beschouwd kan worden als zelf-incriminerend. Daartoe overweegt het EHRM het volgende (r.o. 70):

> ‘It has not been disputed by the Government that the applicant was subject to legal compulsion to give evidence to the inspectors. He was obliged under sections 434 and 436 of the Companies Act 1985 (see paragraphs 48-49 above) to answer the questions put to him by the inspectors in the course of nine lengthy interviews of which seven were admissible as evidence at his trial. A refusal by the applicant to answer the questions put to him could have led to a finding of contempt of court and the imposition of a fine or

committal to prison for up to two years (see paragraph 50 above) and it was no defence to such refusal that the questions were of an incriminating nature (see paragraph 28 above).However, the Government have emphasised, before the Court, that nothing said by the applicant in the course of the interviews was self-incriminating and that he had merely given exculpatory answers or answers which, if true, would serve to confirm his defence. In their submission only statements which are self-incriminating could fall within the privilege against self-incrimination.'

In het bijzonder wordt aangaande de (incriminerende) aard van de DTI verklaringen geoordeeld (r.o. 71):

'The Court does not accept the Government's premise on this point since some of the applicant's answers were in fact of an incriminating nature in the sense that they contained admissions to knowledge of information which tended to incriminate him (see paragraph 31 above).'

Hoewel het EHRM van oordeel is dat de DTI verklaringen gedeeltelijk wel degelijk belastend waren, overweegt hij dat deze verklaringen niet gedeeltelijk maar volledig dienen te worden uitgesloten van het bewijs. Van belang is dat er geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen wel of geen incriminerend karakter van die verklaringen (r.o. 71):

'In any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6 (art. 6), *the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating (cursivering AZ).* Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature – such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact – may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility. Where the credibility of an accused must be assessed by a jury the use of such testimony may be especially harmful. It follows that what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial.'

Het punt dat gemaakt wordt is dat ook als gedurende het controleonderzoek verklaringen worden afgelegd die – op zichzelf – niet belastend zijn, deze in de latere strafzaak wel degelijk als belastend bewijsmateriaal gebruikt kunnen worden, doordat zij bijvoorbeeld andere verklaringen van een verdachte weerleggen. Dit ondergraaft de procespositie en procesautonomie van de verdachte. Daarbij geldt dat in de Saunders zaak excessief gebruik gemaakt werd van die verklaringen (r.o. 72):

'In this regard, the Court observes that part of the transcript of answers given by the applicant was read to the jury by counsel for the prosecution over a three-day period despite objections by the applicant. The fact that such extensive use was made of the interviews strongly suggests that the prosecution must have believed that the reading of the transcripts assisted their case in establishing the applicant's dishonesty. This interpretation of the intended impact of the material is supported by the remarks made by the trial judge in the course of the voir dire concerning the eighth and ninth interviews to the effect that each of the applicant's statements was capable of being a "confession" for the purposes of section 82 (1) of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (see paragraph 53 above). Similarly, the Court of Appeal considered that the interviews

> formed "a significant part" of the prosecution's case against the applicant (see paragraph 40 above). Moreover, there were clearly instances where the statements were used by the prosecution to incriminating effect in order to establish the applicant's knowledge of payments to persons involved in the share-support operation and to call into question his honesty (see paragraph 31 above). They were also used by counsel for the applicant's co-accused to cast doubt on the applicant's version of events (see paragraph 32 above). *In sum, the evidence available to the Court supports the claim that the transcripts of the applicant's answers, whether directly self-incriminating or not, were used in the course of the proceedings in a manner which sought to incriminate the applicant.' (cursivering AZ)*

Het gaat dus om de wijze van het gebruik van het bewijsmateriaal, waarbij de verklaringen in het controleonderzoek – op zichzelf – niet belastend hoeven te zijn. Het EHRM laat zich niet uit over de redenen van Saunders om ter terechtzitting te verklaren. De regering wees er namelijk op dat hij er voor koos te verklaren in verband met de belastende verklaringen van de hoofdgetuige; de heer Roux (financieel directeur van Guinness).

De toepasbaarheid van 6 EVRM
Een andere cruciale overweging uit het arrest vormt hetgeen wordt geschreven over het specifieke karakter van het ordeningsrecht in relatie tot de bescherming van artikel 6 EVRM (en aldus het nemo tenetur-beginsel). Over het speciale karakter van de 'corporate fraude' laat het EHRM zich in het bijzonder uit (r.o. 74):

> 'It does not accept the Government's argument that the complexity of corporate fraud and the vital public interest in the investigation of such fraud and the punishment of those responsible could justify such a marked departure as that which occurred in the present case from one of the basic principles of a fair procedure. Like the Commission, it considers that the general requirements of fairness contained in Article 6 (art. 6), including the right not to incriminate oneself, apply to criminal proceedings in respect of all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex. The public interest cannot be invoked to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate the accused during the trial proceedings.'

Procedurele waarborgen?
Voorts geldt dat ook nationale wetgeving de procedurele garantie van artikel 6 EVRM niet opzij kan schuiven. Het EHRM vestigt nog in het bijzonder de aandacht op de procedureregels in het Engelse recht (r.o. 74-75):

> 'It is noteworthy in this respect that under the relevant legislation statements obtained under compulsory powers by the Serious Fraud Office cannot, as a general rule, be adduced in evidence at the subsequent trial of the person concerned. Moreover the fact that statements were made by the applicant prior to his being charged does not prevent their later use in criminal proceedings from constituting an infringement of the right.
>
> 75. It follows from the above analysis and from the fact that section 434 (5) of the Companies Act 1985 authorises, as noted by both the trial judge and the Court of Appeal, the subsequent use in criminal proceedings of statements obtained by the inspectors that the various procedural safeguards to which reference has been made by the respondent Government (see paragraph 63 above) cannot provide a defence in the present case since

> they did not operate to prevent the use of the statements in the subsequent criminal proceedings.'

Hoewel het Engelse recht dus procedurele waarborgen kende ten aanzien van verklaring afgelegd in controleonderzoeken als het DTI onderzoek, hadden die waarborgen er in deze zaak toch niet toe geleid dat deze alsnog in het strafproces gebruikt werden. Zodoende kwam het EHRM tot het oordeel dat het recht van een verdachte zichzelf niet te belasten was geschonden.

Misbruik van bevoegdheden?
Naast het gebruik van die DTI verklaringen was er nog een fundamenteel punt aangevoerd door Saunders. Dat betrof het misbruik van bevoegdheden door de vervolgende autoriteiten. De aanklager zou moedwillig het opsporingsonderzoek vertraagd hebben zodat de DTI inspecteurs bewijsmateriaal konden vergaren met hun speciale onderzoeksbevoegdheden. Saunders verwees hier naar de bijeenkomst op 30 januari 1987 tussen de inspecteurs en vertegenwoordigers van de Crown Prosecution Service. Dit was drie maanden voorafgaand aan het onderzoek door de politie. Hierbij wordt verwezen naar een overweging van de Court of Appeal in dit verband (r.o. 77):

> 'all concerned were conscious that the inspectors had greater powers than the police when conducting their interviews and it was clearly hoped that the inspectors would elicit answers ... which could be used in evidence at trial.'

De constructie van de zaak tegen Saunders was daarmee in feite gebaseerd op het verkrijgen van bekennende verklaringen door de controleambtenaren. Het EHRM neemt hier een onduidelijk standpunt in (r.o. 80):

> 'In the light of the above finding of an infringement of the right not to incriminate oneself, the Court considers it unnecessary to examine the applicant's allegations on this point. It notes, however, the findings of the Court of Appeal that the inspectors had conducted their inquiries independently without briefing or prompting by the prosecuting authorities and that there had been no improper or unfair collusion between them (see paragraph 43 above).'

Deze kwestie blijft in de lucht hangen door dit tweeledig oordeel. Enerzijds stelt het EHRM duidelijk dat hij het punt niet onderzoekt, hetgeen door de eerdere conclusie dat sprake is van een oneerlijk proces begrijpelijk is. Anderzijds verwijst hij naar het oordeel van de betreffende nationale rechterlijke instantie. Wellicht heeft bij de beslissing om niet verder op deze kwestie in te gaan meegespeeld dat het aangevoerde verweer sterk verweven is met een feitelijke waardering.

5.2.2. EHRM 19 september 2000, LJN AP0787, (I.J.L. e.a. v. Verenigd Koninkrijk)
De zaak Saunders werd in feite nog eens overgedaan in de zaak van EHRM 19 september 2000, nr. 29522/95, LJN AP0787, EHRC 2000/81 ((I.J.L.) Het belangrijkste verschil is dat het gestelde verweer aangaande misbruik van bevoegdheden in dit arrest wel inhoudelijk aan de orde komt, al wordt het verweer in vrij korte bewoordingen afgedaan door het ERHRM. Deze zaak betrof drie verdachten in hetzelfde 'Guinness' onderzoek waarbij de bespreking van de identieke klachten gebundeld waren. Het ging ook hier om de unlawful share-support operation. De drie verdachten stonden ook samen met Saunders terecht. Van belang is dat net als bij Saunders de bewijsvoering tegen 'het driemanschap' gebaseerd was op bewijs, vergaard in de controlesfeer door de DTI inspecteurs (r.o. 35 en 36). Net als bij Saunders werden de gespreksverslagen

met de DTI inspecteurs gedurende een driedaagse periode voor de jury voorgedragen. Door de Britse regering werd niet bestreden dat het gebruik van de DTI verklaringen op een voor de verdachten belastende wijze werden gebruikt in het strafproces. Evenmin stond ter discussie dat de drie zaken materieel verschilden van de Saunders zaak. Het EHRM zag dan ook geen reden om tot een ander oordeel te komen (r.o. 82 en 83). Hiermee werd het rechtsoordeel uit het Saunders-arrest jaren later door een andere samenstelling van rechters bevestigd. Tegengeworpen kan worden dat de zaken vrijwel identiek waren.

Daarnaast werd hetzelfde verweer gevoerd als bij Saunders, dat het DTI onderzoek onrechtmatig was omdat dit feitelijk neerkwam op een verkapt opsporingsonderzoek. Het gaat dus om misbruik van bevoegdheden. Interessant in relatie tot het Saunders-arrest is dat het EHRM in deze zaak uitvoeriger ingaat op het verweer omtrent de vermeende onrechtmatige toepassing van (controle)bevoegdheden (r.o. 84 en 86).

> 'The applicants contended that the fairness of their trial was undermined on account of the improper collusion between the DTI inspectors and the prosecuting authorities.'

> '86. The applicants stated that the whole of the material obtained from the inspectors from their interviews was provided directly to the DTI and then passed to the DPP in furtherance of carefully worked out arrangements among the agencies involved. When giving evidence to the inspectors the applicants were completely unaware of these arrangements according to which the inspectors became contributors to proceedings involving the determination of criminal charges. The result was to oblige them to give evidence in the absence of the procedural guarantees which are afforded to an accused person faced with a criminal charge and to postpone, intentionally, both the intervention of the police and the formal preferment of criminal charges.'

Voor de stelling dat er afstemming bestond tussen het controle- en het opsporingsonderzoek bestaan sterke argumenten (r.o. 88):

> 'As proof of this collusion, the applicants relied on materials which had only been disclosed to them in mid-1995 by the authorities for the purposes of their second appeal to the Court of Appeal. These materials took the form of, inter alia, records of meetings, minutes and notes exchanged between officials. They contended that those materials reveal that on 16 December 1986 it was clear that the DTI and the inspectors were already liaising as to the way in which the inspectors' conduct of the investigation could provide evidence for use in subsequent criminal trials and that, prior to their interviews, the inspectors already possessed concrete evidence of very substantial potentially criminal transactions. On 12 January 1987 the inspectors notified the Secretary of State of the evidence in their possession and on 13 January 1987 the latter drew it to the attention of the DPP. By letter from the Secretary of State dated 29 January 1987, the inspectors were required to provide the Secretary of State with any information they had relating to possible criminal offences and key documents and transcripts of evidence given to them. At a meeting held on 30 January 1987 attended by the inspectors it was formally agreed that transcripts and relevant documents be first passed to the DTI and that copies be forwarded thereafter to the lawyers advising the DPP. The applicants stressed that the decision to pass the first piece of information to the prosecution was in fact taken on 12 January 1987 (see paragraphs 12-18 above).'

Het probleem met het gevoerde verweer in de context van de EHRM procedure is dat het een sterk feitelijke insteek heeft. Het EHRM overweegt daarom het volgende (r.o. 97 en 99):

> 'The Court observes that, when faced with a dispute over facts, it must turn in the first place to the facts as found by the domestic authorities. It recalls in this connection that it is not within its province to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and, as a general rule, it is for these courts to assess the evidence before them (see, for example, the Edwards judgment cited above, pp. 34-35, § 34).'

> '99. The Court, for its part, must give due weight to this finding, reached as it was after lengthy adversarial argument and in the light of all the materials assembled by the applicants' lawyers in support of their case. On the basis of its own careful examination of these materials, the Court does not consider that the Court of Appeal's assessment of the evidence or establishment of the facts can be impeached on the ground that they were manifestly unreasonable or in any other way arbitrary.'

Het vermoeden dat bij de bespreking van dit verweer bij Saunders werd uitgesproken, wordt hier dus bevestigd. Het EHRM oordeelt deze kwestie te zeer feitelijk van aard, hetgeen tot het domein van de nationale gerechten behoort. Niettemin merkt hij het volgende op over het karakter van het DTI onderzoek (r.o. 100):

> 'It is the applicants' view that, at the interview stage, the inspectors were in effect determining a "criminal charge" within the meaning of Article 6 § 1 and on that account the guarantees laid down in Article 6 should have been applied to them. The Court does not accept that submission and refers in this connection to the nature and purpose of investigations conducted by DTI inspectors. It observes that, in its judgment in the case of Fayed v. the United Kingdom, the Court held that the functions performed by the inspectors appointed under section 432(2) of the Companies Act 1985 were essentially investigative in nature and that they did not adjudicate either in form or in substance. Their purpose was to ascertain and record facts which might subsequently be used as the basis for action by other competent authorities – prosecuting, regulatory, disciplinary or even legislative (judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B, p. 47, § 61). As stated in that case, a requirement that such a preparatory investigation should be subject to the guarantees of a judicial procedure as set forth in Article 6 § 1 would in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities (ibid., p. 48, § 62). It is to be further observed that the Court in its Saunders judgment impliedly confirmed this approach (judgment cited above, p. 2064, § 67).'

Net zoals in de Fayed-zaak stelt het EHRM vast dat het controleonderzoek tot doelstelling had om informatie te vergaren.[667] Op haar beurt is het mogelijk dat die informatie aanleiding geeft tot een strafrechtelijk onderzoek. Helaas gaat het EHRM niet in op de argumentatie dat ook nadat er afspraken waren met de aanklager, het controleonderzoek continueerde. In de visie van het EHRM betreft het voorname punt in dit verband het gebruik van de DTI verklaringen in de strafprocedure (r.o. 101):

> 'The Court reiterates its view that the central issue raised by the applicants' complaint is the use made at their trial of the evidence which they were obliged under law to give to

[667]. EHRM 21 september 1994, Series A, vol. 294-B (Fayed v. Verenigd Koninkrijk), r.o. 61.

the inspectors. The Court has found that particular grievance substantiated on the merits and it considers that the applicants' claim that Article 6 guarantees should have attached already at the stage of the proceedings before the inspectors does not in any way alter that conclusion. Although the third applicant has specifically pleaded that in the absence of the transcripts a prosecution could never have been mounted against him, and the other applicants also consider this true of their cases, the Court cannot speculate as to the other means which the prosecuting authorities could have deployed in order to put them on trial. In any event, Article 6 of the Convention does not guarantee an applicant the right not to be prosecuted. It guarantees him the right to a fair procedure in the determination of the charges brought against him.'

5.2.3. De rechtsnormen uit Saunders en I.J.L. v. Verenigd Koninkrijk

Mede aan de hand van de dissenting en concurring opinions uit Saunders, komen thans de belangrijkste aspecten van de twee arresten aan de orde.

Algemeen

De Saunders-zaak maakt duidelijk dat het nemo tenetur-beginsel in de context van de sfeerovergang overwegend ziet op de bescherming van de procesautonomie van verdachte.[668] Dat is de reden voor de uitsluiting van die verklaringen van het bewijs in het strafproces. Het gebruik daarvan zou immers die autonomie volledig ondergraven.[669] Dat is de essentie: wanneer een persoon gedwongen wordt te verklaren aan de autoriteiten en zijn verklaringen later in het strafproces gebracht kunnen worden, dan is het zwijgrecht illusoir. Dit laat overigens onverlet dat de resultaten van het controleonderzoek (de verklaringen) gebruikt kunnen worden als startinformatie voor een opsporingsonderzoek. Dat stelt het EHRM waar hij spreekt over de informatie vergaard in het DTI onderzoek (Saunders, r.o. 67):

'(…) facts which might subsequently be used as the basis for action by other competent authorities - prosecuting, regulatory, disciplinary or even legislative (judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B, p. 47, para. 61).'

Mate van dwang om te verklaren, wijze van gebruik van de verklaringen

Met de bovenstaande vaststelling is uitgegaan van de situatie dat de betrokkene aanvankelijk gehouden is te verklaren aan de autoriteiten. Daarmee is nog niets gezegd over welke mate van dwang op de betrokkene moet zijn uitgeoefend om te verklaren en of dit een factor van betekenis vormt. Een mogelijke redenatie kan immers zijn dat 'überhaupt' dwang werd uitgeoefend op de betrokkene om te verklaren. Rechter Morenilla is deze laatste visie toegedaan:

---

668. Vergelijk Knigge in zijn noot bij het Saunders arrest (par.5): 'Waarom behoeft een verdachte op geen enkele vraag antwoord te geven, dus ook niet op vragen die betrekking hebben op de procesgang of op de straftoemeting. Waarom zou een verdachte die ruiterlijk bekent, er verder het zwijgen toe mogen doen? Met de betrouwbaarheid van het bewijs en met de onschuldpresumptie kan het zwijgrecht niet ten volle verklaard worden. Mijns inziens dient de verklaring mee, zo niet in de eerste plaats, gezocht te worden in het feit dat de verdachte in het strafproces geen voorwerp van onderzoek is, maar een partijpositie inneemt. Het is de vrijheid om de eigen procesopstelling te bepalen die het Hof tot 'the heart of the notion of a fair procedure' rekent. Daarbij zij aangetekend dat deze keuze voor het eerste lid van art. 6 als basis, meebrengt dat ook in het civiele proces aan de partijen vrijheid dient toe te komen. Het verschil is alleen dat die partijautonomie in het burgerlijk proces (die zo ver gaat dat de partijwaarheid boven de materiële waarheid wordt gesteld) niet of nauwelijks onder druk staat. In het strafproces daarentegen is de vraag in hoeverre het publieke belang een inperking of relativering van de partijautonomie rechtvaardigt.'

669. I. Peçi, *Sounds of Silence* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 245: 'A statuory provision that bans the use of compelled statements against their maker in criminal proceedings could also be seen as a safeguard against potentioa contraventions rather than a remedy to a breach.'

> ‘For me, the mere fact that the applicant’s statements had been obtained under compulsion and were considered by the prosecution to be incriminating and thus capable of reinforcing their case are sufficient reasons per se to have excluded the statements at the trial. (…) The very fact that such statements were admitted in evidence against him undermined the very essence of the applicant’s right not to incriminate himself, a right which the majority have properly considered to be at the heart of a fair trial (see paragraph 68 of the judgment).’

De uitsluiting van de DTI verklaringen dient dus reeds te geschieden doordat zij onder dwang zijn afgelegd en als incriminerend bewijs gepresenteerd worden. Tevens brengt dit volgens Morenilla mede dat er geen ruimte meer bestaat voor een afweging in het strafproces voor de mate waarin dit materiaal is gebruikt:

> ‘He was thus under statutory compulsion to contribute actively to the preparation of the case which was subsequently brought against him. In such circumstances, it is my opinion that there is no scope for examining either the weight to be attached to the incriminating material so furnished or the use made of it at the trial.’

In de uitspraak werd expliciet benoemd dat de DTI verklaringen van Saunders (maar liefst) drie dagen lang werden voorgelezen aan de jury. Daarmee zou het gebruik excessief zijn geweest. Onder dwang verkregen verklaringen dienen in deze visie als uitgangspunt te worden uitgesloten van het bewijs. Volgens Knigge en Kwakman heeft het nemo tenetur-beginsel conform het arrest in ieder geval wel betrekking op het respecteren van de wil van de verdachte om te zwijgen. Dat leidde in casu volgens hen tot de slotsom dat verklaringen die op grond van een medewerkingsplicht waren afgelegd, niet konden worden gebruikt voor het bewijs in de strafzaak tegen de verdachte.[670] Knigge en Kwakman stellen voorts dat dat de introductie in het Nederlandse recht van de regel dat inlichtingen die een burger verplicht was te verstrekken nimmer in een strafzaak tegen hem mogen worden gebruikt, in elk geval *in de lijn* van het Saundersarrest zou liggen. De winst van een dergelijke regel ligt er volgens hen dan in dat niet alleen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel wordt vergroot (ook volstrekt rechtmatig verkregen informatie wordt van het bewijs uitgesloten), maar ook dat eventueel misbruik effectief wordt bestreden. Het oprekken van de controlefase is dan immers geen lonende strategie meer. Het is dan juist in het belang van het strafrechtelijk onderzoek om de burger in een zo vroeg mogelijk

---

[670]. G. Knigge & N.J.M. Kwakman, *Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak*, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, ‘Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001’, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 177. Vergelijk ook P.J. Wattel, *Onrechtmatig verkregen bewijs in het belastingprocesrecht*, in: H.J.R. Kaptein (red.), ‘Onrechtmatig verkregen bewijs’, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 105: ‘Weliswaar mag de belanghebbende andere medewerking dan het afleggen van verklaringen niet weigeren en mag hij feitelijk evenmin zwijgen als het gaat om informatiegaring ten behoeve van de belastingheffing en -inning, maar de aldus onder dwang (dreiging van sancties) verkregen verklaringen mogen niet gebruikt worden ten behoeve van boete-oplegging of strafvervolging indien daardoor geen 'fair' proces in de zin van art. 6, lid 1, EVRM meer gegarandeerd is.’ Zie voorts F. H. Went, ‘Bewijs in het licht van nemo tenetur’, 2007, (online paper), p. 11: ‘Als een justitiabele in deze fase daartoe verplicht zelfbelastende verklaringen doet, hebben zij in een latere strafprocedure echter in beginsel geen bewijskracht. Duidelijk is echter dat het gebruik van verklaringen die zijn afgelegd op grond van een medewerkingsverplichting, in principe niet als belastend bewijs tegen de latere verdachte kunnen worden gehanteerd.’ (www.floriaanwent.com) Zie ook E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke vermande 1998, p. 241: ‘Vooralsnog meen ik dat uit het Saunders arrest blijkt dat verklaringen die onder dwang van een boete of gevangenisstraf zijn afgelegd, niet mogen worden gebruikt ter fundering van een criminal charge.’

stadium van zijn inlichtingenplicht te ontheffen.[671] Uit het Saunders-arrest kan volgens de auteurs worden afgeleid dat het zwijgrecht op zichzelf niet in de weg staat aan een mogelijke spreekplicht in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving, zij het dat het nemo tenetur-beginsel er aan in de weg staat (of kan staan) dat deze gedwongen verklaringen worden gebruikt voor het bewijs in een eventuele latere of gelijk oplopende strafzaak tegen dezelfde persoon.[672]

Deze interpretatie sluit aan bij de zaak 'Abas' (ECRM 26 februari 1997, Abas, nr. 27 943/95, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 928).[673] De Europese Commissie kwam tot een vergelijkbaar oordeel als het EHRM in de Saunders-zaak. Uit de zaak valt volgens Wattel af te leiden dat het feitenonderzoek (onder meewerkplicht) door de overheid voor niet-punitieve doeleinden, niet onderworpen hoeft te zijn aan de bescherming van het nemo tenetur-beginsel. Anders zou de uitvoerbaarheid van de belastingwet en andere sociaal-economische wetgeving in het gedrang komen. De ECRM verwijst in dit verband naar de Fayed en Saunders arresten.[674]

Differentiatie in de uit te sluiten verklaringen?
Belangrijk punt in het Saunders-arrest is dat overwogen is dat niet alleen de incriminerende verklaringen van Saunders, maar *al* zijn verklaringen bij de DTI inspecteurs dienden te worden uitgesloten van het bewijs. Dat is een belangrijke toevoeging. De ratio daarvan wordt expliciet duidelijk gemaakt door rechter Walsh. Het gaat er om dat die verklaringen geen rol mogen spelen in het bewijs tegen de verdachte. Die niet-incriminerende verklaringen kunnen op hun beurt weer aangewend worden om tegenstrijdigheden in verklaringen te constateren, hetgeen tot een belastende omstandigheid kan leiden:

> 'In my opinion the privileged avoidance of self-incrimination extends further than answers which themselves will support a conviction. It must logically embrace all answers which would furnish a link in the chain of evidence needed to prosecute a conviction.'

Als erkend wordt, hetgeen het geval is, dat zoals Walsh omschrijft, het nemo tenetur-beginsel niet louter een regel van bewijsrecht is, maar betrekking heeft op een fundamenteel recht, dan vormt het uitsluiten van alle verklaringen een logisch uitvloeisel, aangezien een verklaring die op voorhand niet als zodanig incriminerend is, dat later wel kan worden. Het valt in deze benadering ook niet in te zien hoe een 'lichtelijk' gebruik van afgedwongen verklaringen toelaatbaar zou zijn. Dit algemene uitgangspunt is bekritiseerd door Jansen.[675] Hij stelt namelijk dat niet in zijn algemeenheid uit Saunders valt af te leiden dat gedwongen verklaringen nooit kunnen dienen voor het bewijs in een latere strafzaak tegen degene die de verklaringen heeft afgelegd. Het hangt naar zijn mening af van de omstandigheden van het geval of gedwongen verklaringen in een latere strafzaak tegen de verdachte al dan niet voor het bewijs kunnen dienen. Jansen heeft het volgende gesteld:

> 'In het Saunders-arrest is het zeer belastende gebruik tijdens het strafproces in die zaak van verklaringen die onder druk (er gold voor het afleggen ervan een medewerkings-

671. Knigge en Kwakman, a.w., p. 293.
672. Knigge en Kwakman, a.w., p. 178.
673. ECRM 26 februari 1990, Abas v. Nederland, *FED* 1998/80, m.nt. M.W.C. Feteris, VN 1997, blz. 3803.
674. A-G Wattel bij Hoge Raad, 12 juli 2013, 12/01880 ECLI:2013:BZ3640 (6.4) Wattel benadrukt dat er kennelijk vanuit gegaan wordt, dat net als in *Fayed* en *Saunders*, het aanvankelijke onderzoek niet mede gericht was op bestraffing en evenmin hybride (op voor de burger onduidelijke wijze mogelijk gericht op zowel belastingheffing als administratieve beboeting of strafvervolging, zoals in de zaken J.B. en Chambaz).
675. O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek: behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd?* (diss. UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 143

> plicht) in strijd geacht met het nemo teneturbeginsel. Dit betekent dat dezelfde verklaringen – onder druk verkregen vóórdat er sprake was van een criminal charge – wel voor het bewijs van een criminal charge kunnen worden gebruikt, in een situatie waarin tijdens het strafproces op een minder belastende manier daarvan gebruik wordt gemaakt.'[676]

Op zijn buurt is deze visie van Jansen ter discussie gesteld door Albers. Zij stelt namelijk:

> 'Hoe kan bewijs, onder dwang verkregen voordat er sprake was van een 'criminal charge', op een minder belastende manier gebruik gemaakt worden? Wordt dergelijk bewijs niet in alle gevallen op een belastende wijze gebruikt?'[677]

Ook Feteris stelt dat de Saunders-zaak niet zo atypisch was, gelet op het feit dat het ging om belastend gebruik in een strafproces van onder dwang afgelegde verklaringen.[678] Wat de Saunders zaak wel onbeantwoord laat is de vraag of al er een zwijgrecht bestaat in het controleonderzoek, wanneer al een verdenking bestaat en eventueel al een parallel opsporingsonderzoek gaande is. Moet een verdachte in de hoedanigheid van object van het controleonderzoek dan nog vragen beantwoorden? Dan zitten we in een situatie van sfeercumulatie. De zaak Marttinen geeft daar een antwoord op in paragraaf 5.5.2.

De aard van strafbare feiten als rechtvaardiging voor belastende medewerking
Belangrijke overweging in het Saunders arrest was dat de complexe aard van fraude geen afbreuk kan doen aan de processuele rechten, te ontlenen aan artikel 6 EVRM eerste lid. Het nemo tenetur-beginsel kan dus niet worden gemarginaliseerd op grond van de bijzondere aard van het ordeningsrecht. Dit punt is door de dissenters bekritiseerd. Het is een punt wat eenvoudigweg gepasseerd zou kunnen worden, maar dat in mijn optie toch aandacht verdient, omdat het raakt aan de kern van het spanningsveld. In essentie ligt de vraag voor welke rechten zwaarder wegen, die van de individuele verdachte of die van de samenleving. Zoals we nog zullen zien heeft het EHRM in het kader van de verkeerswetgeving een afweging gemaakt, vanuit een meer instrumenteel/maatschappelijk perspectief (zie paragraaf 5.4.). Martens is van mening dat autonomie en menselijke waardigheid door het EHRM voorop worden gesteld, waarbij deze te absoluut worden benaderd. Martens wijst in dit verband ook op de Funke-uitspraak waaruit hij opmaakt dat het EHRM geen afweging wenste te maken tussen het algemeen belang en het belang van de procesautonomie. Rechter Martens schrijft voorts aangaande de overwegging dat de complexe aard van fraude geen abreuk kan doen aan processuele rechten ex artikel 6 EVRM:

---

676. Jansen, a.w., p. 143.
677. C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten: balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p.180. Zie ook de noot van Knigge bij het Saunders arrest: 'Ik ben van mening dat er inderdaad geen verschil moet worden gemaakt tussen bekennende en ontkennende verklaringen. Saunders heeft steeds ontkend, maar doordat er tegenstrijdigheden in zijn verklaringen zitten, werken zijn verklaringen toch in zijn nadeel. Dat is mede veroorzaakt door het feit dat zijn proces door een jury wordt geleid. Om misverstanden te voorkomen is het mijns inziens terecht dat het EHRM concludeert dat geen enkele verklaring die onder dwang is afgelegd, mag worden gebruikt in het nadeel van een verdachte.' EHRM 17 december 1996, zaak 43/1994/490/572 (Saunders v Verenigd Koninkrijk), *NJ* 1997/699 noot Knigge.
678. M.W.C. Feteris, *De fiscale bestuurlijke boeten en de Vierde tranche van de Awb*, in: L.J.J. Rogier (red.), Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche, SI-EUR-reeks 22, Arnhem: Sanders Instituut/ Gouda Quint 2000, p. 17: 'Beslissend voor het Hof is naar mijn indruk geweest dat de verklaringen die Saunders onder dwang had afgelegd "were used in the course of the proceedings in a manner which sought tot incriminate the applicant (...)." Daarom nam het Hof aan dat art. 6 EVRM geschonden was, en dat is een situatie die toch niet zo atypisch is.'

> ‘The argument is flawed in that it disregards a difference between the various forms of serious fraud and such ordinary crimes as robbery, violence and murder which in the present context is essential: in ordinary crime cases discovery of the crime nearly always precedes the investigation which, consequently, as a rule merely aims at establishing "who did it"; whilst in fraud cases the investigation generally has as its first and main purpose to establish whether or not a crime has been committed at all.’

Tegen deze overweging zijn een tweetal juridische argumenten aan te voeren. Het feit dat het ordeningsrecht een eigen aard en complexiteit kent (zie hoofdstuk 2 paragraaf 2), brengt nu juist mede dat de handhaving daarvan voorafgegaan wordt door een (bestuursrechtelijk) controleonderzoek. In dat controleonderzoek bestaan medewerkingsverplichtingen. Het feit dat de verklaringen – als resultaat van die verplichtingen – in de latere punitieve procedure worden uitgesloten van het bewijs, laat onverlet dat deze gebruikt kunnen worden voor het entameren van een strafzaak. Daarnaast geldt dat – in het geval van de Nederlandse rechtsorde – nog nooit een empirisch argument is aangedragen dat aantoont dat de succesvolle aanpak van complexe fraudezaken onaanvaardbaar ondermijnd wordt door een dergelijke bewijsuitsluitingsregel. Los van deze twee meer praktische benaderingen kan betoogd worden dat voor het waarborgen van fundamentele vrijheden – zo wordt het nemo tenetur-beginsel toch opgevat – de rechtsstaat een prijs zal moeten betalen. Op zichzelf is dat evident. De kwestie hoe dit punt gewaardeerd dient te worden is afhankelijk van de rechtspolitieke opvattingen van de lezer omtrent de verhouding tussen de rechten van de individu en de belangen van de samenleving, in het licht van artikel 6 EVRM.

Als kritisch (tegen)geluid kan niet onvermeld verblijven, het proefschrift van Roles. Zij acht de toepassing van de ‘privilege against self-incrimination’ een ‘overdreven beperking’ (undue hindrance) van onderzoeken naar ondernemingsfraude. Zij stelt in dat verband voorts dat er een link bestaat tussen dergelijke fraude en de financiering van terrorisme. Haar kernbetoog is evenwel dat de beslissing van het EHRM, het nemo tenetur-beginsel af te leiden uit artikel 6 EVRM ‘fundamenteel gebrekkig’ is. Het EHRM heeft aan het beginsel een betekenis toegekend die verder gaat dan het Engelse recht. In haar optiek kan een verdachte in dat Engelse systeem weigeren vragen te beantwoorden. Echter, wanneer die informatie al bekend is, draait de juridische kwestie om de ‘toelaatbaarheid’ van die informatie. De toepassing van het nemo tenetur-beginsel hangt aldus grotendeels samen met de ‘toelaatbaarheid’ van bewijsmateriaal. Roles betoogt voorts dat het EHRM procedurele regels dicteert omtrent toelaatbaarheid van bewijsmateriaal aan de lidstaten, waarmee zij buiten haar eigen aangegeven kaders opereert. Het voert te ver om de stellingnames in dat proefschrift hier uitgebreid te bespreken, mede gelet op die Engelse context daarvan.[679]

Controleonderzoek of verkapt opsporingsonderzoek?
In het Saunders-arrest is de vraag of het DTI onderzoek niet een verkapt opsporingsonderzoek impliceerde met dit machtsmisbruik relatief onbeantwoord gebleven. Interessant is dat rechter De Meyer die mening wel degelijk was toegedaan. De Meyer stelt dat er niet bepaald een onderscheid bestond:

> ‘It is explicitly stated in section 434 (5) of the Act that "an answer given by a person to a question put to him in the exercise of powers conferred by [that] section ... may be used in evidence against him"[5]. Therefrom it clearly results that for prosecution purposes there is no real or practical difference between information so obtained by the

679. Zie P.J. Roles, *The privilege against self-incrimination*, Saarbrucken: Lap Lambert Academic Publishing 2010.

inspectors and information obtained by members of the police or of the judiciary in the course of a criminal procedure stricto sensu.'

Door de I.J.L. e.a. zaak weten we in feite wel het antwoord op de vraag in de Saunders-zaak. De vraag of sprake was van verkapt opsporingsonderzoek, van misbruik van bevoegdheden, is zozeer een feitelijke aangelegenheid dat het EHRM verwijst naar de nationale rechtsgang. Het is dus weinig kansrijk een dergelijk verweer te voeren in Straatsburg. Het EHRM maakt de vertaalslag naar de meer juridische toetsing, in hoeverre het gebruik van de afgedwongen verklaringen indruist tegen het recht op een eerlijk proces. Dat lijkt overigens toch ook een overwegend feitelijke waardering.

5.2.4. EHRM 21 december 2000, nr. 34720/97 (Heaney en McGuinness v. Ierland)

5.2.4.1. Omstandigheden van de zaak
Op 23 oktober 1990 vond een zware explosie plaats op een checkpoint van de Britse Royal Army in County Derry. Bij deze explosie kamen vijf Britse soldaten en een burger om en raakte een aantal militairen zwaar gewond. Ongeveer anderhalf uur later namen Ierse politieagenten tijdens een surveillance een licht waar in een huis, op ongeveer 4 mijl van de plaats waar de explosie had plaatsgevonden. De politie verrichtte huiszoeking in de woning en vond verschillende voorwerpen: een assortiment handschoenen, balaclavas (bivakmutsen), caps en andere kleding. De zeven mannen die zich in het huis bevonden werden gearresteerd op grond van sectie 30 Offences against the State Act 1939 ("the 1939 Act"). De verdenking was dat de bomaanslag uitgevoerd was door de IRA (Irish Republican Army). Heaney en McGuinness kregen beiden de gebruikelijke cautie; ze waren niet tot antwoorden verplicht. Bij de ondervraging maakte Heaney inderdaad gebruik van zijn zwijgrecht en weigerde op vragen antwoord te geven. Nu gebeurde er in processuele zin iets opmerkelijks. De politie kon namelijk op grond van section 52 of the 1939 Act verlangen dat hij een verklaring gaf voor zijn 'movements and actions' tussen 6 p.m. on 23 October and 6.55 a.m. op 24 October 1990. Van die bevoegdheid werd ten aanzien van Heany en McGuiness gebruik gemaakt. Beiden weigerden een verklaring te geven, daartoe gehouden door de betreffende bepaling. In het volgende proces werden beiden verdachten vrijgesproken van – kort gezegd – lidmaatschap aan de IRA. Niettemin werden zij veroordeeld voor de non coöperatie en de weigering op de betreffende vragen ex section 52 van voornoemde bepaling antwoord te geven. Beiden kregen een gevangenisstraf van zes maanden opgelegd.

In het hoger beroep voerden beiden aan dat ze in verwarring waren gebracht doordat aan hen enerzijds de cautie werd gegeven, en anderzijds de vordering tot informatie ex 'section 52' werd medegedeeld. Die bepaling zou zo geïnterpreteerd moeten worden dat het de mogelijkheid geeft tot weigering van het geven van informatie op grond van redelijke gronden. De verwarring zou ook een strafmitigerende factor moeten zijn. Het hoger beroep werd verloren. De Supreme Court overwoog aangaande section 52. dat de beperking van het zwijgrecht meer dan noodzakelijk was in het licht van de 'disorder' waartegen de Staat probeerde het publiek te beschermen, en aldus proportioneel.

5.2.4.2. Argumentatie ten overstaan van het EHRM
De verzoekers benadrukten bij het EHRM dat van hen informatie werd gevorderd terwijl ze in politie bewaring verkeerden. Enerzijds werden ze gewaarschuwd dat een nalaten tot antwoorden op zichzelf al een strafbaar feit kon opleveren (section 52 of the 1939 Act). Anderzijds werden zij door de politie geadviseerd omtrent het recht om geen vragen te beantwoorden. In hun optiek had de staat niet het recht om iemand te dwingen informatie te verschaffen en dat

vervolgens tegen die persoon te gebruiken. Het Britse recht stond toe dat dergelijk materiaal in het strafproces gebruikt werd. Tevens werd een parallel getrokken met de (te bespreken) Funke-zaak. Anders dan Funke verkeerde deze verdachten in hechtenis. Daarnaast kregen zij voor de informatieweigering een gevangenisstraf.

De regering voerde aan dat artikel 6 EVRM niet van toepassing kon zijn op beide verzoekers, gezien hun latere vrijspraak. Tot het strafbare feit waarvoor zij veroordeeld waren hadden zij een eerlijk proces gekregen.

5.2.4.3. Beoordeling door het EHRM

Het EHRM vangt aan met haar standaard formulering dat het recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren primair ziet op het zwijgrecht. Een vergelijking wordt getrokken met het Saunders-criterium, in die zin dat het in deze zaak niet gaat om het verkrijgen van materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat en dat door dwangbevoegdheden wordt verkregen. Belangrijk is hoe het EHRM vervolgens haar 'criminal charge' criterium toepast op de zaak (r.o. 42):

> 'While the present applicants had not yet been formally charged on 24 October 1990 when the section 52 requests were made, the Court considers that they were, at that stage, "substantially affected" and therefore "charged", in the above-noted sense, with membership of the IRA and with some involvement in the bombing in October 1990.'

Hieruit blijkt duidelijk dat het EHRM in het kader van de criminal charge bepaling niet (enkel) uitgaat van de 'formele' charge, in de zin van de officiële inbeschuldigingselling. Het 'substantially affected' criterium brengt mee dat incasu materieel gezien sprake is van een criminal charge. Een andere benadering zou ook een formalisme inhouden dat rechtsbescherming illusoir maakt. Heaney en McGuinness waren immers te beschouwen als verdachten en bevonden zich bovendien in politiebewaring (de verhouding tussen de criminal charge en het verdenkingsbegrip komt nader aan de orde in 5.6.). Vervolgens komt het punt aan de orde dat de verdachten later zijn vrijgesproken van betrokkenheid bij de aanslag. Het EHRM wijst er op dat ook Funke was veroordeeld voor het niet verschaffen van informatie, terwijl de strafzaak zelf nooit van de grond kwam (r.o. 44). Het EHRM wijst er op dat rechten op een zodanige wijze dienen te worden geïnterpreteerd dat ze praktisch en effectief zijn in tegenstelling tot theoretisch en illusoir (r.o. 45):

> 'In the Allenet de Ribemont case, the Court explained this refinement, pointing out that the Convention, including Article 6 § 2, must be interpreted in such a way as to guarantee rights which are practical and effective as opposed to theoretical and illusory (see the Allenet de Ribemont judgment cited above, p. 16, § 35).
> Applying this approach to the present case, the Court observes that, if the applicants were unable to rely on Article 6, their acquittal in the substantive proceedings would exclude any consideration under Article 6 of their complaints that they had been, nevertheless, already punished prior to that acquittal for having defended what they considered to be their rights guaranteed by Article 6 of the Convention.'

Zou die vrijspraak als argument worden aangegrepen om te stellen dat artikel 6 EVRM niet meer aan de orde kan zijn, dan zou dit klachten uitsluiten van vermeende schendingen die hebben plaatsgehad vóór de vrijspraak. Dergelijke klachten zouden dan niet meer aan de orde kunnen komen. Bovendien is hier wel degelijk sprake van veroordelingen. Het EHRM overweegt dat zowel in de Funke-zaak als in de onderhavige zaken sancties werden opgelegd voor het niet verstrekken van informatie aan onderzoekende autoriteiten (r.o. 49). Aangaande het punt van

de bij verzoekers ontstane ‘verwarring’ tijdens de verhoren omtrent hun rechtspositie in relatie tot section 52, overweegt zij (r.o. 53):

> ‘In any event, the applicants were provided with conflicting information in this respect by the questioning police officers on 24 October 1990. At the beginning of their interviews they were informed that they had the right to remain silent. Nevertheless, when the section 52 requests were made during those interviews, they were then effectively informed that, if they did not account for their movements at particular times, they risked six months' imprisonment. The only reference during the interviews to the possible use of statements made by the applicants in any later proceedings was to inform them that anything they did say would be written down and might be used against them. The Court is not, therefore, called upon in the present case to consider the impact on the rights to silence or against self-incrimination of the direct or indirect use made in later proceedings against an accused of statements made pursuant to section 52 of the 1939 Act.’

Een overweging omtrent de wijze waarop de overheidspressie inbreuk heeft gemaakt op de effectuering van processuele rechten kan niet uitblijven. Hierbij geldt dat die pressie niet louter van financiële aard was; verdachten werden gewezen op een mogelijke gevangenisstraf bij niet antwoorden. Die straf is ook daadwerkelijk opgelegd. Aangaande de relatie tussen de mate van dwang die op verzoekers werd uitgeoefend en het nemo tenetur-beginsel is het volgende overwogen (r.o. 55):

> ‘Accordingly, 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.’

Terugkerend thema in verband met de eventuele inbreuk op het nemo tenetur-beginsel vormt het te beschermen belang van de regelgeving. Dat belang zou dan nopen tot een gerechtvaardigde inbreuk op het beginsel. Belangrijk is wat het EHRM overweegt in relatie tot het ‘public disorder/security of the state’ argument (r.o. 57 en 58):

> ‘The Court has taken judicial notice of the security and public order concerns detailed by the Government. However, the Court recalls that in the Saunders case (judgment cited above, pp. 2066-67, § 74) it found that the argument of the United Kingdom government that the complexity of corporate fraud and the vital public interest in the investigation of such fraud and the punishment of those responsible could not justify such a marked departure in that case from one of the basic principles of a fair procedure. It considered that the general requirements of fairness contained in Article 6, including the right not to incriminate oneself, “apply to criminal proceedings in respect of all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex”. It concluded that the public interest could not be relied on to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate the accused during the trial proceedings.’
> 58. The Court, accordingly, finds that the security and public order concerns relied on by the Government cannot justify a provision which extinguishes the very essence of the applicants' rights to silence and against self-incrimination guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention.’

5.2.4.4. Conclusie

Dit arrest toont aan dat zelfs de onderhavige terrorismewetgeving geen inbreuk op het nemo tenetur-beginsel kan rechtvaardigen, op de wijze zoals in deze zaak is gebeurd. De 'security and public order concerns' kunnen namelijk volgens het EHRM geen regeling rechtvaardigen die de essentie van het nemo tenetur-beginsel teniet doet. In zoverre sluit de zaak naadloos aan bij Saunders, waarin overwogen werd dat de complexiteit van fraude en de 'vital public interest' van de bestrijding daarvan, geen 'marked departures' van basisbeginselen van een fair trial kunnen rechtvaardigen. Deze uitspraken in Heaney en McGuinness worden bovendien bevestigd in de uitspraak Quinn v. Ireland (appl. nr. 36887/97) 21 December 2000. Het EHRM komt daar in vrijwel vergelijkbare omstandigheden tot hetzelfde oordeel dat sprake was van schending van het nemo tenetur-beginsel.

5.2.5. EHRM 5 november 2002, *NJ* 2004/262 (Allan v. Verenigd Koninkrijk)

5.2.5.1. Algemeen

De zaak Allan v. VK heeft betrekking op de ondergraving van het zwijgrecht door de inzet van een 'under cover' agent. Het gaat hier in deze zaak dus niet om de weigering van een informatievordering of het gebruik van onder dwang afgelegde verklaringen. Het betreft eerder het gebruik van heimelijk verkregen verklaringen. In dat opzicht is de zaak minder relevant voor de analyse hoe het nemo tenetur-beginsel de sfeerovergang kan normeren. Niettemin is het arrest wel nuttig voor de ratio van het beginsel. Daarom zal er in vogelvlucht bij worden stilgestaan.

5.2.5.2. Omstandigheden van de zaak

Allan werd verdacht van de gewelddadige dood van een manager van de Kwik-Save supermarkt in Greater Manchester op 3 februari 1995. In dat verband was Allan gearresteerd voor moord en werd zijn voorlopige hechtenis gelast. In de politieverhoren maakte Allan op advies van zijn raadsman gebruik van zijn zwijgrecht. Teneinde toch bewijsmiddelen te vergaren werd er in de cel en bezoekersruimte heimelijke opnameapparatuur aangebracht. Zo werden bezoeken van zijn vriendin en gesprekken met een celgenoot geregistreerd. Op 23 maart 1995 werd vervolgens H., een politie-informant, bij Allan in de cel geplaatst om te proberen informatie uit hem te krijgen. Daarbij kreeg H. specifieke instructies mee: "push him for what you can". Voorts werd Allan op 28 juni 1995 'gelicht' om in het politiebureau te worden gehoord over de moordverdenking. Allan zweeg, net als tijdens latere verhoren op 29 juni en 26 juli 1995. Kennelijk werd Allan bij die verhoren langdurig en heftig verhoord. De insteek zou zijn geweest te trachten Allan van zijn stuk te brengen. Aldus zou hij kwetsbaarder zijn en meer geneigd tot praten, wanneer hij terugkwam in zijn cel bij H. De informant was overigens zelf ook van afluisterapparatuur voorzien. Belangrijk voor de procesvoering was dat H. op 25 juli 1995 een verklaring aflegde met betrekking tot zijn gesprekken met Allan. Cruciaal was dat H. verklaarde dat Allan zou hebben toegegeven aanwezig te zijn geweest bij de moord op de manager. Frappant genoeg kwam dat niet voor op de banden en werd dit ook door Allan ontkend. Ter zitting betoogde de verdediging dan ook dat H. een beroepscrimineel is en veel te winnen had met het overleggen van het door de politie verlangde bewijs. Dit zou zijn verklaring onbetrouwbaar maken. De zittingsrechter oordeelde echter dat de verklaring van H. kon worden voorgelegd aan de jury, in weerwil van de stelling van de verdediging dat H. een onbetrouwbare getuige was. Niettemin bracht de rechter in zijn instructie aan de jury uitdrukkelijk het door de verdediging naar voren gebrachte betrouwbaarheidsaspect naar voren. De beslissing omtrent die betrouwbaarheid bleef op die wijze voorbehouden aan de jury. Allan werd voornamelijk op basis van de verklaring van H. veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf voor de moord op de winkelmanager. In 1999 werd zijn appèl verworpen door het Court of Appeal.

In de procedure bij het EHRM klaagde Allan over de schending van artikelen 6, 8 en 13 van het EVRM. Het EHRM oordeelde met betrekking tot artikel 8 EVRM, het recht op privacy, dat ten tijde van de zaak Allan de gebruikte opsporingsmethoden niet waren vastgelegd in de wet. Daarmee is het tweede lid van dit artikel, dat uitzonderingen op het privacyverbod slechts toestaat 'in accordance with the law and necessary in a democratic society (...)', geschonden.

5.2.5.3. Beoordeling door het EHRM

Over artikel 6 EVRM wordt het navolgende gesteld. Allereerst stelt het EHRM dat gekeken moet worden naar de 'eerlijkheid' van het proces als 'geheel' (r.o. 42):

> 'The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the "unlawfulness" in question and, where a violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found.'

Het EHRM overweegt nogmaals dat het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht tot het hart van internationaal erkende standaarden van een eerlijke procedure behoren (r.o. 44). Hierbij wordt tevens naar Saunders verwezen (r.o. 44):

> 'The right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seeks to prove the case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (see Saunders v. the United Kingdom, judgment of 17 December 1996, Reports 1996-VI, p. 2064, §§ 68-69).'

Een belangrijke kernoverweging volgt hierna over het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel (r.o. 50):

> 'While the right to silence and the privilege against self-incrimination are primarily designed to protect against improper compulsion by the authorities and the obtaining of evidence through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused, the scope of the right is not confined to cases where duress has been brought to bear on the accused or where the will of the accused has been directly overborne in some way. The right, which the Court has previously observed is at the heart of the notion of a fair procedure, serves in principle to protect the freedom of a suspected person to choose whether to speak or to remain silent when questioned by the police. Such freedom of choice is effectively undermined in a case in which, the suspect having elected to remain silent during questioning, the authorities use subterfuge to elicit, from the suspect, confessions or other statements of an incriminatory nature, which they were unable to obtain during such questioning and where the confessions or statements thereby obtained are adduced in evidence at trial.'

Toegepast op de omstandigheden van de zaak is het EHRM van oordeel dat de wijze van bewijsvergaring neerkomt op informatie die verkregen is 'in defiance of the will' van Allan (r.o. 52):

> 'In those circumstances, the information gained by the use of H. in this way may be regarded as having been obtained in defiance of the will of the applicant and its use at

trial impinged on the applicant's right to silence and privilege against self-incrimination.'

5.2.5.4. Conclusie

Voor de toepassing van het nemo tenetur-beginsel kunnen de volgende relevante punten worden afgeleid uit het arrest Allan t. VK. Het EHRM bevestigt nogmaals hoezeer het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel geacht worden ten grondslag te liggen aan het recht op een eerlijk proces. Janssen en Hamer leiden uit de uitspraak zelfs af dat de zaak het door het hof consequent ingenomen standpunt onderstreept dat het zwijgrecht een absoluut recht is waaraan niet getornd dient te worden.[680] Op het moment dat een verdachte duidelijk te kennen heeft gegeven van dat recht gebruik te willen maken mogen justitiële autoriteiten niet via misleiding of andere kunstgrepen proberen een dergelijke verklaring tóch te krijgen. Daarmee zou de keuzevrijheid die een verdachte op basis van het nemo tenetur beginsel behoort te hebben geweld worden aangedaan. Vanuit de ratio van het nemo tenetur-beginsel geldt dat het EHRM overweegt dat dit primair dient ter bescherming tegen 'improper compulsion by the authorities and the obtaining of evidence through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused'.[681] Het gaat aldus om het tegengaan van niet-toegestane dwang, teneinde de procesautonomie te waarborgen. Hierbij komt het accent te liggen op het 'in defiance of the will' criterium. Dit criterium zal meermaals terugkomen bij de bespreking van de 'real evidence' arresten.

5.2.6. EHRM 27 april 2004, appl. nr. 21413/02 (Kansal v. Verenigd Koninkrijk)

5.2.6.1. Algemeen

Voor wat betreft de 'Saunders' rechtsnorm van bewijsuitsluiting van onder dwang afgelegde verklaringen is de zaak Kansal relevant. Hierin werd deze norm bevestigd door onder meer expliciete verwijzing naar het Saunders arrest.

5.2.6.2. Omstandigheden van de zaak

De zaak Kansal betrof het gebruik in een strafzaak van onder dwang afgelegde verklaringen in een faillisementsprocedure (bankruptcy proceedings). Kansal leidde een onderneming die 20 drogisterijen onder zich had. Het (moeder)bedrijf werd geliquideerd op 20 februaio 1987. Op 20 mei 1987 werd een 'bankruptcy petition' gepresenteerd tegen Kansal en op 11 maart 1988 werd een 'bankruptcy order' gemaakt. In dat verband werd Kansal op 29 juli 1988 ondervraagd door de 'official receiver.' Op grond van sectie 291 van de 'Insolvency Act 1986' was Kansal verplicht tot antwoorden. Wanneer hij aan die verplichting niet voldeed, zonder daarvoor een redelijk excuus te bieden, zou hij zich schuldig maken aan 'contempt of court'. Dat zou bestraft kunnen worden met een geldboete of vrijheidsstraf.

Kansal werd vervolgd voor frauduleuze delicten, waaronder feiten die betrekking hadden op de faillisementsprocedure. In dat kader werd tijdens de rechtszaak door de openbaar aanklager een transcriptie van de voornoemde ondervraging door de 'official receiver' als bewijs naar voren gebracht. Kansal stelde dat de transcriptie niet toelaatbaar was als bewijsmiddel op grond van sectie 31 van de 'Theft Act 1968'. Die bepaling stelde dat een verklaring of erkentenis van een

680. S.L.J. Janssen en mr. G.P. Hamer, 'De rechtmatigheid van de gestuurde detentie-informant', (online paper), p. 4 (www.cleerdin-hamer.nl).

681. Vgl. EHRM 10 maart 2009, appl. No. 4378/02 (Bykov v. Rusland), *NJCM-Bull.* 2010, nr. 4., p. 413-428. In deze zaak oordeelde het EHRM dat het zwijgrecht tijdens een undercover-operatie niet geschonden was. Verschil met de Allan zaak was onder meer, dat Bykov ten tijde van de operatie niet wist dat hij verdachte was. Zodoende zou hij geen druk hebben ervaren, tot een verklaring te komen. De annotator J. van de Voort merkt daarover op dat een undercover-operatie op een dergelijke wijze dan gebruikt wordt als een verkapt verhoor, waardoor het zwijgrecht flink ondermijnd wordt.

persoon die vragen beantwoordt 'in proceedings for the administration of any property or for an account of any property or dealings with property' niet toelaatbaar is als bewijs tegen de betreffende persoon. De Britse rechter oordeelde anders. De wetgeving maakte het op grond van sectie 433 van de 'Insolvency Act 1986' mogelijk de verklaringen uit het transcriptieverslag als bewijs te gebruiken. De rechter overwoog in het kader van de bewijsopsomming ten overstaan van de jury noto bene dat het transcript 'could be very important'. Kansal werd op 18 februari 1992 voor alle feiten veroordeeld tot 15 maanden gevangenisstraf. Die veroordeling hield stand in hoger beroep.

Opmerkelijk is dat op 27 april 1988 de 'Criminal Cases Review Commission' de zaak van Kansal terugverwees naar het 'Court of Appeal' in verband met veranderingen van wetgeving. Daarbij werd op 20 juni 2000 de grond toegevoegd in navolging van het Saunders arrest en de 'Human Rights Act 1998'. Dit hield het volgende in:

> 'the admission of answers given under compulsion during the bankruptcy examination may have been in breach of Article 6 of the Convention and rendered the applicant's conviction unsafe.'

Inderdaad vernietigde de 'Court of Appeal' op 24 mei 2001 de veroordeling van Kansal.[682] De verklaringen die hij had verstrekt in het kader van de 'examination by the official receiver' waren onterecht toegelaten tot het proces in strijd met artikel 6 EVRM. De Crown kwam echter succesvol tegen die beslissing op bij de House of Lords. Op 29 november 2001 oordeelde die instantie dat zij zich gebonden achtte aan een eerdere beslissing (R v. Lambert [2001] 3 WLR 206), waarin besloten was dat de Human Rights Act 1998 niet 'retrospectief' kon worden toegepast. Zodoende kon de verdediging zich niet beroepen op het handelen in strijd met die wet, wat plaatshad voordat die wet van kracht was.

5.2.6.3. Beoordeling door het EHRM

Het EHRM wijst op de stelling van Kansal dat de verklaringen die hij gedwongen was af te leggen een significant aandeel vormden in zijn strafvervolging (r.o. 27). De regering accepteerde dat dit gebruik significant was. Daaruit leidt het EHRM af dat de zaak wat het gebruik van dergelijke afgedwongen verklaringen betreft, zich niet laat onderscheiden van de Saunders-zaak (r.o. 28):

> 'The Government accepted that significant use was made by the prosecution at the applicant's trial of the statements made by him under compulsion in bankruptcy proceedings. As such, the case was not distinguishable from Saunders v. the United Kingdom (cited above) and they conceded that the result of the case should be the same.'

Dit leidt tot de kernoverweging van het arrest (r.o. 29):

> 'The Court observes that the transcripts of the examination of the applicant by the official receiver, which were obtained under the exercise of compulsory powers, were used in evidence against the applicant during his trial and, the parties are agreed, played a

[682]. Vergelijk r.o. 24: 'In R v. Kansal (1993) 95 Cr.App.R. 348 (the decision on the first appeal of this applicant), the Court of Appeal held that the Insolvency Rules 1986 (S.I. 1986 No. 1925) made it clear that the privilege against self-incrimination was abrogated in any public examination of the bankrupt and that, thereafter, section 433 of the 1986 Act rendered the evidence admissible in a criminal trial notwithstanding section 31 of the Theft Act.'

significant part of the case against him. To this extent the case is indistinguishable from that of the Saunders case, where the applicant's statements before the Department of Trade inspectors exercising compulsory powers were used in his trial and found by the Court to disclose an infringement of the applicant's right not to incriminate himself. The Court accordingly finds that there has been an infringement of the right not to incriminate oneself in the present case and on that account this applicant was deprived of a fair hearing in violation of Article 6 § 1 of the Convention.'

5.2.6.4. Conclusie

Voor de duiding van de reikwijdte van nemo tenetur vormt het Kansal arrest een allerminst onbelangrijke uitspraak. De reden daarvoor is dat dit de 'algemene' lijn van Saunders bevestigt, voor wat betreft de uitsluiting in het strafproces van onder dwang afgelegde eerdere verklaringen. Hiermee verkrijgt die rechtsnorm nadere bevestiging. Daar komt bij dat de betreffende Britse procedure niet dermate bijzonder was; een procedure waarbij een betrokkene gehouden is te verklaren op straffe van het begaan van een strafbaar feit is immers geen uitzonderlijke verschijning. Dit betekent dat de uitspraak zich juridisch gezien gemakkelijk laat extrapoleren naar vergelijkbare casussen.

5.2.7. EHRM 19 maart 2015, app. nos. 7494/11, 7493/11 en 7989/11 (Corbet e.a. v. Frankrijk)

5.2.7.1. Omstandigheden van de zaak

Begin 2003 startte de Franse parlementaire onderzoekscommissie met haar onderzoek inzake de gedwongen liquidatie van Air Liberté, deel uitmakende van Swissair. Tijdens deze enquêteprocedure werden door de commissie de betrokkenen Corbet, Léonzi en Paris onder ede gehoord. Dit betekent dat zij verplicht waren te verklaren en zulks naar waarheid te doen. Het rapport van de onderzoekscommissie – verschenen in juni 2013 – overwoog dat de drie benoemde personen 'aanzienlijke baten' hadden opgebouwd door middel van 'omstandigheden die de autoriteiten wel zouden interesseren'. De voorzitter van de parlementaire onderzoekscommissie stuurde het rapport vervolgens door naar het Franse Openbaar Ministerie. Vervolgens werd Corbet ruim een maand later aangehouden op verdenking van onder anderen verduistering van bedrijfsmiddelen van Air Liberté. Dit leidde tot een strafrechtelijke veroordeling in 2007, inhoudende een gevangenisstraf van 4 jaar, waarvan 18 maanden voorwaardelijk, een geldboete van € 300.000,-, een beroepsverbod van 5 jaar én een schadevergoedingsmaatregel.

Bij het EHRM voerde Corbet gedurende het hoger beroep aan dat artikel 6 lid 1 EVRM was geschonden. Reden daarvoor zou zijn dat verklaringen die hij had afgelegd voor de parlementaire onderzoekscommissie (en gehouden was af te leggen) in de strafrechtelijke procedure tegen hem zijn gebruikt. Dit verweer trof echter geen doel. Het EHRM overwoog dat naast het rapport van de parlementaire onderzoekscommissie het onderzoek van het fraudeteam en informatie van de Franse anti-witwasautoriteit als basis had gediend voor de start van het strafrechtelijke onderzoek. De entamering van het strafrechtelijke onderzoek had derhalve niet enkel plaats gehad op grond van dat parlementaire onderzoeksrapport. Daarbij overwoog het EHRM dat Corbet nooit de juistheid van de verklaringen heeft bestreden (r.o. 21):

'Elle constata en effet que le rapport de la commission d'enquête n'était pas le support exclusif des poursuites puisque le réquisitoire introductif visait aussi la procédure diligentée par la brigade financière ainsi que des révélations de Tracfin des 27 juin et 3 et 8 juillet 2003. Elle souligna ensuite que la transmission de ce rapport était le fait du président de la commission, lequel agissait dans le cadre de l'article 40 du code de pro-

cédure pénale, qui précise que toute autorité constituée qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, est tenu d'en donner avis sans délai au Procureur de la République et de lui transmettre tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. Elle considéra de plus que les requérants ne pouvaient arguer d'une atteinte à leurs droits puisqu'ayant toujours contesté avoir commis le moindre détournement, ils n'avaient à aucun stade de la procédure remis en cause la teneur de leurs déclarations. Elle souligna enfin qu'il lui « appartiendra[it] (...) d'apprécier la force probante de telle ou telle déclaration au regard des circonstances dans lesquelles celle-ci [était] intervenue ».'

5.2.7.2. Beoordeling door het EHRM

Het EHRM overweegt allereerst in algemene termen dat het gebruik van verklaringen zoals deze in de onderhavige kwestie zijn afgelegd problematisch is in relatie tot het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel (r.o. 33). Dit is ingegeven door de omstandigheid dat de betrokkenen wettelijk gehouden waren verklaringen af te leggen. Die situatie werpt volgens het EHRM een vraagstuk op met betrekking tot de eerbiediging van het zwijgrecht en het recht om zichzelf niet te beschuldigen. Het feit dat het voor personen die zijn opgeroepen om voor een dergelijke commissie te verschijnen onmogelijk is zich te beroepen op de eerbiediging van deze rechten en te voorkomen dat zij moeten antwoorden op vragen die ertoe kunnen leiden dat zij zichzelf beschuldigen, is problematisch ten opzichte van artikel 6 lid 1 EVRM. Dit is precies het probleem van het gebruik van testimonial evidence in de punitieve procedure, terwijl dit bewijs vergaard is op grond van een wettelijke medewerkingsplicht in de voorgaande (niet-punitieve) procedure. Het EHRM erkent in deze zaak zonder meer deze problematiek en de mogelijke consequenties in relatie tot het nemo tenetur-beginsel. Daarmee is nog niet gezegd dat het beginsel in deze zaak ook daadwerkelijk is geschonden.

Vervolgens komt de inhoudelijke toetsing van de zaak aan bod, namelijk de wijze waarop de bij de onderzoekscommissie afgelegde verklaringen van Corbet zijn gebruikt. Weliswaar is het zo, zoals de Franse regering benadrukt, dat die verklaringen niet incriminerend van aard zijn. Dit is echter volgens het EHRM niet doorslaggevend (r.o. 34). Het gaat om het gebruik tijdens de strafzaak van onder dwang afgelegde verklaringen. Indien de verklaringen worden gebruikt op een wijze die ten doel heeft om de betrokkene te veroordelen, is er sprake van een schending van artikel 6 lid 1 EVRM. Dit kwam bij de bespreking van de Saunders-zaak uitgebreid aan de orde (zie paragraaf 5.2.3. '*Differentiatie in de uit te sluiten verklaringen?')*. Het EHRM verwijst dan ook naar die passages van dat arrest (overwegingen 71 en 72). De op zichzelf niet belastende verklaringen kunnen immers toch op een belastende wijze worden gebruikt in het kader van de bewijsvoering.

Voorts brengt het EHRM een expliciete nuance aan omtrent het gebruik van de onder dwang afgelegde verklaringen. Hierbij verwijst hij naar het arrest Gäfgen (overwegingen 178 en 180).[683] Daarin heeft het EHRM geoordeeld dat het gebruik in een proces-verbaal van materieel bewijs dat naar voren is gekomen dankzij verklaringen die zijn verkregen door een middel dat strijd oplevert met artikel 3 EVRM, maar geen marteling inhoudt, slechts invloed heeft op de rechtvaardigheid van de procedure als zij eveneens invloed heeft op het vonnis (schuldigverklaring of niet) of op de straf. Het gaat dus om de uiteindelijke impact van de verklaringen op de strafrechtelijke uitkomst. Het EHRM vervolgt dat dit des te eerder van belang is indien die verklaringen elementen betreffen die doorslaggevend zijn voor andere zaken dan het bewijs,

[683]. Gäfgen v. Duitsland, appl. nr. 22978/05, 1 June 2010 (rectified 3 June 2010).

verkregen door dwangmiddelen die strijd opleveren met artikel 3 EVRM. Toegepast op de onderhavige zaak wijst het EHRM erop dat de door de parlementaire onderzoekscommissie bijeengebrachte elementen in aanmerking zijn genomen in het kader van de strafzaak waarin eisers een belangrijke rol spelen (r.o. 35). De vordering van de officier van justitie met als doel eisers op te roepen voor de rechtbank te verschijnen verwijst overigens naar het parlementaire onderzoek en citeert uitdrukkelijk het voorwoord van de voorzitter van de commissie. De oproeping verwijst eveneens naar het rapport van de parlementaire onderzoekscommissie. Niettemin oordeelt het EHRM dat de verwijzingen, gelet op de omvang van deze documenten en andersoortig verkregen bewijsmiddelen 'niet talrijk' zijn (r.o. 36). Voorts voert Corbet geen enkel element aan dat aantoont dat de officier van justitie of de rechter-commissaris daaruit rechtstreekse conclusies hebben getrokken met betrekking tot de aan hen gerichte aanklacht. Het is daarentegen duidelijk dat de door eisers tijdens het parlementaire onderzoek afgelegde verklaringen zijn gebruikt op een ondergeschikte manier, om de feitelijke context van de zaak vast te stellen, aldus het EHRM. Dit is geheel in lijn met de conclusie die Hartmann destijds uit de Saundersuitspraak trok. Volgens hem mocht informatie en/of materiaal dat is verzameld door middel van een verklaring van de belanghebbende (voorafgaande aan de criminal charge), slechts dienen als ondersteunend bewijs in het kader van de op te leggen sanctie.[684]

In relatie tot de aanvang van het strafrechtelijk onderzoek wijst het EHRM nog op de overweging van het Franse Hof (r.o. 37). Daaruit volgt dat deze ook is ingeleid door de financiële afdeling van Tracfin en het onderzoek van het fraudeteam. Deze benadering is ook in lijn met de overwegingen uit Saunders, dat het nemo tenetur-beginsel – en de bewijsuitsluiting van onder dwang afgelegde verklaringen in de opsporingssfeer – zich niet verzetten tegen een strafrechtelijke vervolging (mede) naar aanleiding van in de controlesfeer afgelegde verklaringen. Belangrijkste punt is evenwel dat volgens het EHRM klagers niet hebben vastgesteld dat het gebruik in de strafzaak van verklaringen die zij hebben afgelegd tegenover de parlementaire onderzoekscommissie, van invloed is geweest op hun uiteindelijke schuldigverklaring of op de hoogte van de uitgesproken straf (r.o. 38). Dit leidt tot het oordeel dat – gezien de slechte motivering op dat vlak – de zaak niet-ontvankelijk wordt verklaard (gelet op artikel 35 paragraaf 4 EVRM).

In het licht van deze uitspraak kan nog gewezen worden op de Nederlandse procedure aangaande de Wet op de parlementaire enquête 2008. De medewerking aan een parlementaire enquête kan worden afgedwongen door dwangsom of gijzeling. Non-coöperatie aan de enquêteprocedure is strafbaar gesteld in artikel 192 Wetboek van Strafrecht. Overigens kan betoogd worden dat – in het licht van de Corbet-zaak – artikel 32 van de Wet op de parlementaire enquête 2008 handhaafbaar is. De overheid moet een pressiemiddel hebben in het geval van een meinedige, weigerachtige of niet volledig verklarende betrokkene. De vervolging van de geënquêteerde heeft dan geen betrekking op afgelegde *juiste* verklaringen – ook als die op zichzelf strafrechtelijk belastend zijn – maar op het nalaten te verklaren of meinedig verklaren.

In dit verband is de zaak EHRM 23 maart 2006, ECLI:NL:XX:2006:AX7799 (Van Vondel v. Nederland) relevant. Van Vondel werd als getuige gehoord door de Parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden. Van Vondel voerde aan dat de commissie gevolgde procedure een inbreuk vormde op het nemo tenetur-beginsel. De afwezigheid van een zwijgrecht bij de commissie, ontzegde hem een fundamenteel recht dat hem tegen meineed beschermde, dan wel tegen het gevaar zichzelf bloot te stellen aan strafrechtelijke vervolging. Het EHRM nam geen inbreuk aan op artikel 6 lid 1 EVRM. Daarbij wees het EHRM onder meer op artikel 24 van de

[684]. A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht,* (diss. Deel II - EUR), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 97.

Wet op de Parlementaire Enquête. Dat artikel verbood dat voor de commissie afgelegde verklaringen tot het bewijs in strafzaken werden gebruikt.

5.2.7.3. Conclusie

Deze uitspraak bevestigt wederom de uitgangspunten terzake van testimonial evidence, zoals die uit het Saunders-arrest zijn af te leiden. Ook de overweging dat moet worden beoordeeld of de bij de onderzoekscommissie afgelegde verklaringen op incriminerende wijze zijn gebruikt is te herleiden tot het Saunders arrest. Niettemin geldt dat daar waar onvoldoende of zelfs in het geheel niet aannemelijk is geworden dat de verklaringen uit de controlesfeer zijn gebruikt op een dergelijke belastende manier, geen schending van het nemo tenetur-beginsel aan de orde is. In deze zaak betrof dat de ondergeschikte wijze in het licht van het overige bewijs. Dit moet niet geduid worden als een relativering van het nemo tenetur-beginsel, doordat de deur weer op een kier wordt gezet voor het gebruik van onder dwang afgelegde verklaringen. Het spanningsveld met het nemo tenetur-beginsel doet zich namelijk bij uitstek voelen, daar waar onder dwang verstrekte verklaringen daadwerkelijk een 'niet marginale' rol spelen in de bewijsvoering. In die gevallen zal het geen complexe exercitie zijn zulks aannemelijk te maken, gelet op het uitgangspunt dat niet alleen incriminerende verklaringen belastend kunnen zijn. Doorslaggevend is derhalve de wijze van het uiteindelijke gebruik van die verklaringen in de bewijsconstructie.

5.2.8. Tussenconclusie testimonial evidence

Uitsluiting van onder dwang verstrekte verklaringen

Uit de hier besproken jurisprudentie aangaande testimonial evidence kan een aantal rechtsopvattingen worden afgeleid met betrekking tot de normering van de sfeerovergang door het nemo tenetur-beginsel. Ten eerste geldt op basis van de zaken Saunders en die van zijn medeverdachten (I.J.L. e.a.) dat onder dwang van een wettelijke mededelingsplicht verstrekte verklaringen niet gebruikt kunnen worden voor het bewijs in een punitieve procedure.[685] Duidelijk is dat in de optiek van het EHRM het zwijgrecht van de verdachte aan het gebruik daarvan in de weg staat. Aldus wordt de procesautonomie van de verdachte in de opsporingssfeer gewaarborgd. Het waarborgen van de procesautonomie verklaart ook waarom niet alleen incriminerende, maar *alle* in de controlesfeer afgelegde verklaringen moeten worden uitgesloten. Ook op zichzelf niet-belastende verklaringen kunnen later in de bewijsvoering een rol gaan spelen, omdat zij afgezet kunnen worden tegen latere verklaringen van de verdachte. In dit verband dient nog gewezen te worden op de zaak Zaichenko. Ook daarin oordeelde het EHRM dat artikel 6 EVRM geschonden was door het gebruik van verklaringen – vergaard in de controlefase – in de latere strafzaak.[686] Daarbij geldt wederom dat het EHRM niet differentieert in hoeverre die verklaringen wel of niet belastend waren.

---

[685]. A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p.111: 'De grote betekenis van het Saunders-arrest is derhalve dat daarin een belangrijke gebruiksbeperking wordt geïntroduceerd voor onder de werking van wettelijke verplichtingen afgelegde verklaringen en verstrekte inlichtingen.'

[686]. EHRM 18 februari 2010, *NJB* 2010, 752 (Zaichenko v. Rusland). Het betrof een zaak waarin een werknemer verdachte was van diefstal van dieselbrandstof. De politie trof vervolgens tijdens een verkeerscontrole in Zaichenko's auto twee benzineblikken aan. De belastende verklaringen van Zaichenko tijdens de controle (waarin hij de diefstal bekende) werden gebruikt om hem te veroordelen. Naar het oordeel van het EHRM mochten die verklaringen, direct belastend of niet, niet tot het bewijs gebezigd worden. Daarvoor hadden er onvoldoende waarborgen bestaan ten tijde van het afleggen van die verklaring. Reeds bij de verkeerscontrole was sprake van een verdenking. Hoewel Zaichenko daarbij op zijn zwijgrecht werd gewezen, was dat nadat hij al een belastende verklaring had afgelegd.

Nemo tenetur-beginsel toepasbaar op alle typen strafzaken
Belangrijk voor de normering van de sfeerovergang is dat het nemo tenetur-beginsel toepasbaar wordt geacht op alle typen strafprocedures. Deze opmerking wordt gemaakt in het licht van het argument dat de complexiteit van het ordeningsrecht uitzonderingen mogelijk zou moeten maken op het beginsel. Dat argument kan dus geen rechtvaardiging bieden voor een dergelijke inbreuk. Daarom is die opmerking des te meer relevant omdat de sfeerovergang zich bij uitstek in een 'ordeningsrechtelijke' context manifesteert. Deze benadering wordt bevestigd in de zaken Heaney en McGuinness, waarin zelfs de bijzondere aard van terrorismewetgeving en de 'public interest' geen uitzondering rechtvaardigde.

Controle als verkapte opsporing?
In Saunders en I.J.L. e.a. faalde het verweer dat sprake was van onrechtmatig onderzoek. Dat verweer betrof de stellingname dat, hoewel sprake was van een controleonderzoek door de samenwerking tussen DTI (controleurs) en CPS (opsporingsambtenaren), dit een verkapt opsporingsonderzoek betrof. In Saunders heeft het EHRM als overweging ten overvloede naar de feitelijke beoordeling van dit verweer door de Britse rechter verwezen. In I.J.L. e.a. heeft het EHRM gesteld dat dit verweer gelet op de verwevenheid van de feiten eigenlijk niet ter haar beoordeling kan komen. Ook hier is naar de nationale rechter verwezen. Hoewel deze rechtsvraag iets meer aandacht heeft gekregen in de I.J.L. e.a. zaak – de medeverdachten van Saunders – is het EHRM niet bepaald inhoudelijk op de materie ingegaan. Dit is verklaarbaar vanwege de in haar optiek (te) feitelijke beoordeling van die vraag en gezien hij reeds tot het oordeel kwam dat sprake was van schending van artikel 6 EVRM. Niettemin heeft het EHRM wel erkend dat een controleonderzoek inhoudelijk gezien wel degelijk neer kan komen op een opsporingsonderzoek. Dat getuigt van een realistische benadering die door het formalisme van de sfeerverdeling heenkijkt.

Wilsonafhankelijk materiaal
Van fundamenteel belang voor de normering van de sfeerovergang is, ten slotte, het in Saunders geformuleerde criterium aangaande de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. Dit criterium bestaat er uit dat het nemo tenetur-beginsel (privilege against self incrimination) primair bestaat uit het zwijgrecht. Daarnaast wordt de belangrijke opmerking gemaakt dat dit geen betrekking heeft op materiaal dat 'onafhankelijk van de wil' van de verdachte bestaat. De voorbeelden die door het EHRM worden gegeven zien in wezen op het dulden van een verdachte (afname van bloed, DNA, etc.). Dit impliceert een nuanceverschil in het kader van nemo tenetur dat betrekking heeft op het onderscheid tussen dulden en actieve medewerking. De verdachte moet een huiszoeking *dulden* waarbij documenten in beslag genomen kunnen worden (documents pursuant through a warrant), maar dat betekent niet dat hij gedwongen mag worden die documenten *zelf te produceren* als verdachte, naar aanleiding van een vordering tot uitlevering.[687] We belanden hiermee op de bespreking van de 'real evidence' jurisprudentie.

[687]. M.J. Borgers, *Hoofdstuk 16 – De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing*, in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), Bijzonder strafrecht; strafrechtelijke handhaving van sociaaleconomisch en fiscaal recht in Nederland, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 485: 'Deze overweging duidt erop dat art. 6 EVRM zich niet verzet tegen verplichtingen tot het afgeven van administratieve bescheiden. Die conclusie verhoudt zich in zijn algemeenheid echter niet met het oordeel dat het EHRM in andere zaken heeft geveld. In het bijzonder zijn de uitspraken in de zaken-Funke en J.B. van belang, gewezen respectievelijk voor en na de uitspraak in de zaak Saunders.'

5.3. De uitlevering van real evidence

5.3.1. EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993/ 485 (Funke v. Frankrijk)

Hoewel Saunders kan worden gezien als het 'standaard'-arrest inzake nemo tenetur, was het niet de eerste zaak waarin het EHRM zich boog over het nemo tenetur-beginsel ex artikel 6 EVRM; dat was de zaak-Funke.[688] In deze zaak erkende het EHRM voor het eerst dat uit artikel 6 EVRM het verbod van zelfincriminatie volgt, alsmede een zwijgrecht. De zaak heeft uiteindelijk tot een overvloedige bespreking in de literatuur geleid, mede vanwege het belang inzake fiscale zaken.

5.3.1.1 De omstandigheden van de zaak

Huiszoeking

De heer Jean-Gustave Funke, van Duitse nationaliteit, stierf in 1987, nog voordat de procedure bij het EHRM aanhangig kon worden gemaakt. De procedure bij het EHRM werd door zijn weduwe voortgezet. De heer Funke leefde in Frankrijk en werkte als commercieel vertegenwoordiger. Funke werd ervan verdacht wetgeving aangaande betalingsverkeer met het buitenland te hebben overtreden. Op 14 januari 1980 verrichten drie douaniers, vergezeld door een (senior) politieambtenaar, huiszoeking bij Funke. De doelstelling was informatie te vergaren omtrent buitenlandse vermogensbestanddelen van de Funke's ("particulars of their assets abroad"). Het onderzoek was ingegeven door informatie van de belastingautoriteiten in Metz. Tijdens de zoeking erkent de heer Funke dat hij verschillende buitenlandse rekeningen heeft (zowel voor zakelijke als familiaire doeleinden) en dat hij thuis geen bankafschriften van die rekeningen heeft. De huiszoeking levert op dat er verklaringen en chequeboekjes gevonden worden van buitenlandse banken.

Nationaal procesverloop

De resultaten van de huiszoeking geven – op zichzelf – geen aanleiding tot enige strafprocedure tegen Funke. Funke wordt dus niet vervolgd voor bijvoorbeeld fiscale fraude. Wel resulteert de zoeking in een zelfstandige (parallelle) (straf)procedure omtrent het overleggen van documenten door Funke; of eerder gezegd Funke's non- coöperatie daartoe Dat heeft betrekking op het volgende. Gedurende de zoeking op 14 januari 1980 is Funke door de douaneambtenaren gevraagd documenten te overleggen voor de jaren 1977, 1978 en 1979 van respectievelijk de banken: Postsparkasse in Munich, de PKO in Warschau, de Société de Banque suisse in Basle, de Deutsche Bank in Kehl en de Württembergische Bausparkasse in Leonberg. Aanvankelijk zegde Funke toe aan de verzoeken van verbalisanten te voldoen, maar later is hij op die toezegging teruggekomen. Funke berichtte de douane op 12 februari 1980 dat hij niet in staat was de gevraagde documenten te verstrekken. De douane startte vervolgens een procedure teneinde Funke te laten veroordelen tot een geldboete voor het niet produceren van de documenten, alsmede een boete van 50 Franc per dag, tot aan de dag dat hij alsnog het materiaal zou verstrekken. Tevens werd een verzoek tot de rechterlijke instantie gedaan om Funke in dit verband te detineren.

Funke werd op 27 september 1982 door de Franse rechter veroordeeld tot een geldboete (van 1200 Franc) en bevolen de douaneverklaringen van de bankrekeningen te overleggen. Weigering aan die verplichting te voldoen zou Funke komen te staan op verbeurte van 20 Franc per dag. Van belang zijn onder meer de volgende overwegingen van de rechtbank:

---

[688]. En voor de zaak-Funke was dat het Hof van Justitie in de zaak-Orkem: HvJ EG 18 oktober 1989, zaak 374/87, Jur. 3283, *NJ* 1991/687 (Orkem).

- Funke heeft geen verklaring gegeven voor het niet produceren van de verzochte documenten. Daarbij heeft hij geen correspondentie overgelegd, waaruit zou blijken dat hij noodzakelijke stappen heeft ondernomen om die te verkrijgen, of bewijs van de weigering van de buitenlandse banken om deze te verstrekken.
- De rechtbank verwijst naar de betreffende bepaling in het Douanerecht:
  'Article 65 of the Customs Code provides: 'Customs officers with the rank of at least inspector ... may require production of papers and documents of any kind relating to operations of interest to their department'. The same Article 65 provides in paragraph 1(i) that such requests for production may be made 'on the premises of (chez) any natural or legal person directly or indirectly concerned in lawful or unlawful operations falling within the jurisdiction of the Customs Service'.

  De rechtbank vervolgt voorts:
- 'The house search and Mr Funke's own statements provided sufficient evidence that there were bank accounts and financing operations concerning the defendant to enable the Customs Service to exercise their right of inspection in relation to the relevant documents notwithstanding that these were not at Mr Funke's home.'
- 'As the holder of an account used abroad, Mr Funke, like any account-holder, must receive statements following any transaction on the account. A statement is an extension, a reflection of the situation, of an account at a given time. The holder of the account is the owner of his statements and may at any time ask for them from his bank, which cannot refuse them.'

De bepaling waar de rechtbank naar verwijst (artikel 65 Customs Code) impliceert kennelijk een mogelijk beroep op medewerking van personen die de status van verdachte hebben. Gesproken wordt immers over een persoon (o.a.) directly involved in unlawful operations. Dit wijst op een vrij vergaande vorm van medewerking die niet differentieert naar gelang de aanwezigheid van een verdenking. Verder wijst de rechtbank er terecht op, dat er wel degelijk concrete aanknopingspunten waren voor het bestaan van de buitenlandse rekeningen. In hoger beroep en cassatie blijft de voorgaande beslissing in stand. In de beslissing van het hof op 14 maart 1983 wordt de geldboete voor elke dag dat Funke in gebreke blijft zelfs verhoogd tot 50 Franc per dag. Het hof overwoog voorts dat de verplichting documenten te produceren niet conflicteerde met de bescherming van mensenrechten en fundamentele vrijheden. Belangrijk is wat het Hof voorts overweegt:

> 'Obviously, no offences which performance of the duty to produce documents may disclose are yet before the courts; that being so, Funke's objections of principle are premature. Moreover, while everyone charged with a criminal offence is to be presumed innocent until proved guilty according to law, Article 6 para. 2 (art. 6-2) of the Convention does not otherwise restrict the type of evidence which the lex fori places at the disposal of the prosecuting party in order to satisfy the court.'

Wat Funke precies in deze procedure heeft aangevoerd is op basis van het EHRM-arrest niet duidelijk, maar zal zonder meer zijn ingekleed met het argument dat hij gedwongen werd belastend bewijsmateriaal tegen zichzelf te produceren. De insteek van het Franse hof is hier feitelijk dat er bij de rechtbank nog geen zaak aanhangig is die betrekking heeft op strafbare feiten, waarbij een relatie bestaat met de te produceren documenten. Dat laat dan de mogelijkheid open dat het hof tot een ander oordeel was gekomen, indien die strafzaak wel een feit was geweest. Daarbij gaat het hof ook voorbij aan het feit dat er reeds huiszoeking bij Funke was verricht en dat hij zodoende op zijn minst als verdachte kon worden beschouwd.

5.3.1.2. Argumentatie ten overstaan van het EHRM

Standpunt Funke
Door de verdediging werd het volgende aangevoerd. De primaire stelling is dat de autoriteiten het recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren hebben geschonden. Hierbij geldt dat weliswaar nog geen zaak aanhangig gemaakt was aangaande strafbare feiten, maar wel een strafzaak was geëntameerd teneinde Funke te dwingen medewerking te verlenen aan zijn vervolging. Daarbij gold te meer dat een dergelijke methode onacceptabel was omdat de autoriteiten met behulp van internationale assistentie zelf het benodigde bewijs van buitenlandse staten konden vergaren.

Standpunt regering
De Franse regering heeft sterk de medewerkingsverplichting benadrukt van het Franse douaneregime. Dit was gebaseerd op een uitgangspunt waarbij belastingplichtigen systematische inspectie bespaard blijven, maar op zijn beurt bepaalde verplichtingen schept. Daarbij gaat het om verplichtingen documenten aangaande inkomen en bezit gedurende een bepaalde periode te bewaren en deze op verzoek van de autoriteiten beschikbaar maken. Hiernaast wees de Franse regering op het feit dat de douane slechts om specificaties van bewijs had gevraagd dat reeds tijdens de huiszoeking was gevonden. De verplichting van Funke om mee te werken valt dan onder de algemene plicht tot informatieverschaffing, welke rust op iedere belastingplichtige. Derhalve werd Funke niet gedwongen tot een bekentenis van een strafbaar feit of het verschaffen van incriminerend bewijs. Het belangrijkste punt hierna betreft evenwel dat niet verlangd wordt dat Funke schuld bekent of bewijsmateriaal tegen zichzelf aandraagt. De Franse regering ziet dit anders. Er wordt in haar optiek slechts een ‘verbijzondering’ van bestaand bewijsmateriaal gevraagd:

> ‘In the instant case the customs had not required Mr Funke to confess to an offence or to provide evidence of one himself; they had merely asked him to give particulars of evidence found by their officers and which he had admitted, namely the bank statements and cheque-books discovered during the house search. As to the courts, they had assessed, after adversarial proceedings, whether the customs’ application was justified in law and in fact.’

5.3.1.3. Beoordeling door het EHRM
Anders dan de hoeveelheid tekst die gebruikt wordt om de klacht dat artikel 8 EVRM is geschonden te bespreken, is de overweging omtrent schending van artikel 6 EVRM opmerkelijk kort. Het EHRM overweegt namelijk (r.o. 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 (see paragraphs 30-31 above) 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.’

Hoe kort het EHRM hier is geweest, zo overvloedig is de literatuur omtrent deze passage. Vanuit het oogpunt van de normering van de sfeerovergang vallen aan deze passage vier thema’s te ontwaren. Ten eerste geldt dat hier expliciet het spanningsveld tussen de ‘ordeningsrechtelijke’

medewerkingsverplichtingen en de consequenties daarvan voor de rechtspositie van de verdachte aan de orde komt. Daarbij gaat het natuurlijk in het bijzonder om het recht geen bewijs tegen zichzelf te hoeven aandragen. In dit kader is de verwijzing naar de 'special features of customs law' van fundamenteel belang.[689] (Zie ook de overweging in paragraaf 43. waarin melding gemaakt wordt van 'special features of investigation procedures in business and financial matters'). Het gaat hier om die bedoelde medewerkingsverplichtingen. Zoals rechter Matscher in de concurring opinion aangaf zijn dergelijke verplichtingen om binnen een bepaalde periode bepaalde documenten te overleggen, in een fiscale context gebruikelijk in Europese landen. Dit is niet inconsistent met de vereisten van een 'fair trial' of met de onschuldpresumptie. Dit wordt echter anders wanneer sprake is van een strafrechtelijke context, in die zin dat sprake is van een 'charged person'. Die medewerkingsverplichtingen kunnen geen inbreuk rechtvaardigen op strafprocessuele rechten, als bedoeld in artikel 6 EVRM. Het eerste thema leidt dus tot de conclusie dat ordeningsrechtelijke verplichtingen – ook al worden die als een bijzonder deel van het strafrecht gezien – niet kunnen afdoen aan strafprocessuele rechten.

Het tweede thema vormt de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. Het EHRM spreekt hier in één zin over 'the right of anyone to remain silent and not to contribute to incriminating himself'. Deze zin heeft de aanzet gegeven tot de nodige conceptuele beschouwing aangaande het nemo tenetur-beginsel. Hoe moet de verhouding tussen het zwijgrecht en het recht om zichzelf niet te hoeven belasten immers worden bezien? Het tweede zou als een overkoepelend begrip gezien kunnen worden, wat het zwijgrecht omvat.[690]. In de beschrijving van de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel wordt hier op terug gekomen. Eén belangrijke conclusie valt hier te trekken. Het nemo tenetur-beginsel heeft ook betrekking op tastbaar bewijsmateriaal, op 'real evidence'. Dat valt af te leiden uit het feit dat het recht van non zelfincriminatie genoemd wordt náást het zwijgrecht, in het licht van de aard van de gevorderde medewerking; te weten het produceren van documenten.

Het derde thema is wat nu precies de inbreuk op het nemo tenetur-beginsel vormde in de onderhavige zaak. In abstracto gaat het er om dat een strafrechtelijke veroordeling is gezocht om een – let wel – reeds 'charged person' te bewegen documenten te verschaffen. In de rechtsoverweging valt de zinsnede op dat de douane niet zeker zou zijn van het bestaan van de betreffende documenten. Benoemd wordt voorts de onmogelijkheid of onwil om de documenten op een andere wijze te verkrijgen, dan door druk Funke te bewegen met de strafrechtelijke veroordeling. Deze frase omtrent 'de onzekerheid van het bestaan' van de documenten heeft in de literatuur bovengemiddeld veel aandacht gekregen. Deze omstandigheid is aangegrepen om te in-

---

689. Feteris wijst er op dat de Commissie tot een ander oordeel kwam. M.W.C. Feteris 2002, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2002, p. 44. Feteris, a.w., p. 60: 'Bij andere belangen dan een vlotte en efficiënte procesvoering is het hof zeer terughoudend om op grond daarvan beperkingen van de rechten van de verdediging toe te staan. Zo vormt het bijzondere karakter van het douanerecht volgens het arrest-Funke van het EHRM geen rechtvaardiging voor een inbreuk op het recht van de aangeklaagde om geen bijdrage te hoeven leveren aan het bewijs tegen zichzelf. De Commissie had in die zaak een uitzondering op dit recht aanvaard met een beroep op het bijzondere karakter van onderzoeken met een economisch of financieel karakter, die gericht zijn op bescherming van de vitale economische belangen van de staat. Volgens de Commissie zou er op dat punt een evenwicht gevonden moeten worden tussen de legitieme belangen van de samenleving en de individuele rechten die het EVRM beschermt. Het EHRM was het hiermee kennelijk niet eens.'

690. Zie bijvoorbeeld A.R. Hartmann, 'De Gordiaanse knoop van medewerkingsplicht en zwijgrecht. Een EHRM-update aan de hand van Weh v. Oostenrijk', in Strafblad 2004, p. 170-171. Hartmann wijst op de volgende stelling van het EHRM die in de Funke, Murray, Saunders en J.B. uitspraken voorkomt: 'the right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of anaccused person to remain silent.' Volgens Hartmann impliceert deze overweging dat het zwijgrecht de kern vormt van het geheel dat omschreven kan worden als de nemo tenetur-rechtswaarborg. Het zwijgrecht vormt volgens hem een deel daarvan.

terpreteren dat het EHRM een 'fishing expedition' door de Franse douane autoriteiten zou willen afstraffen. Dat het EHRM overweegt dat de autoriteiten niet zeker waren van het bestaan van de documenten verhoudt zich volstrekt niet met de omstandigheden van de zaak. Misschien bestond er geen absolute zekerheid omtrent het bestaan van die documenten, maar wel zeer sterke aanwijzingen, waarvan de Franse rechtbank ook melding maakte. Het gaat mijns inziens immers om drie omstandigheden:

- In het huis van Funke worden bescheiden van die buitenlandse rekeningen aangetroffen;
- Funke verklaart zelf over het bestaan van die rekeningen, het aantreffen van de rekeningen ondersteunt daarmee ook de geloofwaardigheid van zijn verklaring;
- Funke zegt ook toe de gevraagde bescheiden te gaan overhandigen, hetgeen nogmaals een bevestiging vormt.

Tegen die achtergrond valt de betreffende overweging van het EHRM niet te duiden. De 'onzekerheid van het bestaan' van documenten kan daarmee geen relevante factor zijn geweest bij het aannemen van een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel.[691] Evenmin kan gesteld worden dat hier sprake was van een 'fishing expedition' – het ongericht 'hengelen' naar informatie door de autoriteiten. De douane was immers zeer gericht op zoek naar specifieke informatie. De duiding van de handelwijze van de autoriteiten 'unable or unwilling' valt meer te plaatsen. Het EHRM houdt hier slechts de mogelijkheid open van de motieven van de Franse autoriteiten; het gaat er om dat de inspanning van het produceren van de documenten bij Funke kwam te liggen. Daarbij tast de uitgeoefende pressie door middel van geldboetes Funke's procesautonomie aan. In de geciteerde overweging van het arrest wordt niet apart ingegaan op de mate van druk die was uitgeoefend, maar wordt volstaan met de benoeming van die druk door de autoriteiten. Op dit punt wordt uitgebreid terug gekomen in de tussenconclusie ter zake van real evidence.

Als vierde thema geldt het 'dies a quo'; het moment waarop de bescherming van het nemo tenetur-beginsel kan worden ingeroepen. Dit thema valt uiteen in twee aspecten. Ten eerste geldt dat het EHRM aansluit bij haar definitie van 'charged person', voor wat betreft het aanvangsmoment van de rechtsbescherming. In dit geval sluit dat op haar beurt aan bij de 'verdenking', gezien huiszoeking bij Funke werd verricht (het punt aangaande de dies a quo komt voorts uitgebreid aan de orde in paragraaf 5.6.). Ten tweede getuigt de benadering van het EHRM van een materiële en geen formalistische werkwijze. In de genoemde overweging van het Franse hof werd immers gesteld dat er nog geen stafzaak was aangebracht bij de rechterlijke autoriteiten voor delicten, die verband hielden met de gevorderde documenten. Daarmee was het verweer van Funke volgens dat hof prematuur. Ook door de Franse regering werd aangevoerd dat het verschaffen van documenten geen schuldbekentenis inhoudt. Het EHRM ziet dat anders doordat Funke wel degelijk al 'charged' was, gelet op het feitencomplex van de zaak. Hij oordeelt dat het gaat om bewijsmateriaal van vermoedelijk gepleegde strafbare feiten. Daar heeft het in de zaak van Funke – gelet op de benoemde feiten en omstandigheden – inderdaad alle schijn van. De benadering van het hof getuigt daarmee van realisme, in tegenstelling tot een eventueel formalistisch perspectief. Dit betekent dat niet beslissend is of een persoon al

[691]. Zie L. Stevens, *Het nemo teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p.11. Volgens Stevens zou het benoemen van die onzekerheid er op kunnen wijzen dat het EHRM van oordeel was dat de douane kennelijk zelf niet in staat was de documenten boven water te krijgen. De redenering wordt dan dat het om die reden dwingen van de betrokkene tot overhandiging, terwijl niet zeker was dat die documenten bestonden, leidt tot de inbreuk op het recht tegen zelfbelasting. Daarbij zou dan de mate van dwang moeten worden betrokken die middels de rechterlijke procedure op Funke was uitgeoefend.

voor het gerecht gedaagd is, terwijl er in een aparte procedure 'real evidence' gevorderd wordt. Beslissend is of reeds sprake is van een verdenking tegen de betrokkene.

5.3.2 EHRM 3 mei 2001, *AB* 2002/343 (J.B. v. Zwitserland)

5.3.2.1. Algemeen

De verwarring over de vraag hoe de EHRM arresten Funke en Saunders zich tot elkaar verhouden werd niet weggenomen door de J.B.-uitspraak; integendeel.[692] Enerzijds sloot dit arrest qua casus aan bij de Funke-uitspraak, gezien het ook in J.B. ging om een vordering tot uitlevering van documenten. Anderzijds leek de uitspraak voort te bouwen op het Saunders-criterium en werd zelfs gedacht dat dit arrest weer een nieuw criterium introduceerde. De gelijkenissen met de Funke zaak zijn treffend, zoals aan bod zal komen.

5.3.2.2. De omstandigheden van de zaak

J.B. was een gepensioneerde ski-instructeur en berggids uit Zwitserland. Uit onderzoek door de Zwitserse Federale Belasting Administratie bleek dat J.B. tussen 1979 en 1985 investeringen had gedaan in bedrijven van P. Deze investeringen waren niet opgegeven bij de belastbare perioden tussen 1981/82 en 1987/88. In het licht van die constateringen initieerde de Zwitserse fiscale autoriteiten (Bezirkssteuerkommission) op 11 december 1987 'tax-evasion proceedings' (Steuerhinterziehungsverfahren). In dat verband diende J.B. alle documenten te verschaffen welke hij in bezit had die betrekking hadden op de relevante bedrijven. J.B. erkende op 22 december 1987 dat hij van 1979 tot 1985 investeringen had gedaan in P. en zijn bedrijven en dat hij zijn belastbaar inkomen niet op de juiste wijze had opgegeven. Niettemin voldeed J.B. niet aan de vordering tot uitlevering van de gevraagde documenten. Nadien volgden herhaalde verzoeken om de bron van het inkomen aan te geven, dat geïnvesteerd was in P. Voor het niet voldoen aan de verzoeken werd J.B. in totaal viermaal beboet.

J.B. stelde administratief beroep in voor de federale rechtbank, waarin hij aanvoerde dat hij op basis van artikel 6 EVRM niet gehouden was zichzelf te incrimineren. Op 7 juli 1995 stelde deze rechtbank J.B. in het ongelijk. Van belang zijn de overgingen daartoe. De rechtbank stelde als uitgangspunt dat onomstreden was dat J.B. verklaard had investeringen in P. en zijn bedrijven te hebben gedaan, waarvan geen belastingaangifte was gedaan. De 'tax-evasion proceedings' merkte de rechtbank aan als een strafrechtelijke procedure, waarin dito waarborgen golden. Dat bracht mee dat artikel 6 EVRM van toepassing is. De boete die J.B. moest betalen merkt de rechtbank aan als een straf. Het was een bedrag dat viermaal het ontdoken bedrag betrof en hetzelfde effect had als een strafrechtelijke veroordeling. De rechtbank zett edit duidelijk af tegen de verplichting een aanvullende belasting te betalen over het verschuldigde bedrag, hetgeen terecht niet als een sanctie werd aangemerkt.

Op dit punt ontstaat een procedurele samenloop tussen de belastingontduikingprocedure en de procedure omtrent het voldoen van aanvullende belasting. Dit betreft aldus een zuiver geval van sfeercumulatie. De vraagstelling omtrent de relatie tussen de verplichting documenten aan te leveren en de sfeercumulatie is het volgende punt (r.o. 27):

> 'even though the supplementary tax is not a criminal sanction within the meaning of Article 129 of the federal decree, the tax will be determined in tax-evasion proceedings in respect of which the guarantees of criminal procedure will apply. The question thus

[692]. EHRM 3 mei 2001, *NJ* 2003/354 (J.B. v. Zwitserland).

> arises whether the person who has to pay taxes may be obliged, in the tax-evasion proceedings and with a view to the determination of the supplementary tax, to supply information on his financial circumstances.'

De crux is dus dat, hoewel de aanvullende belasting geen sanctie betreft, deze wel in dezelfde procedure wordt betrokken als die aangaande de belastingontduiking. De stelling die vervolgens opgevoerd wordt is dat er geen sprake was van een verplichting tot zelfincriminatie. Het argument daarvoor is – net als bij Funke – dat de autoriteiten slechts informatie verzochten van onbelast inkomen, waarvan zij reeds wisten dat dit bestond. Vervolgens wordt opgemerkt dat wanneer in een dergelijke situatie een persoon gehouden kan zijn tot zwijgen, dit het fundament weghaalt onder het gehele belastingstelsel. De reguliere belastingheffingprocedure zou dan gevoerd moeten worden aan de hand van strafprocessuele principes. Dit is een belangrijk argument, waar bij de bespreking van het oordeel van het EHRM op terug gekomen wordt. Voorts refereert de rechtbank aan een aantal – in haar optiek – vergelijkbare medewerkingsverplichtingen in het strafrecht. Als voorbeelden worden genoemd een vrachtwagenchauffeur die bij een ongeluk een tachograaf zou moeten overhandigen, of een automobilist die zijn bloed of urine moet afstaan en bij weigering gestraft wordt. De rechtbank hechtte er aan dat een essentieel verschil met de Funke zaak betrof, dat in deze zaak de autoriteiten bewust waren dat J.B. de verzochte documenten bezat. Het ging er in haar optiek om dat het enige dat J.B. diende te doen bestond uit het geven van een verklaring omtrent de bron van zijn inkomen. Na deze uitspraak werd J.B. nog een vierde maal beboet.

5.3.2.3. Argumentatie ten overstaan van het EHRM

Standpunt J.B.
Van belang is op te merken dat de procedure tegen J.B. een gemengde procedure betrof van belastingvaststelling en belastingontduiking. Dit is een voorbeeld van sfeercumulatie, dat onder de radar opdoemt. Het gaat niet om twee parallelle procedures: ze zijn gecombineerd in één procedure. Deze belastingontduikingprocedure betreft een 'criminal charge', hetgeen tussen partijen ook niet ter discussie staat. De consequentie daarvan is dat artikel 6 EVRM van toepassing is. Aangaande die sfeercumulatie in één procedure overweegt het EHRM het volgende (r.o. 47):

> 'The Court observes that, in the present case, the proceedings served the various purposes of establishing the taxes due by the applicant and, if the conditions therefor were met, of imposing on him a supplementary tax and a fine for tax evasion. Nevertheless, the proceedings were not expressly classified as constituting either supplementary-tax proceedings or tax-evasion proceedings.'

In relatie tot de normering van deze impliciete sfeercumulatie door het nemo tenetur-beginsel is de vaststelling van het EHRM relevant dat door de gehele procedure de fiscale autoriteiten een boete hadden kunnen opleggen op grond van het strafbare feit belastingontduiking (r.o. 48). Ook dit gegeven stond tussen partijen niet ter discussie. J.B. voerde bij het EHRM aan dat zijn zwijgrecht werd geschonden, aangezien hij voor zijn stilzwijgen was bestraft. In relatie tot de sfeercumulatie werd het volgende aangevoerd (r.o. 52):

> 'A procedure in which the fine determined for tax evasion depended on the amount of supplementary tax, and in which both proceedings were decided by the same authorities, could not be considered fair.'

Volgens J.B. was het duidelijk dat de autoriteiten een vermoeden hadden van verdere inkomsten en vermogensbestanddelen, die zij niet konden aantonen. Daarom verzochten zij die informatie van betrokkene. De geldboetes gingen daarmee fungeren als een vervanging van de middelen die normaliter ter beschikking staan aan onderzoekende strafrechtelijke autoriteiten, en die middelen waren disproportioneel. Het kwam volgens J.B. aan de kant van de autoriteiten neer op een 'fishing expedtion'. Het bedrag dag J.B. voor belastingontduiking zou betalen hing weer af van het aanvullende belasting bedrag. Onduidelijk was waarom in de belastingontduikingsprocedure andere rechtsprincipes zouden gelden dan in reguliere strafrechtelijke procedures. Daarbij werd opgemerkt dat in de nieuwe Tax Act of the Canton of Berne de twee procedures gescheiden werden, wanneer de belastingplichtige niet akkoord ging deze te combineren. Een dergelijk onderscheid werd aldus dus niet onpraktisch bevonden.

Standpunt Zwitserse regering
Van de zijde van de regering werd aangevoerd dat er geen verschil bestond tussen de fiscale vaststellingsprocedure en die aangaande de fiscale ontduiking. De verplichting om informatie te verschaffen gold evenzeer voor beide procedures en diende tot doel de belastingschuld vast te stellen, in het bijzonder het belastbare vermogen dat nog niet was aangegeven. Belangrijk argument is wederom dat hetgeen van J.B. gevraagd werd informatie betrof met het bestaan waarvan de fiscale autoriteiten al bekend waren. Het ging derhalve om het bevestigen van die wetenschap, in tegenstelling tot het bewerkstelligen van een veroordeling.

Er werden nog twee formele punten benoemd. De regering wees er op dat, als gevolg van politieke keuzes, de fiscale autoriteiten geen onderzoeksbevoegdheden hadden; zij konden geen huiszoeking verrichten, objecten confisqueerden, of de detentie bevelen. Ter compensatie konden de autoriteiten betrokkenen verplichten om bepaalde documenten uit te leveren. De geldboete was het enige dwangmiddel dat bestond om die uitlevering te bewerkstelligen. Daarnaast werd aangevoerd dat het scheiden van de procedure in een reguliere fiscale procedure enerzijds en een strafrechtelijk fiscale procedure anderzijds onpraktisch zou zijn. Dan zou er tweemaal geprocedeerd moeten worden en de belastingplichtige zou zich tweemaal moeten verdedigen. Het bijkomende probleem zou ontstaan of informatie verkregen in de reguliere fiscale procedure gebruikt zou mogen worden in het fiscaal strafrechtelijk onderzoek. Naar mijn idee is dit 'bijkomende' probleem echter precies de kern van het vraagstuk. In relatie tot de kwalificatie van het overheidsoptreden als 'fishing expedition', merkt de regering op dat J.B. zelf de bedragen had toegegeven die hij niet had aangegeven. Ook hier bestaat een verschil met de Funke zaak.

5.3.2.4. Beoordeling door het EHRM
Het EHRM formuleert eerst het uitgangspunt van haar taakopdracht in de juridische context (r.o. 63):

> '(…) the Court is called upon to examine whether or not the imposition of a fine on the applicant for having failed to provide certain information complied with the requirements of the Convention. It follows that the Court is not deciding in the present case the issue whether a State can oblige a taxpayer to give information for the sole purpose of securing a correct tax assessment.'

In het licht van het gerezen vraagstuk van de impliciete sfeercumulatie – de cumulatie van een fiscale en een boeteprocedure in één procedure – is deze overweging niet zonder betekenis. Er is immers sprake van een volstrekte materiële samenloop. Het verstrekken van de verzochte

informatie door J.B. is immers voor zowel de reguliere procedure als voor de belastingontduikingprocedure relevant. Het betreft dezelfde feiten. Met de door haar gegeven overweging brengt het EHRM aldus een formeel onderscheid aan in die procedures, welke in de Zwitserse procesgang tot één waren verworden. Vanuit een ander perspectief zou gesteld kunnen worden dat het feit dat er een reguliere fiscale procedure loopt niet af kan doen aan de strafprocessuele waarborgen, voor wat betreft de punitieve procedure. De procedurele vervlechting kan derhalve niet afdoen aan de beantwoording van een punitief processueel vraagstuk. Daaruit volgt dat de beantwoording van de rechtsvraag ziet op de punitieve procedure en niet op de reguliere fiscale procedure. Dit veronderstelt al een zekere conceptuele scheiding.

Het EHRM overweegt dat uit artikel 6 EVRM het zwijgrecht en het privilege tegen zelf-incriminatie voortvloeien (r.o. 64):

> 'Although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to remain silent and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 § 1. The right not to incriminate oneself in particular presupposes that the authorities seek to prove their case without resorting to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the "person charged". By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and securing the aims of Article 6 (…).'

De zinsnede dat de autoriteiten hun zaak dienen te bewijzen zonder hun toevlucht te nemen tot bewijsmateriaal dat verkregen is door 'coercion or oppression in defiance of the will of the "person charged" vormt naar mijn idee het hart van de ratio die het EHRM toedicht aan het nemo tenetur-beginsel. Het gaat daarmee in essentie om het garanderen van de procesautonomie van de verdachte. (Over de betekenis van de 'criminal charge' wordt in paragraaf 5.6 apart ingegaan). Het EHRM stelt vast dat J.B. object was van een procedure tot belastingontduiking. Nadat hij geweigerd had de verzochte documenten te overleggen is hem nog driemaal verzocht de bron aan te geven van het inkomen dat hij geïnvesteerd had. Die herhaaldelijke weigering leidde tot de boete van CHF 1,000. Daarna wordt nog viermaal het verzoek herhaald, welke weigering tot een tweede boete leidt. Daarna krijgt hij nog twee boetes. Die feitelijke vaststellingen leiden het EHRM tot het volgende oordeel (r.o. 66):

> 'Thus, it appears that the authorities were attempting to compel the applicant to submit documents which would have provided information as to his income with a view to the assessment of his taxes. Indeed, according to the Federal Court's judgment of 7 July 1995, it was in particular important for the authorities to know whether or not the applicant had obtained any income which had not been taxed. 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.'

Daarbij dient opgemerkt te worden dat het hier gaat om het 'charged' zijn van nieuwe strafbare feiten, gezien J.B. sowieso al een charged person was, getuige de belastingontduikingsprocedure. Aangaande het argument van de regering dat verzocht werd om informatie waarvan de autoriteiten reeds het bestaan kenden, is het EHRM niet overtuigd. Gezien de volhardendheid waarmee om de informatie wordt gevraagd, trekt het EHRM dit in twijfel (r.o. 69):

> ‘The Government have further submitted that the applicant had not been obliged to incriminate himself, since the authorities were in fact already aware of the information in question and he had admitted the amounts concerned. The Court remains unconvinced by this argument in view of the persistence with which the domestic tax authorities attempted to achieve their aim. Thus, 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.’

De vraag is of dit aspect van de ‘onzekerheid van de informatie’ een conditio sine qua non vormt, om in dergelijke situaties de inbreuk op het nemo tenetur-beginsel aan te nemen. Zulks is oordeel niet het geval; dit belangrijke punt komt terug in paragraaf 5.3.5.2. Wat wel vaststaat is dat het EHRM de stellingname van de Zwitserse regering niet overtuigend acht, omdat in die visie de uitgeoefende dwang geen inbreuk zou opleveren. In het kader van de normering van de sfeercumulatie maakt het EHRM voorts een belangrijke overweging (r.o. 70):

> ‘Finally, the Government have submitted that a separation of proceedings – regular tax proceedings, on the one hand, and criminal tax-evasion proceedings, on the other – would be impractical. The Court recalls that its task is to determine whether the Contracting States have achieved the result called for by the Convention, not to indicate which means a State should utilise in order to perform its obligations under the Convention (see De Cubber v. Belgium, judgment of 26 October 1984, Series A no. 86, p. 20, § 35).’

De vraag of het wel of niet praktisch kan zijn de fiscale en de punitieve procedure in één procedure onder te brengen, is irrelevant. Het EHRM heeft daar geen boodschap aan omdat het niet tot haar taakopdracht behoort aan te geven op welke wijze een staat haar juridische procedures dient in te richten, zolang maar aan de maatstaven van het EVRM wordt voldaan. Voor de sfeercumulatie is relevant dat de materiële samenloop niet tot processuele benadeling mag leiden van de verdachte. Een van de belangrijkste overwegingen sluit aan bij het rechtsoordeel van het EHRM waarin hij tot de schending van het nemo tenetur-beginsel concludeerde (r.o. 67). In r.o. 68 wordt overwogen:

> ‘The Court notes that in its judgment of 7 July 1995 the Federal Court referred to various provisions in criminal law obliging a person to act in a particular way so as to enable the authorities to obtain his conviction, for instance the obligation to install a tachograph in lorries, or to submit to a blood or a urine test. In the Court’s opinion, however, the present case does not involve 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 (see Saunders, cited above, pp. 2064-65, § 69).’

Het is met name deze overweging die aanleiding heeft gegeven voor de nodige conceptuele problemen. Het EHRM overwoog uitdrukkelijk dat het hier niet gaat om het in Saunders genoemde criterium. De implicatie van deze overweging is dat het hier dan volgens het EHRM kennelijk gaat om materiaal dat tegen de wil van de verdachte is verkregen en dus niet om materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat. Maar waarom merkt het EHRM de gevorderde documenten aan als wilsafhankelijk materiaal?[693] De verklaring daarvoor heeft alles te maken

[693]. Zie A.B. Blomberg, *Handhaven binnen EVRM-grenzen*, in: De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht, Preadviezen VAR-reeks 132, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 148. Uit de hiervoor

met de aanwezigheid van een verdenking en de procesautonomie van de verdachte. Een verdachte dwingen om door middel van geldelijke pressie 'real evidence' uit te leveren dat incriminerend bewijs oplevert komt neer op het afdwingen van actieve medewerking aan zijn eigen veroordeling. Een andere situatie was het geweest wanneer de (fiscale) politie huiszoeking had verricht bij J. B. en alsdan de documenten had aangetroffen en inbeslag genomen. Uiteraard dient die huiszoeking geduld te worden en valt de documentatie in die context onder 'wilsonafhankelijk' materiaal. Koops en Stevens zijn van mening dat het EHRM de richtlijn heeft gegeven dat afgedwongen medewerking pas geoorloofd is wanneer het gaat om materiaal dat onafhankelijk van verdachtes wil is verkregen.[694] Volgens Blomberg kan het EHRM dit nooit bedoeld hebben. Deze interpretatie zou tot gevolg hebben dat de verdachte nooit kan worden gedwongen om mee te werken, waarmee het nut van toezicht verloren gaat.[695] Die kritiek van Blomberg miskent evenwel de 'sfeer' waarin het materiaal gevorderd wordt; bepalend is dat ten tijde van de vordering de opsporingssfeer al feitelijk aangevangen is. J.B. toont aan dat het criterium van 'wilsonafhankelijkheid' vrij nietszeggend is. Beter had gesproken kunnen worden van real evidence en onder welke omstandigheden verkrijging indruist tegen het nemo teneturbeginsel. Volgens Koops en Stevens toont de J.B. uitspraak de te grote simplificering van de Saunders-formule aan en bevestigt zij dat er 'meer aan de hand is' dan het zwijgrecht alleen. Het *Saunders*-arrest doet volgens hen onrecht aan de complexiteit en meerduidigheid van het nemo-teneturbeginsel. Niet meer centraal staat de vraag of de vereiste medewerking en het gevraagde materiaal onafhankelijk is van de wil van de verdachte, maar de kernvraag lijkt nu of de medewerking kan leiden tot belastend materiaal dat verkregen wordt in strijdt met de wil van de verdachte.[696]

Door andere auteurs is een andere uitleg gegeven aan het arrest, op grond van het aspect van de 'fishing expedition'. Zo wijst Feteris op de open vraagstelling van de Belastingdienst. Daaruit leidt hij af dat de autoriteiten niet zeker wisten of J.B. dergelijke documenten in zijn bezit had of zelfs dat ze bestonden.[697] Dit leidde er in feite toe dat betrokkene werd verzocht om te verklaren, dus afhankelijk van de wil van J.B., welke documenten in zijn bezit waren. Uit deze rechtsoverweging leidt Feteris dan ook af dat het EVRM niet toelaat dat bewijsmateriaal tot stand komt onder dwang van de overheid, hetgeen bij een verklaring het geval is. Hij benadrukt dat het ontstaan en de bewijsverkrijging zijn voortgekomen uit één en dezelfde dwang.[698] Ook Blomberg denkt dat de Zwitserse autoriteiten niet zeker wisten of de door hen verlangde informatie überhaupt bestond. Zij acht dit aannemelijk aangezien men J.B. onder dwang bleef verzoeken de documenten te verstrekken; de Belastingdienst had volgens haar waarschijnlijk niet genoeg bewijsmateriaal om de zaak rond te krijgen. Blomberg maakt uit de zaak J.B. op dat het onder dwang 'vissen' naar informatie door het EHRM niet wordt toegestaan en concludeert dat documenten waarvan het bestaan onzeker is, 'niet onafhankelijk' van de betrokken persoon

aangehaalde rechtsoverweging 64 in de zaak J.B. leidt Blomberg af dat de centrale vraag niet (meer) is of het materiaal onafhankelijk van de wil van verdachte bestaat, zoals bij Saunders het geval was, maar of het onder dwang verkregen materiaal in strijd met de wil van verdachte is verkregen.

694. B.J. Koops en L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rondom nemo-tenetur', *DD* 2003, 33(3), p. 281-294.

695. Blomberg, a.w., p. 148.

696. Koops en Stevens, a.w., p. 9-10.

697. Feteris 2002, a.w., p. 286. Zie ook Stevens, a.w., p. 21 De openheid van de vraagstelling kan volgens Stevens verband houden met de onzekerheid van het bestaan van de documenten, een argument dat in Funke mogelijk meespeelde. In dat geval zou het kunnen zijn dat Het Hof in J.B. de belastingautoriteiten op de vingers heeft willen tikken vanwege het vissen naar informatie. Stevens, a.w., p. 21.

698. M.W.C. Feteris in zijn noot onder HR 27 juni 2001, *BNB* 2002, 27, p. 213.

bestaan.[699] Of het punt van de 'fishing expedition' een noodzakelijke voorwaarde vormt wordt besproken bij de tussenconclusie.

5.3.3. EHRM 10 september 2002, nr. 76574/01, LJN BI9566 (Allen v. Verenigd Koninkrijk)

5.3.3.1 De omstandigheden van de zaak

Gegeven de aard van die informatie – een overzicht van fiscaal relevante informatie – is het verdedigbaar de zaak in het kader van de uitlevering van 'real evidence' te bespreken. In grote lijnen komt het er op neer dat Allen – daartoe gehouden krachtens fiscale verplichtingen – valse informatie verstrekte aan de Belastingdienst. De bestraffing die plaatsvond was voor het opgeven van die valse informatie. Aanvankelijk kreeg Allen op 9 mei 1991 van de 'Inland Revenue' een notificatie waarvan de strekking was een gecertificeerde verklaring te geven voor zijn vermogensbestanddelen (assets and liabilities). Allen voldeed niet aan deze vordering en werd op 13 augustus 1991 opgeroepen te verschijnen voor de General Commissioners. Weigering te verschijnen zou hem komen te staan op een boete van 50 pond. Vervolgens werd Allen op 30 oktober 1991 gepresenteerd met een 'Hansard Warning'. Dit document hield onder meer in het beleid van de Inland Revenue in gevallen van fraude, waarbij onderscheid werd gemaakt tussen het opleggen van een boete of de keuze voor strafvervolging. Voor die keuze is afhankelijk in hoeverre de belastingplichtige zijn medewerking heeft verleend aan het onderzoek. Op 3 april 1992 verschafte Allen een overzicht van zijn vermogen, waarna hij later aangeklaagd werd voor fiscale fraude. Dit overzicht dat Allen had verstrekt was in de ogen van de Britse autoriteiten vals. Voor de fraude werd hij op 19 februari 1998 veroordeeld tot langdurige gevangenisstraf.[700] Daarnaast werd ruim drie miljoen pond geconfisqueerd.

Allen beriep zich onder meer op de zaken Funke en Saunders. In de visie van de verdediging was hij gedwongen onder strafbedreiging zichzelf te incrimineren door een overzicht van zijn vermogen te verstrekken. In dat verband werd gewezen op de 'Hansard warning' procedure.

5.3.3.2.Beoordeling EHRM

Wat expliciet als oordeel wordt betrokken in deze is dat het nemo tenetur-beginsel niet per sé het gebruikmaken verbiedt van medewerkingsverplichtingen teneinde van personen te verlangen dat zij informatie geven omtrent hun financiële of bedrijfsmatige gegevens. Het EHRM wijst er daarbij op dat in de Saunder's zaak de procedure waarbij hij gehouden was vragen te stellen op zichzelf niet ter discussie stond. Saunders was verplicht die DTI vragen te beantwoorden, hoewel natuurlijk geklaagd werd over de samenwerking met de vervolgende autoriteiten. Over deze zaak overweegt het EHRM als volgt (r.o. 1):

> '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.'

Dit is op zichzelf een onbetwist uitgangspunt in het kader van de handhaving van de 'ordeningswetgeving'. De juridische crux is echter in hoeverre het voldoen aan dat uitgangspunt in

[699]. Blomberg, a.w., p. 149.
[700]. Tot '13 concurrent terms of seven years' imprisonment.

deze zaak conflicteert met het verbod van zelfincriminatie. Daaromtrent volgt de cruciale overweging van het arrest (r.o. 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. It may be that the applicant lied in order to prevent the Inland Revenue uncovering conduct which might possibly be criminal and lead to a prosecution. However, the privilege against self-incrimination cannot be interpreted as giving a general immunity to actions motivated by the desire to evade investigation by the revenue authorities.'

Het gaat er dus om dat in deze zaak niet geklaagd wordt dat het gebruik van de informatie op zelfincriminatie neerkwam. Daarbij is mijn inziens van cruciaal belang dat er ten tijde van de informatievordering geen sprake was van 'pending of anticipated criminal proceedings'.

5.3.3.3. Conclusie

In essentie gaat de zaak Allen er om dat een persoon aan de fiscus valse informatie verstrekt. Vervolgens wordt het nemo tenetur-beginsel ingeroepen voor de bestraffing daarvan. Dat accepteert het EHRM niet. Allen werd niet bestraft voor de weigering informatie te verschaffen, noch ging het om gebruik van onder dwang verstrekt materiaal. Wat de zaak wel bevestigt is het uitgangspunt dat beslissend is voor de vraag of de nemo tenetur-rechtswaarborg toepasbaar is op real evidence, het bestaan is van een verdenking. De vraag is hoe deze zaak zou zijn gelopen wanneer Allen in plaats van valse informatie te verstrekken had geweigerd daaraan te voldoen. Mogelijk hadden er toch feiten en omstandigheden bestaan op basis waarvan hij dan 'niet kon uitsluiten' door aan de vordering te voldoen, hij zichzelf zou belasten. Dit criterium 'niet kunnen uitsluiten', komt nader aan de orde bij de bespreking van het Chambaz-arrest (EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323) in paragraaf 5.5.3.1.

5.3.4. EHRM 11 juli 2006, *NJ* 2007/226 (Jalloh v. Duitsland)

5.3.4.1. Algemene opmerkingen

Bij de bespreking van het Jalloh arrest geldt allereerst dat de zaak – afgezet tegen de overige jurisprudentie in dit hoofdstuk – een atypische casus vormt. De reden daarvoor is dat dit de enige zaak is waarin naast schending van het nemo tenetur-beginsel ex artikel 6 EVRM, het EHRM tevens oordeelt dat sprake is van schending van artikel 3 EVRM. Dit is het verbod van foltering, inhumane dan wel vernederende behandeling. De zaak betreft de verdenking van Jalloh van handel in verdovende middelen. De dwang die op Jalloh werd uitgeoefend om die verdovende middelen te produceren resulteert in een schending van artikel 3 EVRM. Vanuit het oogpunt van het nemo tenetur-beginsel is het belangrijkste thema van de zaak: wat maakt

dat de afname van bloed geen inbreuk vormt op dat beginsel, maar het toedienen van braakmiddelen, teneinde vermoedelijke verdovende middelen te doen produceren daarentegen wel? Dit heeft alles te maken met het nauwe, maar niet minder relevante, onderscheid tussen dulden en actieve medewerking. Het belang van deze zaak is dat het bijdraagt aan het inzicht waar de grens ligt tussen dulden en gedwongen wordt tot actieve participatie, door de zeer uitgebreide overwegingen van het EHRM in dat verband.

5.3.4.2. De omstandigheden van de zaak

Op 29 oktober 1993 namen vier under cover agenten waar dat Jaloh op tenminste twee gelegenheden een klein plastic zakje uit zijn mond haalden en overhandigde aan een ander persoon, in ruil voor geld. De politie verdacht Jalloh er van dat de zakjes verdovende middelen bevatten en Jalloh werd gearresteerd. Vervolgens slikte hij nog een 'bolletje' door, die hij in zijn mond had. Drugs werden niet aangetroffen bij Jalloh. De openbaar aanklager beval dat er braakmiddelen moesten worden toegediend aan Jalloh, om het doorgeslikte bolletje te doen verschijnen. Dit is het onderwerp dat de focus van de procedure bij het EHRM zal worden. Jalloh werd meegenomen naar een hospitaal in Wuppertal-Elberfeld. Volgens de regering was Jalloh daar door een arts bevraagd over zijn medische geschiedenis, maar deze lezing van de feiten wordt door hem bestreden. Onbestreden feit is echter dat Jalloh weigerde de braakmiddelen te nemen en vervolgens werd vastgehouden door vier politieagenten. De dokter heeft vervolgens met dwang de braakmiddelen toegediend door middel van een buis die door de neus naar de maag liep; het betrof een zout oplossing en 'emetic ipecacuanha syrup'. Daarbij werd Jalloh ook nog geïnjecteerd met apomorphine (een afgeleide van morfine). Door de toegediende middelen braakte Jalloh een bolletje met 0,2181 gram cocaïne op.

5.3.4.3. Beoordeling door het EHRM

Schending van artikel 3 EVRM

De gang van zaken rondom het toedienen van braakmiddelen kwam de Duitse overheid te staan op de constatering van een schending van artikel 3 EVRM; hetgeen voor een democratische rechtsstaat een allerminst fraaie aangelegenheid is. De stelling van de Duitse overheid dat het toebrengen van de braakmiddelen gebaseerd was op medische redenen, werd door het EHRM niet geloofwaardig geacht. Het ging er in haar visie om dat het gericht was op het produceren van bewijs. Hierbij bestonden er geen verwaarloosbare gezondheidsrisico's met betrekking tot de toegediende middelen. Gewezen werd op het feit dat sterfgevallen hebben plaatsgehad in situaties dat er onder dwang braakmiddelen werden toegebracht. Het ging hier in wezen om de afstraffing van de gevolgde methode. De autoriteiten hadden immers ook een methode kunnen hanteren waarbij de drugs 'langs natuurlijke wege' tevoorschijn zouden komen. Het voorgaande resulteerde in de volgende conclusie (r.o. 82):

> 'Having regard to all the circumstances of the case, the Court finds that the impugned measure attained the minimum level of severity required to bring it within the scope of Article 3. The authorities subjected the applicant to a grave interference with his physical and mental integrity against his will. They forced him to regurgitate, not for therapeutic reasons, but in order to retrieve evidence they could equally have obtained by less intrusive methods. The manner in which the impugned measure was carried out was liable to arouse in the applicant feelings of fear, anguish and inferiority that were capable of humiliating and debasing him. Furthermore, the procedure entailed risks to the applicant's health, not least because of the failure to obtain a proper anamnesis beforehand. Although this was not the intention, the measure was implemented in a way which

> caused the applicant both physical pain and mental suffering. He has therefore been subjected to inhuman and degrading treatment contrary to Article 3.'

Schending van artikel 6 EVRM
Bij de schending van artikel 3 EVRM bleef het niet in deze zaak. Namens Jalloh was ook aangevoerd dat hij door de handelwijze van de Duitse autoriteiten gedwongen werd bewijs tegen zichzelf te leveren. Wat er inhoudelijk gezien gebeurde was dat het juridische oordeel van de schending van artikel 3 EVRM doorwerkte in de wijze van bewijsvergaring met het oog op het nemo tenetur-beginsel. De dwang was dermate 'excessief' en opmerkelijk geweest. De feitelijke gang van zaken die resulteerde in een schending van artikel 3 EVRM, taste ook de eerlijke van het proces als geheel aan, waardoor dit tevens een schending van artikel 6 EVRM opleverde (r.o. 108):

> 'In these circumstances, the Court finds that the use in evidence of the drugs obtained by the forcible administration of emetics to the applicant rendered his trial as a whole unfair.'

Het EHRM overweegt voorts dat die vaststelling op zichzelf al voldoende is om vast te stellen dat artikel 6 EVRM is geschonden. Niettemin is hij van oordeel dat het wenselijk is te onderzoeken in hoeverre de verkrijging van het bewijsmateriaal indruist tegen het nemo tenetur-beginsel. Wat volgt is een uitgebreide opsomming van criteria en toetsing daarvan aan de feiten van de casus. Het EHRM onderzoekt eerst of het recht om geen bewijs tegen zichzelf te leveren aan de orde was in deze zaak. In dat kader stelt het EHRM vast dat het hier gaat om 'real evidence' (r.o. 110). Belangrijk is dat het EHRM aangeeft dat hij op verschillende momenten een ruimere betekenis heeft toegekend aan het nemo tenetur-beginsel. Daarbij verwijst hij naar Funke en J.B (r.o. 111). Logischerwijs komt de Saunders-zaak aan de orde, waarbij de beperking tot 'wilsonafhankelijk materiaal' werd aangebracht (r.o. 112).Van belang is dat het EHRM uitgebreid ingaat op de vraag waarom de zaak Jalloh onderscheiden moet worden van de voorbeelden die genoemd werden in de Saunders-zaak. Daarvoor bestaan drie redenen: de verkrijging geschiedt in strijd met de wil van de betrokkene, de mate van dwang verschilt aanmerkelijk van die welke doorgaans wordt toegepast om het in Saunders genoemde materiaal te verkrijgen en de verkrijging heeft plaatsgehad in strijd met 3 EVRM. Drie argumenten die in wezen op één grond gebaseerd zijn: de wijze van bewijsvergaring in de zaak.

Aangaande het eerste argument overweegt het EHRM (r.o. 113):

> 'In the Court's view, the evidence in issue in the present case, namely, drugs hidden in the applicant's body which were obtained by the forcible administration of emetics, could be considered to fall into the category of material having an existence independent of the will of the suspect, the use of which is generally not prohibited in criminal proceedings. However, there are several elements which distinguish the present case from the examples listed in Saunders. Firstly, as with the impugned measures in Funke and J.B. v. Switzerland, the administration of emetics was used to retrieve real evidence in defiance of the applicant's will. Conversely, the bodily material listed in Saunders concerned material obtained by coercion for forensic examination with a view to detecting, for example, the presence of alcohol or drugs.'

Juridisch gezien heeft het EHRM een probleem om te motiveren hoe het dulden van de afname van de verdovende middelen onderscheiden moet worden van het in Saunders benoemde 'wilsonafhankelijke' materiaal. Het EHRM overweegt dat evenals in de zaken Funke en J.B. sprake

is van het verkrijgen van bewijs ('real evidence') tegen de wil van de verdachte. Echter, de door de verdachte te dulden afname van het Saunders-materiaal (bloed, haren of urine) heeft plaats met het oog op nader (forensisch) onderzoek; in tegenstelling tot de verdovende middelen. Aldus gaat het inzake Jalloh om een ander soort type real evidence, dan dat in Saunders wordt genoemd. Naar mijn idee is dit geen overtuigend argument. De substantie die bij Jalloh is ontdekt – op dat moment *vermoedelijke* verdovende middelen – zal immers ook nader forensisch onderzocht moeten worden op de aanwezigheid van de soort verboden verdovende middelen. Het lijkt erop dat het EHRM hier klem zat tussen haar eigen criteria en teneinde die impasse te doorbreken brengt hij een nuance aan op het begrip real evidence, door hier verschillende soorten aan te wijzen. Voorts wordt in dit eerste punt impliciet duidelijk gemaakt dat het onder dwang toedienen van braakmiddelen verder gaat dan het enkele dulden van de afname van wilsonafhankelijk materiaal. Dat de Duitse maatregelen verder gaan dan louter dulden komt nader aan de orde bij de uitwerking van het tweede argument (r.o. 114):

> 'Secondly, the degree of force used in the present case differs significantly from the degree of compulsion normally required to obtain the types of material referred to in the Saunders case. *To obtain such material, a defendant is requested to endure passively a minor interference with his physical integrity (for example when blood or hair samples or bodily tissue are taken). (cursivering AZ)* Even if the defendant's active participation is required, it can be seen from Saunders that this concerns material produced by the normal functioning of the body (such as, for example, breath, urine or voice samples). In contrast, compelling the applicant in the instant case to regurgitate the evidence sought required the forcible introduction of a tube through his nose and the administration of a substance so as to provoke a pathological reaction in his body. As noted earlier, this procedure was not without risk to the applicant's health.'

Deze passage geeft een indicatie waar het om moet gaan bij 'dulden': een 'minor interference'.Het derde argument sluit hier naadloos bij aan. De procedure van bewijsverkrijging wordt afgezet tegen de normale procedures van een bloed- of urinetest (r.o. 115):

> 'Thirdly, the evidence in the present case was obtained by means of a procedure which violated Article 3. The procedure used in the applicant's case is in striking contrast to procedures for obtaining, for example, a breath test or a blood sample.'

Het voorgaande geschiedt in de conclusie dat het nemo tenetur-beginsel toepasbaar is op de onderhavige procedure. Nu toetst het EHRM dat beginsel nog aan de zaak aan de hand van de volgende criteria die hij benoemt (r.o. 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 in issue; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put.'

Aangaande de 'nature and degree of compulsion' was reeds geoordeeld dat de bewijsverkrijging in strijd was met artikel 3 EVRM. Dit stelt hij dan ook wederom vast (r.o. 118). Daarnaast wordt getoetst aan de 'weight of the public interest'. Dat is een opmerkelijk toetsingscriterium, juist omdat in Saunders werd overwogen dat het nemo tenetur-beginsel op alle type strafzaken toepasbaar is. Juist daar trof het argument van het maatschappelijk belang van bestrijding van

complexe fraudecriminaliteit, als relativering van het nemo tenetur-beginsel, geen doel. Overwogen werd dat (r.o. 119):

> 'As regards the weight of the public interest in using the evidence to secure the applicant's conviction, the Court observes that, as noted above, the impugned measure targeted a street dealer who was offering drugs for sale on a comparatively small scale and who was eventually given a six-month suspended prison sentence and probation. In the circumstances of the instant case, the public interest in securing the applicant's conviction could not justify recourse to such a grave interference with his physical and mental integrity.'

Aangaande het punt van de procedurele waarborgen wordt het volgende gesteld (r.o. 120):

> 'Turning to the existence of relevant safeguards in the procedure, the Court observes that Article 81a of the Code of Criminal Procedure prescribed that bodily intrusions had to be carried out lege artis by a doctor in a hospital and only if there was no risk of damage to the defendant's health. Although it can be said that domestic law did in general provide for safeguards against arbitrary or improper use of the measure, the applicant, relying on his right to remain silent, refused to submit to a prior medical examination. He could only communicate in broken English, which meant that he was subjected to the procedure without a full examination of his physical aptitude to withstand it.'

Ten slotte komt het gebruik van het bewijsmateriaal aan de orde (r.o. 121):

> 'As to the use to which the evidence obtained was put, the Court reiterates that the drugs obtained following the administration of the emetics were the decisive evidence in his conviction for drug trafficking. It is true that the applicant was given and took the opportunity to oppose the use at his trial of this evidence. However, and as noted above, any possible discretion the national courts may have had to exclude the evidence could not come into play, as they considered the impugned treatment to be authorised by national law.'

5.3.4.4. Conclusie en kritiek op de motivering van het arrest

Het EHRM komt tot het oordeel dat zowel artikel 3 EVRM als artikel 6 EVRM geschonden is. In de overwegingen van het EHRM is een grote mate van samenhang bij de vaststelling van de schending tussen beide artikelen. Het gegeven dat artikel 3 EVRM is geschonden speelt namelijk een belangrijke rol bij schending van het nemo tenetur-beginsel. In het kader van het 'nemo tenetur-vraagstuk' vangt het EHRM eerst aan onder 'General principles established under the Court's case-law' dat het de taakopvatting van het EHRM is naar het proces als geheel te bekijken. In die taakopvatting ligt besloten dat het EHRM tevens kijkt naar de eerlijkheid van de gebruikte bewijsverkrijgingsmethoden. Daarbij gaat het om de toelaatbaarheid van het bewijs, waarbij betrokken moet worden in hoeverre de rechten van de verdediging zijn gerespecteerd. De nadruk ligt daarbij op drie omstandigheden: de verkrijging van het bewijsmateriaal geschiedt in strijd met de wil van de betrokkene, de mate van dwang verschilt aanmerkelijk van die welke doorgaans wordt toegepast om het in Saunders genoemde materiaal te verkrijgen en de verkrijging heeft plaatsgehad in strijd met 3 EVRM. Die drie omstandigheden brengen mee dat – hoewel er sprake is van real evidence – nemo tenetur van toepassing is (r.o. 117-123). Pas na die vaststelling komt het EHRM toe aan de vraag of het beginsel ook daadwerkelijk is geschonden. Hierbij herhaalt het EHRM de reeds vastgestelde punten aangaande de vraag of de 'very essence' van nemo tenetur is geschonden: de aard en mate van dwang, de waarborgen in

de procedure, en het gebruik van het bewijs. Het publieke belang – dat volgens het EHRM nooit maatregelen kan rechtvaardigen die de 'very essence' van een recht aantasten – wordt ook meegenomen in de overwegingen. Aangaande de aard en de mate van dwang die jegens Jalloh is toegepast herhaalt het EHRM dat het dwingen van Jalloh tot braken een ernstige inbreuk vormt op zijn lichamelijke en mentale integriteit. Tevens was de wijze waarop dit gebeurde in strijd met artikel 3 EVRM. Het is die omstandigheid dat maakt dat het beroep op het nemo tenetur-beginsel slaagt, ook al betreft het hier 'Saunders' materiaal (materiaal dat 'onafhankelijk van de wil' bestaat). In verband met het 'publieke belang' overweegt het EHRM dat het hier ging om een kleine straatdealer, die uiteindelijk tot zes maanden gevangenisstraf werd veroordeeld. In het licht van die omstandigheden is het EHRM van oordeel dat het publieke belang een dergelijke grove inbreuk op de lichamelijke en geestelijke integriteit van Jalloh niet kan rechtvaardigen. Weliswaar waren er waarborgen voor een zorgvuldige procedure, echter, de verdachte had niet een volledig medisch onderzoek ondergaan. Ten slotte vormden als genoemd de drugs het essentiële bewijs in de veroordeling van Jalloh. Daarbij was de mogelijkheid om de methode van bewijsverkrijging aan de orde te stellen illusoir omdat die methode bij de Duitse nationale wet was toegestaan. Al deze omstandigheden tezamen maakten dat het nemo tenetur-beginsel was geschonden.

Op de motivering van deze uitspraak zijn kritische kanttekeningen te plaatsen. In feite moet het EHRM uitleggen waarom hij het dulden van de afname van real evidence beschouwt als een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel. Het EHRM moet zich daarbij mede bedienen van een weinig overtuigende (sub)kwalificering van het type real evidence. Naar de maatstaf van het Saunders arrest lijken de verdovende middelen immers te gelden als 'wilsonafhankelijk' materiaal, waarvan de afname geduld moet worden. Dat moet volgens het EHRM van de in Saunders genoemde materialen worden onderscheid omdat die afname (bloed, urine, haar) geschiedt ten behoeve van nader forensisch onderzoek, terwijl het in casu direct belastend materiaal zou betreffen. Dit is op zichzelf geen logische argumentatie aangaande het onderscheid tussen 'dulden' en 'actieve medewerking' in relatie tot bewijsvoering. Daarbij komt nog dat ook naar de *mogelijke* verdovende middelen forensisch onderzoek verricht moet worden teneinde te bepalen of die hypothese juist is en, zo ja, wat voor soort drugs het betreft. Het EHRM had zich deze weinig overtuigende argumentatie derhalve kunnen besparen door te volstaan met de excessieve wijze van de bewijsverkrijging, welke op zichzelf al dermate ernstig is dat het een inbreuk op artikel 3 EVRM oplevert. Dit is precies de kritiek van rechter Bratza in de concurring opinion. Die stelt namelijk:

> 'The public interest in securing the applicant's conviction could not in my view in any circumstances have justified the use in evidence of drugs obtained by the treatment to which he was subjected. Having reached this conclusion, I have not found it necessary or appropriate to address the applicant's additional argument relating to self-incrimination and would not base my finding of a violation of Article 6 on this further ground, which gives rise to problems of exceptional complexity and difficulty.'

Het EHRM had daarmee de gekunstelde criteria – die aantoonbaar in strijd zijn met haar eerdere rechtsopvattingen – kunnen vermijden.[701] Die criteria vormen bovendien een gevaarlijke precedent. Dat bestaat er uit dat kennelijk situaties kunnen bestaan waarbij in belangrijke mate

[701]. L. Stevens, 'Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest,' *DD* 2007, 54, p. 694. Volgens Stevens is met de uitspraak duidelijk geworden dat niet onbeperkt gevraagd kan worden van een verdachte om allerlei maatregelen te "dulden". Stevens stelt dat na Jalloh de begrippen proportionaliteit en subsidiariteit ook bij het beoordelen van een eventuele schending van het nemo tenetur beginsel van belang zijn geworden.

inbreuk gemaakt wordt op de procesautonomie, zolang er een maatschappelijk belang is. Gezien de constatering dat de handelwijze op foltering neerkwam, is dat zeer bedenkelijk. Wanneer sprake is van een dergelijke schending in het kader van de toepassing van dwangmiddelen op een betrokkene in het kader van de bewijsvergaring, zou dat automatisch neer moeten komen op schending van een fair trial en een schending van het nemo tenetur-beginsel.

5.3.5. Tussenconclusie: nemo tenetur en de uitlevering van real evidence

De bescherming van real evidence in de opsporingssfeer
De voorgaande paragrafen hebben een belangrijke kernvraag aangaande de reikwijdte van nemo tenetur beantwoord. Uit de behandelde jurisprudentie van het EHRM volgt dat het nemo tenetur-beginsel niet enkel ziet op 'testimonial evidence', maar een ruimer toepassingsbereik geniet zodat dit ook betrekking heeft op 'real evidence'. Dat valt reeds logischerwijs af te leiden uit het feit dat het EHRM het zwijgrecht noemt naast 'the right not to incriminate oneself'. Het zwijgrecht vormt daarmee volgens Hartmann de kern van het geheel dat kan worden omschreven als de *nemo tenetur*-rechtswaarborg.[702] De essentie die volgt uit de besproken arresten is dat wanneer de overheid onder dwang van een betrokkene documenten vordert terwijl reeds een criminal charge bestaat, ook dit een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel betekent. De vraag of het nemo tenetur-beginsel op zichzelf ook betrekking heeft op 'real evidence' kan daarmee zonder meer positief worden beantwoord. Dat het nemo tenetur-beginsel ook toepasbaar is op real evidence is vanuit de gedachte van waarborging van de procesautonomie van de verdachte volstrekt verklaarbaar. Immers, de verdachte die gevorderd wordt tastbaar bewijsmateriaal uit te leveren – en niet louter de afname daarvan te dulden – levert onmiskenbaar een eigen bijdrage aan zijn potentiele veroordeling. Een bestraffing van die weigering behelst dan een inbreuk op het recht niet aan die eigen veroordeling een actieve bijdrage te hoeven leveren. In deze visie staat aldus de behoorlijkheid van de bewijsvergaring, -levering en -waardering centraal. Die uitleg vormt volgens Hartmann, gezien het aan artikel 6 EVRM ten grondslag liggende uitgangspunt van een accusatoire procesvorm een meer passende invulling van de nemo tenetur-rechtswaarborg.[703] Hartmann stelt dat dit wellicht de reden is dat het EHRM de nemo tenetur-rechtswaarborg apart noemt naast het zwijgrecht.

Deze 'procesautonomie' kan als belangrijke rechtsgrond van het nemo tenetur-beginsel worden gezien, in de behandelde 'real evidence' uitspraken van het EHRM. Buruma leidt bijvoorbeeld uit de zaak Allan af dat het EHRM het nemo tenetur-beginsel een zelfstandige procesrechtelijke betekenis toekent, die een dergelijke procesautonomie omvat. Het gaat om de volgende overweging EHRM 5 november 2002, *NJ* 2004/262 (Allan v. Verenigd Koninkrijk) (r.o.44):

> 'As regards the privilege against self-incrimination or the right to silence, the Court has re-iterated that these are generally recognised international standards which lie at the heart of a fair procedure. Their aim is to provide an accused with protection against improper compulsion by the authorities and thus to avoid miscarriages of justice and secure the aims of Article 6 (John Murray v. the United Kingdom judgment of 8 February 1996, *Reports* 1996-I, p. 49, § 45). The right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seeks to prove the case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression

[702]. A.R. Hartmann, 'De Gordiaanse knoop van medewerkingsplicht en zwijgrecht. Een EHRM-update aan de hand van Weh v. Oostenrijk', *Strafblad* 2004, p. 171.
[703]. A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht,* (diss. Deel II - EUR), Gouda Quint: Deventer 1998, p. 84.

> in defiance of the will of the accused (Saunders v. the United Kingdom judgment of 17 December 1996, *Reports* 1996-VI, p. 2064, §§ 68-69).'

Buruma schrijft dat in het aangehaalde arrest wordt benadrukt dat het zwijgrecht en het 'privilege against incrimination' primair zijn ontworpen om tegen onterechte dwang door de autoriteiten te beschermen. Echter, dat zijn volgens hem niet de enige kwesties waartegen moet worden beschermd. Dit recht zit in het hart van het eerlijk proces en dient er in beginsel toe de vrijheid van een verdachte te beschermen om te kiezen of hij spreekt of zwijgt. Volgens Buruma sluit deze zelfstandige betekenis die aan het nemo tenetur-beginsel wordt toegekend aan bij de oorspronkelijke doelstelling, namelijk het beschermen van geloofs- en gewetenskwesties.[704] Hier kan een directe verbinding worden gelegd met de beschreven historische achtergrond van het beginsel in *hoofdstuk 4*. Daar kwam onder meer aan de orde hoe de positie van betrokkenen in het gedrang kwam, door de antwoordplicht die werd gehanteerd door de Engelse Star Chamber en High Commission, in de context van de religieuze (en politieke) vervolging. Het zwijgrecht is in die periode verder ontwikkeld ter bescherming van de procesautonomie. Daarbij werd het nemo tenetur-beginsel vanaf het begin van de 18e eeuw in het Engelse recht eveneens toegepast op de gedwong uitlevering van mogelijk incriminerende documenten.

Overigens is in hetzelfde hoofdstuk aan de orde gekomen, hoezeer die rechtsgrond bij de Nederlandse strafvorderlijke wetgever een rol heeft gespeeld bij de invulling van het nemo tenetur-beginsel. Het verbod tot uitlevering ter inbeslagneming van voorwerpen kan immers moeilijk in verband gebracht worden met de garandering van de betrouwbaarheid van het bewijs, noch de normering van de verhoorsituatie. De bepaling van artikel 107 (oud) Sv kan niet anders dan in het licht van de waarborging van de procesautonomie gezien worden. De toepassing van het nemo tenetur-beginsel door het EHRM op situaties aangaande de vordering van real evidence, dient eveneens in het kader van de procesautonomie te worden bezien. Dat geldt te meer gelet op de terugkerende overweging van het EHRM, dat de complexe aard van fraude geen afbreuk kan doen aan de processuele rechten, te ontlenen aan artikel 6 EVRM, eerste lid.

De vraag is evenwel onder welke omstandigheden het nemo tenetur-beginsel precies betrekking heeft op real evidence. Uit de behandelde jurisprudentie kunnen de volgende variabelen worden afgeleid:

> A) Er is sprake van een 'criminal charge' en de 'charged person' wordt gevorderd dat deze 'real evidence' uitlevert.
> B) Er wordt dwang jegens die 'charged person' toegepast teneinde zijn medewerking te realiseren.

Deze criteria zullen in de volgende paragrafen nog hun bevestiging vinden in de aldaar te bespreken jurisprudentie inzake de kentekenaansprakelijkheid en de sfeercumulatie. Over de genoemde factoren valt het volgende op te merken. Ten eerste kan worden geconstateerd dat de real evidence-arresten Funke en J.B. de nodige parallellen vertonen. In beide zaken werden de verdachten geconfronteerd met vorderingen van de overheid tot het uitleveren van documenten, nadat reeds sprake was van een criminal charge jegens hen. Ook in de zaak-*Weh* verwijst het EHRM naar de *Funke*-uitspraak, wat een extra aanwijzing oplevert dat het EHRM niet op *Funke*

48. Y. Buruma, 'Undercover in de cel. Europees Hof voor de Rechten van de Mens 5 november 2002 (Allan v. the United Kingdom)', *AA* 2003-9, p. 665.

is teruggekomen met de *Saunders*-uitspraak.[705] Uit de verschillende arresten komt naar voren dat het EHRM voor wat betreft de vraag wanneer sprake is van een criminal charge toetst aan het 'substantially affected' criterium. Op basis van die jurisprudentie en de casussen waarin het EHRM aannam dat sprake was van een criminal charge, valt af te leiden dat dit materieel gezien een verdenkingscriterium impliceert. (De materiële invulling van het criminal charge-criterium wordt nader uitgewerkt in paragraaf 5.6.). Aldus werd van de betrokkenen een actieve inspanning gevraagd om bewijsmateriaal tegen zichzelf te verzamelen, terwijl zij reeds object waren van punitief onderzoek. Bovendien werd door de bewuste autoriteiten getracht deze inspanningen af te dwingen door middel van geldboetes, die door tussenkomst van een rechterlijke procedure werden opgelegd. Daarbij geldt dit vanaf het moment dat sprake is van de criminal charge. Real evidence dat voor het bestaan van die charge ter inzage wordt afgestaan, kan later in het strafproces als bewijsmateriaal worden gebruikt. Anders geformuleerd: in de controlefase vergaarde real evidence kan in de opsporingssfeer als bewijsmiddel worden benut. Echter, in die opsporingssfeer geldt ter zake van real evidence de nemo tenetur-bescherming.[706]

Wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal
Hoe correspondeert het voorgaande nu met de in het nemo teneturdebat geïntroduceerde begrippen 'wilsonafhankelijk' en 'wilsafhankelijk' materiaal? Het volgende kan gesteld worden:

- Wilsonafhankelijk materiaal = Real evidence, verkregen zonder actieve medewerking van de verdachte, dan wel materiaal dat door de betrokkene ter inzage is gesteld in de controlesfeer (afwezigheid van criminal charge).

> *Voorbeeld: dulden van huiszoeking waarbij documenten in beslag worden genomen.*

- Wilsafhankelijk materiaal = Testimonial evidence/Real evidence, vergaard door middel van (onvrijwillige) actieve medewerking van de verdachte.

> *Voorbeeld: documenten die betrokkene overlegt, na pressie van een dwangsom, nadat reeds sprake is van een criminal charge.*

Het onderscheid tussen beide soorten materiaal kan het best verduidelijkt worden aan de hand van documenten, afgezet tegen overwegingen uit Saunders en J.B. Lezing van het Saunders-arrest zou de indruk kunnen wekken dat documenten uitgezonderd zijn van bescherming door het nemo tenetur-beginsel. De volgende overweging wordt nogmaals onder de aandacht gebracht (r.o. 69):

---

[705]. Zie EHRM 8 april 2004, *NJB* 2004/29 (Weh v. Oostenrijk).

[706]. Zie ook H.M.H. Speyart, A Tale of Three Cities: Grondrechtelijke aandachtspunten bij de toepassing van het Mededingingsrecht, *NTER* 2010-10, p.348: 'Een mogelijke manier om Funke, Saunders en J.B. met elkaar te verenigen als het gaat om stukken is te oordelen dat een verdachte niet 'in defiance of his will' (Saunders) kan worden gedwongen om stukken te verzamelen en over te leggen (Funke en J.B.), maar dat hij zich niet kan verzetten tegen het gebruik van stukken die door de autoriteiten zelf zijn gevonden met behulp van onderzoeksbevoegdheden.' Peçi, a.w., p. 244: 'The Strasbourg case law has shown that the threat of that imposition of a criminal sanction for not complying with an information requirement during a criminal investigation is in itself capable of destroying the very essence of the privilege against self-incrimination.' Zie ook J.H. Asbreuk, 'Informatieverstrekking en artikel 6 EVRM', *NTFR* Beschouwingen, 2012/27, p. 15: 'Ik vraag mij echter af, gezien de arresten Funke, J.B. en Chambaz, of het in het arrest Saunders niet meer gaat om de wijze van verkrijging van het materiaal dan om de aard van het materiaal. Mogelijk heeft het EHRM alleen bedoeld te oordelen in het arrest Saunders dat indien informatie die bestaat onafhankelijk van de wil, zoals bestaande documenten, door middel van een rechtsgeldige inbeslagname beschikbaar komen ('documents acquired pursuant to a warrant'), er nooit sprake kan zijn van een beperking op grond van art. 6 EVRM. Dat zou dan betekenen dat, als iemand wordt verzocht om zelf informatie aan te leveren, er nooit sprake kan zijn van 'Saunders materiaal'.'

> ‘The right not to incriminate oneself is primarily concerned however, with respecting the will of an accused to remain silent. (...) [I]t 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.’

Deze categorie van materiaal wordt geduid als ‘Saunders-materiaal’, te weten wilsonafhankelijk materiaal. Dit staat in een zeker contrast tot de volgende passage uit J.B. (r.o. 68):

> ‘[H]owever, the present case differs from such 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* (cursivering aut.) (…).’[707]

De conclusie op basis van de Saunders overweging dat documenten niet zouden vallen onder de nemo tenetur rechtswaarborg berust op een gevaarlijk onvolledige lezing van de betreffende passage. Van cruciaal belang is dat in het Saunders arrest weliswaar gesproken wordt over documenten, maar dat deze gekwalificeerd worden in de context van de wijze van verkrijging: het gaat om door opsporingsautoriteiten inbeslaggenomen documenten. Procureur-Generaal Niessen heeft hier eveneens op gewezen. Het betreft ‘documenten die in beslag genomen zijn op grond van een doorzoekingsbevel’.[708] Op deze wijze wordt de te vorderen real evidence aangemerkt als ‘wilsafhankelijk materiaal’.[709] Feteris vertaalde in zijn noot bij Saunders het door het EHRM gebruikte ‘warrant’ als ‘huiszoekingsbevel’.[710] In dat geval omvat het voorbeeld enkel documenten die zijn verkregen tijdens een doorzoeking. Na het arrest J.B. overwoog A-G Wattel dat de uitspraken J.B. en Saunders slechts met elkaar zijn te rijmen als de term ‘documents, acquired pursuant to a warrant’ wordt uitgelegd als bescheiden die (bij een doorzoeking of inbeslagneming) zonder medewerking van de verdachte worden verkregen.[711] Voorts benadrukte hij het verschil tussen inbeslaggenomen documenten als ‘wilsonafhankelijk materiaal’ en documenten die de verdachte zelf moet aandragen als ‘wilsafhankelijk materiaal’ aan de hand van de Choudary zaak:[712]

---

[707]. EHRM 3 mei 2001, *AB* 2002/343 (J.B. v. Zwitserland), (r.o. 43).

[708]. Conclusie A-G Niessen bij Hoge Raad, 19 december 2014, 14/00584, ECLI:NL:PHR:2014:2728, (r.o. 4.10).

[709]. Zie ook M. Velthuis,‘Wanneer kwalificeren documenten als wilshafhankelijk materiaal?’, *Tijdschrift onderneming strafrecht in praktijk*, 2/2013, p. 36. Documenten waarover zonder hulp van de verdachte niet de beschikking kan worden verkregen, kwalificeren volgens Velthuis – in die bredere betekenis – als ‘wilsafhankelijk materiaal’. Velthuis stelt dat het in Saunders genoemde voorbeeld ‘documents acquired pursuant to a warrant’ uitgelegd dient te worden als documenten verkregen op basis van een bevel tot doorzoeking. Alleen bij die wijze van verkrijging staat immers buiten kijf dat de autoriteiten de beschikking hebben gekregen over het document zonder actieve medewerking van de verdachte. Zie voorts L.C.A. Wijsman, ‘Gedwongen afgifte van documenten en het verbod op gedwongen zelfincriminatie’, *Tijdschrift voor Strafrecht & Compliance* 5/2013, p.196:’Dat bestaande documenten die op grond van een bevel (‘warrant’) worden verkregen niet onder het toepassingsbereik van het verbod op gedwongen zelfincriminatie vallen (los van het enkele voorbeeld in § 69 in Saunders heeft het Hof zich hierover niet uitgelaten), kan vanwege de verkrijgingswijze wel worden verklaard. Althans wanneer dat bevel betekent dat de verdachte enkel hoeft te dulden dat documenten in handen van de autoriteiten komen. Hij hoeft daar dan niet (actief) aan bij te dragen.’

[710]. Noot Feteris bij EHRM 17 december 1996, nr. 43/1994/490/572 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk), *BNB* 1997, 254, onderdeel 14.

[711]. Conclusie A-G Wattel bij HR 27 februari 2004, *BNB* 2004, 225 (r.o. 7.10).

[712]. EHRM 4 mei 1999, nr. 40084/98 (Choudhary v. Verenigd Koninkrijk), r.o. 4.12. Zie voorts Conclusie A-G Wattel bij HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343 (r.o. 1.6): ’Uit de arresten J.B. v Switzerland en Chambaz lijkt duidelijk

> ‘The Court considers it significant that, at the time of his telephone conversation with GB, the applicant was unaware that the call was being intercepted by the police. The allegedly incriminating statements made by him in the course of this conversation, were, therefore, made freely, and not as a result of any coercion or compulsion applied to the applicant by the State authorities. For this reason, the record of the conversation is akin to a pre existing document or a bodily sample, to which the right not to incriminate oneself does not extend. While the applicant claims that he was tricked by GB into making the statements in question, this allegation is not sufficient in itself to necessitate the exclusion of the record, since it would have been open to the applicant to put this argument to the jury, who were required to assess the reliability and probative value of the recorded conversation together with all the other evidence presented in the case.’

Wattel stelt hieromtrent:

> ‘Het EHRM verwees in het voorbijgaan (...) als voorbeeld naar ‘a pre-existing document or a bodily sample to which the right not to incriminate oneself does not extend’ (...) Ik meen dat ook uit deze overweging blijkt dat het EHRM 'pre-existing documents' (en tapverslagen en 'bodily samples', etc.) alleen dan uitsluit van de bescherming van de nemo tenetur regel als zij worden verkregen (curs. PJW) 'not as a result of any coercion or compulsion applied to the applicant by the State authorities,' dus als de autoriteiten er zonder afgedwongen actieve medewerking de hand op kunnen leggen, bijvoorbeeld door een doorzoeking, inbeslagneming bij derden, hacken of fouilleren.’[713]

Dit brengt volgens Wattel mee dat pas sprake is van ‘Saunders materiaal’ (wilsonafhankelijk materiaal) indien aan twee voorwaarden is voldaan (4.16):

(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 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 wangslijm.

Voorts merkt Wattel het volgende op aangaande *wilsafhankelijk* materiaal:

> ‘Kan de overheid niet zonder dergelijke dwang of druk tegen de wil van de verdachte kennis nemen van het gevorderde materiaal, dan gaat het niet om Saunders-materiaal en is dwang tot actieve medewerking van de verdachte aan de kennisneming ervan in strijd

---

te volgen dat het EHRM met het buiten het nemo tenetur plaatsen van bewijsmateriaal ‘that has an existence independent of the will of the accused’ (Saunders-materiaal) niet bedoelde dat aan een belastingplichtige/ potentieel verdachte een substantiële dwangsom of boete opgelegd mag worden wegens niet-overlegging van reeds bestaande en waarschijnlijk belastende documenten waarvan de vervolgende instanties echter zonder zijn medewerking geen kennis kunnen nemen.’

[713]. Conclusie A-G Wattel, 19 december 2014, 14/02420 en 14/02691, ECLI:NL:PHR:2014:2349. Zie ook de conclusie van A-G Wattel bij Hoge Raad, 12 juli 2013, 12/01880 ECLI:2013:BZ3640 (1.5): `Gaat het om passieve medewerking aan (dulden van; ondergaan van) dwangmiddeluitoefening tot verkrijging van non-testimonial physical evidence – zoals een doorzoeking of inbeslagneming – dan is geen sprake van coercion or oppression in defiance of the will of the accused en rijst dus geen nemo tenetur-kwestie, tenzij dat passief doen ondergaan van dwangmiddelen ontaardt in inhuman and degrading treatment.’

met art. 6 EVRM, hoezeer ook het gevorderde mogelijk in reeds bestaande documenten te vinden zou kunnen zijn die de fiscus echter niet kan vinden zonder medewerking van de belastingplichtige/verdachte af te dwingen of die voor de fiscus niet te duiden zijn zonder medewerking van de verdachte. Het beslissende criterium lijkt mij aldus 'coercion or oppression in defiance of the will of the accused'.

Ook Langemijer wijst er op dat het bij documenten in het kader van wilsonafhankelijk materiaal gaat om materiaal dat ontdekt is bij de doorzoeking van een woning of van een voertuig, of om informatie die gericht is opgevraagd bij een financiële instelling. Het gaat dus om materiaal dat zelfstandig door opsporingsautoriteiten is achterhaald.[714] De crux is dat in het Saunders-arrest nergens gesproken is over de vordering tot *uitlevering* van real evidence door de verdachte. Uit de overwegingen van het EHRM in die zaak valt niet af te leiden dat het acceptabel is dergelijk materiaal te verkrijgen door dwang op de betrokkene uit te oefenen. We belanden hier op een nuanceverschil in het kader van nemo tenetur dat betrekking heeft op het onderscheid tussen dulden en actieve medewerking. De voorbeelden die door het EHRM worden gegeven zien in wezen op het dulden van een verdachte (afname van bloed, DNA, etc.).

Het Jalloh-arrest toonde daarbij de worsteling aan rondom de afbakening tussen dulden en actieve medewerking. Nu is deze zaak in de context van de normering van de sfeerovergang – wat doorgaans betrekking heeft op ordeningsrechtelijke zaken – een opmerkelijke zaak. Dat komt doordat de pressie die op de verdachte werd uitgeoefend neerkwam op schending van het folterverbod en aldus een schending van artikel 3 EVRM opleverde. In deze zaak ging de toegepaste dwang dan ook verder dan het 'enkele dulden' van de afname van real evidence. Kritische reflectie verdienen de overwegingen van het EHRM waarin de ruimte wordt geboden dat een inbreuk op artikel 6 EVRM en het nemo tenetur-beginsel wel mogelijk zou kunnen zijn, op grond van de 'public interest'. Dit is in tegenspraak met het oordeel van het EHRM in de zaken Saunders en Heany en McGuinness. Daarbij wordt de ruimte gelaten dat onder omstandigheden de 'public interest' wel degelijk inbreuken op het nemo tenetur-beginsel kan rechtvaardigen, terwijl die gedachte in genoemde uitspraken resoluut van de hand is gewezen. Met rechter Bratza kan worden ingestemd dat het EHRM reeds gelet op de inbreuk op 3 EVRM had kunnen volstaan met het oordeel dat om die reden artikel 6 EVRM is geschonden.

Fishing expedition als voorwaarde voor inbreuk op nemo tenetur?
De belangrijkste vraag omtrent de toepassing van nemo tenetur op real evidence betreft de vraag in hoeverre de aanwezigheid van een 'fishing expedition' – in het geval van de vordering tot uitlevering – vereist is om te komen tot een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel. In de literatuur is door verschillende auteurs de jurisprudentie van het EHRM zo uitgelegd, dat de reden dat een dergelijke inbreuk werd aangenomen, verband hield met het 'speculatieve karakter' van de vordering tot uitlevering.[715] Het speculatieve karakter zou kunnen meebrengen dat een bevel

[714]. Conclusie A-G Langemijer, 13/05136, 19 december 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2484 (r.o. 2.9).
[715]. Reijntjes heeft er op gewezen dat het Hof in Funke iets anders bedoelde te zeggen. Volgens hem wilde het Hof in deze zaak duidelijk maken dat de verplichting tot het verschaffen van documenten niet onmogelijk is, als maar voldoende vaststaat dat betrokkene deze daadwerkelijk bezit. Zie J.M. Reijntjes *Nemo tenetur: een holle leus?*, in: J.M. Reijntjes (red.) Nemo tenetur, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 17-18. A.B. Blomberg, Toezicht en 'opsporing' in het punitieve bestuursrecht, *Strafblad* 2005-4, p. 413: 'Uit de jurisprudentie van het EHRM, in het bijzonder het arrest J.B. tegen Zwitserland, kan namelijk worden afgeleid dat reeds bestaand bewijsmateriaal zoals documenten of computerfiles – van dit soort materiaal wordt sinds het Saunders arrest aangenomen dat dit bestaat onafhankelijk van de wil van betrokkene en dus ook onder dwang mag worden opgevraagd – alleen mag worden ingezien als de overheid van het bestaan daarvan op de hoogte is.' P.M. van Russen Groen en T.B. Trotman, *Een Zwitserse skileraar en het nemo-tenetur beginsel: een stand van zaken*, in: Iets bijzonders – Liber amicorum aangeboden aan Mischa Wladimiroff t.g.v. zijn 30-jarig jubileum als advocaat, Den Haag: SDU Uitgeverij 2002, p. 107: 'Het

tot uitlevering als 'afgedwongen communicatie met getuigenisaspect' moet worden beschouwd.[716] In zo'n geval zou het bevel in strijd kunnen zijn met artikel 6 EVRM. Hierbij is door verschillende auteurs voorgesteld dat het EHRM de hoogste Amerikaanse jurisprudentie zou volgen.[717] Aanknopingspunt vormt onder meer de uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court in 1966 inzake Schmerber v. California. Daarin werd een belangrijk onderscheid gemaakt tussen 'testimonial en non-testimonial physical evidence'. De bescherming van het 'non incriminatie-privilege' werd beperkt tot bewijsmateriaal 'of a testimonial or a communicative nature'. Een bij de verdachte afgenomen bloedmonster kon derhalve niet onder de bescherming van het privilege vallen. Voor documenten betekent dit volgens Lenos dat de plicht tot het overleggen daarvan niet in strijd is met het privilege. In bepaalde gevallen kan het overleggen van documenten echter wel *testimonial of communicative* van aard zijn.[718] Dit is het geval indien het bestaan en de locatie van de documenten niet reeds uit andere bron aan de overheid bekend waren. Het verstrekken van documenten betekent dan dat de betrokkene het bestaan en het bezit van de documenten erkent, hetgeen *testimonial self-incrimination* kan zijn.[719] Door gehoor te geven aan het bevel erkent derhalve de houder het bestaan van deze documenten en dat zij in zijn bezit zijn. De Supreme Court oordeelde in de zaak United States v. Doe:

> 'The government, unable to prove that the subpoenaed documents exist (...) is attempting to compensate for its lack of knowledge by requiring the appellee to become, in effect, the primary informant against himself.'[720]

Dit is de koppeling die vervolgens gemaakt wordt naar het Funke-arrest, waarbij de gedachte is dat het EHRM slechts heeft willen oordelen dat door de onzekerheid omtrent het bestaan van de bankafschriften bij de douaneambtenaren het *nemo tenetur-recht* werd geschonden.[721]

EHRM hecht kennelijk waarde aan de omstandigheid dat de vordering jegens J.B. net als in de zaak Funke een speculatief karakter had. In beide zaken was de vordering er mede op gericht de belanghebbende te dwingen te erkennen dat de gevraagde documenten zouden bestaan en dat hij daarover zou kunnen beschikken. Bovendien zou een belanghebbende, indien hij zelf een selectie zou moeten maken van documenten die naar zijn mening voor de autoriteiten relevant zouden zijn, zichzelf reeds daarmee kunnen belasten.' Koops, a.w., p. 39: 'Een uitleveringsbevel waarvan niet-naleving gesanctioneerd is, is alleen rechtvaardig als de overheid voldoende kan aantonen om welke documenten het gaat en dat de geadresseerde in staat is deze uit te leveren. Stevens, a.w., p. 25: 'Het blijkt dat onder omstandigheden het verplicht uitleveren van documenten een inbreuk op het nemo-teneturbeginsel inhoudt. Die omstandigheden zouden liggen in de onzekerheid van het bestaan van de documenten en de open vraagstelling die wordt gehanteerd. Het tegengaan van 'fishing expeditions' – hier ligt weer een verband met de onschuldpresumptie – en de taakverdeling tussen aanklager een aangeklaagde zijn dan eveneens achter nemo tenetur schuilgaand argumenten.' Zie voorts R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2011, p. 85-86 die zich op zijn beurt weer aansluit bij C.L.G.F.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten: balanceren op een magische lijn? (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 135-137.

716. D.V.A. Brouwer, *Dwangmiddelen in bijzondere wetten* (diss. Groningen), Deventer: Gouda Quint 1999, p. 124. R. Stijnen, 'Saunders en J.B. rivisited. Wat te doen met onder druk verkregen wilsafhankelijk bewijsmateriaal?', *Tijdschrift voor sanctierecht & compliance*, nr. 4 september 2014, p. 145: 'Er was dan ook sprake van schending van art. 6 lid 1 EVRM. Dit arrest is in lijn met het eerdere hiervoor genoemde Funke-arrest. Saunders, Funke en J.B. kunnen met elkaar in overeenstemming worden gebracht door het zwijgrecht in Saunders iets ruimer te verstaan conform de Amerikaanse rechtspraak, waarin het zwijgrecht ziet op bewijs van testimonial or communicative nature. Het verstrekken van bepaalde documenten, waarvan het bestaan bij de overheid niet uit andere bron reeds bekend is, kan dan betekenen dat de houder het bestaan ervan erkent en zichzelf daardoor incrimineert.'

717. Zie Van Russen Groen en Trotman, a.w., p. 108; P. Bal, Murphy's law, in: J.M. Reijntjes (red.), a.w., p. 23 e.v., i.h.b. p. 33; alsmede Reijntjes, a.w., p. 17-18.

718. Zie Fisher v. United States 425 U.S. 391 (1976) en United States v. Doe 465 U.S. 605 (1984).

719. Lenos, a.w., p. 232.

720. United States v. Doe 465 U.S. 605 (1984) Van Russen Groen en Trotman wijzen in dit verband nog op United States v. Hubbeil 530 U.S. 27 (2000). Zie Van Russen Groen en Trotman, a.w., p. 109.

721. Lenos a.w., p. 232.

Er is een aantal argumenten te benoemen waarom een dergelijke 'fishing expedition' geen noodzakelijke voorwaarde vormt, anders dan de drie benoemde variabelen.[722] Ten eerste valt een praktisch argument te benoemen: de fishing expedition vormt een procedureel vrijwel onwerkbaar criterium.[723] Wanneer is immers aan de 'bewijslast' voldaan dat de charged persoon over het betreffende real evidence beschikt? Hierbij is opmerkelijk dat het EHRM in de zaak-Funke van oordeel was dat de Franse autoriteiten niet zeker wisten of Funke over de gevorderde bescheiden beschikte. Als opgemerkt in paragraaf 5.3.1.4. is die overweging niet begrijpelijk, gelet op de aanwezigheid van zeer sterke indicatoren (waaronder de verklaring van hem zelf) dat Funke over de documenten beschikte. Die aanwijzingen lijken daarmee een contra-indicatie voor een fishing expedion door de autoriteiten. Ook A-G Wattel schrijft in dit verband:

> 'Ik merk ten slotte op dat ook in de zaak Funke het niet van groot belang lijkt te zijn geweest dat de vervolgende en vorderende autoriteit wellicht niet helemaal zeker was van het bestaan van de gevorderde bankbescheiden. Het EHRM stelt immers vast dat: '(...) Mr Funke admitted having, or having had, several bank accounts abroad for professional and family reasons and said that he did not have any bank statements at his home'.'[724]

Hier wordt gewezen op hetgeen Wöretshofer in dit verband heeft gesteld:

> 'Was de beslissing van het Hof een andere geweest als de belastingambtenaren er zeker van waren geweest dat de documenten bestonden? Kan dan gezegd worden: als de ambtenaren er zeker van waren dat de documenten bestonden, heeft een ter inzage geven niet bijgedragen aan de zelfbeschuldiging? Naar mijn mening niet. Wanneer is de zekerheid voor de ambtenaren er trouwens? Ik denk pas op het moment dat de documenten boven tafel zijn.'[725]

Dat roept dan de vraag op wanneer autoriteiten wel mogen aannemen dat een verdachte over real evidence beschikt. Gelet op die bewijsdrempel van Funke verwordt dat kennelijk tot een vrijwel onmogelijke bewijslast. Daarnaast moet worden opgemerkt dat in de literatuur nooit eenduidig gesteld is wat precies een fishing expedition behelst. Globaal zijn er twee aspecten

---

[722]. Zie ook J.W. Fokkens en W.J.V. Spek, *Het nemo tenetur beginsel en het Nederlandse straf(proces)recht*, in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer (red.), Praktisch strafrecht; liber amicorum J.M. Reijntjes, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p.152-153: 'Wij menen dat de arresten in de zaken Funke en J.B. anders moeten worden uitgelegd. Zowel in Funke als in J.B. bestond er bij de autoriteiten een verdenking dat er sprake was van een strafbaar feit, kort gezegd belastingfraude, mede omdat betrokkene het feit min of meer had toegegeven. (…) Wat er vervolgens gebeurde, was niet dat de met opsporing en vervolging belaste autoriteiten probeerden verder bewijsmateriaal te verzamelen, nee, van verdachte werd gevorderd dat hij het bewijsmateriaal zou aandragen.' Als tegenargument heeft Borgers er op gewezen dat het EHRM in O'Halloran en Francis tegen Verenigd Koninkrijk, 9 juni 2007 appl. nr. 25624/02 en 15809/02, *NJ* 2008/25 (r.o. 58) onder verwijzing naar onder andere de zaken-Funke en J.B., er op gewezen heeft dat het van belang is hoe specifiek dan wel algemeen de gevergde informatie is. Zie Borgers, p. 487 Het zij er echter op gewezen dat dit betrekking heeft op de bijzondere aard van het verkeersrecht, in het bijzonder de kentekenaansprakelijkheid. Zie daarover 6.4. De paradox van de kentekenaansprakelijkheid.

[723]. Ook H.M.J. Quaedvlieg, *Ondernemende autoriteiten?* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2001, p. 361: 'Een bezwaar van deze lezing is dat niet in zijn algemeenheid kan worden aangegeven wanneer het als voldoende vaststaand moet worden beschouwd dat de betrokkene de verlangde informatie daadwerkelijk bezit.' Knigge wijst hier in soortgelijke zin op in zijn noot bij het Saunders arrest (par.4). Hij werpt de vraag op wanneer autoriteiten zeker weten dat een bepaald document nog bestaat.

[724]. Conclusie A-G Wattel bij HR 21 maart 2008, *BNB* 2008, 159, onder 4.22.

[725]. J. Wöretshofer, *De meldingsprocedure levensbeëindiging: ongeoorloofd?*, in: J.M. Reijntjes (red.), Nemo tenetur, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 44.

verbonden aan het fenomeen fishing expedition. Eén vormt de situatie dat de overheid op zoek is naar zoveel mogelijk informatie in de hoop iets belastends te vinden. Dit is dan meer een 'fish trawler' actie. Het gaat om een grofmazige manier van werken. Voorbeelden daarvan passeerden in hoofdstuk 2 de revue in het kader van de NMa 'dawn raids'. Op dat terrein biedt de Awb normering. Een toezichthouder moet immers aangeven naar welke informatie hij op zoek is. Derhalve zijn er andere normen dan het nemo tenetur-beginsel in verband te brengen met het fenomeen 'fishing expedition', zoals dat op die wijze wordt opgevat. Het tweede aspect van de fishing expedition ziet op het volgende. De crux van het probleempunt in relatie tot nemo tenetur bestaat er uit dat in de situatie dat reeds sprake is van een verdenking, de autoriteiten continueren met het doen van informatievorderingen. De doelstelling is er dan op gericht meer strafbare feiten of belastend bewijsmateriaal te achterhalen. Er wordt op die wijze 'gespeculeerd' dat de verdachte nog meer strafbare feiten heeft begaan. Daarbij is het niet de overheid die de feiten opspoort, maar de verdachte zelf die bewijs aandraagt. Ook dit aspect mist echter het fundamentele punt. Of de overheid nu speculeert op de aanwezigheid van meer belastend materiaal of dat zij zeker weet dat het materiaal bestaat, de procesautonomie wordt in beide gevallen geschonden daar waar de verdachte verplicht wordt het materiaal zelfstandig aan te leveren.

Ten tweede geldt een fundamenteel argument, gebaseerd op de ratio van het nemo tenetur-beginsel in de context van het ordeningsrecht. Dit bestaat uit het daadwerkelijk garanderen van de procesautonomie, gesitueerd in de dynamiek van de sfeerovergang. Hier dient nogmaals te worden gewezen op een kernoverweging uit het Saunders arrest (r.o. 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.'

Niet valt in te zien waarom voornoemd uitgangspunt niet doorkruist zou worden in het geval de autoriteiten in volledige zekerheid verkeren dat een verdachte over bepaalde stukken beschikt. In het geval van een vordering tot uitlevering in dergelijke omstandigheden wordt de procesautonomie van de verdachte nog steeds ondermijnd. Nogmaals dient er op gewezen te worden dat die vordering in de opsporingssfeer duidelijk moet worden onderscheiden van de vordering tot inzage in de controlesfeer. Die stukken zouden – als materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte – later wel tot bewijs in de strafzaak kunnen dienen. Het tweede argument – gebaseerd op de ratio van nemo tenetur aangaande real evidence – is derhalve dat, ook al bestaat er geen fishing expedition, een vordering tot uitlevering in de opsporingssfeer nog steeds de procesautonomie ondermijnt. Dit uitgangspunt waar het nemo tenetur-beginsel die autonomie waarborgt in het geval van real evidence, sluit naadloos aan bij het standpunt van de wetgever en de strekking van de wettelijke bepaling. De wetgever achtte het 'onethisch' om de verdachte te verplichten aan zijn eigen veroordeling bij te dragen. In plaats van een recht om niet aan vorderingen tot uitlevering van real evidence mee te werken, verbood hij zelfs dat deze überhaupt tegen de verdachte gericht mogen worden (thans artikel 96a lid 2 Sv). Aldus beschouwd, is de nemo tenetur toepassing op real evidence reeds lange tijd geïncorporeerd in ons Strafvorderlijke stelsel.[726]

[726]. Aldus ook Fokkens en Spek, a.w., p. 156. Zij wijzen er op dat de door hen bepleite toepassing van het nemo teneturbeginsel goed aansluit bij de wijze waarop de gedachte dat de verdachte zichzelf niet behoeft te belasten in de Nederlandse strafwetgeving op dit punt gestalte heeft gekregen. Daarbij doelen zij op artikel 107 lid 1 (oud) Sv. Hoofdstuk 8. is exclusief aan deze materie gewijd.

Ten slotte valt wellicht het meest juridisch belangrijke argument te maken. A-G Niessen wijst er op, dat uit de nog te bespreken Chambaz zaak blijkt dat dat de fiscale autoriteiten op de hoogte waren van het bestaan van rekeningen van de belanghebbende bij verschillende banken.[727] Het EHRM voert het Funke-argument dan ook niet aan. Dit is een belangrijke omstandigheid in relatie tot de gestelde vraag omtrent het vereiste van een 'fishing expedition'. Niessen benadrukt de principiële betekenis van het Chambaz arrest voor de toepassing van nemo tenetur op real evidence:

> 'Het arrest Chambaz kan, mede gezien de grootte van de zetel, mijns inziens niet worden opgevat als een gelegenheidsarrest. De overwegingen zijn principieel van aard, verwezen wordt naar eerdere arresten, en er zijn twee dissenting opinions. De beslissing houdt in feite in dat gedwongen afstand van 'real evidence' – dus materiaal dat de vervolgende instantie niet zonder medewerking van de belanghebbende kon verkrijgen – niet voor vervolging mag worden gebruikt. Daarmee is de ruimte die Saunders de fiscus leek te bieden (vgl. onderdeel 4.19), voor een belangrijk deel weggenomen.'

Voorts stelt Wattel in dit verband:

> '(…) Dat bewijsmateriaal fysiek reeds bestond los van de wil van de verdachte (*pre-existing documents*), is geenszins beslissend voor de vraag of het van de (potentieel) verdachte afgedwongen mag worden. Als de gedwongene niet kan uitsluiten dat het ook punitief tegen hem gebruikt zal worden, mogen de autoriteiten de verdachte/belastingplichtige niet tot zelf-beschuldiging nopen door *methods of coercion or oppression in defiance of the will of the* (potentieel) *accused*. Kunnen of willen de autoriteiten niet zonder dergelijke dwang kennis nemen van bewijsmateriaal zoals met name bankafschriften (zie de EHRM-arresten *J.B.*5 en *Chambaz:* "documents" betreffende "ses comptes auprès de la banque S."), dan is dat bewijsmateriaal wilsafhankelijk in de zin van de EHRM-rechtspraak.'[728]

Uit de EHRM jurisprudentie valt aldus niet af te leiden dat de fishing expedition een noodzakelijke voorwaarde vorm voor het aannemen van een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel aangaande real evidence. Zou dit immers wel het geval zijn geweest, zoals wel bij Funke als J.B. is aangevoerd, dan zou hij nooit tot dergelijke oordelen in bijvoorbeeld de Marttinen en Chambaz zaak hebben kunnen komen. Dat geldt eveneens voor de zaak Jalloh, hoewel de vergelijking met die zaak gecompliceerd wordt door de bijzondere dwang die daar werd uitgeoefend. Hierbij geldt dat het EHRM in de zaak Weh v. Oostenrijk zelf een classificatie van haar eigen nemo tentur jurisprudentie heeft gegeven. Daarbij wordt onderscheidt gemaakt naar gelang sprake is van een criminal charge. De 'real evidence' gevallen behoren dan tot de categorie zaken waarbij niet het gebruik van onder dwang afgelegde informatie centraal staat, maar de bestraffing van de weigering tot uitlevering daarvan. In die belangrijke opsomming van haar eigen jurisprudentie wordt geen melding gemaakt van een 'fishing expedition' als relevante omstandigheid.

---

[727]. Conclusie A-G Niessen bij Hoge Raad, 19 december 2014, 14/00584, ECLI:NL:PHR:2014:2728, (r.o. 4.31). Ook Velthuis, a.w., p. 35: 'Ik merk op dat in J.B. nog discussie gevoerd kon worden over de vraagstelling. Deze was in Chambaz voldoende gespecificeerd. Vanwege het feit dat wederom een schending werd aangenomen, meen ik dat de meest aannemelijke conclusie is dat niet alleen van belang is of de documenten bestaan, maar ook of de documenten onafhankelijk van de verdachte kunnen worden verkregen.'

[728]. Conclusie A-G Wattel, 19 december 14, 14/02420 en 14/02691, ECLI:NL:PHR:2014:2349 (r.o. 1.12).

Ook Wijsman heeft in zijn dissertatie omtrent het nemo tenetur-beginsel de 'ruime benadering' van het Chambaz arrest benoemd. Hij is geneigd de vraag positief te beantwoorden, of met die zaak niet erkend moet worden, dat het EHRM fysiek bewijs dat met zekere dwang van de verdachte wordt verkregen, binnen het geldingsbereik van het recht tegen gedwongen zelfbelasting brengt. Dit omdat zoals hierboven aan de orde kwam, in deze zaak geen uitdrukkelijke rol speelt of volgens de Zwitserse fiscale autoriteiten de van de klager gevorderde documenten al dan niet bestonden. Daarnaast wijst hij op de eerder gewezen Jalloh uitspraak, waarin eveneens de vordering van fysiek bewijs onder het toepassingsbereik van nemo tenetur werd gebracht.[729] Toch maakt Wijsman in zijn conclusie geen definitieve keuze in de factoren, die het toepassingsbereik van het nemo tenetur-beginsel vormen. Hij acht de beperkte en de ruime benadering minstens zo waarschijnlijk. De indruk bestaat dat Wijsman blijft vasthouden aan het 'fishing expedition'criterium. In het kader van de bespreking van de fiscale jurisprudentie van de Hoge Raad spreekt Wijsman van de 'ruim aanvaarde lezing' dat de beschikbaarheid van de gevorderde bescheiden het beslissend criterium is voor het al dan niet wilsafhankelijke karakter daarvan. Hoe dat criterium van de fishing expedition dan geoperationaliseerd zou moeten worden, afgezet tegen de hiervoor beschreven omstandigheden van Funke en J.B., stelt hij niet aan de orde. Wanneer beide interpretaties even waarschijnlijk zijn, dient Wijsman te motiveren waarom de 'oude interpretatie' dan nog steeds plausibel zou zijn in het licht van onder meer de Jalloh en Chambaz arresten.[730]

5.4. De Paradox van de kentekenjurisprudentie

5.4.1. EHRM 8 april 2004, nr. 38544/97 (Weh v. Oostenrijk)

5.4.1.1. Algemene opmerkingen

De kentekenzaken, en Weh v. Oostenrijk in het bijzonder, vormen bij het onderzoek naar de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel een paradox. Enerzijds zal het EHRM in al deze zaken geen schending van het beginsel aannemen. Daartoe wringt zij zich in gekunstelde constructies – getuige ook de kritiek van de dissenting rechters – om dat oordeel te bereiken. Anderzijds worden hier de criteria van nemo tenetur inzichtelijker gemaakt en toont juist de worsteling het belang aan van bepaalde factoren. Het zijn in deze zaak dan ook niet zozeer de feiten maar de bespreking van de eigen EHRM jurisprudentie die de uitspraak zo relevant maakt.

5.4.1.2. De omstandigheden van de zaak

De feiten van deze zaak zijn heel eenvoudig. Weh werd gesommeerd 800 Oostenrijkse schilling te betalen omdat met een op zijn naam geregistreerde auto een snelheidsovertreding was begaan. Weh betaalde niet, waarna tegen hem een strafrechtelijke vervolging werd gestart. Weh kreeg op 21 maart 1995 de vordering (anonymous order) om de identiteit te geven van de bestuurder op 5 maart 1995. Het kenteken van de betreffende auto stond op naam van Weh. De auto was geregistreerd met een overschrijding van de maximaalsnelheid (50 km/h) met 21 km/h. Weh weigerde aan de vordering te voldoen. Daarop werd tegen hem een strafzaak geïnitieerd voor overtreding van de maximumsnelheid. Opnieuw kreeg Weh het bevel aan te geven wie de bestuurder was geweest. Weh verklaarde toen:

> "C.K.[first and family name in full]", living in "USA/University of Texas" .

[729]. Zie L.C.A. Wijsman, *Nemo tenetur in belastingzaken* (*Fiscale Monografieen nr. 150*) (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p.127 en 139.
[730]. Wijsman, a.w., p. 365.

Vervolgens werd Weh op 25 juli 1995 door de lokale autoriteiten bestraft met een bestuurlijke boete wegens het niet accuraat verstrekken van inlichtingen naar aanleiding van de vordering. Weh tekende daartegen bezwaar aan, maar liet na om dit in persoon of op schrift toe te lichten. De lokale autoriteiten handhaafden daarom de boete. Weh kwam in beroep, maar dat werd verworpen, mede omdat na enig speurwerk bleek dat de universiteit van Texas waar de opgegeven bestuurder zou verblijven, veertien verschillende vestigingen had. In de nationale procesvoering werd Weh in het ongelijk gesteld. Het Constitutionele Hof weigerde zelfs de zaak van Weh in behandeling nemen wegens 'lack of prospects of success'. Belangrijk is dus dat Weh niet bestraft werd voor overschrijding van de snelheidslimiet maar voor het onvolledig verstrekken van informatie.

5.4.1.3. Argumentatie ten overstaan van het EHRM

Weh voerde aan dat het Constitutionele Hof twee eerdere versies van section 103 § 2 of the Motor Vehicles Act vernietigd had, op grond van het principe dat de verplichting de identiteit te verschaffen van een bestuurder op een bepaald tijdstip het nemo tenetur-beginsel schond. Hij stelde zich dus op het standpunt dat dit beginsel in zijn zaak geschonden werd.

De regering voerde aan dat het zwijgrecht geen absolute werking heeft. In de onderhavige zaak leidde de weigering van Weh er niet toe dat de autoriteiten tot de conclusie kwamen dat hij de snelheidslimiet had overschreden. Hij werd bestraft voor het falen accurate informatie te overleggen. In dat opzicht betwijfelde de regering of Weh überhaupt wel kon claimen slachtoffer te zijn van schending van het nemo tenetur-beginsel. De informatie die hij verschafte bracht immers mee dat hij niet de bestuurder was op dat tijdstip. Weh bleef vrij om de naam en het adres op geven van de derde persoon die de bestuurder was of aan te geven dat de auto zonder zijn medeweten was gebruikt. Ten slotte deed de regering een beroep op het argument van het publieke belang van de vervolging van snelheidsovertreding. De betreffende wetsbepaling zou een 'fair balance' slaan tussen dat publieke belang en het zwijgrecht van de individuele autobezitter.

5.4.1.4. Beoordeling door het EHRM

Wat volgt in de beoordeling, is een buitengewone opsomming van de eerdere jurisprudentie. Daarbij komt het accent te liggen op de vraag of ten tijde van de informatievordering sprake is van een criminal charge. Aan de hand van dat criterium wordt onderscheid aangebracht in de zaken (r.o. 41, 42, 43):

> '41. A perusal of the Court's case-law shows that there are two types of cases in which it found violations of the right to silence and the privilege against self-incrimination.
> 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).'

Dit is een belangrijke typering die samenvalt met het in dit hoofdstuk gehanteerde onderscheid tussen testimonial evidence en real evidence. Immers: in het geval van testimonial evidence

staat het gebruik van de verklaringen centraal. Het gaat dan zoals het EHRM dat noemt om het gebruik van belastend materiaal dat buiten de context van een strafrechtelijk onderzoek is vergaard. In de gevallen van real evidence speelt dat tijdens controle vergaard materiaal wel degelijk gebruikt mag worden in de strafzaak, maar dat geen beroep mag worden gedaan op actieve medewerking van een betrokkene wanneer sprake is van 'pending or anticipated criminal proceedings'. Deze vaststelling sluit aan bij de volgende overweging (r.o. 44):

> "However, it also follows from the Court's case-law that the privilege against self-incrimination does not per se prohibit the use of compulsory powers to obtain information outside the context of criminal proceedings against the person concerned."

Niet voor niets wijst het EHRM op de Saunders-zaak. Duidelijk gemaakt wordt dat het niet ging om het feit dat onder dwang verklaringen werden afgenomen, maar om het gebruik daarvan (r.o. 45):

> 'For instance, it has not been suggested in Saunders that the procedure whereby the applicant was requested to answer questions on his company and financial affairs, with a possible penalty of up to two years' imprisonment, in itself raised an issue under Article 6 § 1 (Saunders, ibid.; see also I.J.L. and Others, cited above, § 100). Moreover, in a recent case the Court found that a requirement to make a declaration of assets to the tax authorities did not disclose any issue under Article 6 § 1, although a penalty was attached to a failure to comply and the applicant was actually fined for making a false declaration. The Court noted that there were no pending or anticipated criminal proceedings against the applicant and the fact that he may have lied in order to prevent the revenue authorities from uncovering conduct which might possibly lead to a prosecution did not suffice to bring the privilege against self-incrimination into play (see Allen v. the United Kingdom (dec.), no. 76574/01, ECHR 2002-VIII). Indeed, obligations to inform the authorities are a common feature of the Contracting States' legal orders and may concern a wide range of issues (see for instance, as to the obligation to reveal one's identity to the police in certain situations, Vasileva v. Denmark, no. 52792/99, § 34, 25 September 2003).'

Het EHRM wijst niet voor niets op Allen v. UK. Daar betrof het immers de situatie dat iemand valse informatie (vermogensopgave) had verstrekt aan de autoriteiten. Die zaak lijkt in abstracto op die van de onderhavige, waarin het de onvolledige informatie betrof. Het EHRM overweegt dat er geen strafzaak aanhangig was (r.o. 50).

> 'The heart of the applicant's complaint is that he was punished for failure to give information which may have incriminated him in the context of criminal proceedings for speeding. However, neither at the time when the applicant was requested to disclose the driver of his car nor thereafter were these proceedings conducted against him.'

Het ging derhalve niet om de situatie dat sprake was van dwangbevoegdheden om informatie verkrijgen die gebruikt werd in een daaropvolgende strafzaak. Er wordt uitgebreid ingegaan op het feit dat er in de Weh-zaak geen sprake was van een criminal charge. Tekst noch moeite worden daartoe gespaard (r.o. 52-54):

> '52. Moreover, the present case differs from the group of cases in which persons, against whom criminal proceedings were pending or were at least anticipated, were compelled on pain of a penalty to give potentially incriminating information. In J.B. (cited above)

mixed tax-evasion and tax-assessment proceedings had already been opened against the applicant when he was requested to provide information on investments made by him. In Funke and in Heaney and McGuinnes (both cited above) criminal proceedings were anticipated, though they had not been formally opened, at the time the respective applicants were required to give potentially incriminating information. In Funke the customs authorities had a specific suspicion against
the applicant, in Heaney and McGuinness the applicants had been arrested on suspicion of terrorist offences.
53. In the present case the proceedings for speeding were conducted against unknown offenders, when the authorities requested the applicant under section 103 § 2 of the Motor Vehicles Act to disclose who had been driving his car on 5 March 1995. There were clearly no proceedings for speeding pending against the applicant and it cannot even be said that they were anticipated as the authorities did not have any element of suspicion against him.
54. There is nothing to show that the applicant was "substantially affected" so as to consider him being "charged" with the offence of speeding within the autonomous meaning of Article 6 § 1 (see Heaney and McGuinness, cited above, § 41, with a reference to Serves, also cited above, p. 2172, § 42). It was merely in his capacity as the registered car owner that he was required to give information. Moreover, he was only required to state a simple fact – namely who had been the driver of his car – which is not in itself incriminating.'

De belangrijkste overweging is dus dat er ten tijde van de informatievordering geen link was met een strafzaak; er was geen sprake van een criminal charge. Een dergelijke vervolging was aldus niet aan de orde ten tijde van het vorderen van de informatie. Hiernaast overweegt het EHRM dat Weh niet weigerde informatie te geven, maar zichzelf juist vrijpleitte. De meest duidelijke overweging is nog wel (r.o. 56):

'However, without a sufficiently concrete link with these criminal proceedings the use of compulsory powers (i.e. the imposition of a fine) to obtain information does not raise an issue with regard to the applicant's right to remain silent and the privilege against self-incrimination.'

Aldus, zo concludeert het Hof, gaat het in de onderhavige zaak niet om het gebruik in een strafzaak van buiten de context van een strafrechtelijke procedure onder dwang verkregen materiaal.

5.4.1.5. De 'dissenters'

De moeizame worsteling wordt gereflecteerd door het feit dat maar vier van de in totaal zeven rechters instemden met het oordeel dat er geen schending was van artikel 6 EVRM. De essentie van de kritiek van de drie dissenters is het best weer te geven met de stelling dat het oordeel van het EHRM getuigt van een onrealistische benadering van de feiten. In het arrest wordt immers gesteld dat er geen sprake was van een criminal charge. Hieromtrent overwogen de dissenters:

'Looking behind the appearances at the reality of the situation, criminal proceedings for speeding were with some probability contemplated against the applicant. In our opinion the request under section 103 § 2 was no more than a preliminary to such proceedings against the applicant (see Deweer v. Belgium, judgment of 27 February1980, Series A no. 35, p. 23-24, §§ 44-45). When the applicant was requested to disclose who had been

> the driver of his car at a specific time when it had been speeding, he was in a situation in which he was compelled on pain of a fine up to ATS 30,000 to give potentially incriminating information or to be punished for remaining silent. There is little doubt that the proceedings for speeding which were so far conducted against unknown offenders would have been turned into proceedings against the applicant had he admitted to having driven the car and, thus, furnished the prosecution with a major element of the case against him. In these circumstances the applicant was in our opinion "substantially affected" and therefore "charged" within the autonomous meaning of Article 6 § 1 (see Heaney and McGuinness, cited above, § 41, with a reference to Serves, also cited above, p. 2172, § 42) with the offence of speeding, once the request to divulge the driver of the car was made. The fact that eventually no criminal proceedings for speeding were brought against the applicant, does not remove his victim status (Funke, cited above, p. 20, § 39 and Quinn v. Ireland, no. 36887/97, §§ 43-46, 21 December 2000, unreported; see also, mutatis mutandis, Heaney and McGuinness, cited above, §§ 43-46).'

5.4.1.6. Conclusie

De conclusie aangaande de Weh-uitspraak is bijna het spiegelbeeld van het Jalloh-arrest. Hoewel met de dissenting rechters kan worden ingestemd dat de uitspraak getuigt van onrealisme, is de motivering van het arrest juridisch gezien uitermate consistent met eerdere rechtspraak.[731] Daarbij geldt dat de conceptuele indeling van de nemo teneturjurisprudentie de benadering in dit hoofdstuk in zekere zin verankert. Het EHRM maakt immers onderscheid tussen gevallen waarbij het gaat om het gebruik van afgedwongen bewijs (verklaringen) en die waarin geweigerd is informatie te verschaffen. Dat correspondeert met de gekozen tweedeling tussen testimonial en real evidence. Belangrijke variabele is daarbij de vraag of ten tijde van de informatievordering sprake was van een criminal charge.

De mogelijke aanwezigheid van de criminal charge toont gelijk het pijnpunt van het arrest. Het EHRM overwoog dat daar nog geen sprake van was. Met de dissenting rechters kan worden gesteld dat de verdenking zich onmiddellijk zou manifesteren wanneer Weh zichzelf als bestuurder had opgegeven: een onmogelijke positie dus. Gelet echter op het feit dat aangenomen werd dat nog geen 'link' met een strafzaak bestond, behoefde het EHRM zich niet uit te laten in hoeverre 'the public interest' een rechtvaardiging zou kunnen bieden voor een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel. Dat aspect komt in de volgende arresten aan de orde. Het is echter niet onaannemelijk dat hier op de achtergrond meespeelt dat het EHRM het systeem van de kentekenaansprakelijkheid hoe dan ook overeind wenst te houden.[732] De zaak Weh werd nog bevestigd door de vrijwel identieke zaak Rieg. Het EHRM zag geen aanleiding tot een ander oordeel te komen.[733]

---

[731]. Zie voorts Hartmann, a.w., p. 176: 'Verder is belangrijk dat het onderscheid, dat wordt gebruikt om de Gordiaanse knoop van medewerkingsplicht-zwijgrecht door te hakken, enigszins gekunsteld is. Of de te verstrekken informatie nu direct of indirect tot bestraffing kan leiden, maakt denk ik niet veel uit. Het enige wat plaatsvindt, is dat bestraffing van het niet of onjuist geven van informatie op grond van een medewerkingsplicht gesauveerd wordt, waarbij het gebruik van de verkregen inlichtingen slechts wordt belemmerd in een andere, strafrechtelijke procedure.'

[732]. Zie Stevens 2005, a.w., p. 23. Stevens denkt dat het EHRM het systeem van kentekenaansprakelijkheid koste wat kost overeind wilde houden.

[733]. EHRM 24 maart 2015, appl. nr. 63207/00, Rieg v. Oostenrijk.

5.4.2 EHRM 29 juni 2007, *AB* 2008/234 (O'Halloran en Francis v. VK)

5.4.2.1. Algemeen

De zaken van O'Halloran en Francis vormen in feite een uitvloeisel en continuering van de in Weh uitgezette koers. O'Halloran stelde dat hij veroordeeld was uitsluitend of overwegend op grond van een verklaring die hij gedwongen was af te leggen. De dwang bestond uit een sanctie gelijk aan de sanctie op het misdrijf. Francis; klacht hield in dat hij gedwongen was bewijsmateriaal te verschaffen voor de overtreding waarvan hij verdacht werd.

5.4.2.2. Omstandigheden van de zaken

Voor O'Halloran gold dat hij op 17 april 2000 van de 'police camera enforcement unit of the Essex Constabulary' een brief kreeg dat er fotografisch bewijs was dat de bestuurder van de wagen met kenteken T61 TBX zich schuldig had gemaakt aan een snelheidsovertreding. In de brief kreeg O'Halloran de vordering de identiteit van de bestuurder bekend te maken. Het niet voldoen aan die vordering was een zelfstandig strafbaar feit op grond van section 172 of the Road Traffic Act 1988. O'Halloran reageerde dat hij inderdaad de bestuurder was op het betreffende tijdstip. Op grond van die verklaring werd O'Halloran veroordeeld voor de snelheidsovertreding. De zaak van Francis begon op een vergelijkbare wijze. Ook hij kreeg een brief dat een auto met kenteken EYX 622 een snelheidsovertreding had begaan op 12 juni 2001. Ook Francis werd gevorderd de identiteit van de bestuurder kenbaar te maken. Francis beriep zich echter op zijn zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel. Daarop werd Francis veroordeeld voor het niet voldoen aan section 172 of the Road Traffic Act 1988.

5.4.2.3. Oordeel EHRM

O'Hallaran stelde dus dat hij gedwongen was een belastende verklaring over zichzelf te verschaffen, terwijl Francis gebruik maakte van zijn zwijgrecht en daarvoor werd bestraft. Deze verschillende omstandigheden is wat het EHRM allereerst vaststelt (r.o. 43):

> 'The Court first notes that the applicants were in different factual situations. Mr O'Halloran accepted that he had been the driver on the occasion in issue, and attempted, unsuccessfully, to have that evidence excluded from his trial. He was then convicted of speeding. Mr Francis refused to give the name of the driver at the time and date referred to in his Notice of Intended Prosecution, and was convicted for the refusal. The case of Mr O'Halloran appears at first sight to resemble that in Saunders (cited above), in which the applicant complained of the use in criminal proceedings of evidence which, he claimed, had been obtained in breach of Article 6. Mr Francis's case, on the other hand, would seem to be more similar to the cases in Funke (cited above), J.B. v. Switzerland (no. 31827/96, ECHR 2001-III), Heaney and McGuinness (cited above), and Shannon v. the United Kingdom, (no. 6563/03, 4 October 2005), in each of which the applicant was fined for not providing information, and in each of which the Court considered the fine independently of the existence or outcome of underlying proceedings.'

O'Hallaran wordt met de Saunders-situatie vergeleken, vanwege zijn onder dwang afgelegde verklaring. Terwijl het EHRM zelf al de link legt tussen Francis en de zaken Funke, Shannon en Heaney and McGuinness. Die drie zaken hebben de weigering gemeen informatie te verstrekken terwijl sprake was van een criminal charge. Nu komt het EHRM in mijn optiek tot een wat gekunstelde opbouw. Wat hij namelijk doet is het toepassen van de 'Jalloh'-criteria op de zaak. Echter, duidelijk wordt waar het hart van de overweging in schuilt, namelijk dat bestuurders van automobielen geacht worden zich vrijwillig aan een bepaald toezichtsregime te onderwerpen. Volgens Barkhuysen en van Emmerik lijkt het erop dat het EHRM heeft meegewogen

dat verkeersdeelnemers, door zich op de weg te begeven, hebben ingestemd met het afstand doen van het zwijgrecht.[734] Dat maakt echter de bespreking aan de hand van de Jalloh-criteria overbodig. Immers, die uitzondering leidt ertoe dat aan automobilisten beperkingen van fundamentele regels kunnen worden opgelegd. Het EHRM overweegt allereerst dat hij zich aan de hand van de Jalloh-criteria zal richten op de aard en mate van de dwang die is uitgeoefend om bewijs te verkrijgen, vervolgens op de aanwezigheid van relevante procedurele waarborgen en tot slot op het gebruik van het verkregen materiaal. Over de aard en mate van dwang overweegt het EHRM (r.o. 56):

> 'The nature and degree of the compulsion used to obtain the evidence in the case of Mr O'Halloran, or to attempt to obtain the evidence in the case of Mr Francis, were set out in the Notice of Intended Prosecution each applicant received. They were informed that, as registered keepers of their vehicles, they were required to provide the full name and address of the driver at the time and on the occasion specified. They were each informed that failure to provide the information was a criminal offence under section 172 of the Road Traffic Act 1988. The penalty for failure by the applicants to give information was a fine of up to GBP 1,000, and disqualification from driving or an endorsement of three penalty points on their driving licence.'

In het bijzonder overweegt het EHRM dat de dwang van een directe aard was, maar stelt daarbij (r.o. 57):

> 'The Court notes that, although both the compulsion and the underlying offences were "criminal" in nature, the compulsion flowed from the fact, as Lord Bingham expressed it in the Privy Council in the case of Brown v. Stott (see paragraph 31 above), that "[a]ll who own or drive motor cars know that by doing so they subject themselves to a regulatory regime. This regime is imposed not because owning or driving cars is a privilege or indulgence granted by the State but because the possession and use of cars (like, for example, shotguns ...) are recognised to have the potential to cause grave injury". Those who choose to keep and drive motor cars can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles, and in the legal framework of the United Kingdom these responsibilities include the obligation, in the event of suspected commission of road-traffic offences, to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion.'

---

[734]. Zie T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik in de noot bij EHRM 29 juni 2007, nr. 15809/02, nr. 25624/02, *AB* 2008, 234 (punt 4): 'Het Hof moet naar ons oordeel daarmee tot nogal gewrongen redeneringen komen om het zwijgrecht in casu niet geschonden te achten en de Britse regeling ongemoeid te laten. De oorzaak daarvan is het feit dat de huidige art. 6 EVRM jurisprudentie dwingt tot een digitale 'alles of niets' benadering. Deze impliceert dat hoe licht een sanctie ook is, zodra deze punitief is, in beginsel alle strafrechtelijke waarborgen – inclusief het zwijgrecht – van art. 6 EVRM van toepassing zijn. Het had daarom meer voor de hand gelegen om aan te sluiten bij de zogenaamde Jussila-lijn (EHRM 23 november 2006, *AB* 2007, 51, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik). Deze houdt in dat art. 6 EVRM onder zijn 'criminal charge'-vlag van toepassing is op alle (bestuurlijke dan wel strafrechtelijke) boetes, hoe licht deze ook zijn. Vervolgens kan echter gedifferentieerd worden naar de toepasselijkheid van de verschillende waarborgen naar gelang het terrein dat aan de orde is ('hard core criminal law' of niet). In deze lijn is er veel voor te zeggen dat op het terrein van lichte verkeersboetes de eisen van art. 6 EVRM, in casu het zwijgrecht, niet ten volle te laten gelden.' Vergelijk de 'Falk' zaak EHRM 19 October 2004, appl.nr. 66273/01. De Nederlandse regeling van risicoaansprakelijkheid voor kleine verkeersdelicten hield in dat de kentekenhouder aansprakelijk is ongeacht of hij zegt dat iemand anders had gereden. Het EHRM oordeelde dat deze regeling niet in strijd was met artikel 6 EVRM, omdat er voldoende procedurele waarborgen bestonden voor de kentekenhouder om zich te verweren tegen de boeteoplegging. De kentekenaansprakelijkheid staat dus niet aan de weg aan de onschuldbeginsel.

Een ander aspect waar het EHRM de nadruk oplegt is de beperkte dwang die in de zaken is toegepast (par.58):

> 'A further aspect of the compulsion applied in the present cases is the limited nature of the inquiry which the police were authorised to undertake. Section 172(2)(a) applies only where the driver of the vehicle is alleged to have committed a relevant offence, and authorises the police to require information only "as to the identity of the driver". The information is thus markedly more restricted than in previous cases, in which applicants have been subjected to statutory powers requiring production of "papers and documents of any kind relating to operations of interest to [the] department" (see Funke, cited above, § 30), or of "documents, etc., which might be relevant for the assessment of taxes" (see J.B. v. Switzerland, cited above, § 39).'

De kern van het arrest komt tot uiting in de slotoverweging (r.o. 62):

> 'Having regard to all the circumstances of the case, including the special nature of the regulatory regime in issue and the limited nature of the information sought by a notice under section 172 of the Road Traffic Act 1988, the Court considers that the essence of the applicants' right to remain silent and their privilege against self-incrimination has not been destroyed.'

5.4.2.4. Kritiek van rechter Borrego Borrego

Hoewel rechter Borrego Borrego instemde met het oordeel van het EHRM, heeft hij kritiek op de motivering ervan. Deze rechter hekelt de opbouw van het arrest aan de hand van de Jalloh criteria:

> 'I believe that the Court is on the wrong track in the present case. This is made no less true by the fact that the circumstances of the Jalloh case are very different to those of the present case (see paragraph 54) – something which, moreover, seems obvious to me – or by the fact that the examination of the Jalloh judgment (see paragraph 55) is confined to just some of the principles set out therein.'

Volgens Borrego Borrego had volstaan kunnen worden met:

> 'It would have been sufficient to say, in line with the approach adopted by the Privy Council (see paragraph 31) and others, that by owning and driving a motor car, the human citizen accepts the existence of the motor-vehicle regulations and undertakes to comply with them in order to be able to live as a member of society. These regulations clearly entail certain responsibilities, which form the subject of the applications we have examined today. End of story.
> In the instant case, citing the entire case-law on the right to remain silent and the privilege against self-incrimination and then applying the resulting principles in order to arrive at a conclusion which merely adds a further shade of nuance complicates matters for no good reason.'

5.4.2.5. Dissenting opinies van rechters Pavlovschi en Myjer

Aan het oordeel in de zaken O'Halloran en Francis kleeft een groot juridisch en rechtspolitiek vraagstuk. Dit heeft betrekking op het feit dat 'the public interest' als argument aangewend wordt om feitelijk een inbreuk te rechtvaardigen op het nemo tenetur-beginsel. Het publieke

belang van verkeersveiligheid prevaleert hier boven het individuele belang van rechtsbescherming. Zoals rechter Myjer aangeeft luidt de redenering in wezen dat automobilisten impliciet afstand hebben gedaan van bepaalde rechten door verplichtingen te aanvaarden, die voortvloeien uit de bescherming van de verkeersveiligheid. In hoofdstuk 2 werd er al op gewezen dat voor wat betreft het ordeningsrecht bepaalde inbreuken op rechten vanuit die gedachtegang werden verklaard. Myjer wijst er echter terecht op dat deze argumentatie in strijd is met de eerdere rechtspraak van het EHRM. Daar werd al op gewezen bij de bespreking van het Jalloh-arrest. Myjer schrijft over 'the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue':

> 'This is, moreover, a new criterion which is incompatible with the established case-law that the use of incriminating statements obtained from the accused under compulsion in such a way as to extinguish the very essence of the right to remain silent cannot in principle be justified by reference to the public interest served.'

Die eerdere rechtspraak hield in dat artikel 6 EVRM van toepassing was op alle type strafzaken. Juridisch gezien is de uitspraak dus niet houdbaar, wanneer deze getoetst wordt aan eerdere rechtspraak. Rechter Pavlovschi werpt daarnaast nog een meer fundamentele rechtspolitieke vraag op:

> 'Furthermore, if we accept policy reasons as a valid ground for violation of the prohibition of compulsory self-incrimination or the presumption of innocence for offences which present a minor danger, why not accept the same approach to areas of legitimate public concern which might justify encroaching on the absolute nature of Article 6 rights: terrorism, banditry, murder, organised crime and other truly dangerous forms of criminal behaviour?
> If the public interest in catching minor offenders (persons committing speeding or parking offences) is so great as to justify limitations on the privilege against self-incrimination, what would be the position when the issue concerned serious offences? Is the public interest in catching those who commit crimes which cost people's lives less great than in catching those who slightly exceed the speed limit?
> In my view it is illogical for persons who have committed minor offences to find themselves in a less favourable situation than those who have committed acts which are truly dangerous to society.
> I am very much afraid that if one begins seeking to justify departures from the basic principles of modern criminal procedure and the very essence of the notion of a fair trial for reasons of policy, and if the Court starts accepting such reasons, we will face a real threat to the European public order as protected by the Convention.
> My understanding is the following. I think that in such situations any Contracting State to the Convention has just two options – either to prosecute offenders in full compliance with the requirements of Article 6 or, if that is not possible owing to the huge number of offences committed by the population, to decriminalise an act which is so widely committed that it can be considered as normal rather than exceptional. In my view, there should be no "third way" in the field of criminal liability.'

Op zichzelf laat het EHRM wel enige ruimte open voor differentiatie in de mate van rechtsbescherming. Zo hoeven voor minder ingrijpende boetes niet alle rechtswaarborgen van artikel 6 EVRM te gelden. Dit kwam aan de orde in het Jussila-arrest (EHRM 23 november 2006, *AB* 2007, 51, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (Jussila t. Finland). Zulke 'differentiatie' is toch moeilijk te rijmen met de overwegingen van het EHRM waarin het zwijgrecht en het nemo

tenetur-beginsel aangemerkt worden als ten grondslag liggende aan de kern van een eerlijk proces. De zaken O'Halloran and Francis worden ten slotte bevestigd in Lückhof en Spanner, waarin het EHRM tot exact hetzelfde oordeel kwam, onder vrijwel identieke omstandigheden.[735]

5.4.3. EHRM 18 maart 2010, nr. 13201/05 (Krumpholz v. Oostenrijk)

5.4.3.1. Algemeen
De zaak Krumpholz kan worden gezien als de grens van de kentekenaansprakelijkheid in relatie tot het nemo tenetur-beginsel. In deze zaak stelt het EHRM paal en perk aan het gebruik van het stilzwijgen van de verdachte voor de bewijsoncstructie.

5.4.3.2. Omstandigheden van de zaak
De auto die op naam stond van de verdachte werd op 26 februari 2003 waargenomen met een radardetectie, met een snelheid van maar liefst 181 km/h, waar de maximumsnelheid 130 km/h was. Net als in de andere verkeerszaken werd Krumpholz gelast de naam en adres van de bestuurder op voornoemde datum te verschaffen. Krumpholz gaf echter geen reactie. Daarop werd hem een geldelijke boete opgelegd van 181 euro voor de snelheidsovertreding. Daarnaast werd hem een boete van 181 euro opgelegd voor het verzuim te voldoen aan de verplichting de identiteit van de bestuurder te verschaffen.

In de vervolgprocedure verviel de boete voor de weigering te voldoen aan de verplichting. Echter, in de procedure naar de snelheidsovertreding werd geconcludeerd dat Krumpholz de bestuurder was, gelet op zijn weigering aan die identiteitsverplichting te voldoen. Dit was in lijn met vaste jurisprudentie van de 'Administrative Court'.

5.4.3.3. Beoordeling door het EHRM
Het EHRM overweegt dat in de huidige zaak de autoriteiten geen gebruik maakten van de mogelijkheid de verdachte te straffen voor de weigering de identiteit van de betreffende bestuurder te onthullen. Die procedure was juist beëindigd. Verdachte werd daarentegen veroordeeld voor de snelheidsovertreding an sich. Onder het Oostenrijkse recht bestond geen bepaling dat de geregistreerde kentekenhouder geacht werd de bestuurder te zijn ten tijde van de snelheidsovertreding, tenzij het tegendeel zou zijn bewezen. De Oostenrijkse regering stelde dat het 'Independent Administrative Panel' conclusies trok uit de wijze waarop de verdachte zijn verdediging voerde in een situatie die duidelijk vroeg om een verklaring. Het EHRM is niet overtuigd van deze redenering van de Oostenrijkse regering. Het enige bewijs waar het Independent Administrative Panel over beschikte was de registratie van de snelheidsovertreding en de verklaring van de politieagent dat de registratie op correcte wijze had plaatsgehad ('had been duly made'). Er was geen bewijs omtrent enige identiteit van de bestuurder. Daarbij had de Independent Administrative Panel de geschreven verklaring van de verdachte, waarin hij claimed dat hij niet de auto had bestuurd. Hij was naar zijn zeggen zelfs niet in Oostenrijk op het betreffende tijdstip, en was niet in een positie om de naam en adresgegevens aan te leveren, aangezien de auto regelmatig gebruikt was door een aantal personen. In die situatie kan niet de enige 'common-sense' conclusie zijn dat de verdachte de bestuurder was geweest. Door te verlangen dat betrokkene een verklaring gaf, ook al was er geen overtuigende 'prima facie' zaak tegen hem, werd de bewijslast op betrokkene gelegd. Daarbij waren er onvoldoende procedurele waarborgen. Voorts overwoog het Independent Administrative Panel dat het niet verplicht was om een hoorzitting te houden, tenzij betrokkene daar zelf om vroeg. Aldus verschoof niet alleen de

[735]. EHRM 10 januari 2008, appl. nrs. 58452/00 en 61920/00 (Lückhof en Spanner).

bewijslast naar betrokkene maar ook de verantwoordelijkheid om de procedure te voeren. Deze omstandigheden tezamen maakten dat het zwijgrecht van betrokkene en de onschuldpresumptie werden geschonden.

5.4.4. Tussenconclusie kentekenjurisprudentie

Qua rechtsinterpetatie omtrent het nemo tenetur-beginsel vertonen de besproken 'verkeerszaken' een verrassende paradox. Die bestaat eruit dat de uiteengezette visie van het EHRM de eerder verdedigde analyse van de reikwijdte van nemo tenetur ondersteunt. Het EHRM deelt in de Weh v. Oostenrijk zaak haar eigen jurisprudentie in op een wijze waarvan de strekking parallel loopt met de conceptuele benadering in dit hoofdstuk. Daarbij geldt voor de vraag of sprake is van een inbreuk bij zaken waarbij sprake is van real evidence, dat bepalend is of ten tijde van die informatievordering sprake is van een criminal charge. Het meest treffend wordt dit verwoord door de stelling omtrent de aanwezigheid van een 'link met een strafrechtelijke procedure'. Daarbij heeft het EHRM zich in de Weh v. Oostenrijk zaak in gekunstelde bewoordingen gewrongen, teneinde te construeren dat die 'strafrechtelijke link' zich niet voordeed op moment dat informatie gevorderd werd. Die juridische duiding van de zaak is op ernstige kritiek komen te staan van de dissenters. Tegelijkertijd – dat is het paradoxale – illustreert die artificiële benadering om maar geen strafrechtelijke link aan te nemen het belang van die eventuele aanwezigheid in relatie tot de toepasbaarheid van het nemo tenetur-beginsel.

Anderzijds is opmerkelijk dat het EHRM in weerwil van haar eigen ondubbelzinnige jurisprudentie omtrent de toepasbaarheid van artikel 6 EVRM duidelijk aangeeft dat het 'publieke belang' hier dient te prevaleren boven het nemo tenetur-beginsel. Deze rechtspolitieke opvatting is ingegeven door de verhouding tussen het zwijgrecht van de individuele verdachte en het belang van de algemene verkeersveiligheid. De vraag is of deze relativering betekenis heeft buiten het verkeersrecht. Alkema wierp in zijn annotatie bij O' Halloran en Francis v. VK (*NJ* 2008/25) de vraag op of de mogelijkheid wordt geopend tot differentiatie tussen groepen bij de toepassing van artikel 6 EVRM. In dat verband wijst hij bijvoorbeeld op vergunninghouders voor risicovolle milieuactiviteiten. Voor een dergelijke groep geldt een permanente verplichting gegevens te verstrekken ten behoeve van volksgezondheid of milieu. Alkema acht het vreemd dat dankzij het nemo tenetur-beginsel dergelijke gegevens niet gebruikt zouden mogen worden in ándere, commune, strafprocedures. Uit de analyse van de EHRM-jurisprudentie in dit hoofdstuk volgt dat de genoemde relativering beperkt moet blijven tot het verkeersrecht. Telkenmale heeft het EHRM overwogen dat de aard van het 'ordeningsrecht' geen inbreuk rechtvaardigt op het nemo tenetur-beginsel (vgl. dit onderdeel van de Saunders-zaak, behandeld in paragraaf 5.2.3.). Deze ondubbelzinnige formulering werd na de hier besproken 'kentekenjurisprudentie' wederom bevestigd in de Marttinen uitspraak (welke in paragraaf 5.5.2. aan de orde komt). Van cruciaal belang daarbij vormt de omstandigheid dat het Marttinen-arrest van latere datum is (21 april 2009), terwijl de oorspronkelijke opvatting over de relatie tussen het nemo tenetur-beginsel en de 'public interest' aldus gehandhaafd blijft. Er zijn derhalve geen aanwijzingen dat het EHRM – anders dan in de verkeersrechtelijke context – is teruggekomen op haar uitgangspunt aangaande de verhouding tussen de toepassing van het nemo tenetur-beginsel en 'the public interest'.

5.5. Normering van de sfeercumulatie

5.5.1. EHRM 20 oktober 1997, *NJ* 1998/758, m.nt. Knigge (Serves v. Frankrijk).

De zaak Serves kan beargumenteerbaar worden bezien in het licht van de sfeercumulatie. Serves is namelijk aanvankelijk verdachte, terwijl hij later als getuige wordt gehoord. Derhalve

doet het probleem van procedurele cumulatie zich voor, terwijl de verschillende procedures op verschillende uitgangspunten gebaseerd zijn. Er geldt immers een zwijgrecht voor de verdachte en een spreekplicht voor de getuige. In de zaak Serves tegen Frankrijk wordt hij beboet voor het weigeren de eed af te leggen, alsmede het weigeren te verklaren als getuige voor een onderzoeksrechter. Het vraagstuk waarvoor het EHRM zich geplaatst ziet is het beoordelen of de weigering die eed af te leggen neerkwam op zodanige dwang, dat het nemo tenetur-beginsel werd geschonden. Het EHRM komt slechts met zes tegen drie stemmen tot die dergelijke schending.

5.5.1.1. Omstandigheden van de zaak

Serves was kapitein in het Franse leger; compagniecommandant van het onderdeel parachutisten van het Vreemdelingen Regiment. Op 5 april 1988 vertrok de compagnie op een 'provinciale tour' in de Awajaba regio ten noorden van de Centraal Afrikaanse Republiek. Op 11 april 1988 instrueerde Serves zijn pelotonscommandanten dat er stropers waren waargenomen in het presidentiele reservaat en het Bamingui-Bangoran nationale park. Er zou een 'onofficiële' onderzoeksmissie uitgevoerd moeten worden. Severs deelde mede dat waargenomen stropers onderschept moesten worden. Indien noodzakelijk zouden er waarschuwingsschoten gelost worden, waarop de stropers zouden vluchten. De operatie begon in de ochtend van 13 april 1988. Op 14 april 1988 kwam een patrouille van het tweede peloton twee inboorlingen tegen die voor de soldaten wegvluchtten. Staf sergeant B. vuurde twee schoten waarbij hij één van de vluchtenden in zijn been raakte. Luitenant C. ging ter plaatse samen met de hospik van het peloton. De gewonde man werd behandeld en vervolgens meegenomen naar het kamp. Daar beval luitenant C. aan Korporaal D. een graf te graven. Nadat de gewonde man ondervraagd was werd deze met vijf schoten door Korporaal D. geëxecuteerd en begraven.

Serves werd op 15 of 16 april 1988 van het voorval op de hoogte gesteld. Hij beval daarop zijn manschappen hierover te zwijgen. In zijn officiële rapport over het gebeuren werd geen melding gemaakt van het incident. Op 20 mei 1988 werd door de openbaar aanklager van het Parijs' Militair District een onderzoek geïnitieerd. Op 24 mei 1988 werd Serves aangeklaagd voor doodslag en op 23 juni 1988 zelfs voor moord. Naast Serves werden ook andere militairen van zijn compagnie aangeklaagd voor moord, dan wel het ondersteunen en verdoezelen daarvan. Om procedurele redenen werd dit eerste onderzoek niet-ontvankelijk verklaard. Onder meer was verzuimd de visie van de Minister van Defensie te betrekken in het onderzoek. Vervolgens werd enkel een justitieel onderzoek verricht naar de aanklacht van moord, met betrekking tot Luitenant C. en Korporaal D. Op 19 april 1990 werden zij daartoe aangeklaagd. In relatie tot dit onderzoek werd Serves opgeroepen om als getuige te verklaren. Op drie verschillende data werd hij opgeroepen maar weigerde hij om de eed als getuige af te leggen en te verklaren. Wegens die weigering werd Serves veroordeeld tot geldboetes van respectievelijk 500 francs, 2.000 francs en 4.000 francs.

Serves kwam op tegen deze beslissingen. Zijn hoofdargument was dat er incriminerend bewijs tegen hem was, hetgeen een 'charge' tegen hem mogelijk kon maken. Derhalve kon hij niet als getuige onderzocht worden zonder dat inbreuk gemaakt werd op artikel 6 van de Conventie. Op 29 October 1990 hield de Indictment Division of the Paris Court of Appeal de dwangbevelen overeind:

> "The application for a judicial investigation and the subsequent steps in the investigation were declared void in the judgment of 9 October 1989 of the body supervising the judicial investigation, and it follows from Article 173 of the Code of Criminal Procedure that no information against parties to the proceedings may be derived from documents

> declared void, 'which have been removed from the investigation file and filed in the registry', at peril of committing criminal malfeasance in public office in the case of judges and on pain of disciplinary proceedings being taken in the case of defence counsel.
> Consequently, even if the witness Paul Serves is of the view that his counsel's reference to documents declared void does not adversely affect him, the body supervising the investigation cannot take the same view without contravening Article 173 cited above, thereby rendering its members liable to prosecution as provided in that Article."

Wegens medeplichtigheid aan moord wordt Serves uiteindelijk veroordeeld tot een gevangenisstraf van vier jaar, waarvan één voorwaardelijk.

5.5.1.2. Beoordeling door het EHRM

Toepasbaarheid van 6 EVRM
Alvorens het EHRM toekomt aan de beoordeling van het nemo tenetur-vraagstuk, is de toepasbaarheid van artikel 6 EVRM aan de orde. De Franse regering stelde namelijk dat Serves niet 'charged' was in het stadium van het geding. Dienaangaande overwoog het EHRM daarentegen dat Serves beschouwd kon worden als 'the subject of a "charge" within the autonomous meaning of Article 6 § 1'. Daartoe overwoog hij het volgende. Allereerst herhaalt hij haar standaardoverweging dat het concept charge een autonome betekenis heeft in de context van het EVRM en niet enkel gebaseerd is op 'domestic law'. Voorts wijst hij op nadere omstandigheden. Het preliminaire onderzoek dat op 18 mei 1988 begon betrof vier militairen, waaronder Serves. Daarbij omschreef de meerdere van Serves, kolonel Larrière, de betrokkenheid van Serves in detail en concludeerde hij dat Serves de volledige verantwoordelijkheid droeg voor het gebeuren. Tevens werd in het kader van de applicatie voor het strafrechtelijk onderzoek op 29 mei 1988 expliciet gerefereerd aan Serves, die op 24 mei 1988 en 23 juni 1988 voor respectievelijk doodslag en moord werd aangeklaagd. Weliswaar werd dit eerste onderzoek ongeldig verklaard, het bewijsmateriaal waarop dit onderzoek was gebaseerd werd echter niet verwijderd. In het licht van dat bewijsmateriaal werd zelfs het onderzoek naar luitenant C. en korporaal D. heropend. Deze omstandigheden tezamen maken dat, toen Serves opgeroepen werd als getuige en beboet werd voor zijn weigering te verklaren, sprake was van een (criminal) 'charge'.

Gestelde schending van het nemo tenetur-beginsel
Wie na de lezing van het voorgaande de indruk krijgt dat het EHRM geneigd zal zijn een schending van het nemo tenetur-beginsel aan te nemen, komt bedrogen uit. Serves stelde dat door de oproeping als getuige te verschijnen, in plaats om hem verder in formele staat van beschuldiging te stellen, de onderzoeksrechter ondraaglijke druk op hem plaatste hemzelf te incrimineren. Als getuige was hij immers op straffe van dwang verplicht de eed af te leggen de waarheid te vertellen en vragen te beantwoorden. Om het risico op zelf-incriminatie te voorkomen weigerde hij de eed af te leggen en te verklaren.

Van regeringszijde werd aangevoerd dat het aan de onderzoeksrechter was te bepalen of er "substantial, consistent evidence of guilt" tegen Serves bestond; wat mee zou moeten brengen dat hij niet als getuige gehoord zou kunnen worden. Het feit dat Serves in de eerste fase van het onderzoek charged was geweest, kon niet in dat oordeel betrokken worden omdat dit onderzoek 'nietig' was verklaard. Tevens wees de regering er op dat in het geval Serves wel 'charged' was geweest, hij mogelijk een beroep had kunnen op het hof van appèl een verklaring kunnen krijgen dat zijn 'deposition was void'. Daarbij was volgens de Franse regering geen sprake van een

verband tussen gebeurtenissen en het feit dat Serves op een veel later tijdstip (mei 1992) voor de tweede keer charged was.

Het EHRM overweegt allereerst dat het niet haar taak is om te beoordelen of de onderzoeksrechter onder het Franse recht een taak had om Serves in staat van beschuldiging te stellen. Haar taak is te beslissen of de beboeting van Serves op grond van het betreffende Franse recht neerkwam op zodanige dwang, dat het zijn recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren ineffectief maakte. Enerzijds begrijpt het EHRM dat Serves vrees had dat sommige verklaringen die hij wellicht zou afleggen zelf-incriminerend zouden zijn. Het zou hem dan vrij gestaan hebben te weigeren vragen te beantwoorden die in die richting zouden wijzen. Anderzijds vervolgt het EHRM (r.o. 47):

> 'It appears, however, from the interview records, which the applicant signed, that he refused at the outset to take the oath. Yet the oath is a solemn act whereby the person concerned undertakes before the investigating judge to tell, in the terms of Article 103 of the Code of Criminal Procedure, "the whole truth and nothing but the truth". Whilst a witness's obligation to take the oath and the penalties imposed for failure to do so involve a degree of coercion, the latter is designed to ensure that any statements made to the judge are truthful, not to force witnesses to give evidence.
> In other words, the fines imposed on Mr Serves did not constitute a measure such as to compel him to incriminate himself as they were imposed before such a risk ever arose. Consequently, there has been no violation of Article 6 § 1.'

Het EHRM zegt hier dus mede dat de beboeting van Serves betrekking had op de weigering de eed af te leggen. Hiermee wordt als het ware een onderscheid aangebracht tussen de weigering van aflegging van de eed en de weigering te verklaren. Het is de vraag of dit onderscheid niet te kunstmatig is. Inderdaad wijzen de dissenting rechters daar op. Rechters Pekkanen, Wildhaber en Makarczyk stellen namelijk:

> 'It is true that a witness's obligation to take the oath serves to ensure that any statements made to the judge are truthful. In the circumstances of the case, however, we consider that the applicant must in fact have felt that he would be forced to give evidence once he took the oath. In our view, this was not so much "a degree of coercion" (see paragraph 47 of the judgment) as "definite coercion". The Court has held on several occasions that the right of any person charged to remain silent and not to incriminate himself lies at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 of the Convention. That right is at stake in the present case. By insisting on the applicant's obligation to take the oath, without giving him an opportunity to explain the reasons for his refusal, the investigating judge put him in the position prohibited by Article 6 § 1 of the Convention. He must in reality have felt forced to give evidence that could incriminate him. It is of little consequence, in the circumstances of the case before us, whether he was under that obligation as a person charged or as a witness.'

5.5.1.3. Conclusie: Serves-arrest achterhaald?

In het verlengde van 'geen *charge* want te hypothetisch' neemt het EHRM geen inbreuk op 6 EVRM aan in het geval er wel sprake is van een *charge*, maar zelfbelasting zich nog niet heeft gerealiseerd en slechts een risico vormt (Serves). Net als bij Weh was de door Serves beweerde inbreuk te weinig concreet. Serves had immers nog niets gezegd wat hem zou kunnen belasten. Pas als Serves een boete had gekregen omdat hij had geweigerd antwoord te geven op gestelde vragen die hem als getuige werden gesteld, zou er sprake kunnen zijn van schending van artikel

6, aldus het EHRM. Hoewel dit vrijwel zeker gebeurd zou zijn als Serves wel de eed had afgelegd en vervolgens op bepaalde vragen geen antwoord had gegeven (terwijl hij dit als getuige wel verplicht was), wilde het EHRM niet zo ver gaan om die nog theoretische situatie nu al mee te nemen in de uitspraak. In de dissenting opinon wordt ernstige kritiek geleverd op het rechtsoordeel. Het onderscheid dat het EHRM hier aanbrengt is flinterdun en zeer kunstmatig. Dit geldt temeer gelet op de aanzienlijke beschuldiging tegen Serves, aangaande een levensdelict, begaan onder zijn vermeende verantwoordelijkheid als officier.

De vraag is of het Serves-arrest niet als achterhaald moet worden beschouwd, gelet op de in de volgende paragrafen te bespreken arresten Shannon en Marttinen. Het EHRM kwam in die zaken onder vergelijkbare omstandigheden tot het oordeel dat wel sprake was van een inbreuk op artikel 6 EVRM.[736] In constrast tot de Serves zaak zijn het volgende drietal zaken relevant. In de zaak Lutsenko (EHRM 18 december 2008, Applicatie nr. 30663/04) speelt onder anderen het belastende gebruik van verklaringen van de medeverdachte. Die had als getuige belastende verklaringen afgelegd over zichzelf, terwijl hij juist onder strafdreiging verplicht was geweest tot antwoorden. Het gebruik van die belastende verklaringen, in afwezigheid van procedurele waarborgen, werd aangemerkt als schending van het nemo tenetur-beginsel.[737] Wel moet worden opgemerkt dat deze zaak sterk in het teken staat van die onmogelijkheid de medeverdachte als getuige te horen.

In de zaak 'Shabelnik' (EHRM 19 februari 2009, Applicatie nr. 16404/03) werd de verzoeker als getuige gehoord terwijl bleek dat hij zichzelf in dat getuigenverhoor aan het belasten was (r.o. 57). Niettemin werd hij pas na tien dagen in staat van beschuldiging gesteld. In de tussenliggende periode werd Shabelnik steeds voorgehouden dat hij tot antwoorden verplicht was. Bij weigering maakte hij zichzelf schuldig aan een strafbaar feit. Daarbij werd hij echter ook gewezen op zijn recht zichzelf niet te belasten. (Dit doet overigens denken aan de situatie van Heaney en McGuinness, besproken in paragraaf 5.2.4.) Het EHRM overwoog dat dit voor Shabelnik verwarrend moet zijn geweest. Dit geldt temeer nu hij in deze periode geen bijstand had van een advocaat. Bovendien werd zijn veroordeling vrijwel uitsluitend op die door hem afgelegde getuigenverklaring gebaseerd.[738]

---

[736]. R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2011, p.88.

[737]. De medeverdachte betoogde dat de bekentenis die hij (als getuige) onder dwang was afgelegd. Het EHRM oordeelde dat dit de verklaring onbetrouwbaar maakte en daarom alleen tegen Lutsenko met 'extreme voorzichtigheid' gebruikt had mogen worden (zie r.o. 51). De getuige kon in de zaak tegen Lutsenko echter niet ter zitting worden gehoord, terwijl deze nu juist wel een doorslaggevende rol speelde in de bewijsvoering tegen Lutsenko. Zie verder r.o. 52 EHRM 18 december 2008, appl. nr. 30663/04 (Lutsenko):'Regard being had to the fact that, as noted above, the confessional depositions of Mr N.L., whom the applicant was unable to confront in an open court, given by him in the absence of procedural guarantees against self-incrimination, were used to a decisive degree for establishing the facts material for the qualification of the applicant's actions, the Court finds that the rights of the defence were restricted to an extent which compromised the fairness of the proceedings as a whole.'

[738]. Zie r.o. 59:'Furthermore, notwithstanding the Government's arguments that the applicant's right to silence was protected in domestic law and that there was no evidence that he was ill-treated in order to confess, the circumstances of the case suggest that his testimonies were obtained in defiance of his will. Although the applicant failed to substantiate any physical coercion by the investigators, the fact that another person within the same proceedings also confessed to the murder of Mrs K. and retracted his statement, alleging coercion by the same investigator, could raise reasonable doubts as to the practices of the investigator in the present case. In addition, the applicant, having been warned about criminal liability for refusal to testify and at the same time having been informed about his right not to testify against himself, could have been confused, as he alleged, about his liability for refusal to testify, especially in the absence of legal advice during that interview. It should be further noted that although the applicant had retracted his testimonies during the court hearings the domestic authorities based his conviction for the murder of Mrs K. to a decisive extent, if not solely, on these self-incriminating statements. The statements did not in fact contain any information which was not already known to the investigators (in contrast to the case of the

In het arrest 'Balitskiy' (EHRM 3 november 2011, appl. nr. 12793/03) speelde een belangrijke rol dat de verdachte toegang tot een advocaat was onthouden door het 'herclassificeren' van de aanklacht. Het EHRM duidt dit als 'malpractice'. Verdachte werd namelijk verhoord in verband met een 'administratief delict' ('hooleganisme'), in plaats van de moord waar hij feitelijk van werd verdacht. Op die wijze werd van rechtswege verplichte bijstand door een advocaat buiten werking gesteld (zie r.o. 40).[739] Het EHRM achtte schending van het nemo tenetur-beginsel aan de orde gelet op de omstandigheden van de zaak. Het verhoor vond plaats zonder advocaat en er waren aanwijzingen dat op de verdachte ontoelaatbare dwang was uitgeoefend. (Bij de overweging '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' wordt ook expliciet verwezen naar de hiervoor aangehaalde Shabelnik zaak).

5.5.2. EHRM 4 oktober 2005, *NJCM-Bulletin* 2006/3 (Shannon v. Verenigd Koninkrijk)

5.5.2.1 Omstandigheden van de zaak

In Shannon draaide het er in essentie om dat een verdachte van een strafbaar feit verplicht werd om in een andere zaak verklaringen af te leggen. Daarbij gold dat niet uitgesloten kon worden dat die verklaringen gebruikt zouden kunnen worden in de zaak waarin Shannon reeds verdachte was. De zaak vormt daarmee een cumulatie van procedures, waarbij het gevaar van aantasting van het zwijgrecht bestaat.

Shannon was voorzitter van de 'Irish Republican Felons Club'. In mei 1997 voerde de politie een huiszoeking uit bij deze vereniging en nam enkele documenten in beslag. Vervolgens werd Shannon verplicht om te verschijnen bij een interview met een financieel onderzoeker, onder de 'Proceeds of Crime (Northern Ireland) Order 1996'. Op 27 januari 1998 woonde hij dat interview bij en beantwoordde alle vragen. Op 16 april 1988 werd een aanklacht geuit tegen Shannon op grond van 'false accounting and conspiracy to defraud'.

Vervolgens krijgt Shannon op 2 juni 1998 een notificatie dat hij op 11 juni 1998 bij financieel onderzoekers moet verschijnen. Bij weigering te verschijnen liep Shannon het risico van een gevangenisstraf van (maximaal) zes maanden of een geldboete van maximaal 5000 pond. Volgens de notificatie was dit onderzoek naar de vraag of iemand geprofiteerd had van 'theft or false accounting, contributing to the resources of a proscribed organisation or from contraventions of betting regulations.' De advocaat van Shannon liet vervolgens schriftelijk weten dat er door de autoriteiten een schriftelijke garantie moest worden gegeven dat verklaringen die tijdens het ineterview gedaan zouden worden, niet gebruikt zouden worden in de strafzaak tegen Shannon. Daarop kreeg Shannon een nieuwe oproeping te verschijnen voor een interview met daarbij de brief dat de onderzoekers bevestigden dat ze bekend waren met de strafzaak tegen Shannon. Ze wezen op de waarborgen van 'paragraph 6 of Schedule 2 to the Order' en stelden dat Shannon de waarborgen kreeg waarom hij had verzocht. Echter, daaraan werd toegevoegd 'paragraph 7 of Schedule 2' waarbij stond vermeld:

> 'this does not prevent the answers or information being used to further the investigation.'

kidnapping and murder of S., in which the applicant showed the police where the corpse had been hidden) and had been received in unclear circumstances and in clear violation of the applicant's right to defence.'

[739]. Het EHRM verwijst ook naar andere zaken betrekking hebbende op de Ukraine, waarin deze 'malpractice' aan de orde komt (r.o. 40). Yaremenko v. Ukraïne (nr. 32092/02) §§ 87 and 88 en Leonid Lazarenko v. Ukraïne, nr. 22313/04, § 54, 28 October 2010).

Die clausule vormde een heikel punt. Shannon was immers zelfs formeel ‘charged’ in de zaak tegen hem. Kan daarom de garantie wel overeind blijven? De clausule laat immers de mogelijkheid onverlet om op basis van Shannon’s getuigenverklaringen nader onderzoek te verrichten. Het wekt dan ook geen verbazing dat de advocaat van Shannon opnieuw een brief stuurde naar de politie, waarbij werd aangegeven dat de verklaringen van Shannon toelaatbaar bewijsmateriaal zouden opleveren en het doel van het interview was om hem te dwingen zijn ‘verdediging te openbaren’. Shannon kreeg daarom het advies van zijn advocaat om het interview niet bij te wonen. Hierop kreeg de advocaat een brief met mededeling dat het doel van het interview niet was om Shannon te dwingen die verdediging te openbaren (‘to disclose his defence’). Een aantal zaken uit het eerdere interview behoefde nog nadere toelichting. Daarnaast waren nieuwe punten aan de orde. Niettemin persisteerde Shannon in het advies van zijn raadsman en woonde hij het interview niet bij. Het voorgaande leidde ertoe dat Shannon op 14 september 1998 werd aangeklaagd voor ‘failing without reasonable excuse to comply with the financial investigator's requirement to answer questions or other wise furnish information, contrary to paragraph 5 (1) of Schedule 2 to the 1996 Order.’ Shannon werd op 25 February 1999 veroordeeld voor dit feit; aan hem werd een geldboete opgelegd van 200 pond. In de Engelse procedure bleef deze veroordeling uiteindelijk in stand.

5.5.2.2. Argumentatie ten overstaan van het EHRM

Shannon voerde bij het EHRM aan dat het vereiste om informatie te geven bij het interview met de financieel rechercheurs, en de daaropvolgende vervolging en veroordeling voor de weigering daarvan, neerkwam op een schending van artikel 6 EVRM. De regering bracht hiertegen in dat het zwijgrecht niet absoluut is en een wettelijke bevoegdheid mee kan brengen om informatie te eisen, die in een strafzaak gebruikt zou kunnen worden. De vraag naar de verenigbaarheid van deze procedure met 6 EVRM, hangt vervolgens af van de omstandigheden van de zaak. Volgens de regering kon er alleen in de volgende gevallen sprake zijn van schending van 6 EVRM in de onderhavige zaak (r.o. 28):

> ‘(a) there had been a trial of the applicant for the independent offences of false accounting and conspiracy to defraud;
> (b) he had brought himself within the “inconsistency” exception in paragraph 6 of Schedule 2 of the Order, and
> (c) the trial court had decided that the answers could be used against him.
> The Government do not accept that the fact that the charge preceded the second interview can affect the analysis.’

De regering stelde voorts dat enige antwoorden die Shannon gaf niet tegen hem gebruikt konden worden in een onafhankelijk strafzaak (r.o. 29):

> ‘(…) unless he advanced a case inconsistent with the answers given, and even then the would have had a discretion not to allow the answers to be admitted.’

Dienaangaande voerde Shannon aan dat het nog mogelijk was dat de financieel rechercheurs informatie zouden doorgaven ten behoeve van de strafzaak tegen hem. Ook als de informatie die hij zou geven niet zou leiden tot een nieuwe strafzaak, zou dat niet afdoen aan een schending van artikel 6 EVRM. Daarbij wees hij op de Funke zaak.

5.5.2.3. Beoordeling door het EHRM

Aangaande het argument van de regering dat de vervolging voor 'prosecution for false accounting and conspiracy to defraud' zich nooit verwezenlijkt heeft, overweegt het EHRM het volgende (r.o. 34):

> 'The Court recalls that in previous cases it has expressly found that there is no requirement that allegedly incriminating evidence obtained by coercion actually be used in criminal proceedings before the right not to incriminate oneself applies. In particular, in Heaney and McGuinness (cited above; §§ 43-46), it found that the applicants could rely on Article 6 §§ 1 and 2 in respect of their conviction and imprisonment for failing to reply to questions, even though they were subsequently acquitted of the underlying offence. Indeed, in Funke, the Court found a violation of the right not to incriminate oneself even though no underlying proceedings were brought, and by the time of the Strasbourg proceedings none could be (cited above, §§ 39, 40).'

Aldus is het voor Shannon mogelijk om zicht te beroepen op het nemo tenetur-beginsel, ook al heeft er geen gebruik van incriminerend bewijs plaatsgehad. Over het hart van de zaak wordt het volgende gesteld (r.o. 38):

> 'The Court recalls that in Heaney and McGuinness (cited above, § 58) it found that the security context of the relevant provision in that case (Section 52 of the Irish Offences against the State Act 1939) could not justify a provision which "extinguishes the very essence of the ... right to silence and ... right not to incriminate [oneself]". If the requirement to attend an interview had been put on a person in respect of whom there was no suspicion and no intention to bring proceedings, the use of the coercive powers under the 1996 Order might well have been compatible with the right not to incriminate oneself, in the same way as a statutory requirement to give information on public health grounds (see the case of Green Environmental Industries referred to by the Government, although in that case the applicants were also liable to prosecution by the local authority). The applicant, however, was not merely at risk of prosecution in respect of the crimes which were being examined by the investigators: he had already been charged with a crime arising out of the same raid. In these circumstances, attending the interview would have involved a very real likelihood of being required to give information on matters which could subsequently arise in the criminal proceedings for which the applicant had been charged. The security context – the special problems of investigating crime in Northern Ireland – cannot justify the application of the 1996 Order in the present case any more than could that in Heaney and McGuinness.'

In het kader van de sfeercumulatie is relevant hetgeen het EHRM overweegt ten aanzien van de procedurele scheiding en de in de zaak geldende waarborgen (r.o. 39):

> 'As to the procedural protection available to the applicant if he had attended the interview and if he had subsequently wished to prevent the use of information given in criminal proceedings, the Court first notes that it would have been open to the investigators to forward information to the police. Even though, as the Government say, the two investigations were being run separately, once the information had been passed to the police who were working on the criminal proceedings against the applicant, they would have converged, at least as far as the applicant was concerned.'

Over het mogelijk gebruik van informatie wordt het volgende geoordeeld (r.o. 40):

> ‘Secondly, the Court notes that information obtained from the applicant at interview could have been used at a subsequent criminal trial if he had relied on evidence inconsistent with it. Such use would have deprived the applicant of the right to determine what evidence he wished to put before the trial court, and could have amounted to “resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused”. The limitation on use in paragraph 6(b) of Schedule 2 cannot be seen as providing procedural protection for the applicant. It is true, as the Government note, that the applicant might not have been tried, and that even if he had, it would have been open to the trial judge to exclude the information obtained at interview. Both of those points, however, depend on the evidence actually being used in subsequent proceedings, whereas it is clear from the case-law referred to above that there is no need for proceedings even to be brought for the right not to incriminate oneself to be at issue.’

Het voorgaande resulteert in de volgende conclusie (r.o. 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 § 1 of the Convention.’

5.5.2.4. Conclusie Shannon

De zaak Shannon is bijzonder relevant voor de normering van de sfeercumulatie in de context van punitief ordeningsrecht. De zaak zelf handelt ook over frauduleuze gedragingen. De relevantie bestaat er uit dat het samenloop van verschillende procedures betreft. Daarbij zijn door de Britse autoriteiten toezeggingen gedaan met het oog om de belangen van Shannon te waarborgen, in relatie tot die cumulerende procedures. Niettemin – en dit is belangrijk – acht het EHRM blijkens haar oordeel die gegeven waarborgen onvoldoende. De reeds verdachte kan dus niet worden gedwongen om als getuige te verklaren over feiten, die inhoudelijk gezien zijn eigen strafzaak raken.

5.5.3. EHRM 21 April 2009, nr. 19235/03, *NJ* 2009/557 (Marttinen v. Finland)

5.5.3.1. Omstandigheden van de zaak

In 2000 werd Marttinen verdachte van ‘debtor’s fraud’, in verband met het niet verschaffen van correcte informatie omtrent vermogen en bezittingen. Het ging daarbij om procedures inzake ‘debt recovery’ in 1994 en ‘bankruptcy proceedings’ in 1995. Hiernaast werd Marttinen later op 9 juni 2000 door de Helsinki Bailiff bevolen informatie te verschaffen over zijn vermogensbestanddelen. Daarmee zou de Helsinki Bailiff dat vermogen kunnen vorderen teneinde schuldeisers te betalen. De enforcement inquiry betreft een formele procedure waarin de schuldenaar, onder dreiging van bepaalde sancties, een ‘overall account’ moet geven van zijn bezittingen en andere financiële middelen. Daarbij moet de betrokkene tevens informatie verschaffen over assets die overhandigd zijn aan anderen, en over door hem verrichte transacties. Een enforcement inquiry wordt ingesteld wanneer het niet mogelijk is om op andere wijze de financiële positie van de betrokkene op een betrouwbare manier vast te stellen. Op 9 juni 2000 weigerde Martitinen te voldoen aan de Helsinki enforcement office. Zijn argument was dat deze procedure dezelfde feiten betrof als die welke het hangende pre-trial onderzoek vormde inzake ‘debtor’s fraud’. Marttinnen stelde dat het tegenstrijdig zou zijn als hij bevolen zou worden informatie te geven in de enforcement inquiry, terwijl hij aangaande dezelfde feiten een zwijg-

recht had in het pre-trial onderzoek. Niettemin werd Marttinen bevolen de informatie te verschaffen, op straffe van een boete van 200.000 Finse Mark (ongeveer 33.638 euro). Dit was nodig gelet op het bedrag aan schulden die betrokkene had: 9.7 miljoen Finse mark. De gevraagde informatie werd beschouwd als doorslaggevend in het vinden van de vermogensbestanddelen van betrokkene. Marttinen geelde de Ballif op 28 juni 2000 mede dat hij de verzochte informatie niet ging verschaffen. Daarbij beriep hij zich op artikel 6 EVRM en het zwijgrecht, alsmede het recht zichzelf niet te hoeven incrimineren.

Op 6 juli 2000 verzocht de Baliff de Helsinki District Court betrokkene te bevelen een administratieve boete te betalen voor zijn weigering de gevraagde informative te verschaffen. Op 10 november 2000 gaf het District Court bevel aan Marttinen tot betaling van een (gereduceerde) boete van FIM 50,000 (ongeveer 8.409.40 EUR). Relevant zijn de overwegingen van de district court in relatie tot wat Marttinen had aangevoerd. Zij verwijst naar de stelling van de Baliff dat het doel van de enforcement inquiry was het verkrijgen van informatie omtrent de vermogensbestanddelen van de betrokkene, teneinde aan zijn verplichtingen als schuldenaar te voldoen. Zij concludeerde dat in de voorliggende zaak de enforcement inquiry tot doel had het beschermen van de rechten van schuldenaren. Cruciaal is dat (r.o. 15):

> 'The court concluded that if facts indicating the guilt of the applicant in the pending criminal investigation were to be revealed during the enforcement inquiry, the authorities would be bound by professional secrecy.'

De autoriteiten hadden aldus een geheimhoudingsplicht omtrent de inlichtingen die Marttinen zou verschaffen in de enforcement inquiry. In dit verband kan in het bijzonder op de volgende overweging van the Court of appeal worden gewezen:

> '...the application of the right not to incriminate oneself [as provided for in the Convention] to the debt recovery procedure might hinder effective enforcement without cause. Given this and the above mentioned judgments of the Court, the Court of Appeal finds that the rights of a person charged guaranteed by Article 6 do not, as a starting point, apply to the debt recovery procedure, and the right of the person "charged" not to incriminate himself cannot be held as a valid reason not to be present in the enforcement inquiry or to refuse to answer the questions put to him in the inquiry. Furthermore, the Court of Appeal considers that nor can the Bailiff's right under Chapter 3, section 34(g), of the Enforcement Act (ulosottolaki, utsökningslagen) to give, under certain conditions, necessary information to other authorities as such be considered a valid reason for the refusal.'

Er vallen twee punten op in deze uitspraak. Ten eerste gaat het inderdaad om de weigering informatie te verstrekken in de non-punitieve procedure. Het gaat dus om de weigering, gelet op het feit dat een parallelle punitieve procedure aanhangig was, met betrekking tot dezelfde feiten. Dit betreft een prototypisch voorbeeld van sfeercumulatie. Ten tweede overweegt het hof dat het recht zichzelf niet te hoeven belasten de debt recovery procedure belemmert. Het Finse hof overweegt dat het zwijgrecht bij uitzondering van toepassing is op de enforcement inquiry. Dat geldt tenminste wanneer het duidelijk is dat de enforcement inquiry uitgevoerd wordt in strijd met het doel daarvan, namelijk het vergaren van bewijs ter ondersteuning van een verdenking van een strafbaar feit. Dit was de stelling van Marttinen: het enkele doel van de enforcement inquiry was bewijs te leveren voor het hangende strafrechtelijk onderzoek. Het onderzoek betrof dezelfde feiten, of tenminste in essentie dezelfde zaken, waarbij de 'klagers' van de verdachte misdaad tevens de schuldeisers in de debt recovery procedure betroffen. De

verschafte informatie in de enforcement inquiry kon dan gebruikt worden als bewijs in de strafzaak. Het Finse hof ooverweegt het volgende:

> 'It cannot be concluded on the basis of the facts stated by [the applicant] alone that the enforcement inquiry would have been requested for a purpose other than within the meaning of the Enforcement Act. As [the applicant] has refused completely to contribute to the enforcement inquiry, it is not possible to assess whether he would have had the right, on account of the said suspicion of a criminal offence, to refuse to provide some of the information. *Nor is it possible to decide in this case to what extent the facts established in connection with the enforcement inquiry can be used as evidence in eventual court proceedings concerning a prior criminal offence (cursivering aut.).'*

De uitspraak doet natuurlijk sterk denken aan de Nederlandse situatie van een parallelle samenloop van civiele/bestuurlijke procedures en punitieve procedures. Het gecursiveerde gedeelte van de overwegingen vertoont overeenkomsten met de 'oude koers' van de Hoge Raad in fiscale zaken: HR 27 april 2004, *BNB* 2004/225 en HR 18 september 2009, *RvdW* 2009/1045. De Hoge Raad overwoog in die zaken dat de vraag in hoeverre van onder dwang verkregen gegevens gebruik gemaakt mag worden, pas in de strafzaak aan de orde komt. Deze kwestie komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 9.

Opvallend was de dissenting opinion van Justice M.A. Die argumentatie zal door het EHRM worden overgenomen. Hij stelde ten eerste dat Marttinen als een "charged person" beschouwd kon worden. Hierbij is kennelijk uitgegaan van het 'verdachte'-begrip, gezien de criminal investigation 'pending' was. In zijn visie had Marttinen een valide reden niet te voldoen aan zijn debt recovery verplichtingen, in het licht van artikel 6 EVRM. Weliswaar was de Bailiff inderdaad gebonden aan professionele geheimhouding in de procedure, maar zouden de crediteuren op de hoogte raken van de inhoud van enforcement enquiry, terwijl zij ook als klagers een positie hadden in het strafproces. Dezelfde zaken betroffen dezelfde feiten en het was waarschijnlijk dat de informatie van de enforcement inquiry gebruikt zou worden in het strafproces bij de vaststelling van de schuld van Marttinen. Cruciaal is dat volgens rechter M.A. de betreffende Finse wetsbepaling niet verbood dat de klager de informatie zouden kunnen gebruiken in de strafzaak. Deze rechter concludeerde dan ook dat het recht om zichzelf niet te hoeven belasten was geschonden.

5.5.3.2. Argumentatie ten overstaan van het EHRM

Marttinen voerde bij het EHRM aan dat de oplegging van een geldboete voor het weigeren te verklaren zijn zwijgrecht en zijn recht om niet aan zijn eigen veroordeling mee te hoeven werken schond. Marttinnen wees er op dat zijn zaak vergelijkbaar was met die van Shannon v. the United Kingdom (nr. 6563/03, 4 October 2005). In beide zaken was de strafvervolging 'bevroren' door de overheid. De autoriteiten waren niet toegestaan dwang te gebruiken teneinde informatie te verkrijgen van een persoon die betrokken was bij een strafrechtelijk onderzoek. De Finse overheid was volgens Marttinen in beide procedures op zoek naar dezelfde informatie. Er was opdat moment geen wetgeving die het gebruik van dergelijke verschafte informatie beperkte. Marttinen kon derhalve niet het risico nemen dat de Bailiff enige incriminerende informatie zou doorsturen. Daarbij hadden de Bailiff en de politie samengewerkt in deze zaak en de crediteuren konden in het strafproces gebruik maken van informatie uit de enforcement inquiry.

Volgens de regering genoot de schuldenaar bescherming tegen eventuele strafrechtelijke aanklachten die gerelateerd waren aan informatie die gegeven werd. De regering verwees daarbij naar de Weh vs. Oostenrijk zaak, waarbij het de vraag is of het gebruik van dwang teneinde

informatie te vergaren in hangende of te verwachten strafrechtelijke procedures. De regering stelde uitdrukkelijk dat het gebruik van informatie verkregen binnen de enforcement procedures verboden was in een andere dan een dergelijke context. De overheid wees er uitdrukkelijk op dat de Bailiff geen informatie mocht openbaren aan vervolgende of onderzoekende autoriteiten, welke in de enforcement inquiry waren verkregen. Dit gegeven vormde juist een contrast met de Shannon zaak. Hiernaast wees de regering op het vertrouwelijke karakter van de aantekeningen van de enforcement inquiry. De regering stelde dat, hoewel de crediteuren toegang hadden tot die stukken, deze de stukken niet konden gebruiken om 'charges' tegen de schuldenaar aan te brengen. Volgens de regering zou er op het betreffende tijdstip wetgeving hebben gegolden, welke het gebruik van bewijs vergaard in de enforcement procedure zou beperken (section 34(g) of the Enforcement Act (Act no. 649/1999). Daarnaast zouden de schuldeisers niet het recht hebben om in het strafproces gebruik te maken van informatie uit de enforcement procedure.

Een belangrijk argument van de Finse regering had betrekking op de toepasbaarheid van artikel 6 EVRM. Het nemo tenetur-beginsel heeft betrekking op een strafrechtelijke context. Dat terwijl de 'enforcement procedure' een civiele kwestie betreft en niet een strafrechtelijke verdenking impliceerde tegen de schuldenaar. Daarbij was de boete van een administratief karakter en op geen enkele wijze een vorm van strafvervolging.

5.5.3.3. Beoordeling EHRM

Toepasbaarheid van artikel 6 EVRM
Voorafgaande aan de inhoudelijke beoordeling adresseert het EHRM de stelling van de Finse regering dat artikel 6 EVRM in de onderhavige zaak toepassing mist. Het EHRM is niet overtuigd van de stelling van de Finse regering dat het nemo tenetur-beginsel toepassing mist, omdat er nog geen inhoudelijke strafzaak is geëntameerd waarin bewijs op een incriminerende wijze gebruikt kon worden. Het EHRM wijst er op dat het EVRM op zodanige wijze moet worden geïnterpreteerd dat gegarandeerd wordt dat rechten praktisch en effectief zijn, in tegenstelling tot theoretisch en illusoir (r.o. 64). Daarbij verwijst hij naar Ribemont v. France (10 February 1995, § 35, Series A no. 308). Voorts wijst hij in dit verband op voorgaande zaken waarin hij expliciet heeft geoordeeld dat voor toepassing van het nemo tenetur-beginsel geen noodzaak bestaat dat kennelijk incriminerend bewijs ook daadwerkelijk is gebruikt in de betreffende strafzaak. Hier wordt verwezen naar Heaney and McGuinness v. Ireland (no. 34720/97, §§ 43-46, ECHR 2000-XII) en Funke v. France (§§ 39-40). De preliminaire bezwaren worden daarmee verworpen. Marttinen komt aldus een beroep toe op artikel 6 eerste lid EVRM. Ook de 'friendly settlement' met de schuldeisers kan daar niet aan afdoen. Die zaak betrof naar het oordeel van het EHRM de schikking in relatie tot de schuldeisers en betrof niet de boete die Marttinen was opgelegd voor zijn weigering medewerking te verlenen.

Het EHRM wijst er op dat hij in voorgaande zaken gesteld heeft dat er geen noodzaak is dat door dwang vergaard bewijs daadwerkelijk is gebruikt in een strafproces, voor het toepassen van het recht zichzelf niet te hoeven incrimineren.

Inhoudelijke beoordeling
Het valt op dat de overwegingen van de zaak in grote mate gelijkenissen vertonen met die uit de zaak J.B., wat het EHRM zelf kennelijk ook vindt. Het EHRM kent er veel gewicht aan toe dat sprake was van materiële samenloop (r.o. 71):

> ‘The Court must give due weight to the fact that the Finnish Supreme Court did not deny the applicant’s argument that the pre-trial investigation and the enforcement inquiry concerned the same facts. The dissenting opinion of Justice M.A. is clear on this point, stating expressly that the facts in issue were the same. While it is not for the Court to speculate about whether or not the applicant’s assets were the same at the material time as during the period from 1994 to 1997, the applicant could not rule out that, if it transpired from his declaration that he had assets which had not been declared in the previous enforcement inquiries and bankruptcy proceedings, he might be charged with the offence of debtor’s fraud (compare J.B. v. Switzerland, no. 31827/96, § 66, ECHR 2001-III).’

Het EHRM achtte voorts van belang dat ‘niet kon worden uitgesloten’ dat het verstrekken van de betreffende informatie tot gevolg zou hebben dat klager zou worden vervolgd voor faillissementsfraude. Er bestond dan wel een geheimhoudingsplicht voor de curator, maar deze gold niet voor de betrokken crediteuren die informatie uit de vereffeningsprocedure zouden kunnen inbrengen in het strafrechtelijk onderzoek. Belangrijk is dus de materiële samenloop: parallelle procedures die hetzelfde feitencomplex betreffen. Dan volgt de kernoverweging van het arrest (r.o. 72):

> ‘The Government pointed out that the obligation to provide information in the enforcement inquiry should be considered against the background of the protection by the provisions on confidentiality of any incriminating information received. The Court notes that it is true that the Bailiff was bound by professional secrecy. However, it is not apparent that the creditors applying for enforcement were prohibited from using any information received to their personal benefit in the pending criminal proceedings. Thus, the application of the Openness of Government Activities Act could not change the choice presented by Chapter 3, section 34(d), of the Enforcement Act: either the applicant provided the information requested or he faced the imposition of an administrative fine. 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.’

Opvallend in relatie tot de faillissementswetgeving is dat het EHRM expliciet wijst op het ontbreken van nationale regelgeving die het gebruik van het betreffende materiaal in een latere boete- of strafprocedure zou uitsluiten. In casu was die wetgeving er wel, zij het dat deze geen volledige garantie op uitsluiting bood. Zoals opgemerkt werd door de Finse rechter, bestond de geheimhouding wel voor autoriteiten maar niet voor de crediteuren. Via die personen zou het bewijs toch in de strafzaak ingebracht kunnen worden.

Vanuit het oogpunt van de sfeerovergang is opmerkelijk dat het EHRM wederom benadrukt dat in wezen ordeningsrechtelijke principes en noodzaak geen argument kunnen vormen om van basisprincipes van een eerlijke procedure af te wijken (r.o. 74-75):

> ‘74. As to the concerns detailed by the Government regarding the effective functioning of the enforcement procedure, the Court notes that in the case of Saunders v. the United Kingdom (cited above, § 74) it found that the argument of the respondent government that the complexity of corporate fraud and the vital public interest in the investigation of such fraud and the punishment of those responsible could not justify such a marked departure from one of the basic principles of a fair procedure. It considered that the

general requirements of fairness contained in Article 6, including the right not to incriminate oneself, "apply to criminal proceedings in respect of all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex". It concluded that the public interest could not be relied on to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate the accused during the trial proceedings. Likewise, in the case of Funke v. France (cited above, § 44) the special features of customs law were found insufficient by the Court to justify such an infringement of the right of anyone charged with a criminal offence, within the autonomous meaning of that expression in Article 6, to remain silent and not to incriminate himself.
75. The Court, accordingly, finds that the concerns for the effective functioning of the debt recovery procedure relied on by the Finnish Government cannot justify a provision which extinguishes the very essence of the applicant's rights to silence and against self-incrimination guaranteed by the Convention. This was the situation in the applicant's case at the material time. The mechanism introduced by a subsequent amendment to the legislation prohibiting the use of incriminating information in order to circumvent provisions on testimony or in order to have the debtor charged with a criminal offence, came too late for the applicant (see paragraph 34 above.'

5.5.3.4. Conclusie

Een voorbeeld van sfeercumulatie betreft de samenloop van procedures: een strafrechtelijke procedure en een civiele (faillissements)procedure. Het EHRM neemt geen genoegen met de argumentatie van de Finse regering. Opvallend is dat de gestelde waarborgen niet voldoende werden geacht. De garantie werd namelijk gegeven dat de verklaringen van Marttinen niet gebruikt konden worden in de strafzaak. Dit liet echter onverlet dat hetgeen de schuldeisers in de faillisementsprocedure te weten kwamen zij als procespartij toch weer in de strafzaak konden inbrengen. De 'professional secrecy' mocht dus niet baten. Zodoende was niet uitgesloten dat Marttinen zichzelf strafrechtelijk zou belasten.[740] Volgens Schalken zou uit het arrest Marttinen het verdedigbare standpunt kunnen worden afgeleid dat thans voldoende is dat de gevorderde informatie wellicht in een latere procedure zal worden gebruikt, waarbij ook nog in het midden kan blijven of die procedure dient ten bewijze van een beboetbaar danwel een strafbaar feit. Ten slotte wordt in de uitspraak wederom bevestigd dat het argument van de 'speciale aard van het ordeningsrecht' geen inbreuk kan rechtvaardigen op het nemo tenetur-beginsel.

5.5.4. EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland)

5.5.4.1. Omstandigheden van de zaak[741]

Net zoals bij Funke en J.B. handelt het in de zaak Chambaz aanvankelijk om fiscale materie. In 1991 kwam de Aubonne district taxation and revenue commission tot het oordeel dat Chambaz niet al zijn vermogensbestanddelen had aangegeven, gelet op de disproportionele vermogensgroei van zijn inkomen. Derhalve werd Chambaz bijkomend belast op een inkomen van ongeveer € 400.000. In de volgende bezwaarprocedure diende hij fiscale bescheiden te overleggen

[740]. Schalken meent in zijn noot dat het Marttinen arrest noopt tot bijstelling van de nationale rechtspraak en wetgeving. Zie EHRM 21 april 2009 (Marttinen v. Finland), nr. 19235/03, *NJ* 2009/557 m. nt. Schalken. Dit komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 9.

[741]. De bespreking van het Chambaz arrest is gedeeltelijk gebaseerd op het artikel A. Zeeman & A.A. Feenstra, 'Spreken is zilver, zwijgen is goud: een inlichtingenverplichting zonder waarborg fout? De reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel en de (voorgenomen) faillissementswetgeving', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2/2014. Zie voor een bespreking van het Chambaz arrest voorts: E.B. Pechler, 'Chambaz en het verbod op gedwongen zelfincriminatie', *NTFR* 2012/1608 en F.J.P.M. Haas en D.N.N. Jansen, 'Het 'privilege against self-incrimination' nader beschouwd', *TFB* 2013/01.

(o.a. bankrekeningen). Chambaz weigerde dit echter en het bezwaar werd afgewezen. Gedurende het onderzoek van zijn bezwaar werd hij gevraagd om verschillende informatie, welke hij weigerde te overleggen. Hierna werd Chambaz beboet voor de weigering die documenten over te leggen en zijn non-coöperatie aan het fiscale onderzoek. Let wel, deze weigering speelde dus nog in de 'controlesfeer'; puur formeel gezien was nog geen sprake van opsporing. Tegen de bestraffing tekende Chambaz beroep aan. Vier jaar later startte de fiscus, niet geheel verwonderlijk, tevens een onderzoek wegens fiscale fraude. In dat verband vonden huiszoekingen plaats, waarvan de resultaten op hun beurt werden gebruikt in de 'oorspronkelijke' fiscale zaak. Chambaz verloor zijn zaak voor de fiscale rechtbank en zijn cassatievoorziening werd door het Hooggerechtshof verworpen. Daarnaast werd Chambaz wegens de fraude (straf)zaak ook nog eens beboet. Terwijl de bestuursrechtelijke procedure naar de omvang van de belastingschuld in volle gang was, begon de federale Belastingdienst een strafrechtelijk onderzoek naar belastingontduiking. Chambaz werd dus geconfronteerd met twee jegens hem ingestelde onderzoeken: een onderzoek gericht op de juistheid van de belastingopgave en een onderzoek omtrent belastingfraude.

5.5.4.2. Conceptuele weergave van de feiten

In de Chambaz-casus komen de contouren van de sfeerovergang en sfeercumulatie duidelijk naar voren. Het fiscale onderzoek verandert gradueel in een opsporingsonderzoek waarbij de vraag rijst wanneer (materieel) eigenlijk van een verdenking sprake is en daarmee de verplichting om mee te werken opgeschort zou moeten worden. Tevens is een cumulatie van 'rechtssferen' aan de orde, in de zin dat gedurende dat opsporingsonderzoek het non-punitieve onderzoek continueert en de resultaten van die huiszoeking weer gebruikt worden in de bestuurlijke procedure. De boetes die waren opgelegd voor de weigering aan het bestuurlijke onderzoek mee te werken blijven gehandhaafd terwijl parallel het opsporingsonderzoek loopt. Daarnaast manifesteert zich het fenomeen van de repressieve controle. Aan de vordering van de Zwitserse fiscus ligt kennelijk een vermoeden ten grondslag van belastingontduiking; hetgeen in deze zaak niet meer als een abstract maar als een concreet vermoeden van wetsovertreding geduid kan worden. Gesteld wordt immers dat Chambaz een substantieel deel van zijn inkomen niet heeft opgegeven, hetgeen een fiscaal delict oplevert. Wat hier ook van zij, het moment van de 'fiscale beboeting' ligt formeel gezien nog in de controlesfeer, hetgeen een significant verschil betreft met zaken als Funke en J.B. Chambaz werd namelijk beboet voor zijn weigering tot medewerking aan het controleonderzoek terwijl de Funke en J.B. zaken zich afspeelden in de opsporingssfeer.

5.5.4.3. Beoordeling door het EHRM

Ontvankelijkheid

Vooraleerst de inhoudelijke beoordeling aan de orde komt, buigt het EHRM zich over de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op de onderhavige procedure (r.o. 36). De Zwitserse regering stelde namelijk dat artikel 6 EVRM niet van toepassing was. Volgens haar stond de procedure die het onderwerp is van het onderhavige onderzoek los van het in 1999 geopende onderzoek. Dat onderhavige onderzoek had slechts ten doel om de fiscale verplichtingen van de verzoeker vast te stellen. Voorts stelde de regering dat het onderzoek is geopend vier jaar nadat de boetes wegens weigering om mee te werken aan de verzoeker zijn opgelegd. Daarbij had het onderzoek alleen betrekking op de jaren 1995 tot 2000.

Chambaz stelde daar tegenover dat de boetes die hem zijn opgelegd voor zijn non-coöperatie een strafrechtelijke sanctie vormden die de toepassing van artikel 6 EVRM meebrengt (r.o. 37). In dat verband merkte hij onder meer op dat een ambtenaar van de federale belastingdienst,

belast met het onderzoek naar hem, gemachtigd was om de zitting voor de administratieve rechtbank bij te wonen en daaraan zijn bijdrage te leveren. Daarnaast bleek uit verschillende in het geding overgelegde stukken dat de feiten die voorwerp waren van het onderzoek naar hem verband hielden met de voor de administratieve rechtbank aanhangige procedure.[742]

Vanuit oogpunt van normering van de sfeercumulatie volgen een aantal belangrijke overwegingen. Het EHRM overweegt allereerst als uitgangspunt dat het EVRM zodanig dient te worden uitgelegd dat de concrete en feitelijke aard van de rechten die er in worden gegarandeerd, ook daadwerkelijk worden gegarandeerd (Airey v. Ierland, 9 oktober 1979, § 24, serie A no 32). Het zou tegen deze doelstelling ingaan indien zij meende gebonden te zijn door de kwalificaties van de interne juridische orde (r.o. 41). Het EHRM kan er derhalve toe gebracht worden om in bepaalde omstandigheden, bezien vanuit het licht van 6 EVRM, een geheel van procedures in zijn totaliteit te beoordelen, indien deze voldoende met elkaar verband houden wegens hetzij de feiten waarop zij betrekking hebben, hetzij de wijze waarop zij door de nationale autoriteiten worden behandeld. Artikel 6 EVRM zal aldus van toepassing zijn wanneer een van de in het geding zijnde procedures betrekking heeft op een strafrechtelijke aanklacht en de anderen daarmee voldoende verband houden. Dit volgt uit (r.o. 42):

> 'S'agissant de la situation particulière d'un requérant contre lequel plusieurs procédures distinctes sont menées en parallèle, la Cour ne saurait, ainsi, exclure l'applicabilité de l'article 6 de la Convention lorsque l'examen des griefs allégués par le requérant l'amène inévitablement à se pencher peu ou prou sur des actes, ou des fragments de procédure, auxquels l'article 6 n'est en principe pas applicable (Sträg Datatjänster AB c. Suède (déc.), no 50664/99, 21 juin 2005), notamment lorsque différents éléments se trouvent combinés dans une même procédure de telle manière qu'il est impossible de distinguer les phases de celle-ci portant sur une « accusation en matière pénale » de celles qui ont un autre objet (Jussila c. Finlande, précité, § 45).'[743]

Het gaat er dus om dat het EHRM de werking van 6 EVRM niet uitsluit, wanneer sprake is van overlap/samenloop van procedures. In het Chambaz-arrest bouwt het EHRM onmiskenbaar voort op haar overwegingen uit Jussila v. Finland.[744] Op haar beurt verwees het EHRM in die

---

[742]. Verzoeker verwijst naar aanleiding hiervan naar de notitie van 31 juli 2002 (zie paragraaf 25 hiervoor) en naar de inhoud van het rapport van 2 november 2004 (zie paragraaf 30 hiervoor), waarbij de belastingdienst zelf de verbanden zou hebben erkend die er bestaan tussen het onderzoek betreffende belastingontduiking en de procedure die aan het onderhavige onderzoek ten grondslag ligt.

[743]. Nederlandse vertaling (r.o. 42): Indien het gaat om het bijzondere geval van een verzoeker, tegen wie tegelijkertijd meerdere verschillende procedures lopen, kan het Hof de toepasselijkheid van artikel 6 van het Verdrag aldus niet uitsluiten wanneer het onderzoek naar de door de verzoeker aangevoerde grieven er onvermijdelijk toe leidt dat men zich min of meer buigt over handelingen, of over gedeelten van de procedure, waarvoor artikel 6 in beginsel niet geldt (Sträg Datatjänster AB v. Zweden (dec.), no 50664/99, 21 juni 2005), in het bijzonder wanneer verschillende elementen in een en dezelfde procedure worden gecombineerd, en wel zodanig dat het onmogelijk is om daarvan de fases die betrekking hebben op een "strafrechtelijke aanklacht" te onderscheiden van die welke een ander doel hebben (Jussila v.Finland voormeld, § 45).

[744]. EHRM 23 november 2006, *AB* 2007, 51 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (Jussila v. Finland) (r.o. 45): 'While the Court has found that Article 6 § 1 of the Convention extends to tax-surcharge proceedings, that provision does not apply to a dispute over the tax itself (see Ferrazzini, cited above). It is, however, not uncommon for procedures to combine the varying elements and it may not be possible to separate those parts of the proceedings which determine a "criminal charge" from those parts which do not. The Court must accordingly consider the proceedings in issue to the extent to which they determined a "criminal charge" against the applicant, although that consideration will necessarily involve the "pure" tax assessment to a certain extent (see Georgiou v. the United Kingdom (dec.), no. 40042/98, 16 May 2000, and Sträg Datatjänster AB v. Sweden (dec.), no. 50664/99, 21 June 2005).'

zaak naar overwegingen uit Sträg Datatjänster en Georgiou v. the United Kingdom.[745] Daarbij gaat het uiteraard om een punitieve en non-punitieve procedure. Het EHRM stelt in dat kader voorts (r.o. 43):

> 'La Cour peut donc être amenée, dans certaines circonstances, à examiner globalement, sous l'angle de l'article 6 de la Convention, un ensemble de procédures si celles-ci sont suffisamment liées entre elles pour des raisons tenant soit aux faits sur lesquelles elles portent, soit à la manière dont elles sont menées par les autorités nationales. L'article 6 de la Convention sera ainsi applicable lorsqu'une des procédures en cause porte sur une accusation en matière pénale et que les autres lui sont suffisamment liées.'[746]

Toepassing van die criteria leidt tot het volgende. Het EHRM heeft geen enkele twijfel dat (r.o. 44) het procedureel onderzoek betreffende belastingontduiking betrekking heeft op een strafrechtelijke aanklacht. De vraag is of de procedure die ten grondslag ligt aan het onderhavige onderzoek dat betrekking heeft op belastingen die door verzoeker verschuldigd zijn over het belastingtijdvak 1989-1990 (zie paragrafen 7 en 8 hiervoor), ook valt onder het bereik van 6 EVRM. In het huiszoekingsbevel dat betrekking had op Chambaz werden de ambtenaren die met het onderzoek tegen hem belast waren verzocht de documenten in beslag te nemen die betrekking hadden op het belastingtijdvak 1989 – 1990. De federale belastingdienst erkende zelf dat het onderzoek naar belastingontduiking betrekking had op de jaren waarover de verzoeker niet formeel was aangeklaagd voor belastingontduiking. Dit leidt tot de conclusie dat het tegen de verzoeker gerichte onderzoek betreffende belastingontduiking paste in het kader

---

[745]. EHRM 21 June 2005, appl. nr. 50664/99, (Sträg Datatjänster v. Zweden): 'The basis for the various proceedings in the present case was the Tax Authority's decision of 18 December 1997, which revised the applicant company's taxable income and ordered it to pay a tax surcharge. The tax authorities are administrative bodies which cannot be considered to satisfy the requirements of Article 6 § 1 of the Convention. The Court considers, however, that Contracting States must be free to empower tax authorities to impose sanctions like tax surcharges even if they involve large amounts. Such a system is not incompatible with Article 6 § 1 so long as the taxpayer can bring any such decision affecting him before a judicial body that has full jurisdiction, including the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the challenged decision (see Bendenoun v. France, judgment of 24 February 1994, Series A no. 284, pp. 19-20, § 46, Umlauft v. Austria, judgment of 23 October 1995, Series A no. 328-B, pp. 39-40, §§ 37-39, and the above-mentioned Janosevic v. Sweden judgment, p. 31, § 81).' EHRM 16 May 2000, appl. nr. 40042/98, (Georgiou v. Verenigd Koninkrijk): 'In the present case, the applicants argue that the penalty proceedings under section 15 of the Finance Act 1985 determined a "criminal charge". The criteria for establishing whether a "criminal charge" has been determined are the domestic classification of the "offence", the nature of the "offence", and the nature and degree of severity of the potential and actual penalty (see, for example, the Ravnsborg v. Sweden judgment of 23 March 1994, Series A no. 283-B p. 28, § 30 and the Schmautzer v. Austria judgment of 23 October 1995, Series A no. 328, p. 13, § 27). The Court notes that the penalty proceedings in the present case were classified as civil, rather than criminal, in domestic law. However, as in the Bendenoun v. France case (judgment of 24 February 1994, Series A no. 284, p. 27, §§ 44-48), the penalty was intended as a punishment to deter re-offending, its purpose was both deterrent and punitive and the penalty itself was substantial. These factors taken together indicate that the penalty imposed in the present case was a "criminal charge" within the meaning of Article 6 § 1. As to whether the assessments themselves should also be seen as "criminal charges" for the purpose of the Article 6 guarantees, the applicants argue that since the penalty procedures rely on the assessments for their validity, it would be wrong not to look at the proceedings as a whole. The Court accepts that it is not possible, given the various matters which were being determined by the VAT tribunal, to separate those parts of the proceedings which determined a "criminal charge" from those parts which did not. It will consider the proceedings to the extent to which they determined a "criminal charge" against the applicants, although that consideration will necessarily involve the "pure" tax assessments to a certain extent.'

[746]. Nederlandse vertaling (r.o. 43): Het Hof kan er dus toe worden gebracht om, in bepaalde omstandigheden, gezien vanuit artikel 6 van het Verdrag, een geheel van procedures in zijn totaliteit te bestuderen, indien deze voldoende met elkaar verband houden wegens hetzij de feiten waarop zij betrekking hebben hetzij de wijze waarop zij door de nationale autoriteiten worden behandeld. Artikel 6 van het Verdrag zal aldus van toepassing zijn wanneer een van de in het geding zijnde procedures betrekking heeft op een strafrechtelijke aanklacht en de anderen daarmee voldoende verband houden.

van de procedure die bij de administratieve rechtbank aanhangig was. Derhalve is het EHRM van oordeel dat beide procedures nauw met elkaar verbonden waren, zodat de duidelijk strafrechtelijke aard van het onderzoek zich heeft uitgebreid naar de procedure die aanleiding heeft gegeven tot het onderhavige verzoek. Daaruit volgt dat artikel 6 EVRM van toepassing is op het onderhavige geval voor het strafrechtelijke gedeelte.

Inhoudelijke beoordeling
Chambaz stede dat zijn situatie identiek is aan de zaak Funke v. Frankrijk (arrest van 25 februari 1993, serie A no 256-A). Hij betoogde, onder overlegging van de door de belastingcommissie gevorderde documenten, dat het aan de fiscus toegestaan zou zijn om onmiddellijk tegen hem een procedure wegens belastingontduiking te beginnen. Bovendien klaagde hij erover dat de administratieve rechtbank en de federale rechtbank de boetes hebben bekrachtigd die hem waren opgelegd terwijl hij onderwerp was van een onderzoek wegens belastingontduiking over dezelfde belastingtijdvakken. Door overlegging van de gevorderde documenten liep hij het risico dat deze documenten in die strafrechtelijk getinte procedure tegen hem zouden worden gebruikt.

De Zwitserse regering stelde, daarbij verwijzende naar de zaak 'Allen' (beslissing van 10 september 2002, no 76574/01, EHRM 2002 -VIII), dat de verplichting om informatie te verschaffen tijdens een procedure tot nabetaling van belasting, geen schending zou kunnen inhouden van het verbod om bij te dragen aan zijn eigen veroordeling, bij afwezigheid van een voorzienbare strafrechtelijke procedure. In dit verband herhaalde zij haar standpunt volgens welke de beide tegen de verzoeker gevoerde processen aparte procedures betroffen. Zij merkte daarbij opnieuw op dat het onderzoek wegens belastingontduiking eerst vier jaar na de beslissing van de belastingcommissie waarbij de litigieuze boetes aan de verzoeker werden opgelegd, is geopend. Voorts stelde zij dat de situatie van de verzoeker in zoverre verschilt van die van de voormelde zaak-Funke (EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993/485) dat de veroordeling van de verzoeker niet slechts was bestemd om informatie te verkrijgen in verband met een latere strafrechtelijke procedure, maar slechts de vaststelling van haar fiscale rechten betrof.

Het EHRM merkt allereerst op dat de Zwitserse autoriteiten druk op Chambaz hebben uitgeoefend teneinde hem te bewegen de gevorderde documenten te overleggen (r.o. 53). Ook al is het niet aan het EHRM om naar een verklaring te zoeken voor de aard van deze informatie, dan stelt hij toch vast dat deze ook zijn vermeld in het rapport dat aan het eind van het onderzoek wegens belastingontduiking is opgemaakt. Het EHRM stelt onder meer het volgende in het kader van de aangevoerde nemo tenetur-inbreuk (r.o. 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.'

Het EHRM merkt dus op dat Chambaz het risico niet zou kunnen uitsluiten dat, ten gevolge van iedere informatie met betrekking tot aanvullende inkomsten uit niet belaste bronnen, hij beschuldigd zou worden van het strafbare feit belastingontduiking (J.B. v. Zwitserland, § 65), hetgeen zijn positie in het onderzoek wegens belastingontduiking zou schaden. Het EHRM benoemt ook de andere omstandigheden van de zaak, zoals het feit dat die 'fiscale beboeting' gehandhaafd bleef, terwijl reeds een opsporingsonderzoek gaande was (de sfeercumulatie). Wat

in de overwegingen van het EHRM tevens naar voren komt, is het feit dat de Zwitserse wetgeving geen garanties bood dat het verstrekte bewijs niet in de daarop volgende strafzaak zou worden gebruikt (r.o. 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 informations fournies lors d'une procédure purement fiscale ne seront pas utilisées au cours de l'enquête pour soustraction d'impôts.'[747]

Daarnaast is overwogen dat in de Chambaz-zaak inderdaad (uiteindelijk) een fiscale strafzaak is gestart. Het feit dat dit onderzoek vier jaar later is geopend, is in de ogen van het hof niet beslissend, want op het moment dat de administratieve rechtbank de litigieuze beslissingen heeft bekrachtigd, was het onderzoek al iets minder dan drie jaar daarvoor geopend (r.o. 55). Dientengevolge hebben de beslissingen van interne rechtsinstanties, waarbij de eerder aan de verzoeker opgelegde boetes werden bekrachtigd, als resultaat gehad dat de verzoeker werd verplicht om aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Ten slotte stelt het EHRM vast dat artikel 183 van de federale wet betreffende directe federale belastingen op 1 januari 2008 is gewijzigd, en wel op zodanige wijze dat aan personen die het onderwerp zijn van een fiscaal onderzoek voldoende garanties worden gegeven, waaronder de garantie dat de tijdens een zuiver fiscale procedure verschafte inlichtingen niet zullen worden gebruikt tijdens het onderzoek wegens belastingontduiking (r.o. 56). Het EHRM is ten slotte van mening dat de situatie van de verzoeker zich onderscheidt van die van een belastingplichtige die spontaan erkent dat hij de fiscus heeft opgelicht in de hoop daardoor tot een minder zware straf te worden veroordeeld. In tegenstelling tot de geciteerde zaak Allen v. Verenigd Koninkrijk heeft de verzoeker namelijk nooit erkend dat hij zich illegaal heeft gedragen en hij heeft zich in alle stadia van de procedure laten voorstaan op zijn zwijgrecht.

De kernoverweging van het arrest is niettemin: Chambaz 'kon niet uitsluiten' dat hij op basis van de door hem aangeleverde gegevens zou worden beschuldigd van belastingontduiking en dat dit zijn procespositie zou schaden bij dat onderzoek. Asbreuk schrijft daarom terecht dat het EHRM hier van oordeel is dat slechts van belang is of een risico bestaat dat een boete- of strafprocedure kan volgen, niet of deze daadwerkelijk volgt, noch wat de uitkomst daarvan is.[748] Het voorgaande brengt mee dat het EHRM toestaat dat onder omstandigheden de rechtsbescherming via het nemo tenetur-beginsel – bescherming gekoppeld aan de strafvorderlijke/(bestuurlijke) boetesfeer – inroepbaar is in de controlesfeer. Dat is gelet op de eerdere jurisprudentie een opmerkelijk vergaande uitbreiding van de rechtsbescherming, welke de dichotomie van de controle- en opsporingssfeer doorbreekt. Chambaz werd immers beboet voor zijn weigering tot medewerking aan het controleonderzoek, terwijl dit zich bij Funke en J.B. afspeelde in de opsporingssfeer. Erkend wordt dat al voordat formeel sprake is van een criminal charge, betrokkenen hun medewerking aan informatievergaring kunnen weigeren. De gevolgen van dit arrest voor bestraffende procedures (in het bestuursrecht en het strafrecht) zijn derhalve potentieel veel groter dan in het geval van bijvoorbeel de arresten Funke, J.B. en Marttinen.

---

747. Mijn vertaling: 'Bovendien stelt het Hof vast dat artikel 183 van de federale wet betreffende directe federale belastingen op 1 januari 2008 is gewijzigd, en wel op zodanige wijze dat aan personen die het onderwerp zijn van een fiscaal onderzoek voldoende garanties worden gegeven, waaronder de garantie dat de tijdens een zuiver fiscale procedure verschafte inlichtingen niet zullen worden gebruikt tijdens het onderzoek wegens belastingontduiking.'
748. Asbreuk, a.w., p. 15

Hiernaast consolideert het Chambaz-arrest nogmaals de in de voorgaande paragraaf beargumenteerde conclusies op basis van de Funke en J.B. arresten. Op basis van het Chambaz-arrest staat vast dat het EHRM het nemo tenetur-beginsel niet één op één stelt met het zwijgrecht, maar onder omstandigheden ook betrekking heeft op 'real evidence'. Erkend wordt dat, al voordat formeel sprake is van een criminal charge, betrokkenen hun medewerking aan informatievergaring kunnen weigeren. De gevolgen van dit arrest voor het 'punitieve ordeningsrecht' zijn derhalve potentieel veel groter dan in het geval van de Funke en J.B arresten. De reden hiervoor is dat het hier gaat om een weigering om real evidence uit te leveren in het kader van de (bestuurlijke) controlefase, terwijl als gezegd voornoemde arresten zich binnen het bestek van een strafrechtelijke procedure afspeelden.

Asbreuk wijst er op dat de dissenting rechters Zupancic en Power-Forde moeite hebben te accepteren dat het mogelijk zou zijn te weigeren informatie te verstrekken in het kader van een belastingcontrole.[749] Zij vrezen dat dit ten koste gaat van de effectiviteit van het fiscale onderzoek. De indruk bestaat dat deze rechters het in essentie oneens zijn, het nemo tenetur-beginsel toe te passen op zaken van fiscaal-punitieve aard. Zupancic stelt dit uitdrukkelijk aan de orde. Hij werpt namelijk de vraag op of iemands recht om niet bij te dragen aan zijn eigen veroordeling al dan niet van toepassing is op die zaken, waarin men geconfronteerd wordt met een administratieve dan wel strafrechtelijke procedure, betrekking hebbende op de fiscale verplichtingen tegenover de staat. Deze dissenting opinions overtuigen niet. Zoals aan de orde kwam betrof de zaak Chambaz geen 'reguliere' fiscale aangelegenheid. Betoogd is dat achter de aard van het fiscale geschil – ten tijde van de fiscale informatievordering – een duidelijke verdenking van fraude verscholen lag. Bovendien geldt dat het EHRM meerdere malen heeft overwogen dat de 'effective functioning of the enforcement' en de 'complexity of corporate fraud and the vital public interest' geen redenen kunnen zijn om een inbreuk toe te laten op het recht om zich niet te incrimineren. (Zie paragraaf 5. 2.1 3. Toepasbaarheid 6 EVRM). Een argument waarom *thans* tot een fundamentele koerswijziging van dat uitgangspunt door het EHRM zou moeten worden overgegaan, wordt door de dissenters niet aangedragen.

5.5.4.4. Toepassing van het Chambaz-criterium

De kernvraag voor de rechtspraktijk is evenwel: hoe dient het in Chambaz gehanteerde criterium (`kon niet uitsluiten') te worden toegepast? Wanneer doet deze omstandigheid zich precies voor en wanneer kan een dergelijk 'Chambaz'-verweer (succesvol) gevoerd worden? Hiermee samenhangend: welke mate van waarschijnlijkheid van een bestraffende procedure moet er zijn? Op zichzelf beschouwd is het criterium 'het niet kunnen uitsluiten dat' zeer ruim geformuleerd. Aldus is er een bepaalde objectivering noodzakelijk om dit uiterst subjectieve criterium enige voor de rechtspraktijk concrete invulling te geven. Elke betrokkene zou immers aan kunnen voeren dat hij door aan de gevraagde informatievordering te voldoen 'niet kan uitsluiten' dat hem een boete zal worden opgelegd. Ware dat het geval, dan luidt dat het einde in van de handhaving door middel van bestraffende procedures (bestuurlijke boeterecht en strafrecht) volgend op het niet meewerken van de betrokkene, hetgeen het EHRM zeker niet beoogd heeft. De vraag blijft onder welke omstandigheden een dergelijk 'kan niet uitsluiten'-verweer gehonoreerd kan worden. In dit verband kunnen de aard en omvang van het bestuursrechtelijke geschil belangrijke aanwijzingen opleveren voor het antwoord op de vraag of een punitieve procedure in het verschiet ligt. Terugkijkend naar de Chambaz-casus: de fiscus vorderde documenten waaraan in feite ten grondslag lag dat Chambaz een riant bedrag aan inkomsten niet opgegeven had. Gesteld zou kunnen worden dat aan de aard van dat fiscale geschil de verdenking

[749]. Asbreuk, a.w., p. 15

van fiscale fraude ten grondslag lag. In de kwestie van Chambaz stelde de fiscus immers dat Chambaz een fors bedrag niet had opgegeven bij de belastingaangifte en in de navorderingsactie van de fiscus lag besloten dat men meende dat de verdachte (veel) te weinig belastbaar vermogen had opgegeven. In die situatie kan het 'redelijkerwijs niet anders zijn' dan dat deze navorderingsactie tevens een mogelijk vervolgonderzoek naar fiscale fraude impliceert. De strafzaak nam overigens pas vier jaar na de weigering van Chambaz aanvang. In een zaak waarin een dergelijk 'Chambaz-verweer' gevoerd zal worden, komt het aan op de onderbouwing van de stelling dat sprake is van een materiële verdenking, ten tijde van de informatievordering.

5.5.5. EHRM 16 juni 2015, appl. nr. 784/14 (Van Weerelt v. Nederland)

5.5.5.1. Algemeen

Op 16 juni 2015 wees het EHRM arrest inzake Van Weerelt v. Nederland: een 'nemo tenetur' zaak van eigen bodem. De zaak Van Weerelt is om een aantal redenen relevant voor de problematiek van dit hoofdstuk. De zaak kan geconceptualiseerd worden als een zaak aangaande de 'sfeercumulatie'. Er wordt namelijk bewijsmateriaal in de fiscaalrechtelijke sfeer gevorderd (middels civielrechtelijk kort geding), terwijl het bestuurlijke boeteonderzoek al is geïnitieerd. Daarvan getuigt de fiscale vergrijpboete die aan betrokkene is opgelegd. Aldus is sprake van een parallelle samenloop van procedures, met een tegengesteld juridisch kader: de verplichting tot het voldoen aan de fiscale inlichtingenvordering versus de bescherming van het nemo tenetur-beginsel in de boeteprocedure. Wat de meerwaarde van dit arrest echter relativeert is – zoals aan bod komt – dat in de zaak geen finaal oordeel is gegeven omtrent het gebruik van het af te dwingen materiaal in de punitieve procedure. Dat punt is 'doorgeschoven' door de Hoge Raad, wat maakt dat de meest essentiële vraag onbeantwoord is gebleven. Er is namelijk niet bepaald of het gevorderde materiaal ook daadwerkelijk als 'wilsafhankelijk materiaal' wordt gekwalificeerd; hetgeen zou nopen tot bewijsuitsluiting. Dat laat onverlet dat bespreking van deze zaak in relatie tot de normering van de sfeercumulatie in dit hoofdstuk onontbeerlijk is, gezien een Nederlandse procedure onderwerp van toetsing door het EHRM vormt.

Op hoofdlijnen heeft het volgende plaatsgehad. In mei 2008 verstrekten de Duitse Belasting autoriteiten informatie aangaande aan de fiscus hier te lande omtrent tegoeden van Nederlandse ingezetenen bij een Liechtensteinse bank. Deze verkreeg van de Duitsers permissie om die informatie (mede) aan te wenden in het kader van een opsporingsonderzoek. Hiermee kan dit onderzoek geduid worden als een voorbeeld van 'repressieve controle', omdat aan de basis van dit onderzoek kennelijk abstractie indicaties van wetsovertreding ten grondslag liggen. De betrokkene Van Weerelt diende informatie te overleggen aangaande zijn betrokkenheid bij een in 1986 opgerichte 'Liechtensteinse Stiftung'. Van Weerelt stelde dat hij niet over stukken dienaangaande beschikt. Voorts legde de fiscus (tot behoud van heffingsrecht) over de jaren 1998 en 1999 navorderingsaanslagen op, met vergrijpboeten van 100% van de nagevorderde belasting. Vervolgens werd nakoming van de fiscale vordering bij de civiele kortgedingrechter toegewezen. Onder verbeurte van een dwangsom (€ 5.000 per dag(deel)) diende betrokkene aan de informatievordering te voldoen. Dit vonnis werd door het Gerechtshof bekrachtigd. In cassatie oordeelde de Hoge Raad dat betrokkene was gehouden de bescheiden te overleggen. Daarbij weliswaar gold dat voor zover sprake is van bewijsmateriaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van de belastingplichtige, de verkrijging van zodanig materiaal wel mag worden afgedwongen voor heffingsdoeleinden. Echter, indien niet kon worden uitgesloten dat het ma-

teriaal tevens in verband met een 'criminal charge' tegen de belastingplichtige zal worden gebruikt dienen de nationale autoriteiten te waarborgen dat de belastingplichtige zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen.[750]

5.5.5.2. Het oordeel van het EHRM

In de procedure bij het EHRM voerde Van Weerelt aan dat het nemo tenetur-beginsel wordt geschonden.[751] Het verweer treft geen doel en het EHRM overweegt dienaangaande het volgende:

> '37. The Supreme Court gave judgment on 12 July 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ3640). Its reasoning included the following:
> "3.7. In so far as it concerns evidentiary material the existence of which is dependent on the will of the taxpayer (hereafter 'will-dependent material'), the following applies. The principle is that the surrender of such material may be coerced for purposes of levying tax. If it cannot be excluded that the material will also be used in connection with a 'criminal charge' (compare [*J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, ECHR 2001-III]), the domestic authorities will have to ensure that the taxpayer will be able to exercise effectively his right not to cooperate in self-incrimination. Since regulation directed to this end is lacking in the Netherlands, it is for the courts to provide the necessary guarantees.
> 3.8. For this reason the (provisional measures) judge will have to add a qualification to that end to the order to be given. The State has brought its claim relying on section 47 of the General State Taxes Act with a view to levying tax, while not excluding possible use of the information demanded for purposes of imposing administrative fines or prosecution. In order to comply with the requirements flowing from Article 6 of the Convention, as referred to in paragraph 3.7 above, the measure to be ordered, in so far as it concerns will-dependent material, will have to be limited in the sense that such an order may only be given subject to the restriction that the material supplied be only used for the purpose of levying tax.
> Should the material that has come into the hands of the Tax Inspector, and thus the State, nonetheless be used also for purposes of imposing tax fines or prosecution, then the decision on what consequence should be attached to the violation of the restriction posed by the provisional measures judge will be for the court that decides on the tax fine or the prosecution to take.'

Deze overwegingen leiden ertoe dat het EHRM de klacht reeds op het voorgaande 'manifestly ill founded' acht. Hoe moeten deze overwegingen nu begrepen worden? Er zijn twee punten die in onderlinge samenhang moeten worden bezien. Dat is ten eerste dat er door de Hoge Raad een procedurele waarborg is gesteld omtrent het gebruik van 'wilsafhankelijk materiaal' en ten tweede dat nog niet definitief is beslist omtrent het gebruik van dat af te dwingen materiaal.

Over het eerste punt het volgende. Weliswaar erkent het EHRM dat vordering van fiscale informatie voor een dergelijk (non punitief) doel toelaatbaar is.[752] Dat is te beschouwen als een

---

[750]. Hoge Raad, 12 juli 2013, *AB* 2013/343, m.nt. Stijnen (r.o. 3.7).

[751]. Dit is overigens de eerste maal dat het EHRM expliciet deze bewoordingen overneemt. Voorheen werd steeds over 'the privilege against self incrimination' gesproken, wat materieel op hetzelfde neerkomt.

[752]. Vergelijk bijvoorbeeld EHRM 10 september 2002, nr. 76574/01, LJN BI9566 (Allen v. Verenigd Koninkrijk) (paragraaf 1): '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.'

onbetwist uitgangspunt in het kader van de handhaving van het ordeningsrecht. In de zaak van Weerelt ligt dit echter anders. De vraag die voor toepassing van het nemo tenetur-beginsel relevant is, is in hoeverre ten tijde van de informatievordering sprake was van een criminal charge of een verdenking. De feiten en omstandigheden wijzen onmiskenbaar in de richting van het bestaan van een dergelijke criminal charge jegens betrokkene. In dit verband kan het standpunt van de fiscus in herinnering worden gebracht:

> `Het gebruik van een Stiftung in Liechtenstein en van meerdere derde-partijen in het buitenland (zoals ABN-AMRO Bank in Zwitserland en/of Morgan Stanley in Londen) met als doel om de connectie van [eiser] met het vermogen van de Stiftung en daardoor een deel van zijn vermogen buiten het zicht van de Belastingdienst te houden, merk ik aan als listigheid en samenspanning. Daarnaast spant [eiser] zich niet voldoende in om aan de inspecteur de voor het opleggen van een juiste navorderingsaanslag benodigde gegevens te verstrekken. Ik merk dit aan als zeer ernstige gedragingen. Daarom zijn er strafverzwarende omstandigheden. Er zijn mij geen strafverminderende omstandigheden gebleken.'

Niet alleen werd een vergrijpboete van 100% opgelegd, tevens werd middels kort geding gevorderd onder verbeurte van een dwangsom nadere informatie te verstrekken. Er is aldus sprake van een informatievordering aan een betrokkene tegen wie een criminal charge bestaat, én (bij toewijzing van de kort geding vordering) die onder verbeurte van een dwangsom bewogen wordt tot medewerking over te gaan. De zaak vertoont daarmee de nodige parallellen met bijvoorbeeld de J.B. v. Zwitserland uitspraak. In principe zou dan gelden dat de betrokkene de informatievordering kan weigeren, zoals ook inderdaad volgt uit Funke en J.B. Een 'charged person' dwingen 'real evidence' uit te leveren betekent immers een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel. Het EHRM kent echter veel gewicht toe aan de door de Hoge Raad geformuleerde rechtswaarborg in relatie tot de informatievordering. Juist het ontbreken van dergelijke rechtsbescherming speelde een belangrijke rol in bijvoorbeeld de zaken Marttinen en Chambaz. Zo werd bij Martinnen overwogen (r.o. 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.' [753]

Ook in het Chambaz arrest werd de nadruk gelegd op het ontbreken van garanties in de Zwitserse wetgeving dat het verstrekte bewijs niet in de daarop volgende strafzaak zou worden gebruikt. Vanaf 1 januari 2008 was juist die wetgeving gewijzigd (r.o. 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 informations fournies lors d'une procédure purement fiscale ne seront pas utilisées au cours de l'enquête pour soustraction d'impôts.' [754]

[753]. EHRM 21 April 2009 (Marttinen v. Finland) , nr. 19235/03, *NJ* 2009/557.
[754]. EHRM 5 april 2012 (Chambaz v. Zwitserland), nr. 11663/04, *AB* 2012/323. Het EHRM merkte daarbij op dat (r.o. 56): 'Bovendien stelt het Hof vast dat artikel 183 van de federale wet betreffende directe federale belastingen op 1 januari 2008 is gewijzigd, en wel op zodanige wijze dat aan personen die het onderwerp zijn van een fiscaal onderzoek voldoende garanties worden gegeven, waaronder de garantie dat de tijdens een zuiver fiscale procedure verschafte inlichtingen niet zullen worden gebruikt tijdens het onderzoek wegens belasting- ontduiking.'

Was de genoemde waarborg in de zaak Van Weerelt niet verleend, dan ligt het voor de hand dat het EHRM wel degelijk een schending van het nemo tenetur-beginsel zou hebben geconstateerd. Niettemin geldt als tweede punt dat geen finale beslissing is genomen omtrent het gebruik van mogelijk incriminerend bewijsmateriaal, dat is afgestaan door de betrokkene. Het meest indicatief daarvoor zijn de door het EHRM gebezigde bewoordingen in paragraaf 62, waar hij betreffende de procedure over 'at this stage' spreekt. Van Weerelt heeft bezwaar aangetekend tegen de boete waarop nog niet is beslist (par.58). Het feit dat tegen de boete nog niet onherroepelijk door een rechterlijke instantie is beslist, komt terug in de weerlegging van de tweede klacht van betrokkene. De tweede klacht betrof het ontbreken van enige wettelijke bescherming tegen het gebruik van afgedwongen informatie ter bepaling van de criminal charge. Het EHRM weerlegt deze klacht onder verwijzing naar de door de Hoge Raad geformuleerde rechtswaarborg, bedoeld ter invulling van die wettelijke lacune. Hierbij benadrukt het EHRM wederom dat er nog geen finaal oordeel is gegeven betreffende het gebruik van die informatie. Dit brengt mede dat op basis van de feiten niet gesteld kan worden dat de rechten van betrokkene niet adequaat zijn beschermd.

Gelet op het voorgaande blijft de beslissende vraag open of de informatie die van Van Weerelt wordt gevorderd als 'wilsafhankelijk materiaal' moet worden aangemerkt. Op zichzelf beschouwd kan deze vraag positief worden beantwoord. Er wordt immers informatie gevorderd ná het bestaan van een 'criminal charge'. Dat het EHRM overweegt dat er nog geen 'final determination' daarvan heeft plaatsgehad maakt dat op zichzelf niet anders. Aan Van Weerelt was immers een punitieve sanctie opgelegd, waarmee de 'opsporingssfeer' (in de vorm van een boeteonderzoek) onmiskenbaar is geëntameerd. Dat oogmerk van opsporing was ook van meet af aan al sluimerend aanwezig, getuige het verzoek aan de Duitsers om het materiaal voor dito doeleinden te mogen gebruiken. Het onderzoek droeg daarmee van meet af aan (mede) een repressief karakter. Uit de overwegingen in het arrest zijn aanwijzingen af te leiden dat het EHRM het gevorderde materiaal inderdaad als wilsafhankelijk materiaal aanmerkt. Het EHRM besteedt relatief veel aandacht aan de aard en verkrijgingswijze van de gevorderde informatie. Cruciale overweging vormt de geciteerde paragraaf 61 waarin expliciet overwogen wordt dat het informatie betreft die niet via enige andere bron dan klager zelf verkregen kon worden, voor het doel van belastingheffing, in overeenstemming met de geldende fiscale regelgeving. Voorts wordt in de volgende paragraaf 62 gerefereerd aan die waarborg van de Hoge Raad – let wel – in relatie tot het in paragraaf 61 benoemde materiaal. Het gaat immers om het voorkomen van misbruik van het zojuist aangeduide bewijsmateriaal. Dit sluit aan bij de verwijzing naar Fukne in het kader van de opsomming van relevante jurisprudentie van het EHRM (r.o. 55). In het Funke arrest werd immers overwogen aangaande de vordering door de Franse autoriteiten:

> '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.'

De overweging van het EHRM in paragraaf 61 komt overeen met de terminologie die gehanteerd wordt in verband met 'wilsafhankelijk materiaal'.[755] Het gaat om materiaal waarvan de

[755]. Conclusie A-G Wattel voor Hoge Raad 12 juli 2013, nr. 12/01880, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, (r.o. 6.7.): 'Kan de overheid niet zonder dergelijke dwang of druk tegen de wil van de verdachte kennis nemen van het gevorderde materiaal, dan gaat het niet om Saunders-materiaal en is dwang tot actieve medewerking van de verdachte aan de kennisneming ervan in strijd met art. 6 EVRM, hoezeer ook het gevorderde mogelijk in reeds bestaande documenten te vinden zou kunnen zijn die de fiscus echter niet kan vinden zonder medewerking van de belastingplichtige/verdachte af te dwingen of die voor de fiscus niet te duiden zijn zonder medewerking van de verdachte.' Ook M. Velthuis, 'Wanneer kwalificeren documenten als wilshafhankelijk materiaal?', *Tijdschrift onderneming*

overheid niet zonder 'dwang of druk' tegen de wil van de verdachte kennis kan nemen én, zo dient te worden toegevoegd, dat gevorderd wordt ná het bestaan van een criminal charge. Dit lijkt er op te wijzen dat het EHRM de te vorderen informatie inderdaad schaart onder de noemer van wilsafhankelijk materiaal. Kennelijk veronderstelt het EHRM een verband tussen het door betrokkene uit te leveren materiaal en de waarborg bedoeld om misbruik van *dit materiaal* te voorkomen. In het licht van die waarborg, het waarschijnlijk aanduiden van het te overleggen materiaal als 'wilsafhankelijk materiaal' en de stand van de procedure, is het verklaarbaar dat het EHRM in de onderhavige zaak nog geen schending van artikel 6 EVRM constateert.

5.5.5.3. Conclusie

In de zaken Marttinen en Chambaz werd overwogen dat in de betreffende procedure een waarborg ontbrak, die mee zou brengen dat het te overleggen materiaal niet voor bestraffingsdoeleinden gebruikt zou worden. In contrast tot die zaken werd in de zaak Van Weerelt wel een dergelijke waarborg geformuleerd door de Hoge Raad. De waarborg behelst dat betrokkene gehouden is het door de fiscus gevorderde materiaal te overleggen maar – voor zover sprake is van wilsafhankelijk materiaal – dit niet voor bestraffings doeleinden mag worden gebruikt. Het EHRM heeft die waarborg in belangrijke mate betrokken in het oordeel dat in deze zaak geen schending van het nemo tenetur-beginsel plaatshad. Incasu is echter nog geen definitief rechterlijk oordeel gegeven omtrent de vraag of het te vorderen materiaal inderdaad die kwalificatie draagt en omtrent het gebruik daarvan als bewijsmateriaal in de boeteprocedure. De grote vervolgvraag is echter in hoeverre die rechtswaarborg daadwerkelijk toegepast zal worden. De overwegingen van het EHRM wijzen in de richting dat hij het van betrokkene verlangde materiaal aanmerkt als zijnde 'wilsafhankelijk'. Het EHRM heeft het materiaal expliciet geduid in het kader van de verkrijgingswijze. Hij overweegt namelijk dat het materiaal niet op andere wijze dan van betrokkene zelf kan worden vergaard (r.o. 61), terwijl hij in de volgende paragraaf de rechtswaarborg benoemt in verband met dit van betrokkene te verkrijgen materiaal. Het betreft hier concreet de informatievordering in het kader van de non-punitieve sfeer, aan een persoon die reeds als 'charged' moet worden beschouwd. De uitsluiting van het door betrokkene aan te leveren bewijs zou dan bewerkstelligen dat geen inbreuk op het nemo tenetur-beginsel wordt gemaakt. Van Weerelt heeft de informatie dan weliswaar onder dreiging van dwangsommen moeten uitleveren, maar deze informatie wordt niet gebruikt als bewijs in de punitieve procedure.

5.5.6. Tussenconclusie sfeercumulatie

Afgezet tegen de testimonial en real evidence jurisprudentie levert de sfeercumulatie het volgende beeld op. Bij testimonial evidence stond het *gebruik* van verklaringen centraal. Deze waren onder dwang afgelegd op grond van wettelijke medewerkingsverplichtingen. Bij real evidence ging het om de situatie van een weigerachtige verdachte om actieve medewerking te verlenen aan de bewijsvergaring in zijn eigen zaak. Vervolgens werden verdachten bestraft voor die weigering. Een variant op dit thema vormt een derde 'cluster'; namelijk die van de sfeercumulatie. Het gaat net als bij de real evidence-gevallen om weigerachtige verdachten. Echter, die weigering van de informatievordering vindt niet plaats in de context van de strafprocedure maar in een parallelle procedure. Bij Shannon was dit in de context van een getuigenverhoor, wat echter materieel gezien het feitencomplex betrof waarover al een strafzaak tegen hem liep. Deze verdachte liep dus letterlijk het risico getuige in eigen zaak te worden. Een vergelijkbaar geval vormde de Marttinen-zaak, waarbij de weigering zich afspeelde binnen een faillisements procedure. Chambaz verdient in dit verband de meeste aandacht. Niet alleen vond de weigering plaats binnen een niet-punitieve fiscale procedure, er liep nog geen strafzaak tegen Chambaz,

strafrecht in praktijk, 2/2013, p. 36. Documenten waarover zonder hulp van de verdachte niet de beschikking kan worden verkregen, kwalificeren volgens Velthuis – in die bredere betekenis – als 'wilsafhankelijk materiaal'.

hetgeen bij Shannon en Marttinen wel het geval was. Door niettemin te oordelen dat de latere boeteoplegging voor de informatieweigering van Chambaz ontoelaatbaar was, leidt dit tot een ruime interpretatie van het nemo tenetur-beginsel. Immers, dit beginsel is nu reeds inroepbaar in de non-punitieve controlesfeer. De reden daarvoor is dat het 'redelijkerwijs niet anders kan' dan dat ten tijde van de informatievordering de feiten en omstandigheden een verdenking jegens Chambaz constitueerden van belastingfraude. De aard van het geschil tussen hem en de fiscus biedt daarvoor alle aanknopingspunten. Dit betekent niet dat de controlesfeer nu beheerst wordt door de normen van artikel 6 EVRM; op een wijze zoals die voor de opsporingssfeer geldt. Het betekent wel dat de vraag of die normen toepasbaar zijn niet afhankelijk is van de formele status van een onderzoek, maar van de materiële status van het onderzoek. Is er in de context van het controleonderzoek al sprake van een verdenking? Dit heeft voor de normering van de sfeerovergang grote gevolgen. De benadering sluit aan bij de in hoofdstuk 3 geconstateerde vloeiende aard van de sfeerovergang. Dat betekende dat het controleonderzoek gradueel verandert in een opsporingsonderzoek. Dit kan een probleem opleveren omdat de rechtsbescherming overwegend dichotomistisch van aard is. De verdachte kent een zwijgrecht en het recht om geen stukken uit te leveren. De Chambaz-doctrine lost dit probleem op. Dat betekent dat het accent komt te liggen op de casuïstiek; in het bijzonder op de vraag in hoeverre sprake is van omstandigheden die wijzen op een redelijk vermoeden van schuld, dat maakt dat de betrokkene het risico van zelfbelasting 'niet kan uitsluiten'. Tot slotte kan gesteld worden, verwijzend naar de discussie in paragraaf 5.5.3, dat het Chambaz-arrest aantoont dat de 'fishing expedition' van overheidswege (onzekerheid omtrent het bestaan van real evidence) geen noodzakelijke factor is om een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel te maken.[756]

In de Marttinen en Chambaz arresten werd voorts overwogen dat in de betreffende procedure een waarborg ontbrak, die mee zou brengen dat het te overleggen materiaal niet voor bestraffingsdoeleinden gebruikt zou worden. In de zaak Van Weerelt werd een dergelijke waarborg door de Hoge Raad gesteld, hetgeen bijdroeg in het EHRM-oordeel dat (nog) geen sprake was van schending van het nemo tenetur-beginsel. De waarborg behelst dat betrokkene gehouden is het door de fiscus gevorderde materiaal te overleggen maar – voor zover sprake is van wilsafhankelijk materiaal – dit niet voor bestraffingsdoeleinden mag worden gebruikt. Betoogd is dat het vorderen van bewijsmateriaal van een betrokkene waartegen reeds een punitieve sanctie is opgelegd – zoals het geval was – per definitie wilsafhankelijk materiaal oplevert. Dit laat onverlet dat een dergelijke waarborg een oplossing kan bieden voor een mogelijke inbreuk op het nemo tenetur-beginsel, ten gevolge van de sfeercumulatie. Het betreft hier concreet de informatievordering in het kader van de non-punitieve sfeer, aan een persoon die reeds als 'charged' moet worden beschouwd. Hierbij dient te worden aangetekend dat deze waarborg alleen 'praktisch en effectief' kan zijn als het door de betrokkene aan te leveren materiaal ook daadwerkelijk uitgesloten wordt van de 'opsporingssfeer'. Dat betekent dat ook geen nader opsporingsonderzoek verricht zou mogen worden op basis van dat materiaal. Het verwezenlijken van die randvoorwaarde is problematisch, gelet op de in hoofdstuk 3.5.5. beschreven personele cumulatie (de 'twee petten problematiek'). Bij zowel het toezichts- als het punitief onderzoek zijn dikwijls dezelfde functionarissen betrokken. De thans bestaande functiescheiding van de Awb is in dat verband onvoldoende (zie hoofdstuk 3.5.6. Functieonderscheid: de grote Chinese muur?). Dat

[756]. Barkhuysen en Van Emmerik concluderen anders in hun annotatie. Zij stellen dat Saunders-materiaal in beginsel wel met behulp van dwang bij de overtreder kan worden verzameld, maar dat dit anders kan liggen wanneer het materiaal onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat, maar niet zonder diens hulp kan worden verkregen. Naarmate in deze situatie het dwingende verzoek van de autoriteiten meer het karakter krijgt van een 'fishing expedition', dan kan er toch weer sprake zijn van een schending van nemo tenetur-beginsel. Ik zie dat anders omdat de informatievordering bij Chambaz juist zeer specifiek was en daarmee een contra-indicatie vormde voor een 'fishing expedition'.

functieonderscheid betreft immers het verbod om mandaat tot boeteoplegging te verlenen aan de bij de constatering van de overtreding betrokken medewerkers. Het behelst daarmee geen daadwerkelijke scheiding van controle- en opsporingsonderzoek. Daarbij komt dat het fiscale recht uitgezonderd is van dat personele functieonderscheid (art. 10:3 lid 4 Awb is niet van toepassing in fiscale boetezaken, zie art. 67pb AWR). Wil aldus de 'bewijsuitsluiting' van real evidence als redressering van de problematiek van de sfeercumulatie zijn effect sorteren, dan dient hier een reële 'Chinese muur' te worden gecreëerd tussen de betrokken medewerkers van het reguliere toezichtsonderzoek en de opsporings- en/of boetefunctionarissen.

5.6. De dies a quo: het aanvangsmoment van het nemo tenetur-beginsel

5.6.1. De criminal charge

In het voorgaande is uitgebreid de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel geanalyseerd en beschreven. Een belangrijke samenhangende vraag is die naar het moment waarop het beginsel inroepbaar is. Dit kwam en passant aan de orde bij de bespreking van bijvoorbeeld het Funke-arrest en in de vorige paragraaf inzake het Chambaz-arrest. Wat is het moment dat het beginsel kan worden ingeroepen teneinde het voldoen aan een informatievordering te kunnen weigeren? Dit is uiteraard van groot belang gezien de weigering die medewerking te verlenen op zichzelf een strafbaar feit oplevert. In de rechtspraak van het EHRM wordt de werking van het nemo tenetur-beginsel verbonden aan het begrip 'criminal charge'. Vanaf dat moment gelden (onder meer) de rechtswaarborgen van artikel 6 EVRM.[757] Gelet op het daaraan verbonden nemo tenetur-beginsel zou een 'charged person' geen medewerking meer hoeven te verlenen aan het onderzoek. Daarbij gaat het om het afleggen van verklaringen en het (actief) uitleveren van 'real evidence', zoals volgt uit de voorgaande analyse. Dit staat lost van de bewijsuitsluiting van onder een medewerkingsplicht afgelegde verklaringen. De 'criminal charge' vormt aldus een belangrijk schakelmoment tussen de controle- en de opsporingssfeer.

5.6.2.Criminal charge als kwalificatie van de sanctie

Nu is dit begrip criminal charge op zichzelf weinig concreet, mede omdat het juridisch gezien een diffuus karakter heeft. De criminal charge is namelijk aangewend om het karakter van een procedure te duiden als punitief van aard. Juridisch gezien fungeerde het begrip dus als een kwalificatietoets. In het arrest 'Engel' heeft het EHRM voor het eerst criteria benoemd aan de hand waarvan vastgesteld kan worden wanneer sprake is van een 'criminal charge'.[758] In de eerste plaats is het van belang of de overtreden bepaling naar nationaal recht een strafrechtelijke bepaling is. In de tweede plaats moet gekeken worden naar de aard van de overtreding en ten slotte naar de aard en de zwaarte van de sanctie. Deze criteria worden later nog eens bevestigd in de arresten "Öztürk" en "Lutz".[759] Later in het arrest 'Bell' heeft het Hof nog eens uitgesproken dat de criteria zoals die in het arrest 'Engel' beschreven zijn, onbetwist het uitgangspunt vormen voor de vaststelling of sprake is van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM.

---

[757]. Zie bijvoorbeeld A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht,* (diss. Deel II - EUR), Deventer: Gouda Quint 1998, p.75-76: 'Immers, vanaf dat moment dient de procedure inzake de bestuurlijke boete te voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM. Het beginpunt van de 'criminal charge' – veelal omschreven als de dies a quo – vangt aan vanaf het moment dat er inhoudelijk sprake is van een 'charge' in de zin van artikel 6 EVRM. Dit is gewoonlijk het moment van inbeschuldigingstelling door de vervolgende instantie. Met andere woorden; het moment waarop de vervolgende instantie de belanghebbende officieel kenbaar maakt dat hij of zij een algemeen verbindend voorschrift heeft overtreden op grond waarvan een bestraffende sanctie kan worden opgelegd. Maar het moment dat er inhoudelijk sprake is van een 'charge kan ook vóór het moment van de officiële kennisgeving liggen.'

[758]. EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978/223 (Engel e.a. v. Nederland).

[759]. EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988.937 (Özturk v. Duitsland); EHRM 25 augustus 1987, *NJ* 1988/938 (Lutz v. bondsrepubliek Duitsland).

De drie criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of overheidsoptreden een *criminal charge* oplevert luiden aldus:

- de classificatie van de vervolging naar nationaal recht;
- de aard van het delict en
- de aard en zwaarte van de sanctie.[760]

De formele nationale classificatie van een sanctie is aldus niet doorslaggevend. Het EHRM hanteert een autonome interpretatie van het begrip *criminal charge*. De strekking van de benoemde jurisprudentie is dat niet alleen een strafrechtelijke procedure, maar ook een tucht- of een bestuursrechtelijke procedure als strafvervolging in de zin van artikel 6 EVRM kan worden beschouwd. De autonome interpretatie van straf door artikel 6 bevestigt de werking van het EVRM boven de nationale wetgeving. Deze opvatting leidt ertoe dat de door artikel 6 EVRM gewaarborgde materiële werkingssfeer zich niet beperkt tot strafrechtelijke procedures. Het EHRM eist echter niet van lidstaten dat bij lage boetes alle rechtswaarborgen even strikt moeten worden toegepast. Bij het Jussila-arrest gaf het EHRM aan dat nationale lidstaten de mogelijkheid hebben om te differentiëren in de waarborgen.[761]

5.6.3. Inhoud criminal charge: substantially affected criterium

De kernvraag is voorts hoe het begrip criminal charge in de juridische context feitelijke invulling verkrijgt. De concrete betekenis en invulling van het criminal charge begrip kan alleen gevonden worden door naar specifieke casussen te kijken én naar de door het EHRM geformuleerde uitganspunten aangaande verdedigingsrechten. Het EHRM interpreteert het begrip als volgt:

> "Whilst 'charge', for the purpose of Article 6 r.o. 1, may in general be defined as 'the official notification given by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence', it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect' as a result of a suspicion against him"[762]

In de zaak Foti overweegt het EHRM (r.o. 52) dat de 'criminal charge' in feite de mededeling behelst dat betrokkene beschuldigd wordt van een strafbaar feit, de "officiële" weg, dan wel dat hij uit het handelen van het bestuursorgaan op zou kunnen maken dat dit geval is, de "effectieve" methode. Er is aldus sprake van een criminal charge vanaf het moment waarop ten aanzien van de betrokkene van overheidswege een handeling is verricht waaraan hij in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat hem een punitieve sanctie zal worden opgelegd, zoals een bestuurlijke boete, dan wel dat jegens hem strafvervolging zal worden ingesteld. Hier geldt de

---

760. Stijnen stelt dat het tweede criterium (aard van het delict), mede bezien in samenhang met het derde criterium (aard en zwaarte van de sanctie), zwaarder wegen dan de classificatie van de vervolging naar nationaal recht. Bovendien zijn het tweede en derde criterium alternatief aan elkaar, indien aan een van beide is voldaan is naar het oordeel van het EHRM sprake van een criminal charge. Slechts wanneer de analyse van afzonderlijke criteria niet tot een duidelijke uitkomst leidt, hanteert het EHRM een cumulatieve benadering van de laatste twee criteria, aldus Stijnen. Daarnaast is volgens Stijnen het belang van het tweede en derde criterium in de zaak Bendenoun gerelativeerd door het EHRM. Zie EHRM 24 februari 1994, *NJ* 1994/496 (Bendenoun). Zie Stijnen 2011, a.w., p. 50-51. De verdere bespreking van het 'criminal charge' begrip in relatie tot die naar de aard van de sanctie, valt buiten de bespreking van dit proefschrift. Zie voor een verdere duiding van dit begrip de genoemde dissertatie van Stijnen.

761. EHRM 23 november 2006, *AB* 2007, 51 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (Jussila v. Finland).

762. EHRM 10 december 1982, ECHR, Series A, 56, (Foti v. Italië), r.o. 52.

definiëring: alle handelingen waaruit de betrokkene redelijkerwijs kan afleiden dat er een vervolging tegen hem ingesteld zal worden. Voorts is het begrip criminal charge nader ingevuld met het criterium ‘substantially affected’. Het gaat dan om maatregelen die de positie van de betrokkene daadwerkelijk beïnvloeden.

Om verschillende redenen is dit criminal charge-concept een uiterst ongelukkige formulering voor het startmoment van het nemo tenetur-beginsel. Is iemand die verdacht wordt van een misdrijf niet per definitie ‘substantially’ affected wanneer deze ter zake wordt verhoord? Dient de verdachte niet per definitie een zwijgrecht toe te komen? Dit leidt tot de vraag of het substantially affected-criterium niet – ten minste – samenvalt met de verdenking: een redelijk vermoeden van schuld. Dat impliceert een materieel aanknopingspunt van de criminal charge. Hartmann wijst er op dat ter ondersteuning van die stellingname gewezen wordt naar de zaak Funke.[763] In die zaak was, zoals aan de orde kwam, wel sprake van een concrete verdenking, maar Funke was hiervan nog niet formeel op de hoogte gesteld. Desondanks nam het EHRM aan dat Funke 'charged' was 'with a criminal offence'. Een ander moment van intreden dan het moment waarop men door het nakomen van een medewerkingsplicht zichzelf tot een persoon maakt tegen wie een vervolging kan worden ingesteld, zou deze rechtswaarborg in vele situaties illusoir maken.

Deze voorgaande analyse waarin uit de EHRM-jurisprudentie de criminal charge correspondeert met het verdenkingscriterium, ook al is er formeel sprake van controle, sluit aan bij een fundamenteel jurisprudentieel uitgangspunt.[764] Dat is het herhaalde uitgangspunt dat verdedigingsrechten niet theoretisch en illusoir moeten zijn. Het valt eenvoudigweg niet in te zien hoe een criterium dat tenminste niet voldoet aan het verdenkingscriterium, die verdedigingsrechten kan garanderen, in de context van sfeerovergang. Uitgangspunt is dat het nemo tenetur-beginsel in acht moeten worden genomen vanaf het moment dat tegen de betrokkene een vervolging in de zin van artikel 6 EVRM (een criminal charge) wordt ingesteld. Tijdens een controleonderzoek, waarbij wordt gecontroleerd of een betrokkene de regelgeving heeft nageleefd en zolang er nog niet op grond van een concrete verdenking rechtsvaststellende beslissingen zijn genomen, kan nog niet van een criminal charge worden gesproken. Het louter vaststellen en verzamelen van gegevens die vervolgens voor andere autoriteiten de basis kunnen vormen voor verdere acties, bijvoorbeeld het instellen van een strafvervolging of het opleggen van een bestuurlijke boete, is volgens het EHRM in zijn uitspraak in de zaak Fayed niet een procedure die hoeft

763. Zie ook Hartmann, a.w., p. 91: ‘Door de criticasters werd gesteld dat het beginpunt van de 'criminal charge' juist vóór het moment zou kunnen liggen waarop de voorgestelde boete-inspecteur de belanghebbende zou benaderen, meer bepaald bij het kontakt dat de belanghebbende heeft met de aanslagregelende inspecteur. Het beginpunt van de 'criminal charge' zou dan het moment zijn waarop naar aanleiding van geconstateerde onregelmatigheden een redelijk vermoeden van het begaan van een beboetbaar delict ontstaat. Indien zich dat moment voordoet, dient de betreffende ambtenaar de aan de belanghebbende toekomende nemo tenetur-rechtswaarborg te respecteren. Met andere woorden; er wordt dienaangaande een materieel beginpunt van de 'criminal charge' als uitgangspunt genomen. Ter ondersteuning van dit standpunt wordt daarbij gewezen op de zaak Funke, waarin wel sprake was een concrete verdenking, maar Funke hiervan nog niet formeel op de hoogte was gesteld. Desondanks nam het Europese Hof aan dat Funke 'charged' was 'with a criminal offence'. Een ander moment van intreden dan het moment waarop men door het nakomen van een medewerkingsplicht zichzelf tot een persoon maakt tegen wie een vervolging kan worden ingesteld, zou deze rechtswaarborg in vele situaties illusoir maken.’ Zie voorts Van Russen Groen, a.w., p. 263: ‘In de zaak Funke bestond er wel een concrete verdenking, maar Funke was hiervan nog niet formeel op de hoogte gesteld, er had nog geen formele inbeschuldigingstelling plaatsgevonden. Desondanks nam het Europese Hof in de zaak Funke aan dat Funke 'charged' was 'with a criminal otfence'. Dat komt doordat het begrip' criminal charge', zoals het Hof aangeeft een autonome betekenis heeft. Het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht gelden derhalve in elk geval vanaf het moment dat er een concrete verdenking bestaat, op basis waarvan handelingen zijn verricht welke de positie van de betrokkene in casu daadwerkelijk beïnvloeden.’

764. Zie ook J.B. Bij het Federale Hof voerde J.B. aan dat hij in het licht van art. 6 EVRM als verdachte niet kan worden gedwongen zichzelf te incrimineren.

te voldoen aan artikel 6 lid 1 EVRM. De rechtswaarborgen van artikel 6 EVRM zouden in die gevallen namelijk “in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of com plex financial and commercial activities”

Voorts heeft het EHRM bovenal als uitgangspunt geschetst dat verdedigingsrechten niet theoretisch en illusoir moeten zijn, maar praktisch en effectief. Het EVRM dient zodanig te worden uitgelegd dat de concrete en feitelijke aard van de rechten die er in worden gegarandeerd, ook daadwerkelijk worden gegarandeerd. In het kader van dit uitgangspunt wordt in de Chambaz zaak (wederom) verwezen naar EHRM 9 oktober 1979, § 24, serie A no 32 (Airey v. Ierland), hetgeen de relevantie en actualiteit van die uitspraak accentueert. Wanneer dat uitgangspunt wordt bezien in samenhang met het nemo tenetur-beginsel dat geacht wordt aan de kern van een ‘eerlijk proces’ te liggen, vloeit daaruit voort dat het startmoment verbonden is aan het ‘redelijk vermoeden van schuld’. Dat correspondeert met het moment dat de (commune) opsporing een aanvang maakt en de opsporingssfeer betreden wordt. Vanuit het perspectief van normering van de sfeerovergang is dat een logische benadering. Zoals in de vorige paragraaf aan de orde kwam valt uit het Chambaz arrest nog ander criterium af te leiden. Het gaat daarbij om het criterium dat betrokkene het ‘redelijkerwijs niet uit kon sluiten’ dat hem door medewerking een boete zou worden opgelegd.[765] Deze benadering behoeft echter een nadere situationele duiding; wat zijn die feiten en omstandigheden immers, waarop dat risico van zelfincriminatie gefundeerd wordt? Betoogd is dat dit risico juist speelt in de materiële context waarin de feiten nopen tot een verdenking, ook als is die gesitueerd in de controlesfeer.

Het voorgaande betoog omtrent het aanvangsmoment van het zwijgrecht vindt zijn bevestiging in de Granch Chamber zaak Ibrahim (EHRM 13 september 2016, *NJB* 2017/267). In die zaak speekt het EHRM expliciet over ‘suspect’ in relatie tot de mededeling van (onder meer) de cautie. Die verplichting moet ook bezien worden in de context van de door het EHRM genoemde ‘praktische en effectieve’ uitoefening van verdedgingsrechten. In de volgende paragraaf komt die zaak ‘Ibrahim’ aan de orde.

5.7 Cautieverplichting ex artikel 6 EVRM?

Een belangrijke vraag die in verband met de toepassing van het ‘criminal charge’ criterium kan worden gesteld is de volgende. In hoeverre kan uit artikel 6 EVRM (eerste lid) een cautieverplichting voor de verhorende autoriteiten worden afgeleid? Die vraag is in een arrest van de Grand Chamber ondubbelzinnig beantwoordt, te weten in de zaak Ibrahim v. VK (EHRM 13 september 2016, *NJB* 2017/267). Eerst iets over de context van de zaak. De zaak had betrekking op de bomaanslagen in Londen in juli 2005, gepleegd door Islamitische terroristen. Ibrahim en drie mededaders lieten op 21 juli 2005 een viertal bommen afgaan. Fortuinlijk genoeg waren die explosieven gemankeerd (inadequate concentratie hydrogeen peroxide, voor de bèta geïnteresseerde). De verdachten werden daarna door de politie onderworpen aan zogeheten ‘veiligheidsinterviews’. Het doel dat op dat moment prevaleerde was om nieuwe aanslagen te komen en aldus de bevolking te beschermen. In dat verband werd aan de verdachten consultatiebijstand van een advocaat onthouden. Het recht tot toegang tot een advocaat werd aldus beperkt. Het is die omstandigheid die in de procedure bij het EHRM sterk de nadruk had. De uitspraak is dan

[765]. Vgl J. Wortel, *Afrekenen! Een kwart eeuw fiscaal boeterecht*, in: E. Hofstee, O.J.D.M.L. Jansen, A. Smit (red.), Kringgedachten, Deventer: Kluwer 2014, p. 111: ‘(…) als de betrokkene wordt geconfronteerd met ernstige gevolgen van zijn weigering te voldoen aan een (wettelijke) verplichting tot medewerking, terwijl hij niet kan uitsluiten dat het gevorderde materiaal later tegen hem zal worden gebruikt in een op strafoplegging gerichte procedure, doet zich een schending van het nemo tenetur beginsel voor.’

ook vooral van belang in relatie tot de zogeheten 'Salduz' problematiek.[766] Dat heeft betrekking op (het gemis van) consultatiebijstand van de verdachte door een advocaat en de vraag naar de bruikbaarheid tot het bewijs van verklaringen, die zonder dergelijke bijstand zijn afgelegd. Een ander aspect in het kader van de verhoren, was dat de vedachten wisselende soorten cauties kregen. Het ging om 'oude' en 'nieuwe' stijl cauties. Verschil tussen die twee was dat bij de nieuwe categorie, de mededeling ontbrak dat aan het zwijgen van de betrokken verdachten geen 'inferenties' verbonden konden worden, bij het onderzoek ter terechtzitting. (Reden daarvoor was ook juist het ontbreken van die eerder genoemde rechtsbijstand.) Aan het zwijgen zouden dus geen negatieve consequenties verbonden kunnen worden voor de bewijswaardering in de strafprocedure. Deze punten, de consultatiebijstand, en de inferenties aan het zwijgen door verdachten in de strafzaak, komen verder niet aan de orde. Hoewel beide aspecten zonder meer verbonden zijn met de werking van het nemo tenetur-beginsel, zijn zij niet (direct) van belang voor de normering van de sfeerovergang/sfeercumulatie.

Anders ligt dat ten aanzien van die cautieverplichting. Het EHRM overwoog dan ook in dat verband:

> 'The Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective and not theoretical and illusory (see, among many other authorities, Salduz, cited above, § 51; and Dvorski, cited above, § 82). In order to ensure that the protections afforded by the right to a lawyer and the right to silence and privilege against self-incrimination are practical and effective, it is crucial that suspects *(onderstreping AZ)* be aware of them. This is implicit from the Court 's application of the "knowing and intelligent waiver" standard to any purported waiver of the right to counsel (see Dvorski, cited above 101). The Court therefore finds that it is inherent in the privilege against self-incrimination, the right to silence and the right to legal assistance that a person "charged with a criminal offence" for the purposes of Article 6 has the right to be notified of these rights.'

In deze overweging komt aldus de verbinding terug tussen enerzijds een praktische en effectieve garantie van verdedigingsrechten, te weten het recht op toegang tot een advocaat en het zwijgrecht, met anderzijds de omstandigheid dat de verdachte van die rechten geïnformeerd is. De mededeling van het zwijgrecht vormt dan een middel om de genoemde waarborgen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM te realiseren. Volgens Speyart was de eerste maal dat het EHRM een dergelijke cautieverplichting aannam in de zaak EHRM 18 februari 2010, *NJB* 2010, 752 (Zaichenko v. Rusland). In de Zaichenko uitspraak (paragraaf 52) stelde het EHRM dat het EVRM praktische en effectieve rechten garandeert. De Russische politie was gehouden om betrokkene op of vlak voor het moment van de criminal charge, te informeren over diens zwijgrecht. De erkenning van de cautieplicht in het arrest Zaichenko was volgens Speyart een prille ontwikkeling, die nog bevestigd leek te moeten worden.[767] Met het arrest Ibrahim kan gesteld worden het pleit is beslecht. Die bevestiging van de cautieverplichting inderdaad heeft plaatsgehad.

[766] Zie in dat verband de uitgebreide noot van F.P. Ölçer over de samenhang tussen de zaak en uitspraken van het EHRM verband houdende met het 'Salduz' arrest (EHRM 27 november 2008, *NJ* 2009, 214, (*Salduz t. Turkije*).
[767] H.M.H. Speyart, 'A Tale of Three Cities: grondrechtelijke aandachtspunten bij de toepassing van het mededingingsrecht', *NtEr* december 2010, 348. Zie ook EHRM 14 oktober 2010, nr. 1466/07 (*Brusco v. Frankrijk*). *NJ* 2011, 386 .

5.8 Rechtspraak van het HvJEG

De kern van interpretatie van het zwijgrecht op basis van het Europees mededingingsrecht is gelegen in de Orkem uitspraak HvJ EG 18 oktober 1989, C-374/87.[768] Daarin stond centraal de bevoegdheid van de Europese Commissie om inlichtingen te vragen aan ondernemingen, in relatie tot het zwijgrecht. Het doel van de inlichtingenvordering heeft betrekking op de handhaving van de mededingingsregelgeving. De betrokken onderneming is verplicht aan de vordering gehoor te geven; bij weigering kunnen diverse sancties worden opgelegd. Er kan een boete voor de non-coöperatie worden opgelegd, of een dwangsom worden opgelegd voor de periode dat de onderneming de gevorderde medewerking nalaat. Een ander alternatief is dat de non-coöperatie een rol speelt als strafverzwarende factor.[769]

Het hof erkent geen *algemeen* zwijgrecht. Opmerkelijk genoeg differentieert het hof consequent – zowel in de toezichtsfase als in de 'boetefase' – naar de aard van de vraagstellingen. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen vragen die 'feitelijk' van aard zijn en vragen die een 'erkenning van schuld' inhouden op een inbreuk op het mededingingsrecht. Het doel van dit onderscheid is om enerzijds het toezicht op het mededingingsrecht niet te belemmeren.[770] Anderzijds dient het zwijgrecht van de onderneming gewaarborgd te worden. In de hierna te noemen uitspraak van GvEA EG 20 februari 2001, T112/98 (Mannesmannröhren-Werke), werd nog toegevoegd dat de Commissie schriftelijke inlichtingen kan vorderen, maar bij feitelijke vragen die er toe strekken dat een inbreuk wordt erkend, vermeld moet worden dat de betreffende vragen niet beantwoord hoeven te worden (r.o. 79).

Ten tijde van het wijzen van voornoemd arrest, was er nog geen jurisprudentie van het EHRM ter zake van de toepassing van het zwijgrecht gewezen. Het Funke arrest dateerde immers van vier jaar later: 1993. Opmerkelijk genoeg sloot het GvEA EG 20 februari 2001, T112/98 (Mannesmannröhren-Werke AG) aan bij de voornoemde 'Orkem' uitspraak, niet bij de jurisprudentie van het EHRM.[771] Het alternatief was geweest om de 'Saunders' lijn te implementeren, en te differentiëren naar gelang verklaringen in het kader van controle of opsporings zijn afgelegd. Wel volgde uit de zaak nr. C-60/92 (Otto/Postbank), *NJ* 1994, 256 een 'bewijsuitsluitingsregel'. Afgelegde verklaringen, in het kader van een getuigenverhoor bij de nationale rechter, waarbij gedwongen wordt een inbreuk op het communautaire mededingingsrecht te erkennen, kunnen

---

768. Zie over de EG-jurisprudentie aangaande het zwijgrecht: H.M.J. Quaedvlieg, *Ondernemende autoriteiten?* (diss. Maastricht.), Deventer: Kluwer 2001, p. 371-380; Stevens, a.w., p. 139-142; J.A. Winter, 'Zwijgrecht in het Europees kartelrecht', in: H.J.R. Kaptein (red.), *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2000, p. 109-122. Zie voorts de zaken C-27/88, Jur. 1989, p. 3355 (Solvay) en HvJ EG 10 november 1993, zaak nr. C-60/92 (Otto/Postbank), *NJ* 1994/256.

769. Quaedvlieg, a.w., p. 371.

770. HvJ EG 18 oktober 1989, C-374/87 (r.o. 32); GvEA EG 20 februari 2001, T112/98 (Mannesmannröhren-Werke AG), r.o. 64.

771. Speyart wijst er op dat het Hof van Justitie in de zaak 'LVM' weliswaar wijst naar de ontwikkeling van de Straatsburgse rechtspraak tot en met het J.B. arrest, maar niettemin zijn *Orkem*-lijn handhaaft. De zaken die Srpeyart noemt in verband met 'LVM' betreffen: HvJ EG 15 oktober 2002, gevoegde zaken C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P en C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, *Jur.* 2002, p. I-8375, punt 274, herhaald in HvJ EG 29 juni 2006, zaak C-301/04 P, *SGL, Jur.* 2006, p. I-5915, punten 39-49. Speyart wijst er voorts op dat in de zaak *Grafietelektroden* het Gerecht een algemeen beroep van kartellist SGL op het zwijgrecht met betrekking tot het verschaffen van enige inlichting of enig stuk afgewezen, behalve als het ging om een verzoek van de Commissie om het voorwerp en verloop van een aantal bijeenkomsten te beschrijven. Verwezen wordt naar: GvEA 29 april 2004, gevoegde zaken T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-246/01, T-251/01 en T-252/01, *Tokai Carbon e.a./Commissie*, *Jur*. 2004, p. II-1181, punt 408. H.M.H. Speyart, 'A Tale of Three Cities: Grondrechtelijke aandachtspunten bij de toepassing van het mededingingsrecht', *NtEr* 2010, p. 349.

weliswaar ter kennis van de Commissie worden gebracht. Echter, de Commissie mag die verkregen inlichtingen noch als bewijs gebruiken in een sanctieprocedure, noch als aanwijzing die de opening van een onderzoek voorafgaand aan een dergelijke procedure wettigt.[772]

Over deze benadering om te differentiëren naar de aard van de vraagstelling kan het volgende gesteld worden. Als uitgangspunt brengt het hof een tweedeling aan tussen het controleonderzoek en de contradictoire procedure. Opvallend is dat het hof in principe al een zwijgrecht erkent in de controlesfeer. Als daar een vraag gesteld wordt, die neerkomt op de erkenning van schuld, kan de onderneming zich op zijn zwijgrecht beroepen. In die benadering is de mogelijkheid onder ogen gezien, dat vragen naar 'verwijtbaarheid' evenzeer gesteld kunnen worden in het kader van controle als in het kader van boeteonderzoek.

Problematischer is het onderscheid als zodanig en de betekenis van het begrip 'feitelijke vraag'. In sterke mate kan worden betwijfeld of dit onderscheid zo gemakkelijk valt te maken. (In dit verband wordt verwezen naar het volgende hoofdstuk 6, paragraaf 3.3. en de discussie over 'zuivere verwijtbaarheidsvragen'.) Ook de Bree bekritiseerde dit 'kunstmatig onderscheid', wat volgens hem 'gespeend lijkt van al te veel realiteitszin'.[773] Of het antwoord op een vraag neerkomt op zelfincriminatie is afhankelijk van de context en met name het reeds bij de toezichthouder bekende overige bewijsmateriaal. Dat kwam bijvoorbeeld tot uiting in het genoemde arrest Mannesmannröhren-Werke. Daar werden verschillende vragen niet-toelaatbaar geacht. Volgens Stevens dienden deze als een soort vangnet voor het geval de onderneming niet in staat was andersoortige schriftelijke, door de rechter als feitelijk aangemerkte informatie in de vorm van agenda's, notulen, en nota's van de vergadering op tafel te leggen. Dit zou volgens haar suggereren dat de Commissie niet over voldoende informatie beschikte inzake die documenten en de op de vergadering genomen besluiten. Daarom stelt Stevens dat de Commissie een soort 'visexpeditie' initieerde. De informatiepositie van de onderzoekende instantie is derhalve mede van invloed op de feitelijkheid van de gestelde vragen en op de vraag of er een inbreuk wordt gemaakt op het EG-zwijgrecht.[774] Ook het beoordelen van die informatiepositie in het licht van de vraag of sprake is van een feitelijke vraagstelling, lijkt mij de zaken niet eenvoudiger maken.

Stevens schrijft dan ook dat het 'feitelijke' tegenover 'de erkenning van het feit' geen zuivere tegenstelling is, maar eerder moet worden gezien als een glijdende schaal van 'direct incriminerend' (erkenning van het feit) naar mogelijk 'indirect incriminerend' bewijs (feitelijke informatie). Het gaat er dan volgens haar om in hoeverre er informatie wordt gevraagd, die slechts een 'bouwsteentje' is van het totale bewijs (en waaruit niet onverdeeld de schuld blijkt maar die ook nog op een andere manier geïnterpreteerd kan worden). Dan wel in hoeverre informatie wordt gevraagd, die niet anders kan worden geïnterpreteerd dan in het licht van de delictsomschrijving, en dus een vorm van 'ja, ik heb het gedaan' oplevert. Feitelijke vragen gelden naar de opvatting van Stevens bijvoorbeeld als vragen naar plaatsen en data van vergaderingen waarvan men wist dat ze hadden plaats- gevonden en waarvan werd vermoed dat er kartelafspraken

772. Zie ook, HvJ EG 16 juli 1992, C-67/91 (Spaanse Banken). Een absoluut zwijgrecht wordt niet erkend, zie HvJ EG 29 juni 2006, C-301/04, Jur. 2006, p. I-5915, r.o. 40-43 (SGL Carbon AG).

773. De Bree geeft het voorbeeld dat feitelijke vragen evenzeer incriminerend kunnen uitpakken: 'was u bij de bijeenkomst met concurrenten op datum x? Heeft u daar gesproken met personen a, b, c?).' Een dergelijk opknippen van het zwijgrecht is naar zijn inzicht op basis van artikel 5:10a Awb niet deugdelijk verdedigbaar. Zie R. de Bree, 'Zwijgrecht versus medewerkingsplicht in de mededingingsrechtelijke context: herijking gevergd'. *Tijdschrift mededingingsrecht in de praktijk, maart 2016*, p. 24. De Bree wijst op de analyse van de Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie EU Wahl. Daaruit volgt dat de leer van het onderscheid in de type vragen 'schuurt' met het zwijgrecht. Zie voorts voor kritiek op voornoemd onderscheid: Speyart, a.w., p. 346.

774. Stevens, a.w., p. 142.

werden gemaakt, de deelnemende ondernemingen en namen van vertegenwoordigers van de onderneming.[775]

Wat voorts aan de complexiteit van het gevolgde onderscheid bijdraagt, is dat deze per vraagstelling gemaakt moet worden. Per vraag moet dus bekeken worden of dit een puur 'feitelijke' aangelegenheid is. Daarmee kan ernstig betwijfeld worden of dit een werkbaar criterium is voor de rechtspraktijk. Een onderneming zou op goede gronden het standpunt in kunnen nemen dat een vraagstelling neerkomt op een erkenning van schuld. De vraag of dat zo is zou dan pas bij de rechter beslecht worden.

Uit de jurisprudentie van het hof valt niet direct af te leiden dat het zwijgrecht ook zodanig wordt toegepast, dat teven de vordering tot uitlevering van incriminerende documenten wordt beschermd. Eerder zou de neiging bestaan het tegendeel te concluderen. Niettemin sloot Quaedvlieg ook niet uit dat de voornoemde bescherming binnen beperkte grenzen van het Orkem arrest kan worden toegekend. Hij geeft het voorbeeld van de vraag: "overhandig alle documenten waaruit de deelname van de onderneming aan het kartel blijkt"? Het onderscheid in vraagstelling brengt tussen feitelijk en niet-feitelijke vraag, brengt echter mee dat het daaraan ten grondslag liggende principe volgens hem een kleinere rol speelt ten aanzien van dwingende verzoeken om overhandiging van schriftelijke gegevens. Deze zullen, ondanks voorgaand voorbeeld, veelal feitelijke informatie bevatten, aldus Quaedvlieg.[776]

Temslotte geldt de vraag of aspecten van de benadering van het zwijgrecht wel in overeenstemming zijn met artikel 6 EVRM. De betrokken onderneming kan immers gedwongen worden tot een verklaring in de boetesfeer, zolang die vraag feitelijk van aard is. Op basis van artikel 6 EVRM geldt de bescherming van het nemo tenetur-beginsel gezien sprake is van een 'criminal charge'.

5.9. Conclusie

5.9.1. Algemene uitgangspunten

In de inleiding zijn de vragen opgeworpen waar de inhoud van de 'nemo tenetur' bescherming uit bestaat en vanaf welk moment. Concreet gesteld betreft het de vragen naar de reikwijdte van het beginsel in relatie tot de normering van de sfeerovergang/sfeercumulatie. De analyse in dit hoofdstuk heeft uitgewezen dat voor de beantwoording van die vragen gedifferentieerd moet worden naar gelang het type bewijsmateriaal dat wordt gevorderd, alsmede de juridische context waarbinnen dat plaatsvindt. Die context heeft betrekking op de vraag of de controle- of opsporingssfeer aan de orde is. Voorts is van belang of ten tijde van de informatievordering er een criminal charge bestaat. Deze tweedeling naar de aard van het bewijsmateriaal, het gebruik daarvan in de punitieve procedure en waarbij de criminal charge een kantelmoment vormt, is in lijn met de wijze waarop het EHRM haar eigen jurisprudentie heeft geconceptualiseerd in Weh v. Oostenrijk.[777]

Aangaande de uitoefening van verdedigingsrechten heeft het EHRM het volgende uitgangspunt geschetst. Artikel 6 EVRM – waar het nemo tenetur-beginsel een afgeleide van is – dient zodanig geïnterpreteerd te worden, dat de relevante verdedigingsrechten niet 'theoretisch en illusoir

[775]. Stevens, a.w., p. 141.
[776]. Quaedvlieg, a.w., p. 375.
[777]. EHRM 8 april 2004, nr. 38544/97 (Weh v. Oostenrijk).

zijn', maar 'praktisch en effectief'.[778] Dit 'realisme' komt terug bij de werking van het nemo tenetur-beginsel in verband met de sfeerovergang. Bij wijze van uitgangspunt behoeft het controleonderzoek op zichzelf niet te voldoen aan de rechtswaarborgen ex artikel 6 lid 1 EVRM. Ware dit anders, dan zou dit volgens het EHRM "in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities".[779] In de zaken Saunders[780] en I.J.L. e.a.[781] werd het verweer gevoerd dat, hoewel sprake was van een controleonderzoek, dit door de samenwerking tussen DTI (controleurs) en CPS (opsporingsambtenaren) feitelijk een opsporingsonderzoek betrof. In beide zaken faalde het verweer. Niettemin erkende het EHRM wel de mogelijkheid dat een controleonderzoek materieel gezien een opsporingsonderzoek kan vormen. Derhalve is niet beslissend of een informatievordering plaatshad in de controle- of in de opsporingssfeer, maar of de feiten en omstandigheden een criminal charge opleverden. De bescherming van het nemo tenetur-beginsel is derhalve niet afhankelijk van de formele status van het onderzoek, maar van de materiële status ervan. Het EHRM hanteert een materiële toets wanneer sprake is van een criminal charge, hetgeen aansluit bij voornoemd uitgangspunt van een 'praktische en effectieve' rechtsbescherming.

5.9.2. Nemo tenetur en de aard van het ordeningsrecht

Voorts is van fundamenteel belang dat volgens het EHRM het nemo tenetur-beginsel toepasbaar wordt geacht op alle typen strafprocedures: van de meest simpele tot de meest complexe zaken.[782] De complexe aard van fraude kan aldus geen afbreuk doen aan de processuele rechten, te ontlenen aan artikel 6 EVRM, eerste lid. Derhalve kan het nemo tenetur-beginsel niet worden gemarginaliseerd op grond van de bijzondere aard van het ordeningsrecht. Deze constatering is des te meer relevant omdat de sfeerovergang zich bij uitstek in een 'ordeningsrechtelijke' context manifesteert. Deze benadering wordt bevestigd in de zaken Heaney en McGuinness[783] waarin zelfs de bijzondere aard van terrorismewetgeving en de 'public interest' geen uitzondering rechtvaardigden op het nemo tenetur-beginsel. Die ondubbelzinnige formulering omtrent de toepassing van het nemo tenetur-beginsel in relatie tot de aard van strafzaken maakt de behandelde 'kentekenjurisprudentie' des te opmerkelijker. In die verkeerszaken[784] heeft het EHRM geoordeeld dat in verband met artikel 6 EVRM het 'publieke belang' van de verkeersveiligheid dient te prevaleren boven de bescherming van het nemo tenetur-beginsel. Deze rechtspolitieke opvatting is ingegeven aangaande de verhouding tussen het zwijgrecht van de individuele verdachte en het belang van de algemene verkeersveiligheid. Een dergelijke relativering werd ook geconstateerd bij de Jalloh-zaak[785]. In die zaak liet het EHRM ruimte voor inbreuken op het nemo tenetur-beginsel, op grond van de 'public interest'. Kennelijk vormt volgens het EHRM echter het gemotoriseerde verkeer een grotere bedreiging voor de 'public interest' dan terrorisme. Misschien is dat op zichzelf een geruststellende utilitaristische gedachte. Hier kan volstaan worden met de opmerking dat deze afweging – welke dreiging het zwaarst weegt – evenwel ruimte biedt voor nadere discussie.

De vraag is of deze ruimte voor 'relativering' van het nemo tenetur-beginsel relevant is voor 'ordeningsrechtelijke' zaken. Op basis van latere jurisprudentie kan deze vraag ontkennend beantwoord worden. In het Jalloh-arrest betrof het een zaak waar tevens een schending van het folterverbod (artikel 3 EVRM) werd geconstateerd. Deze schending speelde een belangrijke rol

778. EHRM 9 oktober 1979, Serie A, vol. 32, *NJ* 1980/376 (Airey v. Ierland).
779. EHRM 21 september 1994, Series A, vol. 294-B (Fayed v. Verenigd Koninkrijk).
780. EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk).
781. EHRM 19 september 2000, nr. 29522/95, LJN AP0787, EHRC 2000/81 (I.J.L. e.a. v. Verenigd Koninkrijk).
782. Zie EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders Verenigd Koninkrijk), r.o. 74.
783. EHRM 21 december 2000, nr. 34720/97 (Heaney en McGuinness Verenigd Koninkrijk).
784. EHRM 29 juni 2007, *AB* 2008/234 (O'Halloran en Francis v. Verenigd Koninkrijk).
785. EHRM 11 juli 2006, *NJ* 2007/226 (Jalloh v. Duitsland).

in de bewijsverkrijging en de inbreuk op het nemo tenetur-beginsel. Moeilijk valt in te zien hoe dat zich zal voordoen op het vlak van het punitief ordeningsrecht. Bovenal heeft het EHRM haar genoemde uitgangspunt omtrent de 'complexiteit van het ordeningsrecht' in relatie tot nemo tenetur herhaald in de Marttinen uitspraak.[786] Daarom valt te concluderen dat deze rechtsvisie nog steeds houdbaar is. Aldus vormt het verkeersstrafrecht daarmee een 'anomalie' binnen de door het EHRM uitgezette rechtskaders; kennelijk ingegeven door de verkeersveiligheid van miljoenen ingezetenen die deel uitmaken van het door het EVRM bestrijkte gebied.

5.9.3. Uitsluiting van testimonial evidence

Ter zake van testimonial evidence kan het volgende worden gesteld. Uit de zaken Saunders en I.J.L. e.a. kan worden afgeleid dat door een betrokkene in de controlesfeer afgelegde verklaringen, niet gebruikt mogen worden voor het bewijs in de punitieve procedure. Het garanderen van de procesautonomie van de verdachte staat daaraan in de weg. Dit verklaart voorts waarom niet alleen belastende verklaringen uit de controlesfeer, maar alle verklaringen van de gecontroleerde van het bewijs moeten worden uitgesloten. Ook niet strikt belastende verklaringen kunnen gebruikt worden om de verdachte te bewegen te spreken, of om aan de bewijsconstructie bij te dragen. Het belang en garanderen van de procesautonomie wordt daarmee onderstreept. Dit laat echter onverlet – hetgeen een belangrijke nuance is – dat die verklaringen wel gebruikt kunnen worden voor het verrichten van nader onderzoek; hetgeen tot strafvervolging kan leiden.

De belangrijkste vraag in dit verband is nog of de geformuleerde rechtsregels als een algemene regel ter zake van normering van de sfeerovergang gehanteerd kunnen worden, of dat deze meer bezien moeten worden in de context van de bijzondere omstandigheden van de twee genoemde zaken. Op basis van de EHRM-jurisprudentie geldt dat deze 'Saunders' lijn inderdaad als een uitgangspunt kan worden beschouwd. Zoals uit de in dit hoofdstuk aangehaalde arresten bleek, zijn de rechtsoverwegingen uit Saunders telkenmale herhaald in soortgelijke zaken als Kansal, Zaichenko en Corbet.[787] Wél volgt uit de Corbet-zaak dat moet worden beoordeeld of de in de controlesfeer afgelegde verklaringen daadwerkelijk een impact hebben gehad op de veroordeling van de betrokkene, dan wel de aan hem opgelegde straf. De verwachting is dat dit geen moeilijk te nemen drempel is om aannemelijk te maken. Het spanningsveld met het nemo tenetur-beginsel zal zich immers bij uitstek manifesteren daar waar onder dwang verstrekte verklaringen daadwerkelijk een 'niet marginale' rol spelen in de bewijsvoering. Doorslaggevend is derhalve de wijze van het uiteindelijke gebruik van die verklaringen in de bewijsconstructie.

5.9.4. Regels van real evidence

Eén van de belangrijkste vragen die dit hoofdstuk adresseerde is die in hoeverre het nemo tenetur-beginsel betekenis heeft naast het zwijgrecht. Geconcludeerd is dat de bescherming van het beginsel eveneens toepasbaar is op real evidence. De bescherming van de 'procesautonomie' kan als rechtsgrond van het nemo tenetur-beginsel worden gezien, bij de behandelde 'real evidence' uitspraken van het EHRM. Dat geldt te meer gelet op de terugkerende overweging van het EHRM, dat de complexe aard van fraude geen afbreuk kan doen aan de processuele rechten, te ontlenen aan artikel 6 EVRM, eerste lid. Uit de besproken zaak EHRM 5 november 2002, *NJ* 2004/262 (Allan v. Verenigd Koninkrijk) (r.o.44) volgt onder meer, dat het nemo tenetur-beginsel als kern van een eerlijk proces, de keuzevrijheid van de verdachte be-

[786]. EHRM 21 april 2009, *NJ* 2009/557 (Marttinen v. Finland).

[787]. EHRM 27 april 2004, appl. nr. 21413/02 (Kansal v. Verenigd Koninkrijk), EHRM 18 februari 2010, *NJB* 2010, 752 (Zaichenko v. Rusland) en EHRM 19 maart 2015, app. nos. 7494/11, 7493/11 en 7989/11 (Corbet e.a. v. Frankrijk).

schermt om zijn procespositie te bepalen. Dit sluit aan bij de beschreven historische ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel in *hoofdstuk 4*. Aan de orde kwam hoe de positie van betrokkenen in het gedrang kwam door de antwoordplicht die werd gehanteerd door de Engelse Star Chamber en High Commission, in de context van de religieuze (en politieke) vervolging. Het zwijgrecht is in die periode verder ontwikkeld ter bescherming van de procesautonomie. Daarbij werd het nemo tenetur-beginsel vanaf het begin van de 18e eeuw in het Engelse recht eveneens toegepast op de gedwong uitlevering van mogelijk incriminerende documenten.

De conclusie is dat het nemo tenetur-beginsel niet louter correspondeert met het zwijgrecht, maar onder omstandigheden op vorderingen tot uitlevering van documenten toepasbaar is. Wanneer overheidsambtenaren van een betrokkene documenten vorderen, terwijl een criminal charge bestaat, en dwang uitoefenen teneinde die stukken te produceren, vormt dit een inbreuk op het beginsel. Vanuit de optiek van de procesautonomie in relatie tot de sfeerovergang is deze bescherming van real evidence verklaarbaar. De verdachte die gevorderd wordt tastbaar bewijsmateriaal uit te leveren – en niet louter de afname daarvan te dulden – levert per definitie een eigen bijdrage aan zijn potentiële veroordeling. Een bestraffing van die weigering behelst dan een inbreuk op het recht niet aan die eigen veroordeling in actieve zin bij te dragen. Dit leidt ertoe dat een betrokkene in het kader van het controleonderzoek desgevraagd documenten moet verstrekken op basis van een vordering. Als verdachte is hij daartoe echter niet gehouden, maar dient hij wel de inbeslagneming daarvan te dulden. Dit leidt tot het onderscheid tussen de door het EHRM gehanteerde begrippen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal:

- Wilsonafhankelijk materiaal: real evidence, verkregen zonder actieve medewerking van de verdachte, dan wel materiaal dat door de betrokkene ter inzage is gesteld in de controlesfeer (afwezigheid van criminal charge).
- Wilsafhankelijk materiaal: real evidence, vergaard door middel van (onvrijwillige) actieve medewerking van de verdachte.

Er is dus sprake van ‘wilsafhankelijke real evidence’, indien dit gevorderd wordt terwijl de opsporingssfeer reeds is aangevangen. Hierbij geldt dat verklaringen (testimonial evidence) per definitie wilsafhankelijk materiaal vormen. Het voorgaande biedt een perspectief waarin de zaken Saunders, Funke en bijvoorbeeld J.B. elkaar niet uitsluiten maar een logisch kader vormen. Weliswaar is in het Saunders-arrest gesproken over documenten, in het kader van wilsonafhankelijk materiaal. Echter, deze zijn gekwalificeerd in relatie tot de verkrijgingswijze ‘documents pursuant to a warrant’. De na het Saunders-arrest gewezen jurisprudentie (met name J.B. en Chambaz[788]) kan alleen dat compatibel kader vormen wanneer die overweging van het EHRM in Saunders geduid wordt als documenten die door opsporingsautoriteiten tijdens bijvoorbeeld een huiszoeking in beslag genomen worden. Indien ‘warrant’ in de Saunders overweging louter als ‘bevel’ wordt geïnterpreteerd, had het EHRM in onder meer de zaken Funke, J.B. en Chambaz niet tot het door haar bereikte rechtsoordeel kunnen komen; namelijk dat schending was van het nemo tenetur-beginsel. Er was immers sprake van een tot de verdachte gericht ‘bevel’ tot uitlevering van documenten. Dit leidt tot de slotsom dat in de controlefase gevorderde real evidence in beginsel als bewijs in de opsporingssfeer gebruikt kan worden.

Schematisch ziet dit er als volgt uit:

[788]. EHRM 3 mei 2001, *AB* 2002/343 (J.B. v. Zwitserland), EHRM 5 april 2012, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland).

Mag het type bewijsmateriaal, van de betrokkene worden afgedwongen én gebruikt als bewijsmiddel in het strafproces/boeteprocedure?	Testimonial Evidence	Real Evidence
In de controlesfeer	Nee (Wilsafhankelijk)	Ja (Wils*onafhankelijk)*
In de opsporingssfeer	Nee (Wilsafhankelijk)	Nee (Wils*afhankelijk*)

Een fundamentele vraag die in dit verband in dit hoofdstuk aan de orde is gesteld, is de vraag of voor de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op de vordering van real evidence, noodzakelijk is dat sprake is van een 'fishing expedition'. In de literatuur is de jurisprudentie van het EHRM ter zake van die real evidence ook wel zo uitgelegd dat de bedoelde inbreuk op verdachtes procesposities verband hield met het 'speculatieve karakter' van de vordering tot uitlevering. Ter onderbouwing van die stelling werd een vergelijking getrokken met rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court. Het speculatieve karakter zou kunnen meebrengen dat bevel tot uitlevering als 'afgedwongen communicatie met getuigenisaspect' moet worden beschouwd. Het verstrekken van documenten betekent dan dat de betrokkene het bestaan en het bezit van de documenten erkent, hetgeen *testimonial self-incrimination* kan zijn.

Op grond van de analyse in dit hoofdstuk kan die visie omtrent de fishing expedition in relatie tot de omvang van de nemo tenetur-bescherming geen stand houden. Het meest praktische en belangrijkste argument vloeit voort uit de zaak Chambaz. In deze zaak blijkt van geen enkele fishing expedition. Ook hier geldt aldus dat indien een dergelijke fishing expedition een noodzakelijke voorwaarde zou zijn geweest, het EHRM niet tot een schending van het nemo tenetur-beginsel had kunnen komen. Daarbij is van belang dat de omstandigheden van de zaak Chambaz vergelijkbaar waren met die van J.B. Voorts geldt dat het vereisen van een fishing expedition situatie leidt tot een procedureel vrijwel onwerkbaar criterium. De rechtspraktijk is daarmee niet gediend. Hoe valt te duiden wanneer de overheid voldaan heeft aan de 'bewijslast' dat de charged persoon over de betreffende real evidence beschikt? Hierbij dient in ogenschouw te worden genomen dat het EHRM in de zaak Funke van oordeel was dat de Franse autoriteiten niet zeker wisten of Funke over de gevorderde bescheiden beschikte, terwijl er zeer sterke indicaties waren (waaronder de verklaring van betrokkene) omtrent het bezit van die documenten. Ten slotte geldt dat het argument van de fishing expedition de ratio miskent om het nemo tenetur-beginsel van toepassing te laten zijn op de vordering tot uitlevering van real evidence. Of de overheid nu speculeert op de aanwezigheid van meer belastend materiaal of dat zij zeker weet dat het materiaal bestaat, de procesautonomie wordt in beide gevallen geschonden daar waar de verdachte verplicht wordt het materiaal zelfstandig aan te leveren.

5.9.5. Redressering van de sfeercumulatie

Een variant op de problematiek van de vordering van real evidence vormt de situatie van de 'sfeercumulatie'. Het gaat net als bij de real evidence gevallen om verdachten die weigeren te voldoen aan een vordering tot uitlevering van dergelijk materiaal. Echter, het cruciale verschil is dat die weigering van de informatievordering in deze zaken niet plaatsvindt in de context van de strafprocedure, maar in een parallelle (non-punitieve) procedure. Bij Shannon[789] was dit in de context van een getuigenverhoor, wat echter materieel gezien het feitencomplex betrof, waarover al een strafzaak tegen hem liep. Een vergelijkbaar geval vormde de Marttinen zaak, waarbij de weigering zich afspeelde binnen een faillissementsprocedure. Chambaz verdient in dit verband de meeste aandacht. Niet alleen vond de weigering plaats binnen een niet punitieve fiscale procedure, er liep nog geen strafzaak tegen Chambaz, hetgeen bij Shannon en Marttinen wel het geval was. Door niettemin te oordelen dat de latere boeteoplegging voor de informatieweigering van Chambaz ontoelaatbaar was, leidt dit tot een ruime interpretatie van het nemo tenetur-beginsel. De crux is dus dat uit de rechtspraak van het EHRM een beroep op het nemo tenetur-beginsel valt af te leiden, al vond de informatieweigering niet plaats in de 'opsporingssfeer'. Van belang is dat er een voldoende verband bestaat tussen de niet-punitieve procedure en de punitieve procedure. Voor zover er sprake is van een informatievordering in de niet-punitieve procedure zullen dus waarborgen dienen te bestaan, dat het bewijsmateriaal niet later alsnog ingebracht zal worden in de bewijsvoering ter zake van de punitieve procedure.

In de besproken zaak Van Weerelt is een dergelijke waarborg door de Hoge Raad geformuleerd.[790] Die waarborg behelsde dat van een betrokkene te vorderen 'wilsafhankelijk materiaal' niet gebruikt mag worden in de punitieve procedure. Het EHRM heeft die waarborg betrokken in haar oordeel dat in deze zaak geen schending van het nemo tenetur-beginsel plaatshad. In deze zaak is echter nog geen definitief rechterlijk oordeel gegeven omtrent de vraag of het te vorderen materiaal inderdaad die kwalificatie draagt en omtrent het gebruikt daarvan als bewijsmateriaal in de strafprocedure. Op zichzelf zou deze 'bewijsuitsluitingsregel' het probleem van de sfeercumulatie in relatie tot schending van het nemo tenetur-beginsel redresseren. Daartoe dient wel te worden aangetekend dat de opsporingsautoriteiten geen nader onderzoek mogen verrichten naar het door de betrokkene voor non-punitieve doeleinden aangeleverde bewijsmateriaal. Zou op basis van het door betrokkene in de 'controlesfeer' overgelegde materiaal nader opsporingsonderzoek verricht mogen worden, dan zou de waarborg van zijn 'praktische en effectieve' rechtsbescherming ontdaan worden. Opgemerkt zij dat deze randvoorwaarde voor de Nederlandse situatie problematisch is te realiseren. Bij zowel het toezichts- als bij het punitief onderzoek zijn dikwijls dezelfde functionarissen betrokken (personele cumulatie). De in de Awb bestaande functiescheiding biedt in dit kader geen oplossing, gezien dit slechts een verbod betreft mandaat tot boeteoplegging te verlenen aan de bij de constatering van de overtreding betrokken medewerkers. Het behelst daarmee geen scheiding tussen controle en opsporingstaken (nog daargelaten dat het fiscale recht uitgezonderd is van het personele functieonderscheid ex art. 10:3 lid 4 Awb, ingevolge art. 67pb AWR). Wil aldus de 'bewijsuitsluiting' van real evidence, als redressering van de problematiek van de sfeercumulatie, zijn effect sorteren, dan dient hier een reële 'Chinese muur' te worden gecreëerd tussen de betrokken medewerkers van het reguliere toezichtsonderzoek en de opsporings- en/of boetefunctionarissen.

5.9.6. Aangangsmoment van het nemo tenetur-beginsel

Naast de vraag welke rechtswaarborgen uit het nemo tenetur-beginsel kunnen worden afgeleid, speelt de kernvraag vanaf welk moment een betrokkene zich op die rechten kan beroepen.

[789]. EHRM 4 oktober 2005, *NJCM-Bulletin* 2006/3 (Shannon v. Verenigd Koninkrijk).
[790]. EHRM 16 juni 2015, appl. nr. 784/14, (Van Weerelt v. Nederland).

Vanaf *welk moment* werkt het nemo tenetur-beginsel. Bij wijze van uitgangspunt kan het volgende gesteld worden. Het EHRM acht in relatie tot het startmoment van de nemo tenetur rechtswaarborg bepalend in hoeverre sprake is van een criminal charge. Het betreft dan de overheidshandelingen waaruit de betrokkene redelijkerwijs kan afleiden dat er een vervolging tegen hem ingesteld zal worden. Op haar beurt is dit criminal charge begrip nader ingevuld met het 'substantially affected' criterium. Dit verwijst naar alle overheidsmaatregelen die de positie van de betrokkene daadwerkelijk beïnvloeden, in relatie tot de strafvervolging. De analyse van de behandelde EHRM jurisprudentie laat niettemin een juridisch beeld zien, waarin de criminal charge feitelijk is ingevuld met het 'verdenkingsbegrip'. Door diverse auteurs is in dat verband verwezen naar de Funke uitspraak. Daar speelde een concrete verdenking, al was Funke daarvan formeel niet op de hoogte gesteld. Ook kan in dit verband op de J.B. uitspraak worden gewezen, tegen wie reeds een verdenking bestond. Daarbij dient andermaal te worden aangestipt dat verdedigingsrechten niet theoretisch en illusoir moeten zijn, maar praktisch en effectief. In de context van de normering van de sfeerovergang zou een later startmoment dan de verdenking – gebaseerd op een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit – de werking van het nemo tenetur-beginsel van zijn praktische betekenis als rechtswaarborg ontdoen. Een later startmoment impliceert namelijk dat autoriteiten incriminerende informatie kunnen blijven vorderen van een betrokkene, ook al is deze materieel gezien al verdachte.

Ten slotte vindt de voorgaande argumentatie omtrent het aanvangsmoment van het zwijgrecht, zijn bevestiging in de Granch Chamber zaak Ibrahim (EHRM 13 september 2016, *NJB* 2017/267). In die zaak speekt het EHRM expliciet over 'suspect' in relatie tot de mededeling van (onder meer) de cautie. Die verplichting moet bezien worden in de context van de door het EHRM genoemde 'praktische en effectieve' uitoefening van verdedgingsrechten.

Zoals bij de bespreking van het Chambaz arrest aan de orde kwam, valt nog een ander criterium af te leiden voor het startmoment van het nemo tenetur-beginsel. Het gaat daarbij om het criterium dat betrokkene 'redelijkerwijs niet uit kon sluiten' dat hem door medewerking een boete opgelegd zou worden. Deze benadering behoeft echter feitelijke duiding op basis van situationele omstandigheden. In de Chambaz-casus kon het redelijkerwijs niet anders dan dat in de informatievordering en de daaraan ten grondslag liggende hypothese een verdenking besloten lag van fiscale fraude. Hier manifesteert zich wel de reeds genoemde erkenning van het EHRM dat hoewel formeel sprake kan zijn van controleonderzoek, materieel sprake kan zijn van opsporing, hetgeen dito waarborgen impliceert. Dit heeft voor de normering van de sfeerovergang grote gevolgen. Dit betekent niet dat de controlesfeer nu beheerst wordt door de normen van artikel 6 EVRM, op een wijze zoals die voor de opsporingssfeer gelden. Concreet betekent het wel dat het nemo tenetur-beginsel inroepbaar is in de non-punitieve controlesfeer; indien de omstandigheden duiden op een concrete verdenking van wetsovertreding. Dit is een 'praktische en effectieve' benadering van de normering van de sfeerovergang. De benadering sluit aan bij de in hoofdstuk 3 geconstateerde vloeiende aard van de sfeerovergang. Dat betekende dat het controle-onderzoek gradueel verandert in een opsporingsonderzoek. Dat betekent dat het accent komt te liggen op de casuïstiek; in het bijzonder op de vraag in hoeverre sprake is van omstandigheden die wijzen op een redelijk vermoeden van schuld, die maken dat de betrokkene het risico van zelfbelasting 'niet kan uitsluiten'. Daarmee doorbreekt de 'Chambaz doctrine' de juridische dichotomie tussen de controle- en opsporingssfeer.

5.9.7. De reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel

De voorgaande analyse leidt tot de volgende rechtsregels, die uit de jurisprudentie van het EHRM inzake de toepassing van het nemo tenetur-beginsel kunnen worden afgeleid:

- in het kader van het controleonderzoek afgelegde verklaringen (testimonial evidence) dienen uitgesloten te worden van het bewijs in de punitieve procedure;
- na het bestaan van een verdenking bestaat geen verplichting meer om mee te werken aan de vordering tot uitlevering van 'real evidence' (daarbij staat de verdenking in verband met het materiaal waarvan de uitlevering wordt gevorderd, de vordering wordt dan gedaan in het kader van de opsporing, dan wel van het boeteonderzoek);
- indien een verdenking bestaat en toch 'real evidence' wordt gevorderd, in het kader van het reguliere toezicht, dient een zodanige waarborg verleend te worden, dat gegarandeerd wordt dat dit materiaal van de boeteprocedure wordt uitgesloten;
- als startmoment van het zwijgrecht en nadere invulling van de criminal charge, dient uitgegaan te worden van een 'verdenkingscriterium', als materiële invulling van dat startmoment.

Hierbij kan een drietal punten als belangrijke randvoorwaarden genoemd worden. De boeteoplegging dient aan de maatstaven van artikel 6 EVRM te voldoen, evenals de 'reguliere' strafrechtelijke procedure. Voorts geldt dat de (complexe) aard van het 'ordeningsrecht' geen rechtvaardiging biedt om inbreuk te maken op artikel 6 EVRM. Ten slotte, en dat is wellicht voor de invulling van het zwijgrecht de belangrijkste randvoorwaarde, dienen verdedigingsrechten zodanig geïnterpreteerd te worden, dat deze praktisch en effectief zijn, niet theoretisch en illusoir.

5.9.8. Toepassing van het zwijgrecht in het EG-recht

De meerwaarde van deze rechtspraak voor de duiding van de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel is gering. Voor de uitleg van het nemo tenetur-beginsel op basis van artikel 6 EVRM is immers de jurisprudentie van het EHRM van belang. Daarnaast geldt dat de uitleg van het zwijgrecht door het HvJ EG beperkt is tot dat Europees mededingingsrecht. De kern van de toepassing van het zwijgrecht in dat verband wordt (nog steeds) gevormd door de 'Orkem doctrine'. Dat houdt in dat door het hof onderscheid wordt gemaakt in 2 typen vraagstelling: feitelijk en incriminerend. Het zwijgrecht wordt verbonden aan de vragen, waaruit een erkenning van overtreding van mededingingsregels volgt. Dat zwijgrecht geldt ongeacht de controlefase of de contradictoire fase. In die zin wordt dat zwijgrecht dus niet beheerst door het formele kader van de procedure, maar in de aard van de vraagstelling. Uit dit gemaakt onderscheid in vraagstelling, vloeit voort dat de gedwongen uitlevering van incriminerende documenten niet direct door het zwijgrecht zal worden beschermd. Dat gelet op het feitelijke karakter van die documenten. Tevens is de koppeling van het zwijgrecht aan de incriminerende vraag van kritisch commentaar voorzien. Betoogd is dat een dergelijk onderscheid praktisch moeilijk houdbaar is; een antwoord op een puur feitelijke vraag kan simpelweg belastend zijn voor de betrokkene.

De vraag is of deze invulling van het zwijgrecht uiteindelijk stand zal kunnen houden, wanneer deze afgezet wordt tegen de benadering van het nemo tenetur-beginsel door het EHRM. Daaruit volgt immers dat zodra sprake is van een criminal charge, de verdachte niet langer gehouden is tot verklaren; ongeacht of de vraagstelling aan de verdachte feitelijk van aard is of incriminerend.

HOOFDSTUK 6.

Het zwijgrecht en de cautieregeling in de vierde Tranche Awb

'the law should require that evidence provided by (…) any (…) form of compulsion is wholly unacceptable'
Punt 14 van het General Comment nr. 13(21) IVBPR

6.1. Inleiding

Zoals in voorgaande hoofdstukken aan de orde kwam, vindt handhaving van bestuursrechtelijke wetgeving primair plaats door een controleonderzoek, eventueel gevolgd door een bestuursrechtelijk boeteonderzoek. Dergelijke bestuursrechtelijke 'opsporing' hangt aldus nauw samen met het uitoefenen van controlebevoegdheden. De problematiek in relatie tot de sfeerovergang is uitgebreid beschreven in hoofdstukken 2 en 3. Gelet op de 'vloeiende overgang' van controle naar opsporing is de exacte regeling van het zwijgrecht des te meer van belang. Dat markeert immers het moment waarop de medewerkingsverplichting eindigt en het recht om niet aan de eigen veroordeling mee te werken aanvangt. In de vierde tranche Awb heeft de wetgever een voor het bestuursrecht uniforme regeling van het zwijgrecht willen creëren. Voorheen was dat zwijgrecht namelijk in diverse bestuursrechtelijke wetten opgenomen. Dat was niet alleen onoverzichtelijk, maar kon ook tot verschillende startmomenten van het zwijgrecht leiden, door verschillen qua formulering. Aangezien op alle terreinen van het bestuursrecht dezelfde verdragsrechtelijke minimumwaarborgen in acht moeten worden genomen, vond de wetgever het destijds logisch om een algemene regeling omtrent de bestuurlijke boeteoplegging en de daarbij behorende rechtswaarborgen voor burgers op te nemen in de Awb.[791] Het Awb-zwijgrecht, dat bijvoorbeeld ook het AWR-zwijgrecht vervangt, bestrijkt aldus met de inwerkingtreding van de vierde tranche een omvangrijk terrein. Dit maakt het des te relevanter de vormgeving van dit zwijgrecht kritisch te bezien vanuit de relevante verdragsrechtelijke (EVRM) waarborgen, waaraan het zich dient te conformeren.

In strafvordering geldt het zwijgrecht (art. 29 Sv) voor de 'verdachte' (art. 27 Sv). Van een verdenking is sprake ingeval een (objectiveerbaar) 'redelijk vermoeden van schuld' aan een strafbaar feit bestaat. Daarbij wordt als 'verhoor' aangemerkt: alle vragen aan een door een opsporingsambtenaar als verdachte aangemerkt persoon, betreffende diens betrokkenheid bij een zeker strafbaar feit.[792] De Awb-wetgever stond dus voor de keuze om het bestuursrechtelijk zwijgrecht bij dit strafvorderlijk kader aan te knopen, dan wel het zwijgrecht op een andere wijze in te vullen. In de context van de sfeerovergang impliceert die keuze niet alleen het startmoment van het zwijgrecht, maar als benoemd het einde van de verplichte medewerking (op basis van art. 5:20 Awb) aan het controleonderzoek. Het dilemma van de wetgever bestond er echter uit om een adequaat niveau van rechtsbescherming te garanderen, terwijl de effectieve gegevensverzameling van de toezichthouder gewaarborgd moest worden.

[791]. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 119. Deze gedachte bestond overigens al eerder, in 1994, bij de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW) blijkens het CTW-advies 1994/1, *Handhaving door bestuurlijke boeten*, Den Haag 1994.
[792]. Zie J.A.W. Lensing, *Het verhoor in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 194-209 en p. 568-569.

De wetgever heeft in dat verband gekozen voor het 'formele verhoor' criterium, ter invulling van het zwijgrecht. De vraag is hoe het door de Awb-wetgever gekozen concept van het zwijgrecht beoordeeld dient te worden. Daarbij gaat het om de vraag hoe de vormgeving van het zwijgrecht en de cautie zich verhouden tot het nemo tenetur-beginsel ex artikel 6 EVRM, zoals het EHRM dat vormgegeven heeft. In dat verband zullen die bepalingen getoetst worden aan de ter zake relevante bevindingen aangaande de analyse van die EHRM jurisprudentie in hoofdstuk 5. Allereerst zal worden ingegaan op de visie van de wetgever op het nemo tenetur-leerstuk in het algemeen. Die visie en in het bijzonder de interpretatie van de EHRM-jurisprudentie ter zake vinden hun weerslag op de concrete invulling van het zwijgrecht. Vervolgens wordt ingegaan op de door de wetgever gemaakte 'beperking' van het zwijgrecht tot het 'mondelinge verhoor'. Hierna zal stilgestaan worden bij de regeling van het zwijgrecht in het destijds ingetrokken wetsvoorstel 'boete inspecteur'. De reden daarvoor is dat ten aanzien van dat wetsvoorstel diverse kritiek werd geuit, die in feite parallel loopt met de kritieken op het Awb zwijgrecht. Ten slotte zullen afsluitende opmerkingen worden gemaakt.

6.2 De visie van de wetgever aangaande het nemo tenetur-beginsel

6.2.1 Uitgangspunten

In de Memorie van Toelichting van de vierde tranche Awb is de visie uiteengezet op de werking en reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. Hierbij gaat het voor een belangrijk deel om interpretatie van ter zake relevante EHRM-jurisprudentie. Gesteld wordt dat sinds het Funke-arrest het EHRM van oordeel is dat het recht zichzelf niet te beschuldigen tevens besloten ligt in het "fair-trialbeginsel" van artikel 6, eerste lid, EVRM. Belangrijke constatering is dat het zwijgrecht niet alleen geldt in het strafrecht, maar ook bij door bestuursorganen op te leggen bestraffende sancties. De procedurele rechtsbescherming van artikel 6 EVRM maakt immers in beginsel geen onderscheid naar gelang er sprake is van punitief bestuursrecht of 'klassiek' strafrecht. Beiden dienen aan dezelfde EVRM maatstaven te voldoen. Voor de concrete benadering van het nemo tenetur-beginsel wordt in de Memorie van Toelichting aangeknoopt bij het Saunders-arrest. Uit deze zaak wordt afgeleid dat het beginsel niet inhoudt dat iemand op geen enkele wijze kan worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Overwogen wordt dat een burger ook in een strafprocedure kan worden gedwongen materiaal over te leggen, dat 'onafhankelijk van zijn wil' bestaat, zoals geschriften, ademlucht en lichaamsmateriaal. Artikel 6 EVRM garandeert slechts het zwijgrecht in strikte zin: het recht om niet te worden gedwongen een bekentenis of een verklaring tegen zichzelf af te leggen.[793] (Dit aspect komt nader aan de orde in paragraaf 4.3.) Daarbij wordt ter ondersteuning van dat standpunt verwezen naar een arrest van de Hoge Raad waarin werd geoordeeld dat het Nederlandse recht geen onvoorwaardelijk beginsel kent dat iemand op generlei wijze kan worden verplicht tot medewerking aan het verkrijgen van mogelijkerwijs bezwarend bewijsmateriaal (HR 26 oktober 1993, *NJ* 1994, 629). Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt volgens de Memorie van Toelichting wel dat onder omstandigheden verklaringen die voorafgaand aan de 'criminal charge' op grond van een plicht tot informatieverstrekking zijn afgelegd, niet mogen worden gebruikt voor het bewijs van een overtreding waarop een bestraffende sanctie staat. Hier wordt nogmaals benadrukt dat voornoemd uitgangspunt niet geldt voor wilsonafhankelijke informatie. Ter illustratie worden de voorbeelden genoemd die in dit verband bij het Saunders-arrest aan de orde kwamen: bloed- en

[793]. Vergelijk ook *Kamerstukken II* 1996/97, 24 800, nr. 5, p. 15. (Wet van 18 december 1997 tot wijziging van enkele wetten in verband met de herziening van het stelsel van bestuurlijke boeten en van het fiscale strafrecht (Invoeringswet bestuurlijke boeten), *Stb.* 1997, 737.): 'In de eerste plaats bevestigt het arrest [Saunders, aut.] dat het zwijgrecht zich niet uitstrekt tot de verstrekking van documenten en andere gegevensdragers'.

urinemonsters, gegevens die de overheid in handen krijgt op basis van eigen handelen, zoals een boekenonderzoek, huisbezoek of een huiszoeking.

In de uiteenzetting van de visie op het nemo tenetur-beginsel tekent zich een belangrijke conceptuele onduidelijkheid af, af in de benadering van het begrip 'wilsonafhankelijk materiaal'. Enerzijds benoemt de Memorie van Toelichting namelijk dat een (verdachte) burger gedwongen kan worden om 'geschriften' te overleggen. Dit veronderstelt aldus 'actieve medewerking'. Anderzijds wordt juist als voorbeeld van wilsonafhankelijk materiaal geduid, gegevens die door middel van boekenonderzoek of huiszoeking zijn verkregen. De strekking daarvan impliceert dan dat de geschriften door de overheid zijn verkregen, zonder (actieve) medewerking van een verdachte. Deze heeft in dat geval de inbeslagneming gedurende een opsporingsonderzoek moeten 'dulden'. Het betreft hier niet louter 'juridische finesse'. Dit is een apert tegenstrijdige benadering aangaande de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. Aan deze twee kwalificaties van 'wilsonafhankelijk materiaal' liggen namelijk verschillende benaderingen van het nemo tenetur-beginsel ten grondslag, welke zien op het onderscheid tussen 'dulden' en 'actieve medewerking' door een verdachte. De in het Saunders-arrest benoemde documenten (geschriften) – in het kader van wilsonafhankelijk materiaal – zijn gepositioneerd in de context van de verkrijgingswijze 'documents pursuant to a warrant'. Dit brengt mede dat een verdachte de inbeslagname daarvan moet 'dulden', maar gelet op de procesautonomie geen 'actieve medewerking' zou behoeven te verlenen aan de uitlevering daarvan. De benadering gaat voorbij aan de nuance tussen het 'dulden van inbreuken' (huiszoeking) en het 'actief bijdragen' (onder dwang uitleveren van geschriften). Uit de analyse van de EHRM rechtspraak in hoofdstuk 5. aangaande 'real evidence' blijkt ondubbelzinnig dat de verdachte wel degelijk beschermd wordt tegen het onder dwang uitleveren van bescheiden. Vanuit de optiek van de procesautonomie in relatie tot de sfeerovergang is deze bescherming tegen de vordering van real evidence verklaarbaar. De verdachte van wie gevorderd wordt tastbaar bewijsmateriaal uit te leveren – en niet louter de afname daarvan te dulden – levert per definitie een actieve eigen bijdrage aan zijn eigen potentiële veroordeling. Een bestraffing van die weigering behelst dan een inbreuk op het recht niet aan die eigen veroordeling in actieve zin bij te hoeven dragen. Dit leidt ertoe dat een betrokkene in het kader van het controleonderzoek desgevraagd documenten *moet* verstrekken op basis van een vordering. Als verdachte is hij daartoe echter niet gehouden, maar dient hij wel de inbeslagneming daarvan te dulden. Voorts geldt dat het 'real evidence' materiaal dat voor de criminal charge in de controlefase wordt verkregen bij wijze van uitgangspunt als bewijs toelaatbaar is in de punitieve fase. Dit is het uitgangspunt dat inherent is aan de handhaving van het ordeningsrecht. Hier kan volstaan worden door te verwijzen naar de bevindingen en conclusies over deze kwestie in het voorgaande hoofdstuk. Daarbij betreft het in het bijzonder de invulling van de criminal charge, aan de hand van het verdenkingscriterium.

6.2.2. Kritiek op de uitgangspunten

De beperkte reikwijdte die de wetgever aan het nemo tenetur-beginsel heeft toegekend is bekritiseerd door Hartmann en Feteris. De reden voor situaties waarin documenten ook 'afhankelijk van de wil van de betrokkene kunnen zijn' ziet Feteris namelijk in de integriteit of de 'zuiverheid van de bewijsvoering'.[794] In dit verband spreekt Hartmann van het eerlijke proces en de accusatoire procesvorm van dat proces. Meer in het bijzonder noemt Hartmann de vrijheid van de verdachte zijn proceshouding te bepalen.[795] Een bestraffing van die weigering behelst dan een inbreuk op het recht niet aan die eigen veroordeling een actieve bijdrage te hoeven

[794]. M.W.C. Feteris 2002, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 281-288.
[795]. Hartmann, a.w., p. 42.

leveren. In deze visie staat aldus de behoorlijkheid van de bewijsvergaring, -levering en -waardering centraal. Die uitleg vormt volgens Hartmann, gezien het aan artikel 6 EVRM ten grondslag liggende uitgangspunt van de accusatoire procesvorm, een meer passende invulling van de nemo tenetur-rechtswaarborg.[796]

In dat verband valt op dat de wetgever geen aandacht heeft geschonken aan het strafvorderlijk uitganspunt dat van de verdachte niet gevorderd kan worden om 'real evidence uit te leveren'. Artikel 96a lid 2 Sv bepaalt immers dat een bevel tot uitlevering ter inbeslagneming niet aan de verdachte wordt gegeven. Een verklaring voor de afwezigheid van die bespreking is wellicht gelegen in de jurisprudentie van de Hoge Raad. De Hoge Raad achtte namelijk dat het artikel (de voorloper: artikel 107 Sv oud) niet van toepassing was op het bijzonder strafrecht (ordeningsstrafrecht).[797] Wel geldt dat het EHRM die beperking niet aanbrengt. De Hoge Raad acht dat 'ordeningsrechtelijk' aspect niet een argument om een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel te rechtvaardigen.[798]

Ten aanzien van de arresten Saunders v. Verenigd Koninkrijk en J.B. v. Zwitserland brengt de wetgever de belangrijke relativeringen aan. Gesteld wordt namelijk dat uit die zaken niet volgt dat onder dwang verkregen verklaringen nooit voor het bewijs van een overtreding mogen worden gebruikt. Hij wijst er op dat beide arresten enigszins atypische casusposities betroffen, hetgeen noopt tot voorzichtigheid bij het trekken van algemene conclusies.[799] Redengevend is volgens de regering het volgende. Het EHRM geeft, zoals gebruikelijk, ook aan dat het zich beperkt tot een beoordeling van de concrete voorliggende zaak. In de zaak Saunders had een aanklager ten overstaan van een jury langdurig voorgelezen uit in de toezichtsfase onder dwang verkregen verklaringen, met het oogmerk om de geloofwaardigheid van de verdachte te ondermijnen. De wetgever vervolgt dat in het geval van J.B. v. Zwitserland sprake was van een 'criminal charge', nu vanaf het begin van de procedure duidelijk was dat een boete wegens belastingontduiking in het verschiet lag. Het opleggen van een boete wegens het niet voldoen aan de inlichtingenplicht achtte het EHRM in de omstandigheden van het geval in strijd met het 'nemo tenetur beginsel'. Daarbij wijst het hof erop dat in dit geval geen sprake was van bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van J.B. bestond, dat J.B. rekening moest houden met de mogelijkheid dat de gevraagde documenten zouden worden gebruikt voor het opleggen van een boete wegens belastingontduiking, alsmede dat er maar liefst vier keer een forse geldboete was opgelegd wegens

---

796. A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht,* (diss. Deel II - EUR), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 84.

797. Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 1984, *NJ* 1984, 547; HR 9 oktober 1984, *NJ* 1985, 176 en HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997, 232.

798. Zie hoofdstuk 6.3.2. en bijvoorbeeld EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk, par. 74.

799. Voorontwerp Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht 1999, p. 94: 'Wel blijkt uit het Saunders-arrest dat onder omstandigheden bewijs dat onder dwang is verkregen in de fase voorafgaand aan de "*criminal charge*", niet mag worden gebruikt ter onderbouwing van een daaropvolgende punitieve sanctie. Dit betekent echter geenszins, dat ter naleving van een inlichtingenplicht verstrekte informatie nooit mag worden gebruikt voor het bewijs van een overtreding waarop een punitieve sanctie staat. Dit is onder meer afhankelijk van de wijze waarop het bewijs wordt gebruikt (in dezelfde zin O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek* (diss. UvA), Nijmegen 1999, p. 143: 'In dat verband zij er op gewezen, dat het Saunders-arrest een bijzondere, nogal a-typische casus betrof: de aanklager had ten overstaan van een jury zeer uitvoerig voorgelezen uit in de toezichtsfase onder dwang verkregen verklaringen, met als oogmerk de geloofwaardigheid van de verdachte te ondermijnen.' Albers wijst er op dat de commissie Scheltema in het voorontwerp aansluiting gezocht heeft bij een restrictieve interpretatie van het Saunders-arrest door Jansen. Zij werpt de vraag op hoe bewijs, onder dwang verkregen, voordat sprake was van een 'criminal charge, op een minder belastende manier gebruik gemaakt worden? Albers vraagt zich (klaarblijkelijk retorisch) af of dergelijk bewijs niet in alle gevallen op een belastende wijze gebruikt wordt. De commissie Scheltema heeft echter volgens Albers dankbaar gebruikgemaakt van de door Jansen voorgestane beperkte interpretatie van het Saunders-arrest. C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten: Balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 181.

het niet verschaffen van deze informatie. De wetgever leidt hieruit af dat de nadruk ook in deze zaak lag op de bijzondere omstandigheden van het geval. Het kan wel zo zijn dat wegens de bijzondere omstandigheden van een bepaald geval bepaalde informatie uiteindelijk niet kan worden gebruikt voor het bewijs van een overtreding waarop een bestuurlijke boete staat. De EHRM-arresten Saunders en J.B. wijzen erop dat in dat verband ook de wijze waarop het bewijs is verkregen en wordt gebruikt een rol kan spelen. Eén en ander zal in een concreet geval door de rechter moeten worden beoordeeld, mede in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie over artikel 6 EVRM. Dit brengt de regering tot het oordeel dat het arrest daarom geenszins noopt tot de uitleg dat een belastingplichtige zich in het kader van de normale belastingheffing kan beroepen op een zwijgrecht ten opzichte van de belastinginspecteur op de enkele grond dat hij een straf wegens belastingontduiking riskeert. Op deze manier zouden (vermoedelijke) fraudeurs in een bevoorrechte positie komen vergeleken met belastingplichtigen die niet van fraude worden verdacht.[800]

De voorgaande visie in de memorie van toelichting bevat een opmerkelijke interpretatie van de arresten Saunders en J.B. De wetgever suggereert dat onder dwang afgelegde verklaringen in een latere punitieve procedure wel voor het bewijs kunnen worden gebruikt.[801] Aan die suggestie ligt de premisse ten grondslag dat voornoemde uitspraken van het EHRM 'atypische' casussen betroffen en voorzichtigheid moet worden betracht met het trekken van algemene conclusies.[802] Aangaande het Saunders-arrest en de bescherming van 'testimonial evidence' het volgende. In hoofdstuk 5 werd geconcludeerd dat de in het arrest geformuleerde rechtsregels inderdaad beschouwd kunnen worden als uitgangspunt. Dit behelst dat onder dwang van een wettelijke mededelingsplicht verstrekte verklaringen niet voor het bewijs in een punitieve procedure kunnen worden gebruikt. De rechtsoverwegingen uit Saunders die hier betrekking op hebben zijn nadien herhaald en vinden in zaken als Kansal, Zaichenko en Corbet hun concrete bevestiging. Aangaande de duiding van het Saunders-arrest door de wetgever overweegt Feteris:

> 'De memorie van toelichting bij het voorontwerp (p.119) suggereert dat de reikwijdte van dit arrest zeer beperkt is, door erop te wijzen dat het in de zaak Saunders om een bijzondere, nogal atypische casus ging. Ik betwijfel of men het arrest zo beperkt mag

---

800. Verwezen wordt naar W.C. Feteris in *BNB* 2002/27c, p. 214 en *NJCM-Bulletin* 2002, p. 48. Tevens wordt verwezen naar een fiscaal arrest van de Hoge Raad. Daarin werd overwogen dat een belastingplichtige de bij een controleonderzoek gevraagde gegevens, inlichtingen en bescheiden niet kan weigeren te geven met een beroep op het "nemo-teneturbeginsel", voor zover het de vaststelling van de belastingschuld betreft. De betrokkene kan volgens de Hoge Raad derhalve wel gedwongen worden vragen te beantwoorden die mede voor de belastingheffing van belang zijn (HR 27 juni 2001, *BNB* 2002, 27c). Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 98.

801. Daarbij merkt zij overigens wel op: 'in ieder geval wel'. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 97: 'Dit betekent echter niet dat ter naleving van een inlichtingenplicht verstrekte informatie nooit mag worden gebruikt ter onderbouwing van een daaropvolgende bestraffende sanctie. Dit mag *in ieder geval wel* indien het gaat om informatie die onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat' (cursivering aut.).

802. Zie ook het commentaar van de regering bij de wijziging van de Postwet, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 363 A, nr. 6, p. 5: 'Bovendien is het belang van het Saunders-arrest voor de onderhavige kwestie niet duidelijk en zeker niet onomstreden. Vast staat slechts dat in de Saunders-zaak werd bepaald dat in de specifieke omstandigheden van het daar aan de orde zijnde geval – betrokkene werd in een lange reeks van ondervragingen ook bij de laatste twee ondervragingen gewezen op zijn plicht tot medewerking hoewel hij op dat moment al in staat van beschuldiging was gesteld – de aldus verkregen zelfbelastende verklaringen niet mochten worden gebruikt in het daaropvolgende strafproces. Een prominente rol daarin werd ook gespeeld door het feit dat het bij het daaropvolgende strafproces ging om een «jury trial» en de zelfbelastende verklaringen werden voorgelezen aan de jury om de geloofwaardigheid van de verdachte aan te tasten. Met name ook dat element van juryrechtspraak staat zo ver af van de Nederlandse rechtspraktijk dat het vooralsnog onverstandig lijkt om aan de Saunders-zaak de door de Raad voorgestelde consequenties te verbinden voor de regeling van het zwijgrecht en – in het verlengde daarvan – de cautie.'

> opvatten. Beslissend voor het Hof is naar mijn indruk geweest dat de verklaringen die Saunders onder dwang had afgelegd 'were used in the course of the proceedings in a manner which sought tot incriminate the applicant (...).' Daarom nam het Hof aan dat art. 6 EVRM geschonden was, en dat is een situatie die toch niet zo atypisch is.'[803]

Evenmin kan gesteld worden dat het J.B. arrest een atypische zaak vormde, binnen het bestek van de uitlevering van real evidence zaken. De zaak vertoont juist grote parallellen met Funke en het nadien gewezen Chambaz-arrest. Betrokkenen worden geconfronteerd met vorderingen van de overheid tot het uitleveren van documenten, nadat reeds sprake was van een criminal charge (Funke en J.B.), dan wel niet uitgesloten kon worden dat uitlevering van het materiaal tot zelfincriminatie zou leiden (Chambaz). In het bijzonder komt in het Chambaz-arrest juist de Zwitserse wetgeving (wederom) aan de orde, te weten het ontbreken van garanties dat het verstrekte bewijs niet in de daarop volgende strafzaak zou worden gebruikt.[804]

Tenslotte is opvallend hoe de wetgever de jurisprudentie van de Hoge Raad aanhaalt, bij de bespreking van het Saunders-arrest en het leerstuk van de bewijsuitsluiting van onder dwang afgelegde verklaringen. Dit is het arrest HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27. Hij wijst er op dat volgens de Hoge Raad een belastingplichtige gevraagde gegevens, inlichtingen en bescheiden niet kan weigeren te geven met een beroep op het 'nemo tenetur-beginsel', voor zover het de vaststelling van de belastingschuld betreft. Hij kan derhalve wel gedwongen worden vragen te beantwoorden die mede voor de belastingheffing van belang zijn. Daarentegen oordeelde de Hoge Raad juist dat verklaringen, afgelegd op grond van de fiscale inlichtingenplicht, niet mogen worden gebruikt voor de boeteoplegging. De omissie van juist die passage is frappant omdat dit eerder als uitgangspunt dan als uitzondering is geformuleerd. Dat terwijl de wetgever erop wijst dat bewijsuitsluiting bij 'bijzondere omstandigheden' aan de orde is. De wetgever heeft aldus uiterst selectief geput uit het voornoemde arrest.

6.2.3. Tussenconclusie en VAR-voorstel

De insteek van de regering is om in de memorie van toelichting beperkte ruimte toe te kennen aan de werking van het nemo tenetur-beginsel. Centraal aanknopingspunt daarvoor is het argument dat de zaken Saunders en J.B. als 'atypisch' moeten worden beschouwd, zodat daar maar beperkte gevolgen aan moeten worden gegeven. Die argumentatie is bekritiseerd door Hartmann en Feteris. Hun kritiek brengt volgens Stevens mede dat de wetgever op basis van het nemo tenetur-beginsel, gelet op de integere waarheidsvinding en de procesautonomie van betrokkene, had moeten erkennen dat burgers onder omstandigheden geen gehoor hoeven te geven aan een vordering op basis van artikel 5:17 Awb (dan wel art. 47 lid 1 sub b AWR).[805]

De inconsistente benadering van het begrip 'wilsonafhankelijk materiaal' illustreert de conceptuele onduidelijkheid op dit punt. Hoewel gekozen is voor een restrictieve benadering van het nemo tenetur-beginsel is de juridische onderbouwing daarvan aldus wankel. Daar komt bij dat de wetgever enerzijds aan wenst te knopen bij de strafrechtelijke jurisprudentie. Anderzijds gaat hij geheel voorbij aan een belangrijk strafvorderlijk kernvoorschrift, dat de vordering tot uitlevering van voorwerpen aan de verdachte uitsluit. Kennelijk is de benadering van de regering op dit punt het nemo tenetur-beginsel te marginaliseren ten gunste van instrumentaliteit. Daarin wordt het beginsel gereduceerd tot niet meer dan een zwijgrecht van de 'charged person'. De

---

[803]. M.W.C. Feteris, 'De fiscale bestuurlijke boeten en de Vierde tranche van de Awb', in: L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, Deventer: Gouda Quint 2000, p.7.
[804]. EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland), par. 56.
[805]. Stevens, a.w., p. 136.

procesautonomie van de charged person wordt echter door de enkele respectering van het zwijgrecht alleen niet voldoende gewaarborgd.

Op dit punt adresseerde het voorstel van de VAR-werkgroep, *De Vierde tranche, Commentaar en vraagpunten*, de kritische kanttekeningen. Het voorstel voorzag in de opname in de Awb van een bepaling dat:

> '(…) informatie die is verkregen onder bedreiging van een gesanctioneerde medewerkingsplicht, niet mag worden gebruikt voor het opleggen van een bestraffende sanctie, tenzij betrokkene ook zijn medewerking zou hebben verleend zonder dat hij daartoe was gedwongen of tenzij de betreffende informatie ook zonder de medewerking van betrokkene had kunnen worden verkregen.'[806]

Dit VAR-voorstel is inderdaad in de 'geest' van het nemo tenetur-beginsel. Niettemin is de tekst van het voorstel te ongespecificeerd ten aanzien van het begrip 'informatie'. Dit kan immers zowel 'testimonial evidence' als 'real evidence' betreffen. Aangaande testimonial evidence is het voorstel in lijn met de 'Saunders'-formule op dit punt. Dat betreft dan de uitsluiting van in de controlesfeer afgelegde verklaringen van het gebruik als bewijs in de opsporingssfeer. Het voorstel mist echter de fundamentele nuance aangaande 'real evidence'. Het nemo tenetur-beginsel verzet zich slechts dan tegen het afdwingen van afgifte van real evidence wanneer sprake is van een verdenking. Of indien geen waarborg is verleend dat de aan te dragen informatie niet gebruikt zal worden ten behoeve van bestraffende doeleinden. De formulering van het voorstel is aldus te ruim, daar het aangaande real evidence geen rekening houdt met de verdenkingsvoorwaarde. Toepassing van het voorstel zou ertoe leiden dat in beginsel al het in de controlesfeer te vorderen materiaal uitgesloten zou moeten worden van het gebruik als bewijs voor het opleggen van een bestraffende sanctie. Dat zou de handhaving van het ordeningsrecht ondergraven en is ook niet in overeenstemming met de strekking van het nemo tenetur-beginsel.

6.3 Het geldende moment van het zwijgrecht

6.3.1 Het criterium in het voorontwerp: 'redelijkerwijs de gevolgtrekking'

Aanvankelijk werd in het voorontwerp van de vierde tranche Awb – opgesteld door de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht – het zwijgrecht en de cautie op een andere wijze ingevuld. Artikel 5.0.11 luidde als volgt:

> 1. Degene die aan een handeling van het bestuursorgaan redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem een bestuurlijke sanctie, niet zijnde een herstelsanctie, zal worden opgelegd, is niet langer verplicht ten behoeve van deze oplegging inlichtingen omtrent de overtreding te verstrekken.
> 2. De overtreder wordt hierop gewezen alvorens hem mondeling wordt gevraagd inlichtingen te verstrekken, en in ieder geval wanneer hij in de gelegenheid wordt gesteld over het voornemen tot oplegging van de bestuurlijke sanctie zijn zienswijze naar voren te brengen.[807]

[806]. VAR-werkgroep Vierde tranche Awb, *De Vierde tranche Awb, Commentaar en vraagpunten*, VAR-reeks, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 144. Albers onderschrijft deze clausule. Zie Albers, a.w., p. 183.
[807]. Voorontwerp Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht 1999, p. 12.

Duidelijk is dat beoogd werd de punitieve sancties van de niet punitieve bestuursrechtelijke sancties af te bakenen. De bestuurlijke sanctie wordt immers afgezet tegen de herstelsanctie. De bestuurlijke sancties worden volgens de wetgever onderscheiden in reparatoire en punitieve sancties. In de vierde tranche zijn deze aangeduid als herstelsancties, respectievelijk bestraffende sancties. Bestraffende sancties zijn gericht op het bestraffen van de dader. Daarentegen zijn herstelsancties gericht op het beëindigen of ongedaan maken van de overtreding of de gevolgen daarvan, dan wel op het voorkomen van herhaling.[808] Bij de herstelsancties kan gedacht worden aan de maatregelen last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom.[809]

De commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht trachtte voor wat betreft de werking van het zwijgrecht aan te sluiten bij het *criminal charge* criterium. Daarvan was volgens haar sprake op het moment dat jegens een persoon vanwege de Staat een handeling is verricht, waarvan geldt dat die persoon daaraan in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat aan hem een boete zal worden opgelegd.[810] Dit oorspronkelijke criterium in het voorontwerp bleef echter niet zonder kritiek. In meerdere opzichten werd het problematisch geacht. Ten eerste vanwege de relatie met het strafrechtelijk zwijgrecht ex artikel 27 Sv.[811] Door de wijze waarop het zwijgrecht was geformuleerd kon dit startmoment namelijk ná het ontstaan van het redelijk vermoeden van schuld liggen. Dit wordt ook expliciet gesteld in het voorontwerp:

> 'Het enkele bestaan of uiten van een verdenking – ook tijdens een controle of verhoor – is nog niet genoeg om een "*charge*" aan te nemen. Op grond van mededelingen van het bestuursorgaan moet de betrokkene er ook van doordrongen zijn dat er een kans bestaat tot oplegging van een sanctie.'[812]

Evenwel geldt op zichzelf al dat het moment dat inhoudelijk sprake is van een 'charge' ook vóór het moment van de officiële kennisgeving kan liggen.[813] Het gevolg van de visie in het voorontwerp is dat waar een betrokkene in het kader van strafvordering verdachte kan zijn, met een bijbehorend zwijgrecht, in het bestuursrechtelijk traject nog 'langer' vragen kunnen worden gesteld, gericht op bijvoorbeeld herstelsancties, zonder dat de betrokkene een zwijgrecht toekomt. Knigge schrijft in dit verband zelfs of het aanknopen bij de *criminal charge*, teneinde de inlichtingenplicht zo lang mogelijk overeind te houden, niet getuigt van 'misplaatste boerenslimmigheid'.[814] Stevens merkt op dat de belastinginspecteur er belang bij kan hebben zich stil te houden en het moment waarop de belastingplichtige zich kan beroepen op het zwijgrecht zo

---

[808]. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 83.
[809]. Zie de afdelingen 5.3 .1 en 5.3.2 van de Awb. Deze bevatten bepalingen over twee bestuurlijke sancties, respectievelijk de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom.
[810]. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 95. Ook de Hoge Raad heeft zich inzake de toepassing van de fiscale boete en in strafrechtelijke zin aangaande de toepassing van het beginpunt van de *criminal charge* op dit standpunt gesteld. Zie bijvoorbeeld HR 17 februari 1987, *NJ* 1987, 951 (strafkamer) en HR 23 juni 1993, *BNB* 1993, 271 (fiscale kamer). Dienaangaande stelt het EHRM: 'Whilst 'charge', for the purpose of Article 6 par. 1, may in general be defined as 'the official notification given by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence', it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect' as a result of a suspicion against him'. Zie EHRM 10 december 1982, Publ. ECHR, *Serie A, vol.* 56, paragraaf 52 (Foti v. Italië).
[811]. Hartmann, a.w., p. 53.
[812]. Voorontwerp Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht 1999, p. 94.
[813]. Zie ECHR 11 april 1996, paragraaf 26 (HJB v. Nederland), *NJCM-bulletin* 1997, p. 315-319 en EHRM 22 mei 1998, paragrafen 41-46, *NJ* 1998, 108 (Hozee v. Nederland). In deze uitspraken werd de aanvang van de criminal charge aangenomen door het eerste FIOD verhoor.
[814]. G. Knigge, *RM Themis* 2000, p. 94.

lang mogelijk uit te stellen, teneinde de belastingheffing zo min mogelijk te hinderen.[815] In dit verband wordt verwezen naar de bevindingen in hoofdstuk 5 (paragraaf 6) aangaande de materiële invulling van het criminal charge-begrip. Daar werd geconcludeerd dat het EHRM het criminal charge-begrip nader heeft ingevuld met het 'substantially affected' criterium. Dit verwijst naar alle overheidsmaatregelen die de positie van betrokkene daadwerkelijk beïnvloeden, in relatie tot de strafvervolging. De analyse van de behandelde EHRM jurisprudentie toonde echter aan dat dit criterium op haar beurt feitelijk is ingevuld met het 'verdenkingsbegrip'. Daarbij volgde uit de Grand Chamber uitspraak van het EHRM 13 september 2016, *NJB* 2017/267 (Ibrahim v. VK), dat op basis van artikel 6 EVRM een cautieverplichting voor de verhorende autoriteiten wordt afgeleid. De verdachte dient op zijn zwijgrecht gewezen te worden. Op die wijze wordt gestalte gegeven aan een praktische en effectieve uitoefening van verdedigingsrechtern. Bovendien zou een later startmoment dan de verdenking de materiële waarborging van het zwijgrecht van zijn praktische betekenis ontdoen. De autoriteiten zouden dan incriminerende informatie kunnen blijven vorderen van een betrokkene, ook al is deze materieel gezien al verdachte.

Belangrijk is dat ook dat de Raad van State kritiek uitte op de formuleringen van het zwijgrecht in verschillende wetsontwerpen.[816] Aanvankelijk werd in de Postwet het volgende criterium opgenomen ter invulling van het zwijgrecht:

> 'In het voorgestelde artikel 15d (artikel I, onderdeel Q) is een nadere regeling van het zwijgrecht en cautie bij de handhaving van voorschriften door middel van een bestuurlijke boete opgenomen. In dit artikel is bepaald dat indien de ambtenaren, die ingevolge de artikelen 14a en 14b met het toezicht op de naleving van het bij of krachtens de wet bepaalde zijn belast een redelijk vermoeden hebben dat een natuurlijke persoon of een rechtspersoon een overtreding heeft begaan, er geen verplichting van de zijde van die natuurlijke persoon of rechtspersoon is om terzake een verklaring af te leggen.'

De Raad van State heeft twee voorname kritiekpunten op deze regeling geformuleerd. Als regeling van het zwijgrecht acht hij de in het wetsvoorstel voorgestelde bepaling enerzijds te ruim, anderzijds acht hij deze juist te beperkt. De reden dat de Raad van State deze te ruim acht is ingegeven door het feit dat volgens haar geen rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat de betrokken ambtenaren bezig zijn met onderzoek, waarvan vaststaat dat de uitkomst daarvan uitsluitend zal worden gebruikt voor het mogelijkerwijs treffen van een niet-punitieve sanctie. Voor de andere gevallen vindt hij de formulering van het zwijgrecht juist te beperkt. Het criterium biedt slechts voor de betrokken ambtenaren en niet voor de betrokken overtreder een objectief vast te stellen aanknopingspunt voor het zwijgrecht. De laatste is volgens de Raad afhankelijk van de 'attendering' (cautie) die de onderzoeksambtenaren ingevolge dit artikel moeten geven in een mondelinge verhoorsituatie. Hij stelt voorts dat ook wanneer de ambtenaren dit verzuimen en in gevallen waarin hij bij hun onderzoek naar een overtreding aan de betrokkene een verzoek doen om schriftelijke informatie die van zijn wil afhankelijk is, deze gelet op artikel 6 EVRM een beroep moet kunnen doen op zijn zwijgrecht.

De Raad van State heeft vervolgens een scherp oog voor de context van de sfeerovergang, die de toepassing van het zwijgrecht problematiseert. Hij acht namelijk het zwijgrecht weer te beperkt, aangezien dat volgens haar ook geëffectueerd moet kunnen worden in de fase waarin de minister of de – toenmalige – Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA) nog niet heeft gekozen voor reparatoire of punitieve handhaving (bestuursdwang respectievelijk het

[815]. Stevens, a.w., p. 129.
[816]. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 96.

opleggen van een bestuurlijke boete). De Raad van State adviseert daarom als startmoment van het zwijgrecht aan te merken 'een handeling waaraan hij in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat hij wordt ondervraagd ter zake van een overtreding die tot het opleggen van een bestuurlijke boete kan leiden'. Het zwijgrecht wordt aldus gebaseerd op de omstandigheden die duiden op een vermoeden van wetsovertreding, ongeacht de vraag voor welk afdoeningstraject op dat moment is gekozen. Tegelijkertijd tracht de Raad het zwijgrecht af te bakenen van de non-punitieve overheidshandelingen. Daarom wordt de koppeling gemaakt tussen het zwijgrecht en de bestuurlijke boete.[817]

6.3.2 Het nieuwe formeel verhoor criterium

In de vierde tranche luiden het Awb zwijgrecht en de cautieregeling in artikel 5:10a als volgt:

> 1. Degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, is niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen.
> 2. Voor het verhoor wordt aan de betrokkene medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden.[818]

De adviezen van de Raad van State zijn destijds niet door de regering gevolgd. In de toelichting in de vierde tranche wordt als belangrijk argument genoemd dat volgens de regering de gebruikte formulering reeds in een aantal wetten voorkwam. Daarbij zou het onwenselijk zijn om in verschillende bestuursrechtelijke wetten verschillende formuleringen te gebruiken. Dit klemt temeer nu de regelingen van het zwijgrecht zowel in het bestuursrecht als in het strafrecht moeten voldoen aan de eisen van hetzelfde artikel 6 EVRM. Het wetsvoorstel voor de vierde tranche van de Awb zou een geschikt kader zijn om de kwestie voor de gehele bestuursrechtelijke wetgeving opnieuw te bezien.[819] De door de Raad van State in het advies over het ontwerp-Postwet voorgestelde formulering van het zwijgrecht achtte de regering te ruim:

> 'Als reeds voldoende zou zijn dat de ondervraging betrekking heeft op een overtreding die tot het opleggen van een bestuurlijke boete *kan* leiden, zou het zwijgrecht ook reeds bestaan in een fase waarin nog niet gekozen is tussen het optreden met een herstelsanctie of met een bestraffende sanctie en zelfs wanneer al is gekozen voor een herstelsanctie. Dat gaat veel verder dan artikel 6 EVRM eist en ook verder dan het strafrecht en zou de handhaving te zeer belemmeren.'[820]

Om die reden is gekozen voor een formeel criterium door het zwijgrecht te verbinden aan de situatie van het formele verhoor. Het zwijgrecht komt nu toe aan een persoon, zodra hij met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie wordt verhoord. Volgens Stevens sluit dit Awb zwijgrecht daarmee noch aan bij de redelijke verdenking, noch bij de redelijke gevolg-

---

817. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 363 A, nr. 6, p. 4 (wijziging Postwet).
818. Voorts geldt er in de bezwaarfase een zwijgrecht. De wetgever stelt daaromtrent: 'Het zwijgrecht kan ook van belang zijn in de bezwaarfase. De Hoge Raad heeft in een belastingzaak overwogen dat de aanduiding van de gronden van het bezwaar (in de zin van artikel 6:5, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Awb) tegen een fiscale boete summier mag zijn en onder omstandigheden ook erin kan bestaan dat de belastingplichtige aangeeft het niet eens te zijn met de voor de boete gegeven gronden en daarbij stelt dat standpunt niet nader te kunnen motiveren zonder zichzelf te incrimineren (zie HR 8 maart 2002, *AB* 2002, 353).' Zie Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 98. De bespreking van het zwijgrecht in de bezwaarfase blijft verder buiten beschouwing.
819. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 96.
820. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 96.

trekking van de betrokkene. Dat betekent volgens haar dat de betrokkene pas een verklaringsvrijheid toekomt op het moment dat hij voor de eerste keer wordt opgeroepen om te worden verhoord.[821]

Volgens de regering maakt de formulering in de eerste plaats duidelijk dat het gaat om situaties waarin het bestuursorgaan serieus overweegt om de overtreding 'punitief' af te doen. Het bestuursorgaan overweegt derhalve niet (langer) om (alleen) een herstelsanctie op te leggen. Voorts overweegt de regering dat de terminologie 'wordt verhoord' in plaats van 'wordt ondervraagd' aansluit bij het strafrecht en het fiscale recht. Daardoor wordt dan onderstreept dat het recht om te zwijgen geldt bij vragen die zijn gericht op bestraffing, niet bij vragen die (tevens) zijn gericht op andere bestuurstaken, zoals bijvoorbeeld de belasting- of premieheffing. Het zwijgrecht is hiermee in de optiek van de regering geformaliseerd en niet langer afhankelijk van de redelijke gevolgtrekking van de betrokkene, zoals in de AWR. Daarnaast bieden de woorden 'wordt verhoord' volgens haar een objectiever aanknopingspunt dan de formulering uit het voorontwerp, die aanknoopte bij een door de (vermeende) overtreder te maken gevolgtrekking. Naar het standpunt van de regering gaat het er in de nieuwe formulering om dat naar objectieve omstandigheden door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat sprake is van een 'verhoor' met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete. Dit zou dan maken dat het 'subjectieve inzicht' van de verhorende ambtenaar niet doorslaggevend is. In de Memorie van Toelichting worden derhalve slechts voordelen gezien. Het nieuwe criterium betekent geen grote breuk met het verleden en het beginpunt is makkelijker te bepalen dan het beginpunt zoals dat in de AWR geldt.[822]

Voorts bestaat er in de praktijk volgens de wetgever weinig verschil met het AWR-zwijgrecht:

> 'Het verhoor is immers ook een 'handeling waaraan betrokkene redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem een boete zal worden opgelegd' en zal in veel gevallen de eerste zodanige handeling zijn waarmee de overtreder wordt geconfronteerd'.[823]

Stijnen wijst er echter terecht op dat dit standpunt, dat het verschil tussen de nieuwe en de oude formulering niet tot een andere uitkomst zal leiden, niet door de Afdeling en het College worden gevolgd. Hij stelt namelijk dat de Afdeling duidelijk onderscheid maakt tussen het ontstaan van de cautieplicht en het moment van de criminal charge. Dat terwijl in de van toepassing zijnde wetgeving daterende van voor 1 juli 2009 wel een koppeling werd gemaakt met het 'charge' moment en het ontstaan van het zwijgrecht.[824]

6.3.3 Het formele verhoor criterium in het licht van de 'gemengde vragen'

Hoe moet dit nieuwe verhoorcriterium nu gewaardeerd worden in het licht van het nemo tenetur-beginsel? Het zwijgrecht van artikel 5.10a bepaalt dat diegene die wordt verhoord met het oog op een aan hem op te leggen bestraffende sanctie niet verplicht is te verklaren omtrent de overtreding. Het zwijgrecht van de Awb is daarmee dus gekoppeld aan de formele verhoorsituatie gericht op het opleggen van een bestuurlijke boete. Het verhoor concentreert zich op de

821. Stevens, a.w., p. 130.
822. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 96-97. Het ging hier om het oude artikel 67j Algemene wet inzake rijksbelastingen.
823. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 97.
824. Stijnen, a.w., p. 617 en 610. Stijnen verwijst naar ABRvS 24 december 2008, *JV* 2009/145, ABRvS 17 februari 2010, *LJN* BL4153 en CBb 3 juli 2008, *LJN*: BD6629.

'beboetbare gedraging'. In dat verband is relevant dat in de bestuursrechtelijke context ook andersoortige procedures en sancties een rol spelen.

Die verschillende procedures kunnen niettemin hetzelfde object van feitelijk onderzoek bestrijken. In hoofdstuk 2 is dit aan de orde gekomen in het kader van de sfeercumulatie. Het gaat hier om de materiële samenloop tussen de controle en opsporing sfeer'; beiden richten zich immers op dezelfde feiten doordat het object van onderzoek gericht is op de financiële administratie. In dit verband wordt verwezen naar de beschrijving van dit probleem in hoofdstuk 2 (2.3.2.5. Sfeercumulatie: parallelle procedures). Een betrokkene kan aldus verdachte zijn, en de toepasselijke waarborgen genieten, terwijl hij tegelijkertijd geconfronteerd wordt met inlichtingenvorderingen uit het betreffende controleonderzoek. Het gaat dan niet om controlebevoegdheden die in het kader van opsporing worden uitgeoefend, maar om bevoegdheden die in het parallel lopende controleonderzoek worden uitgeoefend. Dit wordt verder bemoeilijkt door de omstandigheid dat controle en opsporing theoretisch en juridisch wel zijn te scheiden, maar in praktijk erg dicht tegen elkaar aan liggen. In hoofdstuk 3 is er op gewezen dat de wetgever (bij de behandeling van de derde tranche Awb) de sfeerovergang duidde als 'vloeiend van aard'. Hierbij overwoog hij dat beide sferen moeilijk van elkaar af te bakenen zijn.

Voorts geldt dat cumulatie van herstelsancties en punitieve sancties bij uitstek kenmerkend zijn voor het bestuursrecht. Een situatie die ook in fiscale recht juist frequent voorkomt: de cumulatie van de fiscale navordering en de fiscale boeteprocedure. Daarnaast kent de Awb bijvoorbeeld herstelsancties als bestuursdwang (afdeling 5.3.1. Awb) en de last onder dwangsom (afdeling 5.3.2. Awb), die kunnen worden opgelegd *naast* een punitieve sanctie. Volgens de wetgever zijn die reparatoire sancties niet gericht op het bestraffen van de dader maar op het ongedaan maken van de (gevolgen van de) overtreding, dan wel op het voorkomen van verdere overtreding.[825] Belangrijke implicatie van dit 'reparatoire' karakter is dat de herstelsancties niet onder de strafrechtelijke bescherming van artikel 6 EVRM vallen. De betrokkene zal in dergelijke (reparatoire) onderzoeken dan ook geen beroep toekomen op het nemo tenetur-beginsel, nu in dat verband geen sprake is van een *criminal charge*. Het specifieke karakter van het bestuursrecht, waarin naast punitieve sancties ook reparatoire sancties kunnen worden opgelegd, verklaart daarmee waarom de wetgever juist een relatie heeft willen leggen tussen het zwijgrecht enerzijds en een te volgen punitieve procedure anderzijds.

Niettemin is aan de vormgeving van het Awb zwijgrecht een aantal belangrijke consequenties verbonden voor de rechtspositie van de justitiabele. Voor de beoordeling van het Awb zwijgrecht criterium aan de hand van nemo tenetur is aldus van cruciaal belang dat dergelijke reparatoire onderzoeken parallel kunnen lopen met punitieve onderzoeken. Het 'object' van onderzoek – op basis waarvan een bestuurlijke boete kan worden opgelegd – zal als benoemd in beginsel hetzelfde zijn in de toezichts- en opsporingsfase. Nu vormt het heikele punt dat volgens de wetgever vragen die óók van belang kunnen zijn voor het toezicht en andere vormen van bestuurlijk toezicht niet vallen onder het formele (boete-)verhoor. Dit is een belangrijke overweging die de effectieve werking van het zwijgrecht in hoge mate erodeert.

> 'Als reeds voldoende zou zijn dat de ondervraging betrekking heeft op een overtreding die tot het opleggen van een bestuurlijke boete kan leiden, zou het zwijgrecht ook reeds bestaan in een fase waarin nog niet gekozen is tussen het optreden met een herstelsanctie of met een bestraffende sanctie (...) Zij onderstreept mede daardoor nog eens dat het recht om te zwijgen geldt bij vragen die zijn gericht op bestraffing, niet bij vragen die

[825]. *Kamerstukken II* 2003/04,29 702, nr. 3, p. 83.

(tevens) zijn gericht op andere bestuurstaken, zoals bijvoorbeeld de belasting- of premieheffing.'[826]

Volgens Stevens impliceert het regeringsstandpunt dat vragen omtrent de beboetbare gedraging geen antwoord behoeven, terwijl in het parallelle toezichts- of niet punitieve onderzoek ten aanzien van dezelfde vragen omtrent de gedraging een antwoordplicht bestaat op grond van artikel 5:20 Awb.[827] De 'zuivere' verwijtbaarheidsvraag bestaat volgens haar niet en zal altijd samenvallen met het feitenonderzoek (het controleonderzoek). Dat is bezien vanuit de materiële samenloop, kenmerkend voor de sfeercumulatie en sfeerovergang, een volstrekt logische constatering. Hierbij geldt dat met het bewijs van de feitelijke omstandigheden in beginsel ook de verwijtbaarheid van de overtreding is gegeven, aldus Stevens. Zij stelt namelijk dat bestuursrechtelijke gedragsbepalingen gepaard gaan met het strafbaar stellen van de inbreuk op een feitelijk omschreven norm. Met het bewijs van de feitelijke omstandigheden is dan ook in beginsel de verwijtbaarheid van de overtreding gegeven, tenzij deze door een strafuitsluitingsgrond zou worden aangetast.[828] Deze stellingname hangt sterk samen met het leerstuk van het kleurloos opzet (HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314). De Hoge Raad heeft bepaald dat het bewijs voor opzet (in beginsel) voldoende is wanneer het opzet gericht is op de verboden gedraging. Niet vereist is dat het opzet mede gericht moet zijn op het overtreden van de norm.[829] 'Men blikt nu eenmaal geen boontjes uit nonchalance, stelde Röling destijds. Als 'sociologisch uitgangspunt' stelde hij voorop dat optreden in de economische sfeer gewoonlijk opzettelijk optreden is.[830]

Resumerend; indien het 'opzet' op de strafbare gedraging besloten ligt in de aard daarvan, is het ondoenlijk te spreken van een verhoor louter gericht op de 'verwijtbaarheid'. Dat is wat de 'zuivere verwijtbaarheidsvraag' tot een 'witte raaf' maakt.

De verklaringsvrijheid van het bestuursboeterecht is aldus volgens Stevens niet van toepassing op vragen omtrent de betrokkenheid bij een strafbaar feit zoals bedoeld in artikel 29 Sv, maar is beperkt tot vragen naar de verwijtbaarheid omtrent de betrokkenheid bij een strafbaar feit.[831] Daarbij kennen vragen die in het boeteonderzoek onder het zwijgrecht vallen, in het toezicht en in de niet punitieve sanctieprocedure een antwoordplicht.[832] Van een effectief zwijgrecht is daarom volgens Stevens geen sprake.[833] De beschuldiging kan echter zeer wel zijn dat er een

826. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 96.
827. Stevens, a.w., p. 133.
828. Stevens, a.w., p. 134. Zij stelt tevens: 'Het zwijgrecht zou zich hoogstens tegen het einde van het onderzoek kunnen manifesteren als een recht om geen bekennende verklaring af te leggen, wanneer na afronding van het feitenonderzoek blijkt dat het bewijs van opzet of grove schuld niet rond kan worden gekregen.'
829. Zie HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314 (*Kleurloos opzet*); HR 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8783; HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8791; HR 30 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5023; HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:24; HR 8 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:851.
830. Noot Röling onder HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314.
831. Stevens, a.w., p. 133.
832. Vergelijk ook De Bont en Feteris. G. de Bont, 'Informatieverstrekking bij boeten', in: (Fiscale) Inlichtingenverplichtingen, *Enige beschouwingen uit de praktijk en wetenschap*, Amsterdam: De Bont Advocaten 2013, p. 290: ' Uit de praktijk blijkt dat het zelden voorkomt dat vragen worden gesteld die uitsluitend op de boete betrekking hebben. Veelal worden vragen gesteld die zowel zien op de belastingheffing als op de boete. Het verlangde antwoord zal dan relevant (kunnen) zijn voor beide componenten.' M.W.C. Feteris, 'De fiscale bestuurlijke boeten en de Vierde tranche van de Awb', in: L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, SI-EUR-reeks 22, Arnhem: Sanders Instituut/ Gouda Quint 2000, p. 17: 'Het praktische nut van dit zwijgrecht is in belastingzaken te verwaarlozen, aangezien het alleen ziet op vragen die uitsluitend de boeteoplegging betreffen.'
833. Stevens, a.w., p. 134.

fiscale aangifte onjuist is gedaan. De verhoorvragen kunnen volgens De Bont in dergelijke situaties identiek zijn aan de heffingsvragen.[834] Gelet op die context is de vraag echter hoe 'redelijkerwijs' valt vast te stellen dat sprake is van een dergelijk verhoor, als de zuivere verwijtbaarheidsvraag – zoals in het voorgaande uiteengezet werd – niet bestaat. De leden van de LPF-fractie stelden de volgende vraag, waarna de regering als volgt antwoordde:

> 'Wanneer zijn vragen gericht op het verkrijgen van belastende informatie? Kan de regering voorbeelden geven van vragen van de inspecteur die gericht zijn op het verkrijgen van belastende informatie?
>
> Een vraag is gericht op het verkrijgen van een belastende verklaring als zij vraagt naar een verklaring omtrent de betrokkenheid van de verdachte bij een beboetbaar feit (HR 7 oktober 1980, NJ 1981, 61). Een inspecteur mag wel vragen hoeveel inkomen iemand in een bepaald jaar had, maar niet of er inkomen opzettelijk is verzwegen.'[835]

In de nota naar aanleiding van het verslag wordt nog benadrukt dat een vraag is gericht op het verkrijgen van een belastende verklaring als gevraagd wordt naar een verklaring omtrent de betrokkenheid van de verdachte bij een beboetbaar feit.[836] Een verhoor in het kader van de controleprocedure kan immers ook vragen betreffen die aan de verwijtbaarheid raken. Daarbij is het moment van het zwijgrecht afhankelijk van het initiatief en de keuze van de autoriteiten om over te schakelen naar een 'punitief' verhoor. Een dergelijke keuze is per definitie subjectief van aard; hetgeen juist betrekkelijk veel ruimte laat aan de betrokken autoriteiten om het keuzemoment van het boeteverhoor te bepalen. Dit wordt manifest door het volgende voorbeeld. De Bont wijst er op dat de Belastingdienst in het verleden niet heeft geschroomd een poging te wagen de waarborgen uit de weg te gaan. Dat blijkt volgens hem uit het Draaiboek rekeningenproject d.d. 12 december 2001. Daarin wordt onder meer in het hoofdstuk 'richtlijnen sfeerovergang heffing-boete' actief voorgeschreven dat geen vragen mogen worden gesteld 'welke uitsluitend gericht zijn op het onderzoeken van de mate van schuld bij de belanghebbende. Voorts mocht niet worden ingegaan op eventuele boeteaspecten. De projectleiding schreef de betrokken ambtenaren dat op deze wijze 'geen problemen' zouden ontstaan met de cautieplicht van artikel 67i AWR. 'Je zult nooit de cautie hoeven te geven.'

Opmerkelijk genoeg had de Hoge Raad zich al lang geleden over exact deze kwestie uitgelaten in het 'Liegende Bakker'-arrest: HR 22 juni 1931. Daarbij gaat het om een conflict situatie, veroorzaakt door een samenloop van een inlichtingenplicht en het zwijgrecht. Het hoofd van een bakkerij was (kennelijk) als verdachte aangemerkt door een ambtenaar van de Arbeidsinspectie. De ambtenaar stelde zich op het standpunt dat hij de betrokkene niet als verdachte ondervroeg, maar dat hij zijn controlerende taak vervulde. De Hoge Raad overweegt het volgende aangaande het 'inzicht' van de verhorende controle ambtenaar en het zwijgrecht:

> 'dat het dan echter ten eenenmale onaannemelijk is, dat het al of niet tot zijn recht komen van bedoeld beginsel van strafprocesrecht zoude afhangen, niet van de vraag, of degene, wien het verzoek om inlichtingen wordt gedaan, inderdaad in den zin van art. 27 Sv. verdachte is – waarvoor in de door de Rechtbank gebezigde bewijsmiddelen overvloedige gronden aanwezig zijn – maar van het inzicht van een tot het ondervragen van een verdachte bevoegden ambtenaar en zelfs van den wil van zulk een ambtenaar om iemand

[834]. De Bont, a.w., p. 296.
[835]. 76 De leden van de LPF - fractie merken op dat in de memorie van toelichting (p. 95).
[836]. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 42.

> – ook indien hij wel een redelijk vermoeden van schuld aanwezig zoude achten – als verdachte te ondervragen, dan wel hem in een andere qualiteit vragen te stellen;'

Het gaat volgens de Hoge Raad niet om het perspectief van de controle ambtenaar of de betrokkene een zwijgrecht toekomt. Zulks is afhankelijk van het 'materiële' criterium of de feiten en omstandigheden nopen tot de aanname van een verdenking, in de zin van artikel 27 Sv.[837]

De vraag kan voorts worden gesteld hoe het formele verhoor criterium zich verhoudt tot het EHRM criminal charge criterium, ontleend aan de rechtspraak van het EHRM. Uit de arresten Funke en Saunders kan worden afgeleid dat het zwijgrecht in ieder geval geldt vanaf het tijdstip waarop kan worden gesproken van een criminal charge.[838] In hoofdstuk 5. is onderbouwd dat de rechtspraak aangaande het criminal charge criterium van het EHRM uiteindelijk neerkomt op de invulling van een verdenkingscriterium. Dit is ook het meest praktische toepasbare criterium, wil er sprake zijn van een effectieve rechtsbescherming. In relatie tot het formele verhoor criterium brengt dit dan het volgende mede. Wanneer een persoon voorwerp is van controle en hem in dat verband 'verwijtbaarheidsvragen' worden gesteld, dan zou deze op basis van een 'redelijk schuldvermoeden' niet langer gehouden kunnen zijn tot antwoorden. Specifieke verwijtbaarheidsvragen zullen immers ingegeven zijn door bepaalde feiten en omstandigheden. Daarentegen is die persoon op basis van de Awb op dat moment wel gehouden tot antwoorden, omdat nog geen sprake is van een formeel boeteverhoor. Hieruit volgt dat het Awb-zwijgrecht een later startmoment heeft dan het criminal charge criterium.

Rogier en Hartmann verklaren dit late startpunt van het zwijgrecht, door wellicht (onterechte) angst voor verlies van slagkracht van het overheidsonderzoek. Zodoende zou de wetgever voor een te minimalistische invulling van het zwijgrecht hebben geopteerd. Het was volgens hen beter geweest indien de bepaling van het zwijgrecht simpelweg 'het redelijk vermoeden van schuld aan het begaan van een overtreding' als uitgangspunt had genomen.[839]

6.3.4 Ontbreken verdachtebegrip

Het Awb-zwijgrecht kent nog een ander belangrijk probleem. De invalshoek van de wetgever was om bij artikel 29 Sv aan te sluiten. Die aansluiting is echter niet consequent en volledig geweest. Het Awb-zwijgrecht mist namelijk een belangrijke schakel: een equivalent van het strafvorderlijke 'verdachte'-begrip. De cautieregeling wordt in strafvordering als volgt ingevuld:

> 1. In alle gevallen waarin iemand als verdachte wordt gehoord, onthoudt de verhoorende rechter of ambtenaar zich van alles wat de strekking heeft eene verklaring te verkrijgen, waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is afgelegd. De verdachte is niet tot antwoorden verplicht.
> 2. Voor het verhoor wordt de verdachte medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden.

---

837. Het gaat in het arrest van de Hoge Raad niet alleen maar om het toepassen van een 'derogatieregel'. (Zie hoofdstuk 4, paragraaf 12). De Hoge Raad gaat immers expliciet in op het startmoment van het zwijgrecht. Daarnaast geldt dat de overweging van de Hoge Raad op dat punt, precies de kern van het probleem weergeeft.

838. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 95: 'Uit de arresten *Funke* en *Saunders* kan worden afgeleid dat het zwijgrecht in ieder geval geldt vanaf het tijdstip waarop kan worden gesproken van een «*criminal charge*». Veelal wordt aangenomen dat sprake is van een «*criminal charge*» vanaf het tijdstip waarop de overtreder uit handelingen van het bestuursorgaan redelijkerwijs kan afleiden dat hem een boete zal worden opgelegd.'

839. A.R. Hartmann en L.J.J. Rogier, 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb', *NJB* 2004, p. 1879.

In het eerste lid van dit artikel is volgens Stevens zowel de verklaringsvrijheid (de zinsnede '(..) waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd') als het zwijgrecht ('de verdachte is niet tot antwoorden verplicht') van de verdachte vervat.[840] Artikel 29 Sv vormt uiteraard de concrete manifestatie van het nemo tenetur-beginsel. De cautieverplichting van het tweede lid heeft als strekking dat de verdachte die onbewust of onwetend is ten aanzien van het bestaan van zijn zwijgrecht, ongewild meewerkt aan zijn eigen veroordeling.[841] Artikel 29 Sv bepaalt dat het zwijgrecht aan de verdachte toekomt. Wie vervolgens als verdachte moet worden aangemerkt wordt nader gedefinieerd in artikel 27 Sv; niet voor niets een zeer fundamentele bepaling binnen het strafprocesrecht. Artikel 27 Sv luidt:

> Als verdachte wordt aangemerkt degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit.

Hierbij is van belang dat het vermoeden van schuld 'redelijk' moet zijn, om een persoon als verdachte aan te merken. De Memorie van Toelichting stelde hieromtrent: 'redelijk, d.w.z. niet enkel in de ogen van den opsporingsambtenaar, doch redelijk op zichzelf'.[842] Aldus is een louter subjectief vermoeden onvoldoende. Dat redelijke vermoeden dient voort te vloeien uit feiten of omstandigheden. Als dergelijke feiten of omstandigheden kunnen worden aangemerkt: getuigenverklaringen, feiten van algemene bekendheid, maar ook de ervaring van opsporingsambtenaren.

Door de status van verdachte op deze wijze te objectiveren heeft de wetgever het volgens Corstens mogelijk gemaakt dat de rechter achteraf kan toetsen of een persoon als verdachte had moeten worden aangemerkt en dientengevolge de cautie had moeten worden verleend. Dit vereiste impliceert dat bij die rechterlijke toetsing achteraf – in het kader van een eventueel onrechtmatigheidsverweer – de rechter niet is gebonden aan het destijds subjectieve oordeel van de opsporingsambtenaar.[843]

Het ontstaan van het zwijgrecht in het strafrecht is dus het moment dat de betrokkene de status van verdachte kan worden toegekend; ingevuld door het redelijk schuldvermoeden.[844] Het moment dat het zwijgrecht vervolgens *geldig* is en de verdachte er dus ook daadwerkelijk een beroep op kan doen, wordt gemarkeerd door de 'verhoorsituatie'. In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen 'verhoren' en 'horen'. Onder 'horen' worden dan de situaties verstaan waarbij de verdachte actief optreedt als procespartij. Onder 'verhoren' vallen de situaties waarin de verdachte meer object van onderzoek is, zoals in artikel 29 Sv waarbij het verhoor een onderzoeksfunctie heeft.[845] Daaronder verstaat de Hoge Raad 'alle vragen aan een door een opsporingsambtenaar als verdacht aangemerkt persoon betreffende diens betrokkenheid bij een

---

[840]. Stevens 2005, a.w., p. 39.

[841]. De Hoge Raad heeft dit expliciet verwoord in onder andere HR 24 mei 1977, *NJ* 1978, 316; HR 17 januari 1978, *NJ* 1978, 341; HR 13 maart 1979, *NJ* 1979, 268 en HR 2 oktober 1979, *NJ* 1980, 243 De cautie die door de vervolgende autoriteiten dient te worden gegeven geldt zowel ten aanzien van een verdachte natuurlijke persoon, als voor de (vertegenwoordiger van) de verdachte rechtspersoon. Zie daarvoor HR 13 oktober 1981, *NJ* 1982, 17 (par. 5).

[842]. Memorie van toelichting bij het ORO, Bijl. Hand. II 1913-1914, 286, nr. 3, p. 39.

[843]. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands Strafprocesrecht*, achtste druk, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2018, p.96.

[844]. Zie bijvoorbeeld HR 22 november 1994, *NJ* 1995, 240; HR 26 maart 1985, *NJ* 1985, 756; HR 8 januari 1985, *NJ* 1985, 381.

[845]. Lensing spreekt over de 'vaststelling van feiten en standpunten over een bepaald onderwerp'. Zie J.A.W. Lensing, *Het verhoor van de verdachte in strafzaken*, Deventer: Gouda Quint BV 1988, p. 34.

geconstateerd strafbaar feit.'[846] Vragen naar de personalia van de verdachte vallen overigens in beginsel niet onder de definitie van 'verhoor'.[847]

De Awb kent geen vergelijkbare bepaling omdat immers gekozen is voor een formeel criterium en niet voor een materieel criterium. Bij gebreke van een regeling over jegens wie een redelijk vermoeden van schuld bestaat aan het begaan van een – om in Awb-termen te blijven – beboetbare gedraging, levert dit een hiaat op in de regeling van het zwijgrecht. Dit kan gevolgen hebben voor de rechtsbescherming van de betrokkene, doordat het gevaar voor misbruik van bevoegdheden theoretisch gezien wordt vergroot. Autoriteiten kunnen immers op basis van de inlichtingenplicht in de controlefase – binnen het kader van de gemengde vragen – de benodigde informatie rondkrijgen, al waarna een zwijgrecht wordt verleend voor het 'punitieve verhoor'. De autoriteiten kunnen het controleverhoor dus blijven voortzetten, ook als daar verwijtbaarheidsvragen worden gesteld, zolang deze vragen maar 'gemengd' blijven met vragen in het kader van het toezicht. Het eerder in paragraaf 4.4.3. genoemde 'Draaiboek rekeningenproject d.d. 12 december 2001' is daarvan een uitdrukkelijk voorbeeld. Waar in strafvorderlijke zin in die situatie sprake zou kunnen zijn van een verdenking – op basis van de vragen die raken aan de verwijtbaarheid – en dus een zwijgrecht, treedt het Awb-zwijgrecht pas in werking wanneer de autoriteiten besluiten het verhoor zuiver te concentreren op verwijtbaarheidsvragen en het punitieve verhoor een aanvang neemt. Daarmee ligt de werking van het zwijgrecht door het formele verhoor criterium in handen van de autoriteiten.

6.3.5. Tussenconclusie: Het zwijgrecht als verkapte bewijsuitsluitingsregel?

In het voorgaande is de nodige kritiek besproken op de wijze waarop het Awb zwijgrecht is vormgegeven. Het betrof hier twee voorname punten. Allereerst het relatief late moment waarop het zwijgrecht geactiveerd wordt, in vergelijking met het strafvorderlijk zwijgrecht én in relatie tot de wijze waarop het criminal charge-begrip door het EHRM is gehanteerd. Materieel gezien kwam dat minst genomen eveneens op een verdenkingsbegrip neer. Ten tweede geld dat de wetgever het Awb zwijgrecht niet van toepassing acht op vragen die tevens zien op het reguliere controleonderzoek. Het Awb zwijgrecht is immers verbonden aan het formele verhoor, in het kader van de boeteprocedure. Dat heeft tot gevolg dat de werking van het zwijgrecht exclusief is voorbehouden aan 'zuivere verwijtbaarheidsvragen'. Zoals aan de orde kwam, is de gedachte dat deze bestaan de facto een illusie. Uiteraard geld dat na de inroeping van het zwijgrecht geen informatie meer hoeft te worden verstrekt. De betrokkene verschaft dan geen inlichtingen meer op basis waarvan nader onderzoek kan worden verricht.

Niettemin brengt de fundamentele kritiek mee dat in de literatuur gesteld is dat de werkelijke betekenis van het zwijgrecht de functie van 'bewijsuitsluitingsregel' is. De werkelijke bescherming van de verklaringsvrijheid in het licht van het eerlijke proces op tegenspraak moet niet worden gezocht in het zwijgrecht van de betrokkene in de toezichts- en opsporingsfase, maar

---

[846]. HR 2 oktober 1979, *NJ* 1980, 243 m.nt. Mulder; HR 16 november 1982, *NJ* 1983, 283 m.nt. A.C. 't Hart; HR 18 september 1989, *NJ* 1990, 531; HR 9 november 1999, *NJ* 2000, 40; HR 26 november 1996, *NJ* 2007, 209.Zie over het begrip 'verhoor' nader de noot van P.H.P.H.M.C. van Kempen onder HR 15 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8773, NJ 2012, 398. Zie Corstens, a.w., p. 326.

[847]. Zie hierover Stevens, a.w., p. 91 e.v. HR 28 juni 1977, *NJ* 1978, 115, m.nt. G.E.M; HR 6 januari 1981, *NJ* 1981, 500; HR 9 juni 1981, *NJ* 1981, 584; HR 3 juli 1989, *NJ* 1990, 121; HR 18 september 1989, *NJ* 1990, 531, m.nt. ThWvW. Lensing stelt dat ook al heeft de vaststelling van de personalia vooral een 'administratief' karakter, dat doet er niet aan af dat deze van belang kunnen zijn voor het bewijs van het feit. Zie Lensing 1988, a.w., p. 35. Zie in dit verband EHRM 25 september 2003, no. 52792/99 (Vasileva v. Denemarken) (par. 3.9): 'The Court agrees that it is a fundamental condition for the police in order to carry out their tasks, and thus ensure law enforcement, that they can establish the identity of citizens.'

in de uitsluiting van verklaringen van het gebruik voor het bewijs voor de uiteindelijke boeteoplegging.[848] Het garanderen van de procesautonomie in de 'opsporingssfeer' brengt mede dat de in het controleonderzoek afgelegde verklaringen uitgesloten dienen te worden van het bewijs in die sfeer. Op die wijze wordt het zwijgrecht in de opsporingssfeer beschermd. Dit is de toepassing van de regels uit het Saunders-arrest aangaande de bewijsuitsluiting van *testimonial evidence*; verklaringen verkregen onder dwang van een wettelijke inlichtingenplicht dienen te worden uitgesloten van het bewijsmateriaal in de punitieve procedure.[849] Dat vormde bijvoorbeeld de achtergrond van het 'schonen' van dossiers door de AFM van verklaringen van een betrokkene afgelegd in de controlesfeer, zodat dit niet betrokken werd in het kader van de boeteprocedure.[850] Náást het recht om geen verklaring af te hoeven leggen in het boeteonderzoek, heeft het zwijgrecht op deze wijze een 'backwards approach'. De informatie die reeds bekend was – en mogelijk belastend was – mag niet langer worden gebruikt.

Hierbij moet echter niet uit het oog worden verloren dat een beroep op bewijsuitsluiting in hoge mate afhankelijk is van het initiatief van de verdediging een dergelijk verweer te voeren. In dit kader stelt Stevens dan ook terecht dat in hoeverre de verklaringsvrijheid van de betrokkene daarbij wordt beschermd, afhankelijk is van de uitgangspunten op grond waarvan de bewijsuitsluiting wordt toegepast.[851] In dat verband is juist frappant dat de wetgever daarvoor kennelijk weinig ruimte ziet. Zoals besproken in paragraaf 2 ziet de wetgever het Saunders-arrest immers als een 'atypische casus', waar hij beperkte consequenties aan verbindt. Uit het arrest volgt volgens de regering niet dat onder dwang verkregen verklaringen nooit voor het bewijs van een overtreding mogen worden gebruikt. De bijzondere omstandigheden van de zaak nopen tot voorzichtigheid bij het trekken van algemene conclusies. Wel kunnen die bijzondere omstandigheden van een bepaald geval meebrengen dat bepaalde informatie uiteindelijk niet kan worden gebruikt voor het bewijs van een overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd.[852] Het voorgaande resulteert in een 'paradoxale' situatie: het Awb-zwijgrecht tendeert feitelijk en juridisch gezien naar een bewijsuitsluitingsregel, terwijl de wetgever dergelijke bewijsuitsluiting op grond van het nemo tenetur-beginsel slechts van toepassing acht in bijzondere gevallen.

Teneinde het bestuursrechtelijk zwijgrecht te voorzien van een 'verdachte-begrip, had Hartmann een voortel tot een dergelijke aanpassing gedaan. Deze zal in het kader van de aanbevelingen in *hoofdstuk 9* aan de orde komen.[853]

---

[848]. Aldus Stevens, a.w., p. 137. Zie bijvoorbeeld: P.J. Wattel, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het belastingprocesrecht', in: H.J.R. Kaptein (red.)., *Onrechtmatig verkregen bewijs*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 105; G. Knigge &N.J.M. Kwakman 2001, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interim rapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 293-294.

[849]. Vergelijk de jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad: een belastingplichtige heeft op het punt van gemengde vragen geen zwijgrecht, maar voor het bewijs van de fiscale boete – tegen de achtergrond van het *Saunders*-arrest – mag geen gebruik worden gemaakt van afgedwongen verklaringen. Zie HR 27 juni 2001, *BNB* 2002, 27.

[850]. Zie (onder: het standpunt van AFM in hoger beroep) CBb 6 november 2009, *AB* 2010/215.

[851]. Stevens, a.w., p. 138.

[852]. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 98.

63. A.R. Hartmann, 'Het zwijgrecht en de cautieverplichting', in: L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, SI-EUR-reeks 22, Sanders Instituut/ Gouda Quint: Arnhem 2000, p. 62-63.

6.4 De beperking van het zwijgrecht tot mondelinge verklaringen

6.4.1 Het zwijgrecht en schriftelijke verklaringen

Bij de bespreking van het Awb zwijgrecht komt een onduidelijk onderdeel aan de orde: de beperking van het zwijgrecht tot de mondelinge verhoorsituatie. De reden van die onduidelijkheid is dat de memorie van toelichting tegenstrijdige overwegingen bevat over in hoeverre een zwijgrecht geldt voor 'schriftelijk geformuleerde verhoorvragen'. Het betreft dan vragen die normaliter door een verhorend ambtenaar mondeling gesteld worden, maar nu schriftelijk gesteld zijn. Deze 'inlichtingen' moeten onderscheiden worden van 'real evidence' als bijvoorbeeld documenten. Het betreft evenmin een 'inlichtingen' vordering ex artikel 5:16 Awb. Het gaat hier namelijk om een boeteonderzoek. Anders geformuleerd: het betreft 'testimonial evidence' dat via schriftelijke vragen wordt verkregen.

De onduidelijkheid over de toepassing van het zwijgrecht bij dergelijke schriftelijke vragen wordt veroorzaakt door het volgende. In de vierde tranche Awb is het zwijgrecht gekoppeld aan de formele verhoorsituatie, terwijl de wetgever het 'verhoor' definieert als een *mondeling* verhoor. Dit is volgens de wetgever 'slechts anders' indien in bijzondere omstandigheden van een schriftelijke vraag een zodanige druk om te antwoorden zou uitgaan, dat materieel sprake is van een verhoor.[854] Een verhoor is naar het oordeel van de minister een mondelinge en geen schriftelijke ondervraging. De bevoegdheid schriftelijk inlichtingen te vorderen blijft derhalve overeind. De wetgever merkt immers het stellen van schriftelijke vragen (in het kader van een boeteonderzoek) niet aan als een verhoor. Slechts in bijzondere omstandigheden geldt dat dit anders kan zijn, namelijk indien van een schriftelijke vraag een zodanige druk om te antwoorden uit zou gaan, dat materieel sprake is van een verhoor. Zo beschouwd lijkt het zwijgrecht dus niet van toepassing bij schriftelijke vragen om inlichtingen te verkrijgen, gedurende het boeteonderzoek. Paradoxaal genoeg stelt de wetgever vervolgens wel aan de orde of bij het stellen van schriftelijke vragen de cautie verleend zou moeten worden; hetgeen weer een zwijgrecht impliceert. Op de toepassing van de cautie wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

Hartmann en Albers hebben het standpunt van de wetgever bekritiseerd, de toepassing van het zwijgrecht te beperken tot een zwijgrecht in strikte zin.[855] Beiden leiden daaruit af dat de genoemde schriftelijke verklaringen dan niet beschermd zouden worden door het zwijgrecht. Hartmann stelt dat de door de wetgever gegeven uitleg van de in artikel 6 EVRM opgenomen nemo tenetur-rechtswaarborg, tot gevolg heeft dat de belanghebbende enkel het recht toekomt om niet *mondeling* te verklaren. Ter weerlegging van de beperkte benadering van de wetgever aangaande het nemo tenetur-beginsel wordt verwezen naar de voorgaande paragraaf.

Met de uitsluiting van schriftelijke vragen van het zwijgrecht heeft de wetgever een positie gekozen die haaks staat op de jurisprudentie van de Hoge Raad.[856] De strekking van die jurisprudentie is namelijk dat het zwijgrecht op grond van artikel 29 lid 1 Sv ook van toepassing is op schriftelijke verklaringen. Zo stond in het arrest van 22 juni 1999, *NJ* 1999, 648 de vraag centraal naar de rechtmatigheid van de verplichting – op grond van de Regeling vaststelling

---

[854]. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 99. Stevens leidt hier uit af dat de schriftelijke verklaringsvrijheid in de Awb – ervan uitgaande dat schriftelijk vragen stellen in de regel een schriftelijk antwoord impliceert – dan ook niet beschermd. Stevens, a.w., p. 131.

[855]. Hartmann, a.w., p. 44; Albers, a.w., p. 178. Ook Stevens stelt door de redactie van het zwijgrecht de schriftelijke verklaringsvrijheid in de Awb niet wordt beschermd. Stevens, a.w., p. 131. De Bont wijst er voorts op dat de gekozen definitie van 'verhoor' leidt tot volstrekt willekeurige uitkomsten. Hij wijst er op dat het niet zo kan zijn dat een potentiele boeteling mondelinge vragen onbeantwoord zou mogen laten, maar dezelfde vragen schriftelijk in een vragenbrief zou moeten beantwoorden.

[856]. Zie ook Albers, a.w., p. 178 en 183.

afsluitformulieren 1995 – het afsluitformulier op mestboekhouding in te zenden. De Hoge Raad overwoog in r.o. 4.5.2.:

> 'Wel brengt het aan art. 29 Sv ten grondslag liggende beginsel mee gegeven dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een belastende verklaring – *het verschaffen van schriftelijke inlichtingen daaronder begrepen (cursivering aut.)* – omtrent zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit, waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd'.

Daarnaast had de Hoge Raad in een eerder arrest van 21 oktober 1997, *NJ* 1998, 173 inzake de vordering tot inzage in bescheiden ex artikel 19 WED overwogen in r.o. 5.4. dat:

> 'Voorzover het middel de klacht behelst dat art. 29 Sv is geschonden kan het evenmin tot cassatie leiden, aangezien het aan die bepaling ten grondslag liggende beginsel meebrengt dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een verklaring waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is afgelegd en het in het onderhavige geval niet gaat om het afleggen van een verklaring of het desgevorderd *verschaffen van schriftelijke inlichtingen (cursivering aut.)* door de verdachte omtrent zijn mogelijke betrokkenheid bij een strafbaar feit, maar om het afgeven van administratieve bescheiden'.

In het laatste arrest worden die schriftelijke inlichtingen dus duidelijk afgezet tegen administratieve bescheiden (zijnde 'real evidence'). Gelet op die jurisprudentie van de Hoge Raad is het opmerkelijk dat de wetgever het bereik van het zwijgrecht zo beperkt heeft opgevat.[857] In dit verband is namelijk nog een fundamenteel punt te maken. Wanneer het zwijgrecht niet van toepassing is op schriftelijke vragen, dan zou het (mondelinge) zwijgrecht illusoir worden, omdat de betrokken autoriteiten dit kunnen omzeilen door alle vragen schriftelijk te stellen.

6.4.2 Cautieregeling en schriftelijke vragen

Aangaande de cautie heeft de wetgever het volgende overwogen.[858] Hij ziet deze als de uitdrukkelijke mededeling aan de overtreder, dat hij op te stellen vragen geen antwoord hoeft te geven. Een verplichting tot het geven van de cautie kan weliswaar niet direct uit de mensenrechtenverdragen worden afgeleid, niettemin acht de wetgever het van belang dat de betrokkene door het bestuursorgaan op zijn zwijgrecht wordt gewezen. Hiermee wordt aangesloten bij artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering. In dit verband kent de wetgever betekenis toe aan het aspect van de 'directe confrontatie'. Evenals in het strafrecht kan zich namelijk de situatie voordoen dat de overtreder zich in een directe confrontatie met het bestuursorgaan verplicht voelt te antwoorden, terwijl hij daartoe juridisch niet gehouden is. Met het oog daarop dient de overtreder terstond op de hoogte te worden gesteld van het feit dat hij niet langer verplicht is verklaringen af te leggen.[859]

In het verlengde van de vraag of het zwijgrecht ziet op schriftelijke vragen, speelt de vraag of de cautieregeling dient te gelden bij een schriftelijk verhoor. Met Hartmann kan worden gezegd dat wanneer een belanghebbende ten aanzien van het schriftelijk verstrekken van gegevens of inlichtingen niet tevens op zijn verklaringsvrijheid wordt gewezen, de kans niet denkbeeldig is

---

857. Volgens Albers volgt eveneens uit het arrest van HR 8 maart 2002, *JB*, 2002, 1112, dat het nemo teneturbeginsel volgens de Hoge Raad ook ziet op schriftelijke verklaringen. Albers, a.w., p. 179.
858. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 99.
859. De artikelen 5.0.11 en 8.28a voorzien hierin.

dat de belanghebbende zich tot het verstrekken van gegevens of inlichtingen verplicht acht terwijl hij dat rechtens niet is.[860] Zal het namelijk voor een betrokkene altijd even duidelijk zijn wanneer hij wel en niet verplicht is vragen te beantwoorden? Daar komt bij dat ter ontwijking van de belemmeringen die zich bij het mondeling verstrekken van informatie voordoen, volgens Hartmann de aanmerkelijke kans bestaat dat veel onderzoeken zich meer en meer in schriftelijke vorm zullen gaan ontwikkelen.[861] Voor die schriftelijke verhoorvragen gelden dan immers de beperkingen van het zwijgrecht, zoals in het voorgaande aan de orde is gekomen. In dit kader kan worden gewezen op de visie van Schalken:

> 'De grondslag van het nemo teneturbeginsel ligt niet alleen verankerd in de vrees dat de verdachte al of niet onder (subjectieve) druk tot zijn verklaring is gekomen, maar ook in de (objectiveerbare) eis van publiekrechtelijke ethiek die voorschrijft dat de overheid niet met opzet een situatie moet creëren waarin iemand tegen zijn wil tot een verklaring kan worden gebracht die hij anders zou hebben nagelaten. Die ethiek maakt geen verschil tussen fiscale en strafzaken, ook niet tussen mondelinge en schriftelijke verklaringen'.[862]

Op grond van die publiekrechtelijke ethiek zou dus – bij erkenning van een zwijgrecht – in het geval van schriftelijke vragen ook een cautieplicht dienen te gelden. Volgens Hartmann betekent de beperking tot de mondelinge verhoorsituatie dat de verklaringsvrijheid in hoofdzaak wordt benaderd vanuit het verbod van dwang.[863] Die visie is correct, want de Memorie van Toelichting stelt inderdaad dat van een schriftelijk verhoor geen directe confrontatie of dwang uitgaat. Dit is de reden dat de cautie beperkt blijft tot een 'uitzonderlijke situatie', die meebrengt dat gezegd kan worden sprake is van een verhoor. Als in het voorgaande opgemerkt, is ten aanzien van die schriftelijke verhoorvragen aldus geen concrete regeling geboden aangaande de cautie.

De vraag kan nog worden opgeworpen, in hoeverre de cautieverplichting voortvloeit uit het EVRM. In de Memorie van Toelichting werd nog gesteld dat ondanks erkenning van een zwijgrecht in artikel 6 EVRM, een cautieverplichting niet expliciet of jurisprudentieel aan het recht op een behoorlijk proces kan worden ontleend.[864] In het kader van de uitleg van artikel 6 EVRM en het recht op een behoorlijk proces lijkt het Hartmann onjuist om de belanghebbende bij het opleggen van een bestuurlijke boete op grond van artikel 6 EVRM enerzijds wel een zwijgrecht toe te kennen, maar anderzijds daaraan niet een verplichting te verbinden, welke de vervolgende instantie dwingt tot het mededelen van dit zwijgrecht aan de belanghebbende in het geval van schriftelijke vragen.[865] In dezelfde lijn betoogt Swart dat een cautieverplichting voortvloeit uit het recht op een behoorlijk proces ex artikel 6 EVRM. Daarbij gaat het er volgens hem om dat de rechtswaarborgen van artikel 6 EVRM zo worden uitgelegd dat de met het artikel beoogde doelstellingen ook verwezenlijkt kunnen worden.[866] Op basis van de Grand Chamber uitspraak van het EHRM 13 september 2016, *NJB* 2017/267 (Ibrahim v. VK) kan geconcludeerd worden, dat op basis van artikel 6 EVRM een cautieverplichting voor de verhorende autoriteiten wordt

860. Hartmann, a.w., p. 50.
861. Hartmann, a.w., p. 50.
862. Noot Schalken onder HR 22 november 1994, *NJ* 1995, 240.
863. Hartmann, a.w., p. 46.
864. Hartmann, a.w., p. 47-48.
865. Hartmann, a.w., p. 47.
866. A.H.J. Swart, 'De zaak Öztürk en het eerlijke proces in strafzaken', *AA* 1985, p. 145-154.

afgeleid (zie *hoofdstuk* 5 paragraaf 7). De verdachte dient op zijn zwijgrecht gewezen te worden. Op die wijze wordt gestalte gegeven aan een praktische en effectieve uitoefening van verdedigingsrechten.

6.4.3 Tussenconclusie

De wetgever heeft ingevolge haar beperkte benadering van het nemo tenetur-beginsel het zwijgrecht beperkt tot het recht 'geen mondelinge verklaringen' af te leggen. Het zwijgrecht geldt primair voor het 'verhoor'. Het stellen van schriftelijke vragen (in het kader van een boeteonderzoek) wordt slechts dan aangemerkt als een verhoor, wanneer bijzondere omstandigheden maken dat van een schriftelijke vraag een zodanige druk uitgaat om te antwoorden, dat materieel sprake is van een verhoor. Zoals volgt uit de algemene bespreking van de visie van de wetgever naar de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel, houdt een dergelijke benadering geen stand in relatie tot de ter zake relevante bevindingen in hoofdstuk 5. Voorts geldt dat het geformuleerde criterium aangaande de schriftelijke verklaringen inhoud mist. Daardoor is dit in feite onwerkbaar. De beoogde rechtsbescherming van het nemo tenetur-beginsel zou ook volkomen doorkruist worden wanneer geen zwijgrecht zou gelden bij schriftelijke vragen. Ten slotte geldt dat er in de literatuur al op gewezen is dat het regeringsstandpunt strijdig is met jurisprudentie van de Hoge Raad. Daarin wordt het zwijgrecht op één lijn gesteld met het verstrekken van schriftelijke inlichtingen (door de verdachte). Vanuit het oogpunt van aansluiting bij het strafprocesrecht en waarborging van de procesautonomie verdient het aanbeveling die cautie op te nemen bij het stellen van schriftelijke vragen, in het kader van een boeteonderzoek.[867] Teneinde effectieve toepassing van het zwijgrecht te realiseren, dient er geen differentiatie plaats te vinden tussen verklaringen in mondelinge, dan wel schriftelijke vorm.

6.5 Parallelle kritiek: het ingetrokken wetsvoorstel zelfstandig boete-inspecteur

In het voorgaande zijn fundamentele kritiekpunten op het Awb zwijgrecht aan de orde gekomen. Daarbij kwamen met name de beperking tot 'zuivere verwijtbaarheidsvragen' aan de orde, alsmede het (te) late startmoment van het zwijgrecht, ten opzichte van het strafvorderlijk verdenkingscriterium. Tevens kwam de beperking aan de orde van het zwijgrecht tot de mondelinge verhoorsituatie. In relatie tot deze punten is het relevant te wijzen op het wetsvoorstel dat nog aan het Awb voorontwerp is voorafgegaan. Hierin kwam exact parallelle kritiek aan de orde. Dit betrof het wetsvoorstel tot instelling van een zelfstandige boete-inspecteur. Hierin was voorzien in een functie-scheiding tussen inspecteur en in te voeren boete-inspecteur. Uitgangspunt was dat de inspecteur het gehele (niet-punitieve) fiscale onderzoek zou afronden. Volgens de regering kon de controlerend ambtenaar in het kader van bestuurlijke boeteoplegging niet onbeperkt met het boekenonderzoek doorgaan, noch vragen stellen die uitsluitend zien op een mogelijke boete. Het stellen van de 'zuivere schuldvragen' behoorde toe aan de exclusieve bevoegdheid van de boete-inspecteur. Eventueel zou de boete-inspecteur na dat fiscale controleonderzoek ingeschakeld kunnen worden. De bedoeling was dat deze taakverdeling in een aan de Belastingdienst gerichte richtlijn zou worden vastgelegd.[868] In dit voorstel werd het zwijgrecht gekoppeld aan het moment dat de boete-inspecteur een handeling verrichtte jegens de belastingplichtige, waaraan deze in redelijkheid de verwachting kon ontlenen dat een fiscale

[867]. Zie ook het standpunt van de VAR werkgroep. VAR-werkgroep Vierde tranche Awb, a.w., p. 44.

[868]. *Kamerstukken II* 1994/95, 23 470, nr. 8, p. 14-15. Overigens vond de regering dat de wijze waarop aan het zwijgrecht en de daarmee verband houdende cautie werd vorm gegeven, niet zonder meer overdraagbaar was naar andere delen van het bestuursrecht. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, A, p. 3.

boete zou worden opgelegd.[869] Op dat tijdstip zou sprake zijn van een 'criminal charge' en zou de belanghebbende zich kunnen beroepen op 'de nemo tenetur-rechtswaarborg.

Dit voorstel is tot in detail bekritiseerd.[870] Kern van de kritiek spitste zich toe op de omstandigheid dat het beginpunt van de 'criminal charge' op die wijze werd verbonden aan het formele moment waarop de inspecteur de belanghebbende zou benaderen. Hierdoor zou slechts een theoretisch onderscheid worden gemaakt tussen het vaststellen van de verschuldigde belasting en het opleggen van de fiscale boete. Derhalve zou in de praktijk volgens Hartmann de kans blijven bestaan dat in de gevallen waarin bijvoorbeeld hinder wordt gevreesd van het zwijgen van de belanghebbende, de vragen over feiten die relevant zijn voor het opleggen van een fiscale boete door de aanslagregelende inspecteur zouden worden gesteld. Bovendien stelt Hartmann dat een dergelijk formalistisch onderscheid ertoe zou leiden dat de belanghebbende in het bestuursstrafrecht in een ongunstiger positie terecht zou komen, dan wanneer hij als verdachte zou worden aangemerkt.[871]

Het beginpunt van de 'criminal charge' zou juist vóór het moment kunnen liggen waarop de voorgestelde boete-inspecteur de belanghebbende zou benaderen. Hierbij gaat het in het bijzonder om het contact dat de belanghebbende heeft met de aanslagregelende inspecteur. Ook de zittende magistratuur heeft zich in dit debat geroerd, zo blijkt uit het rapport van de werkgroep Handhaving door bestuurlijke boeten van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak. Naar haar oordeel ontstaat het moment waarop het zwijgrecht tot gelding komt niet pas na overdracht van de zaak door de toezichthoudend ambtenaar aan de boete-inspecteur.[872]

In dit verband schrijft Wattel dat de ambtenaar die de zaak overdraagt aan de boete-inspecteur (uiteraard) evenzeer het voornemen zal hebben om een boete op te leggen.[873] Dit standpunt wordt ook door Feteris ingenomen. Hij stelt dat de controleambtenaar die op 'harde fraude' is gestuit niet eerst zijn onderzoek zal afronden voordat de zaak naar de FIOD wordt gestuurd. Deze kan niet doen ‘alsof zijn neus bloedt’ en niets van zijn verdenkingen of constateringen laten merken. Gelet op eventuele strafrechtelijke afdoening zal de controleambtenaar, tevens opsporingsambtenaar, op grond van artikel 29 Sv de cautie moeten geven. Voorts geldt dat de controleambtenaar zelf al op basis van een beeld aangaande de verwijtbaarheid zaken selecteert die hij aan de boete-inspecteur overdraagt. Dat is een uiterst logische en praktische gang van zaken, die Feteris als volgt uitdrukt:

---

869. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 15-16; *Kamerstukken II* 1994/95, 23 470, nr. 8, p. 12-16 en *Kamerstukken II* 1995/96, 23 470, nr. 11, p. 6-9.

870. Zie onder andere: het advies van de Raad van State in *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 1-2, B, p. 6-11 (punt 3); Y.E.J. Geradts en J.J. Vetter, ‘Wetsvoorstel wijziging (stelsel) administratieve boeten en fiscaal strafrecht: enkele verspreide kritiekpunten’, *MBB* 1994, p. 14-21; H.B. Hieltjes, ‘Spreken is plicht, zwijgen is recht’, *WFR* 1992, p. 1407-1413; N.J. Schutte, ‘Funke en verder, de toekomst van art. 47 AWR’, *WFR* 1994, p. 620-626; M.W.C. Feteris, ‘Herziening van het fiscale boetestelsel. Nieuwe ontwikkelingen’, *WFR* 1995, p. 1161-1168; P.J. Wattel, ‘De fiscale boete in rechtspolitiek en grondrechtelijk perspectief in’: A.J. van Lint, R.M.P.G. Niessen en J.J.M.G. Smeets (red.), Fiscale boetes, Arnhem 1995, p. 27-29; J. Wortel, *Vervolgen in belastingzaken* (diss. KUN), Kluwer: Deventer 1991, p. 192-193 en J.F.L. Roording, *Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid* (diss. KUN), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p. 205.

871. A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht* (diss. EUR), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 90. Zie ook Van Russen Groen, a.w. p. 270: ‘Het recht ‘to remain silent and not to contribute to incriminating oneself’ wordt illusoir als het de vervolgende overheid toegestaan zou zijn steeds maar informatieve en medewerking te blijven vorderen – onder bedreiging van gevangenisstraf, dwangsom, bestuurlijke boete en/of omkering van de bewijslast – zolang nog maar geen beschuldiging wordt geuit.’ Lensing, a.w., p. 186.

872. Rapport van de werkgroep ‘Handhaving door bestuurlijke boeten’, *Met straffe(nde) hand*, Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, mei 1995, p. 13.

873. Wattel, a.w., p.28.

> ‘Het kan natuurlijk niet de bedoeling zijn dat de inspecteur alle zaken waarin een aangifte gecorrigeerd wordt, blindelings voorlegt aan de boete-inspecteur, die dan maar zou moeten uit zoeken of er sprake is van verwijtbaar handelen.’[874]

Ook de Commissie-Van Slooten heeft in haar rapport uitgebreid aandacht besteed aan de mogelijke ondergraving van het zwijgrecht:

> ‘De Commissie heeft zich afgevraagd of het zwijgrecht en de cautie ook zouden dienen te gelden indien het instellen van een strafrechtelijke vervolging (nog) in het geheel niet aan de orde is, maar wel het opleggen van een fiscale boete in het vizier ligt. Zowel het fundamentele karakter van het zwijgrecht en het sequeel daarvan, als het serieus nemen van de gedachte dat het opleggen van een fiscale boete het instellen van een strafvervolging is, zou tot een positieve beantwoording van de vraag kunnen nopen. Dan zou er derhalve geen verplichting bestaan tot het verschaffen van inlichtingen voor degene ten aanzien van wie, naar objectieve maatstaven beoordeeld, ernstig moet worden gerekend op de oplegging van een fiscale boete. De betrokkene zou dan ook op zijn zwijgrecht moeten worden gewezen. De moeilijkheid is dat ter zake van de enkelvoudige belasting dit zwijgrecht niet geldt. De voor de vaststelling daarvan te verschaffen inlichtingen zullen evenwel steeds ook voor de boete-oplegging relevant zijn. Moet dan het zwijgrecht toch prevaleren boven de inlichtingenplicht? De Commissie beantwoordt die vraag bevestigend.’

Het beginpunt van de 'criminal charge' zou dan het moment zijn waarop naar aanleiding van geconstateerde onregelmatigheden een redelijk vermoeden van het begaan van een beboetbaar delict ontstaat.[875] Indien zich dat moment voordoet, dient de betreffende ambtenaar de aan de belanghebbende toekomende nemo tenetur-rechtswaarborg te respecteren. Met andere woorden; er wordt dienaangaande een materieel beginpunt van de 'criminal charge' als uitgangspunt genomen. Daarbij geldt dat de Commissie duidelijk uitgaat van een ruimere toepassing van het nemo tenetur-beginsel, dan louter een zwijgrecht. Aangaande situatie van de ‘sfeercumulatie’ is de Commissie eveneens helder. Bij cumulatie van de fiscale inlichtingenplicht in het reguliere onderzoek en onderzoek in het kader van de boeteoplegging, prevaleert de daarmee samenhangende rechtsbescherming.

Naast de complicaties van het aanvangsmoment van het zwijgrecht, kwam in het wetsvoorstel tevens de toepassing van het zwijgrecht aan de orde bij het stellen van schriftelijke vragen. Het gaat hierbij net als bij het Awb zwijgrecht om de discussie of in dergelijke gevallen de cautie dient te worden verleend.[876] Ook in het wetsvoorstel werd gesteld dat de cautie alleen dient te worden gegeven indien sprake is van een verhoorsituatie. Zouden vragen schriftelijk worden gesteld dan hoeft de boete-inspecteur aan de ‘verdachte’ belastingplichtige geen melding te maken van het feit dat hij niet tot antwoorden verplicht is. Net als bij de Awb discussie is op dit punt kritiek geuit. Zo stellen Geradts en Vetter dat indien de ‘verdachte’ belastingplichtige niet op zijn recht wordt gewezen dat hij niet verplicht is tot het beantwoorden van de schriftelijke vragen, de kans niet denkbeeldig is dat de belastingplichtige zich daartoe wel verplicht acht. Dat gold volgens hen des te meer, nu het wetsvoorstel er vanuit ging dat vragen die de

---

[874]. Feteris, a.w., p.1163.

[875]. Rapport van de Adviescommissie Herziening fiscaal boetestelsel (commissie-Van Slooten), 18 maart 1992, p. 11.

[876]. De leden van de fracties van de PvdA, VVD, D66 en SGP vroegen of het niet wenselijk is om ook bij schriftelijke vragen de cautie te stellen, om te voorkomen dat het zwijgrecht in die situatie illusoir zou kunnen worden. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 5, p. 9-10. De regering baseert zich echter op jurisprudentie van de Hoge Raad, zoals verder aan bod komt.

inspecteur aan de belastingplichtige stelt, ook al is hij verdacht, wel dient te beantwoorden.[877] Ook Feteris stelt dat het zwijgrecht veel aan betekenis zou verliezen als ambtenaren vragen die zij mondeling stellen en waarop zij geen antwoord krijgen, schriftelijk kunnen stellen, waarbij de verdachte wel verplicht zou zijn tot antwoorden. Bovendien worden door de inspecteur in de praktijk veel vragen al bij voorbaat schriftelijk gesteld. Over het algemeen zal daarom ook het stellen van schriftelijke vragen moeten worden aangemerkt als een verhoor, aldus Feteris.[878] Niettegenstaande de kritiek is het niet helemaal onlogisch dat de regering opteerde voor een dergelijke benadering van het begrip verhoor. Zij sloot simpelweg aan bij de op dat moment geldende jurisprudentie van de Hoge Raad. In HR 1 oktober 1985, *NJ* 1986, 405 en 406 overwoog hij namelijk dat toezending van op schrift gestelde vragen niet kon worden aangemerkt als een verhoor in de zin van artikel 29 Sv.[879] Dit rechtsoordeel lijkt thans achterhaald te zijn door de in paragraaf 4.3.1. benoemde arresten HR 22 juni 1999, *NJ* 1999, 648 en HR 21 oktober 1997, *NJ* 1998, 173.

De bespreking van het wetsvoorstel 'boete inspecteur' kan afgesloten worden door te wijzen op het volgende. De Raad van State wenste expliciet te verwoorden dat het zwijgrecht ook geldt voor schriftelijk gevraagde informatie.[880] Artikel 67j van het wetsvoorstel luidde als volgt:

Artikel 67j

> Hoofdstuk VIII, afdelingen 1, 2 en 3, is van overeenkomstige toepassing bij het opleggen van administratieve boeten, met dien verstande dat de belastingplichtige of de inhoudingsplichtige tegen wie het door de boete-inspecteur ingestelde onderzoek naar de mogelijke oplegging van een vergrijpboete is gericht:
> a. niet gehouden is tot het mondeling of schriftelijk verstrekken van gegevens of inlichtingen;
> b. slechts gehouden is toe te laten dat de boete-inspecteur boeken, bescheiden en andere informatiedragers raadpleegt.[881]

De wetgever stelde in de memorie van toelichting dat van de persoon tegen wie de boete-inspecteur een onderzoek instelt, niet dezelfde medewerking kan worden gevergd als met het oog op de belastingheffing gebruikelijk is. Op die grond zijn volgens haar beperkingen gesteld aan de informatieverplichtingen. Hier weegt de wetgever nadrukkelijk het onderscheid tussen 'dulden' van inzage en 'actief' meewerken aan de bewijsvoering. Volgens de wetgever dient de

---

877. Geradts en Vetter, a.w., p. 16.

878. Feteris, a.w., p. 4. Hij verwijst daarbij nog naar het arrest van de strafkamer van de Hoge Raad (Zie HR (strafkamer) 1 oktober 1985, *NJ* 1986, 405/406), waarin werd beslist dat toezending van een antwoordkaart met schriftelijke vragen aan een verdachte, met het verzoek deze schriftelijk te beantwoorden, niet kon worden aangemerkt als een verhoor. Zie ook het kritische commentaar van P.J. Wattel, *'Is een schriftelijk verhoor geen verhoor?'*, *NJB* 1986, p. 254.

879. HR 1 oktober 1985, *NJ* 1986, 405 (par. 5.2.): 'Beschouwing van hetgeen onder 5.1.1 en 5.1.2 is overwogen leidt tot het oordeel, dat toezending van op schrift gestelde vragen aan een verdachte met het verzoek om deze vragen – eveneens schriftelijk – te beantwoorden niet kan worden aangemerkt als een verhoor in de zin van art. 29 Sv, aangezien een zodanige toezending valt buiten het kader van hetgeen de wetgever bij het begrip 'verhoor' voor ogen heeft gestaan en aanleiding heeft gegeven tot invoeging van het huidige tweede lid van art. 29 Sv. Immers, van een confrontatie van een ondervrager met een ondervraagde als onder 5.1.1 bedoeld is geen sprake indien op schrift gestelde vragen worden toegezonden aan en ontvangen door een persoon aan wie wordt verzocht die vragen – eveneens schriftelijk – te beantwoorden. Laatstgenoemde behoeft, anders dan de ondervraagde in de onder 5.1.1 bedoelde verhoorsituatie, niet aanstonds en niet onder de psychische druk welke een verhoorsituatie kan medebrengen te beslissen of hij de gestelde vragen al dan niet zal beantwoorden, doch hij kan zich gedurende enige tijd erover beraden of – en zo ja hoe – hij de op schrift gestelde vragen zal beantwoorden.'

880. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, B, p. 7-8.

881. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 1, p. 8.

betrokkene slechts te dulden dat de boete-inspecteur tot raadpleging overgaat. Een stap te ver vond de wetgever het gaan dat de belastingplichtige ook niet zou behoeven te dulden dat zaken waarover hij de beschikking heeft – en die in het kader van de normale controle door hem voor onderzoek ter beschikking zouden moeten worden gesteld – kunnen worden onderzocht.[882] De formulering van het artikel is buitengewoon opmerkelijk omdat hiermee erkend wordt dat 'real evidence' onder het bereik van het nemo tenetur-beginsel valt. Het gaat hier expliciet om boeken, bescheiden en meer in het algemeen informatiedragers. Dit staat haaks op de pogingen van de vierde Tranche Awb wetgever real evidence zo veel mogelijk uit te sluiten van die bescherming.

6.6 Conclusies

6.6.1. Beperkte benadering van het nemo tenetur-beginsel

De centrale vraag in dit hoofdstuk was in hoeverre de regeling omtrent het zwijgrecht en de cautieplicht in de vierde tranche Awb zich verhoudt tot de rechtswaarborgen van het aan artikel 6 EVRM ontleende nemo tenetur-beginsel. Teneinde die vraag te beantwoorden is allereerst stilgestaan bij de memorie van toelichting, waarin de wetgever zijn visie op het beginsel uiteengezet heeft. Geconcludeerd is dat uit artikel 6 EVRM een ruimere toepassing van het nemo tenetur-beginsel valt af te leiden dan de Nederlandse Awb wetgever daaraan heeft toegekend. Volgens hem garandeert artikel 6 EVRM namelijk slechts het (mondelinge) zwijgrecht; een recht niet gedwongen te worden een bekentenis of verklaring tegen zichzelf af te leggen. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt volgens de wetgever wel dat onder omstandigheden verklaringen die voorafgaand aan de 'criminal charge' op grond van een plicht tot informatieverstrekking zijn afgelegd, niet mogen worden gebruikt voor het bewijs van een overtreding waarop een bestraffende sanctie staat. Een dergelijk geval perkt hij echter in door te wijzen op 'bijzondere omstandigheden', waarvan dan sprake zou zijn. Centraal argument daarvoor is dat de zaken Saunders en J.B. als 'atypisch' zouden moeten worden beschouwd, zodat terughoudendheid moet worden betracht bij het trekken van algemene conclusies.[883] Daarentegen is aangaande het Saunders-arrest in relatie tot 'testimonial evidence' reeds in hoofdstuk 5 geconcludeerd dat de in het arrest geformuleerde rechtsregels beschouwd kunnen worden als uitgangspunt. Dit behelst dat onder dwang van een wettelijke mededelingsplicht verstrekte verklaringen niet voor het bewijs in een punitieve procedure gebruikt kunnen worden. De rechtsoverwegingen uit Saunders die hier betrekking op hebben zijn nadien herhaald en vinden hun bevestiging in andere zaken.[884] De analyse van de EHRM rechtspraak noopt dus tot het uitgangspunt van bewijsuitsluiting van onder dwang verkregen verklaringen, terwijl de wetgever daarvoor slechts ruimte ziet in het geval van bijzondere omstandigheden. In dit verband is opvallend dat de wetgever geen aandacht heeft besteed aan de 'bewijsuitsluitingsregel' van de fiscale jurisprudentie van de Hoge Raad, te weten het arrest HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27. In lijn met die 'Saunders'-regel oordeelde de Hoge Raad dat verklaringen, afgelegd op grond van de fiscale inlichtingenplicht, niet mogen worden gebruikt voor de boeteoplegging.

Evenmin kan gesteld worden dat het J.B. arrest een atypische zaak vormde, in het licht van de vordering tot uitlevering van real evidence aan de 'charged person'. De zaak vertoont juist grote parallellen met Funke en – hoewel de wetgever daar geen rekening mee kon houden – het nadien

882. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 52.
883. EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk) en EHRM 3 mei 2001, *AB* 2002/343 (J.B. v. Zwitserland).
884. Zie EHRM 27 april 2004, appl. nr. 21413/02 (Kansal v. Verenigd Koninkrijk), EHRM 18 februari 2010, *NJB* 2010, 752 (Zaichenko v. Rusland) en EHRM 19 maart 2015, app. nos. 7494/11, 7493/11 en 7989/11 (Corbet e.a. v. Frankrijk).

gewezen Chambaz arrest.[885] Betrokkenen worden in die casussen geconfronteerd met vorderingen van de overheid tot het uitleveren van documenten, nadat reeds sprake was van een criminal charge (Funke en J.B.), dan wel niet uitgesloten kon worden dat uitlevering van het materiaal tot zelfincriminatie zou leiden (Chambaz).

Voorts bevat het interpretatievraagstuk aangaande de bescherming van de uitlevering van real evidence in de memorie van toelichting van de vierde tranche een inconsistente hantering van het begrip 'wilsonafhankelijk materiaal'. Uit hetgeen de wetgever gesteld heeft volgt namelijk dat 'geschriften' onder verschillende kwalificaties worden gebracht. Enerzijds stelt hij dat een (verdachte) burger gedwongen kan worden om 'geschriften' te overleggen; dan betreft het wilsonafhankelijk materiaal. Anderzijds benoemt hij juist weer als voorbeeld van dergelijk materiaal de gegevens die door middel van boekenonderzoek of huiszoeking zijn verkregen. In dat verband ligt de nadruk op de verkrijgingswijze. Uit dat laatste voorbeeld volgt een andere visie op het nemo tenetur-beginsel, omdat de verdachte alsdan de inbeslagname van die geschriften moet dulden, maar niet tot de uitlevering daarvan verplicht kan worden. Zodoende liggen aan die twee kwalificaties van 'wilsonafhankelijk materiaal' verschillende benaderingen van het nemo tenetur-beginsel ten grondslag, die zien op het onderscheid tussen 'dulden' en 'actieve medewerking' door een verdachte. Het belang van deze conceptuele onduidelijkheid moet niet onderschat worden, omdat de verkrijging van documenten door de betreffende autoriteiten bij uitstek in het bestuursrecht een belangrijke rol zal spelen, gelet op het ordeningsrechtelijke karakter van de wetgeving.

6.6.2. Aanvangsmoment en invulling van het zwijgrecht

In strafvordering zijn het zwijgrecht en de cautieverplichting (art. 29 Sv) verbonden aan het verdachtebegrip (art. 27 Sv). Aldus bestaat hier een 'materieel' criterium ter bepaling van het moment van het zwijgrecht. De onderliggende feiten en omstandigheden zijn immers van belang, in relatie tot de vraag of deze een verdenking oplevering. Het strafvorderlijk verhoor wordt vervolgens opgevat als de vragen van een opsporingsambtenaar aan de verdachte, betreffende diens betrokkenheid bij een strafbaar feit waar de verdenking zich op richt.

De Awb-wetgever heeft een andere benadering gevolgd, ter invulling van het zwijgrecht. Bij de regeling van het zwijgrecht is fundamentele kritiek besproken aangaande de keuze dit te verbinden met het moment van het formele boeteverhoor. Hieraan zijn drie aspecten verbonden, die nauw samenhangen met het feit dat de wetgever het Awb zwijgrecht voorbehouden heeft aan 'zuivere verwijtbaarheidsvragen'. Hij heeft namelijk expliciet overwogen dat hij het zwijgrecht niet van toepassing acht op vragen die tevens zien op het reguliere controleonderzoek. De wetgever heeft willen voorkomen dat het zwijgrecht reeds zou gelden op het moment dat nog niet gekozen is voor een reparatoire of punitieve sanctie.

Het eerste aspect derhalve is dat deze benadering van het zwijgrecht dit recht in feite illusoir maakt. Zoals aan de orde kwam, is de gedachte dat 'zuivere verwijtbaarheidsvragen' bestaan de facto een illusie. Echter, in het voorgaande toezichtonderzoek dienen 'gemengde' vragen wel te worden beantwoord. Dat is precies de kern van het probleem. Dit is de reden dat in de besproken literatuur geconcludeerd is dat de werkelijke betekenis van het zwijgrecht in het kader van de rechtsbescherming, gezocht moet worden in bewijsuitsluiting. Het gaat dan om het achteraf uitsluiten van die verklaringen afgelegd gedurende het reguliere controleonderzoek.

[885]. EHRM 5 april 2012, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland).

Als tweede aspect geldt dat het startmoment van het Awb zwijgrecht in feite afhankelijk is van het keuzemoment van de autoriteiten. Doordat het zwijgrecht immers verbonden is aan het formele verhoor criterium, wordt dit geactiveerd door het moment waarop de betrokken ambtenaren een 'zuiver boeteverhoor' initiëren. Dit biedt de ruimte om eerst alle informatie te vergaren in het kader van het controleonderzoek, terwijl er materieel gezien al sprake is geweest van een verdenking (redelijk vermoeden van schuld aam een strafbaar feit). Dit wordt aldus veroorzaakt doordat in de regeling van de Awb gekozen is voor een formele invulling van het zwijgrecht, in tegenstelling tot de materiële benadering waar het strafvorderlijk zwijgrecht op is gebaseerd. De gedachte van de wetgever was dat het formele verhoor criterium betekent dat de toezichthouder niet 'straffeloos' de toezichtsfase kan oprekken. Paradoxaal genoeg biedt juist dit formele verhoor criterium – en de wijze waarop dit door de koppeling met 'zuivere verwijtbaarheidsvragen is ingevuld – de toezichthouder meer ruimte de toezichtfase 'veel straffelozer' op te rekken. Het in paragraaf 6.4.3. genoemde Draaiboek rekeningenproject d.d. 12 december 2001 is hiervan een treffend voorbeeld. Teneinde aan de cautieverplichting te ontkomen schreef de projectleiding voor dat geen 'uitsluitende schuldvragen' mochten worden gesteld. Het betrof hier wel het oude AWR zwijgrecht, maar dit aspect van de 'zuivere schuldvragen' correspondeert op dit punt met het Awb zwijgrecht.

Ten derde leidt het formele verhoor criterium tot een relatief laat startmoment van het zwijgrecht, in vergelijking met het strafvorderlijk zwijgrecht. Wanneer een betrokkene object is van controle en in dat verband vragen worden gesteld naar verwijtbaar handelen, dan zou deze op basis van een 'redelijk schuldvermoeden' niet langer gehouden kunnen zijn tot antwoorden. Dergelijke vragen die zien op de verwijtbaarheid zullen immers ingegeven zijn door bepaalde feiten en omstandigheden. Daarentegen is die persoon op basis van de Awb op dat moment wel gehouden tot antwoorden, gezien nog geen sprake is van een formeel boeteverhoor.

De Hoge Raad had zich al in het arrest van 22 juni 1931 'Liegende Bakker' uitgelaten over de samenloop van de inlichtingenplicht en het zwijgrecht, in het licht van het 'keuzemoment' van de verhorende ambtenaar. Het gaat volgens de Hoge Raad niet om het perspectief van de controle ambtenaar of de betrokkene een zwijgrecht toekomt. Of een zwijgrecht aan de orde is, wordt gevormd door de vraag of de feiten en omstandigheden nopen tot de aanname van een verdenking leiden, in de zin van artikel 27 Sv.

Ten slotte dient herhaald te worden dat uit de Grand Chamber uitspraak van het EHRM 13 september 2016, *NJB* 2017/267 (Ibrahim v. VK) volgt, dat op basis van artikel 6 EVRM een cautieverplichting voor de verhorende autoriteiten geld. Daarbij spreekt het EHRM over het toekennen van de cautie aan de 'suspect', wat een verdenkingscriterium impliceert. Op die wijze wordt gestalte gegeven aan een praktische en effectieve uitoefening van verdedigingsrechtern.

6.6.3. Het zwijgrecht, de cautie en schriftelijke verklaringen

In de literatuur is diverse kritiek geuit op het feit dat de wetgever het zwijgrecht niet van toepassing acht op 'schriftelijke verhoorvragen'. Het betreft hier vragen in het kader van een boeteonderzoek. Inderdaad heeft de wetgever het zwijgrecht verbonden aan de formele verhoorsituatie. Hierbij geldt dat hij dat verhoor beschouwt als een mondeling verhoor. Schriftelijke vragen (in het kader van een boeteonderzoek) worden slechts dan aangemerkt als verhoor, wanneer bijzondere omstandigheden maken dat van een schriftelijke vraag een zodanige druk tot antwoorden uitgaat, dat materieel sprake is van een verhoor. Slechts dan bestaat ook een verplichting een cautie te verlenen. De visie van de wetgever op dit punt strijdt met de arresten HR 22

juni 1999, *NJ* 1999, 648 en HR 21 oktober 1997, *NJ* 1998, 173. Uit die uitspraken volgt namelijk dat het zwijgrecht op grond van artikel 29 lid 1 Sv ook van toepassing is op schriftelijke verklaringen. De randvoorwaarde die de wetgever aanbrengt wordt in die uitspraken niet geformuleerd. Vanuit het oogpunt van aansluiting bij het strafprocesrecht en waarborging van de procesautonomie verdient het aanbeveling de cautie op te nemen bij schriftelijke vragen, in het kader van een boeteonderzoek. Teneinde effectieve toepassing van het zwijgrecht te realiseren, dient er geen differentiatie plaats te vinden tussen verklaringen in mondelinge-, dan wel schriftelijke vorm. Zou deze visie op het zwijgrecht rechtens aanvaard worden, dan wordt de daarmee beoogde rechtsbescherming in dergelijke gevallen volstrekt doorkruist. Het is logischerwijs niet voorstelbaar dat een betrokkene een zwijgrecht toekomt in een verhoorsituatie, terwijl hij gehouden is belastende antwoorden te geven indien dezelfde vragen schriftelijk worden gesteld. Juist in het punitieve bestuursrecht heeft een cautie bij schriftelijke vragen meerwaarde, gezien de normaliter wel bestaande verplichting tot beantwoording van vragen. De cautie neemt dan een eventuele onduidelijkheid weg of de betrokkene gehouden is te verklaren.

6.6.4. Uitleiding

De wetgever had bij de vormgeving van het zwijgrecht een keuze. Deze bestond er in aan te knopen bij het strafvorderlijk zwijgrecht (en het verdenkingscriterium) of bij het formele verhoor criterium. Voor wat betreft de laatste keuze was de wetgever op verschillende manieren 'gewaarschuwd'. Ten eerste kan gewezen worden op de kanttekeningen bij een eerdere versie van het bestuursrechtelijk zwijgrecht in het rapport van de Commissie van Slooten. Het is opmerkelijk te noemen dat ruim tien jaar voor de memorie van toelichting bij de vierde tranche Awb, vrijwel gelijkluidende kritieken klonken als die op het Awb zwijgrecht. In het wetsvoorstel boete-inspecteur werd immers op een aantal essentiële aspecten dezelfde kritiek geuit omtrent de regeling van het zwijgrecht. Daarnaast gelden de besproken kritische opmerkingen op het voorontwerp van het zwijgrecht in de 4e tranche. Ook de Raad van State heeft in dat verband de nodige kanttekeningen geplaatst. Ten slotte is het wellicht veelzeggend dat de wetgever in de memorie van toelichting geen aandacht heeft besteed aan het arrest HR 22 juni 1931 'Liegende Bakker'. Daarin werd bij uitstek gewag gemaakt van het feit dat het startmoment van het zwijgrecht niet afhankelijk mag zijn van het (subjectieve) inzicht van de controlerende ambtenaar. De overwegingen van de Hoge Raad op dit punt waren evenzeer actueel ten tijde van de voorbereiding van het 4e tranche zwijgrecht, als dat ze in de jaren dertig waren.

De in dit hoofdstuk geduide kritiekpunten op de regeling van het Awb zwijgrecht illustreren dat de primaire doelstelling van de wetgever – zo veel mogelijk bij strafvordering aan te knopen – geenszins is geslaagd. Eerder is in dat verband sprake van 'divergentie' tussen het bestuurs- en strafprocesrecht. De besproken voorgestelde invulling van het zwijgrecht en de cautie kan dat – gedeeltelijk – ondervangen. Gelet op de in dit hoofdstuk geconstateerde beperkingen inzake de wettelijke regeling rondom het zwijgrecht en de cautieregeling, is het des te meer van belang te onderzoeken hoe deze hun invulling hebben gekregen in de nationale rechtspraak. Het betreft dan de toepassing van het nemo tenetur-beginsel in relatie tot 'testimonial en real evidence'. Aangaande testimonial evidence gaat het dan om de vraag in hoeverre de bewijsuitsluiting van in de controlesfeer afgelegde verklaringen wordt gerealiseerd in het kader van de boeteprocedure. Daarnaast gaat het ten tweede om de bescherming van de 'charged person' die wordt geconfronteerd met de vordering tot uitlevering van real evidence. Nu de wetgever hieromtrent geen aparte regeling heeft getroffen, rijst de vraag in hoeverre de rechtspraak in voldoende waarborgen heeft voorzien, of dat alsnog een nadere regeling op dit punt noodzakelijk is.

HOOFDSTUK 7.

De bestuursrechtelijke jurisprudentie: ontwikkelingen en implementatie van de EHRM rechtspraak

'The income tax law is a lot of bunk. The government can't collect legal taxes from illegal money.'

Al Capone[886]

'If the form of return provided called for answers that the defendant was privileged from making he could have raised the objection in the return, but could not on that account refuse to make any return at all. We are not called on to decide what, if anything, he might have withheld. Most of the items warranted no complaint. It would be an extreme if not extravagant application of the Fifth Amendment to say that it authorized a man to refuse to state the amount of his income because it had been made in crime.'

Oliver Wendell Holmes, Jr[887]

7.1 Inleiding

7.1.1 The Roaring twenties: Fiscale repressie

De tijd van de 'Roaring twenties' roept onmiskenbaar romantische beelden op van schimmige penoze; van gangsters met gleufhoeden, voorzien van 'tommyguns'; dames gekleed in vintage avondjurken, voorzien van sigarettenhouders. Het was eveneens de tijd die in de Verenigde Staten geduid wordt als de 'drooglegging'. Productie en consumptie van alcohol waren verboden. Niet verwonderlijk bestond een belangrijk deel van de omzet van menig misdaadsyndicaat uit illegale drankstokerij; 'bootlegging'. Dergelijke illegale inkomstenbronnen werden om begrijpelijke redenen niet opgenomen in de fiscale verantwoording. Ironisch genoeg werd de fiscale handhaving een geducht repressief instrument. De fiscale inlichtingenverplichtingen bleken de Achilleshiel van diverse 'crimebosses'. Belangrijk aanknopingspunt daarvoor vormde het rechtsoordeel in de zaak United States v. Sullivan. Hierin oordeelde het Amerikaanse Hooggerechtshof dat de Fifth Amendment's privilege against self-incrimination, de 'bootlegger' geen bescherming bood tegen – kort gezegd – het niet opgeven van inkomsten aan de fiscus, gegenereerd door illegale activiteiten. Deze 'rechtsregel' vormde de basis van het (fiscaal) strafrechtelijke onderzoek en de uiteindelijke veroordeling van wellicht de bekendste verdachte: Al Capone.[888] De criminele carrières van deze 'mastermind' en honderden anderen werden aldus gebroken door een handhavingsinstrument, dat in essentie bestuurlijk van aard is.

886. Deirdre Marie Capone (familielid van Al Capone) stelt tijdens een interview: 'When the income taxes were first passed there was a Provision in that law that you did not have to declare any money you earned illegally. It would be self-incriminating if you put down on your tax form that you earned money illegally so nobody knew that they had to put that down.', Michael Cohn,'Accounting today', online artikel, 22 December 2011. De vraag of Al Capone een 'IRS victim' was, laat ik – hoe intrigerend ook – verder buiten beschouwing.
887. United States v. Sullivan 274 U.S. 259 (1927).
888. L. Iorizzo,'Al Capone: A Biography, Illinois – Chicago: Greenwood Press 2003, p. 74.

Zoals nog aan bod zal komen, is dit debat tussen het voldoen aan de fiscale inlichtingenverplichting en het risico op zelfincriminatie nog uiterst actueel in de huidige bestuurlijke jurisprudentie. In dit hoofdstuk gaat de aandacht uit naar de toepassing van het nemo tenetur-beginsel in de Nederlandse bestuursrechtelijke jurisprudentie. Het belang van die jurisprudentie is des te groter, nu sinds de jaren negentig een accentverschuiving heeft plaatsgevonden van strafrechtelijke- naar bestuursrechtelijke handhaving van 'ordeningswetgeving'.

7.1.2. Instrumentaliteit versus rechtsbescherming

In hoofdstuk 1 is op de ontwikkeling en de opkomst van de bestuurlijke boete gewezen. Aan de orde kwam dat met de classificatie van bestuurlijke beboeting door het EHRM als 'criminal charge', de weg vrij gemaakt werd voor de toepassing van de waarborgen, voortvloeiend uit artikel 6 EVRM. (De 'receptie' van die jurisprudentie stond centraal in het arrest HR 19 juni 1985, *NJ* 1986/104.) Hoge Raad merkte de naheffingsaanslag met verhoging ex artikel 16 lid 1 onder a van de Wet op de motorrijtuigenbelasting 1966 aan als het instellen van een strafvervolging in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM.[889] De strekking van de uitspraak expliciteerde verder dat de beginselen van artikel 6 EVRM inroepbaar zijn ten aanzien van de fiscale boete. De invloed van het EVRM maakte een wijziging van het fiscale boetestelsel noodzakelijk. Uiteindelijk bracht de Commissie van Slooten in 1992 een rapport uit, hetgeen de basis vormde voor een in 1993 ingediend wetsvoorstel. Een hernieuwde 'ingrijpend gewijzigde' versie van de AWR trad uiteindelijk in 1998 in werking, waarbij rekening gehouden werd met de rechtspraak van de Hoge Raad, met betrekking tot artikel 6 EVRM.[890]

Zoals tevens in de inleiding aan de orde kwam, moet in ogenschouw worden genomen dat het bestuursrechtelijke handhavingsapparaat in beginsel primair gericht was op het bevorderen van de uitvoering van de haar betreffende regelgeving ('efficiency'). De twee belangen – het belang van wetsuitvoering enerzijds en de waarborging van het nemo tenetur-beginsel anderzijds – staan daarmee in theorie en praktijk lijnrecht tegenover elkaar. Dat zal in de te bespreken jurisprudentie meer dan duidelijk aan de orde komen. Voorts wordt het spanningsveld verder gecompliceerd door de beschreven sfeerovergang waarbij het controle- en opsporingsonderzoek in elkaar overvloeien. Verder complicatie vormt het feit dat aan het begin van de jaren negentig het nemo tenetur-beginsel, zoals dat uit artikel 6 EVRM werd afgeleid, nog uitgewerkt moest worden. Het Funke-arrest dateert immers uit 1993, terwijl omtrent de reikwijdte van dit beginsel nog veel onzekerheid bestond.[891]

7.1.3. Drie EVRM-uitgangspunten

Wat er ook zij van de geschetste belangentegenstelling te midden van dit juridisch diffuus krachtenveld; er bestaat vanuit EVRM-oogpunt een drietal uitgangspunten. *Ten eerste* geldt dat, zoals in het voorgaande aan de orde kwam, de punitieve handhaving dient te voldoen aan de rechtsbescherming ex artikel 6 EVRM. Een efficiënte beleidsmatige aanpak van boetezaken laat derhalve onverlet dat deze handhaving dient te voldoen aan de minimale waarborgen van het EVRM. Dat volgt uit de werking van het EVRM, waaraan Nederland zich gecommitteerd

---

889. In HR 19 juni 1985 wordt door de Hoge Raad overwogen dat het opleggen van zware bestuurlijke boetes aangemerkt kan worden als een criminal charge. Enige jaren later wordt in HR 24 januari 1990 besloten dat ook het opleggen van een lichte bestuurlijke boete wegens het niet tijdig doen van aangifte onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM valt en daarmee als criminal charge kan worden aangemerkt.

890. Wetsvoorstel 23 470. De eerdere wetsvoorstellen 19 489 en 21 058 werden ingetrokken. In wetsvoorstel 19 489 was met artikel 6 EVRM helemaal geen rekening gehouden. In wetsvoorstel 21 058 werd onvoldoende rekening gehouden met artikel 6 EVRM. Zie P.M. van Russen Groen, *Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht (diss. Deel III - EUR)*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 4-5. Zie voorts M.W.C. Feteris, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2002, p. 2.

891. EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993/ 485 (Funke v. Frankrijk).

heeft en dat directe rechtskracht heeft. Dit is een onomstreden en algemeen geaccepteerd uitgangspunt. De nationale rechter heeft een eigen rol bij het bieden van bescherming ten aanzien van de in het EVRM neergelegde rechten en vrijheden. Artikel 53 EVRM laat de verdragsstaten de vrijheid een ruimere uitleg te geven aan het EVRM; hetgeen aangeeft dat het EVRM zelf een minimumwaarborg biedt.

Het *tweede uitgangspunt* ziet er op dat de verdedigingsrechten zodanig in concrete casus geïnterpreteerd dienen te worden dat deze niet (slechts) theoretisch en illusoir, maar praktisch en effectief zijn. EHRM 9 oktober 1979, Serie A, vol 32, *NJ* 1980/376 (Airey v. Ierland). Dit kan geïnterpreteerd worden als een opdracht aan het bestuur én – bovenal – de rechterlijke macht, om ervoor zorg te dragen dat het nemo tenetur-beginsel adequaat wordt toegepast. De inhoud en reikwijdte van het beginsel zijn uitgebreid beschreven in hoofdstuk 5.

Als *derde uitgangspunt* geldt dat van fundamenteel belang is dat het nemo tenetur-beginsel volgens het EHRM toepasbaar wordt geacht op alle typen strafprocedures: van de meest simpele tot de meest complexe zaken.[892] De complexe aard van fraude zaken kan aldus geen afbreuk doen aan de processuele rechten, te ontlenen aan artikel 6 EVRM, eerste lid. Dit grijpt deels terug op de andere twee uitgangspunten. De eerder genoemde belangen van de uitvoerende macht kunnen daarmee geen rechtvaardiging vormen om een adequate toepassing van het beginsel (tweede uitgangspunt) te rechtvaardigen.

7.1.4. Doelstellingen en plan van behandeling

De doelstelling van dit hoofdstuk is om de nationale bestuursrechtelijke jurisprudentie te toetsen aan de EHRM jurisprudentie aangaande het nemo tenetur-beginsel. De vraag is of de hoogste bestuursrechters het nemo tenetur-beginsel toepassen op een wijze die voldoende tegemoet komt aan de uitleg die het EHRM daar aan geeft. De interpretatie van het nemo tenetur-beginsel wordt aldus vergeleken met de in hoofdstuk 5 uitgevoerde analyse, van de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. In de te behandelen jurisprudentie zullen de rechtsoordelen telkens getoetst worden aan de hand van deze beschreven rechtsregels, mede in het licht van de drie hiervoor vermelde uitgangspunten. De bestuursrechtelijke jurisprudentie heeft betrekking op de vier hoogste bestuursrechters: de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en de Hoge Raad (fiscaal en civiel). Gelet op de omvang en het belang dat van oudsher is gehecht aan de fiscale boete, zal de fiscale jurisprudentie een hoofdrol innemen. Verreweg de meeste (gepubliceerde) 'nemo tenetur' zaken liggen in het fiscale domein. Tevens kent het fiscale recht de unieke administratieve sanctie van 'omkering van de bewijslast', hetgeen hierna ook aan de orde zal komen. In het kader van de fiscale jurisprudentie wordt het verantwoord geacht tevens de civiele kortgeding jurisprudentie te behandelen, aangezien deze nauw verweven is met de te bespreken fiscaalrechtelijke 'nemo tenetur' thema's (gesteld zou kunnen worden dat het een fiscaalrechtelijk geschil betreft, dat met civielrechtelijke middelen wordt voortgezet).[893]

Met het voorgaande worden aldus drie doelstellingen gerealiseerd in dit hoofdstuk. Ten eerste wordt de rechtsontwikkeling inzichtelijk gemaakt die de betreffende colleges al dan niet hebben doorgemaakt in de toepassing van het nemo tenetur-beginsel. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de vraag in hoeverre rekening is gehouden met de ontwikkeling van de EHRM jurisprudentie. Ten tweede worden wellicht onderlinge verschillen zichtbaar tussen de nationale colleges, in

892. Zie EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders Verenigd Koninkrijk), r.o. 74.

893. Tevens komt jurisprudentie aan de orde die betrekking heeft op de Faillisementswetgeving, gezien de relevantie voor de in dit hoofdstuk te behandelen problematiek.

de wijze waarop die colleges het nemo tenetur-beginsel toepassen. Ten derde kan concreet beantwoord worden of die 'nemo tenetur' interpretatie van de bestuursrechters 'EHRM-proof' is.

Teneinde dit te realiseren is voor de volgende aanpak gekozen. Als uitgangspunt wordt de betreffende jurisprudentie 'chronologisch' behandeld. Een 'puur thematische' benadering is slecht doenlijk, omdat teveel thema's overlappen binnen te behandelen uitspraken. Weergave van de 'zaaksomstandigheden' is daarbij van belang om de zaken te kunnen toetsen aan het ontwikkelde 'nemo tenetur' kader. Daarentegen zal per college in de tussenconclusie de analyse van de bevindingen 'conceptueel' worden weergeven. Bij de tussenconclusies wordt aan de hand van de conceptuele verdeling 'testimonial evidence', 'real evidence' en sfeercumulatie de opgeworpen jurisprudentie gerubriceerd en worden de onderzoeksvragen beantwoord. Aldus staat de lezer voor een keuze. De lezer kan ofwel samen met mij kennisnemen van decennialange jurisprudentiële casuïstiek, ofwel direct doorstoten naar de tussenconclusies. De onderlinge verhouding tussen de colleges komt in de slotconclusie aan de orde.

7.2. De Fiscale (en civiele) jurisprudentie

7.2.1. HR 11 december 1991, *BNB* 1992/243

7.2.1.1. Thema: normering van de sfeercumulatie en omkering van de bewijslast

In de context van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel in de fiscale sfeerovergang/sfeercumulatie kan het arrest HR 11 december 1991, *BNB* 1992/243 als een 'aanvangsarrest' geduid worden. Het gaat hier om de vraag hoe de rechten van de verdachte in het strafproces/de boeteprocedure gewaarborgd kunnen blijven, daar waar in een parallelle procedure onverkort vastgehouden wordt aan fiscale verplichtingen jegens de betrokkene. De Hoge Raad construeert in de onderhavige zaak haar juridische 'kader' ter normering van deze problematiek. Zoals aan het einde van de behandeling van de fiscale jurisprudentie duidelijk zal zijn, bevat dat kader een aantal aspecten die thans nog actueel zijn.

7.2.1.2. Omstandigheden van de zaak

Aan betrokkene was voor het jaar 1982 een aanslag in de inkomstenbelasting opgelegd naar een belastbaar inkomen van f 2 434 829. De aanslag was na bezwaar door de Inspecteur gehandhaafd. De fiscale aanslag vormde een opmerkelijk contrast met de aangifte van betrokkene voor 1982 van een belastbaar inkomen van f 34.508. Betrokkene had de beschikking over twee bankrekeningen, waarop in 1982 in totaal f 10.939,80 aan rente was bijgeschreven. Dat bedrag had betrokkene niet als inkomsten aangegeven, blijkens zijn verklaring bij het hof. Voorts was aan het licht gekomen dat hij in hetzelfde jaar f 125 000 contant stortte op een te zijnen name staande NMB-rekening en nog eens f 150 000 op een NMB-rekening ten name van iemand anders, over welke rekening hij kon beschikken. Ten slotte betaalde betrokkene contant f 144.382 aan een aannemersbedrijf wegens bouwkosten van zijn huis. Bij het hof stelde betrokkene dat hij geldbedragen voor een of meer anderen had beheerd, maar dat niet zelf als inkomen had genoten.

De vraag hoe de fiscale inkomstenverzwijging precies aan het licht gekomen is, blijft op basis van het gepubliceerde arrest van de Hoge Raad en die van het hof enigszins de lucht hangen. Plausibel is dat dit een uitvloeisel is geweest van een strafrechtelijk onderzoek. Bij de zitting van het hof overlegde de Inspecteur namelijk een strafvonnis van de rechtbank Amsterdam d.d. 31 mei 1988 tegen betrokkene. De advocaat van betrokkene stelde in dat verband bij het hof dat de indruk zou kunnen ontstaan dat hij betrokken is geweest bij de handel in verdovende

middelen. Deze indruk zou niet juist zijn. In werkelijkheid zou het gaan om andere activiteiten en om feiten en omstandigheden die zozeer geheim moeten blijven en voor betrokkene ook zo precair zijn dat zij in de stukken niet konden worden vermeld.

Wat het precaire punt in deze zaak vormt is dat parallel aan de fiscale procedure ook nog een strafprocedure liep aangaande artikel 68 AWR. J.P. Scheltens wijst er in de noot bij HR 11 december 1991, *BNB* 1992/243 op dat het vonnis in die procedure ongeveer een jaar voor de zitting van het hof is gewezen. Dat zou dan een zaak betreffen aangaande artikel 68 AWR, dat kan echter niet met zekerheid worden vast gesteld op basis van de aangehaalde feiten. De vraag is hier verder of de strafzaak, gesteld dat zij overlapte qua fiscale feiten, reeds afgesloten was bij de fiscale procedure voor het hof of dat de strafzaak nog voortgezet werd. Dit is relevant gelet op het probleem dat de fiscale informatieverstrekking de processuele positie in de strafzaak zou kunnen ondergraven. De fiscaal gevorderde informatie zou dan als bewijsmateriaal in de strafzaak kunnen worden ingebracht. Die feitelijke punten blijven aldus onduidelijk.

Gelet op de grote discrepantie tussen de fiscale aangifte en hetgeen door de belastinginspecteur is vastgesteld aan belastbaar inkomen, stelde de Inspecteur zich op het standpunt dat op grond van artikel 25 en artikel 29 AWR de bewijslast van de onjuistheid van de aanslag op de betrokkene kwam te rusten. Aldus ontstond het klassieke probleem van de sfeercumulatie. Scheltens legt daar ook de vinger op in zijn noot. Hij stelde dat betrokkene enerzijds genoodzaakt was gegevens te verschaffen om te bewijzen dat de aanslag onjuist was, maar anderzijds zou het verschaffen van die gegevens hem blijkbaar in grote moeilijkheden kunnen brengen in de strafprocedure over dezelfde aangelegenheid. In cassatie stelt betrokkene de omkering van de bewijslast aan de orde, in relatie tot zijn zwijgrecht als verdachte. Betrokkene zou nadere informatie moeten verschaffen, terwijl al een zwijgrecht gold. Hij stelt dat wanneer tegen een belastingplichtige een strafvervolging is ingesteld wegens overtreding van artikel 68, lid 1, letter a, van de AWR door het onjuist of onvolledig doen van een bij de belastingwet voorziene aangifte, het bepaalde in artikel 29, lid 2, van de AWR buiten toepassing moet blijven. Als verdachte komt hem immers op basis van artikel 29, lid 1, van het Wetboek van Strafvordering, alsmede in verband met het bepaalde in artikel 6, lid 2 EVRM, een zwijgrecht toe. Gelet op dat zwijgrecht zou derhalve de omkering van de bewijslast buiten toepassing moeten blijven.

7.2.1.3. Overwegingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad zet in een vijftal te onderscheiden punten zijn visie uiteen op dit probleem van de sfeercumulatie. Ten eerste wijst hij op het uitgangspunt dat medewerking door de betrokkene nodig is voor de vaststelling van de eigen belastingschuld. Dit uitgangspunt staat volgens de Hoge Raad rechtstreeks in verband met de verplichting ingevolge de AWR, te weten het – tijdig – doen van een juiste en volledige, bij de belastingwet voorziene, schriftelijke aangifte (3.6.1.). Daarbij is het niet van belang of genoten voordelen al dan niet onrechtmatig zijn verkregen. Daar geldt dus de ‘fiscale neutraliteit’. Dit uitgangspunt sluit aan bij het eerder beschreven ‘juridisch axioma’ van ordeningsrechtelijke handhaving (zie hoofdstuk 2, p. 8). Daar werd overwogen dat handhaving van ordeningsrecht, gegeven de aard van de materie, een onbetwist uitgangspunt vormt van dit rechtsterrein. De informatieverplichtingen en administratieve verplichtingen ten behoeve van de belastingheffing zijn een noodzakelijke voorwaarde voor het effectief functioneren van de fiscale wetgeving. Dit uitgangspunt wordt ook ondubbelzinnig door het EHRM aanvaard in bijvoorbeeld de zaak Allen v. Verenigd Koninkrijk. Daarin stelde het EHRM onder meer (r.o. 1):

> ‘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.’[894]

Het tweede punt van de Hoge Raad staat in relatie met de ‘sfeerovergang’. Dat wil zeggen de situatie dat het controleonderzoek aanleiding heeft gegeven tot de entamering van een strafrechtelijk/boete onderzoek. Hij stelt namelijk dat het hiervoor genoemde uitgangspunt onverkort geldt indien en voor zover de belastingplichtige, door aan deze verplichting te voldoen, mogelijk de verdenking op zich laadt een strafbaar feit te hebben gepleegd. Daarbij wijst de Hoge Raad op de opvatting dat in het Nederlandse recht niet een onvoorwaardelijk recht of beginsel verankerd is, dat niemand kan worden gehouden – op welke wijze dan ook – tot het verschaffen van bewijsmateriaal dat mogelijk voor hem bezwarend kan zijn (3.6.2.).[895]

Deze benadering kwam eerder al in hoofdstuk 4 aan de orde bij de bespreking van HR 13 mei 1997, *NJ* 1998/481. De A-G stelt in die zaak dat aan geen enkele twijfel onderhevig is dat het binnen het grondgebied van Nederland brengen van verboden stoffen zoals cocaïne, zonder dat daarvan aangifte wordt gedaan bij een douanekantoor, een feit is dat strafbaar is gesteld in de Wet inzake de douane (zie hoofdstuk 4.3.4). Daar ging het immers om het nalaten de inkomsten uit illegale handel in alcohol fiscaal te verantwoorden. Het is precies deze redenering die gebruikt is om uiteindelijk Al Capone te veroordelen, zoals in de inleiding aan de orde kwam.[896] De vraag is evenwel wat de betekenis is van die redenering. Verondersteld kan worden dat de praktijk zal zijn dat de vervolging voor fiscaal strafbare feiten betrekking zal hebben op verzwegen inkomsten uit – op zichzelf – legale activiteiten. Het opsporingsonderzoek naar criminele samenwerkingsverbanden zal zich daarentegen kennelijk concentreren op de onderliggende strafbare feiten, niet op het gebrek aan de fiscale verantwoording daarvan. De betekenis van de door de Hoge Raad geformuleerde norm is eerder gelegen in de juridische consequentie dat een belastingplichtige zich niet kan onttrekken aan medewerking aan fiscale controle, met het argument dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan fiscaal strafbare feiten. Als randvoorwaarde geldt dan dat sprake is van ‘reguliere controle’, in de zin dat de overheid bij die controle geen aanleiding heeft te veronderstellen dat de belastingplichtige die strafbare feiten heeft begaan.

De crux van de zaak vormt de derde overweging van de Hoge Raad. Gesteld wordt namelijk dat ook de onschuldpresumptie ex artikel 6 lid 2 EVRM, voor een ieder tegen wie een strafvervolging is ingesteld, niet afdoet aan de omvang van vorenbedoelde aangifteplicht. De verplichting staat volgens de Hoge Raad niet ten dienste van het op het spoor komen van strafbare feiten. Die verplichting is er daarentegen op gericht de Inspecteur een hulpmiddel te verschaffen bij het opleggen van de aanslag. Volgens de Hoge Raad is de wettelijke regeling van de aangifteplicht dan ook niet van dien aard, dat deze berust op een door artikel 6 lid 2, EVRM verboden veronderstelling van schuld (r.o. 3.6.3.).

Hierbij komt nog de vierde overweging, namelijk dat de Hoge Raad in dit kader zelfs geen bezwaar heeft tegen de fiscale omkering van de bewijslast (3.6.4.). Dit ziet hij als een dwangmiddel van administratiefrechtelijke aard, dat is gericht op het bevorderen van juiste en volledige aangiften en niet als een dwangmiddel dat de strekking heeft bewijs te verkrijgen tegen

---

[894]. EHRM 10 september 2002, nr. 76574/01, LJN BI9566 (Allen v. Verenigd Koninkrijk).
[895]. Dat is onmiskenbaar een verwijzing naar het arrest van de strafkamer HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 557.
[896]. L. Iorizzo,’Al Capone: A Biography, Greenwood Press: Illinois – Chicago 2003, p. 74. Zie ook United States v. Sullivan 274 U.S. 259 (1927).

een belastingplichtige tegen wie een strafvervolging, bijvoorbeeld wegens overtreding van artikel 68, lid 1, letter a, van de AWR, is ingesteld.[897]

De Hoge Raad stelt ten slotte als vijfde punt dat het dat het aan de strafrechter is om te beslissen of, en in hoeverre, gelet op de omstandigheden waaronder het bewijsmateriaal ter beschikking is gekomen, het hier materiaal betreft waarop in het strafproces geen acht mag worden geslagen (r.o. 3.6.5.).

7.2.1.4. Commentaar op de normering van de Hoge Raad

De overwegingen 3 en 4 van de Hoge Raad hebben betrekking op de meest klassieke sfeercumulatie situatie. De betrokkene wordt verdacht van een fiscaal delict, terwijl tegelijkertijd ter vaststelling van de reguliere belastingheffingen nog nadere informatie gevorderd wordt. Dit raakt de kern van interpretatie van het nemo teneutur-beginsel, zoals dat in hoofdstuk 5 aan de orde is gekomen. Zoals uit de analyse van de EHRM jurisprudentie in hoofdstuk 5 volgde, kan een 'charged' person een vordering tot afgifte/uitlevering van 'real evidence' straffeloos weigeren. Voor de onderbouwing van dat standpunt wordt verwezen naar dat hoofdstuk (in bijzonder deel 5.3. en met name paragraaf 5.3.5.). Wanneer overheidsambtenaren van een betrokkene documenten vorderen, terwijl een criminal charge bestaat, en dwang uitoefenen teneinde die stukken te produceren, vormt dit aldus een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel. Op basis van de feiten kan het er voor gehouden worden, dat van een dergelijke 'criminal charge' sprake was, gelet op de simultane strafzaak waar annotator Scheltens op wijst.

De complicerende factor – inherent aan de sfeercumulatie – is dat betrokkene niet geconfronteerd wordt met zijn informatieverplichting in de hoedanigheid als verdachte, maar als belastingplichtige. Hier komt nog bij de omkering van de bewijslast in de fiscale procedure wanneer betrokkene weigert aan de gevraagde informatie te voldoen. In zijn noot merkt Scheltens in dat verband op dat betrokkene daar weliswaar niet aan hoeft te voldoen, maar dat hem dat dan komt te staan op handhaving van de fiscale aanslag, tenzij de mogelijkheid van 'omkering' zou afstuiten op artikel 29 Sv. Scheltens merkt op dat het beroep op artikel 29 Sv onder deze omstandigheden een heilloze weg is. Het zwijgrecht ex artikel 29 Sv is geschreven voor het verhoor van een verdachte. Het heeft daarom betrekking op een verhoor in het kader van een strafvervolging. Scheltens wijst er voorts op dat de Hoge Raad eerder in de arresten van 7 september 1988, *BNB* 1988/298, 11 oktober 1989, *BNB* 1990/87, en 31 januari 1990, *BNB* 1990/93 besliste dat de regels en/of beginselen van het nationale strafrecht niet van toepassing zijn.

De route die de Hoge Raad kiest om het probleem van de sfeercumulatie te ontrafelen, is er een van procedurele scheiding. Hij brengt een strikte scheiding aan tussen de fiscale- en de strafprocedure. De redenering van de Hoge Raad gaat enerzijds uit van een formele scheiding tussen de fiscale- en de punitieve procedure, anderzijds is die scheiding niet volmaakt. De Hoge Raad erkent impliciet wel dat het voldoen van de verdachte aan fiscale verplichtingen kan meebrengen dat hij bewijsmateriaal tegen zichzelf produceert. Hij stelt daar evenwel geen procedurele garanties tegenover, in de zin van bewijsuitsluiting.[898] Er wordt slechts overwogen dat de strafrechter dient te beoordelen in hoeverre sprake is van onrechtmatig bewijsmateriaal, in strafrechtelijke zin dus.

---

[897]. Dit ligt anders ten aanzien van de boeteprocedure. Zie HR 15 juli 1988, *BNB* 1988/270. De Hoge Raad oordeelde dat voor de boete artikel 6 EVRM wel geldt. Daarom verklaarde zij in dit arrest de bepaling van art. 18 AWR onverbindend verklaard voor zover daarin de bewijslast van afwezigheid van opzet of grove schuld op de betrokkene wordt gelegd.

[898]. De annotator J.P. Scheltens merkt op dat duidelijk niet wordt gezegd dat dit materiaal niet zou mogen worden gebruikt, gezien de strafrechter moet beslissen of en in hoeverre het materiaal zal worden gebruikt. Ook merkt hij

Hoe verhoudt zich deze procedurele scheiding van de Hoge Raad tot de vereisten die het EHRM ter zake stelt? Uit de analyse van EHRM-jurisprudentie ter zake van de sfeercumulatie bleek in hoofdstuk 5 het volgende. Wanneer er voldoende verband bestaat tussen beide procedures, neemt het EHRM geen formalistische scheiding aan (zie EHRM 5 april 2012, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland), paragraaf 42 en bijvoorbeeld EHRM 21 April 2009, *NJ* 2009/557 (Marttinen v. Finland). Voor de uitgebreide motivering hiervan wordt verwezen naar hoofdstuk 5, paragraaf 5. Het EHRM kijkt naar de materiële samenhang tussen beide procedures. Is die samenhang voldoende vastgesteld, dan heeft dat gevolgen voor de toepassing van artikel 6 EVRM. Dan kan in die non-punitieve procedure niet zonder meer een vordering jegens de betrokkene worden gedaan, zonder te waarborgen dat die informatie niet later tegen de betrokkene in een strafprocedure gebruikt zal worden. Het feit dat de Hoge Raad in deze context de omkering van de bewijslast goedkeurt, als administratief dwangmiddel, maakt de noodzaak tot het treffen van de bedoelde waarborgen pregnant. Het is dus niet de kern van het probleem, maar een verergering van het kernprobleem. Het louter 'doorschuiven' van dit vraagstuk aangaande de toelaatbaarheid van afgedwongen bewijs, is derhalve onvoldoende. Het EHRM verlangt daadwerkelijke 'garanties', dat bewijsuitsluiting gewaarborgd wordt. Dit punt komt nog uitgebreid aan de orde bij de bespreking van HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343, HR 24 januari 2014, *NJ* 2014/70 en de uitspraken van de Hoge Raad op 15 april 2015.

7.2.2. HR 23 november 1994, *BNB* 1995/25

7.2.2.1. Reguliere fiscale controle: geen succesvol beroep op nemo tenetur

Een goed voorbeeld van een regulier boekenonderzoek, waarbij een beroep op het nemo tenetur-beginsel geen effect sorteert, vormt HR 23 november 1994, *BNB* 1995/25. Globaal beschouwd ging het om een situatie van reguliere fiscale controle, waarbij gedurende dat onderzoek geen sprake was van een 'criminal charge'. Uit het boekenonderzoek vloeide een correctie voort, waarover niet alleen enkelvoudige belasting moest worden afgedragen, maar ook een 'verhoging' (naheffingsaanslag omzetbelasting met 25% boete).

7.2.2.2. Overwegingen Hoge Raad

De klacht bij de Hoge Raad betrof de schending van artikel 6 EVRM; schending van het nemo tenetur-beginsel. Reden daarvoor zou zijn dat doordat bij de beoordeling of aan betrokkene terecht een verhoging was opgelegd, gebruik werd gemaakt van het bewijsmateriaal, dat verkregen was ter gelegenheid van een bij haar gehouden boekenonderzoek (r.o. 3.3.). De Hoge Raad stelt voorop dat de verplichting tot medewerking aan een boekenonderzoek, zoals neergelegd in artikel 47, lid 1, aanhef en onder b, van de AWR, dient als middel ter bevordering van de juiste nakoming van de verplichtingen ten dienste van de belastingheffing. Er geldt dat, in ieder geval zolang geen sprake is van een situatie waarin de belastingplichtige als 'charged with a criminal offence' kan worden beschouwd, het opleggen van een verhoging niet in strijd is met enige rechtsregel; in het bijzonder niet met het door betrokkene bedoelde recht op een eerlijke behandeling van haar zaak (3.4.).

De overwegingen van de Hoge Raad corresponderen met de geformuleerde uitganspunten ter zake van het nemo tenetur-beginsel in de zaak EHRM 10 september 2002, LJN BI9566 (Allen v. Verenigd Koninkrijk, zie hoofdstuk 5. paragraaf 2.5.). Het EHRM overwoog daar (paragraaf 1):

---

op dat de fiscale geheimhoudingsplicht van de Inspecteur in een dergelijke situatie niet geldt, gezien het juist gaat om een procedure ex artikel 68 AWR, dan worden de fiscale gegevens juist well ter beschikking gesteld.

> ‘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.’

In de onderhavige zaak overweegt de Hoge Raad dat van een dergelijke criminal charge tijdens het controleonderzoek geen sprake was. De feiten leiden niet tot de gevolgtrekking dat vóór of tijdens het boekenonderzoek sprake was van een criminal charge (r.o. 3.5). Ten slotte had de betrokkene niet meer gesteld dan dat haar tijdens het boekenonderzoek vragen waren gesteld waarop zij antwoord heeft gegeven. Kennelijk heeft zij volgens de Hoge Raad onvoldoende gesteld dat die antwoorden hadden geleid tot het opleggen van de verhoging; een aldus onvoldoende aangetoond causaal verband.[899] De Hoge Raad stelt namelijk dat uit de stelling van klager niet volgt dat, en zo ja, in hoeverre vragen zijn gesteld en antwoorden zijn gegeven die hebben geleid tot het opleggen van de verhoging. Daarom behoefde het hof die stelling niet nader te onderzoeken en evenmin in te gaan op het door betrokkene gedane beroep op een zwijgrecht.

7.2.2.3. Commentaar op het arrest

Deze ogenschijnlijk eenvoudige fiscale zaak ligt wellicht iets genuanceerder. Betrokkene keerde zich tegen het gebruik van testimonial evidence, zonder het belastend gebruik daarvan te specificeren. Opgemerkt dient te worden dat dit vereiste van de Hoge Raad haaks staat op het nadien gewezen Saunders arrest (EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk, zie hoofdstuk 5 paragraaf 2.1.). Daarin is bepaald dat *alle* verklaringen uit het controleonderzoek dienen te worden uitgesloten, ongeacht of die belastend zijn of niet.

Wattel bespreekt in zijn noot bij HR 23 november 1994, *BNB* 1995/25 nog de inzageverstrekking ex artikel 47, eerste lid, letter b, AWR. Dat vormde volgens hem in casu geen gedwongen medewerking aan de bewijslevering ter zake van enig vergrijp waarvan de betrokkene reeds beschuldigd werd voorafgaand aan of tijdens de controle. Hierbij heeft Wattel kennelijk het oog op de vergaring van ‘real evidence’. De vergaring daarvan had plaats zonder dat sprake was van een criminal charge. Dat is de reden dat annotator Wattel de zaak kwalificeerde als ‘vrij kansloos’.

7.2.3. HR 8 juli 1998, *BNB* 1998/326

7.2.3.1. Medewerking aan fiscaal onderzoek, ondanks bestaan criminal charge

In HR 8 juli 1998, *BNB* 1998/326 wordt expliciet overwogen dat de medewerkingsverplichting aan het fiscale onderzoek blijft bestaan, ongeacht het feit dat ten tijde daarvan sprake is van een

[899]. Interessant wat Wattel – hier in de rol van annotator – opmerkt: ‘Ter zake van de door de controleur gestelde vragen (dus ter zake van de inlichtingenverstrekking ex art. 47, eerste lid, letter a, AWR) had de betrokkene in de Hofprocedure niet gesteld dat die vragen (al dan niet mede) boete-opleggingsdoeleinden dienden. Er was, kortom, zelfs geen sprake van een ,,verhoor" (in de materiële betekenis die de strafkamer van de Hoge Raad daaraan toekent: vragen, gesteld door een opsporingsambtenaar aan een als verdachte aan te merken persoon ter zake van diens betrokkenheid bij een strafbaar feit), laat staan van een ,,charge". Aan een zwijgrecht komt men dan in het geheel niet toe, laat staan aan een cautieplicht (de plicht van de verhorende ambtenaar om de verdachte mede te delen dat hij niet tot antwoorden verplicht is). De Hoge Raad gaat dan ook niet in op de klachten dat het zwijgrecht geschonden zou zijn en dat aan de betrokkene tijdens het boekenonderzoek geen cautie is gegeven.’

criminal charge. Tevens doet die criminal charge niet af aan de sanctie van ‘omkering van de bewijslast’.

7.2.3.2. Omstandigheden van de zaak

In casu was betrokkene strafrechtelijk veroordeeld wegens het deelnemen aan uitvoer van hasjiesj. Het feit dat de strafrechtelijke sfeer zijn entree had gemaakt, is daarmee evident. In 1990 ontving betrokkene een bijstandsuitkering. In de strafzaak was bewezen verklaard dat hij in de periode van mei 1990 tot en met maart 1991 meermalen heeft deelgenomen aan de uitvoer van hasjiesj naar Engeland, dit in het kader van een criminele organisatie waarvan hij medebestuurder was. In verband met deze strafzaak was betrokkene in februari 1993 in voorlopige hechtenis genomen en zijn er administratieve bescheiden van hem, waaronder bankafschriften, inbeslaggenomen. Tijdens zijn voorlopige hechtenis in april 1993, is aan betrokkene een aangiftebiljet inkomstenbelasting/premieheffing volksverzekeringen voor het jaar 1990 uitgereikt. Centraal punt in deze zaak was dat betrokkene deze aangiftebiljetten niet heeft ingediend, noch op enigerlei andere wijze aangifte heeft gedaan. De Inspecteur heeft de aanslag waarover het gaat ambtshalve opgelegd op grond van een schatting van betrokkenes inkomen uit de export van hasjiesj, welke schatting is gebaseerd op stukken uit het dossier in de strafzaak (r.o.3.2.).

7.2.3.3. Overwegingen Hoge Raad

In cassatie werd door de verdediging aangevoerd dat de feitelijke fiscale gang van zaken en het oordeel van het hof daaromtrent, de bescherming van het nemo tenetur-beginsel miskennen. De Hoge Raad overweegt dat inderdaad sprake was van een ‘criminal charge’ tegen betrokkene. Die omstandigheid onthief hem echter niet van de ‘voor ieder aan wie een aangiftebiljet is uitgereikt geldende plicht’ aangifte te doen. De Hoge Raad houdt vervolgens vast aan de door hem in HR 11 december 1991, *BNB* 1992/243 uitgezette koers, waarbij een scheiding tussen de fiscale controleprocedure en de boeteprocedure is aangebracht (zie paragraaf 6.2.1.). De vraag die in de cassatiemiddelen aan de orde wordt gesteld is of, en zo ja in hoeverre, van aldus verkregen gegevens gebruik mag worden gemaakt in een strafzaak of bij het opleggen van een verhoging, is derhalve volgens de Hoge Raad in deze (fiscale) zaak niet aan de orde.

Ook is de uit artikel 29, lid 2, AWR voortvloeiende omkering en verzwaring van de bewijslast, anders dan het middel betoogt, geen strafsanctie in de zin van artikel 6 van het EVRM. Het is volgens de Hoge Raad een dwangmiddel van administratiefrechtelijke aard, gericht op het bevorderen van juiste en volledige aangiften, niet een maatregel met een afschrikwekkend of bestraffend karakter. De vraag naar het gebruik van de fiscale te verstrekken gegevens moet dus verder beslist worden in de boeteprocedure. Wattel merkt in zijn noot bij HR 8 juli 1998, *BNB* 1998/326 op dat nieuw, maar niet verbazend, is dat de Hoge Raad dezelfde regel toepast indien de betrokkene op het moment waarop van hem een aangifte gevraagd wordt, reeds ‘charged’ is in de zin van artikel 6 EVRM.[900] Dit schemerde ook al door in HR 11 december 1991, *BNB* 1992/243. Daarin trof immers het verweer geen doel, dat de omkering van de bewijslast buiten toepassing moet blijven indien sprake is van strafvervolging.

[900]. Wattel stelt hierover (paragraaf 3.): ‘De Hoge Raad had al eerder overwogen dat de omkering van de bewijslast een 'sanctie' is (HR 14 juni 1989, nr. 25 349, *BNB* 1989/246) en dat zij een 'dwangmiddel' is 'van administratiefrechtelijke aard dat is gericht op het bevorderen van juiste en volledige aangiften' (*BNB* 1992/243), maar overweegt thans bij mijn weten voor het eerst uitdrukkelijk dat noch de omkering van de bewijslast (verschuiving naar de betrokkene) noch de daaraan door art. 25 en 29 AWR gekoppelde verzwaring van de bewijslast (aannemelijk maken is niet meer voldoende: de betrokkene moet doen 'blijken', dus overtuigend aantonen) een 'bestraffend of afschrikwekkend karakter' hebben.’

7.2.3.4. Commentaar op de overwegingen van de Hoge Raad

Uit de zaak is af te leiden dat er nog geen sprake was van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling op het moment dat het fiscale aangifteformulier werd uitgereikt. Betrokkene vond zich ten tijde van de uitreiking immers in voorlopige hechtenis. In april 1993, tijdens zijn voorlopige hechtenis, is aan betrokkene een aangiftebiljet inkomstenbelasting/premieheffing volksverzekeringen voor het jaar 1990 uitgereikt. Het risico dat de informatie die hij zou verstrekken omtrent de hasjhandel gebruikt zou worden als bewijs in het strafrechtelijk onderzoek, was dan geenszins theoretisch. Wattel merkt op dat de betrokkene in casu de zaak niet vertrouwde en ervan uitging dat de door hem aan de fiscus bij aangifte te verstrekken informatie over zijn verdiensten rechtstreeks doorgegeven zou worden aan het openbaar ministerie (zoals vice versa de fiscus kennelijk het strafdossier van het OM heeft gekregen). Hij vindt dat standpunt begrijpelijk en vermoedelijk terecht. Wattel wijst er in dit verband nog op dat betrokkene zich kon verzetten tegen het gebruik door het OM van de aldus onder dwang van de omkering van de bewijslast en van strafbedreiging verkregen fiscale informatie met een beroep op het Saundersarrest van het EHRM (EHRM 17 december 1996, *BNB* 1997/254 (Saunders v. UK). Dat zou dan op basis van dat arrest in elk geval voor mondelinge verklaringen hebben kunnen gelden.

7.2.3.5. Conclusie

Bij de bespreking van HR 11 december 1991, *BNB* 1992/243 is ingegaan op de vraag hoe de procedurele scheiding van de Hoge Raad tussen controle en boetesfeer, zich verhoudt tot die van het EHRM. Die overwegingen gelden hier eveneens. De onderhavige zaak illustreert hoezeer de Hoge Raad vasthoudt aan het uitgangspunt van onverkorte medewerking aan de fiscale inlichtingenverplichtingen, ook al bevindt de betrokkene zich in voorlopige hechtenis en kan de informatie in het kader van dat opsporingsonderzoek aangewend worden.

7.2.4. HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27

7.2.4.1. Receptie van het Saunders arrest: bewijsuitsluiting van onder dwang afgelegde verklaringen

In de zaak HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27 staat de doorwerking van het Saunders-arrest centraal. Aan de orde komt op welke wijze de Hoge Raad bewijsuitsluiting van onder de druk van de fiscale inlichtingenverplichting afgelegde verklaringen toepast in de fiscale boeteprocedure.

7.2.4.2. Omstandigheden van de zaak

Opmerkelijk genoeg was betrokkene aanvankelijk verdacht van deelneming aan een criminele organisatie, die onder meer tot oogmerk had het plegen van fiscale fraude. Die zaak was gesepponeerd. In verband met de bevindingen van het strafrechtelijk onderzoek, is nadien een fiscaal controleonderzoek uitgevoerd. Van belang is dat de betrokkene weigerde in dat verband informatie te verschaffen. De consequentie van die weigering was dat een naheffingsaanslag met verhoging werd opgelegd. Daarbij confronteerde de Inspecteur betrokkene met omkering en verzwaring van de bewijslast.

7.2.4.3. Geen opsporing maar controle

In het cassatiemiddel werd namens betrokkene het volgende gesteld:

> ‘Ik kon, gegeven mijn kennis van het fiscale recht, op grond van de gedragingen van de controlerende ambtenaren – het hanteren van het strafdossier tijdens hun vermeende controlehandelingen – in redelijkheid tot de verwachting komen dat zij van plan waren een strafvervolging (het opleggen van een fiscale boete; zie in dit verband o.a. HR 24

november 1987, NJ 1988, 617 en HR 19 juni 1985, NJ 1986, 104, m.nt. E.A.A., *BNB* 1986, 29, m.nt. J.P. Scheltens) in te stellen. Het feit dat formeel sprake zou zijn van een controlerende boekenonderzoek en de mededeling dat er geen Fiod-medewerkers aanwezig waren doet er niets aan af. Door laatstgenoemde argumenten te doen prevaleren heeft het Hof bovendien een verkeerde maatstaf voor de beoordeling of aldus sprake was van een vervolgingshandeling – die de waarborg en van het verdragsrecht in werking doen treden – aangelegd. Mitsdien is het uitspraak van het Hof onvoldoende met redenen omkleed.'

Allereerst overweegt de Hoge Raad dat de kwalificatie door het hof van het op 22 oktober 1996 ingestelde onderzoek van feitelijke aard is. Die kwalificatie hield in dat dat het onderzoek alleen gericht was op de aanvaardbaarheid van aangiften en derhalve bij sprake was van een controle-onderzoek en niet van een opsporingsonderzoek naar mogelijk door betrokkene gepleegde strafbare feiten. Daar doet niet aan af dat de betrokken ambtenaren tijdens het onderzoek kennis droegen van betrokkenes strafdossier. Kennis van het strafdossier doet daar dus niet aan af. Evenmin behoefde volgens de Hoge Raad het hof uit het door betrokkene aangevoerde – te weten dat hij in de loop van het onderzoek, dat onderzoek is gaan ervaren als een opsporingsonderzoek (vooral toen betrokkenes strafdossier ter tafel kwam) – niet de conclusie te trekken, dat jegens betrokkene toen reeds een handeling was verricht waaraan hij in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontlenen dat de Inspecteur een verhoging zou opleggen (r.o.3.2.).[901]

7.2.4.4. Uitsluiting van afgelegde verklaringen

Vervolgens komt de weigering van betrokkene aan de fiscale verplichtingen te hebben meegewerkt aan de orde (het tweede cassatiemiddel). Het hof heeft volgens de Hoge Raad – in cassatie onbestreden – geoordeeld dat betrokkene zijn weigering informatie te verschaffen niet kon rechtvaardigen met een beroep op het EVRM/IVBPR (r.o.3.3.). Echter, de Hoge Raad brengt hier een belangrijke nuancering aan gelet op het Saunders-arrest. Dit arrest brengt namelijk mee dat in een geval als het onderhavige, waarin een belastingplichtige aan het EVRM niet het recht kan ontlenen zich te onttrekken aan de verplichting gegevens, inlichtingen en bescheiden te verstrekken, een verklaring die de betrokkene heeft afgelegd ter voldoening aan die verplichting niet mag worden gebruikt ten behoeve van de boeteoplegging. Dit betekent dat de verklaring die betrokkene tegenover de Inspecteur heeft afgelegd over de aanschafprijs van het kantoormeubilair door het hof buiten beschouwing moest worden gelaten bij de beoordeling van de grondslag voor de boeteoplegging. (r.o.3.4.). Het is opvallend dat de Hoge Raad hier niet differentieert ten aanzien van de afgelegde verklaringen, in de zin of deze al of niet belastend zijn. Daarmee sluit de gekozen benadering op dit punt, aangaande testimonial evidence, volledig aan bij die van het EHRM in het Saunders arrest.

7.2.4.5. Nuancering van de 'omgekeerde bewijslast'

In paragraaf 3.4. stelt de Hoge Raad de werking van de 'omkering van de bewijslast' bij. De Hoge Raad stelt het volgende (r.o. 3.4):

[901]. Het hof overwoog daarover in het arrest Hof 's-Hertogenbosch, Vijfde Enkelv. belastingk., 3 december 1999 (Nr. 97/20525) (r.o. 4.3): 'Aannemelijk is dat bij bedoeld onderzoek alleen de aanvaardbaarheid van aangiften werd onderzocht en dat derhalve bij dat onderzoek sprake was van een controle-onderzoek (...) en niet van een opsporingsonderzoek naar mogelijk door betrokkene gepleegde strafbare feiten. Er zijn geen feiten en/of omstandigheden gesteld of gebleken welke erop wijzen dat dit anders is. Mogelijkerwijs is betrokkene, zoals hij ter zitting heeft verklaard, in de loop van het onderzoek dat onderzoek als een opsporingsonderzoek gaan ervaren, vooral toen betrokkenes strafdossier ter tafel kwam. Dat op zichzelf maakt het onderzoek evenwel nog niet tot een opsporingsonderzoek als vorenbedoeld.'

> ‘Het ligt in de lijn van het voorgaande om met het in artikel 6, lid 1, EVRM begrepen recht voor de beschuldigde om te zwijgen en om zichzelf niet te behoeven incrimineren, tevens in die zin rekening te houden dat voorzover een belanghebbende, ofschoon hij tot het afleggen van een verklaring kon worden verplicht, heeft geweigerd te voldoen aan de verplichting een van hem gevorderde verklaring af te leggen, in het kader van de vaststelling en toetsing van een boete aan die weigering als zodanig geen voor hem nadelig gevolg mag worden verbonden.’

Kort gezegd, aan de weigering tot verklaren tijdens het controleonderzoek mogen geen nadelige consequenties worden verbonden, in de zin van omkering van de bewijslast in de boeteprocedure. Volgens de Hoge Raad mocht het hof aan de boeteoplegging niet doen bijdragen, de weigering van betrokkene een verklaring te geven voor contante stortingen op zijn bankrekening.

Daarnaast zet de Hoge Raad een tamelijk fundamentele overweging uiteen. Hij stelt dat hetgeen in paragraaf 3.4. is geformuleerd aangaande het nemo tenetur-beginsel, evenwel niet tot cassatie kan leiden. De reden daarvoor is gelegen in het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.5):

> ‘Gelet op het arrest Saunders, waarin door het EHRM onderscheid wordt gemaakt tussen (bewijs)materiaal dat wel en dat niet zijn bestaan dankt aan de wil van de beschuldigde, zou artikel 6, lid 1, EVRM niet eraan in de weg hebben gestaan dat ook in het kader van de beoordeling van de boete-oplegging rekening was gehouden met de door de Inspecteur ten behoeve van de vaststelling van de belastingschuld opgevraagde bescheiden, indien deze door betrokkene zouden zijn verstrekt. Derhalve bestaat er geen reden aan de weigering van betrokkene om die bescheiden – uit ’s Hofs uitspraak en de stukken van het geding blijkt niet dat betrokkene het bestaan daarvan heeft ontkend – te verstrekken voor de boete-oplegging het gevolg te ontzeggen dat artikel 29, lid 1, AWR aan het niet naleven van de verplichtingen ingevolge artikel 47 AWR verbindt.’

De Hoge Raad stelt hiermee dat de omkering van de bewijslast wel geldt, in het geval de weigering van betrokkene niet ziet op het verklaren, maar op het desgevorderd uitleveren van stukken.

7.2.4.6. Commentaar op het arrest

Ten eerste valt een opmerking te plaatsen bij het rechtsoordeel dat geen sprake was van een opsporingsonderzoek – zoals door betrokkene gesteld – maar van een controleonderzoek. Het oordeel daaromtrent wordt door de Hoge Raad aangemerkt als een oordeel van feitelijke aard en zo afgedaan. Dit betekent dat de kwalificatie van het hof overeind blijft; namelijk dat sprake was van ‘controle’. Hierbij is opvallend dat uitgegaan wordt van het ‘formele’ criminal charge begrip. Het criterium wordt immers aangelegd in hoeverre ‘de redelijke verwachting te ontlenen was dat een verhoging (boete) opgelegd zou worden’. Dat is een andere benadering dan het (strafvorderlijke) materiële verdenkingscriterium, dat bestaat uit feiten en omstandigheden die een redelijk vermoeden van een strafbaar feit constitueren. In hoofdstuk 5 (paragraaf 6) is betoogd dat het criminal charge begrip in relatie tot de EHRM nemo tenetur-arresten opgevat moet worden als behelzende een (materieel) verdenkingsbegrip.

Een alternatieve verdedigingsstrategie zou derhalve zijn geweest te bepleiten dat sprake was van een verdenking. Mogelijk dat het feitelijke oordeel van het hof dan anders was uitgevallen. De aanwezigheid van een dergelijke verdenking wordt ondersteund door de conclusie van Wattel. Hij stelt namelijk dat op het moment waarop de betrokkene zijn (verdere) medewerking

weigerde, objectieve aanwijzingen bestonden waaraan hij redelijkerwijs de verwachting kon ontlenen dat de fiscus hem een boete wilde opleggen, welke verwachting overigens ook geheel correct bleek te zijn.[902] In de optiek van Wattel was aldus zelfs voldaan aan het 'formele' criminal charge criterium. Het boekenonderzoek bij betrokkene werd volgens hem immers ingesteld naar aanleiding van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk vooronderzoek waarin hij als verdachte betrokken was. Redelijkerwijs viel niet te verwachten dat betrokkene na zijn aanhouding en verhoor door Fiod-ambtenaren en zijn strafrechtelijke sepot ook administratiefrechtelijk niets meer van de zaak zou horen. Betrokkene kon op zijn vingers natellen dat de fiscale 'uitloper' van het strafrechtelijke onderzoek in zijn richting gevolgd zou worden; dat de muis een fiscaalrechtelijk staartje zou krijgen, aldus Wattel.[903]

Over de omkering van de bewijslast kan het volgende gesteld worden. Zoals uitgebreid aan bod is gekomen verzet het nemo tenetur-beginsel zich er niet tegen dat in de boeteprocedure gebruik wordt gemaakt, van in de controleprocedure vergaard 'real evidence'. Dergelijke stukken vallen dan onder de kwalificatie 'wilsonafhankelijk materiaal'. Nu er in casu sprake was van een 'regulier' controleonderzoek, was betrokkene gehouden daarin stukken te verstrekken. Het feit dat hij dat niet heeft gedaan, terwijl hij daartoe gehouden was, maakt dat hem die weigering tevens in de boeteprocedure kan worden verweten. Daardoor geldt artikel 29 lid 1 AWR tevens in de boeteprocedure, ten aanzien van de niet verstrekte bescheiden in het controleonderzoek. Immers, zo kan de laatste zin van de Hoge Raad worden gelezen. Het gaat om de weigering van betrokkene om die bescheiden te verstrekken, en het gevolg van artikel 29 lid 1 AWR voor de boeteoplegging. Er is dus geen sprake van een situatie waarin betrokkene verdachte was en geconfronteerd wordt met een vordering tot uitlevering van 'real evidence'. Overigens is betrokkene hier kennelijk wel verdachte geweest, maar is die zaak geseponeerd.

Het arrest leert aldus dat zich drie te onderscheiden situaties van omkering van de bewijslast kunnen voordoen. Ten eerste geldt de omkering van de bewijslast in de 'reguliere' fiscale procedure. Dat is het gebruikelijke 'dwangmiddel van administratiefrechtelijke aard dat is gericht op het bevorderen van juiste en volledige aangiften' (vgl. Hoge Raad 8 juli 1998, *BNB* 1998/326). Dan zijn er twee varianten in relatie tot de boeteprocedure. Omkering van de bewijslast in de boeteprocedure is niet toegestaan ten aanzien van verklaringen, die uitgesloten dienen te worden van het bewijs. Aan de weigering te verklaren mogen geen nadelige consequenties worden verbonden.[904] Dat mag wel voor de tweede variatie in de boeteprocedure, namelijk wanneer sprake is van documenten die sowieso vertrekt hadden moeten worden in de controleprocedure; hetgeen de betrokkene dan geweigerd heeft. De bescherming van de mondelinge verklaringsvrijheid werkt dus door bij de omkering van de bewijslast. In dit verband wordt nog gewezen op HR 15 april 2011, *NJB* 2011/942 (r.o. 4.5.2.):

> 'Als uitgangspunt geldt dat aan een betrokkene geen boete kan worden opgelegd ter zake van een beboetbaar feit waaromtrent bewijs ontbreekt dat hij dit heeft gepleegd. De omstandigheid dat een betrokkene heeft geweigerd de door de Inspecteur van hem gevraagde inzage te verschaffen, levert als zodanig geen bewijs op van een beboetbaar feit bestaande in het over een bepaald jaar niet aangeven van bepaalde inkomsten of vermogensbestanddelen en heeft ook geen invloed op de bewijslastverdeling te dier

[902]. Conclusie paragraaf 4.12.
[903]. Conclusie paragraaf 4.11.
[904]. Feteris vindt dit overigens 'wel erg ver' gaan. In gevallen waarin het EVRM en het IVBPR zich niet verzetten tegen de verplichting om informatie te verstrekken, zou hij willen aannemen dat een weigering om aan die verplichting te voldoen aanleiding mag geven tot sancties, ook op boetegebied. Zie M.W.C. Feteris 2002, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2002, p. 300.

zake. Het gevolg dat artikel 27e van de AWR verbindt aan het verzaken van de inzageplicht houdt blijkens de laatste volzin van dat artikel niet in dat de betrokkene moet bewijzen dat hij geen beboetbaar feit heeft begaan. Een andere opvatting zou ook niet verenigbaar zijn met het door artikel 6, lid 2, van het EVRM gewaarborgde vermoeden van onschuld.'

Als benoemd sluit de wijze waarop de Hoge Raad de bewijsuitsluiting terzake van 'testimonial evidence' toepast geheel aan bij de Saunders jurisprudentie. *Alle* verklaringen, afgelegd in het controleonderzoek, worden uitgesloten. Er vindt geen differentiatie plaats tussen belastende en niet-belastende verklaringen. In het arrest van HR 16 september 2005, *LJN:* A09013 wordt de lijn van de bewijsuitsluiting bestendigd.

7.2.5. HR 8 maart 2002, *AB* 2002/353

7.2.5.1. Bescherming van de verklaringsvrijheid in de fiscale bezwaarfase

Het arrest HR 8 maart 2002, *AB* 2002/353 kan geduid worden als een verdere stap in de ontvlechting van het sfeercumulatie-probleem. In cassatie stond de niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaarschrift centraal. Aan de orde was de vraag of de verplichting om het bezwaarschrift of beroepschrift te motiveren bij punitieve besluiten, in strijd is met artikel 6 EVRM. Het gaat hierbij zowel om mogelijke strijd met het recht op toegang tot de onafhankelijke rechter als om strijd met het nemo tenetur-beginsel. In haar brief van 2 september 1997 (zie 1.15) schreef de verdediging (slechts):

> 'In afwijking van de aangifte heeft u zich volledig gebaseerd op de uitkomsten van het – partiële – Fiod-onderzoek en dat gemakshalve maar geëxtrapoleerd. Thans tracht u van cliënt te eisen en verwacht dat dan ook dat hij gemotiveerd ingaat op algemene stellingen van het Fiod rapport, verder staat de schuld van cliënt absoluut nog niet vast. (…).'

De strekking van het cassatiemiddel was dat aan de belastingplichtige aan wie een aanslag met verhoging is opgelegd, op grond van artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR toekomende rechten – in het bijzonder het recht op berechting door een onafhankelijke en onpartijdige rechter en het recht om te zwijgen en het recht om zichzelf niet te incrimineren – meebrengen dat hij zowel de aanslag als de uitspraak op het bezwaarschrift ongemotiveerd aan een rechterlijk college moet kunnen voorleggen.

7.2.5.2. Overwegingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad komt hier de belastingplichtige tegemoet, in die zin dat hij inderdaad een iets ruimere werking toekent aan het zwijgrecht. Hierbij acht hij dit in sommige gevallen ook van toepassing wanneer van betrokkene schriftelijke verklaringen worden verlangd.[905] Het doet er namelijk niet toe of die verklaringen al dan niet in schriftelijke vorm geschiedt. De Hoge Raad toetst daarmee duidelijk aan het nemo tenetur-beginsel en past het zwijgrecht zo toe dat de belastingplichtige dit in de (schriftelijke) bezwaarschriftprocedure kan benutten.

In de zaak trof het cassatiemiddel echter toch geen doel. De Hoge Raad overweegt dat een dergelijke aanduiding van de gronden van het bezwaar – dus louter het stellen niet nader te kunnen motiveren, zonder zelfincriminatie – in het algemeen mogelijk zal zijn, zonder dat de

[905]. HR 8 maart 2002, *AB* 2002, 353 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

belastingplichtige een verklaring aflegt, ter zake van de gedragingen die de Inspecteur aanleiding hebben gegeven tot het opleggen van een verhoging. In het arrest van het hof blijkt niet dat aangevoerd is dat dit in het onderhavige geval anders is (r.o. 3.6.). De hierboven vermelde aanduiding van het bezwaar voldoet dus niet aan de door het nemo tenetur-beginsel ingegeven 'summiere' motivering, zoals geschetst door de Hoge Raad. Concreet betekent dit het volgende. Er kan niet volstaan worden 'niets' in te vullen bij het bezwaarschrift. De reden dat niets wordt ingevuld, moet gemotiveerd worden. Aldus moet aangegeven worden dat 'niets' kan worden vermeld op grond van het risico van zelfincriminatie. Dat is dus de juridische nuance die de Hoge Raad vereist. Een succesvol beroep op het nemo tenetur-beginsel in de bezwaarfase vereist dus een uitdrukkelijk standpunt van de betrokkene, inhoudende dat daar een beroep op wordt gedaan.

Albers benoemt nog dat uit dit arrest kan worden afgeleid dat de normaal in het bestuursprocesrecht bestaande plicht tot het aanvoeren van gronden (zij wijst op. artikelen 6:5 Awb en 8:69 Awb) niet onverkort geldt, in het kader van besluiten tot oplegging van punitieve sancties. In ieder geval mag volgens haar het niet aanvoeren van (gemotiveerde) gronden niet (zonder meer) leiden tot een niet-ontvankelijkverklaring.[906]

7.2.5.3. Conclusie
In essentie komt de uitspraak er op neer dat ingevolge de werking van het nemo tenetur-beginsel de aanduiding van de gronden van het bezwaar in zaken waarin een verhoging aan de orde is, summier mag zijn. De Hoge Raad stelt daarbij als vereiste dat de belastingplichtige dan aangeeft dat standpunt niet nader te kunnen motiveren zonder zichzelf te belasten.

7.2.6. HR 27 april 2004, *BNB* 2004/225

7.2.6.1. De toelaatbaarheid van afgedwongen bewijsmateriaal
In de zaak HR 27 april 2004, *BNB* 2004/225 komt wederom de vraag aan de orde naar de toelaatbaarheid van afgedwongen gegevens. Wat de zaak vooral relevant maakt is dat de Hoge Raad expliciet ingaat op het JB-arrest: EHRM 3 mei 2001, *AB* 2002/343 (J.B. v. Zwitserland).

7.2.6.2. Omstandigheden van de zaak
Hett onderhavige fiscale onderzoek vormde een uitvloeisel van de Clickfonds beursfraudezaak. Dat betekent dat de zaak aanvankelijk strafrechtelijk gekleurd is geweest. De concrete betekenis daarvan zal in het navolgende duidelijk worden. Wat was het geval? Betrokkene was in 1994 en 1995 één van de vier directeuren/aandeelhouders van een bedrijf dat handelt in effecten**.** In 1997 is zowel bij de onderneming als bij betrokkene een strafrechtelijk onderzoek ingesteld naar beursfraude. In het kader van het strafrechtelijke onderzoek is een doorzoeking gedaan op zowel de bedrijfsvestiging van de betrokkene als in zijn woning. Bij de doorzoeking werd in een kluis in de woning van betrokkene belastend materiaal gevonden, namelijk een verklaring van betrokkene waarbij hij zijn echtgenote machtigt om na zijn overlijden te beschikken over een Zwitserse bankrekening.

Als gevolg van de huiszoeking is betrokkene vervolgd voor onder andere overtreding van artikel 68 (oud) AWR ter zake van onjuiste aangifte, artikel 225 Sr betreffende valsheid in geschrifte bij het doen van aangifte inkomstenbelasting 1994 en vermogensbelasting 1995 en overtreding van artikel 140 Sr betreffende leiding geven aan het doen van onjuiste aangiften

[906]. C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten: Balanceren op een magische lijn?*, (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 179.

loonbelasting van de B.V. Er vond dus een vervolging plaats voor onder meer een fiscaal delict. Naar aanleiding van de resultaten van het strafrechtelijke onderzoek heeft de belastinginspecteur opgemerkt dat betrokkene de aangiften inkomstenbelasting 1994 en vermogensbelasting 1995 onjuist heeft gedaan. Als gevolg daarvan heeft de Inspecteur hem per brief medegedeeld dat hij, in verband met de aanslagtermijn, het aangegeven belastbare inkomen 1994 opwaarts heeft gecorrigeerd met fl. 500.000 en het aangegeven vermogen per 1 januari 1995 heeft vastgesteld op fl. 5.000.000. De hoogte van de aanslagen heeft de Inspecteur onder meer gebaseerd op de verklaring van een tipgever, inhoudende dat betrokkene een vermogen van 4 tot 5 miljoen had verdiend en in Zwitserland had ondergebracht. Betrokkene heeft tegen beide aanslagen bezwaar ingediend. In het kader van de afwikkeling van het bezwaarschrift heeft de Inspecteur de gemachtigde van betrokkene verzocht om binnen twee weken onder meer openingsformulieren en dagafschriften van de Zwitserse bankrekening te verstrekken.

Het behoeft geen betoog dat betrokkene op basis van het voorgaande een ‘charged person’ is. A-G Wattel komt eveneens tot deze conclusie.[907] Er liep immers een strafrechtelijk onderzoek tegen betrokkene. Op basis van de feiten is het daarbij gerechtvaardigd te stellen dat sprake is van materiële samenloop. Tevens volgt uit het gepubliceerde arrest dat zowel de strafzaak als de fiscale zaak zich op dezelfde feiten lijken te richten. Daarmee bestaat een concreet gevaar dat wanneer betrokkene die informatie verstrekt, dat tegen hem gebruikt zal worden in de strafzaak.

Er is echter één zeer opmerkelijk procedureel punt, dat niet in het arrest van de Hoge Raad maar wel in de conclusie van A-G Wattel naar voren komt. De Inspecteur was namelijk bereid om de fiscale procedure uit te stellen tot na de strafzaak! Dat zou op zichzelf beschouwd kunnen worden – wanneer dat mogelijk is – als de meest elegante oplossing van het sfeercumulatie probleem. Wanneer de strafzaak aan de orde is geweest en nog een zuivere fiscale procedure resteert, ten aanzien van dezelfde feiten, is er geen serieus gevaar meer voor schending van het nemo tenetur-beginsel. Het praktische probleem lijkt me echter dat de fiscale boeteprocedure juist sterk afhankelijk is van de uitkomsten van de reguliere fiscale vaststelling. De hoogte van de boete is immers bij uitstek gebaseerd op de omvang van het bijvoorbeeld niet opgegeven inkomen.

De procedure wordt desondanks vervolgd. De betrokkene weigert evenwel antwoorden te verschaffen, op door de Inspecteur gestelde vragen naar (onder meer) een Zwitserse bankrekening. Betrokkene stelde zicht op het standpunt dat hem een zwijgrecht toekwam en geen belastende documenten hoefde te verstrekken, gelet opt het strafrechtelijk onderzoek tegen hem. Deze weigering tot informatieverstrekking staat in cassatie centraal (3.3.2.).

7.2.6.3.Overwegingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad houdt onverkort vast aan de eerder ingezette lijn. Die komt hier wederom op het volgende neer (3.3.4.). De omstandigheid dat ten tijde van de vragen van de Inspecteur een strafvervolging tegen betrokkene was ingesteld, onthief hem volgens de Hoge Raad niet van de in artikel 47 AWR neergelegde informatieverplichting. Daar komt het vervolgstuk bij dat de vraag of, en zo ja in hoeverre, van aldus verkregen gegevens gebruik mag worden gemaakt in

[907]. A-G, r.o. 7.15. De feiten in onze zaak (met name de doorzoeking thuis na de opening van een g.v.o.) laten moeilijk een andere conclusie toe dan dat de betrokkene, toen van hem eind 1998 door de Inspecteur de litigieuze gegevens gevorderd werden, reeds als 'charged' kon gelden in de zin van art. 6 EVRM (en dus zeker als 'verdachte' in de zin van art. 27 Sv), en dat hij er ernstig rekening mee moest houden dat hij, als hij mee zou werken, bewijs van een strafbaar feit tegen zichzelf zou verschaffen dat tegen hem gebruikt zou worden in het strafproces.

een strafzaak of bij het opleggen van een verhoging of boete, in de onderhavige belastingprocedure niet aan de orde is. Volgens de Hoge Raad komt die vraag pas aan de orde, bij de ' determination of a criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM tegen de betrokkene.

Van cruciaal belang is de volgende overweging. De Hoge Raad benadrukt namelijk (3.3.5.):

> 'dat deze zaak zich op een belangrijk punt onderscheid van die van J.B. Daarin ging het om een procedure die "served the various purposes of establishing the taxes due by the applicant and, if the conditions herefor were met, of imposing a supplementary tax and a fine for tax evasion on him" (§ 47) en was niet de vraag aan de orde of een staat een belastingplichtige kan verplichten informatie te geven met het enkele doel een juiste belastingheffing te verzekeren (§ 63 slot).'

Met andere woorden: de fiscale vordering in de onderhavige zaak diende niet mede andere punitieve belangen maar was enkel gericht op de belastingnaleving. De Hoge Raad komt daardoor uiteindelijk tot het navolgende oordeel. Er bestaat volgens de Hoge Raad geen algemene verplichting voor belastingplichtigen, tot het verstrekken van 'gelausuleerde'informatie. Het betreft dan informatie, waarbij aan de betrokkene tevoren de garantie wordt gegeven dat die informatie niet zal worden gebruikt als bewijs in een strafvervolging. Daar kan dus door de betrokkene geen aanspraak op worden gemaakt. Met de fiscale verplichting wordt volgens de Hoge Raad geen afbreuk gedaan aan (onder meer) het recht van de betrokkene zichzelf niet te behoeven te incrimineren, zoals dat voortvloeit uit het EVRM.

7.2.6.4. Commentaar op het arrest

Het opmerkelijke aan dit arrest is dat het rechtsoordeel van de Hoge Raad geen nieuwe inzichten oplevert, terwijl de Hoge Raad bekend was met de JB- en Shannon-arresten. Die EHRM-arresten nopen de Hoge Raad dus niet tot bijstelling van zijn jurisprudentie. Met het louter doorschuiven naar de strafprocedure neemt de Hoge Raad wederom geen standpunt in ten aanzien van wat er zou moeten gebeuren met het afgedwongen bewijsmateriaal. In dat verband merkt A-G Wattel op dat wanneer betrokkene wel aan de informatievordering had voldaan, dit bewijsmateriaal onbruikbaar was geweest voor boetedoeleinden. De Hoge Raad neemt in deze zaak in expliciete termen afstand van de 'waarborggarantie'. De waarborg zou voorwaarde zijn voor het verstrekken van informatie, daar waar een parallelle criminal charge bestaat. In relatie tot die waarborg wordt concreet gereageerd op het J.B. arrest. De omstandigheid dat sprake is van een informatievordering die formeel louter gedaan wordt in het kader van de reguliere fiscale procedure, maakt voor de Hoge Raad dat een waarborg niet gegeven hoeft te worden. De Hoge Raad houdt vast aan het doel van het onderzoek; dat was fiscaal van aard. Dat enkele doel garandeert evenwel niet dat de informatie niet gebruikt zal worden als bewijsmiddel in het fiscaal strafrechtelijk onderzoek.

Ten aanzien van de kwestie rondom de omkering van de bewijslast biedt dit arrest evenmin nieuwe inzichten. De Hoge Raad houdt vast aan zijn kwalificatie als 'een dwangmiddel van administratiefrechtelijke aard'. A-G Wattel merkt hier nog over op dat de verzwaring van de bewijslast mogelijk een ontoelaatbare 'method of coercion' zou kunnen zijn in gevallen waarin de belastingplichtige reeds 'charged' is en hem niet toegezegd wordt dat de onder dwang te verstrekken informatie niet gebruikt zal worden tot substantiëring van die 'charge' (5.11).[908] Bij

[908]. Wattel verwijst nog naar een kort geding procedure bij het hof. 6.5. De President acht het geboden dat de Inspecteur te zijner tijd verzoeker op de hoogte stelt van een eventueel voornemen de justitiële autoriteiten in te lichten zodat verzoeker in dat stadium al dan niet in rechte oppositie kan voeren. Deze (tussen)oplossing houdt

gebreke van die waarborg vormt de omkering van de bewijslast niet de kern van het 'nemo tenetur' probleem maar een aanzienlijke verergering daarvan.

Aangezien er in deze zaak klaarblijkelijk een 'overlap' was tussen het fiscaal- en strafrechtelijk onderzoek zou de 'Chambaz-formule' in werking moeten treden. Mede gelet op de arresten Shannon en Marttinen hadden er waarborgen gegeven moeten worden, met betrekking tot de vordering van fiscale gegevens. De standaard formulering waar de Hoge Raad naar verwijst, is niet in overeenstemming met de waarborgen die het EHRM toekent. De aanname die daarbij gemaakt kan worden, is dat de strafrechtelijke verdenking van overtreding van de AWR dezelfde feiten betreft, waarop de fiscale informatievordering betrekking heeft. Ook Hamer en Dekens achten daarom de algemene overwegingen van de Hoge Raad niet te rijmen met artikel 6 EVRM, zoals blijkt uit het arrest Shannon van het EHRM (EHRM 4 oktober 2005, *NJCM-Bulletin* 2006/3 (Shannon v. Verenigd Koninkrijk). Het EHRM oordeelde immers dat ook een beroep gedaan kan worden op het recht om zichzelf niet te incrimineren in geval van een strafrechtelijke vervolging. Naar de mening van Hamer en Dekens zal het nemo tenetur-beginsel niet meer uitsluitend met succes aan het einde ingeroepen kunnen worden, doch ook tijdens de fase van de gevorderde inlichtingen, indien de zaak waarin de inlichtingen gevorderd worden in elk geval verknocht is aan een door een andere instantie aangevangen vervolging. Volgens Hamer en Dekens zullen de hoven voortaan op zijn minst moeten bezien of en in hoeverre de informatieverstrekking en de te verwachten informatie niet mede betrekking kunnen hebben op de inhoud van de lopende straf- dan wel boetezaak en indien dat zo is dat de verplichting om te voldoen aan de vordering ex artikel 47 AWR in strijd is met het nemo tenetur-beginsel.[909]

Zoals hierboven is aangestipt, is het echter de betrokkene geweest die door beroep in te stellen tegen een vermeende weigering van uitspraak op bezwaar, de overheid via de rechter gedwongen heeft om voortgang te maken met de fiscale procedure, en de Inspecteur aldus gedwongen heeft om uitspraak te doen, zonder overigens de daarvoor vereiste informatie te verschaffen, zodat het de betrokkene zelf is geweest die de Inspecteur gedwongen heeft om informatie te vorderen en bij gebreke van antwoord, te schatten. Zoals A-G Wattel stelt, heeft deze zich 'in de voet geschoten'.

7.2.7. HR 22 juni 2007, *BNB* 2007/292

7.2.7.1. Toepassing artikel 47 AWR in (zuiver) boeteonderzoek

Het arrest HR 22 juni 2007 *BNB* 2007/292 is in meerdere opzichten een opmerkelijke zaak. De zaak gaat in essentie namelijk over de vraag in hoeverre de fiscale controlebevoegdheden uitgeoefend kunnen worden – louter – in het kader van het fiscale boeteonderzoek. In casu staat de toepassing van artikel 47 AWR centraal. Uiteraard raakt dit de vraag of de betrokkene dan volgens de Hoge Raad gehouden is medewerking te verlenen. De relatie met het nemo tenetur-beginsel is impliciet aanwezig. Gelden die bevoegdheden namelijk niet in het kader van het boeteonderzoek, dan is de betrokkene niet gehouden om van rechtswege medewerking te verlenen. Artikel 47 AWR eerste lid luidt als volgt:

---

volgens Wattel in dat de meewerkplicht blijft bestaan, ook zonder toezegging dat de onder dwang verkregen gegevens niet voor bestraffing gebruikt zullen worden, maar dat de fiscus een eventueel voornemen om de gegevens voor bestraffing te gaan (doen) gebruiken, aan de betrokkene meegedeeld moet worden alvorens het uitgevoerd wordt, opdat de betrokkene de gelegenheid heeft een rechterlijk verbod te halen.

[909]. G.P. Hamer en N.W.A. Dekens, Enige beschouwingen over het nemo tenetur beginsel in het fiscale recht, *Tijdschrift Formeel Belastingrecht* 2006/02, p. 8-9.

1. Ieder is gehouden desgevraagd aan de inspecteur:
a. de gegevens en inlichtingen te verstrekken welke voor de belastingheffing te zijnen aanzien van belang kunnen zijn;
b. de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers of de inhoud daarvan – zulks ter keuze van de Inspecteur – waarvan de raadpleging van belang kan zijn voor de vaststelling van de feiten welke invloed kunnen uitoefenen op de belastingheffing te zijnen aanzien, voor dit doel beschikbaar te stellen.

7.2.7.2. Omstandigheden van de zaak

Het fiscale geschil had betrekking op de koop/verkoop van schepen. Betrokkene oefende in het onderhavige jaar (1999) samen met zijn broer en zijn vader in de vorm van een vennootschap onder firma (hierna: de Vof) een zeevisserijbedrijf uit. Op 1 januari 1999 had de V.o.f. twee schepen: de oude D en de E. In 1997 heeft de V.o.f. een schip besteld, de nieuwe G. In oktober 1999 is de nieuwe G geleverd. Blijkens een 'memorandum of agreement' en een 'bill of sale' heeft de Vof de oude D verkocht voor ƒ 5.036.579 (€ 2.285.500). Uit een afzonderlijke overeenkomst, gesloten tussen de V.o.f., de koper en een bemiddelaar, die als 'side letter' geldt ten opzichte van de koopovereenkomst, bleek het volgende. Op het tijdstip van levering door de Vof aan de koper zou € 2.285.500 in rekening worden gebracht. De eigenlijke verkoopprijs beliep echter € 1.815.120. Het verschil tussen beide bedragen van € 470.380 zou na ontvangst door de notaris onmiddellijk worden overgemaakt naar de rekening derdengelden van de bemiddelaar. Het bedrag zou worden aangewend voor bekostiging van de werkzaamheden om de oude D om te bouwen tot een 'beamtrawler/twinrigger'. De kosten van de ombouw zijn door de desbetreffende scheepswerf gefactureerd aan de koper. De Vof heeft het hiervoor als laatste genoemde bedrag als onderhoudskosten ten laste van het resultaat gebracht. De Vof heeft voorts het verschil in tonnagelicentie voor de oude D en de nieuwe G aan de bouwer van laatstgenoemd schip verkocht voor ƒ 330 000. Ter zake hiervan heeft de Vof een vervangingsreserve gevormd, welke vervolgens is afgeboekt op de kostprijs van de nieuwe G.

De Inspecteur is bij het vaststellen van de aanslagen inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen en premie arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen voor het jaar 1999 afgeweken van de aangiften. De correctie wordt door betrokkene niet bestreden. Wel bestrijdt betrokkene de tegelijkertijd op de voet van artikel 67d van de AWR opgelegde boetes. Aan betrokkene zijn bij (primitieve) aanslagen inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen, respectievelijk premie arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen, vergrijpboetes opgelegd wegens het opzettelijk doen van een onjuiste aangifte. In bezwaar en beroep zijn uitsluitend de boetebeschikkingen in geschil. Dat is een belangrijke constatering. Het feit dat boetes zijn opgelegd, betekent onmiskenbaar dat sprake is van een ‘criminal charge’. In bezwaar en beroep was de ‘reguliere belastingheffing’ niet meer aan de orde. Nu is het geval dat in het kader van de bezwaren tegen de boetes, de Inspecteur vragenbrieven heeft gestuurd, op 27 maart 2003 en 13 mei 2003. De antwoorden en documenten verstrekt naar aanleiding daarvan, werden voor de onderbouwing van de boetes gebruikt.

Betrokkene voerde bij het hof onder meer aan dat nadat tegen hem bij kennisgeving van 26 juni 2002 een 'criminal charge' was ingebracht, de Inspecteur geen vragen had mogen stellen en geen documenten meer had mogen opvragen. Het hof overweegt hieromtrent dat niet gebleken is dat de vragen onder de druk van een antwoordplicht met sanctiebedreiging zijn gesteld. De antwoorden zijn daarmee volgens het hof ‘vrijwillig’ door betrokkene gegeven (6.1.4.).

Dit punt wordt voorts in cassatie aan de orde gesteld. Het accent van de rechtsvraag komt te liggen op het 'dwang' karakter van artikel 47 AWR, in het geval van de fiscale boeteprocedure. De verdediging stelt dat de belastingplichtige op grond van artikel 47 AWR van rechtswege gehouden is om die vragen te beantwoorden. Van een spontane, vrijwillige actie kan dus geen sprake zijn. Het niet voldoen aan verzoeken om informatie van de Inspecteur is strafbaar gesteld in de artikelen 68 en 69 AWR.[910] De verdediging stelde voorts dat op de Inspecteur de verplichting rust om het onverplichte karakter van de beantwoording van door hem gestelde vragen te vermelden. Volgens het hof vindt deze stelling geen steun in het recht.

7.2.7.3. Overwegingen Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt hieromtrent het volgende:

> 'De in geding zijnde brieven laten geen andere conclusie toe dan dat de bedoelde vragen door de Inspecteur werden gesteld met het oog op de behandeling van de ingediende bezwaarschriften, derhalve met het oog op de beoordeling of de door betrokkene tegen de boetebeschikking ingediende bezwaren konden leiden tot het herroepen van die beschikkingen. Daarmee was, nu de Inspecteur niet in andere zin deed blijken – artikel 47 van de Wet geldt hier niet –, het vrijwillige karakter van de beantwoording van de vragen gegeven en mocht de Inspecteur de antwoorden bij de beslissing op de bezwaren betrekken.'

De implicaties van dit arrest zijn veel groter dan de voorgaande alinea doet vermoeden. Zoals De Bont stelt in zijn noot bij HR 22 juni 2007, *BNB* 2007/292, is het feit dat de Hoge Raad benoemt dat artikel 47 AWR in de (zuivere) boeteprocedure niet geldt, een ware 'eye opener'. Volgens De Bont werd voor dit arrest wel degelijk uitgegaan van de toepasselijkheid van dit artikel in boetezaken. Hij verwijst in dat verband naar artikel 67j AWR, het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst 1998 (BBBB 1998) en meer in algemene zin naar de doctrine. Dat ook de staatssecretaris van oordeel was dat artikel 47 AWR gold in boetekwesties blijkt volgens De Bont uit paragraaf 12 van het BBBB 1998:

> 'De overige verplichtingen van hoofdstuk VIII van de AWR gelden onverkort, waaronder onder meer de verplichting van artikel 47, eerste lid, onderdeel b, van de AWR. Indien de Inspecteur in verband met de boete boeken, bescheiden of andere gegevensdragers of de inhoud daarvan wenst te raadplegen, is betrokkene gehouden hieraan mee te werken.'

De Bont stelt dat aldus uit de tekst van artikel 47 AWR kan worden afgeleid dat deze bepaling niet geldt voor de boeteoplegging en -procedure. De informatieverplichting geldt immers volgens hem slechts voor de 'belastingheffing te zijnen aanzien'. Onder 'belastingheffing' kan dan niet de boeteoplegging worden verstaan, aldus De Bont. Die gedachtegang valt goed te volgen. Evenwel stelt De Bont dat een andere opvatting ook mogelijk is. Hij wijst er op dat indien artikel 47 AWR niet geldt, artikel 67j AWR – dat het zwijgrecht bevat – een zinloze regel is. In artikel 67j AWR is bepaald dat geen verklaringsverplichting geldt 'voorzover het betreft de boeteoplegging'.

---

[910]. In de toelichting bij het cassatiemiddel wordt overigens nog opgemerkt dat. Naar mijn oordeel is niet vereist dat de Inspecteur bij het stellen van vragen verwijst naar wettelijke regels die dwang opleggen of zelfs dreigt met sancties. Het HRM stelt die eis niet (zie paragraaf 70 van het Saunders-arrest) en een dergelijke eis valt evenmin af te leiden uit uw arrest *BNB* 2002/27. Uit het Saunders arrest, en de wijze waarop de Hoge Raad deze uitspraak toepast, volgt inderdaad dat het er (in beginsel) slechts om draait dat de verklaringen zijn afgelegd in het kader van een wettelijke mededelingsplicht.

De Bont stelt voorts dat uit het arrest van de Hoge Raad kan worden opgemaakt dat voor vragen die slechts de boeteoplegging betreffen in het geheel geen verklaringsverplichting ingevolge artikel 47 AWR geldt. Voor een uitzondering als bedoeld in artikel 67j AWR bestaat – bij gebreke aan een hoofdregel – volgens hem geen enkele noodzaak.

Voorts kan nog een belangrijke sub vraag worden gesteld. Geldt artikel 47 AWR in het boeteonderzoek überhaupt niet of geldt dit alleen niet terzake van de inlichtingen genoemd in het eerste lid sub a? De Hoge Raad stelt dat artikel 47 AWR *hier* niet geldt. De verdediging klaagt in het cassatiemiddel over het beantwoorden van vragen. Dat lijkt dus te gaan over het verschaffen van 'testimonial evidence'. De verwijzingen naar het EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk) en HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27 sluiten daar logisch bij aan. De overweging van de Hoge Raad zou dus gelezen kunnen worden tot louter betrekking hebbend op 'testimonial evidence'. Of heeft de overweging van de Hoge Raad eveneens betrekking op informatieverplichting van artikel 47 AWR aangaande 'real evidence'? Afgezien van het voorgaande brengt de Hoge Raad daar immers geen nuance in aan. Daarbij valt in de beschrijving van de feiten te lezen dat verdachte ook documenten heeft verstrekt in het kader van de vragen van de Inspecteur. De conclusie lijkt zich dan ook aan te dringen dat zonder verdere differentiatie artikel 47 AWR volgens de Hoge Raad niet geldt in het boetonderzoek; ongeacht of sub a (testimonial evidence) of sub b ('real evidence') verzocht wordt. Op zichzelf is dit geheel in lijn met de bevindingen en conclusies omtrent de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel in hoofdstuk 5; voortvloeiende uit de analyse van het EHRM-jurisprudentie.

De Bont stelt nog aan de orde of de Inspecteur ten behoeve van het fiscale boeteonderzoek kan terugvallen op de Awb bevoegdheden.[911] De Inspecteur zou dan aangewezen moeten zijn als toezichthouder. Het punt van De Bont is ingegeven door het volgende. De Awb bevoegdheden (afdeling 5.2.) zijn volgens artikel 1, vierde lid, AWR met betrekking tot de heffing van rijksbelastingen buiten toepassing verklaard. Volgens De Bont is dan de vraag of vervolgens onder de heffing van rijksbelastingen tevens de heffing van bestuurlijke boetes moet worden begrepen. Artikel 1, tweede lid, AWR bevat een bepaling waarin wordt gedefinieerd wat onder 'rijksbelastingen' dient te worden verstaan. Boetes worden daaronder niet begrepen. In het eerste lid van artikel 1 AWR worden de heffing van rijksbelastingen en bestuurlijke boetes als afzonderlijke categorieën beschreven. Uit dit artikel kan volgens De Bont niet worden opgemaakt dat bestuurlijke boetes vallen onder de heffing van 'rijksbelastingen'. Dit betekent volgens de Bont dat als de artikelen 47 en 53 AWR niet van toepassing zijn, en de uitzonderingsregel in artikel 1, vierde lid, AWR evenmin opgeld doet, de Inspecteur bij een zuivere boeteprocedure een beroep zou kunnen doen op de bevoegdheden in afdeling 5.2. van de Awb. Naar zijn stellige overtuiging is dit nimmer de bedoeling geweest van de wetgever. Die is ervan uitgegaan dat artikelen 47 en 53 AWR gewoonweg van toepassing zouden zijn in 'zuivere' boeteprocedures. De Bont stelt echter het volgende. Hij beredeneert dat wanneer artikel 47 AWR als 'lex specialis' ten aanzien van de bestuurlijke boetes niet geldt, het ecarteren van afdeling 5.2 Awb in artikel 1, lid 4, AWR, ten aanzien van de boetes evenmin werkt en de Inspecteur dus bij een boeteonderzoek niet kan teruggrijpen op de 'lex generalis' van de Awb.

Naast dit 'wet systematische' argument kan daar nog het volgende aan toegevoegd worden. De Hoge Raad heeft omtrent de verhouding tussen controle en opsporing overwogen dat controlebevoegdheden weliswaar mogen worden gebruikt voor opsporingsdoeleinden (HR 26 april 1988, *NJ* 1989/390, 'FIOD arrest'), echter, dat gebruik geldt slechts daar waar opsporingsdoeleinden 'mede' gediend worden en niet 'uitsluitend'. Er is geen enkele aanleiding om vanuit het

[911]. G. de Bont, H. Hertoghs, H. van Immerseel, M. Lambregts (red.), *(Fiscale)Inlichtingenverplichtingen: enige beschouwingen uit de praktijk en de wetenschap*, Amsterdam: De Bont Advocaten, 2013, p. 293.

perspectief tussen de controle- en opsporingssfeer – of dat nu opgevat moet worden als boetesfeer of strafvorderlijke sfeer – de gelding van dat arrest te ontzeggen in de louter bestuursrechtelijke setting.[912]

Dat betekent dat Awb controlebevoegdheden niet uitsluitend mogen worden toegepast daar waar het onderzoek nog uitsluitend is gericht op de boeteaspecten. In feite mist de Awb ook bevoegdheden die aangemerkt kunnen worden als volledige onderzoeksbevoegdheden in het kader van het boeteonderzoek. De wetgever is er van uitgegaan dat gedurende het toezichtsonderzoek de eventuele beboetbare gedraging geconstateerd wordt, in welk onderzoek tevens de bewijsvergaring plaatsvindt. De toezichthouder maakt vervolgens rapport op.[913]

7.2.8. HR 21 maart 2008, *BNB* 2008, 159

7.2.8.1. De toepassing van 'nemo tenetur' op real evidence

In de jurisprudentie die tot nu toe is behandeld, hield de Hoge Raad consequent vast aan het procedurele onderscheid tussen de fiscale procedure en de boeteprocedure. Dat is op zichzelf in dit arrest niet anders. Wel anders is het volgende. De consequenties omtrent gebruik van het afgedwongen materiaal moesten in de boeteprocedure aan de orde komen, aldus de Hoge Raad in voorgaande arresten. Die 'consequenties' komen nu in de onderhavige zaak (Kredietbank Luxembourg of 'KB Lux'-zaak, HR 21 maart 2008, *BNB* 2008) inderdaad aan de orde, in het kader van de boeteoplegging. De zaak betrof een 'gemengde' procedure waarbij naast fiscale verhoging eveneens boeteoplegging aan de orde was. Uit deze zaak kan daarom afgeleid worden hoe de Hoge Raad denkt over de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op 'real evidence'.

7.2.8.2. Omstandigheden van de zaak

De zaak is een van de vele zogenoemde KB Lux-zaken over navordering en beboeting van verzwijging van spaargeld op Luxemburgse bankrekeningen. In de zaak bestaat het vermoeden dat betrokkene houder was (geweest) van een Luxemburgse bankrekening. Weliswaar verstrekt betrokkene de door de Inspecteur gevraagde informatie. Echter, de betrokkene stelde dat de informatie alleen voor eventueel te weinig geheven belasting gebruikt mocht worden, niet voor het opleggen van een verzuim- of vergrijpboete. De betrokkene formuleert dus zelf 'een waarborg', waarmee het voldoen aan de informatievordering in zijn optiek een geclausuleerd karakter heeft. Niettemin legde de Inspecteur uiteindelijk een navorderingsaanslag vermogensbelasting op, met een boete van 50% van de nagevorderde bedragen. Wanneer de feiten juridisch geduid worden, kan het volgende gesteld worden.

Er is duidelijk sprake van een verdenking van fiscale fraude. De FIOD is overigens ook ingeschakeld. In weerwil daarvan wordt betrokkene gehouden tot medewerking aan de fiscale informatievordering. Het hof overweegt hieromtrent als volgt.[914]

---

[912]. Ook de wetgever gaat uit van voornoemd arrest, in relatie tot de uitoefening van controlebevoegdheden ter opsporing. Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 64.

[913]. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 122: 'De overtreding zal als regel door een ambtenaar worden geconstateerd. Dat kan een toezichthouder zijn, maar ook een andere door het bevoegde bestuursorgaan met handhavingstaken belaste ambtenaar of – indien de gedraging tevens een strafbaar feit is – een opsporingsambtenaar. Deze ambtenaar maakt van de geconstateerde overtreding een rapport op.'

[914]. Hof Amsterdam, Vierde Meerv. belastingk., 18 juni 2006 (Nr. 03/4509).

Volgens het hof waren de informatieverzoeken primair gericht op het belang van de belastingheffing. In dat verband mocht de Inspecteur wijzen op de verplichting tot informatieverstrekking ex artikel 47 AWR. Volgens het hof is dat zelfs niet anders indien de Inspecteur een vermoeden van wetsovertreding koesterde. Daarbij gaat het er om dat de Inspecteur reeds een ernstig vermoeden had, dat betrokkene ten aanzien van de gevraagde gegevens zijn aangifteplicht niet was nagekomen. Wel laat het hof, conform de Saunders-bewijsuitsluitingsregel, in de boeteprocedure de verklaringen van de betrokkene buiten beschouwing. Het betreft de verklaringen die zijn afgelegd in het kader van de informatievordering van artikel 47 AWR. Deze bewijsuitsluiting wordt evenwel niet toegepast ten aanzien van de door de Inspecteur gevorderde bescheiden, die niet hun bestaan danken aan de wil van de betrokkene, én waarvan de Inspecteur het bestaan mocht aannemen.

In cassatie gaat het derhalve niet langer om het gebruik van ‘testimonial evidence’, maar om de overgelegde ‘real evidence’.

7.2.8.3.Overwegingen Hoge Raad

Aangaande de toelaatbaarheid van de door betrokkene overlegde stukken, in het licht van artikel 6 EVRM, grijpt de Hoge Raad terug op het in Saunders gemaakte onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. In het arrest Saunders (EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699) betreft het, het door het EHRM gemaakte onderscheid gemaakt tussen bewijsmateriaal dat het bestaan dankt aan de wil van de betrokkene en dat daar niet zijn bestaan aan dankt.

Belangrijk is dat volgens de Hoge Raad de door betrokkene verschafte stukken met gegevens ‘wilsonafhankelijk materiaal’ vormen. Daartoe spelen volgens de Hoge Raad de volgende argumenten een rol (r.o. 3.2):

> - het betreffen stukken van een rekening waarvan betrokkene reeds buiten zijn eigen toedoen als rekeninghouder was geïdentificeerd; het zijn derhalve stukken waarvan de Inspecteur het bestaan mocht aannemen;
> - de stukken, die niet van rechtstreeks belang zijn voor de vraag óf betrokkene het beboetbare vergrijp heeft begaan, zijn door betrokkene overgelegd nadat de Inspecteur gespecificeerd had aangegeven welke bescheiden hij verlangde;
> - gelet op het arrest Saunders staat art. 6, eerste lid, EVRM niet eraan in de weg dat ook in het kader van de beoordeling van de boeteoplegging rekening wordt gehouden met dergelijke door de Inspecteur voor de vaststelling van de belastingschuld opgevraagde bescheiden, indien deze door de belastingplichtige zijn verstrekt;
> - hieraan doet niet af dat enige actieve participatie van de belastingplichtige – i.c. toezending van de stukken – is vereist. De Inspecteur behoefde geen gehoor te geven aan de eenzijdige mededeling van betrokkene dat de gegevens alleen in het kader van de belastingheffing, niet voor de boete, werden verstrekt;
> - de enkele verwijzing door de Inspecteur naar mogelijk op te leggen wettelijke sancties is geen 'coercion or oppression in defiance of the will of the accused' in de zin van de rechtspraak van het EHRM.

Uitdrukkelijk komt naar voren dat de rekening buiten toedoen van betrokkene is geïdentificeerd. De argumenten die daarmee in verband staan, zijn duidelijk gericht op het uitsluiten van een ‘fishing expedition’. Er is geen sprake van een willekeurige informatievordering; ongericht ‘hengelen’ naar informatie. Integendeel, de fiscus geeft juist gespecificeerd aan waarnaar zij op zoek is. Als randvoorwaarde wordt volgens de Hoge Raad daarbij in aanmerking genomen dat

de actieve participatie kennelijk minimaal was, alsmede dat de verwijzing naar wettelijke sancties geen ontoelaatbare dwang oplevert. De aard en mate van dwang spelen daarbij aldus een rol. De Inspecteur behoefde geen gehoor te geven aan de eenzijdige mededeling van betrokkene dat de gegevens alleen in dat kader werden verstrekt.

7.2.8.4. Commentaar op het arrest

De essentiële strekking van dit arrest is de terughoudendheid van de Hoge Raad het nemo tenetur-beginsel toe te passen op vorderingen tot uitlevering van 'real evidence' aan een 'charged person'. Toepassing van die bescherming wordt uitgesloten door de voorgaande omstandigheden. Dit miskent dat op basis van de EHRM-jurisprudentie een 'charged person' niet gedwongen zou kunnen worden (zonder waarborgen) tot productie van 'real evidence'. A-G Wattel was al in zijn conclusie uitvoerig op dit aspect ingegaan:

> 4.17. 'Uw rechtspraak lijkt hier niet geheel mee te stroken. Het pijnpunt zit met name bij documenten aan het bestaan waarvan niet getwijfeld hoeft te worden, maar die de vorderende vervolgingsautoriteit niet kan bemachtigen (door doorzoeking of rechtstreekse inbeslagneming) zonder actieve hulp van de verdachte. (…)
> 5.3. Zoals uit onderdeel 4 hierboven volgt, meen ik dat de EHRM-arresten Funke, Saunders, Allen, J.B. v. Zwitserland en Shannon impliceren dat het door de Inspecteur opeisen van de stukken onder art. 47 AWR met bijbehorende sanctiedreiging weliswaar meebrengt dat de betrokkene de stukken moet overleggen en dat hij vervolgd en bestraft kan worden indien hij dat nalaat, maar dat daarmee die stukken onbruikbaar worden voor beboetings- of strafvervolgensdoeleinden. Dit is mijns inziens slechts anders indien aannemelijk is dat de fiscus hen ook langs andere rechtmatige weg zou hebben verkregen, bijvoorbeeld doordat de betrokkene de stukken óók afgegeven zou hebben als de fiscus meegedeeld zou hebben hen mede te vorderen voor strafvorderlijke of beboetingsdoeleinden, al dan niet met cautie. In casu is echter juist niet aannemelijk dat de betrokkene meegewerkt zou hebben aan zelfincriminatie, gezien zijn brief van 8 mei 2002 (zie 4.2 hierboven). Ik merk op dat het voor de fiscus kennelijk – als gevolg van het Luxemburgse bankgeheim – niet mogelijk was om aan informatie over het verloop van de rekening te vergaren anders dan door de medewerking van de betrokkene.'

Daarom meende de A-G dat de zaak terug moest naar de feitenrechter om te doen onderzoeken of de Inspecteur ook zonder de door de betrokkene onder de meewerkplicht overgelegde geschriften voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat voldoende grond bestaat voor boete-oplegging (5.4). In de conclusie van Wattel mist daarom de nuance dat het niet louter het afdwingen van 'real evidence' betreft, maar dat dit gebeurt ten aanzien van de persoon die reeds 'charged' is.

Ook Asbreuk laakt het oordeel dat sprake was van Saunders materiaal. Asbreuk voert namelijk aan dat uit de feiten blijkt dat betrokkene de gegevens eerst moest opvragen bij de bank, de bank de gegevens uit de computer diende te halen en deze vervolgens diende te verstrekken aan betrokkene, alvorens betrokkene de gegevens aan de Belastingdienst kon verstrekken. De Hoge Raad vindt dit blijkbaar niet van belang bij de beoordeling of sprake is van Saunders materiaal. De Inspecteur mag het bestaan van de gegevens volgens de Hoge Raad aannemen. Bovendien wordt door de Hoge Raad geoordeeld dat de stukken niet van rechtstreeks belang zijn voor de vraag of betrokkene het beboetbare feit heeft begaan en deze zijn door betrokkene overlegd nadat de Inspecteur specifiek aangegeven had welke bescheiden hij verlangde. Volgens Asbreuk lijkt de Hoge Raad hiermee aan te geven dat de situatie anders is dan in het arrest Funke, waarin het verstrekken van informatie tevens een verklaring inhield over het bestaan daarvan.

Vergelijkbare kritiek uiten Hamer en Dekens. Zij menen dat deze uitspraak wringt, aangezien de vordering in wezen gebruikt is om de betrokkene te doen erkennen dat deze rekening hem toebehoorde. Daarbij geldt dat middels de vordering het bij de ficus aanwezige twijfelachtige materiaal is veranderd in door betrokkene in rechte niet meer in redelijkheid te betwisten bewijsmateriaal; materiaal dat door hem zelf is verschaft. Door dan vervolgens te overwegen, zoals de Hoge Raad doet, dat deze bescheiden niet hun bestaan danken aan de wil van de beschuldigde is in wezen het paard achter de wagen spannen.[915]

In het voorgaande wordt sterk de nadruk gelegd op de fishing expedition. Dat wil zeggen dat in de kritische commentaren naar voren komt dat de betrokkene in feite moet erkennen dat de rekening hem toebehoort. Dat terwijl de Hoge Raad benadrukt heeft dat de rekeninghouder buiten zijn toedoen was geïdentificeerd. In hoofdstuk 5 (paragraaf 3.5.) is uitgebreid betoogd waarom het argument van de fishing expediton niet overtuigend acht.

Ten slotte heeft De Bont fundamentele kritiek geuit op de overwegingen aangaande de dwangcomponent.[916] Dat het verwijzen naar een gevangenisstraf van vier jaar of een in potentie bijzonder substantiële geldboete niet zou gelden als dwang in de zin van de rechtspraak van het EHRM, vind hij opmerkelijk. De Bont wijst er op dat in het geval van Saunders door de Inspecteurs geen straffen waren opgelegd. Er was ‘slechts’ sprake van een dreiging met een gevangenisstraf. Dit vormt terechte kritiek. Het is inderdaad niet begrijpelijk hoe het oordeel van de Hoge Raad zich verhoudt tot die EHRM-jurisprudentie. Daarbij geldt dat die dwang inherent is aan het Nederlands wettelijk systeem. Immers, bij de weigering medewerking te verlenen, zijn de bestanddelen van het strafbare feit vervuld. Dat die wettelijke dwang daarmee volgens de Hoge Raad niet als ‘dwang’ zou kwalificeren, wordt aldus terecht door De Bont gelogenstraft. Overigens is dit evenmin te begrijpen vanuit psychologisch en maatschappelijk opzicht. Dat een verwijzing naar vier jaar gevangenisstraf voor niet medewerking op de gemiddelde justiabele een forse indruk zal maken, behoeft naar mijn idee geen betoog.

Het arrest heeft echter nog betekenis voor het volgende. Consequent is tot op dit arrest een procedurele scheiding doorgetrokken tussen de fiscale- en de boeteprocedure. Het materiaal in de onderhavige zaak is ook van de belastingplichtige gevorderd, wat in de boeteprocedure gebruikt wordt. De Hoge Raad overwoog telkens naar aanleiding van verweren die zich tegen de uitlevering van dergelijke ‘real evidence’ keerden op grond van het nemo tenetur-beginsel, dat de beoordeling daarvan toekwam aan de boeterechter. Nu wordt in dit arrest zichtbaar hoe die beoordeling zich voltrekt. De medewerking van de belastingplichtige laat onverlet dat de Hoge Raad oordeelt dat het materiaal gebruikt kan worden voor de beboeting. De conclusie die dan onvermijdelijk getrokken dient te worden is dat de procedurele scheiding een ‘magistrale mirage’ is. Het oordeel omtrent rechtsgevolgen aangaande de vordering van ‘real evidence’ wordt door de belastingrechter doorgeschoven naar de boeterechter, welke vervolgens het nemo tenetur-beginsel niet van toepassing acht op ‘real evidence’.

De overwegingen van dit arrest worden overigens volledig bevestigd in Hoge Raad 16 november 2012, *BNB* 2013/29. Ook dit arrest is een zogenaamde ‘KB Lux’-zaak. Eveneens werd in cassatie betoogd dat de verstrekte gegevens buiten beschouwing moesten blijven in verband

---

915. Hamer en Dekens, a.w., p. 10. De annotator P.G.H. Albert onderschrijft daarentegen wel het oordeel van de Hoge Raad. Hij duidt de inhoud van de gevorderde informatie (de bankafschriften) als ‘objectief’. De inhoud wordt volgens Albert op geen enkele wijze beïnvloed door de mate van dwang (fysiek of psychisch, in de vorm van een verhoortechniek, veroordeling, dwangsom, strafbedreiging). Er bestaat daarom volgens hem geen risico op een rechterlijke dwaling (als gevolg van de omstandigheid dat het bewijs door de dwang onbetrouwbaar is).
916. De Bont, a.w., p. 308.

met het door artikel 6 EVRM gewaarborgde verbod op gedwongen zelfincriminatie. De Hoge Raad oordeelt dat geen sprake is van (bewijs)materiaal dat zijn bestaan dankt aan de wil van de beschuldigde. Hij verwijst daarbij expliciet naar het hier besproken onderdeel 3.3.2. van HR 21 maart 2008, nr. 43050, *BNB* 2008/159.

7.2.9. HR 18 september 2009, *NJ* 2009/566

7.2.9.1. Civielrechtelijk kortgeding in kader nakoming fiscale informatievordering

In deze zaak gaat de aandacht bovenal uit naar het middel dat de fiscus gekozen heeft om nakoming van de informatievordering te effectueren. Dat doet hij langs de weg van het civielrechtelijk geding. In cassatie staat daarom de vraag centraal of middels deze privaatrechtelijke weg de publiekrechtelijke regeling niet op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. De Hoge Raad voert een aantal argumenten aan waarom dat niet het geval is.[917] Niettemin wordt in cassatie eveneens aan de orde gesteld dat van betrokkene informatie werd gevorderd, nadat reeds sprake was van een criminal charge.

7.2.9.2. Omstandigheden van de zaak

De Staat vorderde in dit kort geding – kort gezegd – dat de voorzieningenrechter X. beveelt binnen zeven dagen na het vonnis van de voorzieningenrechter alsnog de (ex artikel 47 AWR) gevraagde informatie te verstrekken. Daarbij ging het mede om kopieën van alle afschriften van de betrokken buitenlandse bankrekeningen over de periode 1 januari 1995 tot en met 31 december 2005. De voorzieningenrechter heeft de vordering toegewezen. Tegen die beslissing en de gronden waarop deze berusten, richten zich de grieven.

In hoger beroep overweegt het hof dat X miskent, dat de mogelijkheid dat verstrekte gegevens aanleiding kunnen vormen voor strafvervolging, niet afdoet aan de informatieverplichting ex artikel 47 lid 1m onder a, AWR. De vraag of die informatie in een strafvervolging gebruikt mag worden, is in de onderhavige procedure niet aan de orde.

7.2.9.3. Overwegingen van de Hoge Raad

In het cassatiemiddel wordt in verband met de criminal charge nog op het volgende gewezen. Uit het 'Draaiboek Project Bank Zonder Naam' van de Belastingdienst valt af te leiden dat al naar gelang de hoogte van het saldo op de buitenlandse bankrekening een strafrechtelijke vervolging resulterende in een strafrechtelijke sanctie dan wel een fiscale administratieve boete zal worden opgelegd. Ook de fiscale bestuurlijke boete wordt als een maatregel met strafrechtelijk karakter aangemerkt. Betrokkene was reeds verdachte wegens het indienen van een onjuiste aangifte, een strafbaar feit ex artikel 69 AWR. Eiser in cassatie had reeds erkend dat hij een buitenlandse bankrekening had aangehouden. Na de publicatie van het Draaiboek Project Bank Zonder Naam door de Belastingdienst kon eiser in cassatie derhalve de redelijke verwachting koesteren, dat hem een strafrechtelijke sanctie dan wel een fiscale boete zou worden opgelegd

[917]. Zie paragraaf 3.3.4.: 'Met de in de AWR voorziene strafrechtelijke vervolging of bestuurlijke beboeting ingeval niet is voldaan aan de opgaveverplichting kan een met de onderhavige vordering vergelijkbaar resultaat niet worden bereikt. Tenuitvoerlegging van de opgelegde straf of inning van de opgelegde boete behoeft de belastingplichtige immers geenszins ertoe te brengen alsnog te voldoen aan zijn verzaakte verplichting tot gegevensverstrekking. Ook de in de AWR voorziene omkering van de bewijslast in geval van weigering van gegevensverstrekking leidt niet tot een vergelijkbaar resultaat als door de Staat kan worden bereikt met de onderhavige vordering. De genoemde maatregelen kunnen immers niet waarborgen dat de benodigde gegevens daadwerkelijk worden verschaft, omdat de belastingplichtige zich bij de, door de belastingdienst mogelijk te laag geschatte, aanslag kan neerleggen zonder de verlangde gegevens te verstrekken.'

en dat hij, door de Belastingdienst de door deze verzochte gegevens en bescheiden te verstrekken, mee zou werken aan zijn eigen veroordeling. De 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM was derhalve begonnen toen het Draaiboek was gepubliceerd. Gelet op de implicaties van het beginsel van nemo tenetur was eiser in cassatie dan ook gerechtigd niet te voldoen aan het verzoek van de Belastingdienst om de informatie en bescheiden vermeld in het formulier 'Opgaaf in het buitenland aangehouden bankrekening(en)' te verstrekken.

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof volledig overeind. (3.4.4). Hij acht dat oordeel juist. In dat verband worden de ‘standaardoverwegingen’ herhaald. Het gaat volgens de Hoge Raad in de onderhavige zaak niet om het vergaren van gegevens ten behoeve van strafvervolging of bestuurlijke boete-oplegging, maar om het verkrijgen van bestaande bankgegevens ten behoeve van een juiste belastingheffing; tot het verschaffen van welke gegevens X. wettelijk is verplicht. In verband met het eventuele gebruik van de informatie voor beboetings- of opsporingsdoeleinden overweegt de Hoge Raad als volgt. De vraag naar de toelaatbaarheid van het afgedwongen materiaal in de straf- of boeteprocedures, komt in de onderhavige kortgeding procedure niet aan de orde. Het procedurele onderscheid tussen fiscale en punitieve procedure wordt dus volledig doorgetrokken naar de civiele kortgedingprocedure.

7.2.9.4. Commentaar op het arrest

In deze zaak overwoog de Hoge Raad dat het vergaren van gegevens niet plaatsvond in het kader van een punitieve procedure, maar ten behoeve van een juiste belastingheffing. Volgens de Hoge Raad was op het moment van de informatievordering dus geen *criminal charge* aan de orde en daar deed het subjectieve inzicht van de betrokkene niet aan af. Het gevolg is dat – in het kader van die belastingprocedure – door de fiscus dwangmiddelen ingezet kunnen worden teneinde nakoming van de informatieverstrekking te verzekeren. De vraag naar de bruikbaarheid van de gegevens in de mogelijke strafzaak of fiscale boeteprocedure, moet in die procedures worden beoordeeld

Een zwak punt in de overwegingen van de Hoge Raad is hetgeen overwogen wordt omtrent de aanwezige verdenking, die er in zijn oordeel overigens niet toe doet. De omstandigheid dat betrokkene zich reeds als verdachte beschouwde (van artikel 69 AWR) en hij de redelijke verwachting meende te kunnen koesteren van een strafrechtelijke of fiscale sanctie, niet meebrengt dat hij op basis van het nemo tenetur-beginsel niet gehouden was de informatie te verstrekken. Gelet op de omstandigheden van de zaak waren er voor het bestaan van die verdenking wel meer aanknopingspunten aanwezig dan de enkele subjectieve beleving van betrokkene. In dat verband wordt nog gewezen op de brief van de Belastingdienst aan betrokkene (16 mei 2007):

> ‘In deze fase van het onderzoek geef ik bij ons aanwezige stukken/informatie niet vrij. (…) Ik benadruk nogmaals dat wij hele duidelijke en stellige signalen hebben dat uw cliënt over één of meerdere buitenlandse bankrekeningen beschikt die waarschijnlijk niet in zijn aangiften inkomstenbelasting/premievolksverzekeringen of die van zijn echtgenote zijn aangegeven.’

7.2.10. HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343[918]

7.2.10.1. De receptie van het 'Chambaz'-arrest: waarborgen bij de informatievordering

Na het Chambaz-arrest van het EHRM, was de uitspraak van Hoge Raad 12 juli 2013 het eerste rechtsoordeel van dit college, waarin de inhoud van het voornoemde arrest in ogenschouw wordt genomen.[919] De centrale kwestie wordt ingegeven door de door de fiscus gevorderde nakoming van de inlichtingenvordering. Daarbij is de complicerende factor dat reeds vergijpboeten zijn opgelegd.

7.2.10.2. Omstandigheden van de zaak

De Staat eist in dit civiele kort geding (op grond van artikel 47 AWR) een bevel onder dwangsom (€ 5.000 per dag(deel) jegens betrokkene, om alsnog aan zijn informatievordering te voldoen. Het betrof informatie in verband met betrokkenheid bij een Liechtensteinse Stiftung. Deze vordering wordt in kort geding toegewezen, welk vonnis door het Gerechtshof wordt bekrachtigd. In de fiscale procedure heeft de fiscus reeds over navorderingsaanslagen met vergrijpboeten van 100% opgelegd.

7.2.10.3. Conceptuele analyse

Voordat het rechtsoordeel van de Hoge Raad aan de orde komt, is het nuttig de zaak te analyseren met behulp van de in hoofdstuk 5. gedestilleerde reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel, op basis van de besproken EHRM jurisprudentie. Aldus kan een vergelijking getrokken worden met deze analyse en het oordeel van de Hoge Raad. Ten eerste: wat is de aard van het in dit geval gevorderde materiaal? In kort geding vordert de fiscus gegevens en inlichtingen over de Stiftung en haar vermogen, alsmede de bestemming van dat vermogen na de opheffing van de Stiftung. Nu kan de aard van het gevorderde materiaal een gemengd karakter hebben; het kan zowel verklaringen als objectieve gegevens bevatten. Echter, voor de hand ligt dat het hier ook gaat om 'real evidence', in de zin van bescheiden, bankrekeningnummers etc. Daarbij had ook de initiële fiscale vordering betrekking op 'documenten'. Derhalve kan vastgesteld worden dat de aard van het gevorderde materiaal ziet op 'real evidence'. Het tweede punt is de vraag in hoeverre ten tijde van de informatievordering sprake was van een criminal charge of verdenking. In dat kader is het standpunt van de fiscus veelzeggend (r.o. 3.1. onder (x)):

> 'Het gebruik van een Stiftung in Liechtenstein en van meerdere derde-partijen in het buitenland (zoals ABN-AMRO Bank in Zwitserland en/of Morgan Stanley in Londen) met als doel om de connectie van [eiser] met het vermogen van de Stiftung en daardoor een deel van zijn vermogen buiten het zicht van de Belastingdienst te houden, merk ik aan als listigheid en samenspanning. Daarnaast spant [eiser] zich niet voldoende in om aan de Inspecteur de voor het opleggen van een juiste navorderingsaanslag benodigde gegevens te verstrekken. Ik merk dit aan als zeer ernstige gedragingen. Daarom zijn er strafverzwarende omstandigheden. Er zijn mij geen strafverminderende omstandigheden gebleken.'

---

[918]. Zie over de bespreking van deze zaak uitgebreid: A. Zeeman & A.A. Feenstra, 'Spreken is zilver, zwijgen is goud: een inlichtingenverplichting zonder waarborg fout? De reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel en de (voorgenomen) faillissementswetgeving, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2/2014. De bespreking van Hoge Raad, 12 juli 2013, *AB* 2013/343 is gebaseerd op voornoemd artikel.

[919]. Hiervoor oordeelde de Centrale Raad van Beroep in navolging van het Chambaz-arrest, dat overtreding van de meldingsplicht in de WW-wetgeving niet beboet kan worden wanneer de betrokkene niet kan uitsluiten dat zijn onder die meldingsplicht verstrekte informatie gebruikt zal worden voor boetedoeleinden. Zie CRvB 21 november 2012, *AB* 2013/27, met noot Stijnen.

Dit standpunt laat niets te raden over en maakt de vraag of sprake was van een criminal charge tot een overbodige; daar was zonder meer sprake van. Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat tevens vergrijpboetes van 100% waren opgelegd. Het derde punt ten slotte, de vraag of en in hoeverre sprake is van dwang teneinde nakoming van de informatievordering te verwezenlijken, ligt besloten in de aard van de procedure zelf. Immers, de fiscus vordert een aanzienlijke dwangsom om betrokkene daartoe te bewegen informatie te verstrekken.

Onmiskenbaar toont de onderhavige zaak de nodige parallellen met de JB-uitspraak. Het gaat hier om een vordering tot uitlevering van 'real evidence' – fiscale bescheiden, etc. – gericht aan een persoon die onmiskenbaar de status van 'charged person' heeft verkregen. Aan betrokkene zijn bovendien al de nodige punitieve sancties opgelegd. Vervolgens wordt middels verbeurte van een dwangsom getracht betrokkene te 'bewerkstelligen' tot het voldoen aan de vordering. Zoals uit de weergave van de terzake relevante EHRM-jurisprudentie volgt, zou dan dienen te volgen dat de betrokkene die vordering kan weigeren, zoals ook inderdaad volgt uit Funke en JB. Een 'charged person' dwingen 'real evidence' uit te leveren, betekent immers een inbreuk op het nemo tenetur beginsel.

7.2.10.4. Overwegingen van de Hoge Raad

Wilsonafhankelijk materiaal
Ten eerste stelt de Hoge Raad de verplichting van de belastingplichtige voorop, te voldoen aan een vordering ex artikel 47 AWR. Vervolgens komt de vraag aan de orde, in hoeverre van dat uitgangspunt moet worden afgeweken. Daarbij gaat het om de onderhavige situatie dat een betrokkene bij toewijzing van de kort geding-vordering, gedwongen wordt – bij weigering verbeurt betrokkene een aanzienlijke dwangsom – medewerking te verlenen aan het produceren van bewijs ten behoeve van bestuurlijke boeteoplegging of strafvervolging. Hierbij gaat het om de eventuele strijdigheid met artikel 6 EVRM. De Hoge Raad overweegt hieromtrent het volgende (r.o. 3.6):

> 'In zijn uitspraak van 17 december 1996, no. 43/1994/490/572, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862, NJ 1997/699 (Saunders tegen Verenigd Koninkrijk), heeft het EHRM overwogen dat het verbod op gedwongen zelfincriminatie samenhangt met het zwijgrecht, hetgeen meebrengt dat dit verbod zich niet uitstrekt tot het gebruik in strafzaken van bewijsmateriaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte (hierna: wilsonafhankelijk materiaal). Uit latere rechtspraak van het EHRM blijkt niet dat het van dit uitgangspunt is teruggekomen. Dit brengt mee dat de verkrijging van wilsonafhankelijk materiaal langs de weg van een in kort geding gegeven bevel geen schending van art. 6 EVRM oplevert, ook niet als aan dat bevel een dwangsom wordt verbonden.'

Bij deze overwegingen kunnen een aantal kanttekeningen geplaatst worden. Als eerste stelt de Hoge Raad het nemo tenetur-beginsel congruent met het zwijgrecht, kennelijk afgeleid uit het Saunders-arrest. Hierbij is van belang hetgeen A-G Wattel opgemerkt in zijn conclusie bij het arrest:

> 'Uit de arresten *J.B. v Switzerland* en *Chambaz* lijkt duidelijk te volgen dat het EHRM met het buiten het *nemo tenetur* plaatsen van bewijsmateriaal 'that has an existence independent of the will of the accused' (*Saunders*-materiaal) niet bedoelde dat aan een belastingplichtige/potentieel verdachte een substantiële dwangsom of boete opgelegd mag worden wegens niet-overlegging van reeds bestaande en waarschijnlijk belastende

documenten waarvan de vervolgende instanties echter zonder zijn medewerking geen kennis kunnen nemen.'[920]

Uit de analyse van de EHRM-jurisprudentie in hoofdstuk 5. Volgt dat dat het nemo tenetur-beginsel een ruimer toepassingsverband heeft dan louter het zwijgrecht. De beperkte benadering van de Hoge Raad houdt aldus geen stand, gelet op onder meer de J.B. en Chambaz arrest van het EHRM.

7.2.10.5. Wilsafhankelijk materiaal

Voorts overweegt de Hoge Raad het volgende over wilsafhankelijk materiaal (r.o. 3.7):

> 'Voor zover sprake is van bewijsmateriaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van de belastingplichtige geldt dat de verkrijging van zodanig materiaal mag worden afgedwongen voor heffingsdoeleinden. Indien niet kan worden uitgesloten dat het materiaal tevens in verband met een "criminal charge" tegen de belastingplichtige zal worden gebruikt (...) 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. Om deze reden dient de (voorzieningen)rechter een op het vorenstaande gerichte clausulering te verbinden aan het door hem uit te spreken bevel.'

Wanneer wilsafhankelijk materiaal gelijkgesteld zou worden met louter (mondelinge) verklaringen, dan heeft het gegeven rechtskader betrekkelijk geringe waarde. Dan zou de overweging neerkomen op de 'pure' Saunders-formule, wat bewijsuitsluiting van onder dwang afgelegde verklaringen behelst.

7.2.10.6. Conclusie

In het arrest van 12 juli 2013 zet de Hoge Raad uiteen dat de nationale autoriteiten moeten waarborgen, dat de belastingplichtige zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen. Het is aan de rechter om in die vereiste waarborgen te voorzien. Gerichte regelging op dat vlak ontbreekt immers. Niettemin is de essentiële vraag in deze zaak onbeantwoord gebleven. Dat is namelijk de vraag of het nemo tenetur-beginsel betrekking heeft op de vorderingen van 'real evidence'. In de serie arresten van 24 april 2015 komt die vraag expliciet aan de orde.

7.2.11. HR 24 januari 2014, *NJ* 2014/70

7.2.11.1. Toepassing 'nemo tenetur waarborg' in faillisementsprocedure

In lijn met het arrest van 12 juli 2013, kwam in HR 24 januari 2014, *NJ* 2014/70 de verhouding tussen het nemo tenetur-beginsel en de inbewaringstelling ex artikel 87 Faillisementswet aan de orde. De gefailleerde kwam op tegen de afwijzing van het verzoek tot ontslag uit zijn inbewaringstelling. De Hoge Raad overwoog dienaangaande:

> 'Uit de vaststaande feiten volgt dat de gijzeling – die inmiddels is beëindigd – ertoe diende om van G. inlichtingen te verkrijgen omtrent tot de faillissementsboedel behorende goederen. Het uitoefenen van dwang door gijzeling die erop is gericht G. ertoe te

[920]. Conclusie A-G Wattel bij HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343 (overweging 1.6).

bewegen te voldoen aan zijn in art. 105 Fw neergelegde verplichting om de curator alle inlichtingen te verschaffen ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement, levert geen strijd met art. 6 EVRM. Dergelijke inlichtingen dienen echter te worden aangemerkt als bewijsmateriaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van G. in de zin van HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435.'[921]

7.2.11.2. Commentaar op het arrest

In de onderhavige zaak wordt de restrictie uit het arrest van 12 juli 2013 toegepast. De door de gegijzelde te verschaffen inlichtingen mogen uitsluiten gebruikt worden voor de faillisementsprocedure. Het betreft immers volgens de Hoge Raad wilsafhankelijk materiaal. In dat verband kan niet worden vastgesteld op basis van de conclusie van de A-G, wat de aard van de bij de gefailleerde opgevraagde informatie was. De clausulering lijkt gericht op de inlichtingenverplichting ex artikel 105 Fw in het algemeen. Het ligt dan op zichzelf beschouwd voor de hand dat deze inlichtingen zowel 'testimonial' als 'real evidence' kunnen betreffen. Uit feitenrechtspraak volgt namelijk dat het verstrekken van dergelijke inlichtingen ook kan bestaan uit verstrekken van bankbescheiden.[922]

7.2.12. HR 8 augustus 2014, *BNB* 2014/206

7.2.12.1. De informatiebeschikking in het perspectief van de 'waarborgenjurisprudentie'

Aangaande de fiscale omkering van de bewijslast heeft zich een wetswijziging voorgedaan. Per 1 juli 2011 is namelijk de Wet rechtsbescherming belastingplichtigen bij controlehandelingen fiscus inwerking getreden.[923] Op grond van een bij die wet ingevoerd artikel 52a AWR kan de belastinginspecteur een informatiebeschikking uitreiken. Vereiste daarvoor is dat de belastingplichtige, ook nadat de Inspecteur hier meerdere malen om heeft gevraagd, niet voldaan heeft aan zijn wettelijke informatieverplichtingen. In de schriftelijke beschikking moet uitdrukkelijk worden vermeld dat en waarom de belastingplichtige niet aan zijn informatieverplichting heeft voldaan. Verder dient de Inspecteur nauwkeurig aan te geven welke gegevens hij wenst te ontvangen. Ook moet worden vermeld welke gevolgen een informatiebeschikking heeft, namelijk omkering van de bewijslast. Na uitreiking van een informatiebeschikking ligt de *volledige bewijslast* bij de belastingplichtige.

De belangrijkste reden voor invoering van artikel 52a AWR was het tegengaan van de onmiddellijke inwerkingtreding van omkering en verzwaring van de bewijslast. Vóór 1 juli 2011 volgde omkering en verzwaring van de bewijslast rechtstreeks uit de wet, wanneer geconstateerd werd dat niet volledig werd voldaan aan de informatieverplichtingen van de AWR. Met ingang van 1 juli 2011 treedt omkering en verzwaring van de bewijslast niet onmiddellijk meer in. Toepassing hiervan komt pas aan de orde indien sprake is van een onherroepelijk geworden informatiebeschikking.

Daarnaast beoogt de invoering van de informatiebeschikking een rechtsmiddel te bieden tegen informatieverzoeken van de fiscus. Een probleem was dat volgens de memorie van toelichting geen effectieve rechtsbescherming bestond voor degene die met een verzoek om informatie door de Belastingdienst werd geconfronteerd, en daarbij van oordeel was dat dit verzoek niet terecht is. Evenmin is een effectieve rechtsbescherming tegen standpunten van de Inspecteur over de omvang van iemands administratie- en bewaarplicht volgens de fiscale wetgeving. In

921. HR 24 januari 2014, *NJ* 2014/70.
922. Rb Rotterdam 27 augustus 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN8313.
47. *Staatsblad, 27 mei 2011, nr. Stb. 2011, 265.*

feite is het laatste woord in discussies daardoor vaak aan de Inspecteur, die zelf partij is in de discussie. Een goed ingelichte belastingplichtige zal het risico van omkering van de bewijslast niet willen nemen, ook al is zijn standpunt dat hij de informatie niet hoeft te verschaffen goed verdedigbaar. Het is de bedoeling van het onderhavige wetsvoorstel om dit tekort in de rechtsbescherming van de belastingplichtigen op te heffen. De belastingplichtige kan de rechtmatigheid van een informatieverzoek dus bij de belastingrechter laten toetsen, *vóórdat* omkering en verzwaring van de bewijslast intreedt. Voor intreding hiervan is immers een onherroepelijke informatiebeschikking vereist en de beschikking wordt pas onherroepelijk nadat de belastingrechter het beroep van de belastingplichtige afwijst.

In het wetsvoorstel wordt tevens een duidelijke link gelegd tussen de rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de informatiebeschikking en het (uiteindelijk) afdwingen van informatieverstrekking:

> 'Het voorgaande heeft tot gevolg dat het wetsvoorstel ook een bijdrage levert aan de doelmatigheid van het controleproces. Wanneer een belastingplichtige of administratieplichtige niet bereid is de gevraagde informatie aan de Inspecteur te verstrekken, komt onder de voorgestelde regeling meestal binnen afzienbare termijn vast te staan of het verzoek om informatie rechtmatig was. Daarmee wordt het voor de Inspecteur eenvoudiger de verstrekking van die informatie af te dwingen. Daarvoor hoeft dan niet meer, zoals onder de huidige wetgeving, een inhoudelijk debat te worden gevoerd voor de fiscaal niet deskundige civiele (kortgeding) rechter.'[924]

7.2.12.2. Omstandigheden van de zaak

Waar het arrest *BNB* 2014/101 betrekking had op een vordering tot afgifte van informatie onder dreiging van een dwangsom, gaat het in de onderhavige zaak om een informatiebeschikking ex artikel 52a AWR. Naar aanleiding van de reactie van betrokkene heeft de Inspecteur met dagtekening 7 juli 2009 een vragenbrief gestuurd aan betrokkene met het verzoek om binnen vier weken op grond van artikel 47 AWR op straffe van omkering van de bewijslast informatie te verstrekken over betrokkenheid bij een Liechtensteinse Stiftung en stukken toe te sturen, waaronder de akte, statuten, jaarlijkse overzichten van bezittingen en schulden, stortingen en onttrekkingen. Voorts heeft de Inspecteur gevraagd of betrokkene ooit aangifte heeft gedaan van enig inkomen ten aanzien van enig ander (buitenlands) doelvermogen. Omdat betrokkene niet de verzochte informatie heeft overgelegd, heeft de Inspecteur vastgesteld dat betrokkene niet aan zijn informatieverplichting in de zin van artikel 47 AWR heeft voldaan en heeft hij op 23 augustus 2011 de onderhavige informatiebeschikking als bedoeld in artikel 52a AWR gegeven ten aanzien van de navorderingsaanslagen in de IB/PVV over de jaren 1998 tot en met 2005 en in de VB over de jaren 1999 en 2000 (hierna: de informatiebeschikking).

7.2.12.3. Overwegingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt eerst in algemene termen aangaande het afdwingen van wilsafhankelijk materiaal. Een dergelijk afdwingen is toelaatbaar voor heffingsdoeleinden. Vervolgens wordt de clausule herhaald, indien niet uitgesloten kan worden dat het materiaal tevens gebruikt zal worden in met een criminal charge tegen de belastingplichtige. In dat geval zal voorzien moeten worden in een waarborg dat het recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief wordt beschermd (r.o.2.5.).

---

924. *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 645, nr. 3, p. 14.

Aangaande de informatiebeschikking en het gestelde 'afdwingen' van wilsafhankelijk materiaal oordeelt de Hoge Raad het volgende. Allereerst wordt ingegaan op de aard van de informatiebeschikking. Er wordt gesteld dat de 52a, lid 1, AWR beschikking geen maatregel vormt waarmee de verstrekking van die informatie wordt afgedwongen. Dat wordt volgens de Hoge Raad niet anders doordat een dergelijke beschikking, indien zij onherroepelijk wordt, op grond van artikel 25, lid 3, AWR gepaard gaat met omkering en verzwaring van de bewijslast. Het is dat punt waarop de informatiebeschikking zich onderscheidt van dwangsommen die aan de orde waren in het arrest van 12 juli 2013. De Hoge Raad vervolgt:

> 'Dit brengt mee dat het niet nodig is dat de Inspecteur bij zijn informatiebeschikking, of de belastingrechter bij zijn oordeel omtrent die beschikking, een restrictie formuleert met betrekking tot het gebruik van wilsafhankelijke informatie voor sanctiedoeleinden. Dat neemt echter niet weg dat een dergelijke restrictie, gelet op het hiervoor in 2.5 overwogene, uit het EVRM voortvloeit. Zou het gevraagde materiaal in handen van de Inspecteur komen en mede worden gebruikt voor doeleinden van fiscale beboeting of strafvervolging, dan komt het oordeel over de vraag in hoeverre het gaat om wilsafhankelijk materiaal en over de vraag welk gevolg moet worden verbonden aan schending van deze uit het EVRM voortvloeiende restrictie toe aan de rechter die over de beboeting of bestraffing beslist.'

7.2.12.4.Commentaar op het arrest

Waar het in essentie om gaat is dat de Hoge Raad de nemo tenetur-clausulering niet nodig acht als het gaat om een informatiebeschikking van de Inspecteur waarin wordt vastgesteld dat de belastingplichtige zijn informatieplicht niet nakomt. De reden hiervoor is volgens de Hoge Raad eenvoudigweg dat de informatiebeschikking geen maatregel vormt waarmee de verstrekking van die informatie wordt afgedwongen. Stijnen merkt hieromtrent in zijn noot (*AB* 2015/80) op dat daarvan inderdaad een meer beperkte dwang zal uitgaan dan van een forse dwangsom (zie ook van J.A.R. van Eijsden in *BNB* 2014/206), maar het gevolg van een onherroepelijke beschikking is wel dat de bewijslast wordt omgekeerd (art. 25 lid 3 AWR). Het is de vraag of daar niet een zekere mate van dwang van uitgaat. Nu moet de Hoge Raad worden nagegeven dat de omkeringsregel van (art. 25 lid 3 en) artikel 27e AWR wordt toegepast op de naheffing en niet zonder meer doorwerkt voor de bestuurlijke boete (HR 15 april 2011, *JB* 2011/129). In dit kader wordt opgemerkt op dat uit de memorie van toelichting volgt dat één van de voordelen van een onherroepelijke informatiebeschikking is dat de fiscus makkelijker in civiel kortgeding nakoming kan vorderen:

> 'De civiele kortgedingrechter zal de onherroepelijk vaststaande beschikking niet op haar rechtmatigheid toetsen, waardoor het kort geding als het ware een hamerstuk kan worden.'[925]

Van Eijsden steekt in zijn annotatie zijn teleurstelling omtrent dit arrest niet onder stoelen of banken. Naar zijn mening is de benadering van de Hoge Raad omrent artikel 52a AWR te geisoleerd. Het gaat in de procedure principieel om de vraag of de Inspecteur op grond van artikel 47 AWR de gegevens mocht opvragen. Maar om deze vraag door de rechter te laten beantwoorden, moet de weg van de informatiebeschikking bewandeld worden. Als de rechter een oordeel geeft over de rechtsgeldigheid van de informatiebeschikking, dan gaat het dus wel degelijk over de vraag of de Inspecteur al dan niet terecht om de informatie heeft verzocht. Sterker nog, de Hoge Raad geeft in deze procedure de belastingplichtige de gelegenheid om binnen zes weken

[925]. *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 645, nr. 3, p. 10.

alsnog de gevraagde informatie aan de Belastingdienst te verstrekken (zie ook r.o. 2.7). Het gaat in artikel 52a AWR en dus ook in deze procedure naar zijn mening wel degelijk om 'het afdwingen' van informatie.

Het pijnpunt blijft bestaan met betrekking tot de formulering van de waarborgen. Indien het gevraagde materiaal in handen van de Inspecteur komt en mede wordt gebruikt voor doeleinden van fiscale beboeting of strafvervolging, is het aan de rechter die over de beboeting of de strafvervolging beslist om te oordelen over de vraag in hoeverre het gaat om wilsafhankelijk materiaal en over de vraag welk gevolg moet worden verbonden aan schending van artikel 6 EVRM. Kennelijk is de Hoge Raad van oordeel dat hiermee is voldaan aan het criterium uit de jurisprudentie van het EHRM dat de nationale autoriteiten moeten waarborgen dat de belastingplichtige zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen (zie r.o. 2.5). Dat lijkt Eijsden echter niet juist. Het gaat er bij de bedoelde waarborg om dat van de verstrekte informatie geen gebruik gemaakt wordt voor bestraffingsdoeleinden, niet om wat het gevolg zou moeten zijn als dat toch gebeurt. En zelfs dat wordt niet overwogen, nu bepaald is dat die gevolgen te bepalen zijn door de rechter die uiteindelijk over de boete beslist.

7.2.13. HR 24 april 2015, *BNB* 2016/22, *BNB* 2016/21 en 29 mei 2015 *BNB* 2016/23

7.2.13.1. De duiding van het begrip 'wilsafhankelijk materiaal'

Bij de bespreking van het arrest HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343 is uitgebreid aan de orde gekomen, hoe de geïntroduceerde waarborg een oplossing kan zijn voor het probleem van de sfeercumulatie. Die waarborg komt er kort gezegd op neer dat onder druk verkregen wilsafhankelijk materiaal, dient te worden uitgesloten voor het bewijs in de boeteprocedure. Met het oog op die bewijsuitsluiting dient de rechter die oordeelt over de dwangsom tot nakoming van de fiscale informatieplichten, een dergelijke clausule op te nemen met betrekking tot wilsafhankelijk materiaal. De grote vervolgvraag bij het voornoemde arrest van 2013 was echter hoe de Hoge Raad het begrip wilsafhankelijk materiaal definieert. De benoemde waarborg is immers congruent met die begripsinvulling en bepaalt zodoende de reikwijdte van de rechtsbescherming; de waarborg geldt alleen ten aanzien van wilsafhankelijk materiaal. Deze vervolgvraag komt expliciet aan de orde in de serie arresten die de Hoge Raad op 24 april 2015 (en 29 mei 2015) heeft gewezen. Het gaat om de volgende zaken:

- Hoge Raad, 24 april 2015, nr. 13/05136 (ECLI:NL:HR:2015:1112), *BNB* 2016/22, (Conclusie Langemeijer);
- Hoge Raad, 24 april 2015, nr. 14/02416 en nr. 14/02686 (ECLI:NL:HR:2015:1130), *BNB* 2016/21, (Conclusie A-G Wattel);
- Hoge Raad, 24 april, nr. 14/02420 en nr. 14/02691 (ECLI:NL:HR:2015:1117), FutD 2015-1122, (Conclusie Wattel);
- Hoge Raad, 24 april 2015, (Conclusie A-G Wattel), nr. 14/02414, (ECLI:NL:HR:2015:1129), BA 2015/128;
- Hoge Raad, 29 mei 2015, nr. 14/00584 (ECLI:NL:HR:2015:1359), *BNB* 2016/23, (Conclusie Niessen).

In het navolgende zullen de overwegingen besproken worden uit Hoge Raad 24 april 2015, nr. 14/02416 en nr. 14/02686. De passages aangaande de toepassing van het nemo tenetur-beginsel zijn gelijkluidend aan de overige arresten in het overzicht.

7.2.13.2. Omstandigheden van de zaak

De zaken die betrekking hebben op de arresten van 24 april 2015 zijn gerelateerd aan de 'KB-Lux' affaire. Verschillende Nederlandse rekeninghouders bij KB Lux werden gesommeerd informatie te verstrekken over door hen aangehouden buitenlandse rekeningen. Aan de betrokkene van de onderhavige procedure werd navorderingsaanslagen en fiscale boeten opgelegd.
De Staat vordert – kort samengevat – dat betrokkene op straffe van verbeurte van een dwangsom informatie zal verschaffen, aangaande buitenlandse bankrekeningen die hij na 31 januari 1994 bij KB Lux en eventueel bij andere buitenlandse banken aanhoudt of heeft aangehouden. Daarop heeft betrokkene in reconventie gevorderd, dat hem bij het verschaffen van die informatie een 'waarborg' zal worden toegekend. Het gaat er daarbij om dat, indien de vordering van de Staat wordt toegewezen, dat schriftelijk wordt bevestigd dat de afgedwongen informatie niet zal worden gebruikt als bewijs ten behoeve van boete-oplegging.

Relevant is wat het hof overweegt, daar de criteria uit het arrest van Hoge Raad 7 juni 2013 worden toegepast. Enerzijds veroordeelt het hof betrokkene om binnen 30 dagen:

> (i) te verklaren welke buitenlandse rekeningen hij heeft aangehouden dan wel aanhoudt na 31 januari 1994 bij KB Lux en bij eventuele andere buitenlandse banken,
> (ii) opgaaf te doen van die buitenlandse bankrekeningen, en
> (iii) bescheiden te verstrekken over zijn buitenlandse bankrekeningen, alsmede
> (iv) binnen een door de Inspecteur te bepalen termijn een mondelinge toelichting op die gegevens te geven, op straffe van een dwangsom van € 2.500,-- per dag tot een maximum van € 500.000,--.

Cruciale overweging in het arrest vormt dat het hof daarbij heeft bepaald dat de Staat, in het bijzonder maar niet uitsluitend de Belastingdienst, de gegevens en inlichtingen alleen mag gebruiken voor de belastingheffing. Wat overweegt het hof ten aanzien van de kwestie of het materiaal als 'wilsafhankelijk' geduid moet worden? Hij stelt daartoe het volgende (r.o.3.22):

> 'Naar 's hofs oordeel moet voorts worden aangenomen dat de door de Staat gevorderde bescheiden, waaronder kopieën van alle afschriften van de door [verweerder] aangehouden buitenlandse bankrekeningen over de periode vanaf 1994 tot heden alsmede, indien van toepassing, bewijs van de opheffing van de bankrekening(en) alsmede schriftelijk bewijs van de bestemming van het saldo dan wel de saldi na opheffing, in de gegeven omstandigheden zijn aan te merken als wilsafhankelijk materiaal. Het hof neemt hiertoe het volgende in aanmerking. Het gaat hier om bescheiden die de Staat zonder medewerking van betrokkenen niet kan verkrijgen en die de Staat onder druk van een op te leggen dwangsom van hen beoogt te verkrijgen. De omstandigheid dat ter verkrijging van het materiaal enige actieve participatie van de betrokkenen is vereist brengt op zichzelf niet mee dat het gebruik van dat materiaal in een 'criminal charge' strijd oplevert met artikel 6 EVRM (vergelijk Hoge Raad, 21 maart 2008, nr. 43050, CLI:NL:HR:2008:BA8179, *BNB* 2008/159, overweging 3.3.2). Voorts is niet elke dwangmaatregel verboden. Dit volgt onder meer uit EHRM 4 oktober 2005, nr. 6563/03 (Shannon), waarin werd overwogen: 'the Court recalls that not all coercive measures give rise to the conclusion of an unjustified interference with the right not to incriminate oneself.' Het gebruik van onder dwang verkregen bescheiden levert echter wel strijd op met artikel 6 EVRM indien de mate van druk, de uitgeoefende dwang, dermate groot is dat het wezen van het in artikel 6 EVRM begrepen 'privilege against self-incrimination' op onaanvaardbare wijze geweld wordt aangedaan. Mede in het licht van de arresten van het EHRM van 25 februari 1993, nr. 10828/84 (Funke), 3 mei 2001, nr. 31827/96 (J.B.) en 5 april 2012, nr.

> 11663/04 (Chambaz), is het hof van oordeel dat gelet op de mate van druk die uitgaat van de op te leggen dwangsom, die in het onderhavige geval als substantieel is te kwalificeren, zich in dezen een situatie voordoet waarbij het gebruik van de bescheiden als bewijs tegen [verweerder] ten behoeve van bestuurlijke boeteoplegging of strafvervolging in strijd zou komen met artikel 6 EVRM.
>
> 3.23 Het vorenoverwogene leidt tot het oordeel dat alle informatie die in dit geding door [verweerder] moet worden verstrekt, als wilsafhankelijk materiaal moet worden beschouwd, in de zin van HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640. Dit betekent dat het hof aan het gebruik van deze gegevens een restrictie zal verbinden als nader in het dictum te bepalen.

Met andere woorden; voor het hof is beslissend geweest dat de Staat de informatie niet zonder medewerking van betrokkene kon verkrijgen, terwijl de uitgeoefende druk om de informatie te verkrijgen substantieel was. Het zij opgemerkt dat in de overwegingen van het hof niet tot uitdrukking komt dat de informatie werd gevorderd ná het opleggen van fiscale boetes. Dat er sprake is van een informatievordering aan een 'charged person' komt zodoende niet expliciet naar voren. Op dit punt wordt teruggekomen bij het commentaar op het arrest.

7.2.13.3. Overwegingen Hoge Raad

Verbod van fishing expedition
De Hoge Raad formuleert zijn uitgangspunt, dat het onderscheid tussen wilsafhankelijk materiaal en wilsonafhankelijk materiaal geen rol speelt voor zover het materiaal wordt gevorderd voor de belastingheffing (4.3.3.). In het kader van de inleidende overwegingen besteedt de Hoge Raad aandacht aan de vraag, of sprake is van een zogenoemde 'fishing expedition'. Concreet luidt het verbod als volgt:

> 'Vorderingen tot het verstrekken van dergelijke gegevens en inlichtingen zijn niet toewijsbaar voor zover zij onvoldoende zijn onderbouwd of een zogenoemde 'fishing expedition' inhouden. Dat is niet anders indien die vorderingen alleen voor heffingsdoeleinden zijn ingesteld. De Staat zal derhalve aannemelijk moeten maken dat het gevorderde materiaal bestaat en dat de belastingplichtige daarover de beschikking heeft of, met de van hem redelijkerwijs te verwachten inspanning, kan verkrijgen.'

De opmerking dat het niet anders is indien de vorderingen alleen voor heffingsdoeleinden zijn ingesteld, werkt verwondering. Immers, indien dat niet het geval is, dus sprake is van beboetingsdoeleinden, mist artikel 47 AWR überhaupt toepassing. De betrokkene kan dan sowieso al niet gehouden worden tot medewerking. Er kan dan geen sprake zijn van een wettelijke vordering, zodat nadere normering van de vordering niet aan de orde komt. Deze formulering is daarom uiterst ongelukkig. Kennelijk tracht de Hoge Raad te zeggen dat dit verbod van fishing expeditions ook geldt, wanneer er geen (of mede) boete aspecten aan de orde zijn.

De door de Hoge Raad geformuleerd norm wordt bovendien geproblematiseerd door het volgende. In hoofdstuk 5 (paragraaf 3.5.) werd reeds beargumenteerd dat het criterium van de fishing expedition geen algemene voorwaarde kan zijn, voor toepassing van het nemo teneturbeginsel. Tevens is uiteengezet tot wat voor procedurele onwerkbaarheid dit criterium aanleiding zou geven. Daarbij gaat het om de omstandigheden van de Funke en J.B.-zaken met betrekking tot de aannemelijkheid van het bestaan van de door de overheid gevorderde informatie.

Noch een verdachte die het bestaan van buitenlandse rekeningen aangaf (Funke), noch een verdachte die de belastingontduiking erkende (J.B.) waren kennelijk voldoende om de het bestaan van de betreffende informatie voldoende substantieel te achten.

Wijsman kan op dit punt dan ook niet gevolgd worden in zijn stelling, dat het aannemelijk maken dat de betrokkene gegevens en inlichtingen daadwerkelijk kan verstrekken, een lichte bewijslast voor de Staat betekent. Hij wijst in dat kader op het ruime toepassingsbereik van artikel 47 AWR.[926] Daarentegen kan de bevoegdheid in herinnering worden gebracht welke de Franse douane in de zaak Funke hanteerde. De medewerkingsverplichting waar de Franse autoriteiten zich tegen Funke op beriepen om documenten uit te leveren, had namelijk eveneens een ruim toepassingsbereik. Artikel 65 van de 'Customs Code' luidde:

> 'Customs officers with the rank of at least inspector ... may require production of papers and documents of any kind relating to operations of interest to their department'

De (volgens de Hoge Raad) in het geding zijnde norm – verbod van speculatieve vorderingen – wordt ook niet afgeleid uit de AWR, maar uit de voornoemde EHRM jurisprudentie. Die norm moet aldus bezien worden tegen de achtergrond van de relevante omstandigheden van de betreffende zaken. Die omstandigheden werpen juist een welhaast onbenoembare bewijsdrempel op.

De vormgeving van de restrictie
Voordat de Hoge Raad ingaat op wat hij definieert als wilsafhankelijk materiaal, wijdt hij eerst overwegingen aan de wijze waarop de voorzieningenrechter de restrictie dient vorm te geven. De Hoge Raad overweegt dat (4.3.4) voor zover de betrokkene in het geding voor de voorzieningenrechter een ontoereikend verweer voert dan wel sprake is van omstandigheden die pas na het kort geding blijken, het van belang is dat ook in de executiefase de stelplicht en bewijslast van de beschikbaarheid van het materiaal voor de betrokkene op de Staat rusten (zie hiervoor in 4.3.1 onder b). De executierechter heeft bij de beoordeling van een en ander een eigen verantwoordelijkheid en is niet gebonden aan het oordeel van de rechter die afgifte heeft gelast (4.3.5). In verband met het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal, is het noodzakelijk dat de voorzieningenrechter aan het door hem uit te spreken bevel een in beginsel algemeen geformuleerde restrictie verbindt. Een toespitsing van de restrictie is alleen aan de orde indien met betrekking tot voldoende specifiek aan te duiden materiaal terecht het verweer wordt gevoerd dat dit als wilsafhankelijk dient te worden aangemerkt. Van belang is voorts wat overwogen wordt indien in strijd gehandeld wordt met de restrictie (4.3.6):

> 'Mocht in strijd worden gehandeld met een door de voorzieningenrechter gegeven restrictie, dan komt het oordeel over de daarop te stellen sanctie toe aan de rechter die over de bestraffing of beboeting oordeelt (zie hiervoor in 4.3.1 onder c). Bij die rechter kan tevens aan de orde komen óf is gehandeld in strijd met de restrictie. Dit brengt mee dat de vraag naar de aard van het materiaal opnieuw, maar nu achteraf, voor de sanctierechter aan de orde kan worden gesteld. In het geding voor die rechter kan worden vastgesteld op welk materiaal het nemo tenetur-verweer precies betrekking heeft, en kan bovendien blijken of sprake is van andere omstandigheden die voor beoordeling van dat verweer van belang zijn. Aldus kan de rechter op het moment dat in een procedure op

[926]. Zie L.C.A. Wijsman, *Nemo tenetur in belastingzaken* (*Fiscale Monografieen nr. 150*), (*diss. Rotterdam*), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 366.

> enigerlei wijze gebruik wordt gemaakt van het afgegeven materiaal, ten volle beoordelen of en in hoeverre dit gebruik is toegelaten in het licht van de uit art. 6 EVRM voortvloeiende waarborgen, waaronder het nemo tenetur-beginsel.'

De vraag is hoe deze overwegingen zich verhouden tot de 'garantie' van bewijsuitsluiting die het EHRM verlangt. Dit komt terug bij het commentaar op de uitspraak.

Wilsafhankelijk materiaal
Dan volgt ten slotte wellicht het belangrijkste onderdeel van het arrest. Hierin gaat de Hoge Raad in op zijn definitie van wilsafhankelijk materiaal in het licht van de EHRM-jurisprudentie (4.4.2.):

> '(…) Het arrest van 12 juli 2013 definieert onder 3.6 "wilsonafhankelijk materiaal", onder verwijzing naar het arrest Saunders, als "materiaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte". Hieruit volgt dat de kwalificatie van materiaal als "wilsonafhankelijk" dan wel "wilsafhankelijk" – welk onderscheid samenhangt met het zwijgrecht van de betrokkene – is verbonden aan de aard van het materiaal (of het in fysieke zin "bestaat" onafhankelijk van de wil van de betrokkene).
> Het hof verbindt ten onrechte de wils(on)afhankelijkheid aan het antwoord op de vraag of de gevorderde bescheiden zonder medewerking van de betrokkene kunnen worden verkregen. Deze verbinding maakt het onderscheid dat is gemaakt in het arrest van 12 juli 2013 en in het arrest Saunders zinledig, aangezien het afgeven van bescheiden op grond van een veroordeling in kort geding nimmer zonder medewerking van de betrokkene kan plaatsvinden.'

Relevant is tevens hetgeen de Hoge Raad in de uitspraak van 29 mei 2015, nr. 14/00584 ECLI:NL:HR:2015:1359), *BNB* 2016/23, (Conclusie Niessen) (par. 2.3.3.) heeft overwogen:

> 'Met de regel van het arrest Saunders zou niet verenigbaar zijn dat – zoals belanghebbende stelt – het nemo tenetur-beginsel zich uitstrekt tot alle bescheiden waarvan het overhandigen erkenning van het bestaan ervan impliceert. In elke afgedwongen overhandiging van bescheiden ligt immers een zodanige erkenning besloten. Aanvaarding van het standpunt van belanghebbende zou derhalve meebrengen dat het onderscheid dat is gemaakt in het arrest Saunders zinledig is. Bij bescheiden als de onderhavige, rekeningafschriften en door de bank opgestelde portfolio-overzichten die betrekking hebben op rekeningen waarvan de belanghebbende reeds als rekeninghouder was geïdentificeerd en van welke stukken de Inspecteur derhalve het bestaan mag aannemen, staat buiten twijfel dat het gaat om materiaal dat onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat (zie HR 21 maart 2008, nr. 43050, ECLI:NL:HR:2008:BA8179, *BNB* 2008/159).'

De visie van de Hoge Raad is dus duidelijk. Het nemo tenetur-beginsel mist toepassing aangaande 'real evidence'. Bovendien volgt uit de laatste passage dat de Hoge Raad in verband met het nemo tenetur-beginsel kennelijk slechts ruimte ziet voor het zwijgrecht. In het navolgende kom ik uitgebreid op deze overwegingen terug, waarbij ik de visies van de Advocaten-Generaal (Wattel, Niessen en Langemeijer) bespreek.

7.2.13.4. Commentaar op het arrest

De reikwijdte van nemo tenetur becommentarieerd
Allereerst zal worden ingegaan op de invulling van het nemo tenetur-beginsel aan de hand van de fishing expedtion en de wijze waarop wilsafhankelijk materiaal wordt geduid. Enerzijds stelt de Hoge Raad in concrete bewoordingen dat hij 'real evidence' volledig ziet als wilsonafhankelijk materiaal en dit daarmee buiten het toespassingsbereik van nemo tenetur plaatst. Anderzijds stelt hij als expliciete norm, dat vorderingen die verband houden met fishing expeditions ontoelaatbaar zijn. Wat daar precies onder verstaan moet worden, wordt niet helder afgebakend. Het gaat er kennelijk om dat de fiscus concreet en gemotiveerd aangeeft welke informatie verlangd wordt. Vorderingen met een speculatief karakter dienen alsdan niet te worden toegewezen. Op die wijze valt de 'real evidence' indirect toch weer onder een afgeleide van de nemo tenetur bescherming, in het bijzonder de verklaringsvrijheid. Het voldoen aan een vage speculatieve vordering zou dan neerkomen op het erkennen van het bestaan van bepaalde documenten. Dit kwam uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 5 (paragraaf 3.5). Daar is uitgebreid betoogd waarom de 'fishing expediton' geen noodzakelijke voorwaarde kan zijn om een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel aan te nemen, in de context van informatievorderingen. Kort gezegd volgt een dergelijk vereiste van een 'fishing expedition' niet uit de EHRM-jurisprudentie en vormt dat tevens een onwerkbaar criterium. Ten slotte geldt dat het argument van de 'fishing expedition' de ratio miskent om het nemo tenetur-beginsel van toepassing te laten zijn op de vordering tot uitlevering van 'real evidence'. Of de overheid nu speculeert op de aanwezigheid van meer belastend materiaal of dat zij zeker weet dat het materiaal bestaat, de procesautonomie wordt in beide gevallen geschonden daar waar de verdachte verplicht wordt het materiaal zelfstandig aan te leveren.

De Hoge Raad stelt voorts, kort gezegd, dat bij de onderhavige informatievordering géén sprake is van wilsafhankelijk materiaal. Dit is een uiterst cruciaal punt. Feitelijk bezien valt het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal in de perceptie van de Hoge Raad volledig samen met dat tussen real- en testimonial evidence. Materiaal dat een objectief bestaan kent, zoals bescheiden, zijn dan per definitie altijd wilsonafhankelijk. De Hoge Raad verwijst overigens naar zijn eerdere arrest van HR 21 maart 2008, *BNB* 2008, 159 (KB Lux-zaak). Daaruit volgt reeds een dergelijke uitsluiting van het nemo tenetur-beginsel op 'real evidence'. In hoofdstuk 5 is op basis van de analyse van de EHRM jurisprudentie uitgebreid besproken, wat onder wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal moet worden verstaan.

Op dit vlak staan de visies van de Advocaten-Generaal Wattel, Langemijer en Niessen volledig haaks op die van de Hoge Raad. In dit verband wordt (nogmaals) gewezen op hetgeen Wattel in zijn conclusie heeft geschreven. Volgens hem is het feit dat bewijsmateriaal fysiek reeds bestond, los van de wil van de verdachte (pre-existing documents), geenszins beslissend voor e vraag of het van de (potentieel) verdachte afgedwongen mag worden (Wattel, par.1.12). Langemeijer verwijst in het kader van bewijsmateriaal dat 'onafhankelijk van de wil' van betrokkene bestaat, naar bewijsmateriaal dat ontdekt is bij de doorzoeking van een woning of van een voertuig, of informatie die gericht is opgevraagd bij een financiële instelling (par. 2.9). Niessen merkt hierover op dat wat in Funke en J.B. nog als uitzondering gold, het EHRM in Chambaz als vaste regel heeft aanvaard. Ook wilsonafhankelijk materiaal dat onder dwang – tenzij deze heel licht is – is verkregen, mag niet tegen de betrokkene worden gebruikt bij een vervolging wegens belastingfraude. Hiertoe dient aan de betrokkene vooraf een garantie te worden verstrekt. Niessen bedoelt kennelijk dat 'real evidence' wat onder dwang wordt afgenomen, niet gebruikt mag worden. Qua terminologie wordt dit bewijsmateriaal 'wilsafhankelijk materiaal' (4.41). Belangrijke kanttekening daarbij is wel dat ten tijde van het afdwingen van die 'real

evidence' (minimaal) een verdenking moet gelden. Bewijsmateriaal dat immers in de controlesfeer wordt vergaard ('real evidence'), kan in beginsel zonder inbreuk op het nemo teneturbeginsel worden gebruikt voor de punitieve procedure.

De invulling van de rechtswaarborg
Een andere vormt die naar de consequenties van het handelen in strijd met de door de rechter gestelde waarborg. De Hoge Raad gaat namelijk expliciet in op de situatie dat in strijd wordt gehandeld met de restrictie van de voorzieningenrechter. De kwestie met betrekking tot de aard van de gevorderde en/of uitgeleverde informatie wordt dan bij de uiteindelijke rechter overgedaan. De Hoge Raad stelt:

> 'Mocht in strijd worden gehandeld met een door de voorzieningenrechter gegeven restrictie, dan komt het oordeel over de daarop te stellen sanctie toe aan de rechter die over de bestraffing of beboeting oordeelt (zie hiervoor in 4.3.1 onder c). Bij die rechter kan tevens aan de orde komen óf is gehandeld in strijd met de restrictie. Dit brengt mee dat de vraag naar de aard van het materiaal opnieuw, maar nu achteraf, voor de sanctierechter aan de orde kan worden gesteld. In het geding voor die rechter kan worden vastgesteld op welk materiaal het nemo tenetur-verweer precies betrekking heeft, en kan bovendien blijken of sprake is van andere omstandigheden die voor beoordeling van dat verweer van belang zijn. Aldus kan de rechter op het moment dat in een procedure op enigerlei wijze gebruik wordt gemaakt van het afgegeven materiaal, ten volle beoordelen of en in hoeverre dit gebruik is toegelaten in het licht van de uit art. 6 EVRM voortvloeiende waarborgen, waaronder het nemo tenetur-beginsel.'

De vraag of het uitgeleverde materiaal dan weer uitgesloten wordt, moet in die vervolgprocedure dan opnieuw aan de orde komen. Dit ondergraaft in aanzienlijke mate het karakter van een 'waarborg'.

Waar het om gaat is dat de betrokkene ten tijde van de afgifte de garantie van bewijsuitsluiting moet krijgen, als dat tenminste gerechtvaardigd is. De drie A-G's wijden daar belangrijke overwegingen aan. Wattel stelt daarover dat de dwang(som)rechter juist verplicht is om een oordeel te geven over de wils(on)afhankelijkheid van het af te dwingen materiaal. Nu de wetgever niet in de ex artikel 6 EVRM vereiste waarborg tegen zelfincriminatie heeft voorzien, moet de dwangrechter er in voorzien, en wel, aldus het EHRM, zodanig dat hij practical and effective is; niet theoretical and illusory. Een verdachte/belastingplichtige heeft volgens Wattel weinig aan een waarborg tegen zelfincriminatie die niet in de wet staat, waarvan op het moment van dwanguitoefening vaag blijft op welke opgeëiste informatie deze ziet, en waarvan reikwijdte en effect (dus) pas kan blijken (ver) nádat de betrokkene zichzelf al – als gevolg van de uitgeoefende dwang – beschuldigd heeft. Juist op het moment waarop hij gedwongen wordt te kiezen tussen zelfbeschuldiging en dwangsomverbeuring, moet hij zijn positie kunnen overzien. De borging van nemo tenetur kan niet doorgeschoven worden naar de (wellicht nooit optredende) strafrechter omdat áls de strafrechter later oordeelt, op dat moment die waarborg, met name de verklaringsvrijheid 'fair trial', al in de kern kan zijn aangetast (par. 1.11).

A-G Langemijer merkt hieromtrent het volgende op. Wil de betrokkene zekerheid hebben dat het door hem aan de Belastingdienst te verschaffen materiaal niet tegen hem zal worden gebruikt voor het bewijs van een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM, dan mag de (burgerlijke) rechter die over het bevel met dwangsomsanctie beslist, de beantwoording van de vraag of sprake is van 'wilsafhankelijk' materiaal niet 'doorschuiven' naar de belastingrechter of de strafrechter. (par. 2.5.) Deze bescherming moet volgens het EHRM practical en effective

zijn. Dit brengt mee dat de belastingplichtige uiterlijk op het tijdstip waarop hij aan het bevel voldoet − dat wil zeggen: op het tijdstip waarop hij het opgevraagde materiaal aan de Belastingdienst verstrekt – uitsluitsel moet hebben of de te verstrekken informatie wel of niet tegen hem kan worden gebruikt voor punitieve doeleinden (m.a.w.: voor het bewijs van een criminal charge tegen hem). De burgerlijke rechter die een bevel met dwangsomsanctie geeft, kan zich evenwel slechts uitspreken over het gebruik dat van het krachtens zijn bevel te verstrekken materiaal mag worden gemaakt (par. 2.6.). Langemijer wijst er op dat het hof uitdrukkelijk in het midden laat wat de status is van het door de belastingplichtige respectievelijk de vennootschap aan de Staat te verstrekken materiaal. Als gevolg van dit voorbehoud bestaat op het tijdstip waarop de belastingplichtige respectievelijk de vennootschap aan dit bevel moet voldoen, geen zekerheid of het te verstrekken materiaal de status heeft van 'wilsafhankelijk' of 'wilsonafhankelijk' (par. 2.11).

Niessen benadrukt dat geen onderscheid gemaakt moet worden tussen verklaringen en reeds bestaand materiaal zoals (bank)documenten en andere bescheiden. Niessen merkt op dat bewijsuitsluiting het enige juiste gevolg is dat de belasting- of de strafrechter kan verbinden aan het gebruik van onder last van een dwangsom verstrekt materiaal. Hij parafraseert Van Eijsden, die stelt dat de door de Burgerlijke Kamer van de Hoge Raad beoogde rechtsbescherming anders – in de woorden van Van Eijsden – 'van nul en generlei waarde is' (par. 4.51 Conclusie Niessen). Volgens Niessen dient bewijsuitsluiting echter ook plaats te vinden indien aan de belastingplichtige voorafgaand aan het verstrekken van het gebruikte materiaal ten onrechte niet de rechtsbescherming is geboden waar hij recht op heeft.

7.2.13.5. Conclusie

In de serie arresten van 24 april 2014 en 29 mei 2015 bekent de Hoge Raad duidelijk kleur aangaande de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op 'real evidence'. In de arresten wordt een nadere duiding gegeven aan het begrip wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. 'Real evidence' vormt in de optiek van de Hoge Raad geen wilsafhankelijk materiaal; dit wordt beschouwd als wilsonafhankelijk materiaal. Deze nadere definiëring is van significante betekenis voor het nemo tenetur-beginsel in relatie tot de sfeercumulatie. De eerder bij arrest van HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343 geformuleerde rechtswaarborg is namelijk grotendeels congruent aan het begrip wilsafhankelijk materiaal. In de optiek van de Hoge Raad valt 'real evidence' aldus buiten het bestek van die waarborg. In de tussenconclusie wordt nader ingegaan op de gevolgen van deze interpretatie.

De waarborg komt overigens überhaupt in aanmerking voorover geen sprake is van een fishing expedition. De Hoge Raad stelt aldus een dergelijk (negatief geformuleerd) vereiste aan de fiscale informatievordering. Daarbij is niet nader geduid wat hij precies onder een dergelijke fishing expedition verstaat. Tevens is verwezen naar de kritiek in hoofdstuk 5 (paragraaf 3.5), op het toepassen van het 'criterium' van de fishing expedition, in relatie tot het fiscale onderzoek.

7.2.14. Tussenconclusie fiscale (en civiele) jurisprudentie

7.2.14.1. Algemeen

De vraag die bij aanvang van dit hoofdstuk werd gesteld is hoe de behandelde fiscale (en civiele) rechtspraak zich verhoudt tot de jurisprudentie van het EHRM. Daarbij gaat het om de toepassing van het nemo tenetur-beginsel, zoals de reikwijdte van dat beginsel is af te leiden is uit die EHRM-jurisprudentie. Teneinde die vraag te beantwoorden zijn de weergegeven zaken

onderworpen aan een analyse op basis van de uit de EHRM-rechtspraak gedistilleerde reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. In het navolgende zal de onderzoeksvraag eerst concreet beantwoord worden, aan de hand van een viertal aspecten. Dit betreft de toepassing van het nemo tenetur-beginsel ten aanzien van testimonial en 'real evidence', de fiscale omkering van de bewijslast en de normering van de 'sfeercumulatie'. Na deze concrete punten volgt een meer beschouwende analyse waarin de ontwikkelingen in de behandelde fiscale rechtspraak geduid worden in relatie tot de bevoegdheden van het fiscale boeteonderzoek. Tevens wordt getracht een verklaring te vinden voor de koers die de Hoge Raad heeft uitgezet, zoals in dit deel aan de orde is gekomen..

7.2.14.2. Testimonial Evidence

De bescherming van 'testimonial evidence' in de fiscale rechtspraak van de Hoge Raad sluit volledig aan bij de jurisprudentie van het EHRM. Opvallend is dat onverkorte toepassing plaats heeft van de 'Saunders' bescherming van testimonial evidence.[927] Dit brengt mee dat verklaringen die in het kader van de verplichte medewerking aan het fiscale onderzoek zijn afgelegd, niet gebruikt mogen worden als bewijsmiddel voor de fiscale boete. Hierbij geldt de belangrijke toevoeging dat *alle* verklaringen dienen te worden uitgesloten. In de lijn van het Saunders-arrest wordt niet gedifferentieerd naar gelang die verklaringen op zichzelf genomen belastend zijn of niet. Het voorgaande volgt uit het principiële arrest van HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27. De rechtsopvatting aangaande de bewijsuitsluiting van die verklaringen is nadien verankerd in HR 16 september 2005, nr. 38.156, *LJN:* A09013. De Hoge Raad heeft de verklaringsvrijheid voorts verder willen beschermen door de betrokkene in de bezwaarfase tegemoet te komen. Immers, aanduiding van de gronden mag summier zijn, wanneer diegene zich er op beroept dat niet verder te kunnen aanduiden zonder zich te incrimineren. Vereist is dan wel dat de betrokkene zulks expliciet aangeeft als reden van het niet nader kunnen motiveren. Aldus is beslist in HR 8 maart 2002, *AB* 2002/353.

7.2.14.3. Verstrekking van real evidence in de boeteprocedure

Bij de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op fiscale vorderingen betreffende 'real evidence' moet een scherp onderscheid gemaakt worden aangaande de context waarin dat plaatsheeft. Dat onderscheid ziet op het volgende. Is de vordering gericht aan de belastingplichtige, in het kader van de reguliere fiscale heffing (fiscale navordering), of wordt gevraagd om informatie in relatie tot de fiscale beboeting? In het laatste geval is de zaak glashelder. In de behandelde zaken was slechts één situatie aan de orde, waarin het betrof de verstrekking van informatie louter ten behoeve van de fiscale boeteprocedure. Dat was de zaak van HR 22 juni 2007 *BNB* 2007/292. De Hoge Raad oordeelde in dat arrest dat artikel 47 AWR in een dergelijke boeteprocedure niet geldt. Dat betekent dat wanneer niet langer 'mede' de reguliere fiscale heffing in het geding is, er van de verdachte belastingplichtige geen informatie gevorderd kan worden op basis van dit artikel. De fiscale controlebevoegdheid kan dus niet benut worden om van de te beboeten persoon informatie af te dwingen. Derhalve bestaat geen wettelijke medewerkingsplicht in dat verband. De vraag of het nemo tenetur-beginsel van toepassing is op dergelijke vorderingen komt dus niet eens aan de orde, bij gebreke van de wettelijke mogelijkheid van die vordering. Hier geldt dus niet zozeer dat er een verbod bestaat om van de 'charged person' 'real evidence' te vorderen – zoals in artikel 96a lid 2 Sv – maar dat er geen wettelijke bevoegdheid bestaat om die informatie te vorderen. Voor de bevoegdheden en mogelijkheden om bewijsmiddelen te vergaren, in het kader van het boeteonderzoek, is dit derhalve een fundamentele uitspraak. De betekenis van dit arrest is niet beperkt tot het fiscale recht. Bij de beschouwing van de fiscale jurisprudentie, kom ik op dit belangrijke punt terug.

927. EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk).

7.2.14.4 Normering van de sfeercumulatie?

Eerst zal een antwoord op de geformuleerde onderzoeksvraag worden gegeven. Volgens de Hoge Raad heeft de fiscale overheid niet de bevoegdheid om van een 'charged person' informatie te vorderen, in verband met de boeteprocedure. Dit bleek uit de voorgaande paragraaf. Die bevoegdheid bestaat echter wel, ook al bestaat een criminal charge, wanneer die vordering betrekking heeft op de reguliere fiscale heffing. 'Real evidence' dat is verstrekt – in weerwil van de criminal charge – mag bovendien weer worden benut voor de onderbouwing van de boete. De reden daarvoor is dat het uitgeleverde 'real evidence' in de optiek van de Hoge Raad kwalificeert als 'wilsonafhankelijk materiaal'. Het nemo tenetur-beginsel is derhalve niet toepassing, omdat dit ziet op 'wilsafhankelijk materiaal'. De Hoge Raad vat dat begrip restrictief op; kennelijk beperkt tot testimonial evidence. De clausule die wordt verbonden aan het afdwingen van informatie, in het kader van de door de rechter te verlenen waarborg, heeft daarmee geen betrekking op 'real evidence'. Dit leidt tot de volgende situatie. De van fiscale fraude verdachte betrokkene dient medewerking te verlenen aan dergelijke informatievergaring, waarvan de onderzoeksresultaten als belastend bewijs tegen hem gebruikt kunnen worden in de boeteprocedure. Deze juridische consequenties zijn strijdig met de bevindingen van hoofdstuk 5, aangaande de toepassing van de EHRM-jurisprudentie op de vordering van 'real evidence' en normering van de sfeercumulatie. In het navolgende zullen deze punten meer gedetailleerd aan de orde komen.

In meerdere zaken is aan de orde gekomen de situatie dat sprake is van een verdenking van fiscale fraude, maar dat desondanks toch fiscaal relevante informatie wordt gevorderd. Zodoende wordt afgifte van 'real evidence' van een 'charged person' gevorderd. De complicerende factor hierbij – inherent aan de sfeercumulatie – is dat die vordering van informatie geschiedt in het kader van de reguliere fiscale heffing. De verdenking van overtreden fiscale normen loopt dan volledig parallel aan de fiscale navordering; hetgeen op zichzelf logisch is. Dit is echter wel een situatie die sterk moet worden onderscheiden van hetgeen hierboven uiteengezet is, bij de verstrekking van 'real evidence' en de boeteprocedure. Hoewel er sprake kan zijn van een verdenking van fiscaal strafbare feiten, geldt de fiscale controlebevoegdheid nog, omdat er nog (mede) sprake is van een (reguliere) fiscale procedure. In het fiscale recht doet zich bij uitstek deze parallelle samenloop van procedures voor, ten aanzien van de reguliere belastingheffing en het opleggen van een fiscale boete (de fiscale verhoging). In het aanvangsarrest uit 1991 opteerde de Hoge Raad voor een zuivere procedurele scheiding tussen controle- en boeteprocedure. De vraag naar de toelaatbaarheid van eventueel afgedwongen bewijsmateriaal dient in de bestraffende (boete)procedure te worden beslist. Deze lijn is lange tijd doorgevoerd en zelfs in gevallen waarbij reeds sprake was van een verdenking van fiscale fraude, waarbij zelfs een element van dwang toelaatbaar werd geacht. Dit bleek bijvoorbeeld uit HR 21 maart 2008, *BNB* 2008, 159 (KB Lux-zaak) en HR 18 september 2009, *NJ* 2009, 566.[928] Ook in die gevallen was de belastingplichtige – voor de fiscale heffing – verplicht om medewerking te verlenen. Op dit punt schoot de rechtsbescherming van de Hoge Raad aantoonbaar te kort, in vergelijking met die van het EHRM. Op het moment dat de belastingplichtige niet kan uitsluiten dat gegevens voor punitieve doeleinden gebruikt worden, dient een waarborg te gelden. Belangrijkste aanknopingspunten daarvoor zijn de zaken Marttinen en Chambaz-zaken. Daaruit kan worden afgeleid dat de feiten en omstandigheden van de situatie ten tijde van de informatievordering, dan minstgenomen een verdenking moeten uitwijzen. Dit is uitgebreid gemotiveerd in hoofdstuk 5.

[928]. Nadien bevestigd in Hoge Raad, 16 november 2012, *BNB* 2013/29.

In het arrest van HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343 kwam – op zichzelf beschouwd – een kentering in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Er werden nu immers wel waarborgen gesteld met betrekking tot de in kort geding gevorderde informatie. Die waarborg behelst het volgende. Indien niet kan worden uitgesloten dat 'wilsafhankelijk materiaal' tevens in verband met een 'criminal charge' tegen de belastingplichtige zal worden gebruikt, zullen de nationale autoriteiten volgens de Hoge Raad moeten waarborgen dat de belastingplichtige zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen. Derhalve dient de (voorzieningen)rechter een op het vorenstaande gerichte clausulering te verbinden aan het door hem uit te spreken bevel. Wilsafhankelijk materiaal dat door de belastingplichtige ingevolge het bevel van de voorzieningenrechter is verstrekt, mag niet worden gebruikt voor fiscale beboeting of strafvervolging van de belastingplichtige. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat, indien dit toch gebeurt, de belastingrechter of de strafrechter dient te bepalen welk gevolg aan dit gebruik moet worden verbonden.

Aan de formulering van de waarborg kleven echter twee manco's. Ten eerste betreft dit het punt dat de Hoge Raad vasthoudt aan het uitgangspunt dat de vraag wat er dient te gebeuren indien afgedwongen materiaal toch nog gebruikt wordt in de punitieve procedure, voorbehouden is aan de rechter die oordeelt over de betreffende sanctie. Doordat het uiteindelijke oordeel bij die rechter ligt, biedt deze waarborg nog geen daadwerkelijke garantie. De betrokkene die zich met de vordering geconfronteerd ziet krijgt zodoende nog geen echte garantie.

Het EHRM vereist een dergelijke 'garantie'. Dit volgt onder meer uit de arresten Marttinen[929] en Chambaz[930], die in hoofdstuk 5 zijn besproken (respectievelijk paragrafen 5.5.3. en 5.5.4.). In deze zaken werd overwogen dat in de betreffende procedure een waarborg ontbrak, die mee zou brengen dat het te overleggen materiaal niet voor bestraffingsdoeleinden gebruikt zou worden. Zoals in hoofdstuk 5 (paragraaf 5.5.) aan de orde kwam, is de zaak van HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343 aan de orde geweest bij het EHRM (EHRM 16 juni 2015, appl. nr. 784/14 (Van Weerelt v. Nederland)). In deze stand van de procedure vond het EHRM dat geen sprake was van schending van het nemo tenetur-beginsel. Enerzijds valt dit te verklaren door de processuele situatie. Er was nog geen sprake van belastend gebruik van afgedwongen materiaal voor bestraffende doeleinden. Anderzijds overwoog het EHRM dat de Hoge Raad de genoemde waarborg had verleend. Het EHRM heeft die omstandigheid zwaar mee laten wegen in het oordeel dat in deze zaak geen schending van het nemo tenetur-beginsel plaatshad. Daar geldt als benoemd dat nog geen definitief rechterlijk oordeel gegeven was omtrent de vraag of het te vorderen materiaal inderdaad die kwalificatie draagt en omtrent het gebruik daarvan als bewijsmateriaal in de boeteprocedure. Anders gezegd; de wijze waarop invulling gegeven wordt aan de verleende waarborg is nog niet aan de orde geweest.

Ten tweede geldt – als belangrijkste tekortkoming van de waarborg– dat de wijze van invulling van het begrip wilsafhankelijk materiaal omstreden is. In 2013 viel nog geen definitie van het begrip te ontwaren, terwijl de waarborg goeddeels congruent is met de hantering van dit begrip. De grote vervolgvraag zou dus zijn hoe de Hoge Raad dit begrip hanteert. Die nadere invulling van dat begrip kwam in de arresten van 24 april 2015 (en 29 mei 2015) aan de orde.[931] Uit

[929]. EHRM 21 April 2009, nr. 19235/03, *NJ* 2009/557 (Marttinen v. Finland).
[930]. EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland).
[931]. Hoge Raad, 24 april 2015, nr. 13/05136 (ECLI:NL:HR:2015:1112), *BNB* 2016/22, (Conclusie Langemeijer), Hoge Raad, 24 april 2015, nr. 14/02416 en nr. 14/02686 (ECLI:NL:HR:2015:1130), *BNB* 2016/21, (Conclusie A-G Wattel), Hoge Raad, 24 april, nr. 14/02420 en nr. 14/02691 (ECLI:NL:HR:2015:1117), FutD 2015-1122, (Conclusie Wattel), Hoge Raad, 24 april 2015, (Conclusie A-G Wattel), nr. 14/02414, ECLI:NL:HR:2015:1129), BA 2015/128 en Hoge Raad, 29 mei 2015, nr. 14/00584 (ECLI:NL:HR:2015:1359), *BNB* 2016/23, (Conclusie Niessen).

hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in de serie arresten, volgt dat het nemo tenetur-beginsel niet geldt voor 'real evidence'. De Hoge Raad gaat namelijk uit van een strikte interpretatie omtrent het begrip 'wilsonafhankelijk' materiaal. Het onderscheid tussen de begrippen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal valt in die visie volledig samen met die tussen 'real evidence' en testimonial evidence. De Hoge Raad beschouwt 'real evidence' volledig als wilsonafhankelijk materiaal en plaatst de vordering van dit type bewijsmateriaal daarmee buiten het toespassingsverband van de nemo tenetur bescherming.

Het komt er derhalve op neer dat de uitlevering van 'real evidence' door de betrokkene niet onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel valt, in de visie van de Hoge Raad. Feitelijk gaat hij dus uit van een beperking tot het beschermen van de mondelinge verklaringsvrijheid. Zoals reeds volgde uit de analyse van de EHRM-jurisprudentie schiet die benadering tekort. Geconcludeerd is in hoofdstuk 5. dat de bescherming van het nemo tenetur-beginsel eveneens toepasbaar is op 'real evidence'. Wanneer overheidsambtenaren van een betrokkene documenten vorderen, terwijl een criminal charge bestaat, en dwang uitoefenen teneinde die stukken te verstrekken, vormt dit een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel.

7.2.14.5. De balans:'waarborging' van het fiscale boeteonderzoek?

De doctrine van procedurele scheiding die voor het eerst in 1991 werd aangenomen, is – onder invloed van het EHRM – vervangen door een van procedurele 'waarborgen', zoals hierboven beschreven. De analyse in dit hoofdstuk toonde echter aan dat het type bewijsmateriaal dat bij uitstek in het geding is bij fiscale informatievorderingen, niet beschermd wordt door die waarborgen. Dit is het gevolg van de beperkte toepassing van het nemo tenetur-beginsel door de Hoge Raad. De bescherming tegen het gebruik van afgedwongen 'real evidence' – terwijl op moment van dat afdwingen reeds een vermoeden van strafbare feiten bestond – valt immers volledig buiten de toepassing van het nemo tenetur-beginsel. De Hoge Raad interpreteert 'real evidence' namelijk als 'wilsonafhankelijk materiaal', waarbij niet gedifferentieerd wordt naar de omstandigheden van de verkrijgingswijze. Voor wat betreft de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op 'real evidence', dringt dan de conclusie zich op dat in ruim 25 jaar geen verandering is opgetreden.

De door de Hoge Raad geformuleerde rechterlijke waarborg vertaalt zich dan hooguit in een garantie dat afgedwongen verklaringen voor het bewijs worden uitgesloten. Gezien de omstandigheid dat de Hoge Raad al onverkort een dergelijke rechtsregel toepast (HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27, bevestigt in HR 16 september 2005, nr. 38.156, *LJN:*A09013) is de meerwaarde van de waarborg dan uiterst marginaal. Wilsafhankelijk materiaal heeft in de visie van de Hoge Raad geen betrekking op 'real evidence'. Hetgeen de Hoge Raad feitelijk bewerkstelligd heeft, is het formuleren van een norm (de waarborg van bewijsuitsluiting) die tegemoet leek te komen aan het nemo tenetur-beginsel. Echter, het belangrijkste bestanddeel van die norm, wordt zodanig geïnterpreteerd, dat van de oorspronkelijke 'nemo tenetur' gedachte weinig overblijft. De door de Hoge Raad verleende waarborg wordt daarmee illusoir ten aanzien van de bescherming van 'real evidence'. Dit verklaart ook de discrepantie tussen de conclusies van de 'drie A-G's' en de Hoge Raad terzake van de begripsinvulling van 'wilsafhankelijk' materiaal.

Wel is als norm geformuleerd dat vorderingen die verband houden met 'fishing expeditions' ontoelaatbaar zijn. Het begrip fishing expedition wordt niet nader gedefinieerd. Wel wordt gesteld dat informatievorderingen met een speculatief karakter niet dienen te worden toegewezen. Bij gebreke van een nadere invulling van dat begrip fishing expedition zullen vragen rijzen wanneer de vordering als speculatief moet worden beschouwd. De fiscus zal volgens de Hoge Raad concreet en gemotiveerd moeten aangeven welke informatie hij verlangt. In het kader van

dit verbod op 'fishing expeditions' is verwezen naar de argumentatie in hoofdstuk 5 (paragraaf 3.5). Daar is betoogd waarom de fishing expediton geen noodzakelijke voorwaarde kan zijn om een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel aan te nemen, in de context van informatievorderingen. Als argumenten zijn aangedragen dat dit vereiste van een 'fishing expedition' niet volgt uit de EHRM-jurisprudentie. Voorts vormt de 'fishing expedition' een voor de rechtspraktijk onwerkbaar criterium. In de jurisprudentie van de Hoge Raad komt niet tot uitdrukking hoe de bewijslast van de voldoende gespecificeerde vordering (het aannemelijk maken van bestaan van documenten), moet worden bezien tegen de achtergrond van de EHRM-jurisprudentie, waaruit dit verbod van fishing expeditions wordt afgeleid. Het gaat daarbij om de omstandigheden van de Funke en J.B.-zaken. Noch een verdachte die het bestaan van buitenlandse rekeningen aangaf (Funke), noch een verdachte die de belastingontduiking erkende (J.B.) waren voldoende om die informatie voldoende substantieel te achten. De stelling van Wijsman dat het 'aannemelijk maken' van het bestaan van documenten, in het kader van de vordering ex artikel 47 AWR, een lichte bewijslast oplevert, kan derhalve niet gevolgd worden. Dat sprake zou zijn van een dergelijke 'lichte' bewijslast, staat immers haaks op de omstandigheden genoemd in beide arresten.[932]

Ten slotte geldt dat het argument van de fishing expedition miskent dat de bescherming die het nemo tenetur-beginsel biedt, gelegen is in het beschermen van de procesautonomie. Die procesautonomie wordt evenzeer doorkruist wanneer de overheid strikt zou weten dat een 'charged person' over de gewraakte documenten beschikt en deze onder pressie gevorderd wordt tot uitlevering daarvan over te gaan.

7.2.14.6. Fiscale omkering van bewijslast

De Hoge Raad overwoog dat de 'fiscale omkering van bewijslast' op grond van het oude artikel 29, lid 2, AWR geen strafsanctie vormde in de zin van artikel 6 van het EVRM. Het is volgens de Hoge Raad een dwangmiddel van administratiefrechtelijke aard, gericht op het bevorderen van juiste en volledige aangiften, niet een maatregel met een afschrikwekkend of bestraffend karakter. Op grond van artikel 29, lid 2, AWR (oud) konden zich drie situaties voordoen. In het kader van de fiscale procedure gold de voorgaande kwalificatie van de Hoge Raad, aangaande de administratieve aard van het dwangmiddel. Voor wat betreft de boeteprocedure werd tussen twee situaties onderscheid gemaakt. Omkering van de bewijslast in de boeteprocedure is niet toegestaan ten aanzien van verklaringen, die uitgesloten dienen te worden tot het bewijs. Aan de weigering te verklaren mogen geen nadelige consequenties worden verbonden. Dit sluit aldus aan bij de wijze waarop de Hoge Raad testimonial evidence beschermd, conform het Saunders arrest. De bescherming van de mondelinge verklaringsvrijheid werkt aldus door bij de omkering van de bewijslast in de boeteprocedure. Dit ligt anders ten aanzien van 'real evidence' en de boeteprocedure. De omkering van de bewijslast wordt dan wel toegestaan, in het geval van documenten die sowieso verstrekt hadden moeten worden in de controleprocedure; hetgeen de betrokkene geweigerd heeft. Ook dit punt is in lijn met de facto uitsluiting van het nemo tenetur-beginsel ten aanzien van 'real evidence'.

Per 1 januari 2011 is de Wet rechtsbescherming belastingplichtigen bij controlehandelingen fiscus ingevoerd.[933] Gevolg daarvan is dat fiscale omkering van de bewijslast nog slechts dan geldt, wanneer sprake is van een onherroepelijke informatiebeschikking. De belangrijkste reden voor invoering van artikel 52a AWR was het tegengaan van de onmiddellijke inwerkingtreding van omkering en verzwaring van de bewijslast. De invoering van de informatiebeschikking beoogt een rechtsmiddel te bieden tegen informatieverzoeken van de fiscus. In het wetsvoorstel

[932]. Wijsman, a.w., p. 366.
[933]. *Staatsblad, 27 mei 2011, nr. Stb. 2011, 265.*

wordt tevens een duidelijke link gelegd tussen de rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de informatiebeschikking en het (uiteindelijk) afdwingen van informatieverstrekking. Volgens de Memorie van Toelichting komt met de rechterlijke toetst van de informatiebeschikking meestal binnen afzienbare termijn vast te staan of het verzoek om informatie rechtmatig was. Daarmee wordt het voor de Inspecteur eenvoudiger de verstrekking van die informatie af te dwingen, aldus de Memorie van Toelichting.[934]

De praktijk van de informatiebeschikking heeft daarmee een paradoxale uitwerking. De doelstelling om de betrokkene rechtsbescherming te bieden, wordt doorkruist door de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zoals uit het voorgaande bleek, worden verklaringen uitgesloten van het bewijs, zodat de betrokkene daarvan – in beginsel – kan uitgaan. Aannemelijk is dat de informatieweigering zich eerder zal voordoen met betrekking tot 'real evidence'. Juist dat type bewijsmateriaal wordt in de visie van de Hoge Raad niet beschermd door het nemo tenetur-beginsel, wanneer de vordering van dat materiaal mede verband houdt met het reguliere fiscale onderzoek. Dat afgedwongen materiaal kan dan gebruikt worden ter onderbouwing van de boete; ook al bestond ten tijde van de vordering van dat materiaal reeds een verdenking.

Het voorgaande betekent dat het bieden van rechtsbescherming voor de betrokkene geen praktische meerwaarde heeft, nu er in dat geval geen norm is waar betrokkene zich met succes op kan beroepen (volgens de Hoge Raad, niet het EHRM). Wel geldt het door de Hoge Raad geponeerde verbod van een fishing expedition, waarbij in het voorgaande al de nodige kanttekeningen zijn geplaatst.

Resumerend, de justiabele kan in het kader van de rechterlijke toetst van de informatiebeschikking hooguit het volgende ontlenen in relatie tot het nemo tenetur-beginsel. De garantie dat de verklaringen die gegeven worden tot het bewijs van de boete worden uitgesloten. Daarnaast de vaststelling van de rechter dat door de fiscus geen 'fishing expediton' wordt uitgevoerd. Bij dat laatste wordt de eerdere kritiek herhaald dat dit een voor de rechtspraktijk onwerkbaar criterium is en tevens ongrijpbaar, bij gebreke van een nadere omlijning van de inhoud daarvan.

Ten slotte kan betwijfeld worden of de vroegere kwalificatie van de fiscale omkering van de bewijslast door de Hoge Raad thans nog geldt. De reden daarvoor is de voornoemde beschreven indirecte relatie die gelegd wordt in de Memorie van Toelichting, tussen de onherroepelijke informatiebeschikking en het faciliteren van het afdwingen van informatie.

7.2.14.6. Een verklaring voor de beperkte benadering van het nemo tenetur-beginsel

Een interessante vraag is waarom de Hoge Raad kiest voor een benadering die haaks staat op die van het EHRM. Aan de hand van de juridische consequenties van de door de Hoge Raad uitgezette lijn kan een mogelijke verklaring worden geconstrueerd. Hiervoor dient de aard en de bevoegdheden van het fiscale boeteonderzoek in ogenschouw genomen te worden.

Het bestuursrechtelijk boeteonderzoek berust primair op de gedachte dat tijdens het reguliere controleonderzoek alle informatie wordt verzameld, die eventueel aanleiding geeft tot de constatering van een beboetbare gedraging. De controle is dan overgegaan naar een boeteonderzoek; dit is de sfeerovergang. Het bewijs van die overtreding en daarmee de onderbouwing van de boete, is dan reeds verzameld in het controleonderzoek.[935] Dat is echter een sterk gesimplificeerd beeld van de werkelijkheid dat niet in te passen is, in de situatie dat eerst een vermoeden van wetsovertreding bestaat en daarna pas de controle plaatsvindt. In dit fiscale deel kwamen

[934]. *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 645, nr. 3, p. 14.
[935]. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 122.

immers de nodige zaken aan de orde waar er vermoedens bestonden van belastingontduiking.[936] Dat gaat om gevallen waarin vermoed wordt dat Nederlandse spaarders geheime banktegoeden aanhouden, waarmee aldus belasting wordt ontdoken. Op het moment van een dergelijk concreet vermoeden zou materieel gezien de opsporingssfeer aan de orde moeten zijn. Nu is de crux dat het fiscale boeteonderzoek – in tegenstelling tot het fiscaal *strafrechtelijk* onderzoek – qua onderzoeksbevoegdheden ernstig gemankeerd is. De reden daarvoor is dat volgens de Hoge Raad artikel 47 AWR toepassing mist ten aanzien van het boeteonderzoek. De fiscus beschikt dus niet over die bevoegdheid wanneer louter het boeteaspect aan de orde is en niet langer *in combinatie* met de reguliere belastingheffing.

Het gebrek aan juridische armslag in het fiscale boeteonderzoek betekent dat de fiscale overheid een groot belang heeft om informatie te vorderen in het kader van dat reguliere onderzoek. Dan geldt immers voormelde bevoegdheid waaraan de betrokkene gehouden is medewerking te verlenen. De juridische crux is dat in deze situatie, waarin reeds een verdenking bestaat, ingevolge de rechtspraak van het EHRM de afgedwongen informatie uitgesloten dient te worden van het bewijs. Dat, terwijl uitgebreid aan de orde is gekomen dat de Hoge Raad accepteert dat dergelijk afgedwongen 'real evidence' vervolgens benut wordt in de boeteprocedure. Zo zijn de bewijsmiddelen voor de boete toch verkregen, ondanks dat artikel 47 AWR niet geldt in de boeteprocedure. Feitelijk leunt het boeteonderzoek daarmee grotendeels op de (actieve) medewerking van betrokkenen aan dat onderzoek. Zolang het controleonderzoek mede het 'reguliere' bestuursrechtelijk optreden dient, is de betrokkene – ook al is hij materieel gezien verdachte – gehouden tot medewerking aan dat onderzoek. Weliswaar geldt een waarborg van bewijsuitsluiting voor de resultaten van dat onderzoek, vanaf het moment dat hij verdachte is. Echter, die waarborg geldt niet voor 'real evidence'. Toepassing van het nemo tenetur-beginsel, conform de interpretatie van het EHRM, zou dit boeteonderzoek op cruciale punten mankeren. Het fundamentele probleem is dat het boeteonderzoek feitelijk een extensie van het controleonderzoek is, terwijl gelet op artikel 6 EVRM bepaalde verdedigingsrechten in acht genomen moeten worden, wat de juridische armslag van dat onderzoek onvermijdelijk zal mankeren. Dat is echter een consequentie van de normering van het aan artikel 6 EVRM ontleende nemo tenetur-beginsel. Concreet zou de fiscus in het boeteonderzoek fors beperkt worden in de mogelijkheden zelf het benodigde 'real evidence' te verkrijgen van de belastingplichtige.

De uitleg van de Hoge Raad brengt mee dat hij de bevoegdheden van de fiscus overeind tracht te houden, in de situatie dat de werking van het nemo tenetur-beginsel deze buiten werking zou stellen. De Hoge Raad tracht dit te voorkomen door 'real evidence' categorisch als wilsonafhankelijk materiaal aan te merken, waardoor de werking van het nemo tenetur-beginsel wordt ontzegd. Wellicht acht de Hoge Raad een koerswijziging – conform de EHRM jurisprudentie – dermate fundamenteel, dat hij daarvoor primair een taak voor de wetgever ziet. In dit verband sluit deze kwestie direct aan bij hetgeen Roording ruim twintig jaar geleden schreef over de toepassing van artikel 6 EVRM:

> 'De oorzaak hiervan is denk ik hoofdzakelijk gelegen in de onmacht c.q. onwil van de rechter, die kennelijk van oordeel is dat hier primair een taak voor de wetgever is weggelegd. Dit oordeel is heel begrijpelijk, nu de betreffende eisen zozeer de wezenskenmerken van het proces raken dat zij niet zonder fundamentele en ingrijpende keuzen

[936]. Bijvoorbeeld: HR 21 maart 2008, *BNB* 2008, 159; HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343 en de behandelde arrest van 24 april 2015 en 29 mei 2015.

kunnen worden geëffectueerd. Hierbij komt dat over enkele van die eisen nog veel vraagtekens bestaan.'[937]

Ware deze analyse juist, dan heeft de Hoge Raad een uiteindelijk heilloze weg gekozen. Reeds in de Funke en JB-uitspraken kwam dit punt namelijk al expliciet aan de orde. Bij Funke werd benoemd dat de 'special features' of customs law geen inbreuk kunnen rechtvaardigen op strafprocessuele rechten, als bedoeld in artikel 6 EVRM. Belangrijker nog is wat overwogen werd in de JB-zaak. Daarin werd precies door de Zwitserse regering naar voren gebracht, wat in het voorgaande is belicht. De regering wees er namelijk op dat, als gevolg van politieke keuzes, de fiscale autoriteiten geen onderzoeksbevoegdheden hadden; zij konden geen huiszoekingen verrichten, objecten confisqueren, of de detentie bevelen. Ter compensatie konden de autoriteiten betrokkenen verplichten om bepaalde documenten uit te leveren. Het EHRM overwoog dat het niet haar taak is om te oordelen over eventuele methoden maar om de uiteindelijk gekozen oplossing. Uit het rechtsoordeel van het EHRM in de JB-zaak kan worden afgeleid dat het argument van de Zwitserse regering over de fiscale onderzoeksbevoegdheden daarmee impliciet verworpen is. Dit sluit naadloos aan bij de Nederlandse situatie.

Uit het voorgaande ontstaat derhalve de gerechtvaardigde indruk dat de Hoge Raad niet zelf wenst over te gaan tot een koerswijziging van de nemo tenetur-jurisprudentie, maar het *inhoudelijke* oordeel van het EHRM in een Nederlandse boetezaak afwacht, of die van de wetgever. Het wachten is op een veroordeling van die Nederlandse praktijk door het EHRM op basis van artikel 6 EVRM, ter zake van schending van het nemo tenetur-beginsel. Tot dat moment voorziet de 'waarborg' van de Hoge Raad primair in de 'waarborging' van het boeteonderzoek, als beschreven.

7.3 De CBb jurisprudentie

7.3.1. CBb 12 juni 2007, *AB* 2008/7

7.3.1.1. *Verzuim cautie bij FIOD verklaring*

De rechtsvraag die in de zaak van CBb 12 juni 2007, *AB* 2008/7 centraal staat is de consequentie van het verzuim de cautie te verlenen, bij aanvang van een verhoor uitgevoerd door de FIOD-ECD. Hierbij komt het toetsingscriterium van een dergelijk verzuim in het kader van de punitieve bestuurlijke procedure aan de orde. Markant aspect is daarbij de normering van strafrechtelijk onrechtmatig bewijs, in de bestuursrechtelijke procedure.

7.3.1.2. *Omstandigheden van de zaak*

In casu werd betrokkene verweten de overtreding van artikel 82, eerste lid, Wtk 1992. Betrokkene zou namelijk hebben bemiddeld in het aantrekken van opvorderbare gelden door de Schweizer Sparkasse AG bij particulieren in Nederland. Betrokkene is op 11 november 2002 door de FIOD-ECD als verdachte gehoord. Voorafgaand aan dat verhoor is niet de cautie gegeven aan betrokken. Uiteindelijk is in de procedure door DNB aan betrokkene een boete opgelegd naar aanleiding van de overtreding van voornoemd artikel.

[937]. J.F.L. Roording, *Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid* (diss. KUN), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p.121. Roording stelt voorts dat rechtspraak naar haar aard behoudend is. Volgens hem brengt de positie van de rechter in ons staatsbestel brengt mee, dat hij achter de wetgever aan loopt in plaats van hem de weg te wijzen (bepaalde politiek gevoelige onderwerpen daargelaten). Roording, a.w., p. 125.

Naar het oordeel van de rechtbank was betrokkene niet in zijn belangen geschaad door het gebruik dat DNB van zijn verklaring had gemaakt. De rechtbank beoordeelt de rechtmatigheid van het bewijs aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het in artikel 3:2 Awb neergelegde zorgvuldigheidsbeginsel. Zij overweegt voorts dat in de jurisprudentie met betrekking tot artikel 6 EVRM, de cautieplicht niet gekoppeld is aan het zwijgrecht.[938] De rechtbank stelt dat slechts het onder dwang verkrijgen van een verklaring, die niet los van de wil van de belanghebbende kan worden verkregen, strijdig is met de verdragsrechten. Dat is een onmiskenbare verwijzing naar het 'Saunders'-arrest.[939] De rechtbank oordeelt dat betrokkene niet in zijn belangen is geschaad aangezien deze volledig wordt ondersteund door de overige bewijsmiddelen, en concludeert dat het mede ten grondslag leggen van die verklaring aan de vaststelling van de overtreding niet in strijd is met artikel 3:2 Awb.

7.3.1.3. *Beoordeling door het CBb*

Het betoog dat de door betrokkene op 11 november 2002 ten overstaan van de FIOD-ECD afgelegde verklaring niet als bewijs kan worden gebezigd omdat de cautie niet is gegeven, wordt door het CBb verworpen. Volgens het CBb heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat het mede ten grondslag leggen van die verklaring van betrokkene aan (de handhaving van) het boetebesluit, in het onderhavige geval niet in strijd is met artikel 3:2 Awb. Anderzijds heeft volgens het CBb de rechtbank er bovendien terecht op gewezen dat de verklaring van betrokkene volledig wordt ondersteund door de andere bewijsmiddelen. Daar komt ook nog eens bij dat betrokkene de inhoud van zijn verklaring schriftelijk herhaald met zijn brief van 14 november 2002 (r.o. 5.1).

7.3.1.4. *Commentaar op de uitspraak*

Twee punten vallen te accentueren in deze uitspraak. Ten eerste is dat het gebruik van de verklaring uit het FIOD-ECD verhoor, waarbij niet de cautie is gegeven. Laat voorop gesteld worden dat dit verweer in de gegeven omstandigheden een 'schermutseling in de marge' is, gezien betrokkene die verklaring later nog (bij brief) heeft herhaald. De rechterlijke 'mantra' dat betrokkene 'niet in zijn belangen is geschaad', is dan terecht op zijn plaats. Gezien betrokkene zijn verklaring bij de FIOD-ECD later nog eens per brief herhaald, lijkt dat kennelijk het geval te zijn. Deze benadering zou aansluiten bij het strafprocesrecht. Daar geldt bij wijze van uitgangspunt dat een verklaring van de verdachte verkregen na cautieverzuim wordt uitgesloten tot het bewijs.[940] Een uitzondering wordt echter aangenomen als de verdachte door het verzuim geacht mag worden niet in zijn belang te zijn geschaad.[941] De redenering van het CBb is echter niet helemaal zuiver. Gelet op het voorgaande had de overweging *dienen* te zijn dat – gezien betrokkene zijn verklaring herhaald heeft – hij niet in zijn belangen is geschaad. Het CBb overwoog echter dat er geen sprake was van een belangenschending doordat er genoeg overige bewijsmateriaal voorhanden was.

Ook valt nog een accent te leggen op het volgende. De onderhavige zaak betreft een punitieve bestuursrechtelijke procedure, terwijl de toegepaste criteria ter beoordeling van de gestelde onrechtmatigheid daar niet op lijken te zijn toegesneden. Als benoemd betreft het hier de beoordeling van een opgelegde bestuurlijke boete. De procedure moet dan voldoen aan de normen

---

938. Aldus ook A .R. Hartmann, 'Het zwijgrecht en de cautieverplichting', in: L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, p. 47-48.
939. EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk).
940. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht, bewerkt door M.J. Borgers*, Deventer: Kluwer 2018, p.329. Corstens verwijst naar HR 26 juni 1979, *NJ* 1979/567, HR 2 oktober 1979, NJ 1980/243 en HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5706, *NJ* 2013/310 m.nt. B.F. Keulen.
941. Zie HR 20 januari 1981, *NJ* 1981/339 en HR 26 januari 1982, *NJ* 1982/353 m.nt. ThWvV.

van artikel 6 EVRM. De toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel ex artikel 3:2 wekt dan verbazing. Uiteindelijk geldt dan het overkoepelende criterium dat de procedure als geheel 'eerlijk' moet zijn geweest, zoals het EHRM toetst.[942] Daaraan lijkt echter hoe dan ook te zijn voldaan, gelet op het hiervoor overwogene.

Wat getuigt van een juist inzicht in de toetsing van het punitieve besluit, is dat zowel de rechtbank als het CBb niet 'het zozeer indruist' criterium hebben toegepast. Jansen wijst daar op in zijn noot bij CBb 12 juni 2007, *AB* 2008/7. Door DNB was namelijk als juridische maatstaf mede aangevoerd dat het gebruik van de betwiste verklaring pas dan tot het bewijs moet worden uitgesloten: 'indien het bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.' Dat is echter een criterium dat thuishoort in een 'normale' niet-punitieve bestuursrechtelijke procedure.[943]

7.3.2. CBb 2 februari 2010, *AB* 2010/317

7.3.2.1. *Cautie in het geval van een schriftelijk verhoor*
Het juridisch 'nemo tenetur' thema dat in de zaak van CBb 2 februari 2010, *AB* 2010, 317 een rol speelt, is de vraag of bij het afgenomen 'schriftelijke verhoor' een cautie gegeven had moeten worden. Het bijzondere is dat de destijds in artikel 15.6 Telecommunicatiewet (Tw) neergelegde zwijgrechtbepaling bepaalde dat de cautieplicht alleen gold voor mondelinge vragen. Dat artikel noopte dus strikt genomen niet tot een dergelijke cautie verlening. Door bijzondere omstandigheden zou dat anders kunnen liggen.

7.3.2.2. *Omstandigheden van de zaak*
In casu had de OPTA bij Tele2 een overtreding geconstateerd van artikel 4.2, elfde lid, Telecommunicatiewet en haar een boete opgelegd van € 200.000. Door Tele2 werd aangevoerd dat zij in het onderzoek niet (tijdig) op haar zwijgrecht was gewezen door de OPTA. Het gevolg zou zijn dat het bewijs onrechtmatig was verkregen. Artikel 15.6 Telecommunicatiewet (oud) luidde als volgt:

> Indien de ambtenaren, bedoeld in artikel 15.1, eerste, tweede, onderscheidenlijk derde lid, in het kader van het onderzoek bedoeld in artikel 15.5, een redelijk vermoeden hebben dat een bepaalde natuurlijke persoon of rechtspersoon een overtreding heeft begaan, is er geen verplichting aan de zijde van die natuurlijke persoon of rechtspersoon terzake een verklaring af te leggen. De betrokkenen worden hiervan in kennis gesteld voordat hun mondeling terzake om informatie wordt gevraagd.

Dit pré Awb-criterium ging derhalve uit van een materiële invulling van de situatie. De cautie was immers verbonden aan het ontstaan van het redelijke vermoeden van het begaan van een overtreding. Het betreft dus een criterium dat op feiten en omstandigheden is gebaseerd, niet op de formele status van het verhoor (al dan niet gericht op boeteoplegging).

---

942. Zie bijvoorbeeld de benoemde zaak van EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk) (r.o.42): 'The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the "unlawfulness" in question and, where a violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found.'
943. Zie bijvoorbeeld HR 9 september 1992, *BNB* 1992. Zie over dit 'zozeer indruist criterium' M.C.D. Embregts, *Uitsluitsel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003, p. 279-283.

Van belang is dat de OPTA bij brief van 7 mei 2007 van Tele2 informatie vorderde. Daarom had OPTA op 3 april 2007 en op ieder contactmoment vanaf die dag volgens Tele2 haar moeten wijzen op het zwijgrecht en de cautie moeten geven. Daarentegen heeft de OPTA er onder meer op gewezen, dat uit artikel 15.6 Tw (oud) valt af te leiden dat de cautie alleen bij een mondeling verzoek om informatie hoeft te worden gegeven en dat dit niet hoeft bij schriftelijke verzoeken.

7.3.2.3. *Beoordeling door het CBb*

Naar het oordeel van het CBb kan Tele2 worden gevolgd in haar betoog dat OPTA bij de vordering van inlichtingen op grond van artikel 18.7 Tw bij brief van 7 mei 2007 ten onrechte niet de cautie heeft gegeven. Het CBb grondt dat oordeel op de omstandigheid dat toezichthoudende ambtenaren een redelijk vermoeden van wetsovertreding hadden. De aard van de voornoemde brief brengt vervolgens mee, dat aannemelijk is dat de vordering gedaan is in het kader van een eventueel bestraffing van Tele2 gericht onderzoek. Dat brengt mee dat bij Tele2 geen verplichting bestond om een verklaring ter zake af te leggen.

In verband of ook de cautie verleend had moeten worden, geldt het volgende. Het artikel van 15.6 Tw (oud) schrijft voor dat cautie gegeven dient te worden, bij vragen om mondelinge informatie. Het CBb overweegt echter, dat het voorschrift eveneens van toepassing is op het schriftelijke informatieverzoek. Naar het oordeel van het CBb dient dit voorschrift aldus te worden verstaan, dat de natuurlijke persoon of rechtspersoon ten aanzien van wie sprake is van de in de eerste volzin van voormeld artikel genoemde situatie, onder omstandigheden eveneens op het zwijgrecht dient te worden gewezen, voordat de betrokkenen schriftelijk om informatie wordt gevraagd. Volgens het CBb ging van de vordering door OPTA bij Tele2 een dermate grote druk uit.om schriftelijk een verklaring af te leggen, dat Tele2 zich bevond in een situatie die materieel kon worden gelijkgesteld aan een verhoor, gericht op het mondeling verkrijgen van informatie.

Overigens mag het voorgaande Tele2 weinig baten. De vaststelling dat Tele2 artikel 4.2, elfde lid, Tw heeft overtreden kan naar het oordeel van het CBb reeds worden gedragen door de verklaring van een toezichthoudend ambtenaar van 6 april 2007. Daarbij is door OPTA zelfstandig en onafhankelijk van de wil van Tele2 de overtreding vastgesteld. Aan de brief van Tele2 van 18 mei 2007 wordt door het CBb als bewijsmiddel slechts ondersteunende betekenis toegekend. Daarmee is Tele2 volgens het CBb niet wezenlijk in haar belang geschaad.

7.3.2.4.*Commentaar op de uitspraak*

Het is opmerkelijk te noemen dat het CBb de cautieplicht ook toepast op de schriftelijke verhoorvragen in de onderhavige zaak. Daarmee sluit het CBb deels aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad (strafkamer).[944] Het verlenen van de cautie bij schriftelijke vragen is evenwel opmerkelijk gelet op de memorie van toelichting van de vierde tranche Awb.[945] Daarin werd overwogen dat in 'uitzonderlijke omstandigheden' de cautie kan gelden bij schriftelijke verhoorvragen. Het betreft dan bijzondere druk. Het verlenen van een cautie markeert ook nadrukkelijker de sfeerovergang en daarmee het einde van de medewerkingsplicht van betrokkene.

---

[944]. Zie HR 22 juni 1999, *NJ* 1999/648. De Hoge Raad overwoog in r.o.4.5.2.: 'Wel brengt het aan art. 29 Sv ten grondslag liggende beginsel mee gegeven dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een belastende verklaring – *het verschaffen van schriftelijke inlichtingen daaronder begrepen (cursivering aut.)* – omtrent zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit, waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd'.

[945]. In de vierde tranche Awb is het zwijgrecht gekoppeld aan de formele verhoorsituatie, terwijl de wetgever het 'verhoor' definieert als een *mondeling* verhoor. Dit is volgens de wetgever 'slechts anders' indien in bijzondere omstandigheden van een schriftelijke vraag een zodanige druk om te antwoorden zou uitgaan, dat materieel sprake is van een verhoor. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 99.

Het verzuim van de cautie mag echter ook in deze zaak niet baten. Net als in de besproken vorige zaak van CBb 12 juni 2007, *AB* 2008/7, is er voldoende overig bewijs. Dat vormt de reden dat aan het verzuim geen gevolgen worden verbonden. De toelaatbaarheid van als onrechtmatig geduid bewijsmateriaal wordt daarmee in de sleutel gezet van de vraag of dit al dan niet dient als ondersteunend bewijsmateriaal. Dat erodeert de rechtmatigheidstoets; de kwalificatie van een bewijsmiddel als onrechtmatig is dan weinig waard. Evenmin valt in te zien waarom dit niet uitgesloten wordt, juist nu er meer bewijsmateriaal is. Dat zou een duidelijker normerend signaal afgeven over de rechtmatigheid van de bewijsvergaring.

7.3.3. CBb 25 oktober 2011, AWB 11/631

7.3.3.1. Een formele of een materiële benadering van het 'criminal charge' begrip?

In de zaak van CBb, 25 oktober 2011, AWB 11/631 oordeelt de voorzieningenrechter of ten tijde van het controleonderzoek sprake is van een criminal charge. Betrokkene voert aan dat gelet op de aanwezigheid van die criminal charge, geen medewerkingsverplichting meer bestaat aan het VROM-onderzoek. De juridische argumentatiewisseling omtrent de criminal charge gaat in op de vraag of de aanwezigheid daarvan bezien moet worden in het licht van een 'materiële invulling'; een verdenkingsbegrip. Of dat geopteerd wordt voor een 'formele' benadering van de criminal charge. Daarbij gaat het erom in hoeverre aan de betrokkene kenbaar is gemaakt dat de betrokken overheidsdienst – in casu de VROM-inspectie – voornemens is een boete op te leggen. De reden dat deze zaak zo uitgebreid wordt besproken, is dat het voornoemde onderscheid hier in volle omgang zichtbaar wordt, terwijl dit tevens aangeeft tot wat voor ongerijmde praktijk een dergelijk formalisme aanleiding kan geven in het kader van normering van de sfeerovergang.

7.3.3.2. Omstandigheden van de zaak

In deze zaak gaat het – kort samengevat – onder meer om het volgende. In 2010 heeft de VROM-Inspectie onderzoek verricht naar het gebruik van biociden in de 'koudetechnieksector'. In dit verband is op 20 april 2011 een controlebezoek gebracht aan het bedrijf van betrokkene. Daarbij is bij brief van 28 april 2011 aan betrokkene overtreding van artikel 20 Wgb medegedeeld. Daarin wordt melding gemaakt van de constatering van het gebruik van een niet toegelaten biocide bij een controle op 18 april 2011. De betrokkene wordt gewaarschuwd de overtreding te beëindigen en herhaling te voorkomen. Wanneer de overtreding niet beëindigt wordt, zal een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete worden opgelegd, aldus VROM.

Vervolgens wordt bij brief van 14 juli 2011 aan betrokkene door VROM het volgende bericht:

> 'Vermoed wordt dat u artikel 20 van de Wgb overtreedt. In mijn brief met het kenmerk 20110019134-MPI, verzonden op 28 april 2011, is sprake van het product "Procar Airco Cleaner artikelnummer 3317". Op 21 juni is gebleken dat het gaat om het product "Motip Airco Cleaner artikelnummer 000580".'

Tevens wordt (opnieuw) gevorderd informatie te verstrekken: een lijst van afnemers, facturen en een overzicht van verkopen, aangaande het middel 'Motip Airco Cleaner artikelnummer 000580'. Indien geweigerd wordt de informatie te verschaffen, wordt een last onder dwangsom opgelegd.

Hiertegenover stelt betrokkene dat sprake is van een criminal charge, in de zin van artikel 6 EVRM. Volgens haar is het zwijgrecht van toepassing en daarom is zij niet voornemens aan de

informatievordering gevolg te geven. Betrokkene wijst in dat verband op de mededeling van een VROM medewerker tijdens de controle van 21 juni 2011. Daarin gaf deze aan dat sprake was van een overtreding. Daarnaast geldt dat VROM in de brief van 14 juli 2011 heeft verwezen naar geconstateerde overtredingen. Dat brengt volgens betrokkene mee, dat van meet af duidelijk is, dat er een boete op grond van artikel 20 Wgb in het verschiet lag. Volgens betrokkene vormen die gegevens geen gegevens 'onafhankelijk van de wil van betrokkene', omdat zij deze gegevens op ieder moment kan vernietigen en dus het bestaan van de gegevens juist afhankelijk is van haar wil.

Daartegenover stelt VROM dat de inlichtingen in het kader van toezicht zijn gevorderd. Derhalve heeft betrokkene zich ten onrechte beroepen op het zwijgrecht. Voorts stelt VROM zich op het standpunt dat er meer nodig is voor het bestaan van een 'criminal charge' dan de enkele vaststelling dat sprake is van een overtreding. Er is pas volgens VROM sprake van een 'criminal charge', in de situatie waarin de overtreder uit handelingen van het bestuursorgaan redelijkerwijs kan afleiden dat hem een boete zal worden opgelegd. Een dergelijke situatie is hier niet aan de orde, aldus verweerder.

7.3.3.3. Overwegingen van de voorzieningenrechter

Centraal in de overwegingen van de voorzieningenrechter staat de invulling en toepassing van het criminal charge criterium. De voorzieningenrechter sluit aan bij verschillende jurisprudentie voor het toe te passen criterium (r.o. 5.5):

> 'In het voetspoor van het EHRM (zie onder meer het arrest in de zaak Västberga van 23 juli 2003 (BNB 2003/2)) en overeenkomstig de jurisprudentie van andere hoogste bestuursrechters (zie onder meer het arrest van de Hoge Raad van 22 april 2005 (BNB 2005/337) en de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 12 maart 2008 (200703203/1, LJN: BC6449) wijst de voorzieningenrechter erop dat een 'criminal charge' in de vorenbedoelde zin (eerst) kan worden gesproken vanaf het moment waarop ten aanzien van de betrokkene een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat hem een bestuurlijke boete zal worden opgelegd, dan wel – in voorkomend geval – dat jegens hem strafvervolging zal worden ingesteld.'

De toepassing van het criterium leidt tot een vrij strak antwoord in de gegeven casus. De voorzieningenrechter is van oordeel dat niet gesteld kan worden dat tijde van het nemen van het bestreden besluit, een zodanige handeling (reeds) was verricht. Aan dat oordeel ligt het volgende ten grondslag. Volgens de voorzieningenrechter is uit de inhoud van het bestreden besluit en de daaraan voorafgaande voornemensbrief van 14 juli 2011, duidelijk dat verweerder de hier aan de orde zijnde gegevens heeft gevorderd ter effectuering van het toezicht op de naleving van de bij of krachtens de Wgb gestelde regels. Uit deze stukken blijkt volgens de voorzieningenrechter niet, dat VROM ook het voornemen had verzoekster ter zake een bestuurlijke boete op te leggen. Dit specifieke punt komt in het commentaar op de uitspraak nadrukkelijk terug.

Dit oordeel wordt in een vrij omvangrijke casuïstische uiteenzetting nader uitgewerkt. Daarbij wordt in het bijzonder ingegaan op de inhoud van de door betrokkene aangehaalde brieven van VROM (van respectievelijk 29 juni 2010 en 28 april 2011). De voorzieningenrechter wijst er op dat in de eerstbedoelde brief na constatering van de overtreding slechts in algemene termen gewezen is op de mogelijkheid van het opleggen van (een last onder dwangsom of) een bestuurlijke boete. In de laatstbedoelde brief is betrokkene uitdrukkelijk gewaarschuwd dat zij de (be-

weerdelijke) overtreding moet beëindigen en is opgemerkt dat bij een voortduring van de overtreding een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete zullen worden opgelegd. Hieruit leidt de voorzieningenrechter uit af dat van een voornemen een boete op te leggen nog niet kan worden gesproken. Daarbij geldt dat betrokkenen het nog in haar macht had deze gedraging tijdig te beëindigen. Pas na de constatering dat dit niet was geschied zou het opleggen van een boete aan de orde kunnen zijn.

Ook de enkele mededeling van de medewerker van de VROM-inspectie bij het tweede controlebezoek op 21 juni 2011 dat artikel 20 Wgb wordt overtreden – en de bedoelde gedraging dus niet was beëindigd – brengt niet met zich dat reeds van een 'criminal charge' moet worden gesproken. Daarbij heeft de voorzieningenrechter mede in aanmerking genomen dat gesteld noch gebleken is dat deze medewerker kenbaar heeft gemaakt dat het voornemen bestond een boete op te leggen, daargelaten of zodanige mededeling van deze toezichthouder op zichzelf voldoende is om reeds van een 'criminal charge' te moeten spreken. De voorgaande omstandigheden maken dat de zaak nog verkeerde in de toezichtsfase en dat niet (ook) reeds moet worden gesproken van een 'criminal charge' (r.o. 5.5).

7.3.3.4. Commentaar op de uitspraak

Deze zaak illustreert wat voor formalistische uitkomsten ontstaan, wanneer rechtsbeschermende concepten volledig afhankelijk worden gemaakt van 'onpraktische en ineffectieve' juridische constructies. De toepassing van het formalistisch criminal charge criterium in de context van deze complexe sfeerovergang, staat haaks op het uitgangspunt van het EHRM dat rechtsbescherming praktisch en effectief dient te zijn, niet 'theoretisch en illusoir'. Op zijn minst zal dan door de rechterlijke macht gemotiveerd moeten worden hoe de verbinding van het zwijgrecht, aan het moment dat het bestuursorgaan pas het voornemen uit tot boeteoplegging over te gaan, zich verhoudt tot het benoemde EHRM uitgangspunt van praktische en effectieve verdedigingsrechten.

Getoetst aan een verdenkingscriterium – als materiële invulling van de criminal charge – behoeft het weinig betoog dat van een 'redelijk vermoeden van schuld' aan de besproken overtredingen sprake was. Dit is ook concreet door VROM medegedeeld, via de genoemde brieven en de controle ambtenaar. Tijdens de controle van 21 juni 2011 had nota bene M. Plato, medewerker bij de VROM-Inspectie, te kennen heeft gegeven dat sprake was van een overtreding.

Deze zaak toont aldus aan het belang om naar de feitelijke situatie te kijken, in plaats naar de abstracte juridische werkelijkheid. Zoals geanalyseerd is op basis van de EHRM-jurisprudentie, zou een verdachte (rechts)persoon niet langer gehouden moeten zijn aan vorderingen tot medewerking te voldoen. Dat gebeurde in casu wel. Daarmee ligt de rechtsbescherming volledig in handen van het keuzemoment van de autoriteiten. De bewijsvergaring kan dan continueren op basis van gestelde verplichte medewerking van betrokkene.

Feitelijk heeft de voorzieningenrechter met het laatste voorbehoud een procedureel onderscheid aangebracht dat doet denken aan die van de Hoge Raad in de fiscale zaken.[946] Nu eenmaal

[946]. Zie over de laatste ontwikkeling van dat procedurele onderscheid en de geldende 'waarborgen' de uitspraken van de Hoge Raad op. HR op 24 april 2015 en 29 mei 2015. Deze zijn behandeld in paragraaf 2.14. HR 24 april 2015, nr. 13/05136 (ECLI:NL:HR:2015:1112), *BNB* 2016/22, (Conclusie Langemeijer), HR 24 april 2015, nr. 14/02416 en nr. 14/02686 (ECLI:NL:HR:2015:1130), *BNB* 2016/21, (Conclusie A-G Wattel), HR 24 april 2015, nr. 14/02420 en nr. 14/02691 (ECLI:NL:HR:2015:1117), *FutD* 2015-1122, (Conclusie Wattel), HR 24 april 2015, (Conclusie A-G Wattel), nr. 14/02414, ECLI:NL:HR:2015:1129), *AB* 2015/128, HR 29 mei 2015, nr. 14/00584 (ECLI:NL:HR:2015:1359), *BNB* 2016/23, (Conclusie Niessen).

overwogen was dat het in deze zaak regulier toezicht betrof, dient de vraag naar het gebruik van het afgedwongen bewijsmateriaal te worden beoordeeld in de boetezaak. Gelet op de juridische onduidelijkheid omtrent de duiding van het begrip wilsonafhankelijk materiaal, heeft betrokkene dan geen rechtszekerheid. Hij moet meewerken aan een informatievordering, terwijl dat materiaal mogelijk later als wilsafhankelijk materiaal zal worden uitgesloten. De voorzieningenrechter had hier ook al kunnen aanknopen bij EHRM 4 oktober 2005, *NJCM-Bulletin* 2006/3 (Shannon v. Verenigd Koninkrijk) en EHRM 21 April 2009, nr. 19235/03, *NJ* 2009/557 (Marttinen v. Finland). Dan had de verplichting tot medewerking gepaard moeten gaan met de garantie van procedurele bewijsuitsluiting, ten aanzien van eventuele beboeting.

7.3.4. CBb 12 april 2012, *AB* 2013/67

7.3.4.1. Verantwoordingsplicht Meststoffenwet: gedwongen zelfincriminatie?
De zaak van CBb 12 april 2012, nr. AWB 09/1390, *AB* 2013/67 toont een interessant voorbeeld van wetgeving, die een actieve plicht legt op de betrokkene om bewijs te leveren, in het kader van naleving van regelgeving. De crux is dat het bewijs van een eventuele overtreding van die regelgeving, voortvloeit uit de door betrokkene zelf verstrekte gegevens. Daartoe is hij juist gehouden op grond van de wettelijke verplichting. Aan de orde komt in hoeverre deze gang van zaken te rijmen is met de werking van het nemo tenetur-beginsel.

7.3.4.2. Omstandigheden van de zaak
Bij besluit van 1 maart 2008 heeft de staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, voorheen de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (hierna: de staatssecretaris), aan de betrokken onderneming drie bestuurlijke boetes voor een bedrag van in totaal € 37.844 opgelegd. Dit wegens overtreding van artikel 7 van de Meststoffenwet (hierna: Msw). Betrokkene zou in het jaar 2006 de gebruiksnorm dierlijke mest, de stikstofgebruiksnorm en de fosfaatgebruiksnorm hebben overtreden.

Het verweer van betrokkene concentreert zich op de reikwijdte van de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan. Volgens de rechtbank is die onderzoeksplicht begrensd door het gerechtvaardigde vermoeden dat een overtreding is gepleegd, in welk geval het op de weg ligt van de vermoedelijke overtreder om het gerezen vermoeden te ontkrachten. De rechtbank acht het onder voornoemde omstandigheden niet onterecht dat de staatssecretaris van betrokkene tegenbewijs verlangde.

7.3.4.3. Beoordeling door het CBb
In het kader van de beoordeling van het verweer ter zake van de bewijslastverdeling én de toetsing aan het nemo tenetur-beginsel, gaat het CBb uitgebreid in op de systematiek van de Meststoffenwet en de verantwoordingsplicht. Uit de artikelen 7 en 8 Msw en uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel 'Wijziging van de Meststoffenwet (invoering gebruiksnormen)' (*Kamerstukken II*, 2004/05, 29 930, nr. 3, p. 67-72 en 112-113) blijkt volgens het CBb het volgende. Het systeem van normstelling, waarin de wetgever bij de invoering van de gebruiksnormen heeft voorzien, gaat uit van een algeheel verbod op het op of in de bodem brengen van meststoffen. De betroken agrariër die meststoffen heeft gebruikt, kan slechts ontkomen als aan de voorwaarden voor opheffing van het verbod is voldaan. Dit betekent dat de 'materiële bewijslast' ten aanzien van de naleving van de gebruiksnormen volgens dit systeem primair ligt bij degene die de meststoffen op of in de bodem brengt of laat brengen. Deze zal aannemelijk moeten maken, dat de gebruiksnormen niet zijn overschreden.

Dit komt op het volgende neer. De wet legt de agrariër de verplichting op om, mede ten behoeve daarvan, bepaalde gegevens over de meststoffenhuishouding van het landbouwbedrijf te administreren en over te leggen. De eventuele overtreding van het verbod vloeit alsdan voort uit de door betrokkene in het kader van de voorgeschreven administratieve verantwoording zelf verstrekte gegevens en dat het vervolgens aan haar is aannemelijk te maken dat zij het verbod niet heeft overtreden. Aan de andere kant wijst het CBb op de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren. De verplichting gegevens te bewaren waarmee desgevraagd aannemelijk kan worden gemaakt dat de bemesting binnen de gebruiksnormen is gebleven en overschotmest op een verantwoorde wijze is afgezet, maakt namelijk dat het mogelijk is tegenbewijs te leveren. Voor het oordeel dat het hier aan de orde zijnde wettelijk systeem, waarbij het zwaartepunt voor de verantwoording van de gebruikte hoeveelheid meststoffen ligt bij de gebruiker van die meststoffen, niet in overeenstemming is met artikel 6, tweede lid, EVRM, ziet het CBb dan ook geen grond (r.o. 3.4).

7.3.4.4. Commentaar op de uitspraak

Wat wel van groot belang geweest is in deze zaak is de bewijslastverdeling. Twee thema's die weliswaar verbonden zijn, maar toch te onderscheiden, betreffen de onschuldpresumptie en het nemo tenetur-beginsel. In rechtsoverweging 3.4 oordeelt het CBb dat de verantwoordingsplicht in de Msw geen strijd oplevert met de onschuldpresumptie zoals neergelegd in artikel 6 EVRM. Dat oordeel sluit aan op eerdere rechtspraak, namelijk CBb 22 december 2009, *AB* 2010/216.

In de kern genomen betreft het hier wetgeving waarin het primaat van de bewijsvergaring, voor een eventuele boete, bij de betrokkene zelf ligt. Dergelijke wetgeving is niet voorbehouden aan de Meststoffenwetgeving. Eenzelfde systematiek komt ook bij andere milieu wetgeving naar voren. Een voorbeeld daarvan is de regeling omtrent de 'BAWR' (bedrijfs afvalwater regeling) gegevens, in het kader van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren. Dit komt aan de orde in HR 19 september 2006, *NJ* 2007, 39 (zie hoofdstuk 8., paragraaf 2.5.). In die zaak had het hof reeds vastgesteld dat de BAWR-gegevens door de verdachte waren verzameld en verstrekt toen jegens haar nog geen sprake was van een verdenking of van een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM. De Hoge Raad acht dat oordeel van het hof geen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting en evenmin onbegrijpelijk. De Hoge Raad overweegt voorts (r.o. 6.5.2):

> 'De desbetreffende vergunningsvoorschriften, die daartoe verplichten, zijn gesteld met het oog op het uit te oefenen toezicht op de naleving van de WVO en de krachtens die wet gegeven vergunningsvoorschriften. De belangen die genoemde wet beoogt te beschermen, rechtvaardigen dat toezicht en de wijze waarop het wordt uitgeoefend, alsmede het gebruik van aldus verkregen gegevens bij de vaststelling van een inbreuk daarop. Artikel 6 EVRM verzet zich daartegen niet.'

Die overwegingen van voornoemde strafrechtelijke 'BAWR' zaak sluiten naadloos aan bij de onderhavige Meststoffenzaak. Ook het fiscale recht vertoont een parallel met het in geding zijnde spanningsveld, aangaande het nemo tenetur-beginsel. Uitgangspunt is immers dat de belastingplichtige onverkort gehouden is aan fiscale informatievorderingen te voldoen. Dat geldt dus evenzeer wanneer dit impliceert dat deze een met fiscale fraude doorspekt dossier zou aandragen. De Hoge Raad stelt in dat verband dat de medewerking door de betrokkene voor de vaststelling van de eigen belastingschuld, onverkort geldt, indien en voor zover de belasting-

plichtige door aan deze verplichting te voldoen mogelijk de verdenking op zich laadt een strafbaar feit te hebben gepleegd.[947] Dit uitgangspunt wordt door het EHRM onderschreven en vormt geen voorwerp van discussie.[948] Hierbij dient wel te worden aangetekend aan dat het hier dan gaat om de aanlevering van ‘‘real evidence’’, in de ‘zuivere’ controlesfeer, dus los van enige vermoedens van wetsovertreding. Wanneer de feiten zouden nopen tot het bestaan van een verdenking van wetsovertreding, pas dan zou die betrokkene niet langer gehouden zijn om aan de informatievordering te voldoen. Op zijn minst dient de betrokkene dan de ‘waarborg’ te krijgen dat de informatie die hij alsnog aandraagt niet tegen hem gebruikt wordt ter onderbouwing van een bestraffende sanctie.

Wat betekent dit voor de onderhavige zaak? Concreet zou dienen te gelden dat op het moment dat de agrariër in kwestie verdachte is van overtreding van de Meststoffenwet, hij niet langer gehouden zou zijn tot aanlevering van de in het geding zijnde informatie. De in de uitspraak van het CBb beschreven feiten geven geen aanleiding zulks te veronderstellen. Er kan niet worden gestaafd dat betrokkene in kwestie al een ‘charged person’ was toen hij verplicht was de administratie aan te leveren. De conclusie luidt dan ook dat de onderhavige regeling – op zichzelf – niet in strijd is met reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. Evenmin komt het oordeel van het CBb in strijd met die reikwijdte.

Schuurmans en Bakker wijzen in hun uitgebreide annotatie bij CBb 12 april 2012, *AB* 2013/67 op het valide punt dat wanneer eenmaal een criminal charge is aangevangen, het dan wel degelijk relevant is om alsnog te bezien of bewijsmateriaal in strijd met het nemo tenetur-beginsel is verkregen. In de onderhavige zaak geldt wel dat de criminal charge voortvloeit uit het materiaal dat is aangedragen. Dat is in zoverre niet wezenlijk anders dan bij een reguliere fiscale controle.

7.3.5. CBb 11 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX8156

7.3.5.1. Toepassing criminal charge criterium en terecht uitblijven cautie?

In de zaak van CBb 11 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012 staat wederom de toepassing van het criminal charge criterium centraal, in het kader van een beroep op het zwijgrecht tijdens een controle. Incasu komt het verweer aan de orde dat de cautie te laat zou zijn gegeven. Het gaat in deze zaak om de handhaving van het rookverbod, in een bedrijfsmatige context.

7.3.5.2. Omstandigheden van de zaak

Tijdens een inspectie op 7 juli 2006 in het kantoorpand waarin betrokkene is gevestigd, is geconstateerd dat op de kamer van de directeur Op vrijdag 16 mei 2008, heeft een ambtenaar van NVWA opnieuw een dergelijke inspectie uitgevoerd. Naar aanleiding van die controle is op 13 augustus 2008 proces-verbaal opgemaakt. Nu stelt betrokkene dat in dat verband haar zwijgrecht is geschonden. Gelet daarop dient het (bij het toezicht) verkregen bewijsmateriaal van het bewijs te worden uitgesloten, althans niet als voornaamste bewijs te dienen. Gezien op 16 mei 2008 sprake was van een herhaalde inspectie en dat zij naar aanleiding van een eerdere inspectie schriftelijk was gewaarschuwd, betekent volgens betrokkene dat zij tijdens de inspectie als ver-

947. HR 11 december 1991, *BNB* 1992/243.

948. EHRM 10 september 2002, nr. 76574/01, LJN BI9566 (Allen v. Verenigd Koninkrijk) (r.o.1): ‘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.’

dachte diende te worden aangemerkt. Zij kon tijdens de controle in redelijkheid de gevolgtrekking maken dat haar wegens een overtreding een boete kon worden opgelegd. Toegespitst op de zaak stelt betrokkene zich op het volgende standpunt. De ambtenaar van NVWA had in ieder geval de cautie moeten geven, meteen na het bij aankomst op de eerste etage ruiken van een penetrante tabaksgeur afkomstig van het roken van tabaksproducten, of nadat hij in de kantoorruimte een asbak met sigarenpeuken en as zag staan, niet pas na afloop van de inspectie.

7.3.5.3. Beoordeling door het CBb

Het CBb is van oordeel dat de bestreden bewijsvergaring plaats heeft gehad in het kader van toezicht. Het feit dat betrokkene na een eerder geconstateerde overtreding van artikel 11a, eerste lid, Tabakswet schriftelijk was gewaarschuwd dat een volgende overtreding tot het opleggen van een bestuurlijke boete kon leiden, leidt er niet toe dat betrokkene reeds bij de eerste waarneming door de controlerend ambtenaar van een rookgeur of een asbak met peuken en as een beroep op haar zwijgrecht toekwam. Voor de nadere duiding van het zwijgrecht toetst het CBb weer aan het formele criminal charge criterium. Gesteld wordt namelijk dat van een handeling jegens betrokkene waaraan zij in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat haar wegens een overtreding een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, op dat moment geen sprake was. Die handeling jegens betrokkene heeft plaatsgevonden nadat het onderzoek in het kader van het toezicht was voltooid en betrokkene, onder de mededeling van de inhoud van het proces-verbaal en de aanzegging van een mogelijke boeteoplegging wegens overtreding van de Tabakswet, werd verzocht omtrent de bevindingen een verklaring af te leggen. Er is daarmee volgens het CBb geen reden om aan te nemen dat de cautie op een eerder moment had moeten worden gegeven (r.o. 5.4).

7.3.5.4. Commentaar op de uitspraak

Klaarblijkelijk past het CBb in deze zaak het criminal charge criterium formalistisch toe. Doorslaggevende betekenis wordt immers toegekend aan de vraag of sprake was van een handeling jegens betrokkene, waaraan zij in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat haar wegens een overtreding een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Dat impliceert een véél later startmoment van het zwijgrecht én dus de cautie, dan in het geval van een verdenkingscriterium. Volgens het CBb is immers pas op het moment van opmaking van proces-verbaal het moment daar, dat betrokkene beducht kon zijn op beboeting. Dit moment ligt chronologisch na het verdenkingscriterium; dat vormt de kern van dit probleem. Consequentie is dat de toezichthouder ondanks het bestaan van de verdenking zijn onderzoek kan voortzetten, het bewijs van de overtreding kan verzamelen, waarna ten slotte nog een zwijgrecht geld. Daarbij geldt dat – ook al gaat het hier om een relatief klein vergrijp – het CBb ook nog langs andere weg had kunnen opteren voor bewijsuitsluiting van de mondelinge verklaring. Gezien het CBb immers overwoog dat sprake was van regulier toezicht, is de verklaring onder dwang afgelegd. Dat betekent dat conform de bewijsuitsluitingsregel van het Saunders arrest, testimonial evidence vergaard onder druk van wettelijke medewerkingsverplichtingen (in beginsel) tot het bewijs worden uitgesloten. Betrokkene heeft ook verzuimd dat als ‘subsidiair’ verweer te voeren.

7.3.6. CBb 21 december 2012, *AB* 2013/49

7.3.6.1. Het zwijgrecht van de ex-werknemer

De rechtsvraag die in CBb 21 december 2012, *AB* 2013/49 centraal staat, is het al dan niet toepassen van het zwijgrecht op de ex-werknemer van de rechtspersoon. Op grond van de Mededingingswet komt die rechtspersoon namelijk een zwijgrecht toe; welke verbonden is aan de werknemers. De complicatie ontstaat dan wanneer een persoon gehoord wordt in het kader van

vermeende verboden gedragingen van de rechtspersoon, terwijl deze niet langer in dienst is van die werknemer. In artikel 53 lid 3 Mw is het volgende bepaald. Indien de met het onderzoek belaste ambtenaren een redelijk vermoeden hebben dat een bepaalde onderneming een overtreding heeft begaan, is er geen verplichting aan de zijde van die onderneming ter zake een verklaring af te leggen. Betrokkenen dienen hiervan in kennis te worden gesteld voordat hun mondeling ter zake om informatie wordt gevraagd. In de voorliggende zaak gaat het met name om de uitleg van de in artikel 53 lid 1 Mw opgenomen zinsnede 'aan de zijde van de onderneming'.

7.3.6.2. Omstandigheden van de zaak

Het volgende is het geval. In het kader van een boeteonderzoek naar overtreding van de Mededingingswet, gaf de NMa aan betrokkene bij brief van 23 december 2008 te kennen, hem als getuige te willen horen. Betrokkene beriep zich bij het verhoor op 29 januari 2009 op het zwijgrecht. Betrokkene werd door betrokken medewerkers van de NMa er op gewezen dat hem het zwijgrecht niet toekwam. Van die weigering te verklaren zou rapport worden opgemaakt. Niettemin volharde betrokkene in zijn beroep op het zwijgrecht.

Betrokkene heeft aangevoerd dat hem als (voormalig) leidinggevende van de onderneming een zwijgrecht toekwam. Indien hij zou verklaren, zou hij kunnen worden vervolgd wegens overtreding van artikel 328bis van het Sr en dat hij niet gedwongen kan worden aan zijn eigen vervolging mee te werken. De rechtbank overwoog dat – wat er ook zij van de toepasselijkheid van deze bepaling – van een verdenking van eiser door het Openbaar Ministerie niet is gebleken. Dit zou bovendien niet betekenen dat eiser jegens verweerder niet zou zijn gehouden aan de medewerkingsplicht ingevolge artikel 5:20 van de Awb uitvoering te geven.

7.3.6.3. Beoordeling door het CBb

Het CBb stelt allereerst vast dat tijdens het verhoor van betrokkene sprake was van een 'verdenking'. Op basis van het rapport van de NMa komt het CBb tot de conclusie dat betrokkene niet heeft voldaan aan de medewerkingsplicht, zoals neergelegd in artikel 5:20, eerste lid, Awb. Evenwel staat volgens het CBb vast dat op het moment dat NMa de vordering tot medewerking in de zin van artikel 5:20, eerste lid, Awb aan betrokkene richtte, er sprake was van een redelijk vermoeden van overtreding. Daarbij gaat het om overtreding van artikel 6 Mw en/of artikel 81 EG, begaan door de onderneming waar betrokkene in de relevante periode werkzaam is geweest (r.o. 5.1).

Aangaande de uitleg van het zwijgrecht in relatie tot de ex-werknemer overweegt het CBb het volgende. Het CBb overweegt in de eerste plaats dat de tekst van artikel 53, eerste lid, Mw, noch de wetsgeschiedenis dwingt tot de beperking dat het zwijgrecht alleen geldt voor de werknemer die in dienst is. Voorts overweegt het CBb dat deze beperking de onderneming een effectieve bescherming door middel van het zwijgrecht ontneemt. Betrokkene werd gevraagd inlichtingen te geven over het handelen van de onderneming in de periode dat hij bij de onderneming werkzaam is geweest. Het beëindigd zijn van het dienstverband vormt naar het oordeel van het CBb geen rechtvaardiging voor een verval van het zwijgrecht. De ruime medewerkingsplicht, voorzien in artikel 5:20 Awb, verdraagt zich niet met een dergelijke beperking van de kring van personen die zich op grond van artikel 53, eerste lid, Mw op hun zwijgrecht kunnen beroepen (r.o. 5.2). Het CBb komt tot de conclusie dat aan betrokkene in zijn hoedanigheid van ex-werknemer van de onderneming die door NMa is betrokken in een onderzoek naar overtreding van het kartelverbod, het zwijgrecht van artikel 53, eerste lid, Mw toekomt (r.o. 5.2).

7.3.6.4. Commentaar op de uitspraak

Het valt op dat het CBb bij de uitleg van artikel 53, eerste lid, Mw kennelijk leidend heeft geacht het beginsel van een 'praktische en effectieve' rechtsbescherming.[949] Bezien in dat licht is de uitkomst van het CBb zeer wenselijk. Was het zwijgrecht immers niet van toepassing verklaard op de ex-werknemer, dan had dit tot volstrekt willekeurige uitkomsten geleid. Het argument van willekeur wordt ook genoemd door het CBb. Het zwijgrecht wordt hier overigens bezien in het kader van de rechtspersoon, maar is het niet logisch dat dit in eerste instantie vanuit het perspectief van de betrokkene wordt benaderd? Zoals betoogd, komt die immers, in een onmogelijke situatie te verkeren. Hoe kan van die persoon verwacht worden dat hij verklaart, terwijl er duidelijk sprake is van een verdenking, die tevens overtreding van strafrechtelijke normen impliceert?

Door deze interpretatie van het CBb wordt volgens Stijnen in zijn noot bij CBb 21 december 2012, *AB* 2013/49, aangesloten bij het Europees mededingsrecht. Daarin is voorzien in een zeer ruime vrijwaring van personen. Uit artikel 18 lid 4 en 19 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003 volgt namelijk dat alleen de eigenaren van de ondernemingen en de tot vertegenwoordiging bevoegde personen zijn gehouden tot medewerking en dat die medewerking vervolgens wordt beperkt door het zwijgrecht.

Het laatste woord zal echter nog niet geschreven zijn over het zwijgrecht en de ex-werknemer in het Mededingingsrecht. De voorgaande interpretatie van het zwijgrecht (ex artikel 53 Mw) verandert weer met de Wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt. Daarin luidt het nieuwe artikel 12i:

> 'Artikel 5:10a van de Algemene wet bestuursrecht is van overeenkomstige toepassing bij het verhoor van een andere, voor de marktorganisatie werkzame, natuurlijke persoon dan degene, bedoeld in artikel 5:10a.'

Het nieuwe artikel is op 1 augustus 2014 in werking getreden. Doorenbos benoemde al bij het wetsvoorstel dat de regering daarmee stilletjes de CBb-rechtspraak omtrent het zwijgrecht en de ex-werknemer probeerde te 'overrulen'.[950] Ook Stijnen wijst op de achteruitgang ten op zichte van 53 Mw. Niet alleen wordt in het nieuwe artikel de kring van werknemers beperkt tot de *werkzame* personen bij de rechtspersoon. Ook wordt aangesloten bij het formele verhoor criterium van artikel 5:10a Awb, dat wil zeggen vragen gericht op boeteoplegging, in tegenstelling tot de verdenking.[951]

---

[949]. Zie bijvoorbeeld A.R. Hartmann en M.E. de Meijer, 'De personele werkingssfeer van het zwijgrecht en de cautieverplichting bij de verdachte rechtspersoon', *NJB* 1996, p. 1768-1773. Zij stelden zich op het standpunt dat het zwijgrecht van de rechtspersoon moet kunnen worden ingeroepen door een ieder die binnen zijn sfeer valt.

[950]. Zie D.R. Doorenbos, 'Het zwijgrecht van de rechtspersoon', *Tijdschrift voor sanctierecht & compliance*, 5/6 december 20113, p. 181. Zie voorts de volgende publicaties van zijn hand. D.R. Doorenbos, 'Tweede Kamer opgelet! Stiekeme uitholling van het zwijgrecht en overruling van de rechter', *NJB* 2013, p. 2328-2329. D.R. Doorenbos, 'Een waardeloos zwijgrecht? Tweede Kamer opgelet! (deel 2)', *NJB* 2013, p. 1574-1575.

[951]. Zie R. Stijnen, 'Het nationale recht en de toegang tot de nationale rechter', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, B.J. van Ettekoven, V. Mul, R. Stijnen en M.F.J.M. de Werd, *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 121-122.

7.3.7. CBb 28 maart 2013, *JOR* 2013/174

7.3.7.1. Een niet-verleende cautie

Ook in de zaak van CBb 28 maart 2013, *JOR* 2013/17 staat het niet verlenen van de cautie centraal. Belangrijk thema in dat verband vormt de afbakening van de sfeerovergang, aan de hand van de toepassing van het criminal charge criterium.

7.3.7.2. Omstandigheden van de zaak

In deze zaak betreft het onderzoek door DNB, in het kader van nacontroles uitgevoerd bij Van Baerle Trust Company BV (hierna: betrokkene). Aanvankelijk heeft DNB bij besluit van 6 juli 2007 een last onder dwangsom opgelegd, in verband met naleving van de Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren. Bij op 9, 16 en 23 oktober en 20 december 2007 verrichte nacontroles heeft DNB geconstateerd dat niet aan de last is voldaan. Op 5 en 6 maart 2008 voerde DND wederom een controleonderzoek uit. In dat verband heeft DNB bij schrijven van 24 april 2008 aan betrokkene een overzicht gegeven van de op 5 en 6 maart 2008 geconstateerde tekortkomingen, alsmede mogelijke vervolgmaatregelen.

Betrokkene heeft aangevoerd dat haar ten onrechte geen cautie is gegeven tijdens het onderzoek op 5 en 6 maart 2008 en dat haar dientengevolge geen bestuurlijke boete mag worden opgelegd.

7.3.7.3. Beoordeling van het CBb

Belangrijk is dat het CBb overweegt dat uit de gedingstukken niet blijkt dat DNB voorafgaand aan de bezoeken op 5 en 6 maart 2008 concrete aanwijzingen had, dat (nog steeds) sprake was van overtredingen van de Wtt en/of de Rib door betrokkene, laat staan dat sprake was van een voornemen om betrokkene ter zake daarvan een bestuurlijke boete op te leggen. Het CBb ziet in de omstandigheden dat DNB op 20 december 2007 nog overtredingen heeft geconstateerd en in de brief van 15 januari 2008 een volgend toezichtbezoek heeft aangekondigd, geen aanleiding voor een andersluidende conclusie (r.o. 5.2.1).

De bij het bezoek aan betrokkene in maart 2008 gedane mondelinge mededeling van toezichthouders van DNB aan bestuursleden van betrokkene, dat “DNB opnieuw formele maatregelen kan treffen bij overtreding van de bepalingen van de Wtt en de Rib”, kan niet worden aangemerkt als een handeling waaraan betrokkene in redelijkheid de gevolgtrekking kon verbinden, dat haar wegens een overtreding een boete zou worden opgelegd. Hieruit volgt dat de betrokken bestuursleden van betrokkene geen zwijgrecht als bedoeld in artikel 23 Wtt toekwam (r.o. 5.2.1).

7.3.7.4. Commentaar op de uitspraak

De toetsing van de feiten en omstandigheden aan het criminal charge criterium en de vraag of al dan niet een cautie verleend had moeten worden, levert een tweetal aandachtspunten op. Van Eersel wijst er in zijn noot bij CBb 28 maart 2013, JOR 2013/174 op dat het er enkel nog om lijkt te draaien wat het oogmerk van de toezichthouder was, ten tijde van het uitgevoerde onderzoek. Voor het bestuursorgaan wordt het dan tamelijk eenvoudig te betogen dat nog geen voornemen tot boeteoplegging bestond, omdat nog niet vast stond of überhaupt een sanctie zou worden opgelegd, respectievelijk of zij dan zou kiezen voor een boete of (alleen) een reparatoire sanctie.

Van Eersel wijst ook op het formele verhoor criterium van artikel 5:10 Awb. Daaruit volgt dat een betrokkene alleen een zwijgrecht toekomt indien en zodra hij wordt verhoord “met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie”. Het gaat er als gezegd dan niet meer

om hoe de betrokkene het toezicht ervaarde, maar om het doel van het onderzoek. Op zichzelf kan die visie van Van Eersel met instemming gevolgd worden. Het aanvankelijke doel van het onderzoek laat onverlet dat dit naderhand kan veranderen. Doordat het zwijgrecht gekoppeld is aan het moment dat het bestuursorgaan de 'punitieve weg' inslaat, laat dit haar alsdan alle ruimte bewijsmateriaal te verzamelen – en daarbij onder wettelijke dwang een beroep op medewerking van de betrokkene te doen – terwijl reeds een redelijk vermoeden van een beboetbare overtreding kan bestaan. Het punt van Van Eersel sluit ook aan bij de kritiek op het late moment van het formele verhoor criterium, als invulling van het Awb zwijgrecht, zoals dat uitgebreid in hoofdstuk zes aan de orde is gekomen.

Anderzijds kan niet gezegd worden dat het CBb de juridische situatie alleen maar formalistisch heeft benaderd. Het overwoog namelijk dat niet bleek dat DNB voorafgaand aan de bezoeken op 5 en 6 maart 2008 concrete aanwijzingen had dat (nog steeds) sprake was van overtredingen van de Wtt en/of de Rib door betrokkene. Derhalve werd los van de formele status van het controleonderzoek onderzocht wat de materiële status was; bestonden aanknopingspunten te stellen dat sprake was van een verdenking en aldus een boeteonderzoek. Die overweging biedt stof voor de gedachte dat niet louter van belang is het al dan niet bestaande voornemen van de toezichthouder een boete op te leggen, maar dat het CBb wel degelijk – althans in de zaak – ook (mede) materieel toetst. Daarbij gaat het er om of ten tijde van het controleonderzoek sprake zou kunnen zijn van onderzoek naar een beboetbare gedraging, omdat op dat moment reeds een verdenking bestond.

7.3.8. CBb 10 april 2014, *AB* 2014/313

7.3.8.1. De interpretatie van wilsafhankelijk materiaal

Voor de duiding van de wijze waarop het CBb het nemo tenetur-beginsel toepast, vormt de zaak van CBb 10 april 2014, *AB* 2014/313 een opmerkelijk interessant geval. Het gaat hier om de vraag of een laptop – zijnde real evidence – onder de noemer van wilsafhankelijk materiaal valt. Indien dat het geval is, kan deze immers op grond van het nemo tenetur-beginsel tot het bewijs worden uitgesloten.

7.3.8.2. Omstandigheden van de zaak

Waar ging het in deze zaak om? Bij besluit van 3 november 2008 heeft de ACM wegens overtreding van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder a en b, (oud) van het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (Bude) aan de betrokkene een boete opgelegd. Aan dit besluit ligt een boeterapport van 18 augustus 2008 ten grondslag. Volgens ACM plaatste betrokkene samen met een ander software op de computers van eindgebruikers zonder ze daarbij op enigerlei wijze te informeren over de doeleinden van de software en zonder de gelegenheid te bieden de installatie van de software te weigeren. Hiervoor werd een zogenaamde 'worm' gebruikt.[952] De ACM achtte een boete van in beginsel € 20.000 passend.

[952]. Dat werkte volgens ACM als volgt. Gebruikers van het programma MSN Messenger werden door middel van een bericht uitgenodigd om op een link te klikken die – zo werd gesuggereerd in het bericht – zou leiden naar een foto van een bekende op een fotowebsite. Dat gebeurde niet; in plaats daarvan werd software op de computers geplaatst waarmee de originele MSN Messenger werd vervangen door een aangepaste versie. Na vervanging werd vervolgens via MSN Messenger reclamesoftware binnengehaald, waaronder de software van DollarRevenue. Bovendien werd automatisch, zonder dat de gebruiker daar invloed op kon uitoefenen, aan contactpersonen van de gebruiker een bericht met de eerder beschreven link verstuurd. Met het aanklikken van de link herhaalde het proces zich bij een andere gebruiker. Hiermee kon de software zich verspreiden over computers van vele gebruikers.

Betrokkene betoogt het volgende. Hij stelt dat er ten tijde van het huisbezoek op 16 oktober 2007 sprake was van een criminal charge. Omdat betrokkene toen (al) verdachte was, is om die reden naar zijn oordeel sprake van een criminal charge. Op dat moment waren de waarborgen van artikel 6 EVRM op hem van toepassing. In verband met de dwang die toegepast is bij de bewijsvergaring, is het nemo tenetur-beginsel geschonden. De inbeslagneming van de laptop en het verhoor zijn afgedwongen door betrokkene de consequenties van het niet-meewerken voor te houden, hetgeen een boete van maximaal € 450.000 inhield. De gegevens op de laptop zijn, ondanks dat het reeds bestaand materiaal is, niet aan te merken als los van de wil van betrokkene bestaand bewijsmateriaal, omdat betrokkene diende te antwoorden op de vraag of hij informatiedragers in huis had. De schendingen van artikel 6 EVRM zijn onherstelbaar. Hierdoor komt de grondslag aan de boeteoplegging te vervallen, ten gevolge waarvan de boete dient te vervallen

ACM stelt zich op het standpunt dat uit de Europese rechtspraak (met name het arrest Funke, EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993/485) volgt dat het nemo tenetur-beginsel niet eerder geldt dan op het moment waarop sprake is van een 'criminal charge'. Op het moment van het huisbezoek was nog geen sprake van een criminal charge. Op dat moment stond nog geenszins vast dat sprake was van een overtreding, laat staan dat op dat moment vaststond dat betrokkene een overtreding had begaan. Mocht het CBb van oordeel zijn dat op het moment van het huisbezoek sprake was van een criminal charge, dan nog is volgens ACM het nemo tenetur-beginsel hier niet geschonden. Enerzijds zijn tijdens het huisbezoek wilsonafhankelijke gegevens verzameld waarop het nemo tenetur-beginsel niet van toepassing is. Anderzijds is het wilsafhankelijke materiaal niet onder dwang verkregen en daarom kan geen sprake zijn van strijd met het nemo tenetur-beginsel.

7.3.8.3. Beoordeling door het CBb

Naar het oordeel van het CBb was ten tijde van het huisbezoek op 16 oktober 2007 al sprake van een criminal charge als bedoeld in artikel 6 EVRM. Zoals het CBb eerder heeft overwogen (onder meer in CBb 21 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3139) kan van een 'criminal charge' worden gesproken vanaf het moment waarop ten aanzien van de betrokkene een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat hem een bestuurlijke boete zal worden opgelegd).

Uit het verslag van het huisbezoek komt naar voren dat het in dit geval niet om een controlebezoek ging. Betrokkene is expliciet meegedeeld dat hij verdacht werd van overtreding van artikel 4.1 Bude. Tevens is de mogelijkheid van beboeting genoemd. (r.o. 5.4). Uit het verslag van het huisbezoek blijkt dat inzage is gevorderd in de gegevensdragers en dat betrokkene (herhaaldelijk) is meegedeeld dat hij verplicht was inzage te geven onder dreiging van een rapport 'niet-medewerking'.

Betrokkene is gevraagd over welke gegevensdragers hij beschikte, welke computers hij gebruikte voor verspreiding van de software en waar de gegevensdragers zich bevonden. Deze omstandigheden leiden naar het oordeel van het CBb tot de conclusie dat betrokkene is gedwongen wilsafhankelijk materiaal te verstrekken dat is gebruikt voor het opleggen van de boete. Dit levert schending op van het in artikel 6 EVRM vervatte nemo teneturbeginsel. De schending leidt (enkel) tot uitsluiting van het bewijs dat van de laptop is verkregen en is geen reden om te concluderen dat ACM daarmee haar bevoegdheid tot het opleggen van een boete niet langer mag uitoefenen (r.o. 5.7).

7.3.8.4. Commentaar op de uitspraak

Ten eerste valt op dat het CBb in deze uitspraak soepeler het criminal charge lijkt toe te passen dan de voorzieningenrechter. Immers, hier baseert het CBb de criminal charge op het feit dat sprake was van een verdenking (artikel 4.1. Bude). Daarbij werd de mogelijkheid van beboeting genoemd. Daarmee toetst het CBb meer aan de materiële benadering van het criminal charge begrip; wat feitelijk tendeert naar het verdenkingsbegrip. Stijnen acht deze materiële benadering van het criminal charge begrip opmerkelijk. In lijn met de constatering hierboven merkt hij op dat het CBb in andere gevallen zeer terughoudend is met het aannemen van het startmoment van een criminal charge. Met de Afdeling neemt het CBb namelijk in beginsel tot uitgangspunt dat een charge eerst aanvangt met het bekendmaken van het voornemen tot boeteoplegging. De meer materiële benadering die het CBb echter in deze uitspraak volgt, sluit volgens Stijnen goed aan bij de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep die betrekking heeft op de cautieplicht en onder druk verkregen verklaringen in de sociale zekerheid (bijv. CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126, m.nt. R. Stijnen en CRvB 7 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1693).

Ten tweede is deze uitspraak van fundamenteel belang ter zake van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op 'real evidence'. Dit gebeurt door te overwegen dat de laptop – 'real evidence' – aangemerkt kan worden als wilsafhankelijk materiaal. Dit sluit precies aan bij de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel zoals dat in hoofdstuk 5 is afgeleid uit de EHRM-jurisprudentie (zie paragraaf 3.5.). Het gaat hier om de wijze van verkrijging van 'real evidence'. Er is geen sprake van een 'regulier' controle onderzoek door de ACM, gelet op de aanwezigheid van de verdenking. Door van die 'verdachte persoon' onder dwang 'real evidence' te vorderen, wordt inbreuk gemaakt op het nemo tenetur-beginsel. Een verdachte is immers niet langer meer gehouden op actieve wijze bij te dragen aan de bewijsvergaring. Het gaat hier in casu niet om het dulden van inbeslagname door de ACM. Er wordt van hem gevorderd dat hij deze eigenhandig uitlevert.

Daarmee is dit oordeel van het CBb van principiële betekenis en veel belangrijker dan de omvang van de uitspraak zou doen vermoeden. Deze benadering verschilt ook fundamenteel met die van de Hoge Raad. De Hoge Raad sluit 'real evidence' in beginsel categorisch uit van de noemer 'wilsafhankelijk materiaal'.[953] De drempel die de Hoge Raad wel opwerpt, is of sprake is van een fishing expedition. De vordering moet geen speculatief karakter hebben, maar voldoende gespecificeerd zijn. In de onderhavige zaak lijkt dat inderdaad het geval te zijn. Er lijkt immers specifiek gevraagd te worden naar bepaalde software. Het feit dat geen sprake is van een fishing expediton, is aldus geen reden voor het CBb om het materiaal toch als 'wilsafhankelijk' aan te merken.

7.3.9. CBb 9 april 2015, *AB* 2015/332

7.3.9.1. Aanwezigheid criminal charge?

Ook in de zaak van CBb 9 april 2015, *AB 2015/332* staat centraal het verweer dat niet tijdig de cautie is verleend. In dat kader is relevant hoe het CBb het criminal charge criterium toepast, in de context van de sfeerovergang.

[953]. Zie de uitspraken van de Hoge Raad op 24 april 2015 en 29 mei 2015; behandeld in paragraaf 2.14.

7.3.9.2. Omstandigheden van de zaak
Homburg Capital B.V. (hierna: betrokkene) beschikt over een vergunning voor het uitvoeren van orders met betrekking tot financiële instrumenten en voor het plaatsen van financiële instrumenten als bedoeld in artikel 2:96 Wet financieel toezicht (hierna: Wft). (Een dergelijke vergunning wordt ook wel een 'execution only' vergunning genoemd.) In september 2007 heeft betrokkene afgezien van uitbreiding van haar vergunning met de beleggingsdienst: 'adviseren over financiële instrumenten'. In november 2009 is de AFM een onderzoek gestart naar de activiteiten van betrokkene. AFM heeft in december 2009 gesprekken gevoerd met bestuurders en de compliance officer van betrokkene. Naar aanleiding van die managementgesprekken heeft AFM bij betrokkene geluidsopnames opgevraagd van (telefoon)gesprekken met cliënten. Bestudering daarvan heeft AFM tot de conclusie gebracht dat betrokkene een aantal keren heeft geadviseerd over financiële instrumenten, zonder dat zij daartoe over een vergunning beschikte.

Bij besluit van 28 mei 2010 heeft AFM een voornemen tot oplegging van een last onder dwangsom aan betrokkene kenbaar gemaakt. Dit voornemen strekte ertoe dat betrokkene het adviseren zou staken en gestaakt zou houden. In haar zienswijze van 11 juni 2010 heeft betrokkene verklaard het adviseren te zullen staken en gestaakt te houden en maatregelen te zullen nemen. Bij brief van 8 juli 2010 heeft AFM naar aanleiding van de zienswijze van betrokkene nadere informatie opgevraagd, omdat AFM nog onvoldoende ervan overtuigd was dat de door betrokkene bedoelde maatregelen ook daadwerkelijk in de bedrijfsvoering waren verankerd. Betrokkene heeft AFM bij brief van 16 juli 2010 nader geïnformeerd. In reactie daarop heeft AFM bij brief van 5 augustus 2010 aan betrokkene kenbaar gemaakt dat zij afziet van het opleggen van een last onder dwangsom. Vervolgens heeft AFM een onderzoeksrapport opgesteld en aan betrokkene toegezonden met een begeleidende brief van 24 september 2010, waarbij tevens een voornemen tot oplegging van een bestuurlijke boete aan betrokkene kenbaar is gemaakt. Betrokkene heeft op 12 oktober 2010 een zienswijze naar aanleiding van dat voornemen uitgebracht. Bij besluit van 14 december 2010 (primair besluit) heeft AFM aan betrokkene een bestuurlijke boete opgelegd van € 192.000.1.3 Betrokkene heeft bezwaar gemaakt tegen het primaire besluit. AFM heeft het bezwaar bij besluit van 1 juni 2011 (bestreden besluit) ongegrond verklaard en het bestreden besluit gehandhaafd.

De rechtbank heeft het verweer van betrokkene dat AFM de cautieplicht heeft geschonden bij de gesprekken die hebben plaatsgevonden, dan wel de informatieverzoeken die zijn gedaan vanaf 19 november 2009, verworpen. Betrokkene heeft in hoger beroep aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat haar betoog dat de cautieplicht is geschonden, niet slaagt. Betrokkene heeft in dit verband aangevoerd, naar het CBb begrijpt, dat reeds op 28 mei 2010 (de datum waarop AFM het voornemen tot oplegging van een last onder dwangsom aan betrokkene kenbaar heeft gemaakt) sprake was van een criminal charge, omdat vanaf dat moment het opleggen van een punitieve sanctie een te overwegen alternatief werd. Volgens betrokkene had AFM bij het opvragen van nadere informatie bij brief van 8 juli 2010 een cautie dienen te geven. Door dat na te laten, heeft AFM betrokkenes pre-processuele positie geschaad. De antwoorden op de brief van 8 juli 2010 konden volgens betrokkene bijdragen aan de vaststelling van de omvang, de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding.

AFM heeft in reactie op deze grief aangevoerd dat op 8 juli 2010 nog geen sprake was van een cautieplicht: de schriftelijke vragen van 8 juli 2010 hadden enkel tot doel om meer inzicht te krijgen in de door betrokkene aangekondigde maatregelen naar aanleiding van de door AFM voorgenomen last onder dwangsom en de zienswijze van betrokkene daarop. Volgens AFM was ten tijde van de brief van 8 juli 2010 dan ook geen sprake van een verhoor met het oog op het opleggen van een bestuurlijke boete. De op deze brief gegeven antwoorden hebben op geen

enkele wijze een rol gespeeld bij de vaststelling van de omvang, de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. Ter zitting heeft AFM nog toegelicht dat het haar vaste praktijk is om eerst de overtreding te doen beëindigen. Voor AFM ligt namelijk de prioriteit bij het zo snel mogelijk doen beëindigen van de overtreding. In dat stadium kan worden besloten een last onder dwangsom op te leggen. Pas wanneer dat traject is afgerond en de overtreding is beëindigd, wordt in een afzonderlijk traject beoordeeld of het opportuun is om voor de inmiddels beëindigde overtreding een boete op te leggen.

7.3.9.3.Beoordeling door het CBb

Het CBb is van oordeel dat in ieder geval niet kan worden aangenomen dat er vóór 8 juli 2010 sprake was van een 'criminal charge', zodat tot aan die datum geen cautieplicht gold. Anders dan betrokkene voorstaat, lag dat in dit geval nog niet besloten in het voornemen tot oplegging van een last onder dwangsom. Uit de gedingstukken blijkt dat het onderzoek van AFM inderdaad, zoals door AFM gesteld, aanvankelijk was gericht op het voorkomen van overtredingen en zich pas na 8 juli 2010 mede heeft gericht op het mogelijk opleggen van een punitieve sanctie vanwege overtredingen die zich al bleken te hebben voorgedaan. Het bewijs van de onderhavige overtreding (het zonder een daartoe door AFM verleende vergunning verlenen van beleggingsdiensten) is in het onderhavige geval gevonden in de gespreksopnames die AFM in september 2009 bij betrokkene heeft opgevraagd. Ten tijde van het opvragen van die gespreksopnames bestond nog geen cautieplicht. Dat wordt niet anders indien betrokkene zou worden gevolgd in haar stelling dat reeds op 28 mei 2010 sprake was van een criminal charge, zodat deze stelling geen nadere bespreking behoeft (r.o. 8.).

7.3.9.4. Commentaar op de uitspraak

De uitkomst van deze zaak is weinig verrassend, maar niettemin vallen op een aantal aspecten in de gevoerde argumentatie fundamentele kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste geldt dat niet is gebleken volgens het CBb, dat de antwoorden van betrokkene op de brief van 8 juli 2010 een rol hebben gespeeld bij het opleggen van de boete, waarmee het ‘cautieverweer’ in zoverre reeds faalt. Wenk trekt in dit verband in zijn noot bij CBb 9 april 2015, RF 2015/81 terecht een parallel met de ‘Tele2’ zaak, waarin een gelijkluidend oordeel werd gegeven omtrent het cautieverweer (CBb 2 februari 2010, *AB* 2010/317, behandeld in paragraaf 3.2.).

Anders ligt dit ten aanzien van de werkwijze van de AFM in relatie tot de toepassing van het criminal charge criterium. Het zwijgrecht wordt in feite in de sleutel geplaatst van een ‘doelcriterium’. Het doel van het AFM optreden komt immers doorslaggevende betekenis toe, niet de materiële status van het onderzoek, in het licht van een redelijk schuldvermoeden van een overtreding. De AFM stelde namelijk dat pas wanneer het traject van de last onder dwangsom – het reparatoire traject – is afgelegd, in een afzonderlijk traject aan de orde komt of een boete wordt opgelegd. Toepassing van het zwijgrecht wordt dan verbonden aan de fase van dat boetetraject. Maar die benadering van de juridische werkelijkheid stelt de toezichthouder in staat om eerst al het bewijsmateriaal te verzamelen – in weerwil van een verdenking – waarna ten slotte betrokkene een zwijgrecht toekomt. Hier past ook de fundamentele kritiek die in hoofdstuk 4 op het doelcriterium is geuit. Daar werd gesteld dat goed voorstelbaar is dat een aanvankelijk ingesteld controleonderzoek nadien verandert in een opsporingsonderzoek. Dat is juist inherent is aan de dynamiek van de sfeerovergang. Daarbij komt dat in de beginfase vaak nog niet duidelijk is welke kant het onderzoek op moet en dat de keuze voor een bepaald ‘traject’ eerst in de loop van het onderzoek, als meer gegevens voorhanden zijn, zal worden gemaakt.[954]

[954]. Zie hoofdstuk 3 paragraaf 5.7.

Bij het doelcriterium wordt de rechtsbescherming gekoppeld aan de doelstelling van het onderzoek. Is deze gericht op een niet punitieve afdoening, dan komt het nemo tenetur-beginsel niet in zicht. (Zie voor een bespreking van het doelcriterium hoofdstuk 4, paragraaf 5.7.). Het doelcriterium als normatief kader is ernstig gemankeerd door het feit dat het doel van het onderzoek gemakkelijk kan veranderen van insteek. Ook in deze zaak is dat aan de orde. Het reparatoire onderzoek verandert immers in een boeteonderzoek. Dat is beginsel inherent aan de sfeerovergang. Het probleem is echter dat reeds in december 2009 de AFM kon concluderen tot een verdenking van een beboetbare overtreding. Op basis van de toen gehouden managementgesprekken en opgevraagde geluidsopnames van telefoongesprekken concludeerde zij immers dat betrokkene had geadviseerd over financiële instrumenten, zonder dat zij daartoe over een vergunning beschikte. Het kan niet anders gezien worden dan dat betrokkene op dat moment 'verdachte' was. In een materiële benadering van de criminal charge zou deze dan als 'charged' benaderd moeten worden met inachtneming van de waarborgen voortvloeiende uit het nemo tenetur-beginsel.

7.3.10. CBb 8 juli 2015, *AB* 2016/347

7.3.10.1.Toepassing van het criminal charge criterium

De thematiek en relevantie van de zaak CBb 8 juli 2015, *AB* 2016/347 betreft de markering van de sfeerovergang aan de hand van het criminal charge criterium. Van belang is de wijze waarop het CBb dit toepast.

7.3.10.2 Omstandigheden van de zaak

Betrokkene betreft in de onderhavige zaak een Duitse onderneming, die in de door ACM onderzochte periode (13 maart 2009 tot en met 1 juli 2009) tijdens verkoopdemonstraties gezondheidsproducten verkocht aan Nederlandse consumenten. Deze verkoopdemonstraties werden onder de naam 'ITC Reisclub' (dit betreft de handelsnaam van de onderneming) georganiseerd als dagtochten. Consumenten ontvingen per post een aan hen persoonlijk geadresseerde brief met folders, waarin zij werden uitgenodigd om deel te nemen aan een dagtocht. Daarvoor kon men zich middels een antwoordkaart aanmelden. Deze dagtochten voerden naar (horeca)locaties in Nederland, waar vervolgens de verkoopdemonstraties van (onder meer) producten van betrokkene plaatsvonden. Naar aanleiding van diverse signalen en klachten is ACM een onderzoek gestart naar dagtochten die onder de naam ITC Reisclub georganiseerd werden. In het kader van dat onderzoek hebben toezichthouders van ACM op 20 april 2009, 29 mei 2009 en 1 juli 2009 deelgenomen aan een dagtocht van ITC Reisclub. Daarnaast zijn onder meer bezoeken gebracht aan de verkopers die de producten tijdens deze verkoopdemonstraties verkochten en zijn consumenten telefonisch bevraagd over hun ervaringen met de dagtochten. Het resultaat van dit onderzoek is neergelegd in een rapport van 26 april 2010, dat op 28 april 2010 aan betrokkene is verzonden.

Vervolgens heeft de ACM bij besluit van 7 april 2011 aan betrokkene boetes opgelegd, wegens overtreding van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc), in samenhang met het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Aan betrokkene zijn drie boetes opgelegd van elk € 100.000,- wegens overtreding van:

- artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder c en d, BW;
- artikel 6:193g, aanhef en onder t, BW;
- artikel 6:193i, aanhef en onder h, BW;

alle in samenhang met artikel 8.8 Whc.

Door betrokkene is aangevoerd dat het door de toezichthouders van ACM tijdens de dagtochten vergaarde bewijs onrechtmatig is verkregen. Daartoe voert betrokkene – samengevat – aan dat die toezichthouders anoniem, zonder zich te legitimeren, aan de dagtochten hebben deelgenomen, hetgeen onverenigbaar is met artikel 5:15 Awb en de artikelen 6 en 8 van het EVRM. ACM heeft op grond van ontvangen klachten besloten onderzoek te verrichten. Betrokkene leidt hieruit af dat jegens haar een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit (beboetbare overtreding) bestond, en dat zij dus als verdachte is aangemerkt. ACM heeft haar bevoegdheden derhalve niet uitgeoefend in het kader van toezichtstaken, maar in het kader van opsporing met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie. Hieraan verbindt betrokkene de volgende consequentie. De toezichthouders hadden volgens betrokkene de cautie moeten geven en zich ook moeten legitimeren tijdens gesprekken met de verantwoordelijke personen gedurende die dagtochten, hetgeen niet is gebeurd.

7.3.10.3 Beoordeling door het CBb

Het CBb stelt voorop dat – anders dan betrokkene betoogt – de toezichthouders aan de bewuste dagtochten hebben deelgenomen, en in dat verband de genoemde plaatsen hebben betreden en bewijs hebben vergaard, in het kader van de uitoefening van het bestuursrechtelijk toezicht op de naleving van de Whc. Van opsporing, met het oog op een (aan betrokkene) op te leggen bestraffende sanctie, was geen sprake. De omstandigheid dat dit toezichtsonderzoek is opgestart naar aanleiding van door de toezichthouder ontvangen informatie over met name dagtochten onder de naam van 'ITC Reisclub', brengt niet met zich dat ACM op dat moment het oogmerk had een boete aan betrokkene op te leggen. Nu er ten tijde van de deelname van de toezichthouders aan de dagtochten jegens betrokkene nog geen handelingen waren verricht waaraan zij in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat aan haar een bestuurlijke boete zou worden opgelegd of die haar positie wezenlijk zouden beïnvloeden, kan evenmin worden gesproken van een 'criminal charge' als bedoeld in artikel 6 EVRM. Reeds hierom kan niet worden staande gehouden dat tijdens de bedoelde dagtochten het in dat artikel besloten liggende nemo tenetur-beginsel is geschonden. Evenmin bestaat aanleiding voor het oordeel dat tijdens deze bewuste dagtochten ten onrechte geen cautie is verleend. Overigens is ook het CBb niet gebleken dat tijdens deze dagtochten verhoren of gesprekken met verantwoordelijke personen hebben plaatsgevonden waarvoor de verplichting zou hebben bestaan de cautie te geven (r.o. 3.4.).

7.3.10.4. Commentaar op de uitspraak

Uiteindelijk wordt de zaak afgedaan met de pragmatische overweging dat er geen belastende verhoren hebben plaatsgehad, zoals hierboven is uiteengezet. Er is overigens ook niet gesteld dat verklaringen, afgelegd tijdens verhoren waarbij geen cautie zou zijn verleend, hebben bijgedragen aan het bewijs van de beboetbare overtredingen. De relevantie van de zaak is evenwel gelegen in de toetsingsmaatstaf die het CBb aanlegt ter scheiding van het controle- en opsporingsonderzoek. Duidelijk is dat in dat verband het oogmerk van de toezichthouder centraal staat.[955] Niet de vraag of die feitelijke constateringen – de klachten en signalen – een redelijk vermoeden van schuld van wetsovertreding meebrengt. Daarmee onderstreept deze zaak een patroon waarin het CBb de sfeerovergang markeert op basis van subjectieve overwegingen van de toezichthouder, in plaats van objectieve feiten en omstandigheden, in het kader van een materiële toets. In de conclusie wordt op dit punt teruggekomen.

[955]. Zie in dit verband tevens CBb 14 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:114 (r.o.4.2.).

7.3.11. CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3

7.3.11.1. De vordering van wilsafhankelijk materiaal

Een andere belangrijke zaak omtrent de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op informatievorderingen door een toezichthouder, vormt de zaak CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3. Evenals de in paragraaf 7.3.8. besproken zaak CBb 10 april 2014, *AB* 2014/313, betreft het hier de vraag of het gevorderde bewijsmateriaal aangemerkt moet worden als wilsafhankelijk of wilsonafhankelijk materiaal. En in het geval van wilsafhankelijk materiaal, welke gevolgen aan die vaststelling verboden moeten worden.

7.3.11.2. Omstandigheden van de zaak

In deze zaak werd door toezichthouders van de DNB onderzoek uitgevoerd naar een in Amsterdam gevestigde onderneming. Dat onderzoek leidde tot het vermoeden van overtreding van de Wft. In het bijzonder ging het daarbij om het zonder vergunning van DNB optreden als betaaldienstverlener (2:3a, eerste lid, Wft). Twee medebestuurders van de onderneming weden uitgenodigd voor een gesprek. In lijn met het bestaande vermoeden van wetsovertreding werd hen in de uitnodigingsbrief de cautie gegeven. Met een beroep op dat zwijgrecht zagen de bestuurders af van het gesprek met DNB. Betrokkenen bleven zich herhaaldelijk op hun zwijgrecht beroepen, ten aan zien van vorderingen tot inlichtingen door DNB. Daarom concludeerde DNB dan ook dat betrokken de bestuursrechtelijke medewerkingsverplichting van artikel 5:20, eerste lid Awb hadden overtreden. Vervolgens lastte DNB betrokkenen, op straffe van verbeurte van een dwangsom (€ 15.000,-), om alsnog aan de inlichtingenvordering te voldoen (r.o. 1.3 en 1.4.). Van belang is welke informatie werd gevorderd (r.o. 1.4.):

> ‘a. Een (volledig) overzicht van alle personen die in de periode van 24 augustus 2013 tot en met 26 november 2013 werkzaam zijn geweest bij de vestiging van [naam 2] . Uit dit overzicht dient tenminste te blijken de datum en tijdstippen waarop door deze personen is gewerkt bij deze vestiging, hun functie (bijv. ondergeschikte of leidinggevende van appellante) en hun naam, adres, woonplaats en telefoonnummer.
>
> b. Stukken en bescheiden waaruit het onder a. bedoelde volgt, in het bijzonder de (verplichte) loonstaten en loonstroken per werknemer die werkzaam was in voornoemde periode.
>
> c. De dienstroosters/registratie van de arbeids- en rusttijden van de werknemers die werkzaam voor [naam 2] zijn geweest in de vestiging van [naam 2] in de onder a. genoemde periode.’

Betrokkenen voerden onder meer aan dat zij niet verplicht waren om aan hun eigen veroordeling mee te werken. De rechtbank had in hun optiek de gevorderde informatie ten onrecht als ‘wilsonafhankelijk’ aangemerkt (r.o. 3.2).

7.3.11.3. Beoordeling door het CBb

Het CBb lijkt aanvankelijk aan te sluiten bij de op Chambaz v. Zwitserland (EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323) gebaseerde jurisprudentie van de Hoge Raad.[956] Overwogen wordt namelijk dat wilsafhankelijk bewijsmateriaal weliswaar mag worden afgedwongen. Echter, indien niet kan worden uitgesloten dat het materiaal tevens in verband met een ‘criminal charge’ tegen de verstrekker zal worden gebruikt (vgl. EHRM 3 mei 2001, no. 31827/96,

[956]. Zie daarover uitgebreid paragraaf 7.2.5.1.4.

ECLI:NL:XX:2001:AN6999, NJ 2003/354 (J.B. tegen Zwitserland), zullen de nationale autoriteiten moeten waarborgen dat de verstrekker van het wilsafhankelijk materiaal zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen. Gelet op het ontbreken van gerichte regelgeving op dat vlak, dient de autoriteit die over de bevoegdheid beschikt om over de verkrijging van wilsafhankelijk materiaal af te dwingen, in de vereiste waarborgen te voorzien (r.o. 6.4).

Voorts stelt het CBb met het oog op de uitoefening van het toezicht op de naleving van de Wft vast, dat mogelijk gebruik van de informatie voor bestraffing niet was uitgesloten. Voor zover sprake was van wilsafhankelijk materiaal had DNB derhalve de vordering dienen te clausuleren. Die clausule bestaat er dan uit dat de verplichting de inlichtingen te verstrekken geldt met de restrictie, dat het verstrekte materiaal uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van de uitoefening van het toezicht op de naleving van de Wft. De inlichtingen kunnen dan niet (mede) gebruikt worden voor doeleinden van bestuurlijke beboeting of strafvervolging van appellanten.

De kernvraag is natuurlijk in hoeverre het CBb de gevorderde informatie aanmerkt als wilsafhankelijk materiaal. Gelet op het belang van de overweging, wordt deze grotendeels geciteerd (r.o. 6.7.):

> ‘Het College volgt appellanten in hun betoog dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de door DNB gevorderde dienstroosters gekwalificeerd moeten worden als wilsonafhankelijk materiaal. Het College acht - gelet op hetgeen appellanten in dat verband hebben aangevoerd, met name hun verklaring dat de dienstroosters op een whiteboard werden weergegeven - niet uitgesloten dat de dienstroosters op het moment dat DNB deze vorderde niet (meer) in fysieke zin bestonden, dat wil zeggen dat de gegevens omtrent de arbeids- en rusttijden op het moment van vorderen niet waren vastgelegd op een gegevensdrager. In zoverre staat niet vast dat de gevorderde inlichtingen, voor zover het de dienstroosters van appellanten betreft, wilsonafhankelijk materiaal vormen. Anders dan DNB betoogt en de rechtbank heeft overwogen, kan daaraan niet afdoen de omstandigheid dat appellanten op grond van artikel 4:3, eerste lid, van de Arbeidstijdenwet (Atw) verplicht zijn een deugdelijke administratie ter zake van de arbeids- en rusttijden te voeren welke het toezicht op de naleving van die wet en de daarop berustende bepalingen mogelijk maakt. Evenmin volgt het College de rechtbank in haar overweging dat de omstandigheid dat het (alsnog) opstellen van een registratie ter zake van de arbeids- en rusttijden afhankelijk is van de wil van appellanten onverlet laat dat het daarbij niet gaat om “eigen” gegevens, maar om objectieve gegevens die onafhankelijk van hun wil bestaan en die appellanten op grond van genoemd artikel van de Atw ten behoeve van de toezichthoudende overheid dienen te verzamelen en op kennisneming waarvan die overheid zonder meer recht heeft. Het College ziet niet in hoe die omstandigheden dwingen tot de conclusie dat de dienstroosters thans in fysieke zin bestaan.’

7.3.11.4. Commentaar op de uitspraak

Het voorgaande leidt er toe dat de beroepen van appellanten gegrond worden verklaard en de bestreden besluiten vernietigd. Nu is in hoofdstuk 5 geconcludeerd op basis van de EHRM jurisprudentie, dat ná het ontstaan van de verdenking een verdachte niet langer gedwongen kan worden om ‘real evidence’ (noch ‘testimonial evidence’) uit te leveren. In deze zaak is het dus van belang de drie variabelen te bezien: de aanwezigheid van de verdenking, de aard van de gevorderde medewerking en de aard van het bewijsmateriaal. In de uitspraak komt duidelijk terug dat sprake was van een vermoeden van wetsovertreding (de cautie was immers ook gegeven). De boetesfeer had zijn entree gemaakt. Dat betekent dat van betrokkenen alleen nog een

'dulden' gevergd kan worden. In dat verband geldt dat van betrokkenen een actieve inspanning werd gevorderd om het desgevraagde bewijsmateriaal aan te dragen.

Nu is opvallend dat het CBb expliciet ingaat op de aard van de gevorderde dienstrooster. Het CBb weidt er veel tekst aan om de conclusie op te bouwen, dat kennelijk niet vaststond dat de roosters in fysieke zin (nog) bestonden. Impliciet wordt er dus van uitgegaan dat het onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk congruent is met de vraag naar het fysieke bestaan van dat materiaal. Die vaststelling wordt ondersteund door de uitspraak CBb 4 september 2018, *NJB* 2018/1715. Die uitspraak is zeer vergelijkbaar, het betrof daar een informatievordering van de AFM. Daarbij vonden deze vorderingen plaats, ná het bestaan van een redelijk vermoeden van wetsovertreding. Ook werden dwangsom besluiten opgelegd, teneinde nakoming van de vorderingen te garanderen. In dergelijke gevallen, dient de informatievordering onder dwang geclausuleerd te worden gedaan. De informatie mag weliswaar worden afgedwongen, echter dient gegarandeerd te worden dat deze niet tevens ter onderbouwing van een boete worden gebruikt.[957] Belangrijk is, dat in paragraaf 12 werd overwogen dat betrokkenen niet konden volstaan bij de beantwoording van vragen van AFM, door het toesturen van *bestaand,* wilsonafhankleijk materiaal. Dat roept in ieder geval de veronderstelling op dat wanneer louter fysiek bestaand materiaal was gevorderd, in de optiek van het CBb kennelijk sprake was van wilsonafhankelijk materiaal. De medewerking had dan blijkbaar zonder de genoemde clausulering afgedwongen kunnen worden.

De twee uitspraken zijn bijzonder relevant, omdat dergelijke informatievorderingen zich veelvuldig voor zullen doen, bij de handhaving van het betreffende (financiële) bestuursrecht. De lijn die door het CBb is uitgezet, is evenwel te beperkt gelet op de EHRM jurisprudentie. Zoals uit hoofdstuk 5. volgde was in de zaken Funke, J.B. en bovenal Chambaz eveneens (slechts) de vordering van documenten – tastbaar bewijsmateriaal – aan de orde. Overigens tonen de uitspraken van het CBb wel aan dat de afbakening tussen documenten en verklaringen nog niet zo helder is. Een document bestaat immers uit op schrift gestelde informatie, hetgeen op zichzelf weer een wilshandeling verondersteld en 'verklarende' waarde heeft. Dat wordt te meer prangend in relatie tot de gedetailleerde informatieverzoeken van AFM en DNB. Plausibel is dat het deze toezichthouders ook juist te doen is om de toelichting van betrokkenen en niet sec om documenten.

7. 3. 12 Tussenconclusie CBb jurisprudentie

7.3.12.1 Algemeen

Hoe verhoudt zich nu de jurisprudentie van het CBb tot die van het EHRM, ter zake van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel? Allereerst moet worden opgemerkt dat die jurisprudentie van het CBb in dat verband een diffuus beeld laat zien, ter zake van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel. De reden daarvoor is in het volgende gelegen. Enerzijds is een aantal principiële uitspraken gewezen, die juist tegemoet zijn gekomen aan de verwezenlijking van de nemo tenetur-bescherming. Daarbij is aldus invulling gegeven aan het uitgangspunt van een 'praktische en effectieve' rechtsbescherming. Dat geldt bijvoorbeeld inzake de gelding van het zwijgrecht voor ex-werknemers van de rechtspersoon, alsmede de uitsluiting van onder dwang verkregen 'real evidence', terwijl die dwang werd uitgeoefend tegen een 'charged person'. (In

[957]. Van der Linden schrijft dat in deze uitspraak ondubbelzinnig wordt bevestigd dat de instructie van de 'geclausuleerde vordering' voor bestuursorganen geldt. Zie M. van der Linden, 'Inlichtingenvorderingen en dwangsombesluiten van toezichthouders: EVRM-proof?', *Tijdschrift voor Strafrecht en Onderneming*, Nr. 1 mei 2018, p.41.

het navolgende komen beide kwesties nog aan de orde.) Anderzijds geldt dat het CBb uitgaat van een 'formalistische' benadering van de criminal charge, als geldend moment van het zwijgrecht. Niet de materiële situatie is voor haar doorslaggevend bij de bepaling daarvan – bestaat er een verdenking van wetsovertreding of niet – maar het voornemen van de toezichthouder om tot beboeting over te gaan. Daarmee wordt de aanvang van het zwijgrecht impliciet in handen gelegd van de op dat moment bestaande intenties van de toezichthouder.

7.3.12.2 Bescherming van testimonial evidence

De vraag naar de wijze waarop de mondelinge verklaringsvrijheid is beschermd, omvat een aantal aspecten. Ten eerste geldt dat in de behandelde uitspraken toepassing van de 'Saunders' bewijsuitsluitingsregel niet aan de orde is gekomen. Het is zeer opmerkelijk dat in die zaken telkenmale is nagelaten door de verdediging een beroep te doen op de uitsluiting tot het bewijs, van in het kader van controle afgelegde verklaringen. Een dergelijk primair/subsidiair verweer had dan voor de hand gelegen. Primair zou dan het cautieverweer gehandhaafd kunnen blijven. Namelijk dat op het bewuste moment sprake was van een 'verdenking', hetgeen noopte tot een cautie. Subsidiair zou dan gesteld kunnen worden, dat indien de rechter die feitelijke situatie nog kwalificeert als controle (zonder enige verdenking), de verklaringen dan uitgesloten moeten worden omdat deze zijn afgelegd in het kader van de medewerkingsplicht. Niet voldoen aan die verplichting levert immers een strafbaar feit op.[958] De vraag in hoeverre het CBb dergelijke bewijsuitsluiting had toegepast kan derhalve niet concludent worden beantwoord, gezien dat niet aan de orde is geweest. Aannemelijk is dat op dit punt de uitgezette koers van de Hoge Raad gevolgd zou zijn; welke inderdaad noopt tot dergelijke bewijsuitsluiting.[959]

Ten tweede geldt dat een belangrijk punt is beslecht terzake van het zwijgrecht van de rechtspersoon. Niet alleen komen de werknemers van de verdachte rechtspersoon daarvoor in aanmerking, maar ook diegenen die niet langer in dienst van de firma zijn. Dit volgde uit de uitspraak CBb 21 december 2012, *AB* 2013/49. Vanuit een oogpunt van 'praktische en effectieve' toepassing – het EHRM uitgangspunt[960] – is dat een logische beslissing. Zou deze interpretatie niet gelden, dan zou het zwijgrecht in dit verband bijzonder willekeurig worden. Gedurende een onderzoek kan een werknemer immers uit dienst treden, wat dan strikt genomen het einde zou markeren van het zwijgrecht. Een dergelijke formalistische benadering staat haak op het benoemde uitgangspunt van de 'praktische en effectieve' toepassing van verdedigingsrechten.

Daarbij geldt nog een ander belangrijk argument. De betrokkene zelf – los van de rechtspersoon – dient een dergelijk zwijgrecht toe te komen. Veronderstelling daarbij is dat gevraagd wordt naar strafbare feiten, waarbij betrokkene een rol heeft gehad of anderszins kennis van heeft gehad. Dat is daarmee welhaast onlosmakelijk verbonden met mogelijke strafbare feiten van de betrokkene zelf. De regering diende niettemin een wetsvoorstel in waarin de ex-werknemer dat zwijgrecht (weer) ontnomen werd. Dat wetsvoorstel leidde tot de Wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt. Uit het nieuwe artikel '12i' volgt dat het zwijgrecht wordt verbonden aan de bij de onderneming *werkzame* personen. Dit nieuwe artikel is op 1 januari 2017 inwerking getreden.

[958]. Deze 'linksom of rechtsom' benadering komt uitdrukkelijk terug bij de bespreking van de CRvB jurisprudentie. Zie paragraaf 6.4.8.4.
[959]. HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27 en bijvoorbeeld HR 16 september 2005, nr. 38.156, *LJN:* A09013.
[960]. EHRM 9 oktober 1979, Serie A, vol 32, *NJ* 1980, 376 (Airey v. Ierland).

Als derde aandachtspunt is te noemen dat het CBb de cautieplicht ook toepast op de schriftelijke verhoorvragen. In de zaak van CBb 2 februari 2010, *AB* 2010/317 werd daarmee impliciet aangesloten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad (strafkamer).[961]

Ten vierde is in enkele zaken geconstateerd dat 'cautieverweren' zijn verworpen bij gebreke van een belang van de betrokkene.[962] Betrokkene was door het verzuim niet in zijn belangen geschaad. Of er waren überhaupt geen belastende verklaringen afgelegd.[963] Het ging veelal om de situatie dat verklaringen niet gebruikt waren voor bewijs, of dat de betrokkene de verklaringen later – nadat wel de cautie is verleend – de verklaring herhaald heeft. Dat lijkt een alleszins ondiscutabel beslissingskader.

7.3.12.3 Toepassing van het criminal charge criterium

Nauw verbonden met de bescherming van testimonial evidence is de toepassing van het criminal charge criterium. Die nauwe verbinding is gelegen in het feit dat de toepassing daarvan het aanvangspunt van het zwijgrecht (mede) bepaalt. Los daarvan bepaalt dit aspect tevens de wijze waarop het CBb aankijkt tegen de sfeerovergang. In de behandelde fiscale jurisprudentie speelde primair het probleem van de sfeercumulatie. Dat wil zeggen dat gedurende de fiscale controlesfeer tevens een verdenking van fiscale fraude kon ontstaan, terwijl de informatievordering voor de reguliere fiscale controle continueerde. In de hier behandelde CBb-zaken komt de overgang van controle naar 'boeteonderzoek' uitdrukkelijker naar voren. De vraag is echter wat het scharnierpunt *dient* te zijn.

In hoofdstuk 5 (paragraaf 6) is op basis van de EHRM jurisprudentie uitgebreid betoogd waarom dat scharnierpunt zou moeten bestaan uit de verdenking: een concreet vermoeden van een strafbare feit. Dat betekent dat het criminal charge criterium feitelijk ingevuld wordt door een verdenkingscriterium. Enige andere wijze van invulling, althans een 'later' startmoment, komt in strijd met het principe van een 'effectieve en praktische' rechtsbescherming. In het kader van het Awb zwijgrecht is in hoofdstuk 6 (zie conclusie: *Aanvangsmoment en invulling van het zwijgrecht)* uiteengezet hoe de toepassing van een formalistisch criminal charge criterium tot ongerijmde resultaten leidt. Het gaat daarbij om 'handelingen waaraan de betrokkene het vermoeden kan ontlenen dat hem een boete zal worden opgelegd'. Dezelfde kritiek gold voor het formele Awb zwijgrecht-criterium dat het zwijgrecht koppelt aan het moment van het formele verhoor.

De behandelde CBb-zaken tonen aan dat sprake is van een 'formalistische' benadering van het criminal charge criterium.[964] Dat is problematisch. Praktisch gevolg daarvan is dat toezichtsonderzoeken kunnen continueren in weerwil van een bestaande verdenking van wetsovertreding, terwijl de medewerkingsplicht blijft bestaan. Dat betekent dat de – materieel gezien – charged person bewijs blijft aandragen tegen zichzelf. Het meest ongerijmde voorbeeld daarvan was CBb 25 oktober 2011, AWB 11/631. Weliswaar was dit een oordeel van een voorzieningenrechter, maar de zaak toont goed aan wat de consequenties zijn een dergelijke formalistische benadering van rechtsbescherming. Zelfs de mededeling van de controleambtenaar dat een overtreding was geconstateerd en de dito schriftelijke mededeling van VROM, maakten niet dat sprake was van een criminal charge, volgens de behandelend rechter. In weerwil van die

961. Zie HR 22 juni 1999, *NJ* 1999/648.
962. CBb 12 juni 2007, *AB* 2008/7.
963. HR 16 september 2005, nr. 38.156, *LJN:* A09013.
964. CBb 12 juni 2007, *AB* 2008/7, CBb 12 april 2012, nr. AWB 09/1390, AB 2013/67, CBb 28 maart 2013b, AWB 10/384, 10/385, CBb 9 april 2015, *AB* 2015/332 en CBb 11 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191.

geconstateerde overtreding werd aan de betrokkene een last onder dwangsom opgelegd, tot verstrekking van informatie.

Gewezen dient te worden op andere in dit deel behandelde voorbeelden. In CBb 11 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX8156, werd het criterium toegepast 'of sprake was van een handeling jegens betrokkene, waaraan zij in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat haar wegens een overtreding een bestuurlijke boete kan worden opgelegd.' Bij de zaak CBb 28 maart 2013b, AWB 10/384, 10/385 kwam de nadruk te liggen op het 'oogmerk' van de toezichthouder ten tijde van het uitgevoerde onderzoek. Ook in CBb 9 april 2015, RF 2015/81 speelde het 'doel van het onderzoek' de voornaamste rol bij vaststelling of de 'punitieve weg' was ingeslagen en daarmee een zwijgrecht van toepassing was. De relevantie van een dergelijk 'oogmerk' gold ook in CBb 11 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191.

In hoofdstuk 6 aangaande het Awb zwijgrecht is uitgebreid beschreven tot wat voor consequenties een dergelijke formele benadering van het zwijgrecht voert. Die kritiek manifesteert zich hier aldus in volle omvang. De kritiek op het formele Awb criterium was immers dat dit de ruimte biedt om eerst alle informatie te vergaren in het kader van het controleonderzoek, terwijl er materieel gezien al sprake is (geweest) van een verdenking (redelijk vermoeden van schuld). Dit wordt aldus veroorzaakt doordat in de regeling van de Awb gekozen is voor een formele invulling van het zwijgrecht, in tegenstelling tot de materiële benadering waar het strafvorderlijk zwijgrecht op is gebaseerd. Ook de opmerkingen van de Awb wetgever lijken door de beziene CBb-uitspraken eerder uitermate theoretisch van aard. De gedachte van de wetgever was dat het formele verhoor criterium betekent, dat de toezichthouder niet 'straffeloos' de toezichtsfase kan oprekken.[965] Naar het standpunt van de Awb wetgever ging het er in de formulering van het zwijgrecht om dat naar objectieve omstandigheden door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat sprake is van een 'verhoor', met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete. Dit zou dan maken dat het 'subjectieve inzicht' van de verhorende ambtenaar niet doorslaggevend is.[966]

Paradoxaal genoeg legt de toetsing door het CBb juist de nadruk op het *doel* van het onderzoek en daarmee per definitie op het subjectie inzicht van de betrokkene. Dit is dus anders uitgepakt dan wat de wetgever voor ogen stond. Voorts geldt dat de benoemde CBb-zaken aantonen aan dat de rechter niet snel een dergelijk ingesteld punitief traject aanneemt. Daarmee wordt het een aanlokkelijke en lonende tactiek voor de toezichthouder de beslissing een verhoor aan te van gen, gericht op het opleggen van een sanctie, zo lang mogelijk uit te stellen. De fiscale overheid maakt overigens geen geheim van een dergelijke modus operandi.[967]

Afgezet tegen het voorgaande zijn ook zaken waar te nemen waar een meer materiële beoordeling van de sfeerovergang plaatsvindt. Dat kwam bijvoorbeeld aan de orde in CBb 28 maart 2013b, AWB 10/384, 10/385 en CBB 10 april 2014, *AB* 2014/313. Dit lijken echter uitzonderingen te zijn. Van enige verschuiving in de aard van de toets is evenmin sprake, gezien in een relatief recent arrest, te weten CBb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191, nog een dergelijke formalistische toets werd uitgevoerd. In verband met die uitzonderingen geldt aldus het ada-

965. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 97.
966. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 96-97.
967. Zie Draaiboek rekeningenproject d.d. 12 december 2001. In het hoofdstuk 'richtlijnen sfeerovergang heffingboete' werd voorgeschreven dat geen vragen mochten worden gesteld 'welke uitsluitend gericht zijn op het onderzoeken van de mate van schuld bij de belanghebbende'. Daarmee werd voorkomen dat de cautie gegeven hoefde te worden.

gium dat een paar zwaluwen geen lente maakt, terwijl de wijze van beoordeling van de sfeerovergang – in het licht van een praktische en effectieve rechtsbescherming – zeker als 'winters' geduid kan worden.

7.3.12.4 Bescherming van real evidence

Het CBb oordeelde in CBb 10 april 2014, *AB* 2014/313 dat de op vordering verkregen laptop moest worden uitgesloten van het bewijsmateriaal. Deze beslissing is geheel in lijn met de EHRM-jurisprudentie ter zake van 'real evidence'. Er was sprake van een verdenking (criminal charge) en er werd dwang uitgeoefend teneinde aan de vordering te voldoen. In mijn optiek kan niet gesteld worden dat in de onderhavige zaak sprake was van een fishing expedition (evenmin in CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3). Het onderzoek stond in het teken van een duidelijk afgebakende premisse; de verspreiding van malware etc. Gevorderd werd computermateriaal dat daar mee verband hield. De uitspraak bevestigt daarmee aldus voorts dat een fishing expedition geen noodzakelijke voorwaarde vormt, om de vordering van 'real evidence' onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel te scharen. Ook op dit vlak verschilt de benadering van het CBb met die van de Hoge Raad, die de vorderingen van 'real evidence' uitsluitend wenst te normeren door een verbod op 'fishing expeditions'.

Daarentegen volgt uit de uitspraken CBb 10 januari 2018, *NJB* 2018/280 en CBb 4 september 2018, *NJB* 2018/1715 een ander beeld. Het CBb lijkt het onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal gelijk te stellen aan de vraag naar het al dan niet fysiek bestaan van het gevorderde bewijsmateriaal. Zo was het CBb in de eerstgenoemde zaak niet overtuigd dat de gevorderde dienstroosters in fysieke zin (nog) bestonden; hetgeen aanleiding was dat als 'wilsafhankelijk materiaal' aan te merken. Deze benadering staat haaks op de EHRM-jurisprudentie waarin ook de vordering van 'real evidence' na het bestaan van een verdenking door het nemo tenetur-beginsel beschermd wordt. Desondanks werd de door DNB en AFM gevorderde informatie aangemerkt als 'wilsafhankelijk materiaal', gelet op onder meer de gedetailleerde vraagstellingen.

In verband met de vordering van 'real evidence' is tevens de Meststoffenwet aan de orde gekomen in CBb 12 april 2012, *AB* 2013/67. De zaak betrof in wezen de concrete manifestatie van een bepaald type regelgeving, waarbij het aan de betrokkene is, om gegevens aan te dragen in het kader van controle. Wanneer die gegevens aanleiding geven tot een beboetbare gedraging, vormen deze tevens het bewijs daarvan. De zaak stond sterk in het teken van de bewijslastverdeling, maar op de achtergrond kwam toetsing aan het nemo tenetur-beginsel aan de orde. Het CBb overwoog in dat verband onder meer dat het aan de betrokkene is om vóórdat van enige strafrechtelijke- of bestuursrechtelijke handhaving sprake is, en juist ter vermijding daarvan, gebruiksnormen met de daarvoor aangewezen bewijsmiddelen te verantwoorden. Het is goed voorstelbaar dat deze materie een vraag oproept naar de relatie tussen die verplichting en het nemo tenetur-beginsel. Niettemin kan gesteld worden dat het oordeel van het CBb op zichzelf in overeenstemming is met die EHRM-jurisprudentie. Het betreft hier gegevensverzameling vóórdat sprake is van enige verdenking van overtreding van de Meststoffenwet. Vergaring van 'real evidence' dat voor dat kantelmoment plaatsvindt, kan zonder strijd met het nemo tenetur-beginsel worden gebruikt als bewijs in de punitieve procedure, zo volgde uit de analyse in hoofdstuk 5.[968]

[968]. Zie hoofdstuk 5 paragraaf 3.5.

7.3.12.5 Afrondend: een verklaring voor verschillen?
Tegenover de beschreven 'praktische een effectieve' invulling van aspecten van het nemo tenetur-beginsel, als beschreven, staat de formalistische benadering van de sfeerovergang. Dit is een gevolg van een formele benadering van het criminal charge begrip, ter duiding of de boeteprocedure een aanvang heeft genomen. Het verschil in benaderingswijze – praktisch en effectief tegenover formalistisch – kan alleen verklaard worden door te bezien wat de consequenties zijn in feitelijke uitkomst. Die uitkomst is dat de toezichthouder 'relatief lang' het controleonderzoek kan voortzetten, zolang nog niet de keuze is gemaakt voor een boeteprocedure. Wellicht is die benoemde formele benadering dan ingegeven door de angst voor verlies van slagkracht van het overheidsonderzoek. Dergelijke kritiek hadden Rogier en Hartmann op het late startpunt van het Awb zwijgrecht.[969] Plausibel is dat dit commentaar zich eveneens voordoet bij de normering van de sfeerovergang door het CBb.

7.4.1. CRvB 14 februari 2001, *AB* 2001/152

7.4.1.1. Beperking van de cautie tot mondelinge vragen
In deze zaak CRvB 14 februari 2001, *AB* 2001/152 wordt het verweer gevoerd dat de cautie zou zijn geschonden. De summiere beschrijving van de feiten die in dat verband worden genoemd, maken het lastig dat verweer te duiden. Daarbij gaat het om de vraag wat voor concrete bijdrage betrokkene dan aan de bewijsvoering van de boete geleverd zou hebben, na die ontbroken cautie. De uitspraak is vooral relevant voor de algemene bewoordingen die het CRvB wijdt aan de reikwijdte van de cautie.

7.4.1.2. Omstandigheden van de zaak
De zaak gaat concreet over het niet vermelden van werkzaamheden door betrokkene, terwijl haar een WW-uitkering is toegekend, met ingang van 24 juni 1996. Op het door betrokkene op 26 januari 1997 ingevulde en ondertekende werkbriefje over de periode van 6 januari 1996 tot en met 2 februari 1997 heeft zij aangegeven niet te hebben gewerkt. In verband met een verkeersongeval heeft zij zich per 20 januari 1997 ziek gemeld. Na een zogeheten bestandsvergelijking is het Landelijk instituut sociale verzekeringen (hierna: Lisv) in juni 1997 gebleken dat betrokkene geen opgave heeft gedaan van de door haar in de week van 12 tot en met 18 januari 1997 verrichte werkzaamheden. Zij had in die week 27 uur gewerkt in een supermarkt. Bij besluit van 22 september 1997 heeft Lisv aan betrokkene meegedeeld dat er in verband met deze werkzaamheden onverschuldigd uitkering is betaald tot een bedrag van ƒ 217,56 (bruto). Dat bedrag wordt van haar teruggevorderd. Bij besluit van 1 oktober 1997 heeft LISV betrokkene ingevolge artikel 27a WW een boete van ƒ 300 opgelegd. Reden daarvoor is dat zij haar mededelingsverplichting heeft geschonden, nu zij de door haar in de week van 12 tot en met 18 januari 1997 verrichte werkzaamheden niet had vermeld.

Als verweer is namens betrokkene nog aangevoerd dat LISV niet heeft voldaan aan de in artikel 27 b lid 1 WW neergelegde verplichting, de werknemer erop de wijzen dat hij niet langer verplicht is ter zake van de (beboetbare) gedraging enige verklaring af te leggen.

7.4.1.3. Beoordeling door de CRvB
De CRvB overweegt dienaangaande dat het geven van de zogeheten cautie ingevolge de tweede volzin van de evengenoemde bepaling slechts geldt indien de werknemer *mondeling* om informatie wordt gevraagd. Aangezien het Lisv op basis van een bestandsvergelijking tot de slotsom

[969]. A.R. Hartmann en L.J.J. Rogier, 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb', *NJB* 2004, p. 1879.

is gekomen dat betrokkene haar mededelingsplicht niet was nagekomen en zij ter zake hiervan niet mondeling is gehoord, is er geen sprake van strijd met lid 1 van artikel 27 b WW, aldus de CRvB.

7.4.1.4. Commentaar op de uitspraak

Op basis van de beschreven feiten is volkomen onduidelijk hoe betrokkene een bijdrage geleverd zou hebben aan de bewijsvoering, in het kader van de opgelegde boete. Is überhaupt door betrokkene informatie aangeleverd ten behoeve van de bestandsvergelijking? Aldus valt niet in te zien hoe schending van het zwijgrecht plaats had kunnen vinden. Wat opvalt in de overweging van de CRvB is de vrij uniforme overweging, waarin de CRvB stelt dat de cautie alleen geldt inzake een 'mondeling verhoor' geldt. Ter vergelijking; uit de jurisprudentie van het CBb volgde dat de cautie onder omstandigheden ook kan gelden voor schriftelijke vragen (zie CBb 2 februari 2010, *AB* 2010/317, behandeld in paragraaf 6.3.2.).

7.4.2. CRvB 18 februari 2003, *AB* 2003/396

7.4.2.1. Criteria voor toepassing van het zwijgrecht

In de zaak van CRvB 18 februari 2003, *AB* 2003, 396 wordt aangevoerd dat aan betrokkene niet tijdig de cautie is verleend. Het CRvB bespreekt bij de behandeling van dit verweer wanneer het zwijgrecht geldt. Daarnaast gaat hij tevens in op het toepassingsbereik van dat zwijgrecht; namelijk waarvoor het zwijgrecht precies geldt. Hierbij gaat het om differentiatie in vragen naar gelang zij betrekking hebben op boete-aspecten. Daarbij kan gedacht worden aan de 'verwijtbaarheid'.

7.4.2.2. Omstandigheden van de zaak

De feiten van de zaak zijn als volgt. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Harderwijk heeft aan betrokkene met ingang van 2 juli 1998 een uitkering toegekend ingevolge de Algemene bijstandswet, berekend naar de norm voor een alleenstaande woningdeler. Omdat het vermoeden bestond dat betrokkene een gezamenlijke huishouding voerde, heeft de Sociale Recherche onderzoek ingesteld. In het kader van dat onderzoek is (onder meer) betrokkene gehoord. Naar aanleiding van het boeterapport heeft het college de bijstandsuitkering van betrokkene met ingang van 1 februari 1999 beëindigd. Daarnaast is het recht op uitkering over de periode van 2 juli 1998 tot 1 februari 1999 ingetrokken en de over die periode verleende bijstand teruggevorderd. Van belang is voor de navolgende problematiek dat een boete opgelegd is (van *ƒ* 1800, zijnde 15% van het fraudebedrag).

Door betrokkene is aangevoerd dat het opleggen van de boete in het onderhavige geval onrechtmatig is, omdat betrokkene te laat is gewezen op haar recht om geen verklaring af te leggen als bedoeld in artikel 14 b lid 1 van de Abw.

7.4.2.3. Beoordeling door de CRvB

Het CRvB verwerpt het voorgaande betoog van betrokkene. Daartoe overweegt hij in essentie een tweetal punten. Ten eerste stelt hij dat het zwijgrecht, neergelegd in voornoemde bepaling, eerst van toepassing is als uit de feiten en omstandigheden van het geval de conclusie kan worden getrokken, dat het uitvoeringsorgaan het voornemen heeft een boete op te leggen. Indien, zoals in het onderhavige geval, een signaal is binnengekomen dat ten onrechte uitkering wordt ontvangen, dan kan uit het stellen van vragen daarover 'in redelijkheid nog geen voornemen tot boeteoplegging' worden afgeleid. Anders geformuleerd; de feiten en omstandigheden ten tijde

van het verhoor van betrokkene, leverden kennelijk volgen de CRvB nog geen dergelijk voornemen tot boeteoplegging op.

Het bijkomende tweede argument spitst zich toe op de afbakening van het zwijgrecht, van vragen die alleen zouden gelden voor het 'reguliere' toezichtsonderzoek. Het zwijgrecht heeft volgens het CRvB alleen betrekking op informatie die van belang is voor het boeteonderzoek, terwijl de omstandigheid dat het zwijgrecht voor het boeteonderzoek is gaan gelden, de betrokkene niet ontslaat van de verplichting informatie te verschaffen die van belang is voor het rechtmatigheidsonderzoek.

In verband met het moment waarop de cautie is verleend, overweegt de CRvB nog het volgende. Uit het rapport van verhoor van betrokkene op 2 maart 1999 blijkt dat de Sociale Recherche eerst heeft beoordeeld of aan betrokkene rechtmatig een uitkering werd verstrekt. Vervolgens heeft de Sociale Recherche, nadat zij tot de slotsom was gekomen dat dit niet het geval was, betrokkene op haar zwijgrecht gewezen en heeft zij aansluitend hierop een onderzoek met betrekking tot het opleggen van een boete ingesteld. Aldus is naar het oordeel van de CRvB niet gehandeld in strijd met artikel 14 b lid 1 van de Abw.

7.4.2.4. Commentaar op de uitspraak

Bij deze uitspraak valt een drietal kritische kanttekingen te plaatsen. De eerste twee zien op de gehanteerde argumenten door de CRvB. Ten eerste geldt het volgende ten aanzien van de toepassing van het 'voornemen tot boeteoplegging', als startmoment van het zwijgrecht. Vanuit de werking van het zwijgrecht, in de context van de sfeerovergang kan een dergelijk criterium nooit een 'praktische en effectieve' rechtsbescherming bieden. De reden daarvoor is dat dit qua tijdstip gelegen is (of kan zijn) ná het ontstaan van de verdenking.

Het tweede punt ziet op de door de CRvB gehanteerde beperking van het zwijgrecht tot vragen die louter betrekking zouden hebben op het boeteonderzoek. Het idee de vraagstellingen op die manier te kunnen scheiden (boete en non boete aspecten), is goeddeels theoretisch. Het merendeel van die vragen zal namelijk betrekking hebben op dezelfde onderwerpen. Dat is ook logisch gezien het de (gestelde) overtreden bestuurlijke norm betreft, die het voorwerp van de beboeting vormt. Hier wordt verwezen naar de gevoerde discussie in hoofdstuk 6.[970]

Ten overvloede wordt nog opgemerkt dat ook het juridisch oordeel dat nog geen boetevoornemen bestond, in het licht van de gepresenteerde feiten van de casus bevreemding wekt. Het feit dat de Sociale Recherche optrad, in combinatie met de aanvankelijk bestaande fraudesignalen, vormt wel een stevige indicatie dat 'redelijkerwijs' beboeting voor de hand lag.

Als derde punt geldt het volgende. Jansen stelt in zijn noot dat het CRvB hier kennelijk aansluiting zoekt (bij de uitleg van art. 14 b lid 1 Abw) bij de heersende fiscale jurisprudentie ten aanzien van het begin van de gelding van het zwijgrecht en de reikwijdte daarvan. Hij noemt daarbij onder meer oudere jurisprudentie van de Hoge Raad: HR 26 april 1988, *FED* 1988/716; *NJ* 1989, 390, 11 december 1991 en HR 8 juli 1998, *BNB* 1998/326. Het gaat hier om het startmoment van de criminal charge en het feit dat de verplichting tot medewerking blijft bestaan, ook al is een verdenking aanwezig. Een andere benadering was echter ook mogelijk geweest. Namelijk door aansluiting te zoeken bij het fiscale arrest HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27; hetgeen juist noopt tot bewijsuitsluiting van de bij het rechtmatigheidsonderzoek afgelegde verklaringen.

970. Zie hoofdstuk 6, paragraaf 4.3 Het formele verhoor criterium in het licht van de 'gemengde vragen'.

7.4.3. CRvB 18 maart 2004, *AB* 2004/373

7.4.3.1. Ambtshalve toetsing van niet verleende cautie?

In de zaak van CRvB 18 maart 2004, *AB* 2004, 373 komt wederom het niet verlenen van de cautie aan de orde. Het belang van de uitspraak is evenwel niet gelegen in dat verweer als zodanig, maar of de rechter gehouden is het eventueel niet verlenen daarvan ambtshalve te toetsen. Dat staat in relatie tot de omvang van het geding en het bepaalde in artikel 8:69 Awb.[971]

7.4.3.2. Omstandigheden van de zaak

Bij besluit van 18 maart 1999 heeft het bestuursorgaan[972] ongegrond verklaard de bezwaren van betrok kene tegen het besluit van 27 november 1998. Bij dat besluit is hij op grond van artikel 16d Coördinatie wet Sociale Verzekering (SV) hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de door De Valk Rolluiken en Zonweringen Fabriek BV over 1995 en 1996 onbetaald gelaten premies voor de werknemersverzekeringswetten. Tevens zijn boeten opgelegd ten bedrage van in totaal *f* 50 159. De Rechtbank Rotterdam heeft bij uitspraak van 25 juli 2001 het door betrokkene tegen dat besluit ingestelde beroep gegrond verklaard, voorzover gericht tegen de aansprakelijkstelling voor de boetenotas en het besluit in zoverre vernietigd.

Ten aanzien van de aansprakelijkstelling voor opgelegde boeten heeft de rechtbank de volgende redenatie opgezet. In navolging van hetgeen de Hoge Raad bij arrest van 25 juni 1997, *BNB* 1997275 heeft uitgesproken, is de rechtbank van oordeel dat artikel 16d SV mede ziet op boeten. De bij het van 9 december 1999, Stb. 550, vastgestelde en op 1 januari 2001 in werking getreden wijzigingen van de SV hebben hierin geen wijziging gebracht. Voorts is de rechtbank van oordeel dat de aansprakelijkstelling van derden niet het strafwaardig karakter aan de boeten ontneemt. Dit brengt mee dat verweerder de (procedurele) waarborgen, neergelegd in het EVRM en het IVBPR in acht dient te nemen. Voor dit oordeel ziet de rechtbank steun in eerdergenoemd arrest van de Hoge Raad. Het is de rechtbank niet gebleken dat verweerder met inachtneming van die waarborgen te werk is gegaan. Opmerkelijk genoeg wijst de rechtbank dan ter illustratie op het niet geven van de cautie.

7.4.3.3. Beoordeling door de CRvB

Aangaande het oordeel van de rechtbank omtrent het niet verlenen van de cautie overweegt het CRvB als volgt:

> '(…) anders dan met betrekking tot de cautieplicht is overwogen, onduidelijk is op welke waarborgen de rechtbank doelt, dat het geven van de cautie niet voortvloeit uit de door de rechtbank genoemde verdragen, dat de rechtbank verzuimd heeft aan te geven bij welke gelegenheid de cautie gegeven had moeten worden, en dat belanghebbende de gelegenheid heeft gehad de boetenotas te bestrijden —, blijkens de gedingstukken heeft belanghebbende in eerste aanleg niet aangevoerd dat procedurele waarborgen niet in acht zijn genomen door het bestuursorgaan. De Raad stelt dan ook vast dat de rechtbank op dit punt buiten de grenzen van het aan haar voorgelegde geschil is getreden en aldus het bepaalde in art. 8:69 Awb niet in acht heeft genomen.'

---

971. Artikel 8:69 Awb luidt:
1. De bestuursrechter doet uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.
2. De bestuursrechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan.
3. De bestuursrechter kan ambtshalve de feiten aanvullen.

972. De Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv) treedt in de plaats van het Landelijk instituut sociale verzekeringen (Lisv). In de uitspraak wordt onder het bestuursorgaan tevens verstaan het Lisv.

7.4.3.4. Commentaar op de uitspraak

Aangaande de vraag of de cautie al dan niet terecht achterwege is gebleven in de onderhavige zaak, kunnen weinig opmerkingen geplaatst worden. De feiten ontbreken immers om op die casuïstische vraag zinvol commentaar te kunnen leveren. Centraal staat het punt dat volgens de CRvB de rechtbank niet gehouden was het niet aangevoerde cautiepunt ambtshalve te toetsen; er speelt geen voorschrift van openbare orde. Op zichzelf is te begrijpen dat wanneer geen verweer wordt gevoerd, de rechter een dergelijk punt niet aan de orde stelt. De cautie is mede gericht op het waarborgen van de procesautonomie van de verdachte. Wanneer de verdachte dan nalaat dit aan de orde te stellen, is kennelijk de gedachte dat van een dergelijke schending van die procesautonomie geen sprake was. Evenwel wekt verbazing dat de rechtbank het niet gevoerde punt – de niet verleende cautie – niet zou mogen toetsen. De rechter moet immers nagaan of de procedure voldoet aan de minimum waarborgen van het EVRM. Hier wringt zich blijkbaar het punt dat een dergelijke cautieverplichting niet valt af te leiden uit de rechtspraak van het EHRM.[973]

In CRvB 15 juni 2011 (ECLI:NL:CRVB:2011:BQ8654), wordt de voorgaande overweging herhaald aangaande de al dan niet ambtshalve toetsing of betrokkene de cautie is verleend. Overwogen wordt dat volgens 'vaste' CRvB-jurisprudentie niet ambtshalve wordt getoetst of betrokkene op het zwijgrecht is gewezen. (Verwezen wordt naar de voorgaande besproken zaak.) De CRvB stelt dan ook vast dat de rechtbank op dit punt buiten de grenzen van het aan haar voorgelegde geschil is getreden. Aldus is volgens de CRvB het bepaalde in artikel 8:69 Awb niet in acht heeft genomen.

7.4.4. CRvB 6 januari 2006, *AB* 2006/169

7.4.4.1. Bewijsuitsluiting van gedurende het controleonderzoek afgelegde verklaringen?

Ook in de zaak van CRvB 6 januari 2006, *AB* 2006, 169 wordt het verweer gevoerd dat de cautie niet is verleend tijdens verhoren. Dat terwijl voor het bewijs van de boete wel van die verklaringen gebruik is gemaakt. De vraag is derhalve of het CRvB tot bewijsuitsluiting daarvan over gaat; niet omdat de cautie niet is verleend, maar omdat de verklaringen in het kader van de controle zijn afgelegd. In dat verband geldt immers de verplichte medewerking (5:20 Awb).

7.4.4.2. Omstandigheden van de zaak

In april 2002 had een looncontrole bij betrokkene plaatsgevonden, welke zag op de jaren 1997 tot en met 2001. In die periode waren de aandelen van betrokkene gehouden door Th.G. C. en een Holding, waarvan C. enig aandeelhouder was. Betrokkene heeft als enige activiteit de exploitatie van een vennootschap waarin de activiteiten van V. v.d. W. zijn ondergebracht. Enig bestuurder (directeur) van betrokkene was V.d. W., die als productmanager actief is in de modebranche. V.d. W. stond tegen het wettelijk minimumloon op de loonlijst van betrokkene. Volgens de loonInspecteur was dit een volstrekt irreële beloning. C. had verklaard dat dit is gedaan om te voorkomen dat loonbeslag werd gelegd op de verdiensten van V.d. W. Deze had hoge belastingschulden als gevolg van ondernemingsactiviteiten in de jaren 1992 tot medio 1995. Vervolgens nam V.d. W. ten behoeve van privébesteding regelmatig geldbedragen op ten laste van zijn rekening-courantverhouding met betrokkene. Maandelijks ontving V.d. W. een

[973]. Zie A.R. Hartmann, 'Het zwijgrecht en de cautieverplichting', in: L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, SI-EUR-reeks 22, Arnhem,: Sanders Instituut/ Gouda Quint 2000, p. 47-48.

onbelaste onkostenvergoeding van *f* 300. Dit terwijl hij daarnaast dagvergoedingen had ontvangen in verband met buitenlandse dienstreizen. Deze vergoedingen waren gebaseerd op het Reisbesluit buitenland (*Stb.* 1994, 600).

Inzake de door de looninspecteur opgelegde boetes had betrokkene aangevoerd dat aan haar ten onrechte niet de cautie is gegeven. C. had volledige openheid van zaken gegeven aan de loon-Inspecteur, terwijl de door hem gegeven antwoorden waren gebruikt voor het opleggen van een boete.

7.4.4.3. Beoordeling door de CRvB

De CRvB overweegt hieromtrent als volgt. In artikel 12a lid 1 CSV is bepaald dat, indien het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen jegens de werkgever een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem wegens een bepaalde gedraging een boete, als bedoeld in artikel 12 lid 2 of 3 zal worden opgelegd, de werkgever niet langer verplicht is terzake van die gedraging enige verklaring af te leggen, voorzover het betreft de boeteoplegging. De werkgever wordt hiervan in kennis gesteld alvorens hem mondeling om informatie wordt gevraagd.

Met betrekking tot het uitgevoerde controleonderzoek is als volgt overwogen. Met de rechtbank is de CRvB van oordeel dat de toonzetting van het looncontrolerapport niet de conclusie wettigt, dat het onderzoek was gericht op iets anders, dan de omvang van de door betrokkene verschuldigde premies ingevolge de werknemersverzekeringswetten. Ook overigens heeft de CRvB geen aanknopingspunten kunnen vinden voor het oordeel dat tijdens de looncontrole een handeling is verricht waaraan betrokkene in redelijkheid de gevolgtrekking kon verbinden dat een boete zou worden opgelegd. Het enkele feit dat namens betrokkene tijdens de looncontrole antwoorden zijn gegeven die nadien ook zijn gebruikt voor het opleggen van een boete, is niet in strijd met artikel 12 a lid 1 CSV. De CRvB vindt daarvoor onder meer steun in het arrest van de Hoge Raad van 23 november 1994, *BNB* 1995, 25c en de conclusie van de advocaat-generaal bij het arrest van de Hoge Raad van 13 augustus 2004, *BNB* 2005, 41c.

7.4.4.4. Commentaar op de uitspraak

Ook voor de bespreking van deze zaak geldt, dat op basis van de aangehaalde feiten niet adequaat te beoordelen valt in hoeverre gedurende de vraagstellingen in het controleonderzoek, sprake was van een verdenking dat de betreffende regelgeving was overtreden. Het heeft er de schijn van dat betrokkene de verhoren als ‘gericht op opsporing’ heeft ervaren. De overweging over de ‘toon’ van het controlerapport biedt steun voor die gedachte. Bröring werpt in zijn noot bij CRvB 6 januari 2006, *AB* 2006/169 de vraag op wanneer dan sprake is van een handeling, waaraan betrokkene in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat een boete zal worden opgelegd? Bröring stelt:

> ‘Als zich een looncontroleur meldt die informatie ten behoeve van een correcte premievaststelling verzamelt, kan men soms ook zonder een dergelijke handeling echter op zijn klompen aanvoelen dat diens optreden in een boete zal resulteren; en niet alleen wanneer men van meet af aan bekend is met gebreken in de loonadministratie en -opgave. Hoe dom moet je ‘in redelijkheid’ zijn.’

Bröring vraagt zich hier verder af of de nadruk niet op het inzicht van de betrokkene maar op het gedrag aan de kant van het controlerende bestuur wordt gelegd. Eenzelfde kritiek kwam naar voren bij bespreking van de CBb-jurisprudentie.[974]

Gelet op het nemo tenetur-beginsel is voorts relevant, de vraag of de verklaringen onder dwang zijn afgelegd. In dat kader is de beslissing en verwijzing naar jurisprudentie van de CRvB niet te begrijpen. Die verwijzingen zien op Hoge Raad van 23 november 1994, *BNB* 1995, 25c en de conclusie van de advocaat-generaal bij het arrest van de Hoge Raad van 13 augustus 2004, *BNB* 2005, 41c. (Al wordt niet nader gemotiveerd, naar welke passages van de conclusie wordt verwezen). Uit de eerstgenoemde zaak volgt slechts dat – kort gezegd – zolang sprake is van louter regulier controleonderzoek het nemo tenetur-beginsel niet succesvol kan worden ingeroepen. De Hoge Raad stelde voorop dat de verplichting tot medewerking aan een boekenonderzoek, zoals neergelegd in artikel 47, lid 1, aanhef en onder b, van de AWR, dient als middel ter bevordering van de juiste nakoming van de verplichtingen ten dienste van de belastingheffing. Er geldt dat, in ieder geval zolang geen sprake is van een situatie waarin de belastingplichtige als 'charged with a criminal offence' kan worden beschouwd, het opleggen van een verhoging niet in strijd is met enige rechtsregel; in het bijzonder niet met het door betrokkene's bedoelde recht op een eerlijke behandeling van haar zaak (3.4.).

Kortom, de aangehaalde fiscale jurisprudentie ziet op de kwalificatie van het controleonderzoek, in relatie tot de criminal charge. Er volgt onder geen beding uit de aangehaalde jurisprudentie dat afgedwongen verklaringen benut mogen worden voor het bewijs in de boetezaak. Kennelijk verwees de CRvB naar de zaken ter ondersteuning van haar kwalificatie van het controleonderzoek. Bij het verwijzen naar die fiscale jurisprudentie, is bij uitstek hét arrest niet genoemd, wat in de rede had gelegen. In die verwijzingen schittert namelijk het arrest HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27 door afwezigheid. Het gaat hier dan om de uitsluiting van onder een mededelingsplicht afgelegde verklaringen op basis van de 'Saunders'-norm.[975]

Een mogelijke verklaring voor de 'selectieve verwijzing' naar jurisprudentie kan zijn de wijze waarop het verweer van betrokkene is ingekleed. Er is immers niet als reden voor bewijsuitsluiting aangevoerd dat dit dient te geschieden omdat deze in het kader van de controle is aangevoerd. Kennelijk voelt de CRvB zich niet geroepen tot ambtshalve toetsing daarvan. Dat ligt dan in het verlengde van de uitspraak CRvB 18 maart 2004, *AB* 2004, 373. Daar volgde immers uit dat het al dan niet toepassen van de cautie geen bepaling van openbare orde is. Niettemin behoort de rechter te toetsen of de procedure voldoet aan de minimale verdragswaarborgen van artikel 6 EVRM.

In deze zaak tekent zich aldus een ernstige lacune af in de toepassing van het nemo tenetur-beginsel. De mondelinge verklaringsvrijheid wordt niet beschermd nu onder dwang afgelegde verklaringen voor het bewijs van het beboetbare feit gebruikt mogen worden. De discrepantie met het bij uitstek niet aangehaalde arrest van de Hoge Raad (HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27) is een manifestatie van die beperkte benadering van het nemo tenetur-beginsel.

[974]. Zie 6.3.11.3 'toepassing van het criminal charge criterium'.
[975]. EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk).

7.4.5. CRvB 24 november 2009, *AB* 2010/45

7.4.5.1..Het juridisch karakter van het 'huisbezoek'

In de zaak van CRvB 24 november 2009, *AB* 2010, 45 staat centraal hoe het 'huisbezoek' geduid moet worden in het licht van de 'criminal charge'. In deze zaak werd geageerd tegen een door handhavingsspecialisten verricht huisbezoek, om andere redenen dan die welke verband houden met het nemo tenetur-beginsel. Aangevoerd is dat het huisbezoek een 'criminal charge' oplevert en dat de waarborgen van artikel 6 EVRM niet in acht waren genomen.

7.4.5.2. Beoordeling door de CRvB

De CRvB onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat een huisbezoek in het kader van de toepassing van de WWB op zichzelf geen 'criminal charge' is in de zin van artikel 6, derde lid, van het het EVRM. Onder omstandigheden is het huisbezoek een noodzakelijk en adequaat (aanvullend) controlemiddel bij onderzoek naar de rechtmatigheid van te verlenen of verleende bijstand.[976] Het huisbezoek zelf is niet gericht op bestraffing van mogelijk overtreden normen of het toevoegen van leed, maar dient ter controle en verificatie van eerder door de aanvrager of ontvanger van bijstand verstrekte gegevens. Het enkele feit dat de resultaten van een huisbezoek mogelijk ook zouden kunnen worden gebruikt voor strafrechtelijke vervolging (waarvan in dit geval overigens niet is gebleken), maakt dit niet anders (r.o. 4.1.).

7.4.5.3. Commentaar op de uitspraak

Zoals Bröring in zijn noot schrijft is de rechtsopvatting dat onderzoek in de vorm van een huisbezoek geen criminal charge vormt, geen nieuw inzicht. Dat sluit uit aan bij de basisuitgangspunten van de 'sfeerverdeling'. Het huisbezoek kon namelijk in dat kader gerubriceerd worden onder het controleonderzoek. Toch is hier reden om kritisch de context te blijven zien. De vraag of een controleonderzoek materieel gezien toch een 'opsporings achtig' onderzoek is hangt af van de feiten. Dat betekent dat materieel gezien wel degelijk sprake kan zijn van 'opsporing', ook al is 'formeel' sprake van controle.[977] Is bij voorbaat al sprake van een 'verdenking', dan kan de kwalificatie van het huisbezoek in een ander daglicht komen te staan. Bedacht moet worden dat daar waar controleonderzoek wordt verricht op basis van 'abstracte indicaties' – signalen van wetsovertreding – de grens vervaagd wordt met 'concrete indicaties' van wetsovertreding. Dit verschil markeert de grens tussen repressieve controle en zuivere opsporing.

7.4.6. CRvB 16 november 2011, *AB* 2012/39

7.4.6.1. Bewijsuitsluiting bij controle afgelegde verklaringen

De zaak van CRvB 16 november 2011, *AB* 2012, 39 gaat over de afgelegde verklaringen van betrokkene, terwijl hem niet de cautie was verleend. De relevantie van de zaak is gelegen in de wijze waarop de CRvB toetst of ten tijde van het verhoor een zwijgrecht gold. Bovenal staat centraal de vraag of de tijdens de controle afgelegde verklaringen bruikbaar zijn voor bewijs van de boete.

---

976. Verwezen wordt naar CRvB 11 april 2007, *AB* 2007/149. In deze uitspraak overwoog de CRvB dat sprake was van een onrechtmatig huisbezoek. De resultaten daarvan dienden buiten beschouwing te worden gelaten.

977. Het EHRM overwoog in EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk) (r.o.67): 'While an administrative investigation is capable of involving the determination of a "criminal charge" in the light of the Court's case-law concerning the autonomous meaning of this concept, it has not been suggested in the pleadings before the Court that Article 6 para. 1 (art. 6-1) was applicable to the proceedings conducted by the inspectors or that these proceedings themselves involved the determination of a criminal charge within the meaning of that provision (art. 6-1) (see, inter alia, the Deweer v. Belgium judgment of 27 February 1980, Series A no. 35, pp. 21-24, paras. 42-47).'

7.4.6.2. Omstandigheden van de zaak

Naar betrokkene was onderzoek ingesteld, naar de rechtmatigheid van zijn genoten WW-uitkering. Dit onderzoek resulteerde in het boetebesluit van 28 januari 2009, wegens het niet nakomen van zijn informatieverplichting. Betrokkene stelde dat hij voorafgaand aan het horen op 22 september 2008, had moeten worden gewezen op zijn zwijgrecht. Volgens betrokkene had aan het horen redelijkerwijs de gevolgtrekking kunnen worden verbonden dat hem een boete kon worden opgelegd. Daarbij wees betrokkene op de omstandigheid, dat sprake was van een verhoor door een fraude-Inspecteur. Daarnaast was hij vanaf 18 augustus 2008 op verschillende momenten geobserveerd. Het Uwv stelde zich op het standpunt dat het geven van de cautie alleen plaats diende te vinden, bij het opleggen van de boete. Het zwijgrecht was volgens het Uwv niet van toepassing op beslissingen ten aanzien van de vaststelling van het recht op uitkering. Het gesprek van 22 september 2008 was juist gericht op dat doel en niet het opleggen van een bestraffende sanctie, In de visie van het Uwv was het gesprek gericht op het 'wat' en niet op het 'waarom.'

7.4.6.3. Beoordeling door de CRvB

Volgens de CRvB was het onderzoek van het Uwv in augustus en september 2008 inderdaad gericht op de beoordeling van de rechtmatigheid van de WW-uitkering van betrokkene. Dat betrokkene voorafgaand aan het gesprek van 22 september 2008 niet is gewezen op zijn zwijgrecht, brengt volgens de CRvB niet mee dat het Uwv de in dat onderzoek van betrokkene verkregen informatie niet mocht gebruiken voor de vaststelling van de omvang van het recht op een WW-uitkering (r.o. 6.6). Evenwel is het de CRvB van oordeel dat uit het verdere feitelijke verloop, de betrokkene in redelijkheid de gevolgtrekking verbinden dat hem wegens overtreding van de inlichtingenverplichting, neergelegd in artikel 25 van de WW, een boete zou worden opgelegd. Dat brengt mee dat betrokkene een zwijgrecht toekwam, waar hij voorafgaand aan het verhoor op 22 september 2008 op had moeten worden gewezen (r.o. 7.1).

7.4.6.4. Commentaar op de uitspraak

De CRvB brengt een tweedeling aan in de verklaringen van betrokkene. Enerzijds mogen deze wel gebruikt worden voor afwikkeling van de vaststelling van de omvang van het recht op WW-uitkering. Anderzijds mogen deze niet gebruikt worden voor beboeting. In deze zaak wordt derhalve wel de aan Saunders ontleende bewijsuitsluitingsregel toegepast (EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk)). De in het kader van de wettelijke controle afgelegde verklaringen mogen niet meewerken voor het bewijs van de boete. Daarmee markeert deze uitspraak het toepassen van dergelijke bewijsuitsluiting door de CRvB. Bijvoorbeeld in CRvB 18 februari 2003, *AB* 2003, 396 25 juni 2011 werd in vergelijkbare omstandigheden, niet tot uitsluiting van de tijdens de controle afgelegde verklaringen overgegaan. In CRvB 6 januari 2006, *AB* 2006, 169 werd zelfs expliciet overwogen dat het enkele feit dat namens betrokkene tijdens de looncontrole antwoorden zijn gegeven die nadien ook zijn gebruikt voor het opleggen van een boete, niet strijdig is met het zwijgrecht. Stijnen signaleert deze aanpassing in de jurisprudentie van de CRvB in zijn noot bij de onderhavige zaak. Volgens hem brengt de CRvB een belangrijke beperking aan op de mogelijkheid om de resultaten van een verhoor dat is afgenomen in het kader van een zogenoemd rechtmatigheidsonderzoek, te gebruiken voor de boeteoplegging.

Aangaande het moment van het zwijgrecht in deze casus, kan nog het volgende worden opgemerkt. De CRvB heeft dit vrij casuïstisch benaderd, wat bij de aard van de materie past. Daarbij geldt dat wanneer bij uitstek een fraude Inspecteur betrokkene benadert, het 'punitieve' traject toch wel lijkt te zijn geëntameerd. Onder het huidige recht valt die discussie in het kader van het formele verhoor criterium. Is er de facto niet sprake van een boeteverhoor wanneer een dito

functionaris belast is met het verhoor? Wat verklaart immers anders zijn aanwezigheid dan de interesse voor beboetbare gedragingen? In dit kader komt het (ingetrokken) wetsvoorstel van de zelfstandig boete-Inspecteur in herinnering boven. Daarin werd het zwijgrecht gekoppeld aan het moment dat de boete-Inspecteur een handeling verrichtte jegens de belastingplichtige, waaraan deze in redelijkheid de verwachting kon ontlenen dat een fiscale boete zou worden opgelegd.[978]

7.4.7. CRvB 21 november 2012, *AB* 2013/27

7.4.7.1. Bewijsuitsluiting van onder dwang afgelegde verklaringen

In de zaak van CRvB 21 november 2012, *AB* 2013/27 staat centraal de uitsluiting van de bij het verhoor met de fraude Inspecteur afgelegde verklaring. Het concrete vraagstuk betreft niet het al dan niet terecht achterwege laten van de cautie, maar of dergelijke onder druk afgelegde verklaringen rechtatmig bewijs vormen voor de beboeting.

7.4.7.2. Omstandigheden van de zaak

Het Uwv had vastgesteld dat betrokkene sinds 10 juni 2008 recht had op een uitkering op grond van de Werkloosheidswet (WW), gebaseerd op een gemiddeld arbeidsurenverlies van 38 uur per week. Betrokkene had zich met ingang van 4 augustus 2008 ziekgemeld. Het Uwv had in verband met de ziekte de WW-uitkering dertien weken doorbetaald, waarbij betrokkene was gewezen op de samenloop van de op hem rustende verplichtingen uit de WW en de Ziektewet (ZW). Per 3 november 2008 was de WW-uitkering beëindigd en betrokkene in aanmerking gebracht voor een ZW-uitkering.

Het Uwv was in oktober 2008 een onderzoek gestart naar betrokkene. In dat verband was een bezoek gebracht aan zijn huisadres en waren observaties verricht, bij onder meer een autobedrijf van de neef van betrokkene. Op 21 november 2008 had betrokkene een gesprek gehad met een fraude-Inspecteur van het Uwv. De bevindingen van het onderzoek waren neergelegd in onderzoeksrapporten van 23 oktober 2008 en 26 november 2008.

Naar aanleiding van het onderzoek had het Uwv bij besluit van 5 februari 2009 de WW-uitkering van betrokkene herzien met ingang van 1 augustus 2008 en de volgens het Uwv onverschuldigd betaalde WW-uitkering over de periode van 1 augustus 2008 tot en met 3 november 2008 van betrokkene teruggevorderd. Bij een tweede besluit van dezelfde datum had het Uwv vastgesteld dat betrokkene geen recht had op ziekengeld vanaf 3 november 2008. Dit, omdat hij vanaf 1 augustus 2008 volledig werkzaam was geweest voor het autobedrijf van zijn neef en dus geen recht had op een WW-uitkering en op een ZW-uitkering. Bij een derde besluit van 5 februari 2009 was van betrokkene hetgeen over de periode van 3 november 2008 tot en met 25 januari 2009 volgens het Uwv onverschuldigd aan ZW-uitkering was betaald, van betrokkene teruggevorderd.

Bij brief van 5 februari 2009 had het Uwv aan betrokkene het voornemen kenbaar gemaakt hem in verband met schending van de mededelingsverplichting een boete van € 1040 op te leggen. Betrokkene gaf telefonisch te kennen zich daar niet mee te kunnen verenigen. Bij besluit van 9 februari 2009 had het Uwv de voorgenomen boete aangepast en betrokkene een boete van € 670 opgelegd.

---

978. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 470, nr. 3, p. 15-16; *Kamerstukken II* 1994/95, 23 470, nr. 8, p. 12-16 en *Kamerstukken II* 1995/96, 23 470, nr. 11, p. 6-9.

Betrokkene had daarnaast gesteld dat de boete geheel dan wel voor het grootste deel was gebaseerd op de verklaring die hij op 21 november 2008 had afgelegd. Volgens betrokkene had het Uwv hem vooraf moeten wijzen op zijn zwijgrecht. Omdat hij daaraan voorafgaand niet was gewezen op het recht om te zwijgen, was betrokkene van mening dat het Uwv die verklaring niet had mogen gebruiken voor de boeteoplegging.

7.4.7.3. Beoordeling door de CRvB

De CRvB vangt eerst aan met een standaardoverweging aangaande de aard van de inlichtingenverplichting. Deze wordt geduid als een noodzakelijk instrument om de rechtmatigheid van de uitkering te kunnen vaststellen. Voor zover de werknemer is verzocht om inlichtingen te verstrekken ter vaststelling van de rechtmatigheid van de uitkering, kan deze zich niet met een beroep op de waarborgen van het EVRM of het IVBPR aan zijn inlichtingenverplichting onttrekken (r.o. 6.7.2).

De CRvB zet het voorgaande duidelijk af tegen de vereisten waar de boeteoplegging aan dient te voldoen. Voor zover het een op grond van artikel 27a van de WW op te leggen boete betreft wegens schending van de inlichtingenverplichting dienen de vaststelling, het boetebesluit en de toetsing daarvan te voldoen aan de eisen die artikel 6, eerste lid, van het EVRM stelt in geval van een 'criminal charge'. Verwezen wordt naar de EHRM jurisprudentie aangaande het recht van de beschuldigde om te zwijgen en van diens recht om zichzelf niet te behoeven incrimineren.

Wanneer de feiten van de zaak getoetst worden aan die EHRM-jurisprudentie, levert dit de volgende conclusie op. Betrokkene kon niet uitsluiten dat van de door hem aan de fraude-Inspecteur verstrekte informatie ook gebruik zou kunnen worden gemaakt voor het opleggen van een boete. Met name gelet op de in 6.7.2 genoemde arresten in de zaken J.B. (rechtsoverweging 64) en Chambaz (rechtsoverwegingen 52 tot en met 54) tegen Zwitserland, heeft betrokkene zich terecht gekeerd tegen het gebruik van de door hem op 21 november 2008 afgelegde verklaring waar het de vaststelling en de toetsing van de opgelegde boete betreft. Alvorens betrokkene deze verklaring aflegde, heeft de fraude-Inspecteur betrokkene er immers uitdrukkelijk op gewezen dat hij verplicht was de gestelde vragen te beantwoorden. Het bewijsmateriaal in die verklaring is daarmee onder druk en niet onafhankelijk van de wil van betrokkene verkregen en moet daarom buiten beschouwing blijven (6.7.3.).

7.4.7.4. Commentaar op de uitspraak

De onderhavige zaak sluit aan bij de vorige behandelde uitspraak CRvB 16 november 2011, *AB* 2012, 39. Voor beide zaken geldt dat de CRvB overgaat tot bewijsuitsluiting van de tijdens het controleverhoor (rechtmatigheidsonderzoek) afgelegde verklaringen, voor het bewijs van de boete. Frappant is de wijze waarop de CRvB hier de uitspraak motiveert, ten aanzien van de bewijsuitsluiting. Benoemd wordt in dat kader het 'niet kunnen uitsluiten'. Dit lijkt een soort 'mengsel' tussen de Saunders (EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk)) en de Chambaz (EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland)) formuleringen. Het niet kunnen uitsluiten is een vereiste dat niet gesteld wordt inzake de bewijsuitsluiting van testimonial evidence.[979] De gekozen terminologie in de uitspraak is evenwel gebaseerd op het Chambaz-arrest. Dat ging echter over een situatie van weigering van medewerking (tot uitlevering van 'real evidence'). Terwijl het in deze casus gaat om uitsluiting van onder druk verkregen testimonial evidence. Aansluiting bij de Saunders lijn en

[979]. Zie voor een bespreking van EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland), hoofdstuk 5, paragraaf 5.4. Zie voor de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op 'testimonial evidence', hoofdstuk 5, paragraaf 2.8.

HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27 had dan meer voor de hand gelegen. Dat doet er echter niet aan af dat de uitkomst die de CRvB heeft bereikt wel degelijk in lijn is met die jurisprudentie. Geheel in lijn met deze uitspraak liggen de zaken CRvB 3 april 2013, *JB* 2013/118 (r.o. 5.12), CRvB 7 mei 2014, *AB* 2014/297 (r.o. 4.8) en CRvB 16 juli 2014, 12-1439 TW.

In CRvB 3 april 2013, *JB* 2013/118 oordeelde de CRvB hier dat betrokkene niet kon uitsluiten dat van de door haar aan de fraude-Inspecteur verstrekte informatie ook gebruikt zou kunnen worden gemaakt voor het opleggen van een boete. De Inspecteur had betrokkene er uitdrukkelijk op gewezen dat zij verplicht was de gevraagde inlichtingen te verstrekken. Het bewijsmateriaal in die verklaring en de daarna overgelegde informatie waren daarmee volgens de CRvB onder druk en niet onafhankelijk van de wil van appellante verkregen. Deze moest daarom buiten beschouwing blijven.

Ten Wolde wijst er in zijn noot bij CRvB 7 mei 2014, *AB* 2014/297 nog op dat de problematiek rondom de toepassing van het nemo tenetur-beginsel juist op gemeentelijk niveau een rol is gaan spelen. Met de inwerkingtreding van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving op 1 januari 2013 is in de WWB de boete geïntroduceerd en moet het college steeds een (forse) boete opleggen bij schending van de inlichtingenplicht. Medewerkers van de sociale dienst zijn echter volgens Ten Wolde nauwelijks gewend om boetes op te leggen. Hun werkwijze is veel meer gericht op het uitgangspunt dat bijstandsgerechtigden alle medewerking moeten verlenen. In hoeverre is die praktijk van de uitvoeringsorganisaties dan niet een van 'welbewuste onwetendheid'. Kennelijk heeft hetgeen Verheul al in 1989 schreef zijn weg niet gevonden naar die uitvoeringspraktijk. Verheul pleitte voor heldere en op naleving gecontroleerde instructies voor het uitvoerings- en opsporingspersoneel met betrekking tot sfeerscheiding, zwijgrecht, cautieplicht en grenzen van toelaatbare informatieve osmose.[980]

7.4.8. CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126

7.4.8.1. Het onderscheid tussen 'wat' en 'waarom' vragen in relatie tot het zwijgrecht
In CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126 staat wederom centraal het achterwege blijven van de cautie, bij gesprekken met de fraude-Inspecteur. Deze zaak is relevant vanwege de wijze waarop door de CRvB ingegaan wordt, op het onderscheid dat door de toezichthouder is aangebracht, in 'wat'- en 'waarom'-vragen. Dit onderscheid is relevant voor wat betreft de reikwijdte van het zwijgrecht. 'Wat'-vragen zien dan op objectieve gegevens en 'waarom' vragen op de verwijtbaarheid van de betrokkene.

7.4.8.2. Omstandigheden van de zaak
Aan betrokkene was een WW-uitkering toegekend die was gebaseerd op een verlies van 40 arbeidsuren per week. Op de daartoe strekkende formulieren die betrokkene vanaf 24 oktober 2010 had ingeleverd, had betrokkene aangekruist dat hij vanaf 1 september 2010 niet had gewerkt. Betrokkene had op 31 januari 2011 een eerste gesprek met een hem toegewezen werkcoach van het Uwv. In dat gesprek had hij verteld dat hij een vriend hielp met het opzetten van een brasserie. Naar aanleiding van die mededeling was betrokkene op 7 maart 2011 door een fraude-Inspecteur van het Uwv gehoord. Bij die gelegenheid had betrokkene verklaard dat hij voor de brasserie gemiddeld 10 uur per week bezig was. Daarnaast had betrokkene verklaard dat hij wekelijks werkzaamheden verrichtte voor een café. Betrokkene had de schriftelijke weergave van zijn verklaring met zijn handtekening ondertekend.

980. J.M. Verheul, *Fraude en misbruik in de sociale zekerheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989, p. 158.

Bij besluit van 31 maart 2011 had het Uwv de WW-uitkering van betrokkene over de periode van 1 september 2010 tot en met 20 maart 2011 herzien en een bedrag van € 3.088,26 aan onverschuldigd betaalde uitkering van betrokkene teruggevorderd. Bij besluit van 13 april 2011 had het Uwv betrokkene een boete opgelegd van € 230.

Betrokkene klaagde over de wijze waarop het onderzoek door de fraude-Inspecteur had plaatsgevonden en over het feit dat hem voorafgaand aan dat onderzoek niet de cautie was gegeven.

Volgens het Uwv was het geven van een cautie in het gesprek van 7 maart 2011 niet nodig, omdat dat gesprek in de onderzoekssfeer plaatsvond ter vaststelling van de rechtmatigheid van de uitkering van betrokkene en niet met het oog op het opleggen van een boete. Ten slotte was door het Uwv toegelicht dat de juridische grondslag van de herziening en de terugvordering in het bestreden besluit onjuist is en dat de herziening gebaseerd dient te zijn op artikel 20, eerste lid, aanhef onder a en onder b, en het tweede lid van de WW.

7.4.8.3. Beoordeling door de CRvB

De Inspecteur van het Uwv was er bij de aanvang van het gesprek van 7 maart 2011 van op de hoogte dat betrokkene werkzaamheden had verricht waarvan hij geen mededeling had gedaan aan het Uwv. Betrokkene kon dus niet uitsluiten dat van de door hem verstrekte informatie in dat gesprek gebruik zou worden gemaakt voor het opleggen van een boete (zie ook CRvB 21 november 2012, *AB* 2013/27). Gelet daarop is het, anders dan het Uwv ter zitting heeft betoogd, voor de vraag of aan betrokkene de mededeling moest worden gedaan dat hij het recht had om geen antwoord te geven op vragen, niet van belang of het gesprek slechts was gericht op het ‘wat’ en niet op het ‘waarom’ (zie ook CRvB 16 november 2011, *AB* 2012/39). Dat betekent dat betrokkene, voorafgaand aan dat gesprek, door de fraude-Inspecteur erop had moeten worden gewezen dat hij niet verplicht was om te antwoorden. Nu dat niet is gebeurd, kan de in dat gesprek verstrekte informatie niet worden gebruikt voor het vaststellen van de boete (r.o. 6.10). Vervolgens oordeelt de CRvB dat op basis van de overige informatie wel een boete gebaseerd kan worden. Deze boete is wel aanmerkelijk beperkter (r.o. 6.11).

7.4.8.4. Commentaar op de uitspraak

Dit is een fundamentele uitspaak omtrent de reikwijdte van het Awb zwijgrecht. De wetgever overwoog destijds dat het Awb zwijgrecht voorbehouden is aan ‘zuivere verwijtbaarheidsvragen’. Hij heeft expliciet overwogen dat het zwijgrecht niet van toepassing is op vragen die tevens zien op het reguliere controleonderzoek. Voorkomen moest worden dat het zwijgrecht reeds zou gelden op het moment dat nog niet gekozen is voor een reparatoire of punitieve sanctie. In hoofdstuk 6 is deze uiterst artificiële afbakening uitgebreid becommentarieerd.[981]

Wanneer de uitspraak van de CRvB wordt bezien, lijken de ‘waarom’ aspecten samen te vallen met de door de Awb wetgever genoemde verwijtbaarheid. De ‘wat’ vragen corresponderen dan met de vragen die betrekking hebben op het reguliere controleonderzoek. Wanneer deze begrippen inderdaad samenvallen, is de uitspraak van grote betekenis. Immers, het door die Awb wetgever aangebrachte onderscheid wordt dan gerelativeerd. Van belang is dan de aard en context van het verhoor; gericht op boeteoplegging of niet. Dit moet objectief worden beschouwd, waardoor niet (langer) het subjectieve voornemen tot dergelijke beboeting een rol speelt. Die objectieve toetst wordt naar mijn idee gevormd door de vraag of ten tijde van het verhoor een redelijk vermoeden van schuld bestond, dat de betrokkene zich aan een overtreding (waarover

[981]. Zie hoofdstuk 6 paragraaf 5.2.

hij wordt verhoord) schuldig heeft gemaakt. Anders gezegd: is de betrokkene materieel gezien verdachte?

De feiten en omstandigheden van deze zaak bieden steun aan die 'verdenkings' benadering. De toets die de CRvB heeft aangelegd, om te beoordelen of sprake was van een zwijgrecht, was namelijk een materiële toets. Hoewel het Awb zwijgrecht verbonden is aan het moment van het formele verhoor, kijkt de CRvB echter objectief naar de feiten. De Inspecteur was al bekend met het feit dat betrokkene werkzaamheden had verricht waarvan hij geen mededeling had gedaan aan het Uwv. Daarmee is op zijn minstgenomen aldus een verdenking aanwezig bij de Inspecteur. Deze kan dan wel doorgaan met het 'controleverhoor', maar dat is een miskenning van die juridische werkelijkheid. Deze sfeer doorbrekende benadering van de CRvB lijkt dus meer oog te hebben voor hetgeen objectief plaatsvindt en minder het subjectieve inzicht bij de autoriteiten, of overgeschakeld wordt op het boeteverhoor.

Het is opvallend dat wederom niet verwezen wordt naar de 'Saunders' norm voor bewijsuitsluiting (EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk)). 'Linksom' of 'rechtsom' is dan in een geval als het onderhavige bewijsuitsluiting aan de orde. Stijnen wijst er in zijn noot op dat niet goed valt te verklaren waarom de CRvB de ene keer kiest voor bewijsuitsluiting op basis van de niet verleende cautie en de andere keer voor bewijsuitsluiting op basis van onder dwang afgelegde verklaringen. Dit punt komt terug in de tussenconclusie.

7.4.9. CRvB 1 augustus 2014, *AB* 2014/321

7.4.9.1. De toepassing van het Awb zwijgrecht:
De zaak van CRvB 1 augustus 2014, *AB* 2014/321 gaat om het afleggen van verklaringen, terwijl niet (tijdig) de cautie is gegeven. De uitspraak is van belang voor de wijze waarop de CRvB het Awb zwijgrecht benadert. Daarbij gaat het om het onderscheid tussen 'wat' en 'waarom' vragen.

7.4.9.2. Omstandigheden van de zaak
In 1986 heeft betrokkene zich in verband met psychische klachten ziek gemeld voor zijn werk als loodgieter. Op grond van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) heeft betrokkene vanaf het einde van de wachttijd een uitkering ontvangen die is berekend naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 80 tot 100%. Naar aanleiding van een signaal uit de eigen organisatie is het Uwv begin 2010 een onderzoek gestart naar de inkomsten uit arbeid van betrokkene. Op 27 april 2010 belde een fraude-Inspecteur van het Uwv 's morgens vroeg bij de woning van betrokkene aan. Betrokkene deed open, de fraudeInspecteur legitimeerde zich en lichtte de reden van zijn komst toe. Vervolgens heeft betrokkene ter plekke een mondelinge verklaring afgelegd. Toen betrokkene spontaan mede ging delen waarom hij (betaald) is gaan klussen, deelde de Inspecteur mede dat hij dat niet hoefde te vertellen.

Bij besluit van 26 juli 2010 heeft het Uwv te kennen gegeven dat over de periode van 1 januari 2007 tot en met 1 maart 2010 toepassing wordt gegeven aan de in artikel 44 van de WAO opgenomen anti-cumulatieregels. In verband hiermee is bij besluit van 22 september 2010 een bedrag van € 35.513,83 van betrokkene teruggevorderd.

Voorts is door het Uwv aangifte gedaan van door betrokkene gepleegde uitkeringsfraude. Met betrekking tot deze aangifte is bij brief van 16 augustus 2011 door de officier van justitie aan

betrokkene meegedeeld dat, een dag voor de geplande strafzitting, is besloten om betrokkene niet verder strafrechtelijk te vervolgen wegens het ontbreken van toereikend wettig bewijs. Vervolgens heeft het Uwv bij besluit van 4 januari 2012 aan betrokkene een bestuurlijke boete opgelegd van € 2.269. Het bezwaar van betrokkene hiertegen is bij besluit van 14 februari 2012 ongegrond verklaard onder verwijzing naar de artikelen 80 en 29a van de WAO, het Boetebesluit sociale zekerheidswetten en de Beleidsregel Boete werknemer 2010

Betrokkene heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld. Daar is aan de orde gekomen het niet verlenen van de cautie door de Inspecteur. Naar het oordeel van de rechtbank was de fraude-Inspecteur van het Uwv niet gehouden om betrokkene voorafgaande aan zijn verklaring van 27 april 2010 de cautie te geven. In dit verband is overwogen dat betrokkene op 27 april 2010 nog geen zwijgrecht had, omdat hij toen niet is verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Daarbij is verwezen naar artikel 5:10a van de Awb.

Het Uwv heeft in hoger beroep primair betoogd dat betrokkene op 27 april 2010 nog geen zwijgrecht had, omdat hij toen niet is verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Subsidiair heeft het Uwv het standpunt ingenomen, dat zo er op 27 april 2010 al sprake mocht zijn geweest van gehoudenheid tot het geven van de cautie, de fraude-Inspecteur van het Uwv betrokkene er gedurende het verhoor van 27 april 2010 in elk geval op enig moment op heeft gewezen dat hij niet hoefde te vertellen ‘waarom’ hij is gaan klussen en dat die mededeling is aan te merken als een bestuursrechtelijke cautie.

7.4.9.3. Beoordeling door de CRvB

Aangaande de beoordeling van het verweer verwijst de CRvB naar de EVRM-minimumwaarborgen, alsmede naar de eigen jurisprudentie ter zake van het zwijgrecht. De CRvB stelt dat ingevolge artikel 6 van het EVRM bij een boeteoplegging naar aanleiding van een schending van de inlichtingenplicht neergelegd in artikel 80 van de WAO, net als bij de strafrechtelijke handhaving van dat artikel, een aantal minimumwaarborgen voor een eerlijk proces in acht moeten worden genomen. Daarom kleurt de rechtspraak over artikel 6 van het EVRM van het EHRM de uitleg die de CRvB geeft aan het eerste lid van artikel 29b van de WAO, aan het eerste lid van artikel 27b van de WW, en aan artikel 5:10a van de Awb. Kortheidshalve wordt in dit verband verwezen naar de uitspraken van de CRvB van 16 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU6392, (rechtsoverweging 7.3), van 21 november 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY3772, (rechtsoverwegingen 6.7.2 en 6.7.3), en van 3 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6621, (rechtsoverwegingen 5.11 en 5.12). Uit deze rechtspraak volgt volgens de CRvB dat in sociale zekerheidszaken bestuurlijke boetebesluiten niet mogen worden gebaseerd op verklaringen die tijdens een verhoor zijn afgelegd, indien voorafgaand aan het verhoor niet is gewezen op het zwijgrecht, terwijl betrokkene niet kon uitsluiten dat zijn verklaring aan een boetebesluit ten grondslag zou worden gelegd (r.o. 4.5).

Toegepast op de zaak leidt dat tot het volgende. Voor de beoordeling van de toelaatbaarheid als bewijs van de op 27 april 2010 door betrokkene afgelegde verklaring is namelijk niet uitsluitend bepalend of betrokkene op 27 april 2010 al dan niet is verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Het zwijgrecht heeft niet alleen betrekking op het ‘waarom’, maar ook op het ‘wat’. In dit verband wordt volstaan met een verwijzing naar de uitspraak van de Raad van 20 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2499, rechtsoverweging 6.10 (r.o. 4.6).

Omdat, gelet op de stellingname van partijen en de gedingstukken, moet worden aangenomen dat betrokkene voorafgaand aan het verhoor van 27 april 2010 niet is meegedeeld dat hij niet

verplicht is tot antwoorden, mag de weergave van de verklaring van betrokkene van 27 april 2010 die opgenomen is in het onder punt 1.2 vermelde rapport van 3 mei 2010, niet worden gebruikt voor de onderbouwing van de bij het bestreden besluit gehandhaafde bestraffende sanctie (r.o. 4.7).

7.4.9.4. Commentaar op de uitspraak

De grote relevantie van deze zaak zit in de overweging aangaande de reikwijdte van het zwijgrecht. Verwezen wordt naar de uitspraak van CRvB van 20 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2499, (rechtsoverweging 6.10). Bepaald is dat het zwijgrecht niet alleen voor 'waarom', maar ook voor 'wat' vragen geldt. Bij de bespreking van die zaak heb is reeds uiteengezet dat dit geduid zou kunnen worden als een relativering van een belangrijke door de wetgever aangebrachte beperking van het zwijgrecht. Die heeft namelijk gesteld dat het Awb zwijgrecht alleen geldt voor zuivere boetevragen. Dat sluit ook aan bij de aard van het zwijgrecht criterium: een verhoor gericht op beboeting.

De CRvB gaat in de onderhavige uitspraak nog een stap verder en komt met een aanvullende overweging; welke overigens steun biedt dat de voorgaande interpretatie van de overwegingen juist is. De CRvB stelt namelijk dat het niet enkel gaat om de ondergrens van een eerlijk proces – als bedoeld in artikel 6 EVRM – maar om 'een gelijkwaardige bescherming' als die in het nationale strafrecht. Dat is een opmerkelijke overweging; zeker afgezet tegen de feiten van de zaak. Betrokkene is immers gehoord nadat er 'fraudesignalen' waren én een fraude-Inspecteur is ingeschakeld. De uitspraak van de CRvB leidt er toe dat het bestuursrechtelijk zwijgrecht meer wordt benaderd als een strafvorderlijk zwijgrecht. Van de formele verhoor situatie, het criterium waarvan de Awb uitgaat, wordt in deze uitspraak overgeschakeld naar een meer materiële benadering. Stijnen vindt deze uitspraak daarom opvallend. Met de aanvullende motivering wordt het Awb zwijgrecht opgerekt en wordt een meer gelijkwaardige rechtsbescherming als die in het nationale strafrecht beoogd.

Ten slotte wordt de bewijsuitsluiting van onder dwang afgelegde verklaringen bevestigd in CRvB 21 juli 2015, *AB* 2015/333 (r.o. 4.5). De CRvB duidt haar jurisprudentie op dit punt als 'vaste rechtspraak'.[982] Hierin wordt het volgende gesteld. Bestuurlijke boetebesluiten mogen niet worden gebaseerd op verklaringen, die tijdens een verhoor zijn afgelegd, indien voorafgaand aan het verhoor niet is gewezen op het zwijgrecht. Dat terwijl betrokkene niet kon uitsluiten dat zijn verklaring aan een boetebesluit ten grondslag zou worden gelegd. Indien een belastende verklaring wordt afgelegd zonder dat voorafgaand daaraan de cautie is verstrekt of indien druk is uitgeoefend, zodat die verklaring niet in vrijheid is afgelegd, dient dit materiaal dat niet onafhankelijk van de wil van betrokkene is verkregen te worden uitgesloten van het bewijs voor de boeteoplegging. De CRvB verwijst daarbij naar CRvB 1 augustus 2014, *AB* 2014/321 (behandeld in paragraaf 4.11.).

7.4.10. Tussenconclusie CRvB jurisprudentie

7.4.10.1. Algemeen

De vraag die ook voor de CRvB-jurisprudentie concreet beantwoord dient te worden is, in hoeverre het nemo tenetur-beginsel wordt toegepast op een wijze die in overeenstemming is met de jurisprudentie van het EHRM. Daarbij gaat het om de reikwijdte van het beginsel zoals dat

[982]. Zie ook CRvB 26 september 2017 ECLI:NL:CRVB:2017:3338.

in hoofdstuk 5 is vastgesteld. Zoals in het navolgende aan de orde zal komen concentreert die vraagstelling zich voor wat betreft de CRvB jurisprudentie op de toepassing van het zwijgrecht.

7.4.10.2. Bescherming van Testimonial evidence

Beperking van de cautie tot mondelinge vragen
Aangaande het verlenen van de cautie valt het volgende vast te stellen. Uit de uitspraak CRvB 14 februari 2001, *AB* 2001/152 valt af te leiden dat een cautie verplichting alleen geldt in het geval dat sprake is van een 'mondeling verhoor'. Dit sluit aan bij de overwegingen van de wetgever bij de totstandkoming van het Awb-zwijgrecht.[983] Gesteld werd dat een cautieverplichting bij schriftelijke vragen niet geldt, maar alleen in een 'uitzonderlijke situatie', die meebrengt dat gezegd kan worden sprake is van een 'verhoor'. De uitspraak van de CRvB staat in contrast met die van het CBb. Uit de zaak CBb 2 februari 2010, *AB* 2010/317 (behandeld in paragraaf 6.3.2.) volgde namelijk dat de cautie onder omstandigheden kan gelden voor schriftelijke vragen.

Geen ambtshalve toetsing cautie
Volgens 'vaste' jurisprudentie van het CRvB vindt geen ambtshalve toetsing plaats of de cautie ook daadwerkelijk is verleend. Dit volgde uit de besproken zaken CRvB 18 maart 2004, *AB* 2004/373 en CRvB 15 juni 2011 (ECLI:NL:CRVB:2011:BQ8654). Een dergelijke 'cautieverweer' zal dus duidelijk door de betrokkene naar voren gebracht moeten worden. Wanneer toch 'ambtshalve' wordt getoetst, wordt volgens de CRvB buiten de grenzen van het aan haar voorgelegde geschil getreden. Dat betekent dat volgens het CRvB (in de genoemde zaak van 15 juni 2011) het bepaalde in artikel 8:69 van de Awb niet in acht werd genomen, doordat buiten de 'grenzen van het geding' werd getreden.

Verankering van de bewijsuitsluiting
Wat betreft de uitsluiting van het bewijs in de boeteprocedure heeft de rechtsontwikkeling van het CRvB een duidelijke ontwikkeling getoond. Uit de zaak CRvB 6 januari 2006, *AB* 2006/169 volgde namelijk dat onder dwang afgelegde verklaringen voor het bewijs van het beboetbare feit gebruikt mogen worden. Daarbij gaat het om verhoren in het kader van de controleprocedure. In relatie tot het nemo tenetur-beginsel is relevant dat de CRvB overwoog dat het enkele feit dat antwoorden van betrokkene tijdens de looncontrole nadien zijn gebruikt voor het opleggen van een boete, niet strijdig was met de toenmalige regeling van het zwijgrecht; te weten artikel 12 a lid 1 CSV (Coördinatiewet Sociale Verzekering). Als benoemd in het commentaar bij de uitspraak wordt daarmee de mondelinge verklaringsvrijheid in de boeteprocedure onvoldoende beschermd, nu onder dwang afgelegde verklaringen voor het bewijs van het beboetbare feit gebruikt mogen worden. Tevens is gewezen op de discrepantie met het arrest van de Hoge Raad (HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27), waarin dergelijke bewijsuitsluiting wel werd toegepast.

De CRvB is in relatie tot de benoemde bewijsuitsluiting 'overstag' gegaan in CRvB 16 november 2011, *AB* 2012/39. Hier werden de in het controleonderzoek afgelegde verklaringen wel uitgesloten van het bewijs in de boeteprocedure. Dit gebeurde door in die verklaringen een 'tweedeling' aan te brengen. Enerzijds mogen deze wel gebruikt worden voor afwikkeling van de vaststelling van de omvang van het recht op WW-uitkering. Anderzijds mogen deze niet gebruikt worden voor beboeting. In deze zaak wordt derhalve wel de aan Saunders ontleende

983. Zie hoofdstuk 6 paragraaf 3 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 99.

bewijsuitsluitingsregel toegepast (EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk)). De in het kader van de wettelijke controle afgelegde verklaringen mogen immers niet meewerken voor het bewijs van de boete.

Deze lijn van 'bewijsuitsluiting' is nadien vaste rechtspraak geworden. In de uitspraak van CRvB 1 augustus 2014, *AB* 2014/321 verwijst de CRvB in dit verband naar haar eigen zaken: CRvB 16 november 2011, *AB* 2012/39 (rechtsoverweging 7.3), CRvB 21 november 2012, *AB* 2013/27 (rechtsoverwegingen 6.7.2 en 6.7.3), CRvB 3 april 2013, *JB* 2013/118 (rechtsoverwegingen 5.11 en 5.12). De CRvB stelt dat uit deze rechtspraak volgt dat in sociale zekerheidszaken bestuurlijke boetebesluiten niet mogen worden gebaseerd op verklaringen, die tijdens een verhoor zijn afgelegd, indien voorafgaand aan het verhoor niet is gewezen op het zwijgrecht. Dat, terwijl betrokkene 'niet kon uitsluiten' dat zijn verklaring aan een boetebesluit ten grondslag zou worden gelegd.

Aangaande de formulering het 'niet kunnen uitsluiten' kan nog het volgende gesteld worden. Deze lijkt ontleend te zijn aan EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland). Als benoemd is 'niet kunnen uitsluiten' geen vereiste dat gesteld is inzake de bewijsuitsluiting van testimonial evidence in de EHRM-jurisprudentie.[984]

Voorts heeft Stijnen in zijn noot bij CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126 op een belangrijk motiveringspunt gewezen. In de uitspraken van de CRvB viel namelijk geen consistente redengeving voor bewijsuiting af te leiden. Bewijs werd hetzij uitgesloten omdat de cautie tijdens verhoren niet was verleend, hetzij omdat deze onder druk (van een medewerkingsplicht) waren afgelegd. Stijnen wijst er op dat de eerste benadering naar voren komt in CRvB 16 november 2011, *AB* 2012/39 en CRvB 21 november 2012, *AB* 2013/27. De tweede benadering komt aan de orde in CRvB 21 november 2012, *AB* 2013/27 en CRvB 3 april 2013, *JB* 2013/188. Wellicht was een verklaring voor die 'wisselende lijn' geweest, de aangevoerde beroepsgronden. Dat kan volgens Stijnen echter niet de reden zijn, omdat in alle vier de gevallen is aangevoerd dat ten onrechte geen cautie was gegeven.[985] In nadere jurisprudentie zal wellicht uitkristalliseren voor welke 'lijn' de CRvB opteert. Daar doet niet aan af dat de genoemde algemene overweging van CRvB 1 augustus 2014, *AB* 2014/321 er hoe dan ook toe leidt, dat bewijsuitsluiting wordt toegepast, ter zake van bij het controleverhoor afgelegde verklaringen. Stijnen merkt in zijn noot op dat er geen verschil is qua uitkomst in de toegepaste 'lijnen'. Al geldt dat het 'laat' verschaffen van de cautie tot gevolg heeft, dat betrokkene potentieel meer incriminerende informatie prijsgeeft. Dat is dan informatie die toch ter kennis komt van de toezichthouder, ook al dient deze tot het bewijs een eventuele boete te worden uitgesloten.

Reikwijdte van het zwijgrecht

Ook aangaande de 'reikwijdte' van het zwijgrecht van de betrokkene in de boeteprocedure heeft de nodige rechtsontwikkeling plaatsgehad. Het gaat hierbij om de vraag op wat voor soort vragen dat zwijgrecht precies betrekking heeft. Dit kan benaderd worden als louter een zwijgrecht voor wat betreft de 'verwijtbaarheid' of een algemeen zwijgrecht dat tevens ziet op 'feitelijke

[984]. Zie voor een bespreking van EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland), hoofdstuk 5, paragraaf 5.4. Zie voor de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op 'testimonial evidence', n hoofdstuk 5, paragraaf 2.8.

[985]. Volgens Stijnen was uitsluitend in CRvB 3 april 2013, *JB* 2013/188 aangevoerd dat ongeoorloofde druk was uitgeoefend. Dat was niet het geval in CRvB 21 november 2012, *AB* 2013/27. Daarin sloot de CRvB de verklaring niettemin uit omdat die onder ontoelaatbare druk zou zijn verkregen, aldus Stijnen in zijn noot bij CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126.

vaststellingen'. (De CRvB duidt dit onderscheid, zoals in het navolgende aan de orde zal komen, als een verschil tussen 'wat' en 'waarom' vragen.). Verwezen is naar de discussie in hoofdstuk 6 aangaande het Awb zwijgrecht, waarin toegelicht werd waarom dit onderscheid goeddeels theoretisch van aard is.[986]

In de zaak van 18 februari 2003, *AB* 2003/396 beperkte de CRvB het zwijgrecht nog tot vragen die louter betrekking hebben op die van het boeteonderzoek. Dat correspondeert aldus met de genoemde 'verwijtbaarheidsvragen'. Die benadering valt samen met de beperkte interpretatie van het zwijgrecht door de Awb wetgever. Dit is eveneens in hoofdstuk 6 (paragraaf 4.3.) uitgebreid aan de orde gekomen. Het zwijgrecht geldt niet voor alle vragen maar is voorbehouden aan 'zuivere verwijtbaarheidsvragen'. De CRvB heeft expliciet overwogen dat hij het zwijgrecht niet van toepassing acht op vragen die tevens zien op het reguliere controleonderzoek. Voorkomen moest worden dat het zwijgrecht reeds zou gelden op het moment dat nog niet gekozen is voor een reparatoire of punitieve sanctie.

In de uitspraak CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126 werd die beperkte benadering van het zwijgrecht doorbroken. De CRvB stelde vast dat tijdens een gesprek tussen betrokkene en een Fraudeinspecteur, laatstgenoemde op de hoogte was van het verzuim mededelingen te doen aan het Uwv door die betrokkene. In feite bestond dus een concrete verdenking van wetsovertreding. De CRvB oordeelde dat de CRvB dat betrokkene niet kon uitsluiten dat van de door hem verstrekte informatie in dat gesprek gebruik zou worden gemaakt voor het opleggen van een boete. Gelet op die situatie had de Inspecteur de cautie moeten verlenen. De CRvB overwoog hierbij expliciet dat het voor het zwijgrecht niet relevant is of het gesprek slechts was gericht op het 'wat' en niet op het 'waarom'.

Aldus impliceert deze uitspraak van de CRvB een belangrijk verschil van benadering van het Awb zwijgrecht, dan die de wetgever – als hierboven benoemd – heeft neergelegd in de memorie van toelichting. Immers, het door die Awb wetgever aangebrachte onderscheid wordt gerelativeerd. Daarbij is de aard en context van het verhoor van belang; gericht op boeteoplegging of niet. Dit moet objectief worden beschouwd, waardoor niet (langer) het subjectieve voornemen tot dergelijke beboeting een rol speelt. Die objectieve toets wordt naar mijn idee gevormd door de vraag of ten tijde van het verhoor een redelijk vermoeden van schuld bestond, dat de betrokkene zich aan een overtreding (waarover hij wordt verhoord) schuldig heeft gemaakt. Anders gezegd: is de betrokkene materieel gezien verdachte? Deze interpretatie van de CRvB benadering van de reikwijdte van het zwijgrecht wordt verder ondersteund door CRvB 1 augustus 2014, *AB* 2014/32. In deze uitspraak stelt de CRvB dat de betreffende boeteoplegging, net als bij strafrechtelijke handhaving, aan een aantal minimumwaarborgen dient te voldoen. De CRvB vervolgt dat artikel 6 EVRM en de interpretatie daarvan door het EHRM, haar uitleg van artikel 5:10a Awb 'kleurt'.

Het voorgaande impliceert dat de CRvB de toepassing van het Awb-zwijgrecht meer in overeenstemming brengt met het strafvorderlijk zwijgrecht.

Startmoment van het zwijgrecht

De voorgaande conclusie omtrent de overeenstemming met het strafvorderlijk zwijgrecht kan eveneens gesteld worden aangaande het startmoment van het zwijgrecht. In de zaak CRvB 6 januari 2006, *AB* 2006/169 (behandeld in paragraaf 4.4.) werd de aanvang van het zwijgrecht sterk benaderd vanuit de optiek van de autoriteiten, om al dan niet tot boeteoplegging over te

[986]. Zie hoofdstuk 6, paragraaf 4.3 Het formele verhoor criterium in het licht van de 'gemengde vragen'.

gaan. Een dergelijke invulling van het zwijgrecht resulteert in een sterk 'formalistische' benadering. Het 'voornemen tot boeteoplegging' kan immers gelegen zijn ná het bestaan van de verdenking. Uit de bovengenoemde zaken in het kader van de 'verankering van de bewijsuitsluiting' en de 'reikwijdte van het zwijgrecht' valt echter een meer materiële benadering van het zwijgrecht af te leiden. In bijvoorbeeld CRvB 16 november 2011, *AB* 2012/39 (zie paragraaf 4.6.) werd op basis van de omstandigheden geschetst dat het verhoor van betrokkene plaatsvond naar aanleiding van een verdenking van fraude. Dit impliceert een meer 'materiële' benadering, vergelijkbaar met het 'redelijk vermoeden van schuld', als bedoeld in artikel 27 Sv.

7.4.10.3. Bescherming van Real evidence

In de hier behandelde zaken is geen vordering van 'real evidence' aan de orde gekomen. Mij is slechts één zaak bekend waarin de CRvB zich – overigens zijdelings – uitgelaten heeft over dit aspect van de nemo tenetur bescherming. Dat is CRvB 30 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3288. Daarin wordt het volgende overwogen (r.o. 4.17):

> 'Daarbij betrekt de Raad dat het zwijgrecht niet inhoudt dat iemand op geen enkele manier kan worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken en dat iemand wel kan worden gedwongen materiaal over te leggen dat onafhankelijk van zijn wil bestaat, zoals zijn bankafschriften (zie het arrest van het EHRM van 17 december 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862).'

Deze overweging staat haaks op hetgeen in hoofdstuk 5. geconcludeerd is aangaande de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op 'real evidence'. De vraag wordt dan concreet of de CRvB haar algemene formulering in CRvB 1 augustus 2014, *AB* 2014/321 zodanig interpreteert dat deze niet alleen geldt voor verklaringen, maar ook voor schriftelijk bewijsmateriaal dat op dat moment wordt aangeleverd. Van cruciaal belang vanuit het oogpunt van de nemo tenetur bescherming, is dat op dat moment dan al een 'verdenking' bestaat bij de betreffende autoriteiten. Het zou in overeenstemming zijn met de conclusies in hoofdstuk 5, wanneer de CRvB zou oordelen dat in dat geval het uitgeleverde materiaal wel mag worden betrokken voor de vaststelling van de uitkeringsrechten en uitkerngsverplichtingen, maar niet voor de boeteprocedure. Bovengenoemde overweging wijst echter meer in de richting, dat de CRvB aansluit bij de benadering van de Hoge Raad.[987] Daarin worden vorderingen van 'real evidence' categorisch uitgesloten van die bescherming. Daarentegen moet terughoudendheid betracht worden in het trekken van conclusies op dit punt. Het gaat hier om één zaak, waarbij de betreffende overweing 'en passant' werd gemaakt.

6.4.10.4. Uitleiding

Verheul sprak al in zijn dissertatie over fraude en misbruik in de sociale zekerheid, over de spanningen en fricties die ontstaan op het breukvlak tussen controle en opsporing. In het kader van de (onvoldoende) scheiding tussen uitvoering (controle) en recherche binnen een uitvoeringsorgaan, wees hij op de 'extreme variant'; namelijk de vermenging van beide taakgebieden in eenzelfde persoon. Daardoor ontstaat volgens hem een hybridische rolverwarring en grote onduidelijkheid voor de burger.[988] Bij de situatie dat het controleverhoor uitgevoerd wordt door de fraude Inspecteur, lijkt zich precies de situatie voor te doen die Verheul voor ogen stond. De indruk kan niet weggenomen worden, dat de CRvB op dit punt die 'grilligheid' van de handha-

[987]. Zie de uitspraken van de Hoge Raad op 24 april 2015 en 29 mei 2015; behandeld in paragraaf 2.14.

[988]. Verheul, a.w., p. 155. Zie ook voor een bespreking van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op sociale zekerheids zaken de dissertatie van Lenos: E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke vermande 1998.

ving heeft onderkend. De geschetste rechtsontwikkeling van de CRvB kan onmiskenbaar worden opgevat als een poging het zwijgrecht te garanderen in de poreuze' scheiding tussen controle en opsporing. Het gaat daarbij enerzijds om een verankering van de bewijsuitsluitingsregel. Anderzijds gaat het daarbij om een redressering van een te beperkte benadering het Awb zwijgrecht, daar waar dit door de wetgever enkel voorbehouden was aan 'zuivere verwijtbaarheidsvragen' in het kader van de boeteprocedures.

7.5.1. ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006/317

7.5.1.1. Geldend moment van het zwijgrecht en toepassing op de rechtspersoon
In de zaak ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006/317 komt de vraag aan de orde of het zwijgrecht gold bij de verhoren door de Arbeidsinspectie. De relevantie van de zaak is gelegen in de wijze waarop de ABRvS toetst of sprake was van controle- dan wel opsporingsactiviteiten.

7.5.1.2. Omstandigheden van de zaak
Betrokkene (de onderneming Spanbeton BV) was een bestuurlijke boete opgelegd in verband met een arbeidsongeval op 12 maart 2003. Dat ongeval vond plaats bij het verrichten van meetwerkzaamheden, aan een in aanbouw zijnd viaduct in Bodegraven. Daarbij is een door betrokkene ingehuurde landmeter, een werknemer van het bedrijf Fugro-Inpark BV, van een betonnen landhoofd gevallen. Aan de bestuurlijke boete werd ten grondslag gelegd overtreding van artikel 3.16 lid 1 Arbobesluit.

Betrokkene voerde verweer dat tijdens verhoren met de arbeidsinspectie niet de cautie was verleend. Hij betoogde namelijk dat de rechtbank had miskend dat de Arbeidsinspecteur bij het horen op 13 en 14 maart 2003 van de werknemers van betrokkene, ten onrechte niet wees op het recht om te zwijgen, als bedoeld in artikel 35, eerste en tweede lid, van de Arbowet 1998.

7.5.1.3. Beoordeling door de ABRvS
Bij de beoordeling van het 'cautieverweer' gaat de ABRvS eerst in op juridische context van het verhoor. De ABRvS is met de rechtbank van oordeel dat het stellen van vragen door de arbeidsinspecteur geschiedde naar aanleiding van een ingekomen melding op 13 maart 2003 over een arbeidsongeval op de dag ervoor. Het stellen van die vragen door de arbeidsinspectie was gericht op de vaststelling van de feiten en de gang van zaken rond het ongeval. Daarmee was het gericht op de vaststelling of aan de wettelijke verplichtingen was voldaan. In deze fase gold de in de artikel 5:16 en 5:20 Awb neergelegde inlichtingenplicht nog onverkort. De situatie als bedoeld in artikel 35 lid 1 en 2 Arbowet 1998 was (nog) niet aan de orde. Tevens vloeit uit de voorgaande overwegingen voort dat de relatie tussen het zwijgrecht en de rechtspersoon niet meer aan de orde komt. Volgens de ABRvS was immers geen situatie van *enig* zwijgrecht aan de orde (r.o. 2.5).

7.5.1.4. Commentaar op de uitspraak
De destijds geldende regeling van het zwijgrecht in de Arbowet was neergelegd in artikel 35 eerste lid van die wet:

> Indien de toezichthouder jegens de belanghebbende een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem wegens een bepaalde gedraging een bestuurlijke boete zal worden opgelegd, is die belanghebbende niet langer verplicht terzake van die gedraging enige verklaring af te leggen, voor zover het de boeteoplegging

betreft. De belanghebbende wordt hiervan in kennis gesteld alvorens hem mondeling om informatie wordt gevraagd.

De wijze waarop de ABRvS toetst of aan deze situatie is voldaan, komt neer op de vaststelling met welk doel vragen werden gesteld door de arbeidsinspecteur. Opvallend is dat wordt overwogen dat nog sprake is van een controleonderzoek, ondanks dat reeds bekend was dat sprake was van een arbeidsongeval. De stelling is verdedigbaar dat die melding bij de toezichthouder een concrete indicatie van wetsovertreding vormt. Het gaat immers om de 'verdenking', niet om het definitieve bewijs dat daadwerkelijk regelgeving is overtreden. Al blijft de kanttekening gelden dat voor beantwoording van de vraag óf ook echt sprake was van een verdenking, meer informatie vereist dan te lezen is in de uitspraak.

Jansen wijst er in zijn noot op dat uit het stellen van vragen die hoofdzakelijk betrekking hebben op de feitelijke situatie ter plaatse en op de feitelijke gang van zaken rond het ongeval, in redelijkheid nog geen voornemen tot het opleggen van een boete kon worden afgeleid.

De benadering van de ABRvS in deze zaak vormt een interessant verschil met de latere benadering van de CRvB, die bij de toepassing van het zwijgrecht geen onderscheid (meer) maakt tussen 'wat' en 'waarom' vragen.[989] De materiële situatie staat dan centraal, niet het formele kader waarbinnen die vragen worden geuit. Jansen wees er voorts in zijn noot op dat met de (latere) introductie van het Awb zwijgrecht, de 'doelbenadering' – het zwijgrecht is dan afhankelijk van de doel van het onderzoek – plaats zal maken voor de vraag of sprake is van een verdenking. Reden daarvoor is volgens hem dat het Awb zwijgrecht verbonden is aan vragen naar de betrokkenheid van degene aan wie de vragen worden gesteld bij een beboetbaar/strafbaar feit.

7.5.2. ABRvS 12 maart 2008, nr. 2007061

7.5.2.1. Zwijgrecht niet van toepassing op getuigen

In de zaak van ABRvS 12 maart 2008, nr. 2007061 wordt betoogd door betrokkene, dat ten onrechte de cautie is verleend, terwijl de personen in kwestie als getuigen zijn gehoord.

7.5.2.2. Omstandigheden van de zaak

Bij besluit van 24 november 2005 legde de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan betrokkene (de Stichting Poolse Werkers Collectief) een boete op van € 32.000 wegens het zonder tewerkstellingsvergunning hebben laten verrichten van arbeid door vreemdelingen.

Betrokkene betoogde dat de rechtbank ten onrechte niet haar standpunt heeft gevolgd, dat de door de vreemdelingen afgelegde verklaringen niet aan het besluit van 16 juni 2006 ten grondslag konden worden gelegd. Daartoe voerde Stichting PWC onder meer aan dat de vreemdelingen ten onrechte niet de cautie was verleend.

7.5.2.3. Beoordeling door ABRvS

De ABRvS heeft weinig woorden nodig voor de behandeling van het cautieverweer. Gelet op voormeld artikel 18b Wav[990], heeft volgens de ABRvS de rechtbank terecht overwogen dat het

[989]. Zie bijvoorbeeld CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126 (zie paragraaf 4.8) en CRvB 1 augustus 2014, *AB* 2014/321 (zie paragraaf 4.11).

[990]. Artikel 18b, derde lid, Wet arbeid vreemdelingen: Indien de toezichthouder, bedoeld in het eerste lid, jegens de bij een beboetbaar feit betrokken persoon een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking

geven van de cautie niet was vereist, omdat de vreemdelingen slechts in de hoedanigheid van getuigen zijn gehoord (r.o. 2.6.2).

7.5.2.4. Commentaar uitspraak

Dit is een vrij heldere uitspraak die niet noopt tot nadere inhoudelijke bespreking. De betrokkenen waren kennelijk geen 'charged persons', noch in dienst van de beboete rechtspersoon. Nadien is een dergelijke situatie, waarin een soortgelijk verweer gelijkluidend werd verworpen, nog meermaals aan de orde gekomen. Zo werd ook in ABRvS 31 maart 2010, nr. 200806537/1/V6 en 200806646/1/V6 en ABRvS 30 juni 2010, nr. 200910199/1/V6 overwogen dat de vreemdelingen slechts als getuigen waren gehoord. De cautie was daarom niet van toepassing. Wanneer de vreemdelingen niet als werknemers van de rechtspersoon zijn gehoord, had het cautieverweer ook nog kunnen afstuiten op de 'Schutznorm' doctrine.[991] Dat in het hypothetische geval er wel een cautie had moeten gelden, omdat de personen bijvoorbeeld zelf verdachten waren, maar niet in dienst bij de rechtspersoon. De betrokkene heeft dan in een dergelijke situatie geen direct processueel belang bij het feit dat geen cautie is verleend, omdat het zijn eigen procespositie niet (direct) raakt.

Die 'Schutsznorm' gedachte werd overigens niet gevolgd in de zaak van ABRvS 2 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2018:1301. Appellante en een vennoot betoogden dat aan de betreffende vreemdelingen – formeel tevens vennoten – ten onrechte de cautie niet was verleend. De Afdeling was inderdaad dat oordeel toegedaan en vernietigde het besluit. Dat besluit was namelijk enkel gebaseerd op de als onrechtmatig aangemerkte verklaringen.

7.5.3. ABRvS 27 januari 2010, *AB* 2010/48

7.5.3.1 Toepassing zwijgrecht op de rechtspersoon

In de zaak ABRvS 27 januari 2010, *AB* 2010, 48 staat centraal de wijze waarop de ABRvS het zwijgrecht toepasbaar acht op de rechtspersoon. Daarbij gaat het om het al dan niet van toepassing verklaren van het zwijgrecht met betrekking tot functionarissen van de rechtspersoon.

7.5.3.2. Omstandigheden van de zaak

Bij besluit van 16 november 2006 had de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan betrokkene een boete opgelegd van € 88.000 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav) van € 16.500 wegens overtreding van artikel 15, eerste lid, van de Wav. Het op 26 juli 2006 door een Inspecteur van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport houdt volgens de ABRvS het volgende in. Uit onderzoek bleek dat elf vreemdelingen van Poolse nationaliteit via een in- en uitleensituatie voor bedrijf A arbeid hadden verricht, terwijl daarvoor geen tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven. De vreemdelingen waren aan bedrijf A uitgeleend door betrokkene. Volgens de Inspecteur was uit feiten en omstandigheden gebleken dat de vreemdelingen de arbeid anders dan als zelfstandigen verrichtten.

kan verbinden dat jegens hem wegens het begaan van het beboetbaar feit een rapport als bedoeld in het eerste lid zal worden opgemaakt, is die persoon niet langer verplicht terzake enige verklaring af te leggen. De in de eerste volzin bedoelde persoon wordt hiervan in kennis gesteld alvorens hem mondeling om informatie wordt gevraagd.

[991]. Zie over de Schutz-norm: G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht, bewerkt door M.J. Borgers*, Deventer: Kluwer 2018, p. 870-871.

Betrokkene stelde in dit verband dat, nu de minister tijdens de hoorzitting omtrent het bezwaar aan de financieel manager niet de cautie had gegeven, de rechtbank de door hem afgelegde verklaringen ten onrechte bij haar oordeel had betrokken.

7.5.3.3. Beoordeling door de ABRvS

Het cautieverweer sneuvelt eveneens bij de ABRvS. De ABRvS acht in dit geval de cautie niet vereist, aangezien het zwijgrecht slechts toekomt aan de bestuurder van de rechtspersoon die de overtreding heeft begaan, en door betrokkene niet is gesteld en uit het Handelsregister niet is gebleken dat financieel manager bij bedrijf A bestuurder is (r.o. 2.3.1).

7.5.3.4. Commentaar op de uitspraak

De financieel manager bekleedt naar de aard van de functie onmiskenbaar een relevante positie binnen de structuur van de rechtspersoon, op het niveau van het management.[992] Niet valt in te zien – gelet op een praktische en effectieve uitoefening van verdedigingsrechten – waarom die functionaris het zwijgrecht ontzegd zou moeten worden; en daarmee het zwijgrecht van de rechtspersoon. Belangrijk is dat hier een discrepantie valt waar te nemen met de wijze waarop het CBb het zwijgrecht in relatie tot de rechtspersoon heeft toegepast. Zie daarvoor de zaak CBb 21 december 2012, *AB* 2013/49 (behandeld in paragraaf 3.6.).

In ABRvS 17 juni 2009 nr. 200806540/1/V6[993] is de voorgaande beperking eveneens aan de orde geweest. Het betrof in die zaak een aangevoerd procedureel nalaten van de Rechtbank de montage- en kwaliteitsmanager de cautie te geven. De ABRvS herhaalde in dat verband dat de cautie niet vereist was, gezien het zwijgrecht slechts toekomt aan de bestuurders van de rechtspersoon (gesteld nog gebleken was dat voornoemde personen bestuurders waren.).[994] Zie in dit verband ook de in paragraaf 5.12 besproken zaak ABRvS 20 januari 2016, AB kort 2016/37.

7.5.4. ABRvS 3 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010: BL1856

7.5.4.1. Cautieverweer

In ABRvS 3 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010: BL1856 wordt verweer gevoerd aangaande het ontbreken van de cautie bij het verhoor van betrokkene. Dat verweer wordt uiteindelijk gepasseerd op grond van het feit dat er voldoende overig bewijsmateriaal voorhanden is.

7.5.4.2. Omstandigheden van de zaak

Bij besluit van 5 december 2007 had de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan betrokkene een boete opgelegd van € 16.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen. Het door een Inspecteur van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 11 mei 2007 hield volgens de ABRvS het volgende in. De Inspecteur had op 7 april 2007 op grond van een tip van de Belastingdienst een onderzoek ingesteld bij de onderneming van betrokkene. Uit dit onderzoek bleek het volgende. In 2005 was door twee vreemdelingen, van Chinese nationaliteit, arbeid verricht als kok, leerling-kok en keukenhulp, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven

992. Jansen acht de benadering van het zwijgrecht door de ABRvS te beperkt. De financieel manager komt volgens hem eveneens het zwijgrecht toe.
993. ECLI:NL:RVS:2009:BI8490.
994. Zie in dit verband voorts de zaken ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2500 en ECLI:NL:RVS:2016:2501, alsmede ABRvS 11 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2017:2750.

Betrokkene betoogde dat de rechtbank ten onrechte had overwogen dat de minister [vennoot A], vennoot van betrokkene, tijdig op zijn zwijgrecht had gewezen. Volgens betrokkene had de rechtbank artikel 18b van de Wav, zoals dat destijds luidde, uitgelegd in strijd met artikel 6 EVRM. Bij de Inspecteur bestond reeds voor binnenkomst in [de locatie] een verdenking dat betrokkene een beboetbaar feit had begaan in 2005, zodat hij eerst de cautie had moeten verlenen en pas daarna de vraag had mogen stellen of betrokkene in 2005 twee studenten in dienst had.

7.5.4.3. Beoordeling door de ABRvS
Het betoog van betrokkene wordt verworpen, op grond van de omstandigheid dat volgens de ABRvS de (op 7 april 2007) afgelegde verklaring van betrokkene niet nodig is voor het bewijs. Evenmin geldt volgens de ABRvS dat de verklaring aanleiding is geweest tot verder onderzoek. De verklaring heeft aldus ook indirect niet bijgedragen aan de bewijsvoering, zo kan de overweging van de ABRvS worden begrepen.

Het bewijs van de zaak is in 'real evidence' gelegen: bescheiden uit de administratie van betrokkene, te weten kopieën van de loonbelastingverklaringen, vreemdelingendocumenten, Chinese paspoorten, meldingen sociale verzekeringen, alsmede kopieën van de afwijzende beschikkingen voor aanvragen van tewerkstellingsvergunningen. Ook is er een verklaring van een van de vennoten. Op grond van het voorgaande bewijs blijkt dat de werkzaamheden ten onrechte zonder tewerkstellingsvergunningen zijn verricht (r.o. 2.3.1).

7.5.4.4.. Commentaar op de uitspraak
Inhoudelijk wordt door de ABRvS niet ingegaan op het verweer, aangezien er voor het bewijs van de overtredingen al voldoende overig bewijs is. Dit moet kennelijk zo begrepen worden dat betrokkene geen belang heeft bij de bespreking van het verweer. Dit is een zwaktebod bij de rechterlijke motivering, hetgeen eerder werd opgemerkt bij CBb 2 februari 2010, *AB* 2010/317 (zie paragraaf 3.2.4.). De rechter zou een duidelijke keuze behoren te maken. Hetzij uitsluiting tot het bewijs, en het verweer onbesproken laten (waarmee in feite het gewenste gevolg van het verweer wordt bereikt). Hetzij gebruikt de rechter de verklaring wel tot het bewijs en weerlegt hij gemotiveerd het verweer.

Anders lag dat in de zaak ABRvS 28 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD2582. De door betrokkene bij het eerste contact afgelegde verklaring, dat zij niet over de vereiste tewerkstellingsvergunningen beschikte, was niet tot bewijs gebruikt. Evenmin vormde die verklaring de basis voor het overige bewijs, aldus de ABRvS. In het licht van die feitelijke vaststelling werd het 'cautieverweer' hier terecht bondig verworpen.

7.5.5. ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010/332

7.5.5.1. Cautieverweer en vordering real evidence
De zaak ABRvS 24 maart 2010, 2010/332 omvat een tweetal aspecten. Ten eerste betreft dit een cautieverweer. Relevant is hoe de ABRvS nagaat of sprake was van een controle- dan wel boeteonderzoek. Ten tweede komt de vordering van bescheiden aan de orde, in relatie tot de vraag of deze aan te merken zijn als 'wilsonafhankelijk materiaal'.

7.5.5.2. Omstandigheden van de zaak
Bij besluit van 2 februari 2007 had de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid betrokkene een boete opgelegd van € 40.000 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet

arbeid vreemdelingen. Het door Inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 12 juli 2006 hield volgens de ABRvS het volgende in. Bij een controle op 31 januari 2006 waren vijf vreemdelingen van Poolse nationaliteit, in een pand aangetroffen. Zij waren arbeid aan het verrichtten, bestaande uit sloop- en demontagewerkzaamheden, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven.

Betrokkene betoogde dat de rechtbank ten onrechte had overwogen dat de minister niet in strijd met de Wav had gehandeld door tijdens een telefonisch contact op 31 januari 2006, hem niet de cautie te geven. Hiertoe wees de minister erop dat dit telefoongesprek blijkens het boeterapport deel uitmaakte van het vervolgonderzoek en dat aan betrokkene in dat gesprek is gevraagd om facturen van klussenbedrijf Z met betrekking tot de werkzaamheden van de vreemdelingen. Uit die facturen kon worden afgeleid dat een en ander tot een boeterapport zou leiden.

Betrokkene wees er verder op dat, voordat aan hem op 20 februari 2006 de cautie is gegeven, door de Inspecteurs verschillende keren is verzocht om de facturen op te sturen. Voorts betoogde betrokkene, onder verwijzing naar het Saunders arrest (EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk)), dat de minister de facturen hoe dan ook niet had mogen gebruiken als bewijs voor de overtreding. Het gebruik van die verstrekte facturen zou in strijd zijn met het recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren, zoals dat voortvloeit uit artikel 6 EVRM.

7.5.5.3. Beoordeling door de ABRvS

Aangaande het 'cautieverweer' overweegt de ABRvS het volgende. Ten tijde van het telefonisch contact met betrokkene op 31 januari 2006 was door de Inspecteurs feitelijk slechts geconstateerd dat de vreemdelingen in het pand arbeid hadden verricht. De ABRvS merkt de daarop volgende onderzoekshandelingen aan als zijnde verricht in het kader van het toezicht. Daarbij gaat het om verzoeken tot het opsturen van de facturen, die dienen te worden aangemerkt als handelingen in het kader van het toezicht op de juiste naleving van de Wav. De ABRvS voegt daaraan toe dat de minister blijkens het boeterapport op dat moment niet op de hoogte was van de betrokkenheid van betrokkene. Eerst op 11 mei 2006 bleek uit navraag bij de Centrale organisatie voor werk en inkomen, dat voor de door de vreemdelingen verrichte werkzaamheden geen tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven. Van een verhoor met het oog op een aan betrokkene op te leggen bestraffende sanctie was op dat moment derhalve nog geen sprake, zodat de cautie niet hoefde te worden gegeven (r.o. 2.3.1).

Dan volgt de bespreking van het gebruik van de door betrokkene aangeleverde facturen. De ABRvS merkt deze aan als 'wilsonafhankelijk materiaal', zoals dit begrip volgt uit het Saunders arrest (EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk)). Dat betekent volgens de ABRvS dat het zwijgrecht zich daartoe niet uitstrekt. Ten slotte geldt dat de gedingstukken geen aanknopingspunten bevatten, dat de, in het kader van toezicht op naleving van de Wav opgevraagde facturen zijn verkregen door het gebruik van ongeoorloofde druk van de zijde van de minister. Dat de Inspecteurs betrokkene naar aanleiding van zijn toezegging om de facturen toe te zenden meermalen hebben verzocht deze toezegging gestand te doen, is hiertoe onvoldoende, aldus de ABRvS (r.o. 2.3.1).

7.5.5.4. Commentaar op de uitspraak

De bespreking van het cautieverweer levert geen direct nieuw gezichtspunt op. Het gaat hier om de concrete beoordeling van de feitelijke situatie. De enkele waarneming dat vreemdelingen arbeid hebben verricht lijkt, inderdaad onvoldoende om een vermoeden van een beboetbare gedraging aan te nemen. Wat wel opvallend is, is het dat de feitelijke omstandigheden worden

belicht en niet zozeer het 'oogmerk van de toezichthouder'. Dat wekt aldus de indruk dat aan een meer materieel 'verdenkingsbegrip' wordt getoetst ter vaststelling of sprake is van een zwijgrecht.

Bij het tweede verweer staat centraal de duiding van het aangeleverde materiaal. Zoals betoogd kunnen bescheiden aangemerkt worden als 'wilsafhankelijk materiaal', wanneer deze gevorderd worden nadat sprake is van de 'materiële verdenking'. Incasu lijkt het er op dat die bescheiden gevorderd zijn, voor het kantelmoment op 11 mei 2006. Pas vanaf dat moment kan sprake zijn van enige 'verdenking'. Dat betekent dat de bescheiden gevorderd zijn in een reguliere controle situatie, waardoor deze in lijn met de analyse van het nemo tenetur-beginsel aangemerkt zijn als wilsonafhankelijk materiaal.[995]

7.5.6. ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011/334

7.5.6.1. Toetsing van de sfeerovergang aan de hand van het verdenkingsbegrip
De relevantie van de zaak ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011/334 is gelegen in de wijze waarop de ABRvS beoordeelt in hoeverre sprake is van een controle- dan wel boeteonderzoek. Dit wordt overwogen naar aanleiding van een verweer, dat ten onrechte de cautie niet is verleend.

7.5.6.2. Omstandigheden van de zaak
Bij besluit van 20 oktober 2009 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid betrokkene een boete van € 40.000 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav). Het door Inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 14 september 2009 houdt volgens de ABRvS het volgende in. Uit een controle van de administratie van betrokkene op 28 april 2009 volgde dat vijf vreemdelingen van Chinese nationaliteit voor betrokkene arbeid hadden verricht. Deze arbeid bestond uit het werken in de bediening, dan wel in de keuken, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen waren verleend.

Betrokkene stelde dat de rechtbank ten onrechte had overwogen, dat voor de Inspecteurs geen verplichting bestond de medewerkers van het administratiekantoor op het zwijgrecht te wijzen. De controle vond plaats op het administratiekantoor. In de visie van betrokkene had de rechtbank niet onderkend, dat zij beoogde te betogen dat de Inspecteurs de vennoten voorafgaand aan het boekenonderzoek op hun zwijgrecht hadden moeten wijzen. Alsdan hadden zij voldoende tijd om te beslissen of zij hiervan gebruik wensten te maken. Voorts betoogde betrokkene dat het boekenonderzoek was gericht op stukken met betrekking tot een bepaalde persoon, zodat de Inspecteurs hun onderzoek daartoe hadden moeten beperken.

7.5.6.3. Beoordeling door de ABRvS
De ABRvS overweegt dat het door de Inspecteurs uitgevoerde onderzoek geduid moet worden als een controleonderzoek. Gesteld wordt namelijk dat dit onderzoek werd verricht ter vaststelling of aan de wettelijke verplichtingen van de Wav was voldaan, niet omdat sprake was van een verdenking van een beboetbaar feit. Ter onderbouwing van die 'duiding' wordt benoemd dat het ontbreken van tewerkstellingsvergunningen voor de vreemdelingen, van wie in de administratie documenten zijn aangetroffen, eerst is gebleken uit telefonische navraag bij het Uwv Werkbedrijf. Tevens volgt de feitelijke constatering dat uit het bij het boeterapport gevoegde

995. Zie hoofdstuk 5 paragraaf 3.5.

verslag van het horen van vennoot B, blijkt dat deze niet eerder is gehoord, dan wel een verklaring heeft afgelegd, dan nadat hem is medegedeeld dat hij niet tot antwoorden verplicht was (r.o. 2.4.1).

Het verweer aangaande de focus van het onderzoek wordt eveneens verworpen. Uit het boeterapport volgt geen enkel aanknopingspunt dat sprake was van boeteonderzoek jegens een bepaald persoon.

Hier geldt de voorgaande overweging dat sprake was van een controleonderzoek. In dat verband overweegt de ABRvS voorts dat de Inspecteurs, belast met het toezicht op de naleving van de Wav, ingevolge de in titel 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht verleende bevoegdheden, bevoegd waren inzage te vorderen in alle relevante zakelijke gegevens en bescheiden (r.o. 2.4.1).

7.5.6.4. Commentaar op de uitspraak

De relevantie van de voorgaande overwegingen is als benoemd vooral gelegen in de wijze waarop de ABRvS vaststelt of sprake is van een controle- dan wel boeteonderzoek. De insteek van de ABRvS is het doel van onderzoek te kwalificeren. Dat wordt echter op zo een wijze gedaan, dat gesteld kan worden dat aan een 'verdenkingscriterium' wordt getoetst. Gewezen wordt immers op het moment dat het ontbreken van tewerkstellingsvergunningen voor vreemdelingen ter kennis komt. Op dat moment is kennelijk gebleken van een 'vermoeden van een beboetbare gedraging'. Ook Jansen stelt in zijn annotatie dat de ABRvS hier impliciet het verdenkingsbegrip lijkt te introduceren. Op die wijze wordt volgens hem aansluiting gezocht bij het strafprocesrecht en de jurisprudentie over artikel 29 Sv; daar is het verhoor gekoppeld aan de redelijke verdenking.

7.5.7. ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9505

7.5.7.1. Cautieverweer en toetsing van de sfeerovergang

Evenals in de voorgaande zaak, is de relevantie van de zaak ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9505 gelegen in de wijze waarop de ABRvS beoordeelt in hoeverre sprake is van een controle- dan wel boeteonderzoek. Daarover wordt ook overwogen naar aanleiding van een verweer, dat ten onrechte de cautie niet is verleend.

7.5.7.2. Omstandigheden van de zaak

Bij besluit van 4 mei 2006 had de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid betrokkene een boete van € 16.000 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Het op ambtseed door een Inspecteur van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 29 november 2005 hield het volgende in. De Inspecteur (Waterpolitie) stelde vast dat op 17 mei 2005 twee vreemdelingen van Tsjechische nationaliteit, aan boord van het [motorvrachtschip] arbeid verrichtten. Daarbij werd niet over tewerkstellingsvergunningen beschikt. Het boeterapport hield verder in dat het motorvrachtschip in eigendom is van betrokkene en dat vreemdeling A aan betrokkene was uitgeleend via een vennootschap naar Tsjechisch recht, gevestigd in Tsjechië.

De strekking van het betoog van betrokkene was dat de verklaring van vennoot A niet bij het bewijs had mogen worden betrokken, omdat deze niet de cautie was verleend.

7.5.7.3. Beoordeling door de ABRvS

Aangaande dit verweer overweegt de ABRvS dat het verhoor van vennoot A plaatsvond binnen het kader van een controleonderzoek. Bij de controle op 17 mei 2005 was feitelijk slechts geconstateerd dat vreemdeling B aan boord werkzaam was. Het naar aanleiding daarvan gezochte contact met vennoot A merkt de ABRvS aan als een handeling in het kader van het toezicht op de juiste naleving van vaar- en rusttijden en bemanningsterkte van de Wav. Beslissend voor de 'sfeerovergang' is geweest dat uit navraag bij de CWI is gebleken dat voor de door vreemdeling B verrichte werkzaamheden geen tewerkstellingsvergunning is afgegeven. Van een verhoor met het oog op een aan betrokkene op te leggen bestraffende sanctie was derhalve destijds nog geen sprake, zodat de cautie niet hoefde te worden gegeven (r.o. 2.6.1).

7.5.7.4. Commentaar op de uitspraak

De relevantie van deze zaak sluit naadloos aan bij de vorige besproken zaak ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9505 . Dit is als benoemd gelegen in de wijze waarop vastgesteld wordt of sprake is van een controle- dan wel boeteonderzoek. Ook in de onderhavige zaak wordt die toetsing feitelijk ingevuld met de vraag wanneer het moment van verdenking is ontstaan. In dat kader komt betekenis toe aan de navraag bij de CWI, omdat daaruit het vermoeden van de beboetbare gedraging is ontstaan (althans zo suggereert de uitspraak).

7.5.8. ABRvS 5 juni 2013, *ABkort* 2013/205

7.5.8.1. Toepassing van het formele verhoor criterium

In de zaak ABRvS 5 juni 2013, *ABkort* 2013/205 staat centraal de vraag of ten tijde van het verhoor door de Arbeidsinspectie, sprake was van een verhoor gericht op boetelegging.

7.5.8.2. Omstandigheden van de zaak

Bij besluit van 12 juli 2011 had de minister betrokkene een boete opgelegd van € 8.000 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen. Het door een Inspecteur van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 12 mei 2011 hield volgens de ABRvS het volgende in. Uit een door hem met een collega-Inspecteur uitgevoerd administratief onderzoek op 8 februari 2011 bleek dat een vreemdeling in de periode van 13 september 2010 tot en met 28 februari 2011 voor afwaswerkzaamheden had verricht, zonder dat daarvoor een tewerkstellingsvergunning was verleend.

Voorts hield het op ambtseed opgemaakte aanvullend boeterapport van 8 november 2011 in dat de Inspecteur op 9 maart 2011 en 26 maart 2011 de wettelijk vertegenwoordigster van betrokkene, had gehoord over de tewerkstelling van de vreemdeling. Voorts bleek uit het boeterapport dat voorafgaand aan het horen van 9 maart 2011 aan betrokkene drie keuzemogelijkheden zijn voorgelegd waaronder 'van het zwijgrecht gebruik maken en niets verklaren (cautie)'. Tijdens het telefonisch horen van 26 maart 2011 was betrokkene niet wederom de cautie gegeven, omdat de Inspecteur "dat reeds op 9 maart 2011 bij het horen gedaan had".

De minister klaagde in hoger beroep dat de rechtbank ten onrechte niet als vaststaand feit heeft aangenomen dat de Inspecteur op 9 maart 2011 de cautie aan betrokkene heeft gegeven. Aangezien de rechtbank was uitgegaan van de juistheid van de in het aanvullend boeterapport vermelde gang van zaken dat aan betrokkene voorafgaande aan het gesprek op 9 maart 2011 drie keuzemogelijkheden zijn voorgehouden, was onbegrijpelijk dat de rechtbank twijfelde aan de in datzelfde boeterapport opgenomen mededeling dat de Inspecteur op 26 maart 2011 niet opnieuw de cautie aan betrokkene heeft gegeven, omdat hij dat reeds op 9 maart 2011 bij het horen

had gedaan. Belangrijk is dat de minister in dit verband verder klaagde dat, voor zover de rechtbank heeft overwogen dat de cautie niet voorafgaand aan het gesprek van 9 maart 2011 was gegeven, dit gesprek geen verhoor was, zodat de cautieplicht niet van toepassing was.

7.5.8.3. Beoordeling ABRvS

De ABRvS gaat concreet in op de vraag of bij het gesprek op 9 maart 2011 de cautie van toepassing was. Daartoe overweegt de ABRvS allereerst dat blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:10a van de Awb (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 98) de plicht geldt om de cautie te geven, indien sprake is van een mondelinge ondervraging met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie. Voor de ABRvS is in dat kader relevant dat betrokkene bij brief van 24 februari 2011 door de Inspecteur uitgenodigd is, om op 9 maart 2011 een verklaring op het politiebureau te Groningen af te leggen. In deze brief staat vermeld dat de Arbeidsinspectie op 8 februari 2011 onderzoek heeft ingesteld, naar de naleving van de Wav door betrokkene. Daarbij is geconstateerd dat wettelijke bepalingen door betrokkene zijn overtreden.

Voorts overweegt de ABRvS dat in deze brief staat dat, indien betrokkene geen gevolg aan dit verzoek geeft, het boeterapport zonder verklaring van betrokkene naar de Arbeidsinspectie zal worden verzonden. In het boeterapport is opgenomen dat betrokkene op 9 maart 2011 als overtreder is gehoord. Uit de bewoordingen van de voormelde brief en hetgeen in het boeterapport is opgenomen, blijkt dat het gesprek van 9 maart 2011 was bedoeld om betrokkene, als wettelijk vertegenwoordigster van [wederpartij], als overtreder te horen. De ABRvS leidt uit het voorgaande af dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat betrokkene op 9 maart 2011 met het oog op het aan [wederpartij] opleggen van een bestraffende sanctie is verhoord. Daarmee was artikel 5:10a Awb van toepassing (r.o. 3.2).

7.5.8.4. Commentaar op de uitspraak

Alle door de ABRvS benoemde omstandigheden wezen er op dat het verhoor van 9 maart 2011 gericht was op een ‘boeteverhoor’. Daar valt geen juridische speld tussen te krijgen. Uit die constatering volgt dat reeds ten tijde van het betreffende verhoor de verplichting bestond om de cautie te verlenen, op grond van artikel 5:10a (lid 2) Awb.

7.5.9. ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:476

7.5.9.1. Cautieverweer en vaststelling aanknopingspunt voor zwijgrecht

Evenals in de zaken ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011/334 (paragraaf 5.7.) en ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9505 (paragraaf 5.8), is de relevantie van de zaak ABRvS 24 juli 2013 ECLI:NL:RVS:2013:476 gelegen in de wijze waarop de ABRvS beoordeelt in hoeverre sprake is van een controle- dan wel boeteonderzoek. Daarover wordt ook overwogen naar aanleiding van een verweer, dat ten onrechte de cautie niet is verleend.

7.5.9.2. Omstandigheden van de zaak

Bij besluit van 23 februari 2012 had de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid betrokkene een boete van € 8.000 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) aan betrokkene (kennelijk een firma). Het door arbeidsInspecteurs van de Inspectie SZW opgemaakte boeterapport van 19 januari 2012 hield volgens de ABRvS het volgende in. De Inspecteurs hadden, naar aanleiding van een VAR-bestand van de Belastingdienst, waaruit bleek dat betrokkene als opdrachtgever van een vreem-

deling van Bulgaarse nationaliteit vermeld stond, op 7 november 2011 een fysieke werkplekcontrole hadden verricht bij de onderneming van betrokkene. Het boeterapport hield voorts in dat op 8 november 2011 een onderzoek is verricht naar de administratie van betrokkene over de periode 1 november 2010 tot en met 8 november 2011 en dat op 25 november 2011 een administratief onderzoek heeft plaatsgevonden op het woonadres van de vreemdeling. Verder was uit de voormelde onderzoeken gebleken dat de vreemdeling voor betrokkene werkzaamheden had verricht, bestaande uit het uitvoeren van kleine reparaties en onderhoudsbeurten aan auto's, zonder dat daarvoor een tewerkstellingsvergunning was verleend.

Door betrokkene was betoogd dat de Inspecteurs reeds voorafgaand aan het gesprek met de wettelijk vertegenwoordiger en persoon A op 7 november 2011, de cautie hadden moeten geven. Dit gezien er sprake was van een verhoor. Voorafgaand aan de werkplekcontrole op 7 november 2011 was volgens betrokkene reeds bekend bij de Inspecteurs, dat de vreemdeling niet mocht werken zonder tewerkstellingsvergunning. Voorts was bekend dat zij als opdrachtgever voor de vreemdeling was opgetreden, dat aan de vreemdeling een VAR-verklaring was verstrekt en dat betrokkene niet over een tewerkstellingsvergunning voor de werkzaamheden van deze vreemdeling beschikte. Derhalve kon zij reeds toen als verdachte van een overtreding van de Wav worden aangemerkt, aldus betrokkene.

7.5.9.3. Beoordeling door de ABRvS

De ABRvS overweegt als volgt aangaande dit verweer. Volgens de ABRvS volgt uit het boeterapport dat de Inspecteurs naar aanleiding van een VAR-bestand van de Belastingdienst, waaruit bleek dat betrokkene als opdrachtgever van de vreemdeling vermeld stond, op 7 november 2011 een werkplekcontrole bij betrokkene hebben verricht. Bij dit onderzoek hebben zij met de wettelijk vertegenwoordiger en persoon A gesproken. Blijkens een bij de stukken gevoegd uittreksel van het handelsregister van de Kamer van Koophandel is de wettelijk vertegenwoordiger de enige bestuurder van betrokkene.

Nu oordeelt de ABRvS het volgende. Allereerst was een eventuele cautieplicht niet van toepassing op persoon A. Niet was gebleken dat de wettelijk vertegenwoordiger ten tijde van dit onderzoek redelijkerwijs uit de handelingen van de Inspecteurs kon afleiden dat betrokkene een boete zou worden opgelegd wegens overtreding van de Wav. Dat reeds bij de Inspectie SZW bekend was dat betrokkene opdrachtgever van de vreemdeling was en niet over een tewerkstellingsvergunning voor de werkzaamheden van deze vreemdeling beschikte, laat het volgende onverlet. Er kon volgens de ABRvS niet worden uitgesloten dat de vreemdeling als zelfstandige arbeid ten behoeve van betrokkene mocht verrichten, zonder dat betrokkene daartoe diende te beschikken over een tewerkstellingsvergunning. Dit leidt tot de slotsom dat er – ook overigens – geen aanknopingspunten zijn voor het oordeel dat het voormelde gesprek met de wettelijk vertegenwoordiger moet gelden als een verhoor met het oog op het aan betrokkene opleggen van een bestuurlijke boete. Daarom hadden de Inspecteurs, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, niet de plicht om voorafgaand aan het gesprek met de wettelijk vertegenwoordiger hem de cautie te geven (r.o. 4.1).

7.5.9.4. Commentaar op de uitspraak

Opvallend is de wijze waarop de ABRvS in deze zaak het geldende moment van het zwijgrecht vaststelt, nu wordt teruggegrepen op het criterium 'redelijkerwijs uit de handelingen van de Inspecteurs kunnen afleiden dat een boete zou worden opgelegd'. Dit is een verschil met de materiële benadering van de zaken ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011/334 (paragraaf 5.7.) en ABRvS 21 maart 2012, nr. 201000392/1/V6 (paragraaf 5.8), waar feitelijk getoetst leek te worden aan een verdenkingsbegrip. Evenmin wordt getoetst aan het formele verhoor criterium uit

de Awb. Ten slotte is opvallend dat kennelijk door de verdediging geen 'subsidiair' bewijsuitsluitingsverweer is gevoerd. En dergelijke verweer zou kunnen inhouden dat – zou er wel sprake zijn van reguliere controle – de ten overstaan van de controleurs afgelegde verklaringen uitgesloten dienen te worden van het bewijs. Deze zijn dan immers afgelegd op grond van de medewerkingsplicht (5:20 Awb).

7.5.10. ABRvS 20 augustus 2014, *AB* 2014/440

7.5.10.1. Aangevoerde uitlevering real evidence na verdenking

In de zaak van ABRvS 20 augustus 2014, *AB* 2014/440 wordt aangevoerd dat sprake was van een verplichte medewerking aan de uitlevering van 'real evidence', nadat reeds sprake was van een overtreding (van de Arbeidstijdenwet). De ABRvS gaat uitgebreid in op de feitelijke situatie ten tijde van de bewuste controle en informatievergaring.

7.5.10.2. Omstandigheden van de zaak

Bij besluit van 11 oktober 2012 had de minister van Infrastructuur en Milieu betrokkene een boete opgelegd van € 88.000 wegens twintig overtredingen van artikel 4:3, eerste lid, van de Arbeidstijdenwet (Atw). De minister baseerde zich op het op ambtseed door een Inspecteur van de Inspectie Leefomgeving en Transport opgemaakte boeterapport van 2 april 2012. Naar aanleiding van diverse weginspecties was een bedrijfsinspectie in de onderneming van betrokkene ingesteld. Die inspectie had betrekking op de periode 5 september 2011 tot en met 2 oktober 2011, en was specifiek gericht op het controleren van het voeren van een deugdelijke registratie, als bedoeld in artikel 4:3, eerste lid, van de Atw. Hieruit bleek dat twintig overtredingen van deze bepaling hadden plaatsgevonden.

Betrokkene betoogde dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de door haar in het kader van de bedrijfsinspectie verstrekte gegevens van het bewijs moeten worden uitgesloten wegens strijd met artikel 6 EVRM en het hierin besloten nemo tenetur-beginsel. Zij stelde dat de bedrijfsinspectie een controle gericht op bestuurlijk punitief optreden betrof, nu deze was ingesteld naar aanleiding van diverse, voorafgaande, weginspecties. Volgens haar was derhalve reeds bij aanvang van de bedrijfsinspectie sprake van een criminal charge, zodat ten onrechte haar actieve medewerking is gevorderd bij het verzamelen van bewijsmateriaal tegen zichzelf. Anders geformuleerd: betrokkene stelde dat sprake was van gedwongen uitlevering van 'real evidence' ná het bestaan van een verdenking.

7.5.10.3. Beoordeling door de ABRvS

De ABRvS overweegt dat de vordering van de gegevens is gedaan binnen het bestek van een reguliere controle. Daartoe is het nodige feitelijke overwogen. De minister had toegelicht dat bij een weginspectie één vrachtwagen wordt gecontroleerd en deze inspectie altijd betrekking heeft op de periode beginnend achtentwintig dagen voorafgaand aan de dag van de controle, tot en met de dag van de controle.

Deze controleperiode houdt verband met de wettelijke verplichting dat een bestuurder van een vrachtwagen dient te beschikken over tachograafschijven over deze periode. Bij een bedrijfsinspectie wordt de volledige administratie van een onderneming gecontroleerd en deze inspectie heeft altijd betrekking op een periode die ligt vóór een in het kader van een weginspectie in aanmerking genomen periode. Het vorenstaande gold ook voor de bij betrokkene verrichte wegen bedrijfsinspecties. Betrokkene heeft dit niet weersproken, aldus de ABRvS (r.o. 3.1).

De ABRvS trekt uit het voorgaande de volgende conclusie. De bij betrokkene verrichte weginspecties hadden betrekking op een andere periode dan de vermelde controleperiode van de bedrijfsinspectie, namelijk (een) daarna liggende periode(n). Bij die weginspecties is niet de volledige administratie van de onderneming gecontroleerd, doch uitsluitend de desbetreffende vrachtwagens. Op grond van die constateringen ziet de ABRvS geen aanleiding om te veronderstellen dat reeds voor aanvang van de bedrijfsinspectie bij de Inspectie Leefomgeving en Transport de verdenking bestond dat betrokkene in bedoelde controleperiode artikel 4:3, eerste lid, van de Atw had overtreden.

Dit leidt tot de slotsom dat de bedrijfsinspectie en het in het kader daarvan gedane verzoek om gegevensverstrekking dienen te worden aangemerkt als handelingen in het kader van het toezicht op de juiste naleving van artikel 4:3, eerste lid, van de Atw.[996] Van een controle met het oog op een aan betrokkene op te leggen bestraffende sanctie was dan ook volgens de ABRvS geen sprake (r.o. 3.1).

7.5.10.4. Commentaar op de uitspraak

Frappant is dat de ABRvS de feitelijke situatie toetst aan de hand van het verdenkingscriterium, in het kader van de aangevoerde inbreuk op het nemo tenetur-beginsel. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat de uitgeleverde 'real evidence' in de optiek van de ABRvS in aanmerking *zou kunnen* komen voor de bescherming van het nemo tenetur-beginsel. Ware dat niet het geval, dan zou het immers zinledig zijn om de feitelijke situatie ten tijde van de vordering van de gegevens te beoordelen. Hier *lijkt* dus een belangrijk verschil te ontwaren met de aanpak van de Hoge Raad (zie paragraaf 2.14. en de behandelde arresten van 24 april 2015 en 29 mei 2015) die 'real evidence' categorisch schaart onder de noemer 'wilsonafhankelijk materiaal' en daarmee buiten het bereik van het nemo tenetur-beginsel.

De ABRvS kiest aldus voor een andere benadering. Zij gaat zeer feitelijk in op vraag of ten tijde van de informatievordering al een verdenking bestond. Die uitvoerige bespreking wordt gesignaleerd door Stijnen in zijn noot. Het fijnmazige oordeel wordt door de ABRvS bereikt dat dit niet het geval is. Daarmee is de uitspraak in lijn met de bevindingen rondom de toepassing van het nemo tenetur-beginsel ten aanzien van real evidence. Nu deze incasu in de 'reguliere' controlesfeer zijn vergaard, kan dat gebruikt worden voor het bewijs in de boeteprocedure. Stijnen stelt in dat verband in zijn noot bij ABRvS 20 augustus 2014, *AB* 2014/440 dat in het kader van een toezichtsregime kan worden gevergd dat een onderneming een deugdelijke administratie aanlegt die het de toezichthouder mogelijk maakt om naleving te controleren. Zolang die gegevens worden verzameld en verstrekt voordat sprake is van een concrete verdenking is er volgens hem niets aan de hand.

Vanuit conceptueel oogpunt is het overigens opmerkelijk dat de ABRvS spreekt over 'controle' met oog op de op te leggen boete. Hoewel duidelijk is wat wordt verondersteld, lijkt het juister om in dat verband over 'boeteonderzoek' te spreken. Controle gericht op een boete, is in begin sel per definitie geen controle meer. De 'controle' mag wel het boeteonderzoek/opsporing die nen, doch niet uitsluitend.[997]

---

[996]. Artikel 4:3 lid 1 Atw luidt: Een werkgever en een persoon als bedoeld in artikel 2:7, eerste lid, voert een deugdelijke registratie terzake van de arbeids- en rusttijden welke het toezicht op de naleving van deze wet en de daarop berustende bepalingen mogelijk maakt.

[997]. Zie HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390, 'FIOD arrest' (behandeld in hoofdstuk 4. paragraaf 2.1.) en ook *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 64.

In ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3088 en ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3097 is een gelijkluidend verweer gevoerd en op dezelfde wijze verworpen.

7.5.11. ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2936

7.5.11.1. Cautieverweer en vaststelling aanknopingspunt voor zwijgrecht
Evenals in de voorgaande zaak, is de relevantie van de zaak ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2936 gelegen in de wijze waarop de ABRvS beoordeelt in hoeverre sprake is van een controle- dan wel boeteonderzoek. Dit wordt wederom overwogen naar aanleiding van een verweer, dat ten onrechte de cautie niet is verleend.

7.5.11.2. Omstandigheden van de zaak
Bij besluit van 6 juni 2013 had de RDW de erkenning bedrijfsvoorraad van Truck Care, betrokkene, ingetrokken voor een periode van zes weken. Bij besluit van 5 september 2013 had de RDW het door Truck Care daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Op 14 februari 2011 was een periodieke controle uitgevoerd. Door een bedrijvencontroleur van de RDW werd geconstateerd dat Truck Care een overschrijvingsbewijs van een voertuig niet op het bedrijfsadres kon tonen. Dat leverde een overtreding op van artikel 11, tweede lid, van de Regeling erkenning bedrijfsvoorraad. Naar aanleiding hiervan had de RDW op 21 februari 2011 aan Truck Care een waarschuwingsbrief gestuurd. Daarbij was medegedeeld dat deze waarschuwing 30 maanden gehandhaafd bleef en dat, indien gedurende deze periode wederom een overtreding van de voorschriften werd geconstateerd, de erkenning bedrijfsvoorraad en mogelijk de aan Truck Care verleende en bij de erkenning behorende bevoegdheden, voorwaardelijk, voor bepaalde- of onbepaalde tijd kunnen worden ingetrokken of geschorst.

Naar aanleiding van een intern onderzoek had een bedrijvencontroleur van de RDW op 17 mei 2013 Truck Care bezocht. Daarbij werd geconstateerd dat Truck Care het voertuig met kenteken in de bedrijfsvoorraad heeft aangemeld zonder tenaamstellingsbewijs en overschrijvingsbewijs. De RDW had zich in het besluit van 6 juni 2013 op het standpunt gesteld dat Truck Care een voertuig met kenteken in de bedrijfsvoorraad heeft aangemeld, zonder dat het tenaamstellingsbewijs (deel I B) en het overschrijvingsbewijs (deel II) aan haar waren overhandigd. Volgens de RDW had Truck Care gehandeld in strijd met artikel 12, tweede lid, van de Regeling. Deze overtreding werd volgens de Toezichtbeleidsbrief Erkenninghouders RDW aangemerkt als een categorie II overtreding. Mede gezien de eerdere waarschuwing van 21 februari 2011 had de RDW de verleende erkenning bedrijfsvoorraad ingetrokken voor een periode van zes weken.

Door betrokkene werd betoogd dat de controle op 17 mei 2013 een gerichte controle vormde op basis van een vermeende onregelmatigheid, zodat de bedrijvencontroleur van de RDW gehouden was daaraan voorafgaande de cautie te geven.

7.5.11.3. Beoordeling door de ABRvS
De rechtbank oordeelde dat de controle door de bedrijvencontroleur had plaatsgevonden in het kader van het toezicht door de RDW. Niet was gebleken dat de controle primair gericht was op het bestraffen van Truck Care. Volgens de rechtbank was deze controleur daarom niet verplicht tot het geven van de cautie. Dat de intrekking van de erkenning bedrijfsvoorraad een bestraffende sanctie is, leidde, anders dan Truck Care betoogde, er evenwel niet toe dat reeds daarom voorafgaande aan de controle op 17 mei 2013 de cautie had moeten worden gegeven.

De ABRvS gaat ter beoordeling van het cautieverweer in op de juridische context van de controle. In het rapport van het controlebezoek van 17 mei 2013 is vermeld dat de reden van het bezoek was dat op 19 april 2013 Truck Care bij het aanmelden in de bedrijfsvoorraad van een voertuig verschillende keren een foutieve controleletter en een foutieve duplicaatcode heeft ingevoerd. Hierom bestond aanleiding het bedrijf te bezoeken. Op dat moment was het, zoals nader toegelicht door de RDW ter zitting, voor de RDW niet duidelijk of daadwerkelijk een overtreding was begaan en zo ja, door wie deze overtreding was gepleegd. Dat op dat moment reeds de verdenking bestond dat Truck Care de Wegenverkeerswet 1994 had overtreden, is niet gebleken. De ABRvS is met de rechtbank van oordeel dat het bezoek aan het bedrijf en het stellen van vragen door de bedrijvencontroleur waren gericht op de vaststelling van de feiten en de gang van zaken rond het aanmelden van het voertuig in de bedrijfsvoorraad, en dienen te worden aangemerkt als handelingen in het kader van het toezicht. In deze fase was artikel 5:10 van de Awb nog niet van toepassing. De bedrijvencontroleur was daarom niet gehouden de cautie te geven (r.o. 6.5).

7.5.11.4. Commentaar op de uitspraak

In deze uitspraak wordt de 'sfeerovergang' ontrafeld door toetsing aan wat expliciet wordt genoemd als verdenkingscriterium.[998] Concreet wordt nagegaan of een verdenking bestond ten tijde van het controlebezoek van 17 mei 2013. Dat wordt ingevuld aan de hand van de overwogen feitelijkheden. Wat een zwaktebod blijft, is dat geen bewijsuitsluiting volgt van de in het kader van die controle afgelegde verklaring. Kennelijk is die wel voor het bewijs gebruikt en is door de verdediging verzuimd aan te voeren dat daarom bewijsuitsluiting diende te volgen.

7.5.12. ABRvS 20 januari 2016, *ABkort* 2016/37

7.5.12.1. Zwijgrecht rechtspersoon en vordering real evidence

In de zaak van ABRvS 20 januari 2016, ABkort 2016/37 komt het zwijgrecht van de rechtspersoon aan de orde. De ABRvS herhaalt eerdere overwegingen. Tevens vormt de toelaatbaarheid voor het bewijs van de gevorderde 'real evidence' een aandachtspunt.

7.5.12.2. Omstandigheden van de zaak

Bij besluit van 22 januari 2013 had de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid betrokkene een boete opgelegd van € 360.000 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen. Het boeterapport hield volgens de ABRvS het volgende in. Onderzoek door de Belastingdienst naar de arbeidsverhouding tussen betrokkene en een aantal vennootschappen onder firma, waarvan de vennoten van Roemeense of Bulgaarse nationaliteit waren, leidde tot nader onderzoek. Dat onderzoek richtte zich op een achttal door betrokkene in Nederland geëxploiteerde vakantieparken. Uit acht fysieke werkplekcontroles in augustus 2011 en daarop volgende administratieve onderzoeken in november 2011 en april 2012 bleek dat een betrokken schoonmaakbedrijf, al dan niet via een voorman van Roemeense nationaliteit, in de

998. Zie ook ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3412 (r.o.3.1.). Op deze plaats wordt nog verwezen naar ABRvS 5 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:953. Daarin werd betoogd dat de omstandigheid dat bij het digitale meldingsformulier woonfraude van "Meldpunt Zoeklicht" geen waarschuwing is geplaatst, dat ook melders het risico lopen een boete te krijgen, in strijd is met de cautieplicht en het zwijgrecht. De Afdeling oordeelde daaromtrent dat reeds omdat de melding vrijwillig werd gedaan en daarbij geen sprake was van een verhoor met het oog op het opleggen van een boete, zich geen strijd voordeed met de cautieplicht of het zwijgrecht voor (r.o.6.1.). Voorts werd in ABRvS 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2017:2104 een beroep op het zwijgrecht verworpen. De arbeidscontroleurs hadden zelf twee personen waargenomen, die werkzaamheden aan het verrichten waren. Wel accepteerde de Afdeling dat ondanks het zwijgrecht, betrokkene op basis van art. 15 Wav verplicht werd de identiteit te verschaffen van die personen.

periode van 2010-2011, voor zover thans van belang, 44 vreemdelingen van Roemeense of Bulgaarse nationaliteit schoonmaakwerkzaamheden in de parken heeft laten verrichten, zonder dat daarvoor een tewerkstellingsvergunning was afgegeven. Voorts volgde uit het boeterapport dat het merendeel van de vreemdelingen stond ingeschreven (ten tijde van controle) of ingeschreven had gestaan in het handelsregister van de Kamer van Koophandel als vennoot van een door of op aansturing van dat schoonmaakbedrijf opgerichte vennootschap onder firma. De vreemdelingen hebben de schoonmaakwerkzaamheden voor betrokkene onder gezag van dat schoonmaakbedrijf verricht. Daarbij wisten sommigen van hen zelfs niet dat zij vennoot waren van een van evenbedoelde vennootschappen onder firma, aldus het boeterapport.

Betrokkene voert verder aan dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de minister het boeterapport niet aan de boete ten grondslag had mogen leggen, omdat verschillende medewerkers zijn gehoord, zonder dat hen daarbij de cautie is gegeven.

7.5.12.3. Beoordeling door de ABRvS

Allereerst komt het zwijgrecht aan de orde in relatie tot de rechtspersoon. Zoals de ABRvS eerder heeft overwogen (uitspraak van 27 januari 2010 in zaak nr. 200902160/1/V6) komt het zwijgrecht slechts toe aan de bestuurder van de rechtspersoon die de overtreding heeft begaan. Het betoog dat de arbeidsInspecteur aan de door betrokkene met naam genoemde personen in augustus 2011 de cautie hadden moeten geven alvorens hen verklaringen te laten afleggen, faalt reeds omdat, voor zover deze personen daadwerkelijk hebben verklaard, uit het bij het boeterapport gevoegde uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat deze personen geen bestuurder van betrokkene zijn (r.o. 5.1).

In aansluiting hierop voert betrokkene aan dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de minister het boeterapport niet aan de boete ten grondslag had mogen leggen, omdat bij gelegenheid van het administratieve onderzoek van 10 april 2012 door de assistent controller zakelijke gegevens en bescheiden zijn verstrekt, zonder dat hem daarbij de cautie is gegeven. Deze gegevens en bescheiden hadden niet als bewijsmateriaal mogen worden gebruikt, aldus betrokkene. Zoals volgt uit hetgeen de ABRvS eerder heeft overwogen (uitspraak van 24 maart 2010 in zaak nr. 200906490/1/V6) moet bij een beroep op het zwijgrecht en het recht om geen bewijs tegen zichzelf te hoeven leveren in dit verband worden betrokken of het bewijs voor de overtreding is verkregen door het gebruik van ongeoorloofde druk van de zijde van de minister.

De stukken en het verhandelde ter zitting bieden geen aanknopingspunt voor het oordeel dat de assistent controller, voor zover uit het boeterapport volgt dat hij op 10 april 2012 de arbeidsInspecteur te woord heeft gestaan, is verhoord met het oog op de oplegging van een boete. Het moet ervoor worden gehouden dat hij desgevraagd afschriften van bescheiden uit de administratie van betrokkene heeft verstrekt. Bij dit administratief onderzoek was de arbeidsInspecteur niet gehouden de assistent controller op zijn zwijgrecht te wijzen. Ingevolge artikel 5:17 van de Awb is de arbeidsInspecteur tot inzage in zakelijke gegevens en bescheiden bevoegd en ingevolge artikel 5:20 van de Awb is een ieder verplicht aan een daartoe strekkende vordering mee te werken. Voorts is niet gebleken dat er bij die gelegenheid gebruik is gemaakt van ongeoorloofde druk van de zijde van de minister (r.o. 6.1).

7.5.12.4. Commentaar op de uitspraak

De onderhavige zaak vormt geen tournure met ABRvS 27 januari 2010, *AB* 2010, 48 en ABRvS 17 juni 2009 nr. 200806540/1/V6 (besproken in paragraaf 5.4.) De ABRvS gaat uit van een zéér beperkt zwijgrecht voor de rechtspersoon; deze komt slechts toe aan de bestuurders.

Aangaande het verweer met betrekking tot de uitlevering van 'real evidence' sluit de zaak aan bij ABRvS 24 maart 2010, 2010/332 (behandeld in paragraaf 5.6.). In verband met het verweer wordt de feitelijke situatie sterk getoetst aan, wat gesteld zou kunnen worden, een verdenkingsbegrip. Nu geen sprake was van een verdenking op het moment van de vordering van de informatie, was sprake van een reguliere controle. Dit betekent dat de in die controlesfeer vergaarde 'real evidence' gebruikt kan worden voor beboetingsdoeleinden.

7.5.13. ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RvS:2018:2115

7.5.13.1. Startmoment van het bestuursrechtelijk zwijgrecht

De relevantie van de zaak ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RvS:2018:2115 is gelegen in de omstandigheid, dat ingegaan wordt op de concrete invulling van het bestuursrechtelijk zwijgrecht. Daarbij gaat het om het startmoment daarvan. Zoals in hoofdstuk 6 uitgebreid aan de orde is gekomen heeft de wetgever geopteerd voor een formeel verhoor criterium. Daarentegen heeft de CRvB dat wettelijk uitgangspunt verlaten en aangesloten bij het strafvorderlijk verdenkingscriterium. De vraag is dus welke keuze de grote kamer van de Afdeling maakt tussen die twee interpretaties.

7.5.13.2. Omstandigheden van de zaak

De feiten van de zaak – voor zover van belang voor de discussie over het zwijgrecht – betreffen het volgende. Het College heeft bij besluit van 23 mei 2014 een bestuurlijke boete van € 6.000,00 opgelegd. Deze boete hield verband met twee overtredingen van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen, naar aanleiding van een inspectiebezoek van de GGD in Amsterdam stadsdeel Nieuw-West op 13 november 2013. In de procedure stelt appellante onder meer dat het zwijgrecht is geschonden. Reden daarvoor is, dat de inspecteur nagelaten heeft voorafgaand aan het inspectiebezoek van 13 november 2013, de cautie te geven aan de op dat moment aanwezige werknemers van appellante. Reeds voorafgaand aan het inspectiebezoek bestond het voornemen – mede gelet op de suggestieve vragen – om een boete op te leggen, aldus appellante.

7.5.13.3. Beoordeling door de ABRvS

De Afdeling gaar in algemene termen in, op de vraag wanneer door een toezichthouder de cautie moet worden gegeven en welk gevolg door de bestuursrechter moet worden verbonden, aan het feit dat de cautie ten onrechte achterwege is gebleven (r.o. 7.2). In dat verband wordt verwezen naar de Conclusie die door A-G Keus is gegeven.[999] Daarin kwam onder meer aan de orde, of bij een controle- of inspectiebezoek de cautie te worden gegeven, en indien zulks het geval is, onder welke omstandigheden en aan welke personen. In conclusie van 12 april 2017 heeft de staatsraad advocaat-generaal (ECLI:NL:RVS:2017:1034) daaromtrent het volgende overwogen (punt 4.3.4.). De A-G grijpt terug naar de wetsgeschiedenis en stelt het zwijgrecht wordt uitgesloten in de situatie, waarin het bestuursorgaan (nog) niet serieus overweegt de overtreding punitief af te doen.

[999]. De voorzitter van de Afdeling heeft in twee eerdere zaken over de oplegging van bestuurlijke boetes, ECLI:NL:RVS:2017:1819 en ECLI:NL:RVS:2017:1818, staatsraad advocaat-generaal L.A.D. Keus verzocht te concluderen (als bedoeld in artikel 8:12a van de Awb). Zie voor een kritische bespreking van de conclusie van Keus en kanttekeningen bij het aanvangsmoment van het zwijgrecht: E.H.A. van Luijk en E.M. Witjens, 'De invloed van een criminal charge op toezichthouders', *Tijdschrift voor Strafrecht en Onderneming*, Nr. 2/3 juni 2017, p.84-85.

Daarbij acht de A-G het weinig problematisch, dat het niet altijd eenvoudig zal zijn om aan de hand van het criterium van artikel 5:10a van de Awb (en aan de hand van hetgeen naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld) tussen het op toezicht en het op boeteoplegging gerichte stadium van het onderzoek te onderscheiden. Dat in verband met de 'reflexwerking' van het zwijgrecht uit oogpunt van rechtsbescherming. Het ontbreken van de cautie heeft dan tot gevolg dat wilsafhankelijk materiaal, ongeacht of dit (onder dwang) in het op toezicht dan wel het op boeteoplegging gerichte stadium van het onderzoek is verkregen, niet als bewijsmiddel mag meewerken, wanneer aan de verhoorde persoon uiteindelijk een boete wordt opgelegd.

Voorts uit de A-G kritiek op het door de CRvB ontwikkelde perspectief op het zwijgrecht. Dat verwijdert zich naar zijn mening te ver van het criterium van artikel 10a Awb, van een verhoor het oog op bestuurlijke boeteoplegging. Volgens welk criterium naar objectieve maatstaven moet worden vastgesteld dat het bestuursorgaan ten tijde van het verhoor boeteoplegging reeds serieus overweegt. De afwijking van het wettelijke criterium klemt volgens de A-G temeer, nu de wetgever van de Awb een criterium waarin de enkele mogelijkheid van boeteoplegging voor het activeren van de cautieplicht zou volstaan, uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen.

In de onderhavige zaak volgt de Afdeling de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal (r.o. 7.2):

> 'Uit artikel 5:10a van de Awb volgt dat de cautieplicht bestaat wanneer naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat de betrokkene wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Blijft in een zodanig geval de cautie ten onrechte achterwege, dan kan de verklaring van de betrokkene in de regel niet worden gebruikt als bewijs voor de feiten die aan de sanctie ten grondslag zijn gelegd.'

Daarnaast overweegt de Afdeling (r.o. 7.3.) dat verklaringen die onder dwang zijn afgelegd, evenmin voor het bewijs gebruikt kunnen worden. In het kader van die dwang verwijst de Afdeling naar het geval de betrokkene op grond van artikel 5:20, eerste lid, van de Awb gehouden was een verklaring af te leggen. De Afdeling sluit in haar optie met deze overweging aan bij het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, de rechtsoverwegingen 3.7 en 3.8.

In relatie tot de zaak zelf oordeelt de Afdeling dat de inspecteur niet gehouden was de cautie te verlenen (r.o. 7.4). Dit gezien de inspecteur uitsluitend vragen gesteld heeft aan werknemers van appellante en deze niet namens appellante hebben geantwoord.

7.5.13.4. Commentaar op de uitspraak

Opvallend is dat de Afdeling onder verwijzing naar de conclusie, direct aansluit bij het formele verhoor criterium, zoals dat door de wetgever is beoogd. In dat verband kan worden verwezen naar de kritiek op de vormgeving van dat zwijgrecht, zoals in hoofdstuk 6 (paragraaf 6.2.) aan de orde is gekomen. De Afdeling kiest een duidelijk andere benadering dan het CRvB heeft gedaan (zie paragraaf 7.4.10.2.). De CRvB heeft de toepassing van het Awb-zwijgrecht meer in overeenstemming brengt met het strafvorderlijk zwijgrecht, onder invloed van artikel 6 EVRM. De A-G heeft dat evenwel juist bekritiseerd. In het licht van die kritiek is opvallen dat de A-G en ook de Afdeling geen aandacht hebben besteed aan de Grand Chamber uitspraak van het EHRM 13 september 2016, *NJB* 2017/267 (Ibrahim v. VK). Daaruit volgt dat de 'suspect' op zijn zwijgrecht gewezen dient te worden en er een cautieverplichting voor de verhorende

autoriteiten wordt afgeleid. Op die wijze wordt gestalte gegeven aan een praktische en effectieve uitoefening van verdedigingsrechten. Dit staat haaks op de formalistische bandering van het bestuursrechtelijk zwijgrecht door de Afdeling.

Stijnen merkt in zijn noot (AB 2018/343) nog op dat de Afdeling zijn jurisprudentie omtrent het zwijgrecht van de rechtsperspoon lijkt te nuanceren. Volgens vaste rechtspraak kwam dat zwijgrecht namelijk uitsluitend toe aan de bestuurders van de rechtspersoon, niet aan overige werknemers (zie de vorige paragraaf 7.12). Indien een medewerker als vertegenwoordiger 'namens' zijn werkgever optreedt dan lijkt de Afdeling niet (langer) uit te sluiten dat die kan worden vereenzelvigd met de onderneming. Derhalve is het zwijgrecht op hem van toepassing, aldus Stijnen. Kraaijeveld en Van Mil achten het vanuit de beoogde rechtseenheid een gemiste kans, dat de Afdeling geen antwoord heeft gegeven op de vraag wie namens de rechtspersoon (wel) het zwijgrecht toekomt.[1000]

7.5.14 Tussenconclusie ABRvS jurisprudentie

7.5.14.1 Algemeen

De vraag die nu beantwoord dient te worden, is hoe de jurisprudentie van de ABRvS zich verhoudt tot die van het EHRM, ter zake van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel. Áls geformuleerd bij de inleiding van dit hoofdstuk gaat het er om of de ABRvS het beginsel op een wijze toepast, die voldoende tegemoet komt aan de uitleg die het EHRM daaraan geeft. In dat verband gaat het om een vergelijking van de rechtsoordelen van de ABRvS met de in hoofdstuk 5 uitgevoerde analyse, omtrent de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. Over de wijze waarop het beginpunt van het zwijgrecht gemarkeerd wordt, alsmede de toepassing van het zwijgrecht op de rechtspersoon, kunnen concrete vaststellingen gedaan worden.

7.5.14.2 Bescherming van Testimonial evidence

In relatie tot de toepassing van het nemo tenetur-beginsel ten aanzien van 'testimonial evidence' speelt het moment van activering van het zwijgrecht een belangrijke rol. In dat verband leek de jurisprudentie van de ABRvS een ontwikkeling te laten zien. Er ontstaat een beeld waarin een verschuiving plaatsvindt van een formele naar een materiële toets door de Afdeling, om uiteindelijk toch expliciet bij het formele verhoor criterium aan te knopen.

In de zaak ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006/317 werd het zwijgrecht nog vastgesteld aan wat geduid zou kunnen worden als een 'doelcriterium'. Toepassing van dat criterium komt neer op de vaststelling met welk doel vragen worden gesteld door de toezichthouder. Uit die betreffende zaak volgde de redenatie dat uit het stellen van vragen door de toezichthouder die hoofdzakelijk betrekking hebben op de feitelijke situatie ter plaatse en op de feitelijke gang van zaken (rond het ongeval), in redelijkheid nog geen voornemen tot het opleggen van een boete kon worden afgeleid. In dit verband wordt verwezende eerdere kritiek op het 'doelcriterium' en de problematiek van de 'gemengde vragen'.[1001] In beginsel geldt dat vragen die de feitelijke situatie vaststellen, tevens bewijs kunnen opleveren voor de beboetbare gedraging. Opmerkelijk is dat in de behandelde CRvB jurisprudentie juist expliciet werd geoordeeld dat bij de toepassing van het zwijgrecht, door die instantie, geen onderscheid (meer) gemaakt wordt tussen 'wat' en

[1000]. R.P.A. Kraaijeveld en. C.M.M. van Mil, 'De cautieplicht en het zwijgrecht in het bestuurs(straf)recht: eindelijk duidelijkheid en rechtseenheid?', *Gst.* 2018/144, p.8.
[1001]. Zie hoofdstuk 3 paragraaf 5.7 en hoofdstuk 6, paragraaf 4.3. Het formele verhoor criterium in het licht van de 'gemengde vragen'.

'waarom' vragen.[1002] Daarin ligt vermoedelijk de erkenning besloten, dat tussen beide geen zinvol onderscheid gemaakt kan worden, in het licht van de bewijsvergaring voor de boeteprocedure.

Uit een aantal behandelde uitspraken leek de Afdeling dat doelcriterium te verlaten voor een materieel criterium. Daarbij betrof het een feitelijke beoordeling van de situatie ten tijde van onderzoekshandelingen door de toezichthouder en de vraag of deze een vermoeden van wetsovertreding opleverden. Dat was het geval in ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010/332, ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011/334, ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9505 en bijvoorbeeld ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2936. Uit die uitspraken volgde een 'materiële' benadering van de situatie, in het kader van de vraag of op het betreffende moment een zwijgrecht gold en de toezichthouder de cautie had moeten geven. Hier sluit de benadering van de ABRvS aldus aan bij het uitgangspunt van een 'practical and affective' toepassing van verdedigingsrechten.[1003] De ABRvS onderzocht de materiële situatie. Jansen merkt in dit kader op in zijn noot bij ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011/334, dat met de 'verdenkingsbenadering' aansluiting wordt gezocht bij het strafprocesrecht en de jurisprudentie met betrekking tot artikel 29 Sv. Daar is het verhoor gekoppeld aan de redelijke verdenking.

Niettemin is met de uitspraak ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RvS:2018:2115 ondubbelzinnig geopteerd voor het 'formele verhoorcriterium', conform de wetsgeschiedenis. Dat betekent dat het zwijgrecht geldt op het moment dat sprake is van een verhoor, gericht op boeteoplegging. De implicatie daarvan is dat het startmoment van het zwijgrecht in handen ligt van het (formele) keuzemoment van de verhorende autoriteiten.

Nog een aandachtspunt vormt de 'uitsluiting' van de in het kader van de controle afgelegde verklaringen. Daarbij is de juridische insteek dat deze zijn afgelegd om te voldoen aan de medewerkingsverplichting (5:20 Awb). Die benadering is in geen van de behandelde jurisprudentie gevolgd. Uit de zaak van ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2936 volgde bijvoorbeeld dat wel feitelijk werd getoetst of sprake was van een verdenking. Dit was echter niet het geval volgens de ABRvS zodat de verklaringen in het reguliere controleonderzoek waren geacht te zijn afgelegd. Daarmee was het 'cautieverweer' verworpen. Het gevolg was echter dat die verklaring kennelijk alsnog voor het bewijs van de beboetbare gedraging werden gebruikt. Dat is in strijd met de toepassing van het nemo tenetur-beginsel door het EHRM, welke meebrengt dat in het kader van die controlesfeer afgelegde verklaringen uitgesloten dienen te worden tot het bewijs in de boeteprocedure.[1004] Hier wraakt zich naar alle waarschijnlijkheid de lacune in het verdedigingsbetoog. Mogelijk is de voorgaande benadering niet als een 'subsidiair' verweer aangevoerd en zag de ABRvS in dat kader geen reden tot ambtshalve uitsluiting van die verklaringen.

7.5.14.3 Het zwijgrecht van de rechtspersoon.

Uit de jurisprudentie van de ABRvS volgt duidelijk hoe het zwijgrecht wordt toegepast ten aanzien van de rechtspersoon. De ABRvS hanteert een zeer beperkt zwijgrecht, nu dit alleen geldt ten aanzien van de bestuurders van de rechtspersoon. Dit volgde uit de behandelde zaken ABRvS 27 januari 2010, *AB* 2010/48, ABRvS 17 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI8490 en ABRvS 20 januari 2016, *ABkort* 2016/37. Voor het zwijgrecht van de rechtspersoon is deze

[1002]. Zie CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126 en CRvB 1 augustus 2014, *AB* 2014/32, behandeld in respectievelijk paragrafen 4.8. en 4.9.
[1003]. EHRM 9 oktober 1979, Serie A, vol 32, *NJ* 1980/376 (Airey v. Ierland).
[1004]. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.8.

beperking problematisch. Het leidt er namelijk toe dat tal van functionarissen op managementsniveau het zwijgrecht ontberen, terwijl zij binnen de onderneming cruciale posities kunnen bekleden. Deze beperkte reikwijdte van het zwijgrecht voor de rechtspersoon is niet in overeenstemming met het uitgangspunt van een 'praktische en effectieve uitoefening van verdedigingsrechten'. Daarbij geldt dat niet gemotiveerd is waarom dat zwijgrecht beperkt dient te zijn tot de bestuurders. Die keuze is aldus niet verantwoord. Hier tekent zich in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechtelijke colleges een duidelijke discrepantie af. Uit de CBb uitspraak van 21 december 2012, *AB* 2013/49 (behandeld in paragraaf 3.6.) volgde een veel ruimer zwijgrecht van de rechtspersoon. Niet alleen de werknemers van de verdachte rechtspersoon kwamen daarvoor volgens het CBb in aanmerking, maar ook degenen die niet langer in dienst van de firma zijn.

7.5.14.4 Bescherming van real evidence

Ten aanzien van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel aangaande de vordering van 'real evidence' kan het volgende gesteld worden. In de behandelde zaken vond die vordering plaats in de controlesfeer, terwijl anderszins ook geen sprake was van enige verdenking van wetsovertreding, ten tijde van die vordering. Dit kwam aan de orde in ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010/332, ABRvS 20 augustus 2014, *AB* 2014/440 en ABRvS 20 januari 2016, *ABkort* 2016/37. De in de controlesfeer vergaarde 'real evidence' kan aldus gebruikt worden als rechtsgeldig bewijsmateriaal in de boeteprocedure. Dit is in lijn met de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel, zoals die in hoofdstuk 5 is afgeleid uit de EHRM jurisprudentie.[1005] Het nemo tenetur-beginsel verzet derhalve zich niet tegen een dergelijk gebruik.

In verband met de vorderingen van 'real evidence' is opvallend hoe de ABRvS de toelaatbaarheid van dat bewijsmateriaal heeft beoordeeld, in het licht van het nemo tenetur-beginsel. Beoordeling van de verweren kwam neer op de vaststelling of ten tijde van die informatievordering sprake was van een verdenking van wetsovertreding. Dat was niet het geval, wat het gebruik van het gevorderde materiaal als beschreven toelaatbaar maakte. De benadering van deze problematiek biedt niettemin a-contrario steun aan de gedachte dat – indien wel sprake was geweest van een dergelijke verdenking – het rechtsoordeel anders had kunnen uitvallen. Zou de ABRvS immers het nemo tenetur-beginsel bij voorbaat niet toepasselijk achten op 'real evidence', dan zou de vaststelling of sprake was van een verdenking zinledig zijn. De conclusie lijkt dan ook plausibel dat in de optiek van de ABRvS de vordering van 'real evidence' onder bescherming van het nemo tenetur-beginsel kan vallen. De vraag of ten tijde van die vordering reeds sprake was van een verdenking vormt daarbij het belangrijkste criterium; hetgeen correspondeert met de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel, zoals dat in hoofdstuk 5 is geformuleerd. Daarmee lijkt de ABRvS, evenals het CBb, voor een duidelijk andere insteek te kiezen dan de Hoge Raad op dit punt. Die sluit de vordering van 'real evidence' vrijwel a priori uit van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel.

7.6. Conclusie

7.6.1. Algemeen

Dit hoofdstuk ving aan met een korte schets van de strafzaak tegen Al Capone. Het lijkt voor de behandeling van de Nederlandse bestuursrechtelijke boetejurisprudentie wellicht ver gezocht

[1005]. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 3.5.

om op een dergelijke kleurrijke zaak te wijzen.[1006] Toch is de vergelijking treffend. De juridische problematiek die naar voren kwam in de processen tegen de 'crime bosses' komt – op conceptueel niveau – eveneens naar voren in een groot aantal van de behandelde zaken. Het gaat daarbij om de omstandigheid dat de 'repressieve overheid' toezichthoudende bevoegdheden hanteert, terwijl reeds een verdenking bestaat van wetsovertreding.

Thans is het zaak de in de inleiding opgeworpen vragen concreet te beantwoorden. In het kader van deze conclusie zullen eenduidige bevindingen worden weergegeven. Voor een uitgebreide toelichting van die bevindingen en een bespreking van (achtergronden van) jurisprudentiële ontwikkelingen wordt verwezen naar de respectievelijke tussenconclusies. Wel is het voor een heldere beantwoording relevant om kort te herhalen wat de onderzoeksvraag was en welke aspecten die omvatte.

De hoofdvraag is of de jurisprudentie van de hoogste Nederlandse bestuursrechters voldoet aan de rechtspraak van het EHRM, ter zake van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel. Concrete beantwoording van die vraag vereist een duidelijke stellingname omtrent de reikwijdte van dat beginsel. In dat verband spelen de conclusies van hoofdstuk 5 een fundamentele rol. Kort weergegeven gaat het in essentie om een viertal punten:

- in het kader van het controleonderzoek afgelegde verklaringen (testimonial evidence) dienen uitgesloten te worden van het bewijs in de punitieve procedure;[1007]
- na het bestaan van een verdenking bestaat geen verplichting meer om mee te werken aan de vordering tot uitlevering van 'real evidence' (daarbij staat de verdenking in verband met het materiaal waarvan de uitlevering wordt gevorderd, de vordering wordt dan gedaan in het kader van de opsporing, dan wel van het boeteonderzoek);[1008]
- indien een verdenking bestaat en toch 'real evidence' wordt gevorderd, in het kader van het reguliere toezicht, dient een zodanige waarborg verleend te worden, dat gegarandeerd wordt dat dit materiaal van de boeteprocedure wordt uitgesloten;[1009]
- als startmoment van het zwijgrecht en nadere invulling van de criminal charge, dient uitgegaan te worden van een 'verdenkingscriterium', als materiële invulling van dat startmoment.[1010]

Ten slotte kan een drietal punten als belangrijke randvoorwaarden genoemd worden. De boeteoplegging dient aan de maatstaven van artikel 6 EVRM te voldoen, evenals de 'reguliere' strafrechtelijke procedure. Voorts geldt dat de (complexe) aard van het 'ordeningsrecht' geen rechtvaardiging biedt om inbreuk te maken op artikel 6 EVRM (EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders Verenigd Koninkrijk), r.o. 74). Ten slotte, en dat is wellicht voor de invulling van het zwijgrecht de belangrijkste randvoorwaarde, dienen verdedigingsrechten zodanig geïnterpreteerd te worden, dat deze praktisch en effectief zijn, niet theoretisch en illusoir

---

1006. Hoewel Al Capone bij een fiscale forumdiscussie de revue passeerde. Daarin stelde J.J.M. Hertoghs: 'Wij praten eigenlijk al sinds 1930 ongeveer over het zogenaamde Al Capone-effect. U weet dat ook bij Al Capone sprake was van allerlei communiedelicten waarvan hij werd verdacht. Maar daarvoor is hij nooit veroordeeld. Hij is uitsluitend veroordeeld wegens een onjuiste of onvolledige aangifte. In die situatie riep zijn advocaat ook in Amerika: "Hoe kunt u nu van deze man verwachten dat hij een volledige aangifte doet, want daarmee zou hij zichzelf aangeven en de vrucht van zijn criminele activiteiten". Dat is door de Amerikaanse rechter toen al van tafel geveegd. De advocaat werd, als ik van professor Nouwen goed heb begrepen, ongeveer weggehoond.' Zie A.J. van Lint, R.M.P.G. Niessen en J.J.M.G. Smeets (red.), *Fiscale boetes*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 63-64.
1007. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.8. tussenconclusie testimonial evidence.
1008. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 3.5. tussenconclusie: nemo tenetur en de uitlevering van real evidence.
1009. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 5.6. tussenconclusie sfeercumulatie.
1010. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 6 De dies a quo: het aanvangsmoment van het nemo tenetur-beginsel.

(EHRM 9 oktober 1979, Serie A, vol 32, *NJ* 1980/376 (Airey v. Ierland)). Het is het voorgaande juridische 'kader' waaraan de Nederlandse bestuursrechtelijke jurisprudentie getoetst dient te worden. In lijn met de volgorde van behandeling, wordt eerst aandacht gericht op de behandelde rechtspraak van de Hoge Raad.

7.6.2. Jurisprudentie van de Hoge Raad (civiel en fiscaal)

Getoetst aan het bovenomschreven EHRM kader laat de behandelde jurisprudentie van de Hoge Raad een concreet beeld zien. Die jurisprudentie is volledig in lijn met de wijze waarop de bewijsuitsluiting van tijdens de controle afgelegde verklaringen wordt benaderd door het EHRM. Daarentegen staat die jurisprudentie volledig haaks op de EHRM jurisprudentie, voor wat betreft de toepassing van het nemo tenetur-beginsel ter zake van de vordering van 'real evidence'. Als een gevolg daarvan voldoet ook de 'waarborgen'-jurisprudentie van de Hoge Raad niet aan de wijze waarop deze door het EHRM wordt gehanteerd. Deze tegenstrijdigheid verklaart ook het feit dat de conclusies van de drie Advocaten-Generaal Wattel, Langemijer en Niessen, op de genoemde onderdelen haaks staan op de in paragraaf 7.2.13. besproken arresten van de Hoge Raad. Per onderdeel zal dit bondig toegelicht worden.

7.6.2.1. Bewijsuitsluiting van tijdens het controleonderzoek afgelegde verklaringen

Allereerst geldt als genoemd dat de bescherming van 'testimonial evidence' in de fiscale rechtspraak van de Hoge Raad volledig congruent is met die van het EHRM. Verklaringen die afgelegd zijn in verband met het fiscale controleonderzoek, terzake waarvan een medewerkingsplicht bestaat, mogen niet gebruikt worden als bewijsmiddel voor de fiscale boete. De Hoge Raad is daarin consequent: *alle* verklaringen dienen te worden uitgesloten. Er wordt dus niet gedifferentieerd naar gelang het eventuele belastende karakter van de verklaringen. Een en ander volgt uit het arrest van HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27, nadien bevestigd in HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9013. Voorts geldt dat de Hoge Raad de 'mondelinge' verklaringsvrijheid ook in de 'bezwaarfase' nader heeft beschermd. Indien de betrokkene aanvoert zijn bezwaar niet nader te kunnen motiveren, zonder zich te incrimineren, mag zijn aanduiding van de gronden summier zijn. Voorwaarde is dan wel dat de betrokkene dat ook expliciet benoemt; niet volstaan kan worden met een 'blanco' bezwaar. Dit volgt uit HR 8 maart 2002, *AB* 2002/353.

7.6.2.2. Geen bescherming bij vordering real evidence

De wijze waarop de Hoge Raad het nemo tenetur-beginsel benadert in relatie tot 'real evidence', staat in groot contrast met de hierboven beschreven bewijsuitsluiting van verklaringen. In de behandelde serie arresten van 24 april en 29 mei 2015 heeft de Hoge Raad uitgeleverd 'real evidence' gekwalificeerd als 'wilsonafhankelijk materiaal'. De Hoge Raad vat het begrip 'wilsafhankelijk materiaal' dus restrictief op; kennelijk beperkt tot testimonial evidence. Zoals reeds volgde uit de analyse van de EHRM jurisprudentie, schiet die benadering tekort. Geconcludeerd is in hoofdstuk 5. dat de bescherming van het nemo teneturbeginsel eveneens toepasbaar is op 'real evidence'. Wanneer overheidsambtenaren van een betrokkene documenten vorderen, terwijl een criminal charge bestaat, en dwang uitoefenen teneinde die stukken te verstrekken, vormt dit een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel.

7.6.2.3. Geen inhoudelijke 'waarborg'

Kenmerkend voor de fiscale jurisprudentie en inherent aan de sfeercumulatie is het volgende. In diverse zaken is de situatie gebleken van een verdenking van (fiscale) wetsovertreding, terwijl in het kader van de reguliere fiscale controle toch informatie werd gevorderd. De crux is derhalve dat de informatie niet wordt gevorderd in het kader van een strafrechtelijke- of kennelijke boeteprocedure (bijvoorbeeld na het verlenen van de cautie). In het kader van deze materie

heeft de Hoge Raad vanaf 1991 tot en met in elk geval 2009 de doctrine van 'procedurele scheiding' gevolgd; zo volgt bijvoorbeeld uit HR 11 december 1991, *BNB* 1992/243, HR 21 maart 2008, *BNB* 2008, 159 (KB-Lux zaak), HR 18 september 2009, *NJ* 2009, 566 en HR 16 november 2012, *BNB* 2013/29. De Hoge Raad overwoog namelijk dat de vraag naar de toelaatbaarheid van eventueel afgedwongen bewijsmateriaal in de bestraffende boeteprocedure dient te worden beslist.

Deze doctrine is verlaten en is verruild voor de navolgende. In het arrest HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343 werden waarborgen gesteld met betrekking tot de in kort geding gevorderde informatie. Indien niet kan worden uitgesloten dat 'wilsafhankelijk materiaal' tevens in verband met een 'criminal charge' tegen de belastingplichtige zal worden gebruikt, zullen de nationale autoriteiten volgens de Hoge Raad moeten waarborgen dat de belastingplichtige zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen. Derhalve dient de (voorzieningen) rechter een op het vorenstaande gerichte clausulering te verbinden aan het door hem uit te spreken bevel. Wilsafhankelijk materiaal dat door de belastingplichtige ingevolge het bevel van de voorzieningenrechter is verstrekt, mag niet worden gebruikt voor fiscale beboeting of strafvervolging van de belastingplichtige. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat, indien dit toch gebeurt, de belastingrechter of de strafrechter dient te bepalen welk gevolg aan dit gebruik moet worden verbonden.

De achilleshiel van deze 'waarborgen'-jurisprudentie is gelegen in de definitie van het begrip 'wilsafhankelijk' materiaal. Zoals hiervoor werd overwogen, beperkt de Hoge Raad dit begrip tot verklaringen. De clausule die wordt verbonden aan het afdwingen van informatie, in het kader van de door de rechter te verlenen waarborg, heeft daarmee geen betrekking op 'real evidence'. Dit leidt tot de volgende situatie. De van fiscale fraude verdachte betrokkene dient medewerking te verlenen aan dergelijke informatievergaring, en de onderzoeksresultaten daarvan als belastend bewijs tegen hem gebruikt kunnen worden in de boeteprocedure.

Niet alleen de waarborg zelf is door de beperkte opvatting goeddeels van zijn betekenis ontdaan. Ook bij de 'garantie' kunnen vraagtekens geplaatst worden. De Hoge Raad stelt namelijk dat de beantwoording van de vraag wat er dient te gebeuren indien afgedwongen materiaal toch gebruikt wordt in de punitieve procedure, voorbehouden is aan de rechter die oordeelt over de betreffende sanctie. Doordat het uiteindelijke oordeel bij die rechter ligt, vormt de waarborg aldus nog geen daadwerkelijke garantie. Het EHRM verlangt echter wel die daadwerkelijke garantie.[1011] Niet gesteld kan worden dat uit het EHRM arrest Van Weerelt volgt dat de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt 'EHRM-proof' is. In die zaak is het EHRM nog niet toegekomen aan een inhoudelijk oordeel, gelet op de stand van de procedure. Daaruit volgde namelijk nog geen belastend gebruik van afgedwongen materiaal, terwijl door de Hoge Raad een dergelijke waarborg was verleend ter zake van belastend afgedwongen 'wilsafhankelijk materiaal'. De wijze waarop de Hoge Raad invulling heeft gegeven aan die waarborg is derhalve nog niet ter inhoudelijke beoordeling aan het EHRM voorgelegd.

7.6.2.4. Fishing expeditions

In het kader van de bovengenoemde 'waarborgen'-jurisprudentie is wel door de Hoge Raad als norm geformuleerd dat vorderingen, die verband houden met 'fishing expeditions', ontoelaatbaar zijn. In dat verband wordt gesteld dat informatievorderingen met een speculatief karakter niet dienen te worden toegewezen. Verwezen wordt naar de genoemde argumenten in hoofdstuk

[1011]. Zie hoofdstuk 5., paragraaf 5.6. tussenconclusie sfeercumulatie.

5 (paragraaf 3.5). Daar is ingegaan op de reden waarom de 'fishing expedition' geen noodzakelijke voorwaarde vormt voor het aannemen van een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel. Een dergelijk vereiste volgt niet uit de EHRM-jurisprudentie. Daarnaast is een aantal bezwaren tegen dit begrip, als rechtsbeschermend concept, geuit. Een belangrijk praktisch bezwaar is dat dit een voor de rechtspraktijk onwerkbaar criterium vormt. Ten slotte miskent de 'fishing expedition' als norm dat de procesautonomie van de 'charged person' evenzeer wordt ondergraven, wanneer deze gedwongen wordt een actieve bijdrage te leveren aan het produceren van bewijsmateriaal waarvan het bestaan bij de autoriteiten bekend zou zijn.

7.6.2.5. Fiscale omkering van bewijslast

Achtergrond van de 'informatiebeschikking' vormde juist het idee de burger meer rechtsbescherming te verlenen tegen fiscale beslissingen. Met de invoering van de informatiebeschikking vindt eerst een rechterlijke toets plaats, alvorens omkering van de bewijslast plaatsvindt. Door de beperking van de Hoge Raad van het nemo tenetur-beginsel tot verklaringen wordt de ratio achter de informatiebeschikking in elk geval op dit punt van zijn betekenis ontdaan. De justiabele kan dan van de rechter hooguit de garantie krijgen dat zijn bij de fiscale controle af te leggen verklaringen worden uitgesloten van het bewijs van de eventuele boeteprocedure. Dit was echter reeds vaste jurisprudentie, zoals al aan bod kwam.

Daarnaast zou de rechter kunnen toetsen – in het kader van het verbod op fishing expeditions – in hoeverre een vordering met een speculatief karakter aan de orde is. In dat verband is reeds gewezen op het feit dat dit een voor de rechtspraktijk onwerkbaar criterium vormt. Want wanneer is sprake van een vordering met een speculatief karakter? Dat geldt te meer daar de (administratieplichtige) belastingplichtige van rechtswege verplicht is fiscaal relevante gegevens te bewaren.[1012]

Ten slotte kan betwijfeld worden of de vroegere kwalificatie van de fiscale omkering van de bewijslast thans nog geldt. Dit gezien de voornoemde indirecte relatie die gelegd wordt tussen de onherroepelijke informatiebeschikking en het faciliteren van het afdwingen van informatie.

7.6.2.6. Geen controlebevoegdheid bij uitsluitend boeteonderzoek

Indien de fiscale vordering gericht is aan de belastingplichtige – louter – in relatie tot de fiscale beboeting, dan geldt het volgende. De Hoge Raad oordeelde in HR 22 juni 2007 *BNB* 2007/292, dat artikel 47 AWR in een dergelijke boeteprocedure niet geldt. Dit betekent dat wanneer niet langer 'mede' de reguliere fiscale heffing in het geding is, er van de verdachte belastingplichtige geen informatie gevorderd kan worden op basis van dit artikel. De fiscale controlebevoegdheid kan dus niet benut worden om van de te beboeten persoon informatie af te dwingen, omdat er geen bevoegdheid bestaat en aldus geen wettelijke medewerkingsplicht in dat verband. Gezien het voorgaande is gewezen op de logische conclusie dat het (fiscale) boeteonderzoek feitelijk leunt op het controleonderzoek en de medewerking van betrokkene die in dat kader kan worden afgedwongen. Het gebrek aan bevoegdheden ter fine van dat boeteonderzoek illustreert het belang van de fiscale overheid – en van toezichthoudende instanties in het algemeen – om de informatie van betrokkenen te vorderen in verband met het controleonderzoek. Dit sluit op zichzelf ook aan op het uitgangspunt van de bestuursrechtelijke handhaving. De Awb-wetgever

[1012]. Vergelijk artikel 52 lid 1 AWR: Administratieplichtigen zijn gehouden van hun vermogenstoestand en van alles betreffende hun bedrijf, zelfstandig beroep of werkzaamheid naar de eisen van dat bedrijf, dat zelfstandig beroep of die werkzaamheid op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde hun rechten en verplichtingen alsmede de voor de heffing van belasting overigens van belang zijnde gegevens hieruit duidelijk blijken.

stelde als uitgangspunt dat het bewijs van de beboetbare gedraging tijdens het toezichtsonderzoek wordt verzameld (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 122). Van die bevindingen maakt de toezichthouder vervolgens rapport op.

7.6.2.7. Verklaring voor de benadering van de Hoge Raad

In de tussenconclusie is de overtuiging naar voren gebracht dat de Hoge Raad in zijn jurisprudentie tracht de armslag van het fiscale boeteonderzoek overeind te houden. Een volledige toepassing van het nemo tenetur-beginsel, conform de EHRM-jurisprudentie, wordt kennelijk als een ondergraving van dat onderzoek gezien. In dat verband beperkt de Hoge Raad de toepassing van het nemo tenetur-beginsel tot verklaringen, door 'real evidence' categorisch als wilsonafhankelijk materiaal aan te merken. Wellicht acht de Hoge Raad een koerswijziging – conform de EHRM-jurisprudentie – dermate fundamenteel, dat hij daarvoor primair een taak ziet voor de wetgever.

7.6.3. Jurisprudentie van het CBb

7.6.3.1. Bescherming van real evidence

Vanuit de optiek van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel is de meest in het oog springende uitspraak van het CBb die van 10 april 2014, *AB* 2014/313. Hieruit volgt namelijk dat het CBb het nemo tenetur-beginsel toepast op 'real evidence'. De omstandigheden waaronder dat is gebeurd, zijn precies in lijn met de analyse van de relevante factoren, zoals die uit de EHRM-jurisprudentie volgen. Het gaat aldus om een situatie waarin er een verdenking van wetsovertreding bestaat jegens betrokkene. Deze wordt niettemin onder dwang gevorderd te voldoen aan de uitlevering van een laptop. Opgemerkt dient te worden dat geen sprake was van een zogenaamde 'fishing expedition'. Het ging niet om een vaag geduide speculatieve vordering; de autoriteiten vorderden concreet hetgeen zij verlangden. De ratio achter deze beslissing is derhalve fundamenteel verschillend met die van de Hoge Raad, waarin immers het nemo tenetur-beginsel uitgesloten wordt van toepassing op 'real evidence'.

Daarentegen volgt uit de uitspraken CBb 10 januari 2018, *NJB* 2018/280 en CBb 4 september 2018, *NJB* 2018/1715 een ander beeld. Het CBb lijkt het onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal gelijk te stellen aan de vraag naar het al dan niet fysiek bestaan van het gevorderde bewijsmateriaal. Zo was het CBb in de eerstgenoemde zaak niet overtuigd dat de gevorderde dienstroosters in fysieke zin (nog) bestonden; hetgeen aanleiding was dat als 'wilsafhankelijk materiaal' aan te merken. Deze benadering staat haaks op de EHRM-jurisprudentie waarin ook de vordering van 'real evidence' na het bestaan van een verdenking door het nemo tenetur-beginsel beschermd wordt. Desondanks werd de door DNB en AFM gevorderde informatie aangemerkt als 'wilsafhakelijk materiaal', gelet op onder meer de gedetailleerde vraagstellingen.

7.6.3.2. Toepassing van het criminal charge criterium

In contrast met het bovenstaande laat de jurisprudentie van het CBb een beeld zien, waarin een 'formalistische' benadering van het startmoment van het zwijgrecht naar voren komt. Dat formalisme bestaat er uit dat – in verband met de aanvang van het zwijgrecht – veel gewicht wordt toegekend aan het 'oogmerk' van de toezichthouder en het doel van het onderzoek. Het 'oogmerk' speelde bijvoorbeeld een belangrijke rol in de zaken CBb 28 maart 2013, AWB 10/384, 10/385 en CBb 11 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191. Het 'doel van het onderzoek' – wat in wezen eveneens neerkomt op het oogmerk van de toezichthouder – stond centraal in CBb 9 april 2015, *AB* 2015/332. Afgezet tegen die uitspraken zijn er ook uitspraken gesignaleerd

waarin een meer materiële beoordeling van de sfeerovergang plaatsvindt. Dat kwam bijvoorbeeld aan de orde in CBb 28 maart 2013, AWB 10/384, 10/385 en CBB 10 april 2014, *AB* 2014/313. Dit lijken echter uitzonderingen te zijn. Niet gesteld kan worden dat de jurisprudentie van het CBb verschoven is naar een meer 'materiële' benadering van het zwijgrecht. In de relatief recente uitspraak van het CBb van 11 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191, wordt nog een formalistische toets uitgevoerd.

Het praktisch gevolg van een 'formele toetsing' is dat toezichtsonderzoeken kunnen continueren in weerwil van een bestaande verdenking van wetsovertreding, terwijl de medewerkingsplicht blijft bestaan. Dat betekent dat de – materieel geziene – charged person bewijs blijft aandragen tegen zichzelf. Het meest ongerijmde voorbeeld daarvan is te vinden in de uitspraak van het CBb van 25 oktober 2011, AWB 11/631. Daarmee wordt het een aanlokkelijke en lonende tactiek voor de toezichthouder de beslissing een verhoor gericht op het opleggen van een sanctie zo lang mogelijk uit te stellen. De fiscale overheid maakte overigens geen geheim van een dergelijke modus operandi.[1013] Afgezet tegen de EHRM-jurisprudentie kan betoogd worden dat deze 'formalistische benadering' van het moment van het zwijgrecht in strijd is met de materiële toepassing van het zwijgrecht. De toepassing van het zwijgrecht dient immers praktisch en effectief te zijn; hetgeen door de toegepaste benadering ondermijnd wordt.

Wel moet worden opgemerkt dat het CBb de cautieplicht ook toepaste op schriftelijke verhoorvragen. In CBb 2 februari 2010, *AB* 2010/317 werd daarmee impliciet aangesloten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 22 juni 1999, *NJ* 1999/648).

7.6.3.3. Het zwijgrecht van de rechtspersoon

Niet alleen komen de werknemers van de verdachte rechtspersoon volgens het CBb in aanmerking, maar ook diegenen die niet langer in dienst zijn van de firma . Dit volgde uit de uitspraak CBb 21 december 2012, *AB* 2013/49. Vanuit het oogpunt van 'praktische en effectieve' toepassing – het EHRM uitgangspunt – is dat een logische beslissing. De regering diende niettemin een wetsvoorstel in waarin de ex-werknemer dat zwijgrecht (weer) ontnomen werd. Dat wetsvoorstel leidde tot de Wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt. Uit het nieuwe artikel '12i' volgt namelijk dat het zwijgrecht wordt verbonden aan de bij de onderneming *werkzame* personen. Dat nieuwe artikel treedt op 1 januari 2017 inwerking.

7.6.4. Jurisprudentie van de CRvB

7.6.4.1. Bewijsuitsluiting van tijdens controleonderzoek afgelegde verklaringen

De CRvB-jurisprudentie heeft een duidelijke ontwikkeling laten zien, voor wat betreft de bewijsuitsluiting van tijdens de controle afgelegde verklaringen. Uit de zaak CRvB 6 januari 2006, *AB* 2006/169 volgde namelijk dat onder dwang afgelegde verklaringen voor het bewijs van het beboetbare feit gebruikt mogen worden. Op die rechtsopvatting is de CRvB klaarblijkelijk teruggekomen. Vaste rechtspraak van de CRvB is geworden dat de tijdens de controle afgelegde verklaringen uitgesloten worden van het bewijs in de boeteprocedure. In de uitspraak CRvB 1 augustus 2014, *AB* 2014/321 verwijst de CRvB in dit verband naar eigen rechtspraak: CRvB 16 november 2011, *AB* 2012/39 (rechtsoverweging 7.3), CRvB 21 november 2012, *AB* 2013/27 (rechtsoverwegingen 6.7.2 en 6.7.3) en CRvB 3 april 2013, *JB* 2013/118 (rechtsoverwegingen

[1013]. Zie het in hoofdstuk 6 paragraaf 3.3. aangeduide Draaiboek rekeningenproject d.d. 12 december 2001. In het hoofdstuk 'richtlijnen sfeerovergang heffing-boete' werd voorgeschreven dat geen vragen mochten worden gesteld 'welke uitsluitend gericht zijn op het onderzoeken van de mate van schuld bij de belanghebbende'. Zodoende kon voorkomen worden dat de caution verleend moest worden.

5.11 en 5.12). De CRvB stelt in de genoemde uitspraak uit 2014 dat in sociale zekerheidszaken bestuurlijke boetebesluiten niet mogen worden gebaseerd op verklaringen die tijdens een verhoor zijn afgelegd, indien voorafgaand aan het verhoor niet is gewezen op het zwijgrecht. Dat, terwijl betrokkene 'niet kon uitsluiten' dat zijn verklaring aan een boetebesluit ten grondslag zou worden gelegd.

Voorts brengt de CRvB een 'tweedeling' aan in de verklaringen die bij de controle zijn afgelegd. Deze mogen op zichzelf wel rechtmatig gebruikt worden voor de vaststelling van het recht op een sociale uitkering. Daarentegen mogen deze niet gebruikt worden voor het bewijs van de beboetbare gedraging. De jurisprudentie van de CRvB sluit dus wat dat betreft aan bij die van het EHRM, voor wat betreft de bewijsuitsluiting van onder dwang afgelegde verklaringen. In dat verband kan nog de juridisch fijnmazige opmerking geplaatst worden dat de formulering het 'niet kunnen uitsluiten' geen vereiste is, dat gesteld is inzake de bewijsuitsluiting van testimonial evidence in de EHRM jurisprudentie.[1014] Die formulering lijkt gebaseerd op het arrest EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland), dat in beginsel handelde over de vordering van 'real evidence'.

Ten slotte kan in het kader van de bewijsuitsluiting door de CRvB nog opgemerkt worden dat niet gekozen wordt voor een consistente motivering. Stijnen merkt in zijn noot bij CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126 op dat bewijs hetzij werd uitgesloten omdat de cautie tijdens verhoren niet was verleend, hetzij omdat de verklaring onder druk (van een medewerkingsplicht) was afgelegd. Van belang is niettemin dat deze verschillende benaderingen niet tot een andere uitkomst leidden.

7.6.4.2. Reikwijdte van het zwijgrecht

In de uitspraak CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126, werd expliciet ingegaan op de reikwijdte van het Awb zwijgrecht. Belangrijk in dat verband in aanmerking op te merken dat de Awb-wetgever dit zwijgrecht beperkte tot 'zuivere verwijtbaarheidsvragen'. In weerwil van die overweging oordeelde de CRvB dat het voor het zwijgrecht niet relevant is of het gesprek slechts was gericht op het 'wat' en niet op het 'waarom'. Aldus impliceert deze uitspraak van de CRvB een belangrijk verschil in benadering van het Awb zwijgrecht met de benadering die de wetgever – als hierboven benoemd – hanteert in de memorie van toelichting. Voorts stelde de CRvB dat de betreffende boeteoplegging, net als bij strafrechtelijke handhaving, aan een aantal minimumwaarborgen dient te voldoen. De CRvB vervolgt dat artikel 6 EVRM en de interpretatie daarvan door het EHRM haar uitleg van artikel 5:10a Awb 'kleurt'. Het voorgaande impliceert dat de CRvB de toepassing van het Awb zwijgrecht meer in overeenstemming brengt met het strafvorderlijk zwijgrecht en dat een belangrijke restrictie van het zwijgrecht doorbroken is, althans op dat gebied van het sociale zekerheidsrecht. Het voorgaande impliceert namelijk een eerder startmoment van het zwijgrecht.

7.6.4.3. Overwegingen aangaande de cautie

Aangaande het verlenen van de cautie valt het volgende vast te stellen. Uit de uitspraak CRvB 14 februari 2001, *AB* 2001/152 valt af te leiden dat een cautieverplichting alleen geldt in het geval dat sprake is van een 'mondeling verhoor'. De uitspraak van de CRvB is in contrast met die van het CBb. Uit de zaak CBb 2 februari 2010, *AB* 2010/317, volgde namelijk dat de cautie onder omstandigheden kan gelden voor schriftelijke vragen.

[1014]. Zie voor een bespreking van EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland), hoofdstuk 5, paragraaf 5.4. Zie voor de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op 'testimonial evidence', n hoofdstuk 5, paragraaf 2.8.

Daarnaast geldt dat volgens 'vaste' jurisprudentie van het CRvB geen ambtshalve toetsing plaatsvindt of de cautie ook daadwerkelijk is verleend. Dit volgde uit de besproken zaken CRvB 18 maart 2004, *AB* 2004/373 en CRvB 15 juni 2011 (ECLI:NL:CRVB:2011:BQ8654). Een dergelijk 'cautieverweer' zal dus duidelijk door de betrokkene naar voren gebracht moeten worden. Wanneer toch 'ambtshalve' wordt getoetst, wordt volgens de CRvB buiten de grenzen van het voorgelegde geschil (als bedoeld in artikel 8:69 Awb) getreden.

7.6.4.4. Bescherming van real evidence

Over de toepassing van het nemo tenetur-beginsel ten aanzien van vorderingen van 'real evidence' kunnen op basis van de behandelde jurisprudentie geen sluitende conclusies worden getrokken. Slechts in CRvB 30 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3288 (r.o. 4.17) is de kwestie aan de orde gekomen. Daarin werd overwogen dat iemand wel kan worden gedwongen materiaal over te leggen dat onafhankelijk van zijn wil bestaat, zoals zijn bankafschriften. Deze overweging staat haaks op hetgeen in hoofdstuk 5. geconcludeerd is aangaande de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op 'real evidence'. Mogelijk dat de CRvB op dit punt zal aansluiten bij de benadering van de Hoge Raad.[1015] Daarin worden vorderingen van 'real evidence' categorisch uitgesloten van die bescherming.

7.6.5. Jurisprudentie van de ABRvS

7.6.5.1. Toepassing van het zwijgrecht

In het kader van de toepassing van het zwijgrecht kan het volgende gesteld worden. Uit de jurisprudentie van de ABRvS leek het 'doelcriterium' plaats te maken voor wat geduid kan worden als het 'verdenkingscriterium'. Uit een aantal behandelde uitspraken volgt onmiskenbaar een feitelijke beoordeling van de situatie ten tijde van onderzoekshandelingen door de toezichthouder. De ABRvS hield in die zaken niet vast aan de formele kwalificatie van het onderzoek, maar onderzocht de materiële situatie. Gesteld kan worden dat op deze wijze aansluiting wordt gezocht bij het strafprocesrecht en de jurisprudentie over artikel 29 Sv; daar is het verhoor gekoppeld aan de redelijke verdenking. Jansen merkt dit eveneens op in zijn noot bij ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011/334. Die 'verdenkingsbenadering' sluit aan bij het uitgangspunt van een 'praktische en effectieve' uitoefening van verdedigingsrechten. Niettemin is met de uitspraak ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RvS:2018:2115 ondubbelzinnig geopteerd voor het 'formele verhoor criterium'. Dat betekent dat het zwijgrecht geldt op het moment dat sprake is van een verhoor, gericht op boeteoplegging. De implicatie daarvan is dat het startmoment van het zwijgrecht in handen ligt van het (formele) keuzemoment van de verhorende autoriteiten. In dat verband wordt verwezen naar de uitgebreid kritiek daarop in hoofdstuk 6.

Bewijsuitsluiting van gedurende de controle afgelegde verklaringen is niet aan de orde gekomen in de behandelde zaken. Uit de uitspraak ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2936 volgde dat het cautieverweer werd verworpen en de bij de controle afgelegde verklaringen kennelijk wel werden gebruikt voor het bewijs van de beboetbare gedraging. Dat is in strijd met de toepassing van het nemo tenetur-beginsel door het EHRM, dat meebrengt dat in het kader van die controlesfeer afgelegde verklaringen uitgesloten dienen te worden van het bewijs in de boeteprocedure.[1016] Plausibel is dat in die zaak verzuimd is door de verdediging als 'subsidiair' verweer aan te voeren dat bewijsuitsluiting diende plaats te vinden, omdat de verklaringen werden afgelegd onder druk van de wettelijke medewerkingsverplichting. Blijkbaar zag de ABRvS, bij gebreke van een dergelijke standpunt, geen reden tot

[1015]. Zie de uitspraken van de Hoge Raad op 24 april 2015 en 29 mei 2015; behandeld in paragraaf 2.14.
[1016]. Zie hoofdstuk 5 paragraaf 2.8.

ambtshalve uitsluiting van die verklaringen. Dit onderstreept het belang om dergelijke bewijsuitsluiting op het verdedigingspleidooi te plaatsen.

7.6.5.2. Zwijgrecht van de rechtspersoon

Anders dan het CBb heeft gedaan, gaat de ABRvS uit van een marginaal zwijgrecht voor de rechtspersoon. Het zwijgrecht geldt namelijk alleen voor de 'bestuurders' van de rechtspersoon. Dit volgt uit ABRvS 27 januari 2010, *AB* 2010/48, ABRvS 17 juni 2009 nr. 200806540/1/V6 en ABRvS 20 januari 2016, ABkort 2016/37. Voor het zwijgrecht van de rechtspersoon is deze beperking problematisch. Die beperking leidt er namelijk toe dat functionarissen op een belangrijk managementniveau binnen de onderneming het zwijgrecht ontberen. Deze beperkte reikwijdte van het zwijgrecht voor de rechtspersoon is daarmee niet in overeenstemming met het uitgangspunt van een 'praktische en effectieve uitoefening van verdedigingsrechten'.

7.6.5.3. Bescherming van real evidence

De jurisprudentie van de ABRvS voldoet aan de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel met betrekking tot de vordering van 'real evidence'. De reden daarvoor is dat de informatievordering plaatshad in de 'controlesfeer', terwijl anderszins op dat moment ook geen concreet vermoeden van wetsovertreding werd vastgesteld. Dit kwam aan de orde in ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010/332, ABRvS 20 augustus 2014, *AB* 2014/440 en ABRvS 20 januari 2016, ABkort 2016/37. De in de controlesfeer vergaarde 'real evidence' kan aldus gebruikt worden als rechtsgeldig bewijsmateriaal in de boeteprocedure.[1017] Gesignaleerd is dat ter beoordeling van de toelaatbaarheid van de informatievordering de ABRvS is nagegaan of ten tijde van die vordering een 'verdenking' van wetsovertreding bestond. Dit ondersteunt de gedachte dat wanneer die verdenking wel was vastgesteld, besloten had kunnen worden dat het door de vordering verkregen materiaal ongeschikt was geweest voor bestraffingsdoeleinden. Dit omdat er dan sprake was geweest van een afgedwongen actieve medewerking, in strijd met het nemo tenetur-beginsel.

7.6.6 De balans

In het voorgaande zijn de in de inleiding opgeworpen vragen beantwoord. De vraag die nog impliciet in de lucht is blijven hangen, is die naar de onderlinge verhouding tussen de verschillende colleges. Welke jurisprudentiële lijn voldoet het meest aan die van de EHRM-rechtspraak, ter zake van de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel? Vooropgesteld moet worden, dat beantwoording van die vraag gecompliceerd wordt door het feit dat een aantal factoren een rol speelt; het in paragraaf 6.6.1. benoemde juridische 'EHRM kader', omvat immers diverse aspecten. De rechtspraak van de CRvB springt er bij het voldoen aan de EHRM rechtspraak onmiskenbaar uit. Niet alleen past zij de bewijsuitsluiting van verklaringen toe in lijn met het EHRM ; zij benadert het zwijgrecht zelf ook vanuit een 'materiële' perspectief. Beschreven is dat zij geen onderscheid maakt in de toepassing van het zwijgecht tussen 'wat en waarom' vragen. Dit, in weerwil van de Awb-wetgever die dat zwijgrecht verbond aan 'zuivere verwijtbaarheidsvragen'. De rechtspraak van de CRvB sluit dus aan bij het uitgangspunt dat de toepassing van verdedigingsrechten 'praktische en effectief' dient te zijn.

Daarnaast kan gewezen worden op de jurisprudentie van het CBb. Reden daarvoor is toch de meest opvallende uitspraak CBb van 10 april 2014, *AB* 2014/313 – de enige uitspraak– waarin uitsluiting van 'real evidence' aan de orde kwam. Dit, omdat sprake was van een vordering van 'real evidence' van een (als zodanig te beschouwen) 'charged person'. Daarentegen stelde het CBb in de uitspraken CBb 10 januari 2018, *NJB* 2018/280 en CBb 4 september 2018, *NJB*

[1017]. Zie hoofdstuk 5 paragraaf 3.5.

2018/1715 het onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal, kennelijk gelijk met de vraag naar het al dan niet fysiek bestaan van het gevorderde bewijsmateriaal. Wel werd het gevorderde materiaal aangemerkt als 'wilsafhankelijk'. Dat betekende dat conform de EHRM jurisprudentie het materiaal alleen mocht worden afgedwongen, onder de clausule dat deze niet gebruikt wordt voor bestraffende doeleinden.

Ook beschreven is de ruimhartige benadering van het zwijgrecht van de rechtspersoon. Daar staat echter tegenover de 'formalistische' benadering van de criminal charge, in het kader van het startmoment van het zwijgrecht. Mogelijk is dat die jurisprudentiële lijn van het CBb op zal schuiven richting een meer 'materiële' benadering, analoog aan een verdenkingsbegrip, zoals de CRvB en ABRvS feitelijk hanteren.

Opvallend aan de ABRvS jurisprudentie is dat de zichtbare verschuiving die leek plaats te hebben van een 'formele' ('doelcriterium') naar een materiële benadering van het zwijgrecht, geen bestendiging heeft gevonden. In de uitspraak ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RvS:2018:2115 is aangeknoopt bij het 'formele verhoorcriterium' als startmoment van het zwijgrecht.

Resteert de behandelde jurisprudentie van de Hoge Raad. In het voorgaande is daarop stevige kritiek geuit. Die kritiek blijft gehandhaafd, omdat het nemo tenetur-beginsel vrijwel buiten toepassing wordt gelaten op vorderingen van 'real evidence'. Dat terwijl de vordering van die informatie bij uitstek een belangrijke rol speelt binnen het fiscale domein. Daar staat tegenover dat de Hoge Raad wel sinds HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27 consequent de bij de controle afgelegde verklaringen uitsluit van het bewijs in de boeteprocedure. Op dat punt sluit die jurisprudentie van de Hoge Raad dus sedertien wel aan bij de EHRM rechtspraak.

Het is nu zaak om te bezien in hoeverre de strafrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad voldoet aan de wijze waarop het EHRM het nemo tenetur-beginsel toepast.

HOOFDSTUK 8.

De strafrechtelijke jurisprudentie: ontwikkelingen en het verbod tot uitlevering ter inbeslagneming aan de verdachte

'Wij hebben bij het Wetboek van Strafvordering ons strafproces uitvoerig geregeld. Wij hebben gezegd wat bij heeterdaad de bevoegdheden zijn van politie en justitie; wij hebben dit angstvallig gedaan, opdat de burgers in hun rechten niet onnoodig zouden worden verkort en veminderd. Maar nu nemen wij een enkel artikel uit het Strafwetboek, waarbij dan de bevoegdheid van politie en justitie grooter zal zijn dan bij moord, doodslag, diefstal, enz; waar alles ongewijzigd blijft.'[1018]

Kamerlid mr. J. Limburg

8.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk is uitgebreid aan de orde gesteld hoe de jurisprudentie van de hoogste Nederlandse bestuursrechters zich verhoudt tot die van het EHRM, aangaande de toepassing van het nemo tenetur-beginsel. Het is nu zaak een dergelijke analyse uit te voeren voor de strafrechtelijke jurisprudentie. Daartoe wordt die jurisprudentie in 'twee delen' benaderd. Het eerste deel focust op de vordering van 'real evidence', in de situatie dat nog geen sprake was van een verdenking (noch van een 'criminal charge'). Het gaat dan om informatie die tijdens het controleonderzoek wordt vergaard en aangewend wordt voor de strafzaak. Tevens wordt ingegaan op de bescherming van de mondelinge verklaringsvrijheid van de verdachte, die in gedrang kan komen door wettelijke medewerkingsverplichtingen.

Het merendeel van de aandacht zal echter liggen op het 'tweede deel'. Dat handelt over vordering van 'real evidence' ná het ontstaan van de verdenking. Het strafvorderlijk systeem kent op dit punt de bijzonderheid dat een dergelijke vordering aan de verdachte niet is toegestaan. Het in de literatuur en jurisprudentie gevoerde debat over de omvang van de nemo tenetur- bescherming en de vraag in hoeverre de verdachte onder overheidsdwang zijn eigen veroordeling bewerkstelligt, vindt één van zijn hoogtepunten in de discussie over het bevel tot uitlevering ter inbeslagneming aan de verdachte'.[1019] De kritiek op de ter zake relevante jurisprudentie van de Hoge Raad, die in dit hoofdstuk aan de orde komen, ondersteunen die stelling. In essentie gaat het hier over de verhouding tussen de uitlevering van 'real evidence' door een verdachte, waarbij non-coöperatie aan een dergelijk bevel wordt bestraft en het nemo tenetur-beginsel.

Zo uitdrukkelijk als de klassieke strafvorderlijke wetgever in dat kader stelling nam in de kwestie of een dergelijke vordering aan de verdachte toelaatbaar was, zo stilzwijgend was hij over

[1018]. De kritiek van Kamerlid Limburg richtte zich tegen de vergaande politiële bevoegdheden van artikel 16 Wet tot bestrijding zedeloosheid. Deze bepaling verleende aan de in artikel 8 van het Wetboek van Strafvordering 1886 aangewezen ambtenaren onder andere de bevoegdheid: 'te allen tijde bevoegd ter inbeslagneming de uitlevering te vorderen van al hetgeen kan dienen tot bewijs of redelijkerwijs vermoed kan worden bestemd te zijn geweest of gediend te hebben tot het plegen van eenig bij de artikelen 240, 240bis, 248bis, 250, 250bis, 251bis, 254bis, 451bis, 451ter of 451 quater van het Wetboek van Strafrecht omschreven strafbaar feit'. Handelingen Tweede Kamer 1910-1911, p. 1612.

[1019]. Hierna: 'het bevel tot uitlevering'.

dit vraagstuk ten opzichte van de 'bijzondere strafwetgeving'. De wetgever zonderde de verdachte namelijk uit van een *strafvorderlijk* bevel tot uitlevering ter inbeslagneming. De vraag was echter of dat verbod het bevel aan de verdachte te richten, geëxtrapoleerd diende te worden naar de bijzondere wetten. Die vraagstelling is vanaf het begin van de jaren tachtig beantwoord door de jurisprudentie van de Hoge Raad in het 'Vuurwapenwet'-arrest (HR 20 maart 1984, *NJ* 1984/547). Niettemin is de uitgezette koers van de Raad – zoals aan bod zal komen – aan rechtsgeleerde kritiek onderhevig geweest. Zeker in het licht van de in hoofdstuk vijf behandelde rechtspraak van het EHRM en de daaruit afgeleide visie op het nemo tenetur-beginsel, rijst de vraag of het moment niet daar is die koers bij te stellen. Zoals aan het eind van dit hoofdstuk zal blijken, is dat een retorische vraag.

In kort bestek vormen deze geschetste punten het discours van het onderhavige hoofdstuk. Met betrekking tot het 'eerste deel' komt jurisprudentie aan de orde, waarbij de bewijsvergaring (hoofdzakelijk) plaats heeft in de controlesfeer. Het gaat hier om de toepassing van controlebevoegdheden in relatie tot de rechtswaarborgen van de (latere) verdachte. De vraag is hoe die rechtspraak ten aanzien van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel zich verhoudt tot de (in hoofdstuk 5) behandelde rechtspraak van het EHRM. De vraag naar die verhouding geldt in essentie eveneens voor het 'tweede deel'. Daar zal echter worden aangevangen met een meer algemene weergave van het juridisch kader en de ratio van het bevel tot uitlevering. Daarna zal worden ingegaan op het uitgangspunt van de klassieke strafvorderlijke wetgever: het verbod om het bevel tot uitlevering aan de verdachte te richten. De jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin hij dit verbod niet van toepassing achtte op de bijzondere strafwetgeving, vormt ten slotte het hart van dit hoofdstuk. Ten slotte zal ingegaan worden op de verhouding van die jurisprudentie ten opzichte van het nemo tenetur-beginsel ex artikel 6 EVRM.

8.2. Deel I: vordering van testimonial en real evidence in de controlesfeer

8.2.1. HR 26 oktober 1993, *NJ* 1994/629

8.2.1.1. Zwijgrecht verdachte versus verkeersrechtelijke antwoordplicht

De zaak HR 26 oktober 1993, *NJ* 1994/629 betreft een 'klassiek' nemo tenetur-probleem. Aan de orde is een conflict tussen een wettelijke medewerkingsverplichting en – onder meer – het zwijgrecht ex artikel 27 Sv. Concreet gaat het daarbij om de vordering op grond van artikel 41 Wegenverkeerswet (oud) kenbaar te maken wie de bestuurder van de personenauto was. Crux van de zaak is dat de betrokkene aan wie de vordering werd gedaan, reeds de status van verdachte had.

8.2.1.2. Omstandigheden van de zaak

Het hof ging uit van de volgende (subsidiaire) bewezenverklaring. Bewezen verklaard was – kort gezegd – dat de bestuurder als eigenares of houdster van de personenauto, niet had voldaan aan de verkeersrechtelijke medewerkingsverplichting. Die verplichting bestond uit het bekend maken van de identiteit/adresgegevens van de onbekend gebleven bestuurder van het voertuig, waarmee een misdrijf mee was begaan. In cassatie werd het volgende aangevoerd door de verdediging. De raadsman had ter terechtzitting in hoger beroep zijn in eerste aanleg gevoerde verweer met betrekking tot strijdigheid van artikel 41 Wegenverkeerswet met artikel 14 van het Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) herhaald. Het hof zou ten onrechte het verweer verworpen hebben dat het doen van een vordering ex artikel 41 Wegenverkeerswet, strijdig is met artikel 14 lid 3 aanhef en sub g IVBPR, artikel 6 lid 2 EVRM en/of artikel 29 Sv. Het betoog van de verdediging was helder. De verdachte behoefde niet aan de vordering van de

Officier van Justitie te voldoen, omdat zij immers reeds verdachte was in de zin van artikel 27 Sv en zich derhalve mocht beroepen op haar zwijgrecht.

8.2.1.3. Beoordeling door de Hoge Raad

Aangaande dat verweer overwoog de Hoge Raad het volgende. Nu de verdachte ten tijde van de tot haar gerichte vorderingen als bedoeld in artikel 41, eerste lid WVW reeds als verdacht van overtreding van artikel 30, eerste lid aanhef en onder a, WVW door de politie was gehoord, was zij niet gehouden om aan die vorderingen gevolg te geven (r.o. 5.4.3.). Kortom, het zwijgrecht prevaleert in dit geval, ten opzichte van de medewerkingsverplichting. Dit brengt mee dat de Hoge Raad het bewezenverklaarde niet strafbaar acht en verdachte ontslagen wordt van alle rechtsvervolging (r.o. 5.5.).

Opvallend zijn de verschillende implicaties die de Hoge Raad toekent aan de aangevoerde verdragen, naast het strafvorderlijk zwijgrecht. De Hoge Raad overweegt namelijk weliswaar dat artikel 41, eerste lid, WVW een niet te rechtvaardigen inbreuk zou opleveren op artikel 14, derde lid aanhef en onder g IVBPR en artikel 6 EVRM. Dat geldt echter indien de eigenaar of houder ter zake van het als bestuurder begaan van het bij de WVW als misdrijf strafbaar gestelde feit, waarop de vordering als bedoeld in artikel 41, eerste lid, WVW is gericht, reeds is 'charged with a criminal offence' in de zin van die verdragsbepalingen. De adder onder het gras bij deze ‘verdragsrechtelijke route’ is dat de Hoge Raad het begrip criminal charge hier sterk beperkt opvat. Volgens de Hoge Raad is daarvan slechts sprake indien:

> ‘(…) vanwege de Staat reeds een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat hij ervan wordt beschuldigd als bestuurder van het motorrijtuig het bij de WVW als misdrijf strafbaar gestelde feit te hebben begaan, zou immers door het onder wettelijke strafbedreiging voldoen aan de vordering van artikel 41, eerste lid, WVW om de bestuurder bekend te maken in strijd met de evenvermelde verdragsbepalingen onder dwang informatie verschaffen welke als bewijs van dat misdrijf tegen hem kan worden gebruikt (vgl. EHRM 25 februari 1993, Series A vol. 256–A, NJ 1993, 485).’

Van een dergelijke criminal charge was volgens de Hoge Raad nog geen sprake. Kort gezegd is voor dat oordeel redengevend, dat volgens de Hoge Raad uit de feiten – verhoor door de politie, het verlenen van de cautie – nog niet in redelijkheid de gevolgtrekking kan worden verbonden, dat strafvervolging zal worden ingesteld. Corstens heeft hierop kritiek geuit in zijn noot bij HR 26 oktober 1993, *NJ* 1994/629. Volgens hem was beter verdedigbaar dat ‘situation of the suspect’ al eerder ‘substantially affected’ is. In zijn optiek zou de verdachte in deze situatie dan ook als ‘charged’ beschouwd moeten worden.[1020] Wanneer het startmoment van het zwijgrecht wordt afgeleid uit het aanvangsmoment van de criminal charge, impliceert deze benadering een uiterst formalistische invulling van het zwijgrecht. De bescherming van het zwijgrecht verliest dan aan praktische betekenis.

Aangaande de relatie tussen die verkeersrechtelijke vordering en het strafvorderlijk zwijgrecht acht de Hoge Raad het volgende van belang. De Hoge Raad stelt dat enerzijds weliswaar in het Nederlandse recht niet een onvoorwaardelijk recht of beginsel is verankerd dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal. Anderzijds ligt volgens de Hoge Raad aan artikel 29 Sv het beginsel ten grondslag dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het

[1020]. Zie voor een verdere bespreking van de invulling van het criminal charge criterium, hoofdstuk 5, paragraaf 6.

afleggen van een verklaring waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd. Het arrest laat aan onduidelijkheid niets te wensen over, welke afweging de Hoge Raad maakt ter zake van de toepassing van dat 'beginsel'. Indien nu de eigenaar of houder van het motorrijtuig waarmee het in de WvW als misdrijf strafbaar gestelde feit is begaan van dat feit wordt verdacht en hem bij een\ verhoor ter zake van dat feit is medegedeeld dat hij niet tot antwoorden is verplicht, druist een op dat feit betrekking hebbende vordering als bedoeld in het eerste lid van artikel 41 WvW, gedaan na dit verhoor, in tegen voormeld aan artikel 29 ten grondslag liggend beginsel. Redelijke wetstoepassing brengt mee dat in een zodanig geval artikel 41, eerste lid, WvW niet geldt. Uit de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van artikel 41 WvW blijkt ook niet dat de wetgever met artikel 41 WvW heeft beoogd een inbreuk op evengenoemd beginsel te maken, aldus de Hoge Raad.

Het voorgaande arrest is bevestigd in HR 16 september 2008, nr. 00431/07. In deze zaak werd door het hof expliciet naar de hierboven uiteengezette zaak verwezen. Daarbij ging het er om dat de kentekenhouder die al als verdachte van een verkeersmisdrijf is aangemerkt, doordat hij ter zake dat misdrijf als verdachte was gehoord, niet verplicht was aan de daarna gevolgde vordering ex artikel 41 van de WvW (oud) gevolg te geven. Het hof overwoog voorts dat op 1 januari 1995 de Wegenverkeerswet 1994 in werking was getreden. Het hof was van oordeel dat voormeld arrest van de Hoge Raad met betrekking tot artikel 165, eerste lid, van de WvW 1994, dat in de plaats was getreden van voormeld artikel 41 Wegenverkeerswet, zijn betekenis had behouden. Reden daarvoor was dat uit de wetsgeschiedenis niet bleek dat de wetgever een uitzondering op voormeld beginsel had willen maken. De juridische consequentie daarvan was uiteraard dat de kentekenhouder die reeds als verdachte van een verkeersmisdrijf was gehoord, niet verplicht was aan de vordering ex artikel 165, eerste lid, van de Wegenverkeerswet 1994 gevolg te geven. De Hoge Raad laat deze overweging van het hof in stand door te overwegen dat het hof het terecht tot uitgangspunt heeft genomen, hetgeen de Hoge Raad in het aangehaalde arrest ui 1993 heeft overwogen (r.o. 3.6.).

8.2.2. HR 22 november 1994, *NJ* 1995/240

8.2.2.1. Fiscale informatievordering en stafrechtelijk zwijgrecht
De zaak HR 22 november 1994, *NJ* 1995/240 heeft betrekking op de vordering van fiscale informatie, in het licht van het strafvorderlijk verhoor en het daar aan gekoppelde zwijgrecht. De relevantie van het arrest is gelegen in het belang dat de Hoge Raad hecht aan de omstandigheid, dat die vordering plaatshad alvorens sprake was van enige verdenking van strafbare feiten.

8.2.2.2. Omstandigheden van de zaak
In het kader van belastingcontrole kregen geselecteerde Nederlandse piloten een standaardbrief, waarin op basis van artikel 47 AWR om inlichtingen werd gevraagd. De verdediging betoogde dat verdachte bij het beantwoorden van de brief van de fiscus van 4 september 1987 in feite onder vergelijkbare omstandigheden verkeerde als die, waarop de waarborg van artikel 29 Sv het oog had. Die waarborg was volgens de verdediging niet in acht genomen, wat meebracht dat de op 5 november 1987 gegeven antwoorden van het bewijs zouden moeten worden uitgesloten.

Het hof reageerde op dit verweer als volgt. Volgens het hof was de belastinginspecteur niet een ambtenaar, belast met de opsporing van strafbare feiten. Daarom is het verzenden aan verdachte van een schriftelijke vordering als de onderhavige, noch de schriftelijke beantwoording door of namens verdachte van de bij die vordering gestelde vragen, in beginsel niet een verhoor als

bedoeld in artikel 29 Sv. Daarbij komt dat volgens het hof niet was gebleken van enig misbruik van bevoegdheden.

8.2.2.3. Beoordeling door de Hoge Raad

De Hoge Raad adresseert direct de door het hof gegeven kwalificatie van de belastinginspecteur; dat oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Volgens artikel 80 AWR zijn immers met het opsporen van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten, de ambtenaren van de rijksbelastingdienst belast. Volgens Wattèl volgt uit die bepaling dat de (destijds) circa 30.000 ambtenaren van de rijksbelastingdienst van portier tot directeur, met het opsporen van fiscale delicten zijn belast.[1021] Ingevolge artikel 80 eerste lid AWR is de belastinginspecteur, anders dan het hof meent, dus wel degelijk opsporingsambtenaar.

Met betrekking tot het nemo tenetur-beginsel volgt een belangrijker overweging. De Hoge Raad stelt namelijk (r.o. 5.3) dat in de overwegingen van het hof besloten ligt, dat het hof niet aannemelijk heeft geacht dat ten aanzien van de verdachte ten tijde dat de onderhavige vordering werd gedaan reeds een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit bestond, laat staan dat reeds sprake was van een criminal charge in de zin van artikel 14, derde lid aanhef en onder g IVBP en van artikel 6 EVRM.

Dit oordeel van de Hoge Raad laat een mogelijke vervolgvraag open. Want, indien nu wel van een dergelijke verdenking sprake zou zijn geweest, zou het nemo tenetur-beginsel dan wel in zicht zijn gekomen? Schalken wijst op dit punt in zijn noot bij HR 22 november 1994, *NJ* 1995/240. Hij stelt dat op basis van een a contrario-redenering niet kan worden uitgesloten dat de Hoge Raad, mocht de verdenking er wel zijn geweest, de gestelde vragen en de beantwoording ervan toch als een strafrechtelijk verhoor zou hebben opgevat.

8.2.3. HR 30 september 1997, *NJ* 1998/104

8.2.3.1. Toelaatbaarheid in controlesfeer vergaarde real evidence als strafrechtelijk bewijs

De relevantie van de zaak HR 30 september 1997, *NJ* 1998/104 is gelegen in de overwegingen van de Hoge Raad omtrent de vordering van ‘real evidence’. Ingegaan wordt op de bruikbaarheid van dergelijk ‘real evidence’ in de strafprocedure, welke is vergaard in de ‘controlesfeer’.

8.2.3.2. Omstandigheden van de zaak

In de onderhavige zaak werd het verweer gevoerd dat geen sprake was van een 'reguliere' looncontrole, noch van 'reguliere' verzoeken om bescheiden te verstrekken. De verdediging was van oordeel dat het door het SFB (Stichting Sociaal Fonds Bouwnijverheid) sedert maart 1990 onder het mom van een administratiefrechtelijk 'controle-onderzoek' ingestelde onderzoek, tot doel had het opsporen van strafbare feiten. Aldus zou misbruik gemaakt zijn van ‘administratiefrechtelijke bevoegdheden’. De raadsman had voorts aangevoerd dat de verdachte in strijd met het recht is verplicht tot afgifte van de administratie. Volgens de verdediging bleek uit de stukken dat tussen 13 februari 1992 en datum van de eerste terechtzitting in eerste aanleg onderzoekshandelingen jegens verdachte zijn verricht. Daarbij was gebruik gemaakt van (controle)bevoegdheden zonder dat de waarborgen van verdachte in acht waren genomen. In dat verband werd er op gewezen dat verdachte op 12 mei 1992 in verzekering was gesteld, waarmee sprake was van een ‘criminal charge’, en een dag later verplicht werd tot afgifte van de administratie.

[1021]. P.J. Wattèl, *Fiscaal straf- en procesrecht, FED* (fiscale studieserie nr. 25), Deventer 1985, (tweede herziene druk 1989), p. 241.

Het hof oordeelde daaromtrent dat niet aannemelijk is geworden dat er vóór 13 februari 1992 opsporingshandelingen waren verricht, noch was aannemelijk geworden dat er bij het op 13 februari 1992 gestarte opsporingsonderzoek gebruik was gemaakt van controlebevoegdheden. In cassatie werd dat oordeel aan de orde gesteld.

8.2.3.3. Beoordeling door de Hoge Raad

Het verdedigingsbetoog dat feitelijk sprake was van een 'verkapt opsporingsonderzoek', is volgens de Hoge Raad door het hof toereikend gemotiveerd verworpen. De Hoge Raad voegt daar nog aan toe dat de omstandigheid dat het controle-onderzoek sedert 23 januari 1990 zou zijn verricht door (medewerkers van) de afdeling opsporingsdienst van het SFB, althans dat die afdeling bij dat onderzoek betrokken zou zijn doet aan het vorenoverwogene niet afdoet. Dat gezien een controleonderzoek mede kan worden uitgevoerd door tot opsporing bevoegde functionarissen (r.o. 5.4). Over de gevorderde medewerking, na de inverzekeringstelling van verdachte, grijpt de Hoge Raad terug op de (niet onbegrijpelijk beoordeelde) vaststelling van het hof, dat deze vrijwillig is geschied. In het gepubliceerde arrest wordt dat 'vrijwillige karakter' niet nader geduid, zodat dat hier niet verder (zinvol) becommentarieerd kan worden.

Voor de toepassing van het nemo tenetur-beginsel zijn de overwegingen van de Hoge Raad in rechtsoverweging 6.3. interessant. Het oordeel van de Hoge Raad grijpt in principe terug op het onderscheid tussen de controle- en de opsporingssfeer. Allereerst stelt de Hoge Raad dat 'verklaringen' die in dat controleonderzoek zijn verkregen niet voor het bewijs zijn gebruikt, dan wel op enigerlei wijze zijn gebruikt in de strafzaak (r.o. 6.3.). Aangaande 'real evidence' wordt het volgende overwogen. Volgens de Hoge Raad verzet EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk) zich niet tegen het gebruik als bewijsmateriaal in een strafzaak van onder dwang afgegeven materiaal, zoals documenten, hetwelk onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat. Dit leidt in het arrest van de Hoge Raad tot de volgende consequentie. Het Saunders-arrest staat er niet aan in de weg dat eventueel door de betrokkene op grond van de in artikel 50a, derde lid, Organisatiewet sociale verzekering neergelegde wettelijke verplichting aan de controlerende instantie overgelegde stukken in de strafzaak mag worden gebruikt.

Het aspect omtrent de wijze waarop de strafkamer van de Hoge Raad het begrip wilsonafhankelijk/wilsafhankelijk materiaal interpreteert, wordt nader aan de orde gesteldin paragraaf 3.3.8. Wat de Hoge Raad hier feitelijk stelt is dat de 'real evidence' dat gedurende het controleonderzoek wordt verzameld, benut kan worden voor bewijs in de strafzaak. Zoals blijkt uit de analyse van de EHRM jurisprudentie in hoofdstuk 5, is dat op zichzelf in lijn met die jurisprudentie (zie hoofdstuk 5 paragraaf 3.5.).

8.2.4. HR 22 juni 1999, *NJ* 1999/648

8.2.4.1. Verplichte inzending mestboekhouding strijdig met nemo tenetur-beginsel?

In de zaak van HR 22 juni 1999, *NJ* 1999/648 draait het om de vraag in hoeverre de verplichting voortvloeiende uit de Regeling vaststelling afsluitformulieren 1995, om het afsluitformulier mestboekhouding in te zenden, strijdig is met het nemo tenetur-beginsel. Feitelijk vormt de zaak daarmee de juridische voorloper van de in hoofdstuk 6 (paragraaf 3.4.) besproken zaak CBb 12 april 2012, nr. AWB 09/1390, *AB* 2013/67. Die zaak handelde over de relatie tussen de verantwoordingsplicht op basis van de Meststoffenwet en gedwongen zelfincriminatie.

8.2.4.2. Omstandigheden van de zaak

Verdachte was in casu voor de 'overtreding van een voorschrift, gesteld bij een krachtens artikel 6 lid 1 van de Meststoffenwet' veroordeeld tot een geldboete van vijfhonderd gulden, subsidiair tien dagen hechtenis. Vastgesteld was dat verdachte niet had voldaan aan zijn in de Regeling neergelegde verplichting tot tijdige inzending van het afsluitformulier mestboekhouding 1995. In cassatie werd het volgende middel door de verdediging naar voren gebracht. Betoogd werd dat door het invullen van het Afsluitformulier verdachte zichzelf in een positie bracht, waarin hij vervolgd kon worden. Het middel betoogde dat degene die aan die verplichting voldeed zich daardoor aan het gevaar van strafrechtelijke vervolging blootstelde, ingeval dat formulier onjuiste gegevens bleek te bevatten. Het middel achtte zulks in strijd met het zogenoemde nemo-teneturbeginsel en het verbond daaraan de gevolgtrekking dat de Regeling Vaststelling afsluitformulieren 1995 onverbindend was.

8.2.4.3. Beoordeling door de Hoge Raad

Bij de beoordeling van die klacht moet volgens de Hoge Raad worden vooropgesteld dat in het Nederlandse recht niet een onvoorwaardelijk recht of beginsel is verankerd, dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal (4.5.1.). Wel brengt het aan artikel 29 Sv ten grondslag liggende beginsel mee dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een verklaring – het verschaffen van schriftelijke inlichtingen daaronder begrepen – omtrent zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit, waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd. Voorts ligt in artikel 6 EVRM besloten dat, indien ten aanzien van een verdachte sprake is van een 'criminal charge' in de zin van die bepaling, deze het recht heeft 'to remain silent' en 'not to incriminate oneself' (r.o. 4.5.2).

Nu volgt een belangrijke differentiatie, namelijk of jegens de normadressaat van de verplichting op moment daarvan een verdenking, dan wel criminal charge, bestaat. De Hoge Raad stelt namelijk (r.o. 4.6.):

> ‘Het middel berust kennelijk op de opvatting dat hetgeen hiervoor onder 4.5.2 is overwogen ook geldt voor degene die, zonder dat ten aanzien van hem sprake is van verdenking van enig strafbaar feit dan wel van een criminal charge, op grond van de Regeling verplicht is het Afsluitformulier mestboekhouding in te zenden. Die opvatting is onjuist. Dat op grond van de in dat Afsluitformulier vermelde gegevens mogelijk een verdenking ter zake van enig strafbaar feit kan rijzen doet daaraan niet af.’

8.2.4.4. Commentaar op het arrest

Deze zaak is een ‘textbook case’ voor wat betreft de werking van het nemo tenetur-beginsel ter zake de vordering van ‘real evidence’, in de controlesfeer. De beslissing van de Hoge Raad is ook in overeenstemming met de analyse van de EHRM rechtspraak op dit punt. Wat uit de overweging van de Hoge Raad feitelijk volgt, is dat het nemo tenetur-beginsel er niet aan in de weg staat, dat informatie die vergaard is zonder dat sprake is van enige verdenking/criminal charge, gebruikt kan worden voor strafrechtelijke doeleinden. Dat correspondeert volledig met het stramien van de handhaving van het ordeningsrecht, waarbij materiaal kan worden verzameld in de controlesfeer, ter beoordeling of sprake is van (een voldoende mate) van wetsnaleving. Verzoeker is aldus niet als verdachte gedwongen geweest een verklaring te geven, maar moest als mestproducent aan controle meewerken. Men kan zich dus niet onttrekken aan de medewerkingsverplichting tijdens een controleonderzoek, met het argument dat op basis van de uit te leveren informatie wellicht te zijner tijd een verdenking zou kunnen ontstaan.

8.2.5. HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39

De zaak HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39 sluit naadloos aan bij het voorgaande. In die zaak stond het gebruik centraal van gegevens uit de bedrijfsafvalwaterrapportage (BAWR) in de strafzaak. Dat materiaal was door de betrokken firma zelf vergaard, ter voldoening aan een vergunningsvoorschrift. In casu werd eveneens geklaagd dat het gebruik voor het bewijs van door de verdachte aan Rijkswaterstaat verstrekte gegevens, in strijd was met het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht om zichzelf niet te belasten.

Ook hier overwoog de Hoge Raad dat volgens het hof de BAWR gegevens door de verdachte zijn verzameld en verstrekt, toen jegens haar nog geen sprake was van een verdenking of 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. Dat oordeel geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. De omstandigheid dat de verdachte de BAWR gegevens zelf heeft verzameld en verstrekt, doet daaraan niet af. De desbetreffende vergunningsvoorschriften, die daartoe verplichten, zijn gesteld met het oog op het uit te oefenen toezicht op de naleving van de WVO en de krachtens die wet gegeven vergunningsvoorschriften. De belangen die genoemde wet beoogt te beschermen, rechtvaardigen dat toezicht en de wijze waarop het wordt uitgeoefend, alsmede het gebruik van aldus verkregen gegevens bij de vaststelling van een inbreuk daarop. Artikel 6 EVRM verzet zich volgens de Hoge Raad daartegen niet. Ook het gebruik van die BAWR-gegevens als bewijsmateriaal in de strafzaak van de verdachte is niet in strijd met het in artikel 6, eerste lid, EVRM besloten liggende recht van de verdachte om niet aan zijn eigen veroordeling te behoeven meewerken. Deze gegevens vallen volgens de Hoge Raad buiten het bereik van het recht dat een verdachte kan ontlenen aan artikel 29 Sv en artikel 6 EVRM om te weigeren informatie en opheldering aan de overheid te verschaffen die in een strafzaak tot bewijs tegen hem kunnen dienen (Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk, EHRM 17 december 1996, no 43/1994/490/572, *NJ* 1997/699, rov. 68 en 69).

Het gaat in het geval van de ‘BAWR-gegevens’ inderdaad om ‘real evidence’, wat vergaard is in de controlesfeer; zonder dat sprake was van een verdenking of criminal charge. Het nemo tenetur-beginsel verzet zich niet tegen het gebruik van dat materiaal in de strafzaak. Reijntjes merkt in het kader van de onderhavige regulatie verplichtingen nog op dat het in deze zaak niet gaat over een burger die door overheid van wangedrag wordt beticht. Hij wijst op de economische context van de zaak. Het gaat immers volgens Reijntjes om iemand waarvan objectief vaststaat dat hij – om economische redenen – activiteiten ontplooide, die voor anderen risico's meebrengen. Daarentegen geldt als zekere grens dat die ‘complexiteit’ van het ordeningsrecht geen reden kan zijn om inbreuk te maken op artikel 6 EVRM. Die overweging ontbreekt in de door Reijntjes besproken argumentatie. Reijntjes verijst in zijn noot verwijst naar de noot van prof. Michiels bij ABRvS 30 juni 1995, *AB* 1996, 61. Daarin stelt Michiels dat het niet zo mag zijn dat de vergunninghouder verplicht wordt overtredingen te constateren en deze aan het bevoegde gezag te melden. Het bevoegde gezag zal zelf de overtredingen moeten vaststellen, aldus Michiels.

8.2.6. De WED-vordering op grond van aanwijzingen

Naar aanleiding van de zaak HR 21 december 2010, *NJ* 2011/425 kan nog de vraag gesteld worden, in hoeverre het nemo tenetur-beginsel zich verzet tegen een WED-vordering tot uitlevering van stukken, die op basis van aanwijzingen wordt gedaan. In die zaak bestond ten tijde van de vordering kennelijk al een verdenking, maar wat nu als er slechts ‘aanwijzingen’ bestaan hadden. Zoals volgde uit de analyse in hoofdstuk 5 (zie paragraaf 3.5.) behoeft een verdachte na het ontstaan van een verdenking geen medewerking meer te verlenen aan een dergelijke

vordering. Wat nu als er nog geen verdenking bestaat, maar wel 'aanwijzingen' dat een economisch delict is begaan?

Eerder is gesteld dat op basis van de EHRM-jurisprudentie het nemo tenetur-beginsel inroepbaar is vanaf het ontstaan van de 'materiële verdenking'; ongeacht of daarbij sprake is van de formele staat van het onderzoek (controle- of opsporing). De nemo tenetur-bescherming is, zoals uit het aangehaalde hoofdstuk volgt, verbonden aan het ontstaan van de verdenking. Die verdenking is op haar beurt afgeleid uit de materiele invulling van het 'criminal charge'-begrip. De WED-bevoegdheden zijn als opsporingsbevoegdheden inherent verbonden aan de opsporingssfeer. Echter, deze kunnen worden aangewend op basis van de eerdere genoemde 'aanwijzingen'. Het verschil tussen de Awb-controlebevoegdheden en de WED-bevoegdheden, impliceert een verschil tussen de controle- en opsporingssfeer. Wanneer een vordering op basis van de WED aan de betrokkene wordt gericht, betekent dit derhalve dat strafrechtelijk onderzoek aan de orde is. Ook het gegeven dat door de jurisprudentie van de Hoge Raad 'generieke aanwijzingen' volstaan, waardoor de grens met zuivere controlebevoegdheden erodeert, maakt de voornoemde kwalificatie niet anders.[1022]

Het voorgaande brengt mee dat van de betrokkene medewerking zou kunnen worden gevorderd, die strafrechtelijk gesanctioneerd is, terwijl deze onderhevig is aan strafrechtelijk onderzoek. Ondanks dat nog geen sprake is van een verdenking, heeft de 'opsporingssfeer' alsdan de entree gemaakt.

Niettemin leidt consistente toepassing van de EHRM-jurisprudentie er toe dat dat de betrokkene tegen wie dergelijke aanwijzingen bestaan op zichzelf toch gehouden is aan dat WED-onderzoek medewerking te verlenen. Dit is problematisch omdat degene wel voorwerp is van een vorm van opsporingsonderzoek. Daarbij geldt ten opzichte van het bestuursrecht (art. 5:20 Awb jo. 184 Sr) een verzwaarde pressie tot medewerking in het economisch strafrecht (art. 26 WED jo. 2 lid 5 WED jo. 6 lid 2 WED). De interpretatie naar de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel uit de EHRM jurisprudentie dient echter wel consequent te worden toegepast, zoals hierboven aangegeven. In de praktijk zal dit een sterk casuïstische aangelegenheid zal blijven, gezien aanwijzingen en de strafvorderlijke verdenking elkaar dicht kunnen benaderen.

Bij eerste beschouwing zou de gedachte kunnen rijzen dat inderdaad aan die vordering in het geval van aanwijzingen meegewerkt moet worden. Niettemin verdient een andere benadering de voorkeur. Zoals in hoofdstuk 3 (paragraaf 7) aan de orde kwam, betreffen de WED-bevoegdheden 'opsporingsbevoegdheden'. De omstandigheid dat deze al in het geval van aanwijzingen gehanteerd kunnen worden maakt dat niet anders.

8.2.7. HR 8 juli 2008, *NJ* 2008/455

8.2.7.1. Gebruik van IND verklaring in het opsporingsonderzoek

Het thema van de zaak van HR 8 juli 2008, *NJ* 2008/455 wordt gevormd door de rechtsvraag in hoeverre bij de IND afgelegde verklaringen als bewijsmiddel in de strafzaak gebruikt mogen worden. Naar analogie van EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk) wordt door de verdediging gesteld dat sprake is van dergelijk gebruik, hetgeen meebrengt dat het nemo tenetur-beginsel geschonden zou zijn. De verklaringen, afgelegd bij de IND, zijn immers afgelegd ter voldoening aan de wettelijke medewerkingsverplichting in het

[1022]. Zie voor het begrip 'generieke aanwijzingen' hoofdstuk 2 paragraaf 7 e.v.

kader van de vreemdelingen procedure. De vraag is dan ook hoe de Hoge Raad oordeelt omtrent het gebruik van die verklaringen als bewijsmiddel in de strafzaak.

8.2.7.2. Omstandigheden van de zaak

De zaak is te duiden als een uitvloeisel van de vreemdelingrechtelijke procedure. In die zin heeft een vorm van sfeerovergang plaatsgehad. Bij die procedure was namelijk op enig moment bij de IND het vermoeden ontstaan dat verdachte zich aan oorlogsmisdrijven heeft schuldig gemaakt. Verdachte was namelijk een ex-militair, die een hoge functie had bekleed bij de toenmalige (militaire) inlichtingendienst te Kabul (Afghanistan). Om te beginnen was verdachte op 7 en 10 juni 1996 in de gelegenheid gesteld zijn aanvragen toe te lichten. In dat verband was hij door een medewerker van de IND gehoord. Aan verdachte was op 26 augustus 1996 een vluchtelingenstatus toegekend. Vervolgens was verdachte op 7 januari 1999 aanvullend gehoord in verband met het ernstige vermoeden van – kort gezegd – betrokkenheid bij oorlogsmisdrijven. Daarbij ging het erom dat verdachte zich mogelijk toch uit hoofde van zijn toenmalige (inlichtingen) functie die hij in Afghanistan had bekleed, schuldig zou hebben gemaakt aan het schenden van mensenrechten. In verband met die verhoren was verdachte bij aanvang daarvan het belang van de verhoren uiteengezet en hem verzocht naar waarheid te verklaren.

Voorts was van belang dat die verklaringen en onderzoek verricht door medewerkers van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en de IND, bij beschikking van 31 juli 2000 was beslist aan verdachte alsnog geen vergunning tot verblijf te verlenen en hem de vluchtelingenstatus te ontzeggen. Die beschikking hield in dat er ernstige redenen waren om te veronderstellen dat verdachte zich schuldig had gemaakt aan oorlogsmisdrijven, dan wel misdrijven tegen de menselijkheid, zoals omschreven in artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag. Vervolgens was deze '1F- beschikking' daarna door de IND aan het openbaar ministerie verzonden. Dit ging gepaard met het verzoek om te bezien of verdachte strafrechtelijk diende te worden vervolgd. Dit leidde tot een strafrechtelijk onderzoek tegen verdachtes medeverdachte. Verklaringen afgelegd in dat onderzoek hebben op haar beurt geleid tot het instellen van een strafrechtelijk onderzoek tegen verdachte. Begin december 2004 was verdachte aangehouden en vervolgens enige malen door de politie als verdachte gehoord. Het Haagse hof veroordeelde verdachte uiteindelijk tot een aanzienlijke gevangenisstraf, namelijk voor de duur van negen jaar.

8.2.7.3. Beoordeling door de Hoge Raad

In cassatie wordt door de Hoge Raad op één middel gereageerd. Dat middel klaagt over de verwerping door het hof van het verweer dat het Openbaar Ministerie had gehandeld in strijd met het in artikel 6 EVRM besloten liggende nemo tenetur-beginsel, (alsmede met het in artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op privacy door in de onderhavige strafzaak gebruik te maken van de verklaringen die de verdachte bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst heeft afgelegd).[1023] De Hoge Raad doet dit middel af onder verwijzing naar hetgeen de (waarnemend) A-G Bleichrodt in zijn conclusie heeft gesteld (onder 14). Van belang is dus wat de A-G in dit verband heeft geconcludeerd.

[1023]. Zie par. 14.2. van de conclusie: 'De verdediging heeft daartoe de navolgende argumenten aangevoerd die hieronder zakelijk zijn weergegeven:
a. door het gebruik van door de verdachte in zijn procedure bij de IND afgelegde verklaringen in de onderhavige strafzaak heeft het openbaar ministerie gehandeld in strijd met het in artikel 6 EVRM besloten liggende nemo tenetur-beginsel, kort omschreven inhoudende dat niemand verplicht behoort te worden aan zijn eigen veroordeling mee te werken;
b. de IND heeft in strijd met de privacy van de verdachte, te weten in strijd met de aan de verdachte toegezegde vertrouwelijkheid van het door hem verklaarde, diens IND-dossier aan de politie verstrekt. Aldus is artikel 8 EVRM geschonden.'

Allereerst geldt dat geen IND-stukken stukken tot het bewijs zijn gebruikt, volgens de A-G. Deze stelt namelijk dat – in relatie tot het verweer – een verklaring van verdachte ter terechtzitting in eerste aanleg is gebruikt (bewijsmiddel 3), alsmede een tweetal begin december 2004 door verdachte tegenover de politie afgelegde verklaringen (bewijsmiddelen 26 en 27). De verklaring in eerste aanleg is volgens de A-G een korte verklaring van verdachte die slechts inhoudt welke functie hij heeft bekleed. Over persoonlijke betrokkenheid bij de feiten wordt ook in die verklaringen niets gezegd, aldus de A-G. Het gaat naar zijn zeggen over verdachtes functie en zijn plaats en die van H. in de organisatie. De verdachte heeft alleen op een vraag: 'Werd er ten tijde van Amin, toen u daar werkte, of u nu aanwezig was of niet, gemarteld bij de KAM?', geantwoord met: 'Ja, dat gebeurde wel.'

In relatie tot die verhoren stelt de A-G het volgende (par. 6.2.4.). Bij die verhoren is verdachte herinnerd en geconfronteerd met de inhoud van zijn IND verklaringen. In die zin is er op de IND-verhoren voortgebouwd door opsporingsambtenaren. Nu is de juridische situatie dat verdachte noch ter terechtzitting in eerste aanleg, noch ter terechtzitting in hoger beroep in het bijzonder geconfronteerd is geweest met zijn tegenover de IND afgelegde verklaringen. In eerste aanleg is hem ter terechtzitting slechts de korte inhoud van die verklaringen voorgehouden. Zowel ter terechtzitting in eerste aanleg als in hoger beroep heeft de verdachte zich in hoofdzaak beroepen op zijn zwijgrecht, aldus de A-G.

Voorts wijst de A-G op overwegingen van het hof omtrent enige 'dwang' in de IND procedure (par. 6.2.7.):

> 'Naar het oordeel van het hof is in de door de verdachte doorlopen IND-procedure geen sprake geweest van het afleggen van verklaringen 'onder dwang' van een dreigende strafvervolging als waarvan in de Saunders-beslissing sprake was. Degene die zich vrijwillig aan de IND-procedure onderwerpt en daaraan medewerking verleent in het bijzonder door verklaringen af te leggen, doet dat laatste immers niet 'onder dwang' van een strafrechtelijke vervolging. Hieraan doet naar het oordeel van het hof niet af dat indien betrokkene ter verkrijging van toelating en een verblijfsvergunning die procedure 'in gaat', hij feitelijk wel tot (verdere) medewerking aan (onderdelen van) die procedure wordt verplicht, noch doet daaraan af dat de nakoming van die verplichtingen ook kan worden gesanctioneerd en dat de uiteindelijke consequentie van niet-meewerken de niet-verlening van het door betrokkene verzochte kan zijn. Evenmin doet daaraan af dat degene die toelating en vergunning tot verblijf verzoekt zich uit zichzelf al gedrongen kan voelen mee te werken om zijn doel te bereiken.
> Wellicht ten overvloede wijst het hof er bovendien nog op dat de zelfincriminerende elementen uit de betreffende IND-verklaringen zich in essentie beperken tot mededelingen betreffende de zeer hoge positie van de verdachte destijds in de militaire inlichtingendienst van de betreffende regimes. Datgene wat zich in die dienst voordeed en aanleiding vormde voor de huidige strafvervolging was of werd – geleidelijk – duidelijk(er) uit andere bronnen.'

8.2.7.4. Commentaar op de uitspraak

Hoe verhoudt de voorgaande uitspraak zich nu tot de toepassing van het nemo tenetur-beginsel aangaande testimonial evidence, zoals gedestilleerd is uit de jurisprudentie van het EHRM? Vooropgesteld; er lijkt in deze zaak van een dergelijk gebruik tot het bewijs in het geheel geen sprake. Het gebruik van de IND verklaringen heeft zich beperkt tot het vooronderzoek, bij het verhoor van verdachte door opsporingsambtenaren.

Toch vallen bij de uitspraak een paar opmerkingen te plaatsen. Ten eerste geldt met betrekking tot de 'dwang' in de IND procedure het volgende. Schalken merkt op in zijn noot bij HR 8 juli 2008, *NJ* 2008/455 dat de niet-nakoming van de procedurele verplichtingen op basis van de Vreemdelingenwet 2000 kon worden gesanctioneerd. Het komt aldus voor dat het hof de 'dwang' om te verklaren te marginaal heeft benaderd. De 'juridische dwang' om te voldoen aan een medewerkingsverplichting bestaat wel degelijk. Zo geldt volgens het huidige artikel 54 van de Vreemdelingenwet 2000 dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, ten aanzien van vreemdelingen kan worden voorzien in een verplichting tot (onder meer) het verstrekken van informatie. Daarbij gaat het om het (al dan niet in persoon) verstrekken van gegevens, welke van belang kunnen zijn voor de toepassing van de bij of krachtens deze wet gestelde regels. Hierbij geldt dat overtreding van die verplichting conform artikel 108 Vreemdelingenwet 2000 strafbaar is, waarvoor hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de tweede categorie kan worden opgelegd. Dus los van enige 'pressie' rondom het verkrijgen van een verblijfsvergunning wordt de verplichting tot verklaren wettelijk gesanctioneerd. Aannemelijk is dat ten tijde van de IND verhoren in de onderhavige zaak, vergelijkbare regelgeving bestond.

Het volgende aspect is het gebruik van de IND-verklaringen door de opsporingsambtenaren, alsmede het feit dat deze stukken deel uitmaakten van het strafdossier. Zoals uit de analyse van de EHRM jurisprudentie volgt, staat het nemo tenetur-beginsel er niet aan in de weg dat op basis van de in de 'controlesfeer' vergaarde verklaringen, nader (strafrechtelijk) onderzoek wordt gedaan. Aldus kunnen die verklaringen op zichzelf wel worden benut voor dergelijk opsporingsonderzoek. Dat is een belangrijke kanttekening die de strafrechtelijke autoriteiten ruime mogelijkheid biedt voor nader onderzoek.[1024] Het oprekken van de nemo tenetur-regel, tot het verbieden die verklaringen ten grondslag te leggen aan nader onderzoek gaat te ver. Dat is ook niet wat het EHRM heeft gesteld. Er ligt onmiskenbaar een blijvend dilemma. De nemo tenetur-regel leidt er wel toe dat die verklaringen geen bewijsmiddel vormen. Die kunnen wel (mede) het fundament van de strafzaak vormen. Dat betekent dus dat de betrokkene een afweging zal moeten maken. Hetzij voldoen aan de wettelijke verplichting – naar waarheid – te verklaren én strafvervolging riskeren; hetzij dat niet doen en de vreemdelingrechtelijke consequenties aanvaarden.

Daarentegen geldt dat die verklaringen in beginsel uitgesloten dienen te worden van het gebruik voor het bewijs in de strafzaak. Dat brengt naar mijn opvatting mede dat deze ook geen deel uit dienen te maken van het strafdossier. De rechter kan toch (mede) zijn overtuiging vormen op basis van verklaringen, al werken ze niet mee aan de bewijsvoering. Dat proces is oncontroleerbaar. Op dit punt kan de 'AFM'-praktijk in herinnering worden gebracht met betrekking tot het 'schonen' van het dossier, aangaande dergelijke verklaringen. Dossiers werden 'geschoond' van verklaringen van een betrokkene afgelegd in de controlesfeer, zodat dit niet betrokken werd in het kader van de boeteprocedure.[1025] Het start proces-verbaal van de strafzaak zou aldus melding kunnen maken van de IND informatie die ten grondslag ligt aan het verzoek de strafvervolging te beoordeling. Daarbij zou aangetekend kunnen worden dat ter bescherming van de verdedigingsrechten die verklaringen geen deel uitmaken van het strafdossier. Dat is transparant en dat is aldus onmiskenbaar ten gunste van de verdachte.

Het voorgaande brengt eveneens mee dat de opsporingsambtenaren bij het verhoor van de verdachte, geen gebruik maken van diens eerdere IND-verklaringen. Om de verdachte op die wijze

[1024]. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 2.3., laatste alinea.
[1025]. Zie (onder: het standpunt van AFM in hoger beroep) CBb 6 november 2009, *AB* 2010/215.

te confronteren met eerder afgelegde verklaringen – waarbij een wettelijk gesanctioneerde medewerkingsplicht bestond – doorbreekt de procesautonomie van verdachte. Dit aspect is zeer vergelijkbaar met EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk). De mogelijkheden om in 'vrijheid' de eigen procespositie te bepalen worden immers nadelig beïnvloed door het vragen te reageren op eerdere verklaringen, die niet als verdachte zijn afgelegd, waarvoor het voorgaande gold. Het is op basis van het arrest niet te duiden in hoeverre een relatie bestaat tussen de verklaringen die verdachte in de strafprocedure heeft afgelegd, zijn gedaan naar aanleiding van die verklaringen uit de IND-procedure. Er geldt in elk geval dat de strafrechtelijke verklaringen (kennelijk) zijn afgelegd, nadat de caution is verleend.

8.2.8. HR 28 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX3868

In de zaak HR 28 augustus 2012 ECLI:NL:HR:2012:BX3868 wordt het verweer gevoerd dat een verklaring van de verdachte is gebruikt, toen hij nog in de hoedanigheid van getuige was gehoord. Dat terwijl hem de caution gegeven had moeten worden voorafgaand het verhoor.

8.2.2.1. Omstandigheden van de zaak

Verdachte had aanvankelijk op 24 november 2004 tegen de arbeidsinspectie als getuige een verklaring afgelegd. De inspecteur die daarover is gehoord verklaart dat hij de betrokkene had medegedeeld dat hij een controle hield, in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen. Later is de betreffende inspecteur tot de conclusie gekomen dat er meer dingen waren waarvan hij dacht dat de betrokkene als verdachte gehoord zou moeten worden. Verdachte heeft toen niet meer verklaard.

Het hof oordeelde dat ten tijde van het getuigenverhoor nog geen redelijk vermoeden van schuld was gerezen. Op grond daarvan concludeerde de A-G in de conclusie dat de klacht faalde, dat betrokken bij dat getuigenverhoor al de caution had moeten krijgen.

8.2.2.2. Beoordeling door de Hoge Raad

De Hoge Raad wijdt niet uit over deze zaak. Hij stelt dat het middel niet tot cassatie kan leiden en doet de zaak af op grond van artikel 81 RO; het oordeel behoeft geen nadere motivering nu het middel niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

De Hoge Raad had nog langs andere weg had kunnen opteren voor bewijsuitsluiting van de mondelinge verklaring. Uit de feiten vloeit immers voort dat sprake was van een bestuursrechtelijk controleonderzoek. Betrokkene was in het getuigenverhoor gehouden aan dat onderzoek medewerking te verlenen. Die verklaring is dus onder dwang afgelegd. Dat betekent dat conform de bewijsuitsluitingsregel van het Saunders-arrest, 'testimonial evidence' vergaard onder druk van wettelijke medewerkingsverplichtingen (in beginsel) tot het bewijs worden uitgesloten.

8.2.9. HR 8 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1608

8.2.9.1. Informatieverplichting sociale zekerheid versus gestelde zelfincriminatie

De zaak van HR 8 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1608 betreft een ongetwijfeld niet unieke situatie. Het gaat er om dat de verdachte verweten wordt dat hij nagelaten heeft inkomsten te vermelden, in het kader van de uitkeringsverplichtingen. Daarbij is het probleem dat die onvermelde inkomsten een illegale herkomst hebben.

8.2.9.2. Omstandigheden van de zaak
De situatie vormt voor verdachte een paradox. Verdachte is veroordeeld voor het (onder meer) nalaten (tijdig) door te geven in de periode van 15 maart 2006 tot 25 augustus 2007 heeft gehandeld in drugs en/of inkomsten uit deze handel heeft genoten. In cassatie wordt aangevoerd dat verdachte van die handel en die inkomsten geen melding kón maken zonder zichzelf te belasten in de toen nog lopende drugszaak. In dat verband wordt aansluiting gezocht bij de conclusie van A-G Wattel van 1 maart 2013 (ECLI:NL:PHR:2013-:BZ3640).

Valt hier inderdaad een parallel te trekken met het (punitieve) fiscale recht? Op eerste gezicht valt een vergelijking te trekken met de zaak HR 11 december 1991, *BNB* 1992/243 (besproken in hoofdstuk 6 paragraaf 2.1.). In die zaak overwoog de Hoge Raad dat het uitgangspunt van medewerking voor de vaststelling van de eigen belastingschuld onverkort geldt, indien en voor zover de belastingplichtige door aan deze verplichting te voldoen mogelijk de verdenking op zich laadt een strafbaar feit te hebben gepleegd. Bij nadere beschouwing geldt echter dat de vergelijking met het fiscale recht maar ten dele opgaat. De belastingplichtige heeft immers geen mogelijkheden zich aan die controleverplichting te onttrekken. De situatie ligt anders voor degene die een uitkering ontvangt. Ook al was de betrokkene gehouden naar waarheid te verklaren, de betrokkene was dat niet op basis van een wettelijk gesanctioneerde medewerkingsverplichting. Weigert de betrokkene de informatie, dan resulteert dat waarschijnlijk in een afwijzing van de aanvraag, maar het resulteert niet in een wettelijke sanctie. Dit geldt uiteraard voor de (verlengde) aanvraag, niet indien de toezichthouder informatie vordert aangaande de reeds genoten uitkering. Met A-G Hofstee kan dan ook worden ingestemd dat de conflicterende juridische situatie door verdachte zelf is veroorzaakt. Volgens Hofstee had verdachte uitkering(en) zelf kunnen stopzetten door bijvoorbeeld geen formulieren en werkbriefjes (meer) in te vullen. Hij had dan niet hoeven te vertellen wat de bron was van zijn nieuwe inkomsten.

De Hoge Raad sluit zich aan bij de visie van zijn A-G door de zaak af te doen op basis van artikel 81 RO, onder verwijzing naar hetgeen deze heeft gesteld.

8.2.10. HR 20 februari 2018, *NJB* 2018/509, ECLI:NL:HR:2014:247

8.2.10.1 Toepassing zwijgrecht tijdens douanecontrole
In de zaak van HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2014:247, manifesteert zich het spanningsveld van tussen het controle- en opsporingsonderzoek. Hoewel er namelijk formeel sprake is van een controleonderzoek, kan er materieel (feitelijk) al sprake kan zijn van een ‘opsporingsonderzoek’, doordat de betrokken ambtenaren een redelijk vermoeden van schuld koesteren.

8.2.10.2. Omstandigheden van de zaak
De verdachte in deze zaak werd door de douane op de luchthaven Schiphol aangesproken, alwaar hij wilde uitreizen naar Panama. Vervolgens werd hij onderworpen aan een controle waarbij verschillende stapels 500 euro biljetten werd bevonden. In totaal werd voor € 44.110 euro aangetroffen onder verdachte. Gedurende dat onderzoek in de bagage, alsmede na het aantreffen van de geldbedragen, werden verdachte nadere vragen gesteld waarop hij heeft geantwoord. In hoger beroep is aangevoerd dat verdachte tijdens dat tijdens het douaneonderzoek de cautie verleend had moeten worden (alsmede voldaan had moeten worden aan de Salduz-norm). Dat brengt dan mede dat al hetgeen hij verklaard heeft na het aantreffen van het geld door de Douaneambtenaren tot aan zijn eerste verhoor door de Belastingdienst/FIOD, uitgesloten dient te worden van het bewijs.

Het hof heeft dit verweer verworpen. De handelingen en vragen van de Douaneambtenaren vielen naar het oordeel van het hof onder de controlebevoegdheid, die de Douaneambtenaren op basis van de Douanewetgeving hadden. Aldus behoefden de Douaneambtenaren verdachte niet op zijn zwijgrecht te wijzen.

8.2.10.3. Beoordeling door de Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt dat het hof aan zijn oordeel kennelijk ten grondslag heeft gelegd, dat de omstandigheid dat de verbalisanten vragen stelden in verband met een douanecontrole, uitsluit dat van een verhoor als bedoeld in artikel 29, tweede lid, Sv sprake kan zijn geweest. De Hoge Raad acht dat oordeel onjuist. Daartoe wordt de overweging aangaande het aanwenden van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren herhaald. Dat houdt in dat ook bij het aanwenden van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren, tegenover een verdachte de aan deze als zodanig toekomende waarborgen in acht te dienen worden genomen. Daaronder valt uiteraard het zwijgrecht ex artikel 29 Sv.

Het arrest is een belangrijke uitspraak voor de bescherming van de mondelinge verklaringsvrijheid in relatie tot de sfeerovergang. Met de uitspraak wordt namelijk concrete invulling gegeven aan de gedachte dat hoewel formeel sprake kan zijn van een controleonderzoek, er materieel sprake kan zijn van een opsporingsonderzoek. De Hoge Raad is in dat verband dus bereid om te kijken achter de formele juridische structuur, naar hetgeen zich daadwerkelijk voortdoet, zulks met oog op de strafvorderlijke waarborgen van de verdachte. Dit past ook in de lijn van het EHRM voor wat betreft de praktische en effectieve' uitoefening van verdedigingskrachten. Het onderhavige arrest sluit dan ook aan bij de zaak Ibrahim v. VK (EHRM 13 september 2016, *NJB* 2017/267). (Zie de bespreking van deze zaak in hoofdstuk 5. paragraaf 7). A-G Hofstee wijst daar in zijn conclusie ook op (in par. 32). In die zaak Ibrahim overweegt het EHRM dat het cruciaal is voor het zwijgrecht dat de *verdachte* daarvan op de hoogte is. Het begrip verdachte is dus in de zaak van de Hoge Raad materieel ingevuld, los van de formele status van het onderzoek.

Ten slotte merkt A-G Hofstee nog terecht op dat ook als er geen cautieplicht bestond, artikel 6 EVRM meebrengt dat onder 'dwang' verkregen verklaringen van de betrokkene in beginsel niet tot het bewijs van een strafbaar feit in een latere strafprocedure tegen hem mogen worden gebruikt. Het gebruik van het woord dwang is volgens de A-G op zijn plaats, aangezien de medewerkingsplicht van art. 15, eerste lid, van het Douanewetboek van de Unie van toepassing is zolang van een verdenking geen sprake is. De verdediging had kennelijk verzuimd dat verweer te voeren.

8.3. Deel II: vordering van 'real evidence' van de verdachte

8.3.1. Het strafvorderlijk bevel tot uitlevering globaal beschouwd: ratio en toepassingskader

Naast 'testimonial evidence' kan 'real evidence' van groot belang zijn in een strafzaak. Dat hoeft op zichzelf geen betoog; verdovende middelen, verboden handelswaren, etc. kunnen van belang zijn in het kader van de waarheidsvinding. Daartoe kunnen opsporingsambtenaren dergelijke voorwerpen in beslag nemen. De inbeslagneming is dus een 'typische' opsporingsbevoegdheid.[1026] Paragraaf 2, titel 5, afdeling 3 van boek 1 Strafvordering voorziet in de inbeslagneming door opsporingsambtenaren of bijzondere personen. Artikel 96 Sv is wat dit betreft een kernbepaling, nu daar aangeduid wordt wanneer tot inbeslagneming mag worden overgegaan:

[1026]. Buruma licht dit toe aan de hand van de AWR. Artikel 81 AWR (in beslag nemen administratie is exclusief aan opsporingsambtenaren voorbehouden; anders dan de bevoegdheden ter controle, inzage en het nemen van

> ‘In geval van ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit of in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, is de opsporingsambtenaar bevoegd de daarvoor vatbare voorwerpen in beslag te nemen en daartoe elke plaats te betreden.’[1027]

Op hun beurt worden in de artikelen 94 en 94a Sv voorwerpen omschreven, welke in beslag mogen worden genomen. Daarbij geldt voor de inbeslagneming van brieven een aparte regeling.[1028] Het artikel dat in het perspectief van dit hoofdstuk het uitgangspunt vormt is artikel 96a Sv eerste lid:

> ‘In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, kan de opsporingsambtenaar een persoon die redelijkerwijs moet worden vermoed houder te zijn van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp bevelen dat hij dit ter inbeslagneming zal uitleveren.’[1029]

De wet stelt hier aldus uitdrukkelijk een verdenkingsvereiste.[1030] Artikel 96a Sv kent aldus aan de opsporingsambtenaar de bevoegdheid toe tot het geven van een bevel tot uitlevering van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp.[1031] Buiten de in artikel 96a Sv genoemde voorwaarden mag een dergelijk bevel tot uitlevering alleen door de rechter-commissaris worden gegeven (behoudens art. 551 Sv en de bijzondere wetten).[1032] De bevoegdheid de uitlevering te bevelen

---

afschriften van stukken). Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 218.

[1027]. Artikel 67 eerste lid Sv noemt een ruime categorie aan delicten, zie bijvoorbeeld sub a (misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld) en sub b. In dat verband geldt dat dat voor de ‘bijzondere wetgeving’ ook bepalingen worden genoemd (sub c) als: de Wet op de kansspelen, de Opiumwet, de Wet wapens en munitie en de Wet op het financieel toezicht. Zie ook artikel 95 Sv eerste lid: Hij die den verdachte aanhoudt of staande houdt, kan voor inbeslagneming vatbare voorwerpen, door dezen met zich gevoerd, in beslag nemen.

[1028]. Zie artikel 96a lid 4 Sv.

[1029]. Laatste verandering: Wet van 25 maart 2009, *STB.* 155 (i.w.tr. op 1 april 2009). Daarbij is lid 5 veranderd. ‘Aan de houder van de concessie als bedoeld in artikel 2 eerste lid, van de Postwet’, is vervangen door ‘aan een postvervoerbedrijf als bedoeld in de Postwet 2009’. Het bevel tot uitlevering kan mondeling of schriftelijk worden gegeven. Bij een mondeling bevel dient proces-verbaal te worden opgemaakt. Een schriftelijk bevel hoeft niet te worden betekend. *Kamerstukken II* 1992/93, 23 251, nr. 3, p. 19. Na een telefonisch verzoek om uitlevering kan een schriftelijke bevestiging worden gestuurd aan de betrokkene, teneinde deze zich in staat te stellen over de afgifte te verantwoorden. Zie F. Vellinga-Schootstra, *Inbeslagneming en huiszoeking. De dwangmiddelen ter inbeslagneming* (diss. Groningen), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1982, a.w., p. 95. Vergelijk de problematiek van de informatieverstrekking in het financiële toezichtsrecht. Roth schrijft dat betrokkenen in een ‘spagaat’ kunnen belanden waarin zij gebeten worden door ofwel de (beurswaak)hond, wanneer niet direct informatie wordt aangeleverd, ofwel de kat, wanneer die informatie zonder daartoe strekkende wettelijke verplichting is verstrekt. G.P. Roth, *Onderzoeken naar marktmisbruik door de AFM*, in: Bouwen en bezinning: Regels van wenselijk en onwenselijk financieel recht, Lustrumbundel 2007 Vereniging voor Effectenrecht, Kluwer: Deventer 2007, p. 285.

[1030]. Blok en Besier meenden dat in het kader van art. 107 (oud) Sv er geen groot bezwaar bestond, dit bevel te geven op grond van vage vermoedens. Zie J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlands strafproces I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1925, p. 342. Vellinga-Schootstra was het daar niet mee eens, gezien het bevel van uitlevering op grond van vage vermoedens niet past in het geheel van regels betreffende de dwangmiddelen ter opsporing. Zie Vellinga-Schootstra, a.w., p. 93-94. De wet noemt in artikel 96a Sv duidelijk een verdenkingvereiste.

[1031]. L. Stevens, *Het nemo tenetur-beginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 77.

[1032]. Vergelijk ook art. 100 Sv dat weer een specialis is van art. 96a Sv. Op grond van dit artikel kan de officier van justitie bij ontdekking op heterdaad van de genoemde misdrijven, de uitlevering bevelen van o.a. poststukken en faxberichten, bij postvervoer bedrijven of bedrijven geregistreerd ingevolge artikel 2.1, vierde lid, van de Telecommunicatiewet. Volgens Vellinga-Schootstra wordt eigenlijk de plicht uitgebreid die op de getuige rust om te

van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen wordt in het Wetboek van Strafvordering verleend aan de rechter-commissaris (art. 105 lid 1 Sv) en aan de opsporingsambtenaar (art. 96a lid 1 en 551 lid 1 Sv). Markant is dat in de bijzondere wetten deze bevoegdheid wordt verleend aan opsporingsambtenaren (terwijl dit bevel, blijkens huidige jurisprudentie van de Hoge Raad, óók tot de verdachte mag worden gericht).[1033] Dit komt in paragraaf 8.4 uitgebreid aan de orde.

Het bevel tot uitlevering mag aan de vermoedelijke houder van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp worden gegeven. 'Houder' is 'diegene die het feitelijk in zijn macht heeft aan het bevel tot uitlevering te voldoen'. Het begrip 'houder' is aldus ruimer dan in de civielrechtelijke betekenis. Daarnaast is van belang dat het bij het bevel tot uitlevering gaat om *strafvorderlijke* inbeslagneming.[1034] Die uitlevering kan ook alleen worden bevolen ten aanzien van de voor inbeslagneming vatbare voorwerpen (vgl. art. 96a lid 1 en 105 lid 1 Sv, zie wederom art. 94 en 94a Sv). Daarmee is de bevelsbevoegdheid 'accessoir' aan de inbeslagneming.[1035]

Als opgemerkt kan de uitlevering worden bevolen van alle 'bepaald voor inbeslagneming vatbare voorwerpen' (art. 105 Sv). Voor brieven en andere geschriften geldt echter een beperking: het bevel kan alleen worden gegeven in de in artikel 107 lid 2 genoemde gevallen. Slechts in het geval van de 'dringende noodzakelijkheid en bij ofwel ontdekking op heterdaad ofwel verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, kan de officier van justitie onder omstandigheden de uitlevering bevelen van pakketten, brieven en dergelijke (art. 100 Sv).[1036] Om die reden komt ingevolge artikel 105 Sv de rechter-commissaris de bevoegdheid toe aan degene die vermoedelijk houder is van het gezochte voorwerp, te bevelen dit aan hem uit te leveren of ter griffie van de Rechtbank over te brengen.

Voorts verlangt de wetgever dat de uit te leveren voorwerpen 'bepaald' zijn. De vraag is wanneer een voorwerp voldoende 'bepaald' is. De Memorie van Toelichting stelt in dat kader:

> 'Het gezochte voorwerp zal voorts door de opgave van concrete kenmerken zijn aan te duiden, niet b.v. door zijne relaties tot een bepaalde gebeurtenis. Zoo zal b.v. de uitlevering van 'alle voorwerpen waaraan zich bloedvlekken bevinden' van den houder kunnen worden gevorderd, maar niet de uitlevering van 'alle voorwerpen welke van den diefstal bij X, afkomstig zijn'. In het laatste geval zijn toch de gezochte voorwerpen niet bepaald aangewezen.'

Duidelijk is dat de betrokkene zal moeten weten om welk voorwerp het justitie te doen is, waarbij zij ook niet direct gediend hoeft te zijn met een 'Kafkaiaans' bevel tot uitlevering; althans

---

vertellen over hetgeen hij zelf heeft waargenomen of ondervonden (bij artikel 107 Sv oud). Zij verwijst in dat verband tevens naar artikelen 210, 213 en 215 Sv. Vermoedt justitie dat het in beslag te nemen voorwerp bij een derde te vinden is, dan is deze derde als getuige volgens haar verplicht om naar waarheid te antwoorden op de vraag waar het voorwerp zich bevindt. Maar de getuige kan pas tot *afgifte* worden gedwongen als hem bevolen is het voorwerp uit te leveren. Zie Vellinga-Schootstra, a.w., p. 87.

[1033]. Zie Brouwer, a.w., p. 135. Brouwer geeft de volgende toelichting bij het verschil in positie van de rechter-commissaris en de opsporingsambtenaar, optredend op grond van bijzondere wetten. Het bevel tot uitlevering werd oorspronkelijk verdedigd als een bevoegdheid van de rechter-commissaris, optredend in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek, waarmee huiszoekingen voorkomen konden worden. Om 'overwegingen van humaniteit' heeft de wetgever er voor gekozen de uitzonderingsposities bij het bevel te schoeien op de leest van het zwijgrecht dat de verdachte toekomt tijdens het verhoor en het verschoningsrecht waar bepaalde groepen zich als getuigen ter terechtzitting op kunnen beroepen, aldus Brouwer.

[1034]. Een bevel tot uitlevering gericht op het realiseren van een niet-strafvorderlijke inbeslagneming is rechtens ontoelaatbaar. HR 22 februari 1977, *NJ* 1977/288 (Rode vlag).

[1035]. Brouwer, a.w., p. 77.

[1036]. B.F. Keulen, *Economisch strafrecht,* Facetten van strafrechtspleging 11, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 294.

niet wanneer zij op zoek is naar specifieke zaken.[1037] Twijfel over de aard van het voorwerp moet zoveel mogelijk worden uitgesloten. Vellinga-Schootstra werpt in dit verband een belangrijk punt op. Zij stelt namelijk dat in veel gevallen de omschrijving van het uit te leveren voorwerp pas duidelijk zal zijn, als daarin niet alleen de kenmerken van het voorwerp worden beschreven, maar ook 'de relatie' tot het delict of tot de vermoedelijke dader. Dat staat dus haaks op hetgeen in de geciteerde Memorie van Toelichting is vermeld. Volgens haar gaat het immers om een bevel gericht tot een 'derde.' Dat brengt mede dat een omschrijving die voor de verdachte duidelijk genoeg zou zijn, voor een buitenstaander te weinig gegevens kan bevatten.[1038] Vellinga-Schootstra geeft het voorbeeld van het bevel tot uitlevering dat wordt gedaan aangaande 'acht bankbiljetten van 1000 gulden'. Van 'bepaald' voor de inbeslagneming vatbare voorwerpen kan men in dit voorbeeld pas spreken als het bevel zou worden aangevuld met de woorden 'die verdachte B. bij U in bewaring heeft gegeven'. Daarom is volgens haar het criterium dat de Memorie van Toelicht geeft onjuist en kan alleen aan de eis van de wet worden voldaan als in het bevel behalve de kenmerken van de voorwerpen óók de relatie tot een bepaald delict of tot een bepaalde persoon worden aangegeven. Afgezien van de kritische toevoegingen van Vellinga-Schootstra, is het vereiste van 'bepaaldheid' een onderbelichte normering van het bevel tot uitlevering. Deze bepaling vormt immers in feite een interessante 'anti fishing-expediton' waarborg.[1039] De strafvorderlijke overheid kan niet willekeurig de uitlevering van voorwerpen gelasten, teneinde zaken te zoeken die niet in orde zijn. Het Nederlands procesrecht kent hier dus een zekere normering.

Hoewel het bevel tot uitlevering een afzonderlijke strafvorderlijke bevoegdheid betreft, moet deze worden bezien in een breder strafvorderlijk verband. Dit verband heeft betrekking op de bevoegdheid tot doorzoeking, het ultieme middel de inbeslagneming te effectueren. De vordering tot uitlevering zal derhalve altijd 'geschaduwd' blijven door de mogelijkheid van de betreffende opsporingsautoriteiten tot de doorzoeking over te gaan.[1040] De doorzoeking wordt ook gezien 'als stok achter de deur' voor de niet-coöpererende betrokkene. Dat laat onverlet dat de oorspronkelijke wetgever het bevel tot uitlevering voornamelijk zag als een 'tegemoetkoming' (van overheidswege) aan de betrokkene. De oorspronkelijke wetgever formuleerde het aldus:

> 'Langs deze weg *[het bevel tot uitlevering, aut.]* zullen derhalve niet alleen, evenals door toepassing van art. 99, eerste lid, huiszoekingen kunnen worden vermeden, doch

---

[1037]. Anderzijds wijzen van Bavel en Valkenburg juist op de problematiek van een 'ruim' geformuleerd uitleveringsbevel. Zij geven het voorbeeld van een rechter-commissaris die in een fraudezaak de uitlevering wil vorderen van vervalste geschriften. Deze zal de geschriften in het bevel nauwkeurig moeten omschrijven; hetgeen naast het strafbare feit zal moeten zien op de concrete kenmerken van de uit te leveren vervalste stukken. Zij wijzen er op dat in de praktijk vaak de weg wordt gekozen door de uitlevering te bevelen van 'enige echte onvervalste boekhouding.' Dan ontstaat volgens hen een probleem voor de betrokkene. Die wordt voor de keuze gesteld tussen oftewel niet voldoen aan het bevel en de sanctie van artikel 184 Sr riskeren of tot de uitlevering van de boekhouding overgaan. In dat geval wordt dan volgens van Bavel en Valkenburg de bewijspositie van het OM ter zake van artikel 225 lid 2 Sr vereenvoudigd, gezien (onder meer) sprake is van 'gebruik' tegenover een concrete derde; te weten de rechter-commissaris. C.J. van Bavel en W.E.C.A. Valkenburg, 'Het bevel tot uitlevering, impasse of in te passen?' *NJB* 1988, p. 1348. Vgl. J.M. Reijntjes, Derdenwerking van een vervalst geschrift, in: C.H.J. Enschedé, N. Keijzer, J.C.M. Leijten en Th.W. van Veen (red.), Liber amicorum J. Remmelink, Arnhem: Gouda Quint bv 1987, p. 505-516.

[1038]. Vellinga-Schootstra, a.w., p. 90.

[1039]. Zie hoofdstuk 5. paragraaf 3.5. over de relatie tussen 'vermeende' 'fishing expedition' en het nemo teneturbeginsel.

[1040]. Brouwer merkt op dat in het Wetboek van Strafvordering dit verband met de huiszoeking nogal sterk is. Als aan het bevel tot uitlevering van de rechter-commissaris niet wordt voldaan, kan deze tot huiszoeking overgaan. Brouwer, a.w., p. 77.

> mede de voorbereidende maatregelen daartoe, welke voor den betrokkene, vooral op kleinere plaatsen, zeer onaangenaam kunnen zijn'.[1041]

De wetgever stelt voorts:

> 'Tot inbeslagneming in eene woning zal volgens art. 99 in den regel niet worden overgegaan, dan nadat de bewoner is gehoord en vruchteloos tot vrijwillige afgifte uitgenoodigd; inbeslagneming door den rechter-commissaris kan worden voorkomen door te voldoen aan het volgens art. 105 te geven bevel tot uitlevering'.[1042]

Artikel 99 Sv heeft derhalve het karakter van een 'vrijwillige' uitnodiging. Indien geen 'vrijwilligheid' wordt getoond, dient de mogelijkheid van de huiszoeking zich aan. In feite vormt dat dus een verkapt pressiemiddel om die coöperatie te bewerkstelligen. Daarmee kan de vrijwilligheid in zekere zin dus mee worden 'afgedwongen'. Niettemin biedt dit de betrokkene wel een bepaalde keuze. De ratio van het bevel is immers primair in de sleutel gezet van een 'verzachtende werking', waarbij de mogelijkheid van 'damage control' bestaat voor een betrokkene, door zich de inbreuk op diens privacy, en de bijbehorende commotie in diens directe omgeving, ten gevolge van de doorzoeking, te besparen. Dat neemt niet weg dat een voorwerp soms bij een doorzoeking niet te vinden zal zijn, terwijl justitie ervan overtuigd is dat de betrokkene het in zijn bezit heeft.[1043] Bij het klassieke wettelijke uitgangspunt van het 'verzachtende' karakter kan bovendien zowel een theoretische als een praktische kanttekening geplaatst worden. Ten eerste geldt het volgende. Zoals in de volgende paragraaf uitgebreid aan bod zal komen, heeft de wetgever'om redenen van humaniteit juist de verdachte uitgezonderd van het *strafvorderlijke* bevel tot uitlevering. Derhalve is een belangrijke groep – zo niet dé belangrijkste – daarvan uitgezonderd. Het strafvorderlijk bevel tot uitlevering geldt in elk geval niet voor de verdachte; de nuance daargelaten dat wel om uitlevering kan worden *verzocht*. Het argument dat de ratio van het bevel tot uitlevering erin gelegen is 'erger te voorkomen', kan dan evenwel niet opgaan voor de verdachte.

De tweede kanttekening bestaat uit het volgende. Aangenomen kan worden dat wanneer een bevel tot uitlevering schriftelijk én voorafgaand aan ter plaatse komen van opsporingsambtenaren wordt uitgevaardigd, de kans geenszins ondenkbeeldig is dat *in bepaalde gevallen* belastend bewijsmateriaal zal verdwijnen. Daarom schrijft Vellinga-Schootstra dat (uiteraard) het belang van het onderzoek vaak de grond zal vormen om af te zien van een bevel tot uitlevering, wanneer justitie vreest dat degene tot wie het bevel zal worden gericht, na ontvangst van het bevel, het voorwerp zal verdonkeremanen.[1044] Wanneer de opsporingsautoriteiten het bevel ter plaatse uitvaardigen, betekent dat – zeker als het geüniformeerde opsporingsambtenaren met een opvallend dienstvoertuig betreffen – het politiële overheidsoptreden zeer waarneembaar zal zijn in de directe omgeving van de betrokkene. Het oorspronkelijke argument dat het voldoen aan het bevel tot uitlevering – bij wijze van verzachtende tegemoetkoming – de commotie (en reputatieschade) in de sociale omgeving kan tegengaan, levert dan *op dat punt* aan overtuigingskracht in; 'de buurt ziet de politie sowieso al bij de woning van de betrokkene'. Natuurlijk kan een betrokkene nog steeds zich de inbreuk op de privacy besparen die de doorzoeking mee zal brengen. Daarbij kan dit uiteraard een stuk 'goodwill' kweken bij de betrokken opsporingsautoriteiten. Na deze relativeringen van de oorspronkelijke ratio van het bevel tot uitlevering (nu het bevel niet aan de verdachte mag worden gericht, alsmede de autoriteiten toch al ter plaatse

---

1041. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr., p. 93 Vellinga-Schootstra, a.w., p. 93.
1042. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 85.
1043. Vellinga-Schootstra, a.w., p. 87.
1044. Vellinga-Schootstra, a.w., p. 89.

aanwezig zullen zijn bij de uitvaardiging van het bevel) lijkt de ratio van het bevel tot uitlevering – praktisch bezien – eerder te vinden te zijn in een van 'efficiency' voor de strafvorderlijke autoriteiten. Deze kunnen tijd en inspanning uitsparen wanneer het gevorderde voorwerp al wordt aangeleverd door de betrokkene. Wie zal wensen te bepleiten dat een doelmatige opsporing geen maatschappelijk belang dient?

8.3.2. Het strafvorderlijk bevel tot uitlevering en de 'nemo tenetur' bescherming

De mogelijkheid het bevel tot uitlevering te kunnen geven impliceert de toepasselijkheid van artikel 184 Sr als sanctie op een eventuele non-coöperatie.[1045] Aan de verdachte kan dan die overtreding van artikel 184 Sr als apart feit naast de feiten die aan het licht gekomen zijn door de doorzoeking ten laste worden gelegd.[1046] Indien een bevel tot uitlevering echter gegeven wordt om een ander doel dan de strafvorderlijke inbeslagneming te bereiken, dan kan degene tot wie het bevel gericht is straffeloos weigeren het voorwerp uit te leveren. Zo een bevel is inderdaad niet 'krachtens wettelijk voorschrift gedaan'.[1047] Niettemin heeft de wetgever op dit punt een voorzien getroffen ten behoeve van de verdachte. Het oude artikel 107 Sv – thans artikel 96a Sv, na de Wet herziening Gvo – bepaalde nadrukkelijk dat een dergelijk bevel niet tot de verdachte mag worden gericht.[1048] Artikel 96a lid 2 Sv stelt onomwonden:

> 'Het bevel wordt niet gegeven aan de verdachte.'

De reden van deze vrijstelling op het bevel tot uitlevering is volgens de Memorie van Toelichting gelegen in 'redenen van humaniteit en zelfbehoud':

> 'Het zou inderdaad met alle humaniteit in strijd zijn, den in artikel 106 (. ..) bedoelde personen onder de daarin genoemde voorwaarden tot uitlevering te verplichten en aldus, wellicht op straffe, tot eene medewerking aan het onderzoek, welke van hen redelijkerwijs niet kan worden verlangd, te nopen'.[1049]

Het bevel mag dus niet eens aan de verdachte mag worden gegeven; een klein maar niet onbeduidend nuance verschil. De verdachte geniet derhalve ter veiligstelling van zijn eigen positie de meest verstrekkende bescherming, te weten de modaliteit van niet-medewerken. Blok en Besier beschrijven het als volgt:

> 'Was het reeds: inhumaan om iemand op straffe te verplichten tot het medewerken aan een onderzoek, dat zijne naaste betrekkingen betrof, of tot eene uitlevering, welke die betrekkingen of hem zelven aan het gevaar eener strafrechtelijke vervolging zou blootstellen 'nog inhumaner zou het geweest zijn den verdachte, tegen wien reeds een gerechtelijk vooronderzoek was geopend, onder strafbedreiging tot medewerking aan een onderzoek tegen hem zelven te nopen'.[1050]

[1045]. Zie ook Van Bavel en Valkenburg, a.w., p. 1349.

[1046]. Het na een daartoe strekkend bevel niet uitleveren van vervalste stukken is strafbaar op grond van artikel 193 Sr. Volgens Vellinga-Schootstra stamt de bepaling uit de tijd dat het WvSv enkel een bevel tot uitlevering in valsheidsprocedures kende. (WvSv 1886, artikelen 276, 278 en 280 lid). Vellinga-Schootstra, a.w., p. 89.

[1047]. Brouwer, a.w., p. 77.

[1048]. Artikel 96a lid 2 is sinds de Wet herziening gvo de opvolger van artikel 107-oud Sv. Laatstgenoemd artikel is vervallen en de inhoud ervan is neergelegd in artikel 96a lid 2 Sv. Zie Commissie-herijking Wetboek van Strafvordering (Commissie-Moons), Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 107.

[1049]. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. p. 93.

[1050]. Blok en Besier, a.w., p. 347-348.

De verdachte hoeft aldus geen keuze te maken voor het al dan niet meewerken aan de uitvoering van een bevel tot uitlevering: het bevel mag – let wel – *überhaupt* niet aan hem worden gegeven omdat hij reeds dan voor een onmenselijk dilemma wordt geplaatst. Dat is geen betekenisloze nuance. Stel dat de wettelijke regeling had geluid dat het bevel tot uitlevering (geen 'uitnodiging' maar een bevel) wel tot de verdachte mag worden gericht, maar dat deze niet gehouden is deze op te volgen. In die situatie komt het accent te liggen op verdachtes kennis aangaande zijn rechtspositie. Een verdachte moet ten slotte wel weten dat hij dan gehouden is het bevel niet op te volgen. Zonder cautie die met het bevel gepaard gaat, zouden de rechten van de verdachte dan betrekkelijk illusoir worden, gelet op de veronderstelde onwetendheid op dit punt. De wetgever heeft deze situatie dus vermeden door te bepalen dat het bevel in het geheel niet mag worden gegeven aan de verdachte.

Die 'redenen van humaniteit en zelfbehoud' die de wetgever ten grondslag legt aan het 'bevelsverbod aan de verdachte' kan redelijkerwijs niet anders uitgelegd worden, dan dat de wetgever het niet humaan achtte de verdachte te verplichten zichzelf te incrimineren. Ware dit anders, dan zou van de verdachte een actieve inspanning verlangd worden om bewijsmateriaal tegen zichzelf (wellicht letterlijk) aan te dragen. Dis is ook exact hoe Vellinga-Schootstra de achtergrond van deze humaniteit uitlegt. Zij schrijft dat de wetgever het kennelijk niet humaan achtte de verdachte op een dergelijke wijze medewerking af te dwingen aan het bewijs van zijn schuld.[1051] Met andere woorden: het is niet humaan de verdachte hier een beroep op nemo tenetur te ontzeggen in relatie tot het bevel tot uitlevering. Deze benadering sluit aan bij de zienswijze van Vellinga-Schootstra, waar zij van mening is dat iemand die niet verplicht is om door spreken zichzelf te belasten, ook niet kan worden gedwongen om mee te werken aan het bewijs, door voor inbeslagneming vatbare voorwerpen aan de justitie af te staan.[1052] Uiteraard betekent het niet dat er voor de betrokken autoriteiten geen andere wegen openstaan om het verlangde voorwerp in handen te krijgen.

Deze benadering van het recht van de verdachte niet aan een bevel tot uitlevering te hoeven meewerken – sterker nog, een verbod aan de autoriteiten een dergelijk bevel uit te vaardigen – sluit aan bij de eerder verdedigde algemene benadering van de nemo tenetur-rechtswaarborg, zoals deze voortvloeit uit de rechtspraak van het EHRM.[1053] Daarbij gaat het om een recht om niet gehouden te zijn om op actieve wijze bewijsmateriaal tegen zichzelf aan te dragen en zodoende 'opsporingsambtenaar in eigen zaak' te worden. Dit laat onverlet de plicht om op passieve wijze de toepassing van bepaalde dwangmiddelen te dulden. Deze algemene uitgangspunten vinden enerzijds hun concretisering in het uiteengezette recht van de verdachte, om gevrijwaard te zijn op vordering van de autoriteiten een actieve participatie te leveren in het aandragen van belastend bewijsmateriaal. Anderzijds dient een verdachte bepaalde dwangmiddelen, in de vorm van een eventuele doorzoeking, passief te dulden. Dit is in lijn met de zogeheten 'Mollenvangers' doctrine, gebaseerd op het arrest HR 16 januari 1928, *NJ* 1928, 233. De zaak handelde primair over de vraag of een opsporingsbevoegdheid – te weten het staande houden – gepaard gaat met een recht een vordering te doen, teneinde in de gelegenheid te worden gesteld die bevoegdheid te kunnen effectueren. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest:

> '(..) dat echter de stelling, als zou de enkele bevoegdheid tot den een of anderen maatregel van opsporing of onderzoek C ..) noodzakelijk mede insluiten het recht tot het doen eener vordering om tot dien maatregel in de gelegenheid te worden gesteld, in de wet geen steun vindt; dat immers – nog daargelaten, dat dan de verdachte op straffe zou

[1051]. Vellinga-Schootstra, a.w., p. 94.
[1052]. Vellinga-Schootstra, a.w., p. 88.
[1053]. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 3.5.

> worden verplicht tot zijn eigen veroordeling mede te werken, hetgeen met den geest van het nieuwe Wetboek van Strafvordering kwalijk zou strooken –, verschillende bepalingen van het Wetboek de tegenovergestelde opvatting blijken te geven.'

In relatie tot de het bevel tot uitlevering is relevant wat de Hoge Raad hierna ten overvloede uiteenzet:

> '(...) dat bijvoorbeeld het nieuwe Wetboek in art. 104 den Rechter-Commissaris tijdens het gerechtelijk vooronderzoek tot inbeslagneming van alle daarvoor vatbare voorwerpen bevoegd verklarend, het niettemin noodig heeft geacht hem in art. 105 nog uitdrukkelijk het recht te verleenen om de uitlevering van zoodanige voorwerpen te bevelen, met andere woorden om hem tot de inbeslagneming daarvan in de gelegenheid te stellen, waarbij het dan verder nog de aandacht verdient, dat dit bevel, ingevolge art. 107, in elk geval niet mag worden gegeven aan de verdachte.'

Artikel 107 Sv (oud) vormt dus voor de verdachte een uitzondering op een voor anderen wel bestaande plicht die door middel van artikel 184 Sr kan worden afgedwongen.[1054] Volgens het arrest impliceert de medewerking aan de staandehouding dat de verdachte aan zijn eigen veroordeling moet meewerken, hetgeen volgens de Hoge Raad in strijd is met de 'geest van het wetboek'. De redenering die vervolgens wordt gevolgd is dat artikel 107 Sv een uitvloeisel is van het beginsel dat de verdachte niet verplicht kan worden aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Wanneer we deze uitspraak bezien in het licht van de vaststelling dat artikel 107 Sv feitelijk is ingegeven door een 'nemo tenetur' overweging, dan wekt zij geen verbazing. Sterker nog, het arrest vormt daar dan een logisch uitvloeisel van.[1055]

Niet alleen verdachten zijn uitgezonderd van het bevel tot uitlevering; ook verschoningsgerechtigden zijn niet gehouden aan het bevel gehoor te geven. (art. 96a lid 3 Sv).[1056] De wetgever laat hier vertrouwensrelaties en persoonlijke banden prevaleren boven het belang van strafvordering/waarheidsvinding. Daarbij noemt Vellinga-Schootstra het voorbeeld van de arts tot wie de verdachte zich tijdens zijn vlucht gewend heeft; deze arts kan niet worden gedwongen het medisch dossier van de verdachte uit te leveren.[1057] Degenen die daarentegen wel tot de wettelijke doelgroep behoren van het bevel, zijn bij weigering daar aan te voldoen strafbaar op grond van art, 184 Sr. Uiteraard geldt daarbij als voorwaarde dat diegene beschikte over het voorwerp ten tijde van het bevel. Over de bestraffing van de 'non-coöperatie' is in de Memorie van Toelichting het volgende overwogen:

1054. Stevens, a.w., p. 82.

1055. Ook volgens Bakhoven was art. 107 lid Sv oud een uitvloeisel van het aan ons Wetboek van Strafvordering ten grondslag liggende beginsel, dat de verdachte zelf aan zijn eigen veroordeling en strafoplegging niet hoeft mede te werken. W.P. Bakhoven, *Bevoegdheden tot inbeslagneming en huiszoeking*, TvS XLIX (1939) p. 315-316. Vergelijk ook de overwegingen van Melai ten aanzien de verklaringsvrijheid van de verdachte: 'De positie van de verdachte wordt bepaald door zijn verklaringsvrijheid: tot antwoorden is hij niet verplicht (art. 29 Sv). Deze hoofdregel van Nederlands strafprocesrecht berust op de fundamentele opvatting, dat de verdachte als handelend persoon tot geen enkele opheldering of bijdrage in tegen hem gericht strafrechtelijk onderzoek is gehouden. Een consequentie daarvan is gelegen in de art. 105 jo. 107 SV.' A.L. Melai 1988, 'Nogmaals humane spanningen in het strafrecht', in: W.C. van Binsbergen e.a. (red.), *Handhaving van de rechtsorde (Mulder-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 126.

1056. Een verschoningsgerechtigde houder behoeft niet aan het bevel te voldoen. Lid 3. Zie art. 218 Sv.

1057. Vellinga-Schootstra, a.w., p. 97.

> ‘Zelfs zou van het stellen van eene strafrechtelijke sanctie ten deze in het algemeen kunnen worden afgezien en met de sanctie van eventuele huiszoeking kunnen worden volstaan’.

Het Verslag van de Commissie van Voorbereiding stelt voorts:

> ‘Ook omdat de voorgestelde regeling voor een deel ten doel heeft huiszoeking te voorkomen, derhalve een verzachtend 'karakter draagt, zou eene strafrechtelijke sanctie, als in strijd met deze strekking, moeten zijn buitengesloten’.[1058]

Hoewel de minister sanctionering van de non-coöperatie aan het bevel niet noodzakelijk achtte, is ondanks de toezegging bij de behandeling van de invoeringswet van het Wetboek van Strafvordering, artikel 184 Sr daarbij nooit aangepast. Derhalve is de non-coöperatie ten opzichte van het bevel tot uitlevering toch strafbaar gebleven. Het beeld levert hier aldus tegenstrijdigheden op. Het verschil tussen het ‘verzoek tot uitlevering’ (99 lid 1 Sv) en het bevel tot uitlevering (96a lid 1 Sv) is natuurlijk dat de weigerachtige betrokkene in het laatste geval op grond van artikel 184 Sr een strafbaar feit begaat.[1059] Maar zoals hierboven uiteengezet is laat de totstandkomingsgeschiedenis van het bevel tot uitlevering zien dat de huiszoeking als een voldoende ‘onaangename’ consequentie’ van de weigering aan het bevel te voldoen werd gezien.[1060] Het beeld wordt aldus niet helderder doordat de wetgever het bevel tot uitlevering eerder als een tegemoetkoming aan de betrokkene, dan een wettelijk gesanctioneerde plicht zag; de niet-nakoming levert ‘gewoon’ een strafbaar feit op. In de literatuur is op die gedachte voortgebouwd. Volgens Vellinga-Schootstra kunnen de rechter-commissaris en opsporingsambtenaren wel de uitlevering van voorwerpen ‘verzoeken’, waarbij de dreiging van de huiszoeking uiteraard weer meespeelt.[1061] Vellinga-Schootstra gaat nog een stap verder en werpt zelfs de vraag op of het geen aanbeveling verdient in de wet te bepalen dat het bevel tot uitlevering wel aan de verdachte mag worden gegeven, maar dat deze niet – zoals andere personen – verplicht is op straffe daaraan te voldoen. Het voorstel van Vellinga-Schootstra doet denken aan de negentiende-eeuwse ‘spreekplicht’ die voor verdachten bestond, maar waarbij geen sanctie was verbonden aan het geval van zwijgen door de verdachte.[1062] Dit voorstel lijkt de zaken echter niet te vereenvoudigen, nog daargelaten of dit ‘juridisch onderscheid’ (geen vordering maar verzoek), ook voor de betrokken burger begrijpelijk is; te meer wanneer deze met de aanwezigheid van opsporingsambtenaren wordt geconfronteerd. Hoewel de verdachte om uitlevering mag worden *verzocht*, dient dit aldus in het licht te worden bezien van de onwaarschijnlijkheid dat de verdachte weet dat hij rechtens niet verplicht is daar aan te voldoen.

1058. *Kamerstukken II* 1917/18, 77, nr. 1, p. 39.

1059. Zie voor het onderscheid/samenloop tussen het bevel tot uitlevering van stukken en een verzoek om inlichtingen: HR 5 september 2006, NS 2006, 373, LJN: AX7473.

1060. Brouwer, a.w., p. 100-101.

1061. Vellinga-Schootstra, a.w., p. 80. Volgens Vennix lijkt een verzoek aan de verdachte om bepaalde voorwerpen die hij voorhanden heeft vrijwillig af te geven teneinde huiszoeking te voorkomen niet zonder meer in strijd met nemo tenetur of inhumaan omdat de verdachte tot medewerking aan het onderzoek wordt gedwongen. R.M. Vennix, *Boef en beslag. De strafvorderlijke inbeslagneming van voorwerpen* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 130.

1062. ‘Voor de verdachte gold ook in het Wetboek van Strafvordering van 1838 nog steeds een antwoordplicht. Artikel 199 Sv bepaalde, dat indien de beklaagde weigerde of in gebreke bleef op vragen te antwoorden, hij door de president van de Rechtbank op zijn antwoordplicht werd gewezen. Er stond echter geen wettelijke sanctie op het niet nakomen van de antwoordplicht.’ Zie Stevens, a.w., p. 41.

8.3.3. Uitlevering ter inbeslagneming op grond van de bijzondere wetten?

8.3.3.1 Het 'Vuurwapenwet'-arrest HR 20 maart 1984, *NJ* 1984/547

8.3.3.1.1. Prelude: Het stilzwijgen van de wetgever en de bijzondere wetten

Aanvankelijk vond het bevel tot uitlevering zijn 'roots' in de bijzondere wetten.[1063] Pas bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 kreeg het bevel een strafvorderlijke pendant. Na de invoering daarvan zijn tal van bijzondere bevelsbevoegdheden opgenomen.[1064] Gezien de strafvorderlijke 'nemo tenetur'-regel zo expliciet was, moest wel aan de orde komen in hoeverre deze zich uitstrekte tot de 'bijzondere (straf)wetten'. Daarbij gaat het met name om de AWR (art. 81 AWR), de Opiumwet (art. 9 derde lid OW), de WED (art. 18 eerste lid WED) en de Wet Wapens en munitie (art. 52 eerste lid WWM).[1065] Het debat richtte zich primair op het interpreteren van het 'stilzwijgen' van de wetgever terzake van de reikwijdte van die strafvorderlijke verbodsbepaling; in wezen dus een legaliteitsvraagstuk.

Frappant genoeg verschenen in 1983 twee proefschriften waarin tegenstrijdige visies op dit punt verdedigd werden. Vellinga-Schootstra meende namelijk dat uit een stilzwijgen van de wetgever geen afwijking van fundamentele voorschriften van strafvordering kon worden bewerkstelligd.[1066] Die essentiële voorschriften zijn volgens haar van toepassing tenzij zij uitdrukkelijk door de 'bijzondere wetgever' buiten werking zijn gesteld. Daarentegen had Aler een diametraal tegengesteld standpunt aan Vellinga-Schootstra.[1067] Zijn uitgangspunt was minder een legaliteitskwestie maar eerder een waarderingskwestie van 'het' nemo tenetur-beginsel. In dat kader verwijst hij naar het 'Bloedproef'-arrest (HR 15 februari 1977, *NJ* 1977/557).[1068] Uit dit arrest volgde volgens Aler dat er geen algemeen strafvorderlijk rechtsbeginsel bestaat dat de verdachte het recht heeft zijn actieve medewerking aan het (opsporings)onderzoek te onthouden. Feitelijk had volgens Aler – kennelijk – het nemo tenetur-beginsel geen status als 'beginsel'. Daaraan verbindt hij de consequentie dat de 'nemo tenetur-rechtswaarborg' niet de uitdrukkelijk geformuleerde medewerkingsplichten uit de bijzondere wetten opzij kan zetten.

1063. Zie Brouwer 1999, a.w., p. 90-96.

1064. Zie Brouwer, a.w., p. 99. Hij merkt in dit verband verder op dat de parlementaire stukken niet de indruk wekken dat de opname van de bevelsbevoegdheid in de betreffende wet een gevolg is geweest van een weloverwogen doordachte beslissing is geweest. De vraag óf en zo ja, welke functie het bevel tot uitlevering in de bijzondere wetgeving vervult, lijkt slechts zelden iemand bezig te houden. Daarbij is volgens Brouwer sprake van een klaarblijkelijk onvermogen om tot unificatie van de verschillende bevoegdheidsbepalingen te komen. Bij de wijzigingsvoorstellen van de Commissie Moons en de Wet herziening GVO), is daar geen gebruik van gemaakt.

1065. In het cassatiemiddel dat wordt aangewend in de zaak van HR 20 maart 1984, *NJ* 1984/547 worden nog de Telegraaf- en Telefoonwet, en de Drank- en Horecawet genoemd.

1066. Vellinga-Schootstra, a.w., p. 100-101. Zij verwijst in het kader van haar visie tevens naar het standpunt van de wetgever bij de Memorie van Antwoord bij het wetsontwerp Wapens en munitie, Hand. Tweede Kamer 1979-1980, nr. 14413 (in het bijzonder ten aanzien van art. 53 van het ontwerp: 'Aan de leden van de fracties (…) zij geantwoord dat het zwijgrecht van de verdachte – evenals trouwens het in art. 219 van het Wetboek van Strafvordering neergelegde verschoningsrecht van de getuige – onverlet blijft.'

1067. G.P.A. Aler, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle: enige aspecten van de regeling van de dwangmiddelen in het wetboek van strafvordering en in de bijzondere wetten* (diss Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 267.

1068. HR 15 februari 1977, *NJ* 1977/557. Hierin overwoog de Raad, de nadien veelvuldig gehanteerde mantra dat: 'in het Nederlands recht (…) 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.' Ook wijst Aler op een arrest van het Hof Amsterdam, waarin werd geoordeeld dat een bevel tot uitlevering op grond van 551 Sv van pornografische lectuur aan verdachte kan worden gegeven. Hof Amsterdam 31 december 1940 (in HR 12 mei 1941, *NJ* 1941, 642). Aler, a.w., p. 268.

8.3.3.1.2 Het oordeel van de Hoge Raad

Gezien het principiële en praktische belang van deze kwestie is het verwonderlijk dat het eerste arrest waarin de Hoge Raad zich duidelijk uitspreekt over het hiervoor beschreven vraagstuk pas van 1984 dateert. Dit betrof het zogeheten 'Vuurwapenwet'-arrest. Nadat de verdachte door het hof Leeuwarden was veroordeeld voor 'overtreding, van een voorschrift vastgesteld bij artikel 3 Vuurwapenwet 1919, meermalen gepleegd', stelde de P-G cassatie in bij de Hoge Raad. Volgens de P-G was gewenst dat de Hoge Raad besliste of het bepaalde in art. 107 lid 1 Sv ook gold voor bijzondere wetten als de Vuurwapenwet, de Telegraaf- en Telefoonwet, de Opiumwet en de Drank- en Horecawet. Het cassatiemiddel staat in de sleutel van onrechtmatig verkregen bewijs:

> '(…) doordat de Strafkamer van mijn Hof de verdachte – instede van het hem telastegelegde niet wettig bewezen te verklaren en hem derhalve vrij te spreken – hem heeft schuldig bevonden aan en heeft veroordeeld terzake van het (onbevoegdelijk) aanwezig hebben van een vuurwapen en van munitie, zulks niettegenstaande het feit dat het bewijs van dat aanwezig hebben door de verdachte op onrechtmatige wijze verkregen was, en wel doordat de verdachte voldeed aan het hem door een van de verbalisanten rechtens onbevoegdelijk gegeven bevel om het vuurwapen en de munitie die hij aanwezig had aan hen, verbalisanten, uit te leveren.' (Het bevel tot uitlevering werd hem, verdachte, in diens woning door een van de verbalisanten gegeven omdat zij een gegronde reden hadden om aan te nemen dat hij, verdachte, in zijn woning onbevoegdelijk een vuurwapen en munitie had en nadat hij, verdachte, dit aanwezig hebben aanvankelijk had ontkend, redenen waarom hem daarop door een van de verbalisanten een bevel tot uitlevering van het vuurwapen en de munitie werd gegeven).

De centrale rechtsvraag die door de P-G opgeworpen wordt, betreft de vraag of artikel 107 lid 1 Sv ook van toepassing is op het bepaalde in de bijzondere wetten:[1069]

> 'Ik meen, dat dit wel het geval is, omdat ik met mevr. Mr. Vellinga aanneem dat niet alleen de jongere wet (ons Wetboek van Strafvordering) de oudere wet (de Vuurwapenwet 1919) in dezen opzij heeft gezet, maar ook dat het Wetboek van Strafvordering in dezen als een lex specialis geldt (tenzij uit de wetten of de wetsgeschiedenis uitdrukkelijk het tegendeel blijkt, hetgeen m.i. niet het geval is). Doch mogelijk is misschien ook de volgende redenering: art. 15 Vuurwapenwet-oud was een inbreuk op de bepalingen van het toen geldende Wetboek van Strafvordering. Dat wetboek kende nl. geen artikel waarin een bevel tot uitlevering van voorwerpen was geregeld.
>
> Slechts de OvJ (art. 46 en 47) en de R-C (art. 110 en 111) konden voorwerpen in beslag nemen. Art. 15 Vuurwapenwet 1919 was derhalve toen een lex specialis t.a.v. het Wetboek van Strafvordering. Aangezien nu uit de wetten van 22 mei 1958 Stb. 296 en van 24 juni 1970 Stb. 284 niet blijkt dat de gedachtegang van de wetgever met betrekking tot de mogelijkheid van het geven van een bevel tot uitlevering is gewijzigd, zou moeten worden aangenomen dat art. 107 lid 1 Sv niet art. 15 alinea 1 Vuurwapenwet opzij heeft gezet; en daaruit zou dan volgen dat de verdachte terecht in de onderhavige zaak door mijn Hof werd veroordeeld.'

[1069]. Art. 15 Vuurwapenwet 1919: 'De ambtenaren, in art. 14 bedoeld, zijn te allen tijde bevoegd om in beslag te nemen zoomede om ter inbeslagneming het noodige onderzoek in te stellen naar en de uitlevering te vorderen van alle voorwerpen, welke tot ontdekking der waarheid kunnen dienen, of welker verbeurdverklaring, vernietiging of onbruikbaarmaking kan worden bevolen'.

De P-G heeft dus twee redeneringen ontvouwd. De Hoge Raad overweegt als volgt (r.o. 5.2):

> 'De wetsgeschiedenis bevat geen aanwijzing, dat de wetgever de in art. 107 eerste lid Sv aan de bevoegdheid van de R-C tot het bevelen van uitlevering gestelde beperking ook heeft willen doen gelden voor de met betrekking tot bepaalde delicten aan opsporingsambtenaren gegeven bevoegdheid, uitlevering te vorderen. Integendeel werd bij de Wet van 29 juni 1925, Stb. 308, tot invoering van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, in dat wetboek een art. 522a ingelast – voor zover thans van belang overeenkomende met het huidige art. 551 – waarin met betrekking tot bepaalde delicten aan de opsporingsambtenaren een bevoegdheid tot het vorderen van uitlevering werd toegekend, zonder een beperking als voormeld, welke ten aanzien van de R-C toen reeds in art. 107 eerste lid voorkwam. Derhalve moet worden aangenomen, dat de wetgever ook in een geval als het onderhavige zulk een beperking niet heeft gewild.'

De Hoge Raad ziet aldus in de wetgeschiedenis geen aanwijzing, dat de wetgever de bevoegdheid tot de vordering tot uitlevering, op grond van artikel 15 Vuurwapenwet 1919, heeft willen beperken op de wijze volgens artikel 107 Sv. Daarbij spreekt de Hoge Raad ook in algemene termen over 'bepaalde delicten'. Zoals nog aan bod zal komen heeft de jurisprudentiële lijn die met dit arrest is uitgezet, verstrekkende gevolgen. De gevolgde redenering van de Raad is in elk geval niet zonder kritiek gebleven. Van Veen werpt de vraag op in de noot bij HR 20 maart 1984, *NJ* 1984/547, of het geen aanbeveling verdient artikel 107 Sv te schrappen, gezien dit een 'zondags pak uit een kostuummuseum' was geworden. Op basis van de uitleg van de Hoge Raad mag een opsporingsambtenaar op grond van bijzondere wetten wat de rechter-commissaris om redenen van humaniteit niet mag. Dat lijkt zonder meer niet-compatibel met de structuur van ons strafvorderlijk stelsel. Van Veen acht dit daarom niet zo voor de hand liggend, gelet op dat systeem van het Wetboek van Strafvordering. Een opsporingsambtenaar zou dan ook het beginsel niet aan zijn laars mogen lappen. Van Veen concludeert in zijn noot dat de Hoge Raad een meer 'cynische benadering' heeft gevolgd:

> 'Maar men kan uit het zwijgen van de wetgever ook opmaken dat hij praktisch heeft willen zijn. Als het er op aankomt mogen opsporingsambtenaren het bevel tot de verdachte richten. Als de druk van de ketel is, in het gerechtelijk vooronderzoek onder leiding van een R-C, mag dat niet meer. Het stilzwijgen van de wetgever is dan geheel verklaarbaar uit het verlangen geen slapende honden wakker te maken. Waarom zou men uitdrukkelijk onderstrepen dat art. 107 Sv niet geldt als het er op aankomt?'

Het 'cynisme' vindt aldus zijn weerslag in het bewerkstelligen dat verdachten in dit geval aanvankelijk 'none the wiser' zijn.[1070] Maar dit stilzwijgen van de wetgever ten opzichte van de bijzondere wetgeving vormt in feite een 'dubbelzijdig' zwaard; het stilzwijgen kan namelijk in beide richtingen van de discussie uitgelegd worden. De Hoge Raad redeneert immers dat uit dat stilzwijgen niet kan worden aangenomen dat artikel 107 Sv ook gold voor de Vuurwapenwet 1919, terwijl bijvoorbeeld Vellinga-Schootstra juist omgekeerd redeneerde; volgens haar kon een bijzondere wet door stilzwijgen niet afwijken van fundamentele voorschriften. Ook de kritiek van Melai op het arrest is ingegeven door de structurele relatie tussen het Wetboek van

[1070]. Van Bavel en Valkenburg zijn van mening dat deze redenering – dat opsporingsambtenaren *gedurende de opsporingsfase* (anders dan in het gerechtelijk vooronderzoek) het bevel tot uitlevering aan de verdachte mogen richten – niet houdbaar is. Een zodanige bevoegdheid komt de opsporingsambtenaar volgens hen op grond van het Wetboek van Strafvordering niet toe en staat op gespannen voet met art. 1 Sv. In feite delen zij dus op dit punt de visie van Melai.

Strafvordering en de bijzondere wetten, waarbij hij tevens wijst op het grondwettelijk uitgangspunt. [1071] Uit die grondwettelijk opgedragen taak volgt volgens hem dat het strafrechtelijk procesrecht met een hoge graad van concentratie dient te worden ingekleed in een algemeen wetboek. Niet alleen staat codificatie nog steeds in dienst van de bevordering van de kenbaarheid van het in een geordende samenhang gepresenteerde recht; het gaat tevens om de *controleerbaarheid* van de voorwaarden waarvan de rechtmatigheid voor zijn toepassing afhankelijk is. Volgens Van Bavel en Valkenburg laat ook het 'waarborgbeginsel' van artikel 1 Sv alleen uitbouw van de waarborgen toe en niet de bevoegdheden van justitie.[1072] Zij wijzen er tevens op dat de wetgever de belangenafweging tussen huiszoeking en het bevel tot uitlevering opgedragen heeft aan de rechter-commissaris en niet aan de opsporingsambtenaar. Dit op grond van de gedachte dat de belangen van de verdachte beter behartigd konden worden door een onafhankelijke rechterlijke autoriteit. Van Bavel en Valkenburg benadrukken de wonderlijke situatie die ontstaat:

- 'De Rechter-Commissaris de verdachte mededeelt dat bij hem huiszoeking zal worden gedaan, tenzij hij bereid is de gewenste voorwerpen vrijwillig af te geven (art. 99 lid 1 Sv);
- De Ovj als opsporingsambtenaar; na hetzelfde te hebben gedaan, nu uitlevering *vordert* van het voorwerp ex art. 15 Vuurwapenwet. Dat bij weigering proces-verbaal van de overtreding van art. 184 Sr zal worden opgemaakt;
- Bij weigering alsnog huiszoeking zal worden gedaan.'[1073]

Het voorgaande leidt ertoe dat volgens Melai de algemene bepalingen van het wetboek van strafvordering, waarin de dwangmiddelen zijn geregeld, hun geldigheid – onverkort – uitstrekken over afzonderlijke wetten. Dit geldt tenzij de centrale wetgever daarvan in een afzonderlijke regeling *blijkens de wettekst zelf* heeft willen afwijken. Het zal geen verbazing wekken dat het door Van Veen opgeworpen voorstel om artikel 107 Sv te schrappen door Melai negatief wordt beantwoord, waarbij hij van mening was dat de 'verwerpelijke beslissing' niet voor herhaling vatbaar was.[1074]

In dit kader hebben Fokkens en Spek nog een argument naar voren gebracht. Zij wijzen op het artikel 189 Sr. Dat stelt in het eerste lid onder 2 strafbaar: het vernietigen, wegmaken, verbergen of aan het onderzoek van de ambtenaren van politie en justitie onttrekken van voorwerpen waarop of waarmee het misdrijf is begaan of andere sporen. Hierbij geldt dat het tweede lid van dit artikel de strafbaarheid uitzondert, van degene die deze handelingen verricht om gevaar van vervolging te ontgaan. Fokkens en Spek zijn van mening dat het niet goed met elkaar te rijnen is dat degene die verdacht wordt van overtreding van de Wet wapens en munitie en het wapen verbergt, niet strafbaar is op grond van artikel 189 Sr, omdat hij verdachte is, en tegelijkertijd wel strafbaar is op grond van artikel 184 Sr, indien hij niet voldoet aan een vordering het wapen uit te leveren.[1075]

[1071]. A.L. Melai, 'Het dominante Wetboek van strafvordering', *Delikt en Delinkwent* 1988 (18)2, p.117-118.
[1072]. Van Bavel en Valkenburg, a.w., p. 1349. Gelet op een mogelijke olievlekwerking in de bijzondere wetten van de uitspraak HR 20 maart 1984, *NJ* 1984/547, waren zij tevens van mening dat legislatief ingrijpen aangewezen was.
[1073]. Van Bavel en Valkenburg, a.w., p. 1349.
[1074]. Melai, a.w., p. 118.
63. J.W. Fokkens en W.J.V. Spek, 'Het nemo tenetur beginsel en het Nederlandse straf(proces)recht', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer (red.), Praktisch strafrecht; liber amicorum J.M. Reijntjes, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p.146-160.

8.3.3.1.3. Post Vuurwapen-arrest: het gedachtegoed van de Commissie Moons

In verband met artikel 107 (oud) SV stelde de Commissie herijking Wetboek van Strafvordering (Commissie-Moons) in haar rapport over de herziening van het gerechtelijk vooronderzoek, het volgende:

> 'De commissie is van oordeel dat een bevel tot uitlevering van de eerste categorie van voorwerpen [voorwerpen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen] een niet noodzakelijke inbreuk op een door sommigen als beginsel van Nederlands procesrecht aangemerkte regel dat de verdachte als handelend persoon tot geen enkele opheldering of bijdrage in een tegen hem gericht strafrechtelijk onderzoek is gehouden, oplevert.'[1076]

Volgens de Commissie-Moons kon artikel 107-oud Sv dus behouden blijven, onder de redenering dat er een opsporingsalternatief bestaat, in de vorm van een huiszoeking. Dat bracht mede dat het niet noodzakelijk is dat dan een inbreuk wordt gemaakt op de nemo tenetur-bescherming. Het 'behoud' van die bescherming werd dan ook door verschillende schrijvers omschreven als 'betrekkelijk opportunistisch'.[1077] Opportunistisch of niet, feit is dat de benadering van het leerstuk bij de commissie meer weg had van een praktische invalshoek; in tegenstelling tot de meer 'ethische' overwegingen van de klassieke strafvorderlijke wetgever. Hier kan volstaan worden met de opmerking dat deze ontwikkeling niet zonder risico is. De vraag naar de reikwijdte van fundamentele rechtsbeginselen wordt zo namelijk ondergeschikt gemaakt aan de behoefte van de rechtspraktijk.

De Commissie-Moons nam aldus geen afstand van het besproken arrest HR 20 maart 1984, *NJ* 1984/54. Integendeel; zij bepleitte een zodanige harmonisatie van de verschillende regelingen, 'dat een bevel tot uitlevering aan de verdachte krachtens een bijzondere wet alleen kan worden gegeven ingeval de inbeslagneming geschiedt ten einde de verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer mogelijk te maken'.[1078] De commissie legde de nadruk op het karakter van de uit te leveren voorwerpen, door er op te wijzen dat het in de bijzondere wetgeving overwegend gaat om de 'veiligstelling van gemeengevaarlijke voorwerpen met het oog op de verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer daarvan' De commissie suggereerde daarmee dat die omstandigheid een rol speelde bij de beslissing van de Hoge Raad. Om dat aspect te 'extrapoleren' naar het totale spectrum van de bijzondere strafwetgeving is hoogst opmerkelijk. Lang niet in alle gevallen behoeft het immers te gaan om 'gemeengevaarlijke' voorwerpen; wat te denken van fiscale bescheiden?[1079]

Niettemin wenste de Commissie-Moons de bevoegdheid om aan de verdachte de uitlevering van voorwerpen te vorderen, in de bijzondere wetten te handhaven. Met dien verstande dat het bevel er op gericht was de verbeurdverklaring dan wel de onttrekking aan het verkeer van die voorwerpen te bewerkstelligen. Dat hield wederom verband met de aard van die voorwerpen. Daarmee belandde de commissie in een wonderlijk juridisch spanningsveld. Volgens de commissie werkte de verdachte door het uitleveren van een voorwerp op grond van die bijzondere wet, met het oog op de aangehaalde verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer, niet mee

---

[1076]. Commissie herijking Wetboek van Strafvordering (Commissie-Moons), *Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 107.

[1077]. Stevens, a.w., p. 88-89. Zie F.P.E. Wiemans, *Onderzoek van gegevens in geautomatiseerde werken* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 183.

[1078]. Brouwer, a.w., p. 88 en 130.

[1079]. Ook Keulen, a.w., p. 32.

aan zijn eigen veroordeling.[1080] Maar ligt in het voldoen aan die uitlevering – ondanks de door de commissie beoogde doelstellingen – niet tevens besloten dat daar de waarheidsvinding mee gediend wordt? Het zal de lezer geen verbazing wekken dat dit een retorische vraag is. De verdachte draagt per definitie bewijsmateriaal tegen zichzelf aan, door aan een dergelijke vordering te voldoen. Stevens merkt dan ook op dat de Commissie-Moons niet duidelijk maakte hoe die beperking – kort gezegd, alleen uitlevering voor zover geen waarheidsvinding wordt beoogd – in de praktijk gerealiseerd dient te worden.[1081]

De door de Commissie-Moons voorgestane beperking ten aanzien van het doel van het bevel tot uitlevering werd niet opgenomen in de bijzondere strafwetgeving, maar beperkt tot in artikel 551 Sv.[1082] Bij de uitlevering ter inbeslagneming was de strekking hier gelegen in de verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer. Volgens de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II* 1999/20, 23 251, nr. 3, p. 51) gold de beperking van artikel 96a lid 2 Sv niet als het gaat om uitlevering van spullen die verbeurdverklaring of aan het verkeer onttrokken kunnen worden. Kennelijk werd in het kader van gemeengevaarlijke voorwerpen gedacht aan pitbull terriërs, maar blijkbaar ook aan pornografische geschriften. Een gemeengevaarlijk karakter van het laatste valt toch niet helemaal in te zien; mogelijk een onzedelijk karakter, maar dat valt buiten de strekking van deze bepaling. Niet onbelangrijk is dat de wetgever het opzettelijk niet voldoen aan deze vordering tot uitlevering strafbaar acht ingevolge artikel 184 Sr. Dat betekent dat ook een (reeds) verdachte zich hier schuldig aan kan maken.

8.3.3.2. Het ‘AWR’-arrest: HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997/232

Op basis van het Vuurwapenwetarrest kon de gedachte post vatten van een ‘olievlekwerking’ van de uitspraak naar andere (straf)wetten. Die ‘spill over’ verwezenlijkte zich al in het jaar dat het Vuurwapenwetarrest werd gewezen. In HR 9 oktober 1984, *NJ* 1985/ 176 werd namelijk beslist dat een bevel tot inzage op grond van de WED aan de verdachte mocht worden gegeven. Met betrekking tot de AWR had Wattel derhalve – met weerzin – geconcludeerd dat een bevel tot uitlevering op grond van artikel 81 AWR zich waarschijnlijk ook uit kon strekken tot geschriften die onder de bescherming van artikel 107 lid 2 Sv (oud) vielen.[1083] Ook Blom en De Doelder waren van mening dat de door Wattel gevolgde gedachtegang goed verdedigbaar was. Toch kozen zij voor een hun 'veel sympathieker aandoende redenering'. Deze auteurs wezen er op dat art. 81 AWR de uitlevering mogelijk maakt van 'de ingevolge het Wetboek van Strafvordering voor inbeslagneming vatbare voorwerpen'. Deze verwijzing achtten de auteurs 'zo expliciet, dat de genoemde analogische redenering aan HR 20 maart 1984, *NJ* 1984/547 niet op gaat.[1084]

Desondanks breidde de ‘olievlek’ zich inderdaad uit naar de AWR in het arrest HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997/232. In zekere zin zou dit arrest gepositioneerd kunnen worden ten opzichte van het eerder besproken Vuurwapenwet-arrest, als een fundamenteel antwoord op de kritische beschouwingen van dat arrest. In het AWR-arrest voorzag de Hoge Raad namelijk de bevoegdheid op grond van die bijzondere wetgeving uitlevering van voorwerpen te vorderen aan de verdachte, van een meer solide en theoretisch fundament. Dat heeft niet zo zeer betrekking op de vraag of strafvorderlijke bepalingen van overeenkomstige toepassing zijn, maar op de aard van

[1080]. Zie Stevens, a.w., p. 86: ‘Niet duidelijk wordt hoe de commissie Moons deze beperking in de praktijk – er zou dan alleen uitlevering gevorderd mogen worden voor zover dat geen waarheidsvinding beoogt – gerealiseerd ziet worden.’
[1081]. Stevens, a.w., p. 86.
[1082]. Zie Stevens, a.w. p. 86-87.
[1083]. P.J. Wattel, Fiscaal straf- en procesrecht, Fiscale studieserie 25, Deventer 1985, p. 208.
[1084]. T. Blom en H. de Doelder, Het in beslag nemen van geschriften, *DD* 21 (1991), p. 847.

de bijzondere wetgeving zelf. In dit opzicht gaat het arrest dan ook 'veel verder' dan het Vuurwapenwet-arrest HR 20 maart 1984, *NJ* 1984/547, waar wel al gesproken werd over 'bepaalde delicten' (r.o. 5.2), waarvoor de beperking van artikel 107 eerste lid Sv niet zou gelden. De relevantie van dit arrest is hier gelegen in de overweging over de subsidiaire klacht. De Hoge Raad overweegt het volgende (r.o. 6.7 en 6.8):

> '6.7. De subsidiaire klacht van het middel keert zich tegen het oordeel van het Hof dat de omstandigheid dat een betrokkene ten tijde dat een op art. 81 AWR gebaseerde vordering wordt gedaan reeds als verdachte wordt aangemerkt er niet aan in de weg staat om het op grond van die vordering verkregen materiaal tot het bewijs te bezigen.
> Bij de beoordeling van die klacht moet het volgende worden vooropgesteld. In het Nederlandse recht is niet 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. Wel brengt het aan art. 29 Sv ten grondslag liggende beginsel mee dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een verklaring waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd. In het onderhavige geval gaat het echter niet om het afleggen van een verklaring of het desgevorderd verschaffen van schriftelijke inlichtingen door de verdachte omtrent zijn mogelijke betrokkenheid bij een strafbaar feit, maar om het afgeven van administratieve bescheiden.'
>
> 6.8. Bepalingen met een soortgelijke strekking als art. 81 AWR komen voor in art. 551 Sv en in verschillende bijzondere wetten, zoals de WED (art. 18) en de Wet wapens en munitie (art. 52). In geen van die bepalingen wordt onderscheid gemaakt al naar gelang de vordering is gericht tot de verdachte of tot een derde, zoals dat bijvoorbeeld wel is geschied in art. 107 Sv voor vorderingen gedaan in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek.

Na deze inleidende schermutselingen waarbij de Hoge Raad haar kader weergeeft volgt de *coup de grace* (r.o. 6.8):

> 'De wetsgeschiedenis biedt evenmin aanknopingspunten voor de stelling dat bij de handhaving van die bijzondere wetten opsporingsambtenaren zodanige vordering niet tot de verdachte mogen richten. Aangenomen moet worden dat de wetgever zich op het standpunt heeft gesteld dat een vorm van medewerking van de verdachte als waarvan in die bepalingen sprake is, gelet op de bij de handhaving van de desbetreffende strafbepalingen betrokken belangen en de specifieke eisen en problemen van de waarheidsvinding in zodanige zaken kon en moest worden verlangd, zoals ook van degene die verdacht wordt van overtreding van art. 8 WVW 1994 ingevolge art. 163 van die wet kan worden gevorderd dat hij zijn medewerking verleent aan een ademonderzoek.'

Deze overwegingen tonen onmiskenbaar een oordeel gericht op de specifieke 'aard' van de bijzondere wetgeving; waaruit de Hoge Raad argumenten ontleent met betrekking tot de hantering van bevoegdheden. In feite noopt de aard van de bijzondere (straf)wetgeving tot 'een vorm' van medewerking door de verdachte, zo is de gedachtegang. Dat is ook de achtergrond van het feit dat de afzonderlijke wetten voor de inbeslagneming van daarvoor vatbare voorwerpen geen verdenking vereisen.[1085] In het 'nemo tenetur'-debat is dit oordeel van de Hoge Raad wellicht wat onderbelicht gebleven, gezien het belangrijke theoretisch kader dat hier geschetst

[1085]. Buruma, a.w., p. 218.

wordt. De vraag is natuurlijk of deze argumentatie stand kan houden. In dat verband valt het volgende op te merken over de gevolgde redenering van de Hoge Raad. Ten eerste kan gewezen worden op het tot op zekere hoogte wat arbitrair aandoende karakter van de 'bijzondere wetgeving.' Bepalingen uit de bijzondere wetten kunnen immers dicht aanliggen tegen een commune pendant.[1086] Hét voorbeeld is de vergelijking tussen de artikelen 68 en 69 AWR met artikel 225 Sr. Omgekeerd zijn er artikelen in het Wetboek van Strafrecht waarvan op goede gronden opname in de WED betoogd zou kunnen worden. Daarbij kan gedacht worden aan koersmanipulatie (art. 334 Sr), of milieubepalingen als artikel 173a Sr.[1087] De relevantie van het wellicht wat 'arbitraire karakter' is dat hoewel een bepaling al dan niet in bijvoorbeeld de WED opgenomen zou kunnen worden, dat grote implicaties heeft voor de extra bevoegdheden die aangewend kunnen worden ter handhaving van die bepaling. Uiteraard worden de bepalingen uit het commune Wetboek van Strafrecht niet opgespoord met de bevoegdheden waar de Hoge Raad in de aangehaalde passage op doelt. Het verschil in toekenning in een wetboek kan dus klein zijn, maar de consequentie voor het te gebruiken handhavingsinstrumentarium kan zeer groot zijn.

De belangrijkste kanttekening is echter de volgende. Op zichzelf geldt dat handhaving van de bijzondere wetgeving aparte bevoegdheden vereist, anders dan bijvoorbeeld voor de commune Strafbepalingen het geval is. Waar van mening verschild kan worden is het moment waarop de medewerking van de betrokkene mogelijk moet zijn. Dit is ingegeven door het volgende. Zoals aan de orde kwam in *hoofdstuk drie* ligt in de aard van de bijzondere strafwetgeving besloten dat handhaving daarvan actief door de overheid geïnitieerd onderzoek vergt. Dergelijke wetgeving kan realistisch bezien alleen adequaat gehandhaafd worden met een palet van toezichts(controle)bevoegdheden, waarvan kenmerkend is dat deze – in tegenstelling tot bij strafvordering – niet beperkt worden door het toepassingsvereiste van de 'verdenking', terwijl ook een beroep op medewerking van de betrokkene gedaan kan worden. Hierbij is van fundamenteel belang dat de betrokkene gehouden is tot medewerking. Bij non-coöperatie is hij zelfs strafbaar (art. 184 Sr). Ook kan de toezichthouder/controleur zich bedienen van politieassistentie, teneinde de uitoefening van het bestuursrechtelijk onderzoek te verzekeren.[1088] Gelet op het toepassingsbereik en op de ruime mogelijkheden binnen de context van dit bestuursrechtelijk controleonderzoek, wordt de handhaving op dit punt tegemoet getreden. Juist op dat punt komen die bestuursrechtelijke controlebevoegdheden tegemoet aan de noodzaak om actief toezicht mogelijk te maken. Uit deze genoemde punten vloeit voort dat de betrokken autoriteiten voldoende mogelijkheden hebben om zich in het stadium van de bestuursrechtelijke 'controlesfeer' in het bezit te stellen van 'real evidence'.[1089] Daarbij geldt aangaande de procespositie van de betrokkene bij de bestuursrechtelijke afgifte van 'real evidence' het volgende. Zolang nog geen sprake is van een verdenking, dan wel een criminal charge – de nuance van de 'Chambaz-materie' daargelaten – kan geen sprake zijn van een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel.[1090]

Resumerend; de stelling van de Hoge Raad komt er feitelijk op neer dat de aard van de bijzondere wetgeving nu eenmaal met zich meebrengt dat in de opsporingssfeer (want de Hoge Raad spreekt over *verdachte*) van de verdachte 'een zekere vorm' van medewerking verlangd dient te worden. Die stelling dient niet gevolgd te worden, omdat de handhavende autoriteiten reeds

---

[1086]. Deze kwestie is ook al door schrijvers als Buruma en Brouwer naar voren gebracht. Brouwer, a.w., p. 152-153 Buruma, a.w., p. 72 en 89.

[1087]. Het gaat mij er niet om hier overtuigend aan te tonen dat dit het geval is, maar dat daar überhaupt wel een discussie op goede gronden over gevoerd kan worden.

[1088]. Vgl. artikel 5:15 lid 2 Awb.

[1089]. Daarbij gaat het om inzage en eventueel het maken van kopieën. Zie art. 5:17 Awb Op grond van het derde lid van het artikel kunnen gegevens en bescheiden voor korte te tijd worden meegenomen, teneinde deze te reproduceren.

[1090]. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 3.5.

in de ‘controlesfeer’ voldoende mogelijkheden hebben om bevoegdheden aan te wenden, waarbij niet in de laatste plaats betrokkenen – bij wijze van uitgangspunt – gehouden zijn tot medewerking.[1091]

Ten slotte kan nog worden opgemerkt dat de in het voorgaande besproken redenering van de Hoge Raad bevestigd is in HR 21 oktober 1997, *NJ* 1998/173. Daar was de verdachte veroordeeld omdat hij had geweigerd te voldoen aan een in het kader van de controle op de naleving van het Rijtijdenbesluit ex artikel 19, eerste lid, WED gedane vordering. Het ging daarbij om het inzage geven in de registratiebladen van de in zijn onderneming werkzame chauffeurs. De Hoge Raad oordeelde dat wanneer ten tijde van die WED vordering sprake zou zijn geweest van een verdenking, dit de vordering nog niet in strijd zou doen komen met het recht op een 'fair trial' als bedoeld in het eerste lid van artikel 6 EVRM.

8.3.3.3. HR 12 juni 2001, *NJ* 2001, 510 en HR 25 september 2001, *NJ* 2002/97

Afgezien van enkele nieuwe inzichten, wordt de eerder uiteengezette jurisprudentie op hoofdlijnen gecontinueerd in de arresten ‘Opiumwet’ HR 12 juni 2001, *NJ* 2001/510, en ‘WWM’ HR 25 september 2001, *NJ* 2002/97. In de Opiumwetzaak speelde op zichzelf een vrij eenvoudige casus: de politie treedt binnen in een woning en ziet op een tafel verdovende middelen liggen. Bij de fouillering van verdachte worden eveneens drugs aangetroffen. Vervolgens wordt hem op grond van artikel 9 lid 3 Opiumwet een bevel tot uitlevering gegeven ter zake van de resterende drugs. In eerste instantie antwoordt onze verdachte op die vordering: ‘in mijn kamer’, maar daarna trekt hij die verklaring in. Dan heeft de politie natuurlijk al de resterende drugs ontdekt, blijkbaar in een jasje, hangende over een stoel. In de zaak van 25 september 2001 ging het om verboden wapenbezit. Het kardinale punt was dat het wapen in handen van de politie belandde na een bevel tot uitlevering daarvan aan de verdachte.[1092] Het door hem uitgeleverde wapen komt echter nota bene niet overeen met de CID-informatie, waarop wordt besloten tot het verrichten van een huiszoeking.

Nu is vernieuwend ten opzichte van het ‘Vuurwapenwet’- en ‘AWR’-arrest dat de verdediging in beide zaken als cassatiemiddel aanvoert dat aan de verdachte voorafgaande aan het bevel tot uitlevering geen cautie is gegeven. Derhalve is er in die visie sprake van onrechtmatige bewijsvergaring. Klaarblijkelijk – daar moeten het maar voor houden – heeft de verdediging de processtrategie aangepast gelet op de jurisprudentie. Er wordt immers met geen woord meer gerept over een analoge toepassing van artikel 96a Sv (de opvolger van het oude art. 107 Sv). Een slimme en zinvolle benadering; in plaats van die door de Hoge Raad afgesneden weg te bewandelen, zet de verdediging haar betoog in de sleutel van een interpretatie van het zwijgrecht; namelijk door het bevel tot uitlevering op te vatten als een vraag in het kader van een verhoor. Het zwijgrecht van artikel 29 Sv zou dan toepasbaar zijn op de vordering tot uitlevering. Wordt de verdachte immers geen vraag gesteld door een opsporingsambtenaar? En een verdachte is gerechtigd tot zwijgen. Zonder een uitvoerig exposé wijst de Hoge Raad deze benadering in het Opiumwet-arrest af:

> ‘3.4. Uit de gebezigde bewijsmiddelen en hetgeen het Hof, zoals hiervoor onder 3.2 weergegeven, overigens heeft vastgesteld kan bezwaarlijk anders volgen dan dat de po-

[1091]. Zie ook Brouwer, a.w., p. 155. Brouwer stelt dat de noodzaak om verdergaande toezichtbevoegdheden in een bijzondere wet op te nemen beter invoelbaar is dan de drang om een verdergaande bevelsbevoegdheid op te nemen. Volgens Brouwer lijkt het ‘alsof de bevelsbevoegdheid meedrijft op de argumentatieve stroom die vooral verdergaande toezichtsbevoegdheden voor zich uit drijft’.
[1092]. Dit bevel was op haar beurt gebaseerd op CID-informatie.

litie gebruik heeft gemaakt van de haar ingevolge art. 9, derde lid, Opiumwet toekomende bevoegdheid uitlevering te vorderen van de in de woning aanwezige (voor inbeslagneming vatbare) verdovende middelen van in dit geval de verdachte. De door het Hof vastgestelde omstandigheid dat de verbalisanten direct in het zicht op een tafel in de woonkamer verdovende middelen aantroffen en de in bewijsmiddel 1 weergegeven informatie vormden voldoende aanleiding tot het doen van die vordering. Tot het voorafgaand aan de vordering tot uitlevering doen van de bedoelde mededeling aan de verdachte was de verbalisant, anders dan het middel betoogt, niet gehouden aangezien een dergelijke vordering niet heeft te gelden als een vraag naar de betrokkenheid bij een strafbaar feit. [1093]'

Ook in de WWM-zaak voerde de verdediging een verweer van dezelfde strekking. De verdediging voerde primair het verweer dat er onvoldoende grondslag was voor het doen van een huiszoeking en het daaraan voorafgaande bevel tot uitlevering; subsidiair wordt aangevoerd dat het bevel tot uitlevering onrechtmatig is geweest omdat dit niet vergezeld is gegaan van een cautie.[1094] Ook dit wordt verworpen:

'4.1. Blijkens de toelichting klaagt het middel over het oordeel van het Hof dat aan de rechtmatigheid van de te dezen gedane vordering tot uitlevering – als bedoeld in art. 52, eerste lid, WWM – niet afdoet dat aan de verdachte niet is medegedeeld dat hij niet verplicht was tot antwoorden. 4.2. Dat oordeel is juist, zodat het middel faalt.'

Over deze redeneringen aangaande de cautie in relatie tot de bewuste vordering zijn twee opmerkingen te maken. Allereerst komt deze redenering niet als een verrassing; de redenering is in de 'geest' van de eerder besproken 'Vuurwapenwet'- en 'AWR'-arresten. Wanneer de Raad zou menen dat in de omstandigheden waaronder de uitlevering werd gevorderd een cautie zou gelden dan zou namelijk die eerder uitgezette jurisprudentie en de uitzondering van het uitleveringsverbod in de bijzondere wetten, geen feitelijke relevantie meer hebben. In de bijzondere wetten zou dan – anders dan op grond van strafvordering – wel een uitleveringsbevel aan de verdachte gedaan kunnen worden, echter hoeft die dan niet mee te werken. Die is dan immers op grond van artikel 29 Sv gerechtigd tot zwijgen. Dat is nu juist in strijd met wat de Hoge Raad heeft wensen te voorkomen. Hierbij dient de overweging in het AWR-arrest met betrekking tot de bijzondere wetgeving en de daaruit voortvloeiende medewerking van de verdachte in herinnering te worden geroepen (r.o. 6.8).

De motivering van de Hoge Raad – en dat is de tweede opmerking – in het 'Opiumwet'-arrest wekt evenwel bevreemding. Hij stelt namelijk dat de vordering niet heeft te gelden als een vraag

[1093]. In verband met de causaliteit, merkt de Hoge Raad, anders dan het hof, de 'vruchten' wel degelijk aan als het resultaat van het bevel tot uitlevering: 3.3. Het oordeel van het hof dat het bewezenverklaarde niet berust op de vruchten van de vordering tot uitlevering en dat de vraag of de onder 3.1 bedoelde mededeling gedaan had moeten worden daarom onbeantwoord kan blijven, is niet zonder meer begrijpelijk. Immers, de gebezigde bewijsmiddelen en hetgeen het hof, zoals hiervoor onder 3.2 weergegeven, overigens heeft vastgesteld, houden in dat het overgrote deel van de in totaal in de woning gevonden verdovende middelen is aangetroffen in een groene jas die over de stoel in de slaapkamer van de verdachte hing, welke slaapkamer werd betreden nadat de verdachte op de vordering tot uitlevering van eventueel aanwezige verdovende middelen antwoordde 'in mijn kamer'. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat dit evenwel niet tot cassatie hoeft te leiden, op grond van hetgeen in r.o. 3.4. naar voren wordt gebracht.

[1094]. Dat primaire verweer werd afgedaan door het sauveren van het oordeel van het hof dat een redelijk vermoeden van aanwezigheid van wapens en munitie, als bedoeld in art. 49 WWM, kan berusten op de door het Hof als concreet aangeduide CID-informatie.

naar de betrokkenheid bij een strafbaar feit. Kennelijk wordt daarmee gedoeld op de betrokkenheid van de *handel* in harddrugs. Ligt in de vraagstelling niet besloten dat wordt gevraagd naar de kern van een delict, te weten 'opzettelijke *aanwezigheid*' van harddrugs? Kelk en Kool schrijven dan ook over deze incriminerende vraagstelling het volgende:

> 'Door het laten prevaleren van praktische overwegingen wordt de verdachte immers de mogelijkheid ontnomen in vrijheid zijn procespositie te bepalen. Door het bevel (let op de imperatief!) tot uitlevering wordt de verdachte feitelijk gevraagd mee te werken aan het vergaren van bewijsmateriaal'.[1095]

Zij menen dus dat het moeilijk kan worden volgehouden dat hier geen sprake is van een redelijk vermoeden van overtreding van de Opiumwet. Nu dat zo was, had het bevel tot uitlevering volgens hen niet mogen worden 'geabstraheerd' van de reeds bestaande verdenking en had gehandeld moeten worden als ware er sprake van een verhoorsituatie. Over het onderscheid van de A-G stellen zij het volgende:

> `(…) In beide conclusies hanteert advocaat-generaal Jörg een taalkundig onderscheid tussen de vraag naar de aanwezigheid van drugs respectievelijk vuurwapens en de vraag naar betrokkenheid bij de handel daarin. Hij trekt daaruit de conclusie dat er in geen van beide zaken sprake is van een verhoorsituatie die zou noodzaken tot een cautie. Deze stelling doet echter geen recht aan de ruimere strekking van de nog niet voldoende geconcretiseerde verdenking die schuil kan gaan achter een bevel tot uitlevering. In de zaak van I2 juni 2001 wordt de verdachte feitelijk gevraagd het vuur aan te steken van een reeds smeulende verdenking: de meerderheid van de drugs wordt immers pas gevonden als resultaat van het bevel tot uitlevering.'[1096]

De Hoge Raad volgt in feite de benadering van haar A-G Jörg. Hij is van mening dat er geen sprake is van een zodanig gevaar voor zelfincriminatie dat een cautie gerechtvaardigd zou zijn. Niet alleen worden de beide verdachten op heterdaad betrapt op het bezit van drugs respectievelijk verboden wapenbezit, ook ziet het bevel tot uitlevering niet op hun betrokkenheid bij verkoop of aanwezigheid van verdovende middelen respectievelijk overtreding van de Wet wapens en munitie, aldus de A-G. Er wordt volgens hem *enkel gevraagd* naar de aanwezigheid van de verboden middelen en voorwerpen. Met andere woorden: er is in geen van beide zaken sprake van een verhoorsituatie die zou noodzaken tot het geven van een cautie:

> 'Tot het daaraan voorafgaand geven van de cautie waren verbalisanten rechtens niet gehouden aangezien zij verzoeker niet vroegen naar zijn betrokkenheid bij verkoop of aanwezig hebben van verdovende middelen, maar enkel vroegen naar de aanwezigheid van die middelen (cf. HR 23 juni 1998, nr 107.632).'[1097]

Deze redenering komt niet logisch voor, gezien dit niet anders kan worden gezien als aansporing tot directe zelfincriminatie. Dit geldt wellicht te meer in het geval van de Opiumwet. Deze wet kent namelijk geen huiszoekingsbevoegdheid. Het argument dat het bevel tot uitlevering dan 'erger' (de doorzoeking) kan voorkomen is dan niet aan de orde. Daarom stellen Kelk en Kool dat het bevel tot uitlevering zonder voorafgaande cautie het ontbreken van verdergaande

---

1095. Kelk en Kool, a.w., p. 98.
1096. Kelk en Kool, a.w., p. 99.
1097. Alinea 22 van conclusie A-G mr. Jörg bij HR 12 juni 2001, LJN: AB2066.

opsporingsbevoegdheden 'maskeert'.[1098] Overigens verklaart Buruma hier de afwijking van het commune strafprocesrecht met het feit dat buiten de WWM in het bijzonder strafrecht het doorzoekingsbevel niet voorkomt. Volgens de commune strafvordering hoeft de verdachte naar zijn mening niet mee te werken aan de inbeslagneming en mag justitie 'zelf zoeken'; in de bijzondere strafvordering mag justitie niet zelf zoeken maar moet de verdachte meewerken.[1099] Dan komt de medewerking van de verdachte (aan het bevel tot uitlevering) tegemoet aan het verlangen een eventueel gerechtelijk vooronderzoek – dat de optie biedt van een doorzoeking door de rechter-commissaris te ontlopen.[1100] De tijd die dan gemoeid is met het inschakelen van een 'hogere autoriteit' wordt dan bespaard. Daarmee zijn we in feite terug bij de 'justitiële efficiency'-ratio van het bevel tot uitlevering, dat in paragraaf 8.2. werd benoemd.

Afrondend kan hier derhalve worden opgemerkt dat in de besproken twee arresten een verdere explicatie is gegeven van een al met het 'Vuurwapenwet'-arrest ingezette koers. De vordering tot uitlevering werd in beide zaken niet gezien als een 'verhoor' in de zin van 29 Sv, waardoor geen zwijgrecht gold. Duidelijk is dat hier een spanningsveld aanwezig is tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming. De strijd is onmiskenbaar beslecht ten faveure van het eerste. Volgens Kelk en Kool holt die benadering het zwijgrecht van de verdachte uit.[1101] Op dit punt wordt kort teruggekomen in de volgende paragrafen.

8.3.3.4. HR 21 december 2010, *NJ* 2011/425

8.3.3.4.1. Uitlevering van stukken versus het nemo tenetur-beginsel

De zaak van HR 21 december 2010, *NJ* 2010/425 betrof een beklag tegen het uitleveren van stukken. Centraal staat de klacht dat de gevorderde medewerking een inbreuk oplevert op het nemo tenetur-beginsel. De Hoge Raad laat zich in algemene termen uit over welke omstandigheden hij in dat verband relevant acht.

8.3.3.4.2. Omstandigheden van de zaak

In de onderhavige zaak betreft klaagster een chemisch bedrijf, waar op 1 juni 2007 een emissie van procesgas (titaantetrachloride) heeft plaatsgevonden. Naar aanleiding van dat voorval heeft klaagster een intern onderzoek verricht; een zogenaamde 'Tripod'-analyse. Van dat onderzoek is een rapport opgemaakt. Ten gevolge van de emissie is tevens een strafrechtelijk onderzoek jegens klaagster opgestart, als verdachte. In het kader van dat onderzoek wordt het door klaagster opgestelde rapport gevorderd, inclusief bijbehorende stukken. Die vordering tot uitlevering van stukken ter inbeslagneming is gebaseerd op de WED (artikelen 18, 19 en 24a WED). Klaagster heeft in principe voldaan aan de vordering door twee in twee afzonderlijke, verzegelde enveloppen de gevorderde documenten ter inbeslagneming te overhandigen. Klaagster heeft bij de rechtbank naar voren gebracht dat de vordering uitlevering van de documenten tot inbeslagneming in strijd is met artikel 6 EVRM, in het bijzonder met het recht niet te kunnen worden verplicht zichzelf te incrimineren en het zwijgrecht, en derhalve onrechtmatig is.

De rechtbank heeft er geen moeite mee het door het OM gevorderde materiaal aan te merken als 'wilsafhankelijk' materiaal. Zij acht namelijk evident dat de documenten door klaagster zijn vervaardigd en afhankelijk zijn van het wilsbesluit van klaagster. De inhoud van het interne

[1098]. Kelk en Kool, a.w., p. 99. Zij merken voorts nog op: 'Op de keper bezien staat een bevel tot uitlevering immers in het teken van de waarheidsvinding (art. 94 lid 1 Sv) en wordt de verdachte daarmee op een voor hem ongunstig moment geconfronteerd.'
[1099]. Buruma, a.w., p. 239.
[1100]. Ook Brouwer, a.w., p. 146.
[1101]. Kelk en Kool, a.w., p. 98.

onderzoek van klaagster en de Tripod-analyse, betreffen een uitgebreide en gedegen analyse van het voorval op 1 juni 2007. Deze zijn door dan wel namens klaagster uitsluitend op basis van door haar verstrekte gegevens opgesteld.

Gelet op EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk) kan volgens de rechtbank niet van klaagster worden verlangd de documenten ter inbeslagneming uit te leveren; met name nu deze documenten betrekking hebben op het feit waarvoor klaagster werd vervolgd. De Rechtbank hecht dus veel waarde aan het feit dat de documenten 'wilsafhankelijk' materiaal betreffen. Op dit punt doen de overwegingen van de Rechtbank in grote mate aan de J.B.-uitspraak denken, voorzover het gaat om objectief bestaand materiaal dat 'wilsafhankelijk wordt verkregen'. Hier is aldus doorslaggevend voor de Rechtbank dat de gegevens door klaagster zelf zijn opgesteld – daarmee wilsafhankelijk materiaal vormend – en zijn gevorderd ná het entameren van het strafrechtelijke onderzoek. Daarmee erkent de rechtbank dat in een dergelijk geval óók 'real evidence' niet behoeft te worden uitgeleverd.

De rechtbank verwijst ook naar de J.B.-uitspraak gelet op de omschrijving van de vordering van de officier van justitie, onduidelijk en onvoldoende was gespecificeerd. Naar het oordeel van de Rechtbank neigt het speculatieve karakter van de onderhavige vordering ter inbeslagneming daarom naar een 'fish finding-onderzoek'. Door het OM was cassatie ingesteld tegen de beslissing van de rechtbank.

8.3.3.4.3. Beoordeling door Hoge Raad

Volgens de Hoge Raad heeft de rechtbank in haar oordeel een onjuiste maatstaf aangelegd, door te overwegen dat klaagster niet aan de vordering behoefde te voldoen omdat de documenten door de klaagster zijn vervaardigd en het bestaan van die documenten van haar wil afhankelijk is. Beslissend voor de vraag of het nemo tenetur-beginsel is geschonden, is naar het oordeel van de Hoge Raad of het gebruik tot het bewijs van een al dan niet in een document vervatte verklaring van de verdachte in een strafzaak zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen. Het gaat daarbij volgens de Hoge Raad om de aard van de in het document vervatte verklaring, waarbij de omstandigheid dat de verdachte de verklaring zelf heeft vervaardigd, niet beslissend is. Derhalve had de Rechtbank kennis moeten nemen van de inhoud van de documenten, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad gaat niet meer in op de overwegingen van de Rechtbank dat de vordering van de officier van justitie speculatief van aard zou zijn. Met A-G Vegter kan worden ingestemd dat die overweging van de Rechtbank onbegrijpelijk is, gezien het feit dat de vordering van het OM duidelijk zag op twee gespecificeerde documenten.

8.3.3.4.4. Commentaar op het arrest

In principe had de Hoge Raad al eerder overwogen dat desondanks het bestaan van een verdenking, door de verdachte meegewerkt moet worden aan de vordering tot uitlevering van stukken, in het geval deze op de AWR of WED zijn gebaseerd. (zie paragraaf 3.3.5. en de bespreking van Het 'AWR'-arrest: HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997/232). Ook in deze zaak was sprake van een dergelijke WED vordering tot uitlevering. In zoverre wekt de uitkomst van de zaak geen verrasing. De uitspraak moet dan ook vooral bezien worden in de context van de beklagprocedure.

Niettemin schemeren in dit arrest toch ook algemene bewoordingen door over de interpretatie van het nemo tenetur-beginsel. De Hoge Raad stelt immers aan de orde wat beslissend is voor de vraag of nemo tenetur is geschonden. Op basis van bovengenoemde overweging van de Hoge Raad kan toch redelijkerwijs niet anders worden geconcludeerd, dan dat de Hoge Raad het

nemo teneur-beginsel vrijwel uitsluitend laat samenvallen met het zwijgrecht, al dan niet in schriftelijke vorm. De Hoge Raad spreekt namelijk over 'verklaring'. Vervolgens wordt gesteld dat de relevantie met betrekking tot het nemo tenetur-beginsel gelegen is in de 'aard' van die verklaring. Die 'aard' wordt echter niet gespecificeerd. De Hoge Raad verwijt de Rechtbank dat zij – ter duiding van die aard – kennis had moeten nemen van de stukken. Het komt mij echter voor dat ook zonder doorbreking van de verzegelde enveloppen meer dan voldoende duidelijk was, wat de aard van dit onderzoek betrof. Dat terwijl uit de EHRM rechtspraak wel degelijk volgt dat na het bestaan van een verdenking, de verdachte niet langer gehouden is tot uitlevering van 'real evidence' (zie hoofdstuk 5 paragraaf 3.5). Gelet op die jurisprudentie heeft de Rechtbank wel degelijk de juiste maatstaf aangelegd. Opmerkelijk genoeg oordeelde het hof Den Haag op 5 december 2014 (*NJ* 2015/110) – naar welke instantie de zaak werd terugverwezen – tot een zelfde conclusie als de Rechtbank. Het hof opende de verzegelde brieven en nam kennis van de inhoud. Daarbij overwoog het hof onder meer dat het rapport deels ook verklaringen bevatte, die afhankelijk van de wil van verdachte tot stand waren gekomen. Daarom was de vordering tot uitlevering volgens het hof in strijd met artikel 6 EVRM.

In verband met het door de Hoge Raad geformuleerde 'toetsingscriterium', kan nog gewezen worden op het commentaar van Reijntjes in zijn noot bij HR 21 december 2010, *NJ* 2011/425. Hij stelt namelijk dat der Hoge Raad (beter) geslaagd is om artikel 6 EVRM een 'leidende gedachte' los te pellen. Dat door beslissend te achten of 'het gebruik tot het bewijs van een al dan niet in een document vervatte verklaring van de verdachte' in een strafzaak 'zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen.' Dit raakt volgens Reijntjes de kern. Dat dit de kern zou raken wordt gelogenstraft door de veelvuldige jurisprudentie van het EHRM ter zake van die gevorderde uitlevering van 'real evidence'. Feitelijk wordt die jurisprudentie hier dus miskent door het nemo tenetur-beginsel te reduceren tot een zwijgrecht.

De beklagzaak HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6144 sluit aan op de overwegingen van de Hoge Raad in de besproken zaak. In deze zaak staat de uitlevering en inbeslagneming van het medische dossier en het zorgdossier van een overleden heer centraal, die in zijn kamer in een verpleeghuis te Maastricht is aangetroffen. De Stichting die het beheer voert over die dossiers weigert te voldoen aan het verzoek van de politie om afgifte van de gevorderde stukken. Die weigering werd onder meer onderbouwd met het argument dat de inbeslagneming van een medisch rapport, in strijd was met het nemo-tenetur-beginsel. Daartoe werd aangevoerd dat de klaagster en haar medewerkers verplicht waren mee te werken aan het door de IGZ (Inspectie voor de Gezondheidszorg) ingestelde onderzoek. Derhalve zouden gegevens die aan de verplichte medewerking ontleend waren niet in het strafdossier terecht mogen komen. De Hoge Raad herhaalt de kern van haar toetsingscriterium (r.o. 5.2.) zoals geformuleerd in HR 21 december 2010, *NJ* 2011/425. Daarbij gaat het erom dat hij beslissend acht of het of het gebruik tot het bewijs, van een al dan niet in een document vervatte verklaring van de verdachte in een strafzaak, zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen.

Vervolgens wijst de Hoge Raad er op dat de Rechtbank heeft vastgesteld dat jegens de klaagster ten tijde van de behandeling van het klaagschrift geen sprake was van een verdenking van een strafbaar feit. Volgens de Hoge Raad ligt daarin besloten, dat op dat moment evenmin aan de orde was, of er sprake zou kunnen zijn van gebruik voor het bewijs in een strafzaak jegens de klaagster van de desbetreffende gegevens (5.3.). In feite wordt gesteld dat bij gebreke van een verdenking ten tijde van de informatievergaring, niet aan de orde kan komen of dat bewijsmateriaal jegens klaagster gebruikt kan worden in de strafprocedure. Daarmee wordt aldus niet

gezegd dat het materiaal wel gebruikt *mag* worden. Impliciet staat er dat het debat over het gebruik van het materiaal in de strafzaak gevoerd moet worden.

Wat in HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6144 nog impliciet werd gesteld, wordt in Hoge Raad 12 februari 2013, nr. S 11/03167 B, onomwonden expliciet gesteld. Wederom staat het gebruik van aan de IGZ verstrekte gegevens centraal. Het OM vorderde bij de IGZ (patiënten)gegevens over het onjuiste medisch handelen van een gynaecoloog. De Inspectie had deze gegevens verzameld ten behoeve een tuchtklacht tegen de gynaecoloog. Gesteld wordt dat de door de klager, de gynaecoloog, verstrekte gegevens, in strijd zijn met het nemo tenetur-beginsel. De Hoge Raad laat niets aan onduidelijkheid over, in welke stand van de procedure die vraag aan de orde moet komen:

> 'De vragen met betrekking tot het nemo tenetur-beginsel houden verband met de vraag of de verdachte gehouden was de verzochte gegevens aan de IGZ te verstrekken en daarmee met de vraag of die gegevens tot bewijs kunnen strekken. Met de al dan niet rechtmatigheid van de inbeslagneming zelve, hebben die vragen niet van doen'.

De Hoge Raad heeft dat standpunt verder onderbouwd door voorop te stellen dat de behandeling als bedoeld in art. 552a Sv een summier karakter draagt. Dat brengt volgens de Hoge Raad mee dat van de rechter niet kan worden gevergd ten gronde in de mogelijke uitkomst van een nog te voeren hoofdzaak of ontnemingsprocedure te treden. De Hoge Raad stelt dat daarvoor in de beklagprocedure geen plaats is, omdat ten tijde van een dergelijke procedure veelal het dossier, zoals dat uiteindelijk aan de zittingsrechter in de hoofd- of ontnemingszaak zal worden voorgelegd, nog niet compleet is. Daarbij komt dat volgens de Hoge Raad voorkomen moet worden dat de beklagrechter vooruitloopt op het in de hoofd- of de ontnemingszaak te geven oordeel (vgl. HR 28 september 2010, *NJ* 2010/654). De beklagprocedure kan zich wel uitstrekken tot vragen met betrekking tot de rechtmatigheid van het beslag zelf, waarmee wordt gedoeld op de formaliteiten waaraan een inbeslagneming moet voldoen. Dat wordt aldus scherp onderscheiden van vragen die betrekking hebben op de mogelijke onrechtmatigheid van gebruik voor het bewijs van hetgeen door de inbeslagneming is verkregen.
acht zal moeten nemen.

8.3.3.5. HR 21 januari 2014, *NJ* 2014/82

In het kader van de eventuele medewerking door de verdachte, na het ontstaan van de verdenking, is voorts HR 21 januari 2014, NJ 2014/82 van belang. Concreet betrof de voorliggende rechtsvraag het volgende. Nadat jegens de betrokkene een verdenking was gerezen, oefende de dierenarts in de hoedanigheid van toezichthouder (Voedsel en Warenautoriteit) controlebevoegdheden uit. In cassatie werd geklaagd dat de (heimelijke) monsterneming na de gerezen verdenking, een inbreuk vormde op het nemo tenetur-beginsel.

De Hoge Raad overwoog onder meer dat de enkele omstandigheid dat de controlebevoegdheid was aangewend, nadat een verdenking van een strafbaar feit was gerezen, niet af doet aan de rechtmatigheid van de uitoefening daarvan. Dat geldt zo gezien niet aannemelijk is geworden, dat bij het gebruik maken van die bevoegdheid de aan de verdachte toekomende waarborgen niet in acht zijn genomen. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de aard van het materiaal. Dit betreft volgens de Hoge Raad materiaal waarvan monsters zijn afgenomen, die onafhankelijk van verdachtes wil bestaan. Derhalve is niet aannemelijk geworden dat de verdachte gedwongen is mee te werken aan zijn eigen vervolging.

Naar mijn opvatting is deze beslissing niet in tegenspraak met de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel, zoals die is afgeleid uit de EHRM rechtspraak. Reden daarvoor is gelegen in de nuance tussen het 'dulden' van onderzoekshandelingen en het gedwongen worden tot 'actieve medewerking'. In casu ging de toezichthouder juist zelf op zoek naar de 'real evidence'. De bevoegdheid monsters te nemen kon gebaseerd worden op grond van artikel 5:18 Awb.

8.3.3.6. Hoge Raad 24 november 2015, *NJ* 2016/58

De strafrechtelijke jurisprudentie aangaande de vordering van 'real evidence' van de verdachte, bereikt in zekere zin een voorlopig einde in het arrest Hoge Raad 24 november 2015, *NJ* 2016/58. Wat was het geval? Centraal staat het betoog dat medewerkers van de Belastingdienst op 15 juni 2010, in strijd met het nemo tenetur-beginsel, wilsafhankelijk materiaal van verdachte hebben afgedwongen. Daartoe is het volgende van belang. Verdachte (en zijn medeverdachte) hebben toe moeten geven waar de (computer met) administratie zich bevond. Volgens de verdediging dienen het antwoord op de vraag waar de administratie zich bevond, alsmede het uiteindelijk verkrijgen van die gegevensdrager en de administratieve bescheiden, als afgedwongen materiaal te worden gekwalificeerd. Dit betreft voorts wilsafhankelijk materiaal, met name omdat zonder de (actieve) hulp van verdachte niet de beschikking over dit materiaal verkregen kon worden, aldus de verdediging. Het gevolg dat daar aan verbonden wordt, is dat door de controle en opsporing op en na 15 juni 2010 is vergaard van het bewijs dient te worden uitgesloten, aldus de raadsman. In verband met die fiscale vordering is van belang dat deze gegevens is nadat aan verdachte de cautie werd gegeven. Er bestond dus al een strafrechtelijke verdenking.

In verband met de bescherming van het nemo tenetur-beginsel is de uitleg van belang die de Hoge Raad hier geeft aan het begrip 'wilsafhankelijk materiaal'. De Hoge Raad stelt namelijk (2.4):

> 'In zijn overwegingen heeft het Hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat de inhoud van de ordners niet kan worden aangemerkt als bewijsmateriaal dat door de verdachte onder dwang is afgegeven. Dat oordeel is, in aanmerking genomen de door het Hof in zijn overwegingen vastgestelde feiten en omstandigheden, niet onbegrijpelijk. Het middel steunt op de opvatting dat op de enkele grond dat de medewerking van de verdachte nodig is om documenten te verkrijgen waarin een verklaring van de verdachte is vervat, dat bewijsmateriaal als 'wilsafhankelijk bewijsmateriaal' moet worden aangemerkt. Die opvatting is onjuist (vgl. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130, *NJ* 2015/265).'

Met deze gekozen benadering sluit de strafkamer van de Hoge Raad volledig aan bij de uitleg zoals die in de fiscale zaken is gegeven. Het gaat hierbij om de arresten van 24 april 2015 (en 29 mei 2015).[1102] Het in hoofdstuk 6 paragraaf 2.14 geleverde commentaar op die jurisprudentie is hier dan ook integraal van toepassing. De wijze waarop invulling gegeven wordt aan het nemo tenetur-beginsel, ter zake de vordering van 'real evidence' (na het ontstaan van een verdenking), is afhankelijk van de uitleg die aan het begrip 'wilsonafhankelijk' materiaal wordt gegeven. Uit hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in de voornoemde serie arresten, volgt

[1102]. Hoge Raad 24 april 2015, nr. 13/05136 (ECLI:NL:HR:2015:1112), *BNB* 2016/22, (Conclusie Langemeijer), Hoge Raad 24 april 2015, nr. 14/02416 en nr. 14/02686 (ECLI:NL:HR:2015:1130), *BNB* 2016/21, (Conclusie A-G Wattèl), Hoge Raad 24 april, nr. 14/02420 en nr. 14/02691 (ECLI:NL:HR:2015:1117), FutD 2015-1122, (Conclusie Wattèl), Hoge Raad 24 april 2015, (Conclusie A-G Wattèl), nr. 14/02414, ECLI:NL:HR:2015:1129), BA 2015/128 en Hoge Raad 29 mei 2015, nr. 14/00584 (ECLI:NL:HR:2015:1359), *BNB* 2016/23, (Conclusie Niessen).

dat het nemo tenetur-beginsel niet geldt voor 'real evidence'. Het onderscheid tussen de begrippen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal valt in die visie volledig samen met die tussen 'real evidence' en 'testimonial evidence'. De Hoge Raad beschouwt 'real evidence' volledig als wilsonafhankelijk materiaal en plaatst de vordering van dit type bewijsmateriaal daarmee buiten het toepassingsverband van de nemo tenetur-bescherming.

8.3.4. Beoordeling in het licht van het nemo tenetur-beginsel

8.3.4.1. De impasse van de legaliteitsdiscussie

Nadat de jurisprudentie van de Hoge Raad in een tijdsperiode van bijna 20 jaar de revue gepasseerd is, is het moment daar om de in de inleiding geschetste vraagpunten te beantwoorden. We hebben gezien dat de vraag of het bevel tot uitlevering op grond van de bijzondere wetten aan de verdachte was toegestaan, aanvankelijk gevoerd is in de context van een legaliteitsvraagstuk. De vraag was immers of artikel 107 Sv (oud) toepasbaar was buiten het strafvorderlijk kader, op de bijzondere wetten. Het primaire 'nemo tenetur'-vraagstuk verwerd daarmee tot een discussie omtrent de 'wil van de wetgever'. Auteurs als Melai en Vellinga-Schootstra accentueerden het primaat van het Wetboek van Strafvordering en stelden dat niet zonder een expliciete bepaling van de wetgever van de strafvorderlijke uitgangspunten – lees artikel 107 Sv (oud) – kon worden afgeweken. Toch is die stellingname maar betrekkelijk. Welke positie ook gekozen wordt, geen enkele is écht overtuigend doordat op grond het 'stilzwijgen van de wetgever' naar beide uitkomsten toe geredeneerd kan worden. Dat maakt dit legaliteitsdebat ongeacht de gekozen uitweg weinig overtuigend en bovendien onbevredigend, omdat zij het primaire probleem niet adresseert, maar juist via een formele omweg passeert. De Opiumwet- en de WWM-zaken kunnen dan ook worden gezien als (door de verdediging) ondernomen pogingen zich weer op het primaire vraagstuk te concentreren: het spanningsveld tussen het bevel tot uitlevering aan de verdachte en het nemo tenetur-beginsel.

Niettemin heeft de behandelde jurisprudentie van de Hoge Raad fundamentele gevolgen. De nemo tenetur-beperking in de vorm van het huidige artikel 96a tweede lid Sv, heeft buiten het Wetboek van Strafvordering (en bij art. 551 Sv) geen enkele betekenis, zoals in het navolgende nog aan de orde komt. In dit verband wordt gewezen op hetgeen Wortel heeft opgemerkt over de verhouding tussen strafvorderlijk voorschriften en die uit de bijzondere wetten:

> 'Voorschriften uit het Wetboek van Strafvordering gelden nog slechts voor de opsporing van bij bijzondere wet strafbaar gestelde feiten, voor zover de bepalingen van het wetboek verenigbaar zijn met de strekking van de afwijkende strafvorderlijke bepalingen uit die bijzondere wetten. Dit draagt uiteraard het nodige bij tot de – toch al aanzienlijke – glibberigheid van de materie.'[1103]

8.3.4.2. *Bevel tot uitlevering op grond van de bijzondere wetten en het nemo tenetur-beginsel*

Anders dan het hiervoor aangehaalde legaliteitsvraagstuk, dat neerkwam op de toepasbaarheid van het oude artikel 107 Sv, dient de kern van de discussie te zijn gelegen in de verhouding tussen het bevel tot uitlevering op grond van de bijzondere wetten en de procespositie van de verdachte. Juridisch gezien zijn dat verschillende vragen. De stand van zaken op basis van de

[1103]. J. Wortel, *Vervolgen in belastingzaken*, Deventer 1991, p. 390. Wortel stelt tevens de vraag aan de orde of de beperking van artikel 107 lid 2 Sv (oud) niet moet sneuvelen ten aanzien van de bijzondere wetten, gezien deze niet voorkomt in de ruime inbeslagnemingsbevoegdheid in verschillende wetten, zoals de AWR. Hij wijst er op dat de rechtbank Amsterdam inderdaad die conclusie heeft getrokken: Rb Amsterdam 17 oktober 1986, *NJ* 1988/335.

besproken jurisprudentie van de Hoge Raad is dat het bevel tot de verdachte mag worden gericht en deze tot medewerking is gehouden. Dit voor zover de vordering niet op een strafvorderlijk bevel is gebaseerd. Dit volgt uit onder meer de arresten HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997/232; HR 21 oktober 1997, *NJ* 1998/173 en laatstelijk HR 24 november 2015, *NJ* 2016/58. Daarmee is hier sprake van een door de Hoge Raad gebillijkte vorm van zelfincriminatie. De verdachte dient immers 'real evidence' aan te dragen op vordering van opsporingsambtenaren.

De kernvraag is in hoeverre het bevel tot uitlevering aan de verdachte (op grond van de bijzondere wetten) in strijd is met het nemo tenetur-beginsel. Zoals in hoofdstuk 5 uitgebreid aan de orde kwam, is het nemo tenetur-beginsel verdragsrechtelijk vervat in artikel 6 EVRM. Ook kwam in hoofdstuk 5 aan de orde dat de vraag naar de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel neerkomt op de interpretatie van de EHRM jurisprudentie ter zake. In dit verband gaat het niet om het gebruik van onder dwang afgelegde verklaringen, maar om de uitlevering van 'real evidence': tastbaar bewijsmateriaal. In dit verband wordt nog andermaal de geldende 'nemo tenetur'-regels geschetst. Er zijn drie factoren die tezamen maken dat er sprake is van een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel, in het geval van 'real evidence'. Die factoren zijn:

1. er bestaat een criminal charge, of verdenking, jegens een verdachte;
2. nadien wordt de afgifte van 'real evidence' van die verdachte gevorderd (daarmee wordt een beroep gedaan op de verdachte om bewijsmateriaal te leveren);
3. de vordering gaat gepaard met dwang van overheidswege, bij non-coöperatie aan die vordering.

Het moge duidelijk zijn dat punten 1. en 2. geen discussie opleveren. Afgezien dat de vraag *of* sprake is van een criminal charge een eigen dynamiek kent, maar dat is nu niet relevant. Centraal in het jurisprudentiële debat stond immers de vordering tot uitlevering aan de verdachte. Zaken waar nog geen sprake was van een verdenking, dan wel een criminal charge, vielen om die reden buiten het bestek van de behandeling in dit hoofdstuk. Punt 3. is interessanter. In zaken als Funke, J.B. en bijvoorbeeld Chambaz werden aan betrokkenen geldboetes opgelegd, teneinde medewerking te bewerkstelligen tot afgifte van bescheiden.[1104] Die geldboetes vormden de 'dwang' die vervolgens mede aanleiding vormde tot de inbreuk op nemo tenetur. In de in dit hoofdstuk aangehaalde arresten van de Hoge Raad was geen sprake van dergelijke 'monetaire dwang'. Het Nederlands recht voorziet in die gevallen echter de 'dwang' van een wettelijke grondslag. Bij de weigering aan de vordering tot uitlevering te voldoen, bijvoorbeeld op grond van de WED, maakt de verdachte zich immers (in beginsel) al schuldig aan een strafbaar feit. In het geval van de WED gaat het daarbij om een specialis van artikel 184 Sv. Artikel 26 WED voorziet namelijk in een hogere strafdreiging: op grond van artikel 2 lid 5 WED is dit een misdrijf, waar op voet van artikel 6 lid 2 WED een maximale gevangenisstraf op staat van twee jaar en/of een geldboete van de vierde categorie (€ 19.000). Daarnaast kunnen ook nog de bijkomende economische straffen en maatregelen worden opgelegd, genoemd in artikelen 6 en 7 WED op grond van artikel 6 lid 2 WED. Een wezenlijk verschil tussen artikel 184 Sr en 26 WED: eerstgenoemd artikel kent 'maar' een strafmaximum van drie maanden. Daarmee kent het Nederlands recht zeker in een bepaling als artikel 26 WED een geducht pressiemiddel, doordat de weigerachtige verdachte vervolging voor een nieuw strafbaar feit boven het hoofd hangt, met dito sanctiemogelijkheden. Dat de bewuste vordering tot uitlevering gepaard gaat met dwang van overheidswege, door de reële mogelijkheid van bestraffing van non-coöperatie, behoeft daarmee geen verder betoog.

[1104]. EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993/485 (*Funke v. Frankrijk*), EHRM 3 mei 2001, *NJ* 2003/354 (*J.B. t. Zwitserland*) en EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04 *(Chambaz v. Zwitserland).*

Gelet op het voorgaande en de vaststelling dat verdachten onder dreigende bestraffing gehouden zijn bewijsmateriaal tegen zichzelf aan te dragen, zal het antwoord op de verhouding van die praktijk tot artikel 6 EVRM weinig verbazing wekken. Dit is strijdig met het nemo tenetur-beginsel, zoals dat geïnterpreteerd is en afgeleid is uit de jurisprudentie van het EHRM in hoofdstuk 5. Daarmee volgt 'axiomatisch' het antwoord op de vraag naar het spanningsveld tussen het bevel tot uitlevering op grond van de bijzondere wetten en het nemo tenetur-beginsel. Dit betekent dat ook de vordering ex artikel 551 Sv strijdig is met artikel 6 EVRM. Het feit dat de vordering wordt gedaan met het oog op verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer, betekent niet dat de verdachte geen 'real evidence' tegen zichzelf aandraagt. Daarbij heeft de wetgever niet voorzien in een eventuele uitsluiting van die resultaten voor het gebruik van bewijs in het strafproces. De beperking tot die genoemde uitleveringsgronden dient dan feitelijk alsnog de waarheidsvinding.

Ten slotte geldt dat op 18 maart 2004 (Stb.109) artikel 126nd Sv inwerking is getreden. Het eerste lid geeft de officier van justitie de bevoegdheid in het belang van het onderzoek, opgeslagen of vastgelegde gegevens te vorderen.[1105] Het artikel geeft (mede) uitvoering aan artikel 2 van het protocol bij het EU-rechtshulpverdrag. Het maakt tevens onderdeel uit van het pakket aan wetgevende maatregelen ter vergroting van de mogelijkheden tot opsporing van terroristische misdrijven. Daarnaast is het artikel gebaseerd op de voorstellen van de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij (Commissie-Mevis).[1106] In verband met de toepassing van het nemo tenetur-beginsel is het tweede lid van artikel 126nd Sv relevant. Daarin wordt namelijk bepaald dat de vordering uit het eerste lid niet kan worden gericht tot de verdachte.

De Commissie Strafvorderlijke Gegevensvergaring in de informatiemaatschappij overwoog in relatie tot de positie van de verdachte en gegevensverstrekking in het algemeen:

> 'Met betrekking tot de positie van de verdachte meent de commissie dat er geen goede gronden zijn thans af te wijken van het uitgangspunt dat in beginsel geen actieve medewerking van de verdachte wordt verlangd. In de te formuleren bevoegdheden moet dan ook worden bepaald dat de vordering niet tot de verdachte kan worden gericht. Hoewel de uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens in de zaak Saunders (...) ruimte lijkt te bieden voor een plicht tot medewerking van de verdachte, voor zover het gaat om 'materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat', meent de commissie dat het ongewenst is bij de door haar voor te stellen bevoegdheden deze ruimte in te vullen'.[1107]

[1105]. Daarbij gaat het om een verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid SV. De vordering kan gericht worden aan degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot die genoemde gegevens.

[1106]. Aldus T. Blom, 'Bijzondere bevoegdheden tot opsporing', in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen (red.) Tekst & Commentaar Strafvordering, Kluwer: Deventer 2017, p. 668-669.

[1107]. Commissie Strafvorderlijke Gegevensvergaring in de informatiemaatschappij (Commisie-Mevis), Rapport Gegevensvergaring in strafvordering. Nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek, 2001, p. 57. Vermeldenswaardig is hier nog de Memorie van Toelichting op de Wet Computercriminaliteit. De wetgever acht het pas zinvol uitzonderingen te maken op het nemo tenetur-beginsel, indien een redelijk verband valt aan te brengen tussen de straf die kan worden opgelegd wegens niet-nakoming van het bevel en de straf vanwege het delict dat voorwerp is van onderzoek. Wanneer dit niet geval is lijkt een verplichting tot het afgeven van gegevens dan weinig zinvol omdat de naleving ervan in veel gevallen illusoir is en niet handhaafbaar zal zijn. *Kamerstukken II* 1989/90, 21 551, nr. 3, p. 28.

Het tweede lid van artikel 126nd Sv is derhalve in mijn optiek illustratief, voor de gedachte dat de wetgever het ongeoorloofd acht om *actieve* medewerking van de verdachte af te dwingen, in het kader van de bewijsvergaring.[1108]

8.4. Conclusie

De jurisprudentie die in *deel I* van dit hoofdstuk de revue passeerde, leverde de volgende aandachtspunten op. De Hoge Raad lijkt het nemo tenetur-beginsel sterk gelijk te stellen met de bescherming van de mondelinge verklaringsvrijheid. Dit kwam bijvoorbeeld aan de orde in HR 26 oktober 1993, *NJ* 1994/629, maar ook in de behandelde beklagzaak HR 21 december 2010, *NJ* 2010/425. Aan het beschermen van die verklaringsvrijheid kwam in eerstgenoemde zaak doorslaggevende betekenis toe, in het geval van een conflict met een wettelijke medewerkingsverplichting. Het zwijgrecht van de verdachte prevaleert in een dergelijk geval, boven de verkeersrechtelijke antwoordplicht van de bestuurder.
Gezien de waarde die de Hoge Raad toekent aan het beschermen van het zwijgrecht is plausibel dat de Hoge Raad over zou gaan tot uitsluiting van het bewijs in de strafzaak van tijdens het controleonderzoek afgelegde verklaringen . Het ligt voor de hand dat dan aansluiting gezocht zou worden bij het fiscale arrest HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27. In dat arrest hanteert de Hoge Raad een dergelijke bewijsuitsluiting. Bij de bespreking van HR 8 juli 2008, *NJ* 2008/455 is voorts betoogd dat ter bescherming van de procesautonomie, het strafdossier 'geschoond' zou dienen te worden van die in de controle afgelegde verklaringen. Dat in dit arrest geen bewijsuitsluiting aan de orde kwam, was gelegen in de omstandigheid dat van dergelijke verklaringen simpelweg niet voor het bewijs gebruik was gemaakt (volgens de A-G).

In dit verband is nog van belang dat de Hoge Raad in 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2014:247 oordeelde dat gezien de omstandigheden de cautie verleend had moeten worden, ook al was sprake van een douane controleonderzoek. Hier keek de Hoge Raad aldus door de formele status van het onderzoek heen, ten gunste van de materiele waarborging van het zwijgrecht van de verdachte. De bescherming van het zwijgrecht is derhalve niet afhankelijk van de formele status van het onderzoek, maar van de materiële status ervan. Dat betekent dat de cautie verleend moet worden zodra sprake is van het criterium genoemd in artikel 27 Sv, ook al beroept de betrokken controleambtenaar zich op de controlebevoegdheden.

Bespreking van het arrest HR 8 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1608 leidt tot de stelling dat de informatieverplichting binnen het kader van de sociale zekerheid, een ander karakter heeft dan die binnen het fiscale domein. Belangrijke nuance is wel, dat het hier gaat om de (verlengde) aanvraag tot een sociale uitkering. De verplichting de betreffende informatie (volledig en) naar waarheid te verstrekken ontstaat door de aanvraag zelf. Het was in het onderhavige geval is de keuze van de betrokkene zelf die aanvraag in te dienen en derhalve de verplichting aan te gaan, waardoor de samenloop van procedures ontstond.

De behandelde jurisprudentie (onder meer HR 30 september 1997, *NJ* 1998/104 en HR 22 juni 1999, *NJ* 1999/648) laat voorts zien dat er geen conflict ontstaat met het nemo tenetur-beginsel, wanneer in de controlesfeer vergaarde 'real evidence' gebruikt wordt in de strafprocedure. Dat is op zichzelf geheel in lijn met de bevindingen op basis van de EHRM-jurisprudentie (zie bijvoorbeeld hoofdstuk 5 paragraaf 3.5.).

[1108]. Zie ook Stevens, a.w., p. 88.

Naar aanleiding van de zaak HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39 is de vraag opgeworpen naar de toelaatbaarheid van een WED-vordering gebaseerd op aanwijzingen, in relatie tot het nemo tenetur-beginsel. In hoofdstuk 5 paragraaf 9.6 is gesteld dat op basis van de EHRM-jurisprudentie. het nemo tenetur-beginsel inroepbaar is vanaf het ontstaan van de 'materiële verdenking'. Dat geldt ongeacht de formele staat van het onderzoek (controle- of opsporing). De WED-bevoegdheden zijn als opsporingsbevoegdheden inherent verbonden aan de opsporingssfeer. Echter, deze kunnen worden aangewend op basis van de eerdere genoemde 'aanwijzingen'. Consistente toepassing van de EHRM-jurisprudentie leidt er dan toe dat dat de betrokkene tegen wie dergelijke aanwijzingen bestaan op zichzelf toch gehouden is aan dat WED-onderzoek medewerking te verlenen. Dit is problematisch omdat degene wel voorwerp is van een vorm van opsporingsonderzoek. Daarbij geldt ten opzichte van het bestuursrecht (art. 5:20 Awb jo. 184 Sr) een verzwaarde pressie tot medewerking in het economisch strafrecht (art. 26 WED jo. 2 lid 5 WED jo. 6 lid 2 WED). Niettemin dient de interpretatie naar de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel uit de EHRM jurisprudentie wel consequent te worden toegepast, zoals hierboven aangegeven. In de praktijk zal dit een sterk casuïstische aangelegenheid zal blijven, gezien aanwijzingen en de strafvorderlijke verdenking elkaar dicht kunnen benaderen.

De analyse in *deel II* heeft het volgende opgeleverd. Het zwijgrecht (art. 27 Sv) en het verbod het bevel tot uitlevering aan de verdachte te richten (art. 96a Sv) vormen tezamen de nucleus van de strafvorderlijke nemo tenetur-bescherming. Aanvankelijk was de vraag of de voorloper van laatstgenoemd artikel (art. 107 Sv oud) toepassing had in de bijzondere wetten, die een dergelijk uitleveringsbevel kennen. Het 'stilzwijgen' van de wetgever op dit punt werd door de Hoge Raad in het 'Vuurwapenwet'-arrest (HR 20 maart 1984, *NJ* 1984/547) zodanig geïnterpreteerd, dat de wetgever met artikel 107 Sv (oud) niet de medewerkingsverplichtingen uit de bijzondere wetten wilde uitschakelen. Het artikel miste dus analoge toepassing volgens de Hoge Raad; derhalve werd toegestaan dat bevelen tot uitlevering in de bijzondere wetten aan de verdachte gericht konden worden. Ook uit jurisprudentie nadien bleek, dat het rechtsoordeel in het 'Vuurwapenwet'-arrest over de toepasbaarheid van artikel 107 Sv (oud) een ruimer toepassingsbereik had; hetgeen expliciet volgde uit HR 9 oktober 1984, NJ 1985/176 (WED) en HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997/232 (AWR).

Gezien de toelaatbaarheid van het bevel tot uitlevering in de bijzondere wetten lag het niet voor de hand dat de Hoge Raad zou oordelen, dat voorafgaande aan dit bevel de verdachte de cautie moet worden gegeven (HR 12 juni 2001, *NJ* 2001/510 en HR 25 september 2001, *NJ* 2002/97). Een dergelijke cautieverplichting gold niet. Niettemin heeft het rechtsoordeel van de Hoge Raad over de toepasbaarheid van het bevel tot uitlevering in de bijzondere wetten, de nodige kritiek geoogst. Kern van de kritiek is dat de bijzondere wetten juist – daar waar de wetgever zwijgt – niet af zouden mogen wijken van bepalingen uit Strafvordering. In die visie ligt het primaat dus bij het Wetboek van Strafvordering. Het 'Vuurwapenwet'-arrest en de kritieken daarvop laten echter onverlet dat op theoretisch niveau dit 'legaliteitsvraagstuk' tot een impasse leidt, doordat het 'stilzwijgen' van de wetgever voor tweeërlei uitleg vatbaar is. De stand van zaken is dat verdachten op grond van bijzondere wetgeving dienen te voldoen aan vorderingen tot uitlevering van 'real evidence'. Bij het niet voldoen aan de vordering riskeren zij een nieuwe strafvervolging op grond van artikel 184 Sr, of in het geval van de WED, de zwaardere pendant in de vorm van artikel 26 WED.

De vraag is derhalve of die stand van zaken in overeenstemming is met het nemo tenetur-beginsel; welke vraagstelling aanvankelijk onderbelicht raakte door het benoemde 'legaliteitsdebat'. Geconcludeerd is dat de genoemde praktijk leidt tot een onaanvaardbare inbreuk op het nemo tenetur-beginsel en als strijdig met artikel 6 EVRM dient te worden afgewezen. Er is

namelijk sprake van een situatie waarbij een verdachte onder (wettelijke) dwang gehouden is belastend bewijsmateriaal tegen zichzelf aan te dragen. Uit de jurisprudentie van het EHRM valt af te leiden dat een verdachte niet tot een dergelijke actieve bewijsvergaring mag worden gedwongen. Daar staat tegenover dat een verdachte de toepassing van dwangmiddelen, zoals een doorzoeking, moet dulden. Tevens staat voor wat betreft het merendeel van de bijzondere wetgeving het bestuursrechtelijk controleonderzoek ten dienste van de handhavingsautoriteiten, waarbij de gecontroleerde – zijnde nog niet een verdachte – in beginsel wél tot medewerking is gehouden aan een dergelijk onderzoek.

De voorgaande discussie omtrent de vordering van 'real evidence' van de verdachte is ten slotte ondubbelzinnig aan de orde gekomen in HR 24 november 2015, *NJ* 2016/58. De Hoge Raad sluit op dit punt volledig aan bij de uitleg zoals die in de fiscale zaken is gegeven. Het gaat hierbij om de arresten van 24 april 2015 (en 29 mei 2015) (zoals genoemd in paragraaf 8.3.3.6. (en besproken in hoofdstuk 7 paragraaf 2.13). Op basis van de EHRM jurisprudentie is de 'nemo tenetur' bescherming van 'real evidence', verbonden met het begrip 'wilsafhankelijk materiaal'. De Hoge Raad kwalificeert 'real evidence' echter categorisch als wilsonafhankelijk materiaal en plaatst de vordering van dit type bewijsmateriaal daarmee buiten het toepassingsverband van de nemo tenetur-bescherming. Concreet betekent dit dat vorderingen tot uitlevering ter inbeslagneming aan de verdachte kunnen worden gedaan. Dat voor zover deze op bijzondere wetgeving zijn gebaseerd. De bescherming van artikel 96a lid 2 Sv wordt zodoende gepasseerd.

De conclusie is dan ook dat een wonderlijke situatie is ontstaan. Een strafvorderlijk bevel tot uitlevering mag niet aan de verdachte worden gegeven; de wetgever acht een dergelijk bevel in strijd met de 'humaniteit'. Daarentegen accepteert de Hoge Raad een dergelijk bevel wel in het ordeningsstrafrecht. Dit door enerzijds de strafvorderlijke waarborg van artikel 96a lid 2 Sv niet van toepassing te achten buiten de contouren van strafvordering, alsmede door een te beperkte interpretatie van het begrip 'wilsafhankelijk' materiaal. Dit leidt aldus niet alleen tot een opmerkelijke discrepantie ten aanzien van die EHRM jurisprudentie, maar evenzeer ten aanzien van de strafvorderlijke uitgangspunten.

HOOFDSTUK 9.

Conclusies en aanbevelingen

9.1 Het uitgangspunt van de sfeerverdeling

De titel van dit onderzoek 'sfeerovergang en nemo tenetur' is gebaseerd op een verband tussen beide begrippen. Het verband bestaat er uit dat de wijze waarop een deel van de (punitieve) handhaving plaatsvindt, kan conflicteren met de rechtsbescherming die te ontlenen is aan het nemo tenetur-beginsel.

Handhaving van 'ordeningsrecht' – het bestuursrecht en bijzonder strafrecht – kan niet adequaat geschieden zonder een daartoe ingesteld controleonderzoek. Dat ordeningsrecht kent een bijzonder wijd palet aan regelgeving waarvan de ratio voornamelijk gelegen is in sociaaleconomische gedragsregulatie. De burger kan hierbij in verband met bepaalde 'kwaliteiten' worden aangesproken door de overheid, zoals die van belastingplichtige of vergunninghouder. De vaststelling in hoeverre dit type regelgeving correct wordt nageleefd, kan een bepaalde expertise of interpretatie vereisen, gelet op technische, administratieve of bijvoorbeeld juridische aspecten. Potentiële overtredingen zullen alsdan bij wijze van uitgangspunt alleen aan het licht komen door een 'actieve controle' uitgevoerd door daartoe opgeleide ambtenaren. Zoals bleek uit de inleiding in *hoofdstuk 1.* heeft een dergelijke wijze van handhaving al eeuwenlang bestaan. Op de middeleeuwse markten voerden keurmeesters controles uit van de aangeboden waren, teneinde te onderzoeken of deze in overeenstemming waren met de geldende voorschriften. De middeleeuwse autoriteiten waren zich klaarblijkelijk bewust van de noodzaak van een actief controleonderzoek, in verband met het functioneren van een behoorlijke voedselmarkt.

Dergelijke onderzoeken vormen aldus de 'conditio sine qua non' voor handhaving van het ordeningsrecht. Een dergelijke samenhang kwam uitgebreid aan de orde in *hoofdstuk 2.* De handhaving is in dit verband gebaseerd op een uitgangspunt van 'sfeerverdeling': een controle- en een opsporingssfeer. Voor deze handhaving dient het reactieve strafvorderlijke kader – overheidsoptreden dat op een verdenking is gebaseerd – in beginsel voorafgegaan te worden door een proactief bestuursrechtelijk kader waarbij de overheid controlerend optreedt en onderzoekt in hoeverre de wet wordt nageleefd. In het kader van de controle wordt dan onderzocht of de situatie conform de wettelijke regeling is. Zo niet, dan wordt (vervolgens) strafrechtelijk opgetreden. Controleonderzoek is derhalve in *hoofdstuk 2* gedefinieerd als het onderzoek van overheidswege gericht op het vaststellen in hoeverre bepaalde regelgeving wordt nageleefd. Het controleonderzoek is in die definitie in wezen gebaseerd op de '*rechtmatigheids*hypothese'. Zoals uit de definitie volgt is namelijk elk controleonderzoek – *in beginsel* – gebaseerd op het juridisch uitgangspunt dat de betrokkene de wet naleeft. Die benadering is afgezet tegen het opsporingsonderzoek, dat juist gebaseerd is op de hypothese dat een strafbaar feit is begaan: een *onrechtmatigheids*hypothese. Het (strafvorderlijk) opsporingsonderzoek wordt immers in de regel geëntameerd op basis van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit (art. 27 Sv), of in het geval van de WED op basis van 'aanwijzingen' van wetsovertreding.

Paradoxaal genoeg is een betrokkene op straffe van een aparte vervolging bij weigering van die medewerking, gehouden aan zo een controleonderzoek (actieve) medewerking te verlenen (zie artikel 5:20 Awb). Dat, terwijl dergelijk onderzoek juist aanleiding kan geven tot het ontstaan van een verdenking van wetsovertreding en vervolgens de entamering van een opsporings- of

boeteonderzoek. In de controlesfeer heeft de betrokkene een verplichting te voldoen aan vorderingen van een toezichthouder. Daarentegen dient in de opsporingssfeer – gelet op de werking van het nemo tenetur beginsel – de verdachte juist gevrijwaard te zijn van overheidspressie om aan zijn eigen bewijsvoering (actieve) medewerking te verlenen. Het bestuursrechtelijk boeteonderzoek wordt, gelet op het punitieve karakter van de boete, eveneens genormeerd door het nemo tenetur-beginsel op basis van artikel 6 EVRM. Controle kan zodoende overvloeien in 'opsporing', terwijl de rechten en plichten uit beide 'sferen' *in beginsel* elkaars contrast vormen.

Dat is – in kort bestek – het fenomeen wat aangeduid wordt met 'sfeerovergang': de overgang van een bestuursrechtelijk controleonderzoek naar hetzij een bestuursrechtelijk boeteonderzoek, hetzij een opsporingsonderzoek. Daarbij kan nog een verdere procedurele complicatie optreden. In *hoofdstuk 2* (2.3.2.5.) is betoogd dat de problematiek van de *'sfeercumulatie'* (in beginsel) voortvloeit uit de *sfeerovergang*. Ook nadat de 'opsporingssfeer' eenmaal een aanvang heeft genomen (bestuursrechtelijk of strafrechtelijk), kan daarnaast nog een aparte (non-punitieve) bestuurlijke procedure gevoerd worden (bestuursdwang, of bijvoorbeeld een fiscale naheffingprocedure). Op die wijze ontstaat een situatie waarin sprake is van een cumulatie van verschillende rechtssferen, waarbij eveneens sprake is van een uiteenlopend (potentieel conflicterend) juridisch kader. In dat geval wordt van 'sfeercumulatie' gesproken. Zo beschouwd vormt de handhaving van het ordeningsrecht door middel van controlerend optreden een natuurlijk spanningsveld met het van oorsprong strafrechtelijk nemo tenetur-beginsel. Daarbij is van belang dat het eerder genoemde 'uitgangspunt van de sfeerverdeling' – een onderscheid in een controle- en opsporingssfeer – een theoretisch constructie is. De feitelijke werkelijkheid kan weerbarstiger zijn dan die juridische uitgangspunten. Dat bleek onder meer bij de bespreking van het begrip repressieve controle in *hoofdstuk 2* (paragraaf 5), alsmede bij de toepassing van controlebevoegdheden ter opsporing in *hoofdstuk 3.*

De vragen die in dit verband zijn onderzocht, zijn dan ook de volgende:

- Tot welke beperkingen van de aan het nemo tenetur-beginsel ontleende rechtsbescherming leidt het fenomeen van de sfeerovergang in het bestuurs- en strafrecht?
- Hoe kunnen die beperkingen van die rechtsbescherming geredresseerd worden?

Beantwoording van de probleemstelling heeft een onderzoek naar de inhoud van de begrippen 'sfeerovergang' en 'nemo tenetur-beginsel' gevergd. Aangaande de sfeerovergang handelt het daarbij om de verhouding tussen het controle- en het opsporingsonderzoek. Het belang van dat onderscheid heeft betrekking op de omvang van de medewerkingsverplichting aan het controleonderzoek, alsmede de vraag in hoeverre dat onderzoek aan rechterlijke toetsing onderhevig kan zijn in het strafproces. Voorts is van belang dat concrete beantwoording van geformuleerde vraagstellingen een analyse vereiste omtrent de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. Derhalve is de jurisprudentie van het EHRM (apart) geanalyseerd. Vervolgens is onderzocht in hoeverre de jurisprudentie van de hoogste Nederlandse rechters voldoende in overeenstemming is met die rechtspraak van het EHRM, ter zake van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel.

9.2 Het onderscheid tussen controle- en opsporingssfeer

In *hoofdstukken 2 en 3* is een aantal factoren geïnventariseerd die het hiervoor genoemde onderscheid tussen controle- en opsporingssfeer problematiseren. Het kenmerkende onderscheid tussen controle- en opsporingsbevoegdheden wordt aanmerkelijk gerelativeerd door de reikwijdte van de WED- en Awb-bevoegdheden. De WED-opsporingssfeer kan reeds op basis van aanwijzingen worden geactiveerd. Op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 25 juni

2013 ECLI:NL:HR:2013:3 'Tankduwbak') kunnen dergelijke aanwijzingen dermate 'generiek' zijn, dat de toepassing van deze bevoegdheden de controlesfeer vrijwel heeft benaderd. Dergelijke aanwijzingen kunnen al gebaseerd worden op de enkele omstandigheid dat in een haven bepaalde regelgeving wordt overtreden. Op haar beurt is nog steeds sprake van uitoefening van bevoegdheden binnen het kader van de controlesfeer, in het geval van 'repressieve controle'. Het gaat daarbij om onderzoek op grond van 'abstracte vermoedens' van wetsovertreding; de zogenaamde 'repressieve' controle. Daarbij komt de grens met de strafvorderlijke verdenking in zicht en zeker die met de 'aanwijzingen', welke de grondslag vormt voor het optreden op basis van de WED. Dat is aldus een duidelijke relativering van de 'rechtmatigheidshypothese' als grondslag voor het controleonderzoek.

De conclusie uit deze hoofdstukken is dat de WED-opsporingssfeer de controlesfeer benadert, gelet op het algemene karakter van de toepassingscriteria voor dergelijke bevoegdheden. Omgekeerd benadert de controlesfeer het 'verdenkingsbegrip' door middel van de repressieve controle, gebaseerd op abstracte indicatie van wetsovertreding. Dat zijn fundamentele voorbeelden van 'anomalieën' die zich slecht verdragen tot de theoretische premisse van de sfeerverdeling. Daarnaast kunnen controlebevoegdheden – zij het met inachtneming van verdedigingsrechten – gecontinueerd worden terwijl de opsporingssfeer reeds aanhangig is.

In *hoofdstuk 3* kwam onder meer aan de orde hoe de wetgever het onderscheid tussen controle en opsporing benaderde in de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht. Enerzijds heeft de wetgever gekozen voor een onderscheid tussen bestuurs- en strafrecht, in de context van de sfeerovergang. Daarmee hecht hij dus aan de afbakening van controle en opsporing. Anderzijds heeft de wetgever een aantal relativeringen onderkend. Het gemaakt onderscheid duidt de wetgever als 'vloeiend' van aard. Het gaat daarbij om het ruime opsporingsbegrip uit de WED, op basis van het 'aanwijzingen'-criterium. Door middel van harmonisatie bewerkstelligde de wetgever dat de Awb- en WED-bevoegdheden op elkaar zijn 'afgestemd', zodat er geen leemte zou vallen in de overgang van toepassing van die bevoegdheden (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 5, p. 63). Niettemin moet geconstateerd worden dat de wetgever een sterk gesimplificeerd beeld van de werkelijkheid hanteerde. De wetgever ging er namelijk van uit dat gedurende het toezichtsonderzoek de eventuele beboetbare gedraging geconstateerd wordt, in welk onderzoek tevens de bewijsvergaring plaatsvindt (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 122). Daarentegen kent de Mededingingswet juist aan ambtenaren van de ACM een bestuurlijke binnentredings- en doorzoekingsbevoegdheid toe ten aanzien van woningen (artikelen 50 en 51 Mw). Voor een dergelijke doorzoeking is een voorafgaande machtiging vereist van rechtercommissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de rechtbank Rotterdam. Het gemis van de strafrechtelijke handhaving wordt aldus op deze wijze gecompenseerd.

Daarnaast is van belang dat de wetgever in de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden beoogde een 'ruim opsporingsbegrip' te introduceren. Dat begrip omvatte mede de toepassing van al die handelingen, waartoe opsporingsambtenaren op grond van de bijzondere wetgeving in het belang van de opsporing bevoegd zijn. Vervolgens heeft de wetgever in de Wet tot verruiming van de mogelijkheden tot bestrijding van terrorisme het belang onderstreept van het 'doel waarmee het onderzoek' plaatsheeft als element in de definitie van wat onder opsporing moet worden begrepen. Voor zover met het oog op de naleving van deze voorschriften tevens zou zijn voorzien in een bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium, bepaalt steeds het doel van het onderzoek of sprake is van opsporing of toezicht, aldus de wetgever.

Voorts bleek uit *hoofdstuk 3* hoezeer het onderscheid tussen de controle- en opsporingssfeer verder werd ondergraven door de dwarsverbanden tussen beide sferen. De Hoge Raad accepteerde namelijk in het 'FIOD'-arrest (HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390) dat controlebevoegdheden *mede* voor opsporingsdoeleinden mogen worden benut. Wel formuleert de Hoge Raad twee belangrijke randvoorwaarden. Enerzijds mag de toepassing van controlebevoegdheden 'niet uitsluitend' plaatshebben met het oog op opsporing. Anderzijds mag die toepassing niet ten koste gaan van de verdedigingsrechten van de verdachte: de aan verdachte als zodanig toekomende waarborgen moeten in acht worden genomen. De inzet van de controlebevoegdheden mag dus niet leiden tot strafprocessuele benadeling van de verdachte. Dat betekent evenwel dat helder moet zijn wat die verdedigingsrechten dan behelzen. Dat betekent in elk geval het waarborgen van het zwijgrecht van de verdachte.

9.3 Het 'misbruik' van de controlebevoegdheden

In verband met het 'misbruik' van controlebevoegdheden zijn *in hoofdstuk 3* drie typen zaken geïnventariseerd. Allereerst zaken waarbij reeds sprake was van een verdenking en (verkeers)bevoegdheden werden gebruikt om de staandehouding van verdachte te effectueren. Besproken is dat dit een onnodig misbruik van bevoegdheden oplevert. Daarnaast gaat het om type zaken waarbij de verkeerscontrole gebruikt wordt om andersoortige strafbare feiten op te sporen. Het gaat hier om zaken waarbij formeel gezien nog geen sprake is van een verdenking. Kern van de kritiek is, dat de bevoegdheden niet 'mede' ter opsporing worden aangewend, maar feitelijk 'uitsluitend' ter opsporing. Uit de besproken zaken kan niet worden afgeleid dat er een reële intentie was om de bevoegdheid toe te passen met het oog op de verkeersveiligheid. Dit bleek met name uit het 'Zigeunervrouwen'-arrest (HR 21 november 2006, *NJ* 2006, 653), welke kenmerkend is voor de tweede categorie. De derde groep is in feite identiek aan de tweede, maar dan omgezet naar een projectmatige basis. Het 'misbruik' is hier geïnstitutionaliseerd in beleid. De besproken 'ANPR'-zaken en de 'dynamische verkeerscontrole' zijn opgetuigd met een vooropgezette projectdoelstelling om geheel andere feiten op te sporen, dan die op de verkeersveiligheid zien. Het gaat onder meer om 'drugstoerisme' respectievelijk zware criminaliteit op te sporen. In die beleidsoverwegingen ligt besloten dat de uit te voeren controles – die daarvan een uitvloeisel zijn – niets van doen hebben met de aard van de bevoegdheden, die voor dat doel worden ingezet: te weten het dienen van de verkeersveiligheid. Het in *paragraaf 4.4.* van hoofdstuk 3 besproken arrest van het Gerechtshof Amsterdam 21 december 2015 ECLI:NL:GHAMS:2015:5307 heeft daarbij nog expliciet toegevoegd dat de formele schijn dat het een verkeerscontrole betreft, niet alleen tegenover de verdachte, maar overeenkomstig het 'beleid' ook *tegenover de rechter* wordt opgehouden. Toch is in dit type gevallen uiteindelijk het oordeel van de Hoge Raad geweest, dat niet uitsluitend het opsporingsdoel is gediend (HR 1 november 2016 ECLI:NL:HR:2016:2454.). Aldus is sprake van een uiterst formalistische benadering in de toetsing aan het 'niet uitsluitend'-criterium en dus geen materiële benadering gestoeld op onderzoek naar de kennelijke reden van bevoegheidstoepassing. Daarmee valt niet in te zien hoe het leerstuk van détournement de pouvoir in dergelijke gevallen nog praktische waarde heeft, in het kader van de normering van de sfeerovergang.

Het criterium dat controlebevoegdheden 'niet uitsluitend' ter opsporing mogen worden toegepast, levert dan ook geen inhoudelijk en effectief rechtsstatelijk toetsingscriterium op voor de inzet van controlebevoegdheden in de opsporingssfeer. Het criterium heeft simpelweg door de wijze van toepassing geen juridische betekenis van enig belang bij de handhaving van het verbod van détournement de pouvoir. Voorgesteld is om in dit kader het 'Aler-criterium' toe te passen. Van misbruik van controle is bij dat criterium sprake als een ander doel dan het oorspronkelijke hoofddoel voorop komt te staan. Het accent in die benadering komt te liggen op

het hoofddoel van de controle, hetgeen aldus de rechtsstatelijke materiële toets herstelt. Op die wijze kan het verbod van détournement de pouvoir wel een zinvolle waarborg vormen tegen het misbruik van controlebevoegdheden.

Het onderscheid tussen het controle- en opsporingsonderzoek liep als een rode draad door de procedure in het besproken Douanewet-arrest. De zaak toonde aan hoezeer in de gevallen van sfeerovergang de afbakening tussen controle en opsporing problematisch is. Zijn de feiten en omstandigheden concreet genoeg om te spreken van een verdenking in de zin van artikel 27 Sv? Of dient toch een controleonderzoek uitgevoerd te worden? Dit is fijnmazige casuïstiek die de opsporingsinstanties voor een juridisch dilemma plaatst. Het geschetste dilemma zou opgelost kunnen worden door een controleonderzoek uit te voeren waarbij al geanticipeerd wordt op de strafvorderlijke rechten van de verdachte verbonden aan het nemo tenetur-beginsel. Daarbij gaat het om voorkomen van de actieve medewerking van de betrokkene aan het onderzoek. Die waarborgen worden dan al in acht genomen. Een dergelijke methode werd toegepast in de zaak die ten grondslag lag aan het arrest van HR 30 maart 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO1755. Doordat sprake was van een tip dat de betrokkene gefraudeerd had, kon deze later wellicht als verdachte worden aangemerkt. Om daarop te anticiperen had de fiscus regulier boekenonderzoek verricht, maar bewust betrokkene niet ondervraagd. Na een tweede tip is de situatie ter plaatste ‘bevroren’, waarna op strafvorderlijke dwangmiddelen is overgestapt. Op deze wijze heeft de gecontroleerde geen actieve bijdragen aan de bewijsvergaring geleverd.

9.4 De normering van het controleonderzoek in het strafproces

In *hoofdstuk 3* is voorts de normering van het controleonderzoek in het strafproces aan de orde gesteld. De relatie tussen sfeerovergang en de beoordeling in het strafproces van mogelijk onrechtmatig optreden in het controleonderzoek wordt nog verder geproblematiseerd door het volgende. Onrechtmatigheden in het strafrechtelijk onderzoek kunnen aan de orde gesteld worden als ‘vormverzuim’, in de zin van artikel 359a Sv. De wettelijke terminologie van artikel 359a Sv vormt echter een belemmering om het controleonderzoek onder het bereik van dat artikel te brengen. Dit zou de mogelijkheden kunnen beperken om in het strafproces verweer te voeren tegen gesteld onrechtmatig optreden van controleambtenaren. Een dergelijke onrechtmatigheid zou er uit kunnen bestaan dat het controleonderzoek een verkapt opsporingsonderzoek behelst, waardoor het zwijgrecht van de verdachte wordt ondermijnd. De reden van de genoemde belemmering is dat het artikel verwijst naar het ‘voorbereidend onderzoek’ (art. 132 Sv). Op haar beurt speelt de definitie van ‘opsporingsonderzoek’ (art. 132a Sv) in dat verband een essentiële rol. De Hoge Raad is echter niet consequent aangaande de vraag in hoeverre gestelde onrechtmatige, bestuursrechtelijke handelingen aangemerkt kunnen worden als deel uitmakend van het opsporingsonderzoek en daarmee als eventueel ‘vormverzuim’ in de zin van artikel 359a Sv.

Uit het in *hoofdstuk 3* paragraaf 6.6. besproken ‘MTV’-arrest (HR 26 juni 2012, *NJB* 2012/1704) volgt enerzijds dat de Hoge Raad het door de KMar uitgevoerde onderzoek bij voorbaat niet als vormverzuim aanmerkt in de zin van artikel 359a Sv. Dit onderzoek viel naar zijn oordeel buiten het verband van het voorbereidend onderzoek. Ten aanzien van het toepassen van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren hanteert de Hoge Raad daarmee een ‘beperkt opsporingsbegrip’. Ook uit diverse andere uitspraken van de Hoge Raad blijkt dat het bestuursrechtelijk onderzoek uitgesloten wordt van toetsing door de strafrechter in het kader van gestelde vormverzuimen op voet van artikel 359a Sv. Daarentegen achtte de Hoge Raad een dergelijke toetsing weer wel toelaatbaar in de zaken HR 29 mei 2007, *NJ* 2008, 14 en HR 1 november 2016 ECLI:NL:HR:2016:2454. De wetgever heeft zich over deze problematiek

niet uitgelaten. Wel vallen uit de wetsgeschiedenis concrete aanknopingspunten af te leiden omtrent de interpretatie van het 'ruime opsporingsbegrip'. De analyse van de wetsgeschiedenis bij de artikelen 132a Sv (het opsporingsbegrip) en 359a Sv (vormverzuimen) illustreerde hoe weinig aandacht de wetgever heeft besteed aan de relatie tussen (zuiver) bestuursrechtelijk controleonderzoek en het strafrechtelijk opsporingsonderzoek. In de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden was de wettelijke constructie van het opsporingsbegrip er op gericht het gezag van het openbaar ministerie te versterken. De verruiming van het opsporingsbegrip is primair beoogd in relatie tot de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Uit de in *hoofdstuk 3* paragraaf 6.3. geciteerde Memorie van Toelichting volgt dat de officier van justitie bevelen geeft aan opsporingsambtenaren, daaronder begrepen al die handelingen waartoe bijzondere opsporingsambtenaren op grond van de bijzondere wetgeving in het belang van de opsporing bevoegd zijn (Kamerstukken II 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 6-7).

Op basis van de voorgaande overwegingen van de wetgever en de interpretatie daarvan is het volgende geconcludeerd met betrekking tot welk optreden tot 'opsporing' (in ruime zin) gerekend kan worden. Daarbij zijn allereerst drie categorieën ambtenaren te onderscheiden:

a) Opsporingsambtenaren
b) Bijzonder opsporingsambtenaren (al dan niet tevens toezichthouder)
c) Toezichthouders

De beschreven wetsgeschiedenis leidt er toe dat het door de onder a) en b) beschreven ambtenaren uitoefenen van controlebevoegdheden gerekend kan worden tot het ruime opsporingsbegrip. In het geval van categorie a) kan gedacht worden aan functionarissen van de KMar die controlebevoegdheden toepassen op basis van de Vreemdelingenwet. In het geval van categorie b) kunnen de Douaneambtenaren als voorbeeld dienen, die bij constatering van een strafbaar feit gebruik kunnen maken van hun positie als bijzonder opsporingsambtenaar. In verband met dat 'doelcriterium' in relatie tot de vormverzuimen in de zin van artikel 359a Sv is de stelling ingenomen dat wanneer een dergelijk onderzoek resulteert in strafrechtelijke afdoening, a posteriori sprake moet zijn geweest van een 'strafrechtelijk doel'. Dat is te meer plausibel in situaties waarin sprake is van wetgeving die alleen strafrechtelijk gehandhaafd wordt. In het geval van een douanecontroleonderzoek gericht op de aanwezigheid van verdovende middelen (cocaïne) kan alleen van een dergelijke afdoeningsmodaliteit sprake zijn. In het geval van categorie c), toezichthouders van de AFM bijvoorbeeld, kan het uitoefenen van dergelijke controleactiviteiten niet tot de wettelijke (strafvorderlijke) definitie van opsporing worden gerekend.

Zoals de analyse heeft laten zien, was het de wens van de wetgever om het gezag van het openbaar ministerie zich tevens te doen uitstrekken tot handelingen van opsporingsambtenaren uitgevoerd in het kader van controle 'in het belang van opsporing'. Daarmee is een belangrijk argument tegen de beperkte benadering van de Hoge Raad in met name de 'MTV'-arresten, gelegen in de wijze waarop de wetgever dat (ruime) opsporingsbegrip geduid heeft. Daarbij zijn die uitspraken in onderlinge samenhang bezien ook tegenstrijdig. In de behandelde 'MTV'-arresten werden controlehandelingen ter toetsing in het strafproces op de rechtmatigheid uitgesloten.

Tevens geldt dat de wijze waarop controleonderzoek al dan niet wordt uitgesloten van rechterlijke toetsing in het strafproces, in contrast staat met de wijze waarop het EHRM de strafprocedure beoordeelt. Hierbij geldt namelijk dat het EHRM gestelde 'onrechtmatigheden', dan wel inbreuken op het EVRM, volgens vaste rechtspraak beoordeelt in het kader van de 'procedure als geheel'. De vraag die in het kader van artikel 6 EVRM voor het EHRM beslissend is, is of

in een dergelijk geval het proces in zijn geheel als 'oneerlijk' moet worden aangemerkt. In een dergelijke benadering ligt het voor de hand dat de wijze waarop bewijs vergaard is in het controleonderzoek, niet per definitie buiten beschouwing behoeft te blijven. Hierbij komt ook – zoals het hof heeft overwogen – dat de wijze waarop in een strafrechtelijke procedure gebruik wordt gemaakt van resultaten verkregen door aanwending van bestuursrechtelijke bevoegdheden, een schending van artikel 6 EVRM kan opleveren. Daarnaast kent het EHRM geen doorslaggevend belang toe aan de indeling van bevoegdheden naar het nationaal recht van de lidstaten. De nationale classificatie van een onderzoek – zoals in het voorbeeld van het 'MTV'-arrest – kan immers tot een middel verworden voor de overheid om geen verantwoording voor aansprakelijkheid voor onrechtmatigheden in het strafproces af te leggen die betrekking hebben op het controle-onderzoek.

Door de benadering van de Hoge Raad leidt zijn rechtspraak juist tot onwenselijke 'divergentie' tussen het bestuurs- en strafrecht. Overheidsgedragingen kunnen dan in het bestuursrecht wel aan rechterlijke toetsing onderworpen worden – in het kader van de boeteprocedure – maar niet in de strafrechtelijke procedure. Dat heeft aldus een 'ongenormeerd' deel van overheidsoptreden in het strafproces tot gevolg. Gelet op de 'vloeiende overgang' tussen controle en opsporing, terwijl beide (in beginsel) gericht zijn op de handhaving van dezelfde regelgeving, valt niet in te zien waarom op basis van artikel 359a Sv een formalistische drempel opgeworpen zou moeten worden bij de beoordeling van de vermeend onregelmatigheden in de controlesfeer in het strafproces.

Hoe kan deze situatie worden geredresseerd? Voor de eerder genoemde categorieën ambtenaren, a) opsporingsambtenaren en b) bijzonder opsporingsambtenaren (al dan niet tevens toezichthouder), is de 'oplossing' eenvoudig. De Hoge Raad dient hier consequent bij de eigen rechtspraak aan te knopen, zodanig dat de toepassing van controlebevoegdheden door beide groepen aan de orde gesteld kan worden op basis van het ruime opsporingsbegrip, zoals impliciet al geschiedde in de Douanevisitatie-zaak (HR 29 mei 2007, *NJ* 2008/14) en nadien bevestigd werd door verwijzing in het overzichtsarrest van HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308 . Daarmee valt die toepassing onder het bereik van het 'voorbereidend onderzoek' en is aldus artikel 359a Sv van toepassing. Dit is in lijn met de bedoeling van de wetgever. Hiermee is reeds een groot deel van het probleem opgelost, aangezien veel ambtenaren zowel toezichthouder, als bijzonder opsporingsambtenaar zullen zijn.

Het 'werkelijke' probleem is dan ook gelegen in de ambtenaren vallende onder categorie c): de ambtenaren uitsluitend als toezichthouder aangesteld. Zoals in *hoofdstuk 3* paragraaf 7.3.4. aan de orde kwam, stuit het 'dermate ruim' interpreteren van het opsporingsonderzoek zodat dit het onderzoek door toezichthouders omvat, op onoverkomelijke strafvorderlijke bezwaren. De officier van justitie heeft immers geen gezag over een dergelijk onderzoek door toezichthouders. In de definitie van artikel 132a Sv is dat gezag een genoemd aspect om van 'opsporing' te kunnen spreken. De officier van justitie heeft slechts gezag ten aanzien van ambtenaren met opsporing belast (artikel 148 Sv). De 'zuivere toezichthouders' missen die status. Daarnaast zou de verbaliseringsplicht van toepassing moeten zijn (artikel 152 Sv), welke juist beperkt is tot opsporingsambtenaren.

Er is een andere benadering mogelijk in de strafrechtelijke toetsing van 'zuivere toezichthouders'. Deze benadering is gestoeld op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn overzichtsarrest HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308 (par. 2.4.4.) in relatie tot 6 EVRM. Toepassing van bewijsuitsluiting kan volgens de Hoge Raad noodzakelijk zijn ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, zoals daaraan mede door het

EHRM uitleg is gegeven. Er moet dan een verband bestaan tussen gedragingen in het controleonderzoek en een inbreuk op artikel 6 EVRM. Met betrekking tot de vraag of sprake is van een 'eerlijk proces' als bedoeld in artikel 6 EVRM, beoordeelt het EHRM de procedure 'als geheel'.

9.5. De rechtspraak van het EHRM: de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel

9.5.1. Algemeen

Het verdedigingsrecht dat bij uitstek onder druk komt te staan door het verplichte karakter van de medewerking in de controlesfeer, is het nemo tenetur-beginsel. In *hoofdstuk 5* is de rechtspraak van het EHRM ter zake van de toepassing van het beginsel geanalyseerd. Het EHRM beschouwt het nemo tenetur-beginsel als te zijn gelegen in de kern van een eerlijke procesvoering (in de zin van artikel 6 EVRM). In het kader van de analyse is de jurisprudentie van het EHRM 'conceptueel' gegroepeerd rondom de begrippen 'testimonial evidence' en 'real evidence'. 'Testimonial evidence' betreft simpelweg 'verklaringen' van een betrokkene, terwijl het bij 'real evidence' gaat om al het overige (tastbare) bewijs. In relatie tot het nemo tenetur-beginsel betreft het dan het afgedwongen verklaren of aanleveren van tastbaar bewijsmateriaal.

9.5.2. Materiële werking van het zwijgrecht in de context van de sfeerovergang

Allereerst geldt dat het EHRM het recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren, primair opvat als het zwijgrecht van de verdachte. Daarnaast kan worden vastgesteld dat naast het zwijgrecht, het EHRM de cautieverplichting voor de verhorende autoriteiten op basis van artikel 6 EVRM erkent. De verdachte dient dus op het zwijgrecht gewezen worden. Dat werd afgeleid uit de in *hoofdstuk 5* besproken zaak van de Grand Chamber van het EHRM 13 september 2016, *NJB* 2017/267 (Ibrahim v. VK). Daaruit kan worden afgeleid dat op basis van artikel 6 EVRM er een cautieverplichting voor de verhorende autoriteiten bestaat. Daarbij wordt het verdachtebegrip ingevuld door een materieel criterium: 'a resonable suspicion'.

In het kader van dat zwijgrecht is van belang dat het fenomeen van de 'sfeervervaging' – de vertroebeling van het onderscheid tussen het controle- en opsporingsonderzoek – aanleiding geeft tot mogelijke inbreuken op het nemo tenetur-beginsel. Hoewel formeel sprake kan zijn van controle, kan een dergelijk onderzoek 'de facto' neerkomen op een vorm van 'opsporing'. De betrokken ambtenaar continueert dan zijn controleonderzoek, terwijl reeds sprake is van een redelijk vermoeden van schuld van een feit dat verband houdt met die controle. Dit is een in de praktijk veelvuldig terugkerende casus. In relatie tot het nemo tenetur-beginsel is dan van belang dat de gecontroleerde mogelijk informatie blijft verschaffen, terwijl deze al voorwerp van een verdenking vormt en daartoe als verdachte niet langer is gehouden.

Het EHRM heeft dit probleem ook onderkend in zaak EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk (par. 67) met de overweging dat 'an administrative investigation is capable of involving the determination of a "criminal charge"'. Bij wijze van uitgangspunt behoeft het controleonderzoek op zichzelf niet te voldoen aan de rechtswaarborgen ex artikel 6 lid 1 EVRM. Ware dit anders, dan zou dit volgens het EHRM 'in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities'. Niettemin erkende het EHRM wel de mogelijkheid dat een controleonderzoek materieel gezien een opsporingsonderzoek kan vormen. Derhalve is niet beslissend of een informatievordering plaats vond in de controle- of in de opsporingssfeer, maar of de feiten en omstandigheden een 'criminal charge' – in het navolgende ingevuld als samenhangend met het 'verdenkingsbegrip'– opleverden. De bescherming van het nemo tenetur-beginsel is derhalve volgens

het EHRM niet afhankelijk van de formele status van het onderzoek, maar van de materiële status ervan.

De oplossing voor het vraagstuk van de 'sfeervervaging' is derhalve om door het formalisme van de sfeerverdeling heen te kijken, op basis van de 'Chambaz-doctrine'. Dat is namelijk wat het EHRM in de zaak Chambaz EHRM 5 april 2012, *AB* 2012/323, feitelijk heeft gedaan. Op basis van dit arrest is betoogd dat onder omstandigheden de rechtsbescherming via het nemo tenetur-beginsel – bescherming gekoppeld aan de strafvorderlijke/(bestuurlijke) boetesfeer – inroepbaar is in de controlesfeer. Dit doorbreekt de dichotomie van controle- en opsporingssfeer en komt tegemoet aan de genoemde 'vloeiende aard' van de sfeerovergang. De consequentie hiervan is dat niet primair de formele status van een controleonderzoek relevant is, maar de materiële status. Dit sluit aan bij het dikwijls door het EHRM geformuleerde uitgangspunt dat verdedigingsrechten 'praktisch en effectief' moeten kunnen worden uitgeoefend. Hierbij geldt dat op grond van de reeds genoemde zaak van het EHRM 13 september 2016, *NJB* 2017/267 (Ibrahim v. VK), het *materiële criterium* van de 'reasonable suspicion' wordt toegepast bij de toepassing van het zwijgrecht. De vraag die dan centraal staat is: bestaat er in de context van het controleonderzoek al een verdenking?

Een dergelijke sfeeroverstijgende benadering houdt aldus in dat de vraag vooropgesteld dient te worden of ten tijde van de gevorderde medewerking van de betrokkene, al dan niet sprake was van een verdenking. De benadering van het EHRM op dit punt past ook logisch in de autonome interpretatie van de 'criminal charge'. Wanneer de partijstaten bij het EVRM het zwijgrecht louter afhankelijk zouden maken van de formele status van het onderzoek, wordt dat zwijgrecht illusoir. Er zou dan een onwenselijke 'divergentie' ontstaan; een onverdedigbaar verschil in normering voor wat betreft het bestuursrecht en strafrecht. In de context van de normering van de sfeerovergang zou een later startmoment dan de verdenking – gebaseerd op een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit – de werking van het nemo tenetur-beginsel van zijn praktische betekenis als rechtswaarborg ontdoen. Een later startmoment impliceert namelijk dat autoriteiten incriminerende informatie kunnen blijven vorderen van een betrokkene, ook al is deze materieel gezien al verdachte.

Ten slotte is relevant dat het EHRM het nemo tenetur-beginsel toepasbaar acht op alle typen strafprocedures: van de meest simpele tot de meest complexe zaken. De complexe aard van fraude kan aldus geen afbreuk doen aan de processuele rechten, te ontlenen aan artikel 6 EVRM. Derhalve kan het nemo tenetur-beginsel niet worden gemarginaliseerd op grond van de bijzondere aard van het ordeningsrecht. Deze constatering is des te meer relevant omdat de sfeerovergang zich bij uitstek in een 'ordeningsrechtelijke' context manifesteert. Deze overweging omtrent de 'complexiteit van het ordeningsrecht' in relatie tot nemo tenetur is herhaald in de zaak EHRM 21 april 2009 *NJ* 2009/557 (Marttinen v. Finland).

9.5.3. Uitsluiting van testimonial evidence

Een andere beperking van het nemo tenetur-beginsel die in *hoofdstuk 5* aan de orde kwam, betreft het gebruik in de punitieve procedure van tijdens het controleonderzoek onder dwang afgelegde verklaringen. In de controlesfeer kunnen mondelinge inlichtingen worden gevorderd, terwijl in de opsporingssfeer het zwijgrecht geldt. Het gebruik van in de controleprocedure 'afgedwongen' verklaringen in het strafproces/boeteprocedure zou de procesautonomie van de betrokkene dan volledig ondergraven. Het zwijgrecht wordt dan illusoir.

Deze beperking van het zwijgrecht kan opgelost worden door een consequente toepassing van de 'Saunders'-bewijsuitsluitingsregel. Het gaat hier om de uitsluiting van *alle* bij de controle

afgelegde verklaringen. Uit de EHRM-zaken Saunders en I.J.L. e.a. EHRM 19 september 2000, LJN AP0787 kan worden afgeleid dat door een betrokkene in de controlesfeer afgelegde verklaringen, niet gebruikt mogen worden voor het bewijs in de punitieve procedure. Het garanderen van de procesautonomie van de verdachte staat aan zodanig gebruik in de weg. Dit verklaart voorts waarom niet alleen belastende verklaringen uit de controlesfeer, maar *alle* verklaringen van de gecontroleerde van het bewijs moeten worden uitgesloten. Ook niet strikt belastende verklaringen kunnen gebruikt worden om de verdachte te bewegen te spreken, of om aan de bewijsconstructie bij te dragen. Het belang en garanderen van de procesautonomie wordt daarmee onderstreept. Op basis van de EHRM-jurisprudentie geldt dat deze 'Saunders'-lijn inderdaad als een uitgangspunt kan worden beschouwd.

Het voorgaande laat onverlet – hetgeen een belangrijke nuance is – dat die afgedwongen verklaringen in het controleonderzoek wel gebruikt kunnen worden voor het verrichten van nader onderzoek hetgeen tot strafvervolging kan leiden. Dat geeft de bevoegde autoriteiten nog aanknopingspunten voor nader onderzoek en is niet in strijd met het nemo tenetur-beginsel zoals dat door het EHRM is geïnterpreteerd. Dat is een redelijk uitgangspunt, gezien de autoriteiten op zichzelf nader onderzoek moeten kunnen verrichten *naar aanleiding* van hetgeen rechtmatig is waargenomen.

9.5.4. De vordering tot uitlevering van 'real evidence'

In *hoofdstuk 5* is voorts onderzocht in hoeverre het nemo tenetur-beginsel betekenis heeft naast het zwijgrecht. Het gaat dan om de vorderingen tot uitlevering van 'real evidence' aan de verdachte. Allereerst geldt dat het EHRM het zwijgrecht noemt naast `the right not to incriminate oneself'. Dit impliceert op zichzelf al dat het nemo tenetur-beginsel niet louter correspondeert met het zwijgrecht. Geconcludeerd is dat de bescherming van het beginsel eveneens toepasbaar is op real evidence. De bescherming van de 'procesautonomie' kan als rechtsgrond van het nemo tenetur-beginsel worden gezien, bij de behandelde 'real evidence' uitspraken van het EHRM. Dat geldt te meer gelet op de terugkerende overweging van het EHRM, dat de complexe aard van fraude geen afbreuk kan doen aan de processuele rechten, te ontlenen aan artikel 6 EVRM, eerste lid. Uit de besproken zaak EHRM 5 november 2002, *NJ* 2004/262 (Allan v. Verenigd Koninkrijk) (r.o.44) volgt onder meer, dat het nemo tenetur-beginsel als kern van een eerlijk proces, de keuzevrijheid van de verdachte beschermt om zijn procespositie te bepalen. Dit sluit aan bij de beschreven historische ontwikkeling van het nemo tenetur-beginsel in *hoofdstuk 4*. Aan de orde kwam hoe de positie van betrokkenen in het gedrang kwam door de antwoordplicht die werd gehanteerd door de Engelse Star Chamber en High Commission, in de context van de religieuze (en politieke) vervolging. Het zwijgrecht is in die periode verder ontwikkeld ter bescherming van de procesautonomie. Daarbij werd het nemo tenetur-beginsel vanaf het begin van de 18e eeuw in het Engelse recht eveneens toegepast op de gedwong uitlevering van mogelijk incriminerende documenten. Eveneens is in *hoofdstuk 4*. uiteengezet, hoezeer die rechtsgrond bij de Nederlandse strafvorderlijke wetgever een rol heeft gespeeld bij de invulling van het nemo tenetur-beginsel. De bepaling van artikel 107 (oud) Sv is ingegeven ter waarborging van de procesautonomie van de verdachte. De toepassing van het nemo tenetur-beginsel door het EHRM op situaties aangaande de vordering van real evidence, dient eveneens in het kader van de procesautonomie te worden bezien.

De analyse in *hoofdstuk 5* heeft uitgewezen dat voor de mogelijke toepassing van de bescherming van het nemo tenetur-beginsel, gedifferentieerd moet worden naar gelang het type bewijsmateriaal dat wordt gevorderd, alsmede de juridische context waarbinnen dat plaatsvindt. Het EHRM hanteert in dat verband de begrippen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. Hierbij geldt dat verklaringen ('testimonial evidence') per definitie wilsafhankelijk materiaal

vormen. Het gaat er dus om onder welke omstandigheden 'real evidence' kwalificeert als wilsafhankelijk dan wel wilsonafhankelijk materiaal. De essentie die volgt uit de besproken arresten is dat wanneer de overheid onder dwang van een betrokkene documenten vordert terwijl reeds een verdenking bestaat, ook dit een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel betekent. Weliswaar is in het Saunders-arrest gesproken over documenten in het kader van 'wilsonafhankelijk materiaal'. Echter, deze zijn gekwalificeerd in relatie tot de verkrijgingswijze 'documents pursuant to a warrant'. Let wel, het betrof in de rubricering van het EHRM dus 'real evidence' dat zonder (actieve) medewerking van de verdachte werd verkregen. Deze moet dus de inbeslagneming van documenten bij een doorzoeking dulden, in tegenstelling tot het gedwongen worden eigenhandig documenten te verstrekken.

Voorts kan de na het Saunders-arrest gewezen jurisprudentie (met name J.B. en Chambaz) alleen een compatibel kader vormen wanneer die overweging van het EHRM in Saunders geduid wordt als documenten die tijdens een dergelijke doorzoeking door opsporingsautoriteiten in beslag genomen worden. Indien 'warrant' in de Saunders-overweging louter als 'bevel' wordt geïnterpreteerd, had het EHRM in onder meer de zaken EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993/ 485 (Funke v. Frankrijk), EHRM 3 mei 2001, *AB* 2002/343 (J.B. v. Zwitserland) en EHRM 5 april 2012, *AB* 2012/323 (Chambaz v. Zwitserland) niet tot het door haar bereikte rechtsoordeel kunnen komen; namelijk dat er sprake was van schending van het nemo tenetur-beginsel. Er was immers sprake van een tot de verdachte gericht 'bevel' tot uitlevering van documenten. Hetzelfde geldt voor de uitlevering van documenten. Wanneer het nemo tenetur-beginsel niet zou beschermen tegen een afgedwongen uitlevering daarvan, zou het EHRM niet tot de betreffende oordelen in de genoemde zaken hebben kunnen komen.

Wanneer overheidsambtenaren van een betrokkene documenten vorderen, terwijl er reeds een verdenking bestaat, en dwang uitoefenen teneinde die stukken te doen produceren, vormt dit een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel. Vanuit de optiek van de procesautonomie in relatie tot de sfeerovergang is de bescherming van 'real evidence' verklaarbaar. De verdachte van wie gevorderd wordt tastbaar bewijsmateriaal uit te leveren – en niet louter de afname daarvan te dulden – levert per definitie een bijdrage aan zijn potentiële veroordeling. Een bestraffing van die weigering impliceert dan een inbreuk op het recht niet aan die eigen veroordeling in actieve zin bij te dragen. Weliswaar dient een betrokkene in het kader van het controleonderzoek desgevraagd documenten te verstrekken op basis van een vordering. Als verdachte is hij daartoe echter niet gehouden. Hij dient aldus wel de inbeslagneming van die documenten te dulden. Dit leidt tot de volgende rechtsnorm aangaande de vordering van 'real evidence':

- na het bestaan van een verdenking bestaat geen verplichting meer om mee te werken aan de vordering tot uitlevering van 'real evidence' (daarbij staat de verdenking in verband met het materiaal waarvan de uitlevering wordt gevorderd, de vordering wordt dan gedaan in het kader van de opsporing, dan wel van het boeteonderzoek).

In verband met de toepasbaarheid van het nemo tenetur-beginsel op real evidence is dikwijls als omstandigheid aangedragen, dat sprake zou zijn geweest van een 'fishing expedition'. Het gaat daarbij om een speculatieve afgedwongen informatievordering gericht aan de verdachte. De vraag is derhalve of een dergelijke fishing expedition van overheidswege een noodzakelijke voorwaarde vormt, om voor de verdachte een vordering tot real evidence te mogen weigeren? Op grond van de analyse in *hoofdstuk 5* kan die vraag ontkennend beantwoord worden. Het meest praktische en belangrijkste argument vloeit voort uit de zaak Chambaz. In deze zaak blijkt van geen enkele 'fishing expedition'. Ook hier geldt aldus dat indien een dergelijke 'fishing expedition' een noodzakelijke voorwaarde zou zijn geweest, het EHRM in die zaak

niet tot een schending van het nemo tenetur-beginsel had kunnen komen. Daarbij is van belang dat de omstandigheden van de zaak Chambaz vergelijkbaar waren met die van de uitspraak J.B.

Voorts geldt dat het vereisen van een 'fishing expedition'-situatie leidt tot een procedureel vrijwel onwerkbaar criterium. De rechtspraktijk is daarmee niet gediend. Hoe valt te duiden wanneer de overheid voldaan heeft aan de 'bewijslast' dat de 'charged' persoon over de betreffende 'real evidence' beschikt? Hierbij dient in ogenschouw te worden genomen dat het EHRM in de zaak Funke van oordeel was dat de Franse autoriteiten niet zeker wisten of Funke over de gevorderde bescheiden beschikte, terwijl er zeer sterke indicaties waren (waaronder de verklaring van betrokkene) omtrent het bezit van die documenten. Ten slotte geldt dat het argument van de 'fishing expedition' de ratio miskent om het nemo tenetur-beginsel van toepassing te laten zijn op de vordering tot uitlevering van 'real evidence'. Of de overheid nu speculeert op de aanwezigheid van meer belastend materiaal of dat zij zeker weet dat het materiaal bestaat, de procesautonomie wordt in beide gevallen geschonden daar waar de verdachte verplicht wordt het materiaal zelfstandig aan te leveren.

9.5.5. De sfeercumulatie

Een variant op de problematiek van de vordering van 'real evidence' vormt de situatie van de 'sfeercumulatie'. Het gaat net als bij de 'real evidence'-gevallen om verdachten die weigeren te voldoen aan een vordering tot uitlevering van dergelijk materiaal. Echter, het cruciale verschil is dat die weigering van de informatievordering in deze zaken niet plaatsvindt in de context van de strafprocedure, maar in een parallelle (non-punitieve) procedure. Bij de zaak EHRM 4 oktober 2005, *NJCM-Bulletin* 2006/3 (Shannon v. Verenigd Koninkrijk) was dit in de context van een getuigenverhoor, wat echter materieel gezien het feitencomplex betrof waarover al een strafzaak tegen hem liep. Een vergelijkbaar geval vormde de zaak EHRM 21 April 2009, nr. 19235/03, *NJ* 2009/557 (Marttinen v. Finland), waarbij de weigering zich afspeelde binnen een faillissementsprocedure.

De zaak Chambaz verdient in dit verband de meeste aandacht. Niet alleen vond de weigering plaats binnen een niet-punitieve fiscale procedure, er liep nog geen strafzaak tegen Chambaz, hetgeen bij Shannon en Marttinen wel het geval was. Door niettemin te oordelen dat de latere boeteoplegging voor de informatieweigering van Chambaz ontoelaatbaar was, leidt dit tot een ruime interpretatie van het nemo tenetur-beginsel. De crux is dus dat uit de rechtspraak van het EHRM een beroep op het nemo tenetur-beginsel valt af te leiden, al vond de informatieweigering niet plaats in de 'opsporingssfeer'. Van belang is dat er een voldoende verband bestaat tussen de niet-punitieve procedure en de punitieve procedure. Voor zover er sprake is van een informatievordering in de niet-punitieve procedure zullen dus waarborgen dienen te bestaan dat het bewijsmateriaal niet later alsnog ingebracht zal worden in de bewijsvoering ter zake van de punitieve procedure.

9.5.6. Het juridisch kader ter zake van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel

De voorgaande analyse in *hoofdstuk 5* heeft geleid tot de volgende rechtsregels, die uit de toepassing van het nemo tenetur-beginsel door het EHRM kunnen worden afgeleid:

- als startmoment van het zwijgrecht dient uitgegaan te worden van een 'verdenkingscriterium' als materiële invulling van dat startmoment;
- in het kader van het controleonderzoek afgelegde verklaringen ('testimonial evidence') dienen uitgesloten te worden van het bewijs in de punitieve procedure;
- na het bestaan van een verdenking bestaat geen verplichting meer om mee te werken aan de vordering tot uitlevering van 'real evidence' (daarbij staat de verdenking in verband met het

materiaal waarvan de uitlevering wordt gevorderd, de vordering wordt dan gedaan in het kader van de opsporing, dan wel van het boeteonderzoek);
- indien een verdenking bestaat en toch 'real evidence' wordt gevorderd, in het kader van het reguliere toezicht, dient een zodanige waarborg verleend te worden, dat gegarandeerd wordt dat dit materiaal van de boeteprocedure wordt uitgesloten;

Tenslotte kan een drietal randvoorwaarden genoemd worden. De boeteoplegging dient aan de maatstaven van artikel 6 EVRM te voldoen, evenals de 'reguliere' strafrechtelijke procedure. Voorts geldt dat de (complexe) aard van het 'ordeningsrecht' geen rechtvaardiging biedt om inbreuk te maken op artikel 6 EVRM. Tenslotte, en dat is wellicht voor de invulling van het zwijgrecht de belangrijkste randvoorwaarde, dienen verdedigingsrechten zodanig geïnterpreteerd te worden, dat deze praktisch en effectief zijn, niet theoretisch en illusoir.

9.6 De regeling van het bestuursrechtelijk zwijgrecht

De vraag is in hoeverre de Nederlandse vormgeving van het zwijgrecht zich verhoudt tot de hiervoor geformuleerde interpretatie door het EHRM. Zoals uit *hoofdstuk 4. v*olgt heeft de wetgever op drie punten het nemo tenetur-beginsel voor de verdachte verwezenlijkt. Ten eerste door de invoering van het zwijgrecht zelf. Ten tweede door het verhoor van de verdachte te doen voorafgaan met een cautie. Ten derde met de invoering van het verbod een bevel tot uitlevering ter inbeslagname (van voorwerpen) te geven aan de verdachte. Met name dit laatste aspect is veelzeggend voor de mate waarin de wetgever procesautonomie aan de verdachte heeft willen toekennen. Zou het immers 'slechts' gaan om de normering van de verhoorsituatie, dan zou die bepaling overbodig zijn. Het is het concretiseren van het gematigde accusatoire karakter van het strafproces, hetgeen op haar beurt een middel was om met het oude inquisitoire karakter van het strafproces te breken, waarin onwenselijke pressie op de verdachte kon worden uitgeoefend. Juist het creëren van een mate van procesautonomie voor de verdachte is het middel bij uitstek om een einde te maken aan de inquisitoire tijd uit de negentiende eeuw. De besproken interpretatie van de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van de ontoelaatbare vordering van 'real evidence' aan de verdachte sluit bovendien nauw aan bij het verbod tot een dergelijke uitlevering aan de verdachte.

Voorts geldt dat het strafvorderlijk zwijgrecht gebaseerd is op een 'materieel criterium'. Het zwijgrecht (art. 29 Sv) geldt voor de 'verdachte' (art. 27 Sv). Van een verdenking is vervolgens sprake ingeval een (objectiveerbaar) 'redelijk vermoeden van schuld' aan een strafbaar feit bestaat. Daarbij wordt als 'verhoor' aangemerkt: alle vragen aan een door een opsporingsambtenaar als verdachte aangemerkt persoon, betreffende diens betrokkenheid bij een zeker strafbaar feit. In de context van de sfeerovergang is opvallend dat de Hoge Raad in HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2014:247 oordeelde dat, ook al was sprake van een controleonderzoek door de douane, gezien de omstandigheden de cautie verleend had moeten worden. De formele status van het onderzoek is niet beslissend voor de materiële waarborging van het zwijgrecht van de verdachte. In het strafprocesrecht waarborgt de Hoge Raad dus de 'effectieve toepassing' van dat zwijgrecht, in de context van de sfeerovergang.

Zoals in *hoofdstuk 6* aan de orde kwam, is het bestuursrechtelijk zwijgrecht anders vormgegeven. De Awb-wetgever stond voor de keuze om het bestuursrechtelijk zwijgrecht bij het strafvorderlijk kader aan te knopen, dan wel het zwijgrecht op een andere wijze in te vullen. In de context van de sfeerovergang impliceert die keuze niet alleen het startmoment van het zwijgrecht, maar het einde van de verplichte medewerking (op basis van art. 5:20 Awb) aan het controleonderzoek. Het dilemma van de wetgever was enerzijds het garanderen van een adequaat

niveau van rechtsbescherming en anderzijds het waarborgen van een effectieve gegevensverzameling door de toezichthouder. In essentie manifesteert de hiervoor beschreven problematiek van 'sfeervervaging' zich in de regeling van het bestuursrechtelijk zwijgrecht. Het gaat dan om de situatie waarbij feitelijk gezien al sprake is van een vermoeden van wetsovertreding en niettemin het controleonderzoek continueert. Dit komt in verschillende aspecten van het zwijgrecht terug doordat in de regeling van de Awb gekozen is voor een formele invulling van het zwijgrecht, in tegenstelling tot de materiële benadering van het strafvorderlijk zwijgrecht.

Bij de analyse in *hoofdstuk 6* van de regeling van het bestuursrechtelijk zwijgrecht is fundamentele kritiek besproken, aangaande de keuze het zwijgrecht te verbinden met het moment van het formele boeteverhoor. Aan die keuze zijn verschillende aspecten verbonden. Allereerst geldt dat de wetgever het Awb-zwijgrecht voorbehouden heeft aan 'zuivere verwijtbaarheidsvragen'. De wetgever heeft expliciet overwogen dat het zwijgrecht niet van toepassing wordt geacht op vragen die tevens zien op het reguliere controleonderzoek. Hij heeft daarmee willen voorkomen dat het zwijgrecht reeds zou gelden op het moment dat nog niet gekozen is voor een reparatoire of punitieve sanctie. Deze beperking ontdoet het zwijgrecht goeddeels van een effectieve en praktische betekenis. Zoals aan de orde kwam, is de gedachte dat 'zuivere verwijtbaarheidsvragen' bestaan de facto een illusie. Echter, in het aan het boeteonderzoek voorgaande toezichtonderzoek dienen 'gemengde' vragen wel te worden beantwoord. Dat is de kern van het probleem.

Als tweede aspect geldt dat het startmoment van het Awb-zwijgrecht afhankelijk is van het moment van keuze van de toezichthouder. Doordat het zwijgrecht immers verbonden is aan het formele verhoor-criterium, wordt dit geactiveerd door het moment waarop de betrokken ambtenaren een 'zuiver boeteverhoor' initiëren. Dit biedt de ruimte voor de betreffende ambtenaar om eerst – in het kader van de hiervoor beschreven 'gemengde vragen' – alle informatie te vergaren in het kader van het controleonderzoek. Gewezen is op het voorbeeld van het Draaiboek Rekeningenproject d.d. 12 december 2001. Daarin werd een soortgelijke praktijk tot overheidsbeleid verheven. Teneinde aan de cautieverplichting te ontkomen, schreef de projectleiding voor dat geen 'uitsluitende schuldvragen' mochten worden gesteld. Het betrof hier wel het oude AWR-zwijgrecht, maar dit aspect van de 'zuivere schuldvragen' correspondeert op dit punt met het Awb-zwijgrecht. De gedachte van de wetgever achter het formele verhoorcriterium was dat de toezichthouder niet 'straffeloos' de toezichtsfase zou kunnen oprekken. Paradoxaal genoeg biedt juist dit formele verhoorcriterium – en de wijze waarop dit door de koppeling met 'zuivere verwijtbaarheidsvragen' is ingevuld – de toezichthouder meer ruimte de toezichtfase 'veel straffelozer' op te rekken.

Het voorgaande leidt er toe dat het formele verhoor-criterium ten opzichte van het strafvorderlijk zwijgrecht, een relatief laat startmoment heeft. Wanneer een betrokkene object is van controle en in dat verband vragen worden gesteld naar verwijtbaar handelen, dan zou deze op basis van een 'redelijk schuldvermoeden' niet langer gehouden kunnen zijn tot antwoorden. Dergelijke vragen die zien op de verwijtbaarheid zullen immers ingegeven zijn door bepaalde feiten en omstandigheden. Daarentegen is die persoon op basis van de wettelijke Awb-regeling ter zake, op dat moment wel gehouden tot antwoorden. Er is immers formeel gezien nog geen boeteverhoor.

De oplossing voor de hierboven beschreven kritiek op het formele verhoorcriterium kan als volgt worden bereikt. In plaats van het formele verhoorcriterium dient aangeknoopt te worden bij de materiële benadering van het strafvorderlijk zwijgrecht en dient een bestuursrechtelijk

verdachte-begrip te worden geïntroduceerd. De relevante vraag in relatie tot het zwijgrecht behoort aldus te zijn: rijst op basis van de geconstateerde feiten een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbare overtreding? Het Awb-zwijgrecht ontstaat thans pas door de schakeling van de autoriteiten naar een formeel boeteverhoor. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming zou echter reeds bij het ter kennis komen van belastende feiten en omstandigheden voor de betrokkene een zwijgrecht dienen te gelden. In dit verband had Hartmann een voorstel tot aanpassing van de regeling van het zwijgrecht én de cautieverplichting gedaan. In het door hem voorgestelde eerste lid liggen het zwijgrecht en de equivalent van het 'verdachte-begrip' besloten. Een door Hartmann voorgesteld tweede lid waarborgt het zwijgrecht voor de bezwaar- en beroepsfase. De regeling kan aldus luiden als alternatief voor de huidige regeling van het bestuursrechtelijk zwijgrecht:

> Artikel 5:10a Awb
> 1. Degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enige strafbare overtreding voortvloeit, op grond waarvan aan hem een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, is niet langer verplicht over deze overtreding een verklaring af te leggen.
> 2. Indien bezwaar of beroep is ingesteld tegen een bestuurlijke boete is degene aan wie de bestuurlijke boete is opgelegd, niet verplicht omtrent de overtreding een verklaring af te leggen.
> 3. Degene bedoeld in het eerste en tweede lid wordt hierop gewezen alvorens hem wordt gevraagd te verklaren omtrent de overtreding en in ieder geval wanneer degene bedoeld in het eerste lid in de gelegenheid wordt gesteld over het voornemen tot oplegging van de bestuurlijke sanctie zijn zienswijze naar voren te brengen.

9.7 Sfeervervaging en de bestuursrechtelijke jurisprudentie

De vraag is voorts hoe de hoogste bestuursrechters het zwijgrecht hebben geïnterpreteerd in de context van de sfeerovergang. Dit is in *hoofdstuk 7* onderzocht. De behandeling van de CBb-jurisprudentie laat een formalistisch beeld zien, ter zake van de duiding van het startmoment van het zwijgrecht. Niet de materiële situatie is voor het CBb doorslaggevend bij de bepaling daarvan – bestaat er een verdenking van wetsovertreding of niet – maar het voornemen van de toezichthouder om tot beboeting over te gaan. Daarmee wordt de aanvang van het zwijgrecht impliciet afhankelijk gemaakt van de op dat moment bestaande intenties van de toezichthouder. Dit bleek onder meer uit verschillende zaken. In CBb 11 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX8156 werd het criterium toegepast 'of sprake was van een handeling jegens betrokkene, waaraan zij in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat haar wegens een overtreding een bestuurlijke boete kan worden opgelegd.' Bij de zaak CBb 28 maart 2013b, AWB 10/384, 10/385 kwam de nadruk te liggen op het 'oogmerk' van de toezichthouder ten tijde van het uitgevoerde onderzoek. Ook in CBb 9 april 2015, RF 2015/81 speelde het 'doel van het onderzoek' de voornaamste rol bij vaststelling of de 'punitieve weg' was ingeslagen en daarmee een zwijgrecht van toepassing was. De relevantie van een dergelijk 'oogmerk' gold tenslotte ook in CBb 11 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191.

De jurisprudentie van de ABRvS heeft een ontwikkeling laten zien naar een formele benadering van het zwijgrecht. Uit een aantal behandelde uitspraken volgde aanvankelijk een feitelijke beoordeling van de situatie ten tijde van onderzoekshandelingen door de toezichthouder. De ABRvS hield in die zaken niet vast aan de formele kwalificatie van het onderzoek, maar onderzocht de materiële situatie. Dat was het geval in ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010/332, ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011/334, ABRvS 21 maart 2012, nr. 201000392/1/V6 en bijvoorbeeld

ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2936. Uit die uitspraken volgt een 'materiële' benadering van de situatie, in het kader van de vraag of op het betreffende moment een zwijgrecht gold en de toezichthouder de cautie had moeten geven. Niettemin is met de uitspraak ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RvS:2018:2115 ondubbelzinnig geopteerd voor het 'formele verhoor'-criterium, conform de wetsgeschiedenis. Dat betekent dat het zwijgrecht geldt op het moment dat sprake is van een verhoor, gericht op boeteoplegging. De implicatie daarvan is dat het startmoment van het zwijgrecht in handen ligt van het (formele) keuzemoment van de verhorende autoriteiten.

Daarentegen heeft de rechtspraak van de CRvB een ontwikkeling naar een 'materiële' benadering van het zwijgrecht laten zien. Zo werd in de uitspraak CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126 expliciet ingegaan op de reikwijdte van het Awb-zwijgrecht. Daarbij kwam de voorgaande beperking van de wetgever aan de orde van het bestuursrechtelijk zwijgrecht tot 'zuivere verwijtbaarheidsvragen'. De CRvB oordeelde op dat punt contrair aan de wetgever. Volgens de CRvB is het voor het zwijgrecht niet relevant of het gesprek slechts was gericht op het 'wat' en niet op het 'waarom'. Aldus betekent deze uitspraak van de CRvB een belangrijk verschil in benadering van het Awb-zwijgrecht met de benadering die de wetgever hanteert in de memorie van toelichting.

Voorts stelde de CRvB dat de betreffende boeteoplegging, net als bij strafrechtelijke handhaving, aan een aantal minimumwaarborgen dient te voldoen. De CRvB vervolgt dat artikel 6 EVRM en de interpretatie daarvan door het EHRM, de uitleg van artikel 5:10a Awb 'kleurt'. De vraag of sprake is van een verhoor gericht op boeteoplegging, is daarmee verschoven naar de objectieve toets die op basis van die CRvB-jurisprudentie zich concentreert op de vraag of ten tijde van het verhoor een redelijk vermoeden van schuld bestond dat de betrokkene zich aan een overtreding (waarover hij wordt verhoord) schuldig heeft gemaakt.

Het voorgaande geeft weer dat de CRvB de toepassing van het Awb-zwijgrecht meer in overeenstemming hanteert met het strafvorderlijk zwijgrecht en dat een belangrijke restrictie van het zwijgrecht doorbroken is, althans op dat gebied van het sociale zekerheidsrecht. De door de CRvB gehanteerde invulling impliceert namelijk een eerder startmoment van het zwijgrecht. De conclusie moet zijn dat deze benadering van de CRvB door de andere bestuursrechters dient te worden overgenomen. Indien dat gebeurt, is de voorgestelde wetswijziging niet noodzakelijk omdat effectief het probleem dan is ondervangen.

9.8 Bewijsuitsluiting van in de controleprocedure afgelegde verklaringen

Een andere beperking van het voor het nemo tenetur-beginsel uit de sfeerovergang voortvloeiende heeft betrekking op het gebruik van tijdens het controleonderzoek onder dwang afgelegde verklaringen in de punitieve procedure. In de controlesfeer kunnen mondelinge inlichtingen worden gevorderd, terwijl in de opsporingssfeer het zwijgrecht geldt. Bij de conclusies aangaande de EHRM-jurisprudentie bleek dat deze beperking wordt opgelost door consequente toepassing van de 'Saunders'-bewijsuitsluitingsregel. Het gaat hier om de uitsluiting van *alle* bij de controle afgelegde verklaringen. De vraag is hoe deze bewijsuitsluitingsregel wordt toegepast door de hoogste Nederlandse rechters.

Bij de analyse in *hoofdstuk 7* paragraaf 6.2.1. is geconstateerd dat de bescherming van 'testimonial evidence' in de fiscale rechtspraak van de Hoge Raad volledig congruent is met die van het EHRM. Verklaringen die afgelegd zijn in verband met het fiscale controleonderzoek waaraan een medewerkingsplicht bestaat, mogen niet gebruikt worden als bewijsmiddel voor de

fiscale boete. De Hoge Raad is daarin consequent: *alle* verklaringen dienen te worden uitgesloten. Er wordt dus niet gedifferentieerd naar gelang het eventuele belastende karakter van de verklaringen. Een en ander volgt uit het in *hoofdstuk 7* paragraaf 2.4. besproken arrest van HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27 (nadien bevestigd in HR 16 september 2005, *LJN:* A09013). Voorts geldt dat de Hoge Raad de 'mondelinge' verklaringsvrijheid ook in de 'bezwaarfase' nader heeft beschermd. Indien de betrokkene aanvoert zijn bezwaar niet nader te kunnen motiveren zonder zich te incrimineren, mag de aanduiding van de gronden summier zijn. Voorwaarde is dan wel dat de betrokkene dat ook expliciet benoemt; niet volstaan kan worden met een 'blanco' bezwaar. Dit volgt uit het in *hoofdstuk 7* paragraaf 2.5. behandelde arrest HR 8 maart 2002, *AB* 2002/353.

Het is plausibel te veronderstellen dat, gelet op de waarde die wordt toegekend aan de bescherming van het zwijgrecht, ook de strafkamer van de Hoge Raad over zou gaan tot uitsluiting van het bewijs in de strafzaak van tijdens het controleonderzoek afgelegde verklaringen. Het zwijgrecht van de verdachte prevaleerde bijvoorbeeld boven de verkeersrechtelijke antwoordplicht van de bestuurder in het arrest HR 26 oktober 1993, *NJ* 1994/629. In paragraaf 9.5 is reeds op het recente arrest 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2014:247 gewezen, waarin de praktische uitoefening van het zwijgrecht gewaarborgd werd door te overwegen dat de cautie gegeven had moeten worden. Dit zijn slechts enkele voorbeelden die aantonen dat de strafkamer van de Hoge Raad de 'praktische en effectieve' uitoefening van het zwijgrecht beschermt. Het is daarom hoogstwaarschijnlijk dat ter verdere waarborging van dat zwijgrecht, de strafkamer van de Hoge Raad zal aansluiten bij het fiscale arrest HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27 voor wat betreft de uitsluiting van de in het controleonderzoek en vóór de cautie afgelegde verklaringen.

De analyse in *hoofdstuk 7* toonde voorts aan dat de vaste rechtspraak van de CRvB eveneens aansluit bij de door het EHRM toegepaste bewijsuitsluitingsregel. Die jurisprudentie heeft een duidelijke ontwikkeling laten zien, voor wat betreft de bewijsuitsluiting van tijdens de controle afgelegde verklaringen. Aanvankelijk volgende nog uit de zaak CRvB 6 januari 2006, *AB* 2006/169 dat onder dwang afgelegde verklaringen voor het bewijs van het beboetbare feit gebruikt mogen worden. Op die rechtsopvatting is de CRvB klaarblijkelijk teruggekomen. Vaste rechtspraak van de CRvB is geworden dat de tijdens de controle afgelegde verklaringen uitgesloten worden van het bewijs in de boeteprocedure. In de uitspraak CRvB 1 augustus 2014, *AB* 2014/321 verwijst de CRvB in dit verband naar eigen rechtspraak: CRvB 16 november 2011, *AB* 2012/39 (rechtsoverweging 7.3); CRvB 21 november 2012, *AB* 2013/27 (rechtsoverwegingen 6.7.2 en 6.7.3) en CRvB 3 april 2013, *JB* 2013/118 (rechtsoverwegingen 5.11 en 5.12). De CRvB stelt in de genoemde uitspraak uit 2014 dat in sociale zekerheidszaken bestuurlijke boetebesluiten niet mogen worden gebaseerd op verklaringen die tijdens een verhoor zijn afgelegd, indien voorafgaand aan het verhoor niet is gewezen op het zwijgrecht. De zonder cautie afgelegde verklaringen mogen op zichzelf wel rechtmatig gebruikt worden voor de vaststelling van het recht op een sociale uitkering. De jurisprudentie van de CRvB sluit dus voor wat betreft de bewijsuitsluiting van onder dwang afgelegde verklaringen aan bij die van het EHRM.

De rechtspraktijk in het bestuursrecht laat aldus zien dat de fiscale kamer van de Hoge Raad en de CRvB dergelijke bewijsuitsluiting consequent toepassen. De kanttekening hierbij is dat het op de weg van de verdediging ligt dit verweer expliciet te voeren. De bestuursrechter is niet geneigd ambtshalve tot bewijsuitsluiting op deze grond over te gaan.

9.9 De vordering tot uitlevering van 'real evidence'

9.9.1. Bestuursrechtelijke jurisprudentie

De vraag is hoe de interpretatie van het nemo tenetur-beginsel ter zake van de toepassing op vordering tot uitlevering van 'real evidence', zich verhoudt tot de Nederlandse rechtspraktijk. Daarbij dient te worden opgemerkt dat in de vierde tranche van de Awb naast het zwijgrecht geen aparte regeling is opgenomen omtrent de vordering tot inzage in gegevens nadat het boeteonderzoek een aanvang heeft genomen.

In de behandelde serie arresten van 24 april en 29 mei 2015 heeft de fiscale kamer van de Hoge Raad uitgeleverd 'real evidence' gekwalificeerd als 'wilsonafhankelijk materiaal'. De implicatie daarvan is dat de gevorderde uitlevering niet beschermd wordt door het nemo tenetur-beginsel. De Hoge Raad vat het begrip 'wilsafhankelijk materiaal' dus restrictief op; kennelijk beperkt tot 'testimonial evidence'. Zoals reeds volgde uit de analyse van de EHRM jurisprudentie, schiet die benadering tekort. Geconcludeerd is op basis van de EHRM-rechtspraak dat de bescherming van het nemo tenetur-beginsel eveneens toepasbaar is op 'real evidence'. Wanneer overheidsambtenaren van een betrokkene documenten vorderen, terwijl er een verdenking van wetsovertreding bestaat en dwang uitoefenen teneinde die stukken te verstrekken, vormt dit een inbreuk op het nemo tenetur-beginsel.

De fiscale kamer van de Hoge Raad laat aldus in het fiscale recht een vorm van onderzoek toe die niet in overeenstemming is met de wijze waarop het EHRM uitleg geeft aan de toepassing van het nemo tenetur-beginsel. Als gezegd plaatst de Hoge Raad 'real evidence' buiten de bescherming van het beginsel. Wel heeft de Hoge Raad overwogen dat vorderingen tot het verstrekken van gegevens en inlichtingen niet toewijsbaar zijn, voor zover zij onvoldoende zijn onderbouwd of een 'fishing expedition' inhouden. In paragraaf 9.5.4, is betoogd dat die norm niet logisch valt af te leiden uit de behandelde EHRM-jurisprudentie, als algemene voorwaarde waaronder het nemo tenetur-beginsel toepasbaar is op dergelijke vorderingen van 'real evidence'.

Bij de bespreking in *hoofdstuk 7* van de CBb-jurisprudentie bleek het volgende. Vanuit de optiek van de toepassing van het nemo tenetur-beginsel is de meest in het oog springende uitspraak van het CBb die van 10 april 2014, *AB* 2014/313. In die zaak paste het CBb het nemo tenetur-beginsel toe op een vordering van 'real evidence'. De omstandigheden waaronder dat is gebeurd, zijn precies in lijn met de analyse van de relevante factoren zoals die uit de EHRM-jurisprudentie volgen. Het gaat aldus om een situatie waarin er een verdenking van wetsovertreding bestaat jegens betrokkene. Deze wordt niettemin onder dwang gevorderd te voldoen aan de uitlevering van een laptop. Daarentegen stelde het CBb in de uitspraken CBb 10 januari 2018, *NJB* 2018/280 en CBb 4 september 2018, *NJB* 2018/1715 het onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal, kennelijk gelijk met de vraag naar het al dan niet fysiek bestaan van het gevorderde bewijsmateriaal. Wel werd het gevorderde materiaal aangemerkt als 'wilsafhankelijk', onder meer gelet op de specifieke vraagstelling van de toezichthouder. Conform de EHRM-jurisprudentie mocht het materiaal alleen worden afgedwongen onder de clausule dat het niet gebruikt wordt voor bestraffende doeleinden.

Deze benadering van het CBb laat meer ruimte voor de toepassing van het nemo tenetur-beginsel op 'real evidence', dan in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Erkend moet worden dat indien eenmaal sprake is van een feitelijk vermoeden van enig schuld, dergelijke informatie niet zonder meer kan worden afgedwongen. De waarborging van dit aspect verbonden aan het nemo tenetur-beginsel schiet aantoonbaar tekort, gelet op de bescherming die het EHRM toekent aan de verdachte die met vorderingen van 'real evidence' wordt geconfronteerd. Bij deze

leemte in de rechtsbescherming speelt mee dat het bestuursrecht geen gelijkwaardige bepaling kent van artikel 96a lid 2 Sv. Die bepaling stelt dat vorderingen tot uitlevering ter inbeslagneming niet aan de verdachte worden gegeven. Het in geformuleerde bestuursrechtelijk zwijgrecht 5:10a Awb zou aldus met een dergelijke bepaling aangevuld kunnen worden:

> 4. De vordering tot inzage van zakelijke gegevens en bescheiden wordt niet gegeven aan degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enige strafbare overtreding voortvloeit, op grond waarvan aan hem een bestuurlijke boete kan worden opgelegd.

9.9.2. strafrechtelijke jurisprudentie

In het strafprocesrecht geldt het volgende. Het zwijgrecht (art. 27 Sv) en het verbod het bevel tot uitlevering aan de verdachte te richten (art. 96a Sv) vormen tezamen de nucleus van de strafvorderlijke nemo tenetur-bescherming. Aanvankelijk was de vraag of de voorloper van laatstgenoemd artikel (art. 107 Sv oud) toepassing had in de bijzondere wetten die een dergelijk uitleveringsbevel kennen. Het 'stilzwijgen' van de wetgever op dit punt werd door de Hoge Raad in het 'Vuurwapenwet'-arrest (HR 20 maart 1984, *NJ* 1984/547) zodanig geïnterpreteerd, dat de wetgever met artikel 107 Sv (oud) niet de medewerkingsverplichtingen uit de bijzondere wetten wilde uitschakelen.

De voorgaande discussie omtrent de vordering van 'real evidence' van de verdachte is ten slotte ondubbelzinnig aan de orde gekomen in HR 24 november 2015, *NJ* 2016, 58. De strafkamer van de Hoge Raad sluit op dit punt volledig aan bij de uitleg zoals die in de fiscale zaken is gegeven, zijnde de arresten van 24 april 2015 (en 29 mei 2015); Hoge Raad 24 april 2015 ECLI:NL:HR:2015:1112, *BNB* 2016/22. Op basis van de EHRM-jurisprudentie is de 'nemo tenetur'-bescherming van 'real evidence' verbonden met het begrip 'wilsafhankelijk materiaal'. De strafkamer van de Hoge Raad kwalificeert 'real evidence' echter categorisch als wilsonafhankelijk materiaal en plaatst de vordering van dit type bewijsmateriaal daarmee buiten het toepassingsverband van de nemo tenetur-bescherming. Een strafvorderlijk bevel tot uitlevering mag niet aan de verdachte worden gegeven; de wetgever acht een dergelijk bevel in strijd met de 'humaniteit'. Daarentegen accepteert de Hoge Raad een dergelijk bevel wel in het ordeningsstrafrecht. De Hoge Raad bewerkstelligt dit door enerzijds de strafvorderlijke waarborg van artikel 96a lid 2 Sv niet van toepassing te achten buiten de contouren van strafvordering, alsmede door een te beperkte interpretatie van het begrip 'wilsafhankelijk' materiaal. Dit leidt aldus niet alleen tot een opmerkelijke discrepantie ten aanzien van die EHRM-jurisprudentie, maar evenzeer vormt dit een breuk met de strafvorderlijke uitgangspunten.

Voor wat betreft de vordering tot uitlevering van 'real evidence' in het kader van het WED-onderzoek, dient ten slotte het volgende te worden opgemerkt. Eerder is gesteld dat op basis van de EHRM-jurisprudentie het nemo tenetur-beginsel inroepbaar is vanaf het ontstaan van de 'materiële verdenking', ongeacht of daarbij sprake is van de formele staat van het onderzoek (controle- of opsporing). De WED-bevoegdheden zijn als opsporingsbevoegdheden inherent verbonden aan de opsporingssfeer. Echter, deze kunnen worden aangewend op basis van de eerdere genoemde 'aanwijzingen'. Consistente toepassing van de EHRM-jurisprudentie leidt er dan toe dat dat de betrokkene tegen wie dergelijke aanwijzingen bestaan, op zichzelf toch gehouden is aan dat WED-onderzoek medewerking te verlenen. Dit is problematisch omdat degene wel object is van een vorm van opsporingsonderzoek. Daarbij geldt ten opzichte van het bestuursrecht (art. 5:20 Awb jo. 184 Sr) een verzwaarde pressie tot medewerking in het economisch strafrecht (art. 24a en 26 WED jo. 2 lid 5 WED jo. 6 lid 2 WED). Niettemin dient de interpretatie naar de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel uit de EHRM-jurisprudentie wel

consequent te worden toegepast, zoals hierboven aangegeven. In de praktijk zal dit een sterk casuïstische aangelegenheid zal blijven, aangezien aanwijzingen en de strafvorderlijke verdenking elkaar dicht kunnen benaderen.

9.10 Redressering van de sfeercumulatie

Een variant op de problematiek van de vordering van 'real evidence' vormt de situatie van de 'sfeercumulatie'. Het gaat net als bij de 'real evidence'-gevallen om verdachten die weigeren te voldoen aan een vordering tot uitlevering van dergelijk materiaal. Echter, het cruciale verschil is dat die weigering van de informatievordering in deze zaken niet plaatsvindt in de context van de straf-/boeteprocedure, maar in een parallelle (non-punitieve) procedure.

De problematiek van de sfeercumulatie heeft zich met name in het Nederlands fiscale recht gemanifesteerd. Kenmerkend voor de fiscale jurisprudentie en inherent aan de sfeercumulatie is het volgende. In diverse van de onderzochte zaken is gebleken dat sprake was van een verdenking van (fiscale) wetsovertreding, terwijl in het kader van de reguliere fiscale controle toch nog informatie werd gevorderd. De informatie werd aldus niet gevorderd in het kader van een strafrechtelijke- of kennelijke boeteprocedure (bijvoorbeeld na het verlenen van de cautie). In het kader van deze materie heeft de fiscale kamer van de Hoge Raad aanvankelijk – en wel vanaf 1991 tot en met in elk geval 2009 – de doctrine van 'procedurele scheiding' gevolgd; zo volgt uit onder andere HR 11 december 1991, *BNB* 1992/243; HR 21 maart 2008, *BNB* 2008, 159 (KB-Lux zaak); HR 18 september 2009, *NJ* 2009, 566 en HR 16 november 2012, *BNB* 2013/29. De fiscale kamer van de Hoge Raad overwoog daarbij dat de vraag naar de toelaatbaarheid van eventueel afgedwongen bewijsmateriaal in de bestraffende boeteprocedure dient te worden beslist.

Deze doctrine is verlaten en is verruild voor de navolgende. In het arrest HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343 werden waarborgen geformuleerd met betrekking tot de in kort geding gevorderde informatie. Indien niet kan worden uitgesloten dat 'wilsafhankelijk materiaal' tevens in verband met een 'criminal charge' tegen de belastingplichtige zal worden gebruikt, zullen de nationale autoriteiten volgens de Hoge Raad moeten waarborgen dat de belastingplichtige effectief gebruik kan maken van zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie. Derhalve dient de (voorzieningen) rechter een op het vorenstaande gerichte clausulering te verbinden aan het door hem uit te spreken bevel. Wilsafhankelijk materiaal dat door de belastingplichtige ingevolge het bevel van de voorzieningenrechter is verstrekt, mag niet worden gebruikt voor fiscale beboeting of strafvervolging van de belastingplichtige. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat, indien dit toch gebeurt, de belastingrechter of de strafrechter dient te bepalen welk gevolg aan dit gebruik moet worden verbonden.

De lacune van deze 'waarborgen'-jurisprudentie is primair gelegen in de definitie van het begrip 'wilsafhankelijk' materiaal. Zoals hiervoor werd overwogen in paragraaf 9.9.1 beperkt de Hoge Raad dit begrip tot verklaringen. De clausule die wordt verbonden aan het afdwingen van informatie in het kader van de door de rechter te verlenen waarborg, heeft daarmee geen betrekking op 'real evidence'. Daargelaten de besproken norm aangaande het verbod van 'fishing expeditions'. In paragraaf 9.5.4. is uiteengezet waarom die norm niet valt af te leiden uit de EHRM jurisprudentie, als noodzakelijke voorwaarde voor de toepassing van het nemo teneturbeginsel op vorderingen tot uitlevering van real evidence.

Niet alleen de door de Hoge Raad geformuleerde waarborg zelf is door de beperkte opvatting goeddeels van zijn betekenis ontdaan. Ook bij de 'garantie' kunnen vraagtekens geplaatst worden. De civiele kamer Hoge Raad stelt namelijk dat de beantwoording van de vraag wat er dient te gebeuren indien afgedwongen materiaal toch gebruikt wordt in de punitieve procedure, voorbehouden is aan de rechter die oordeelt over de betreffende sanctie. Doordat het uiteindelijke oordeel bij die rechter ligt, vormt de waarborg aldus nog geen daadwerkelijke garantie. Het EHRM verlangt echter wel die daadwerkelijke garantie. De jurisprudentie van de Hoge Raad voldoet op dat punt dus onvoldoende aan de interpretatie zoals die door het EHRM aan de bescherming van het nemo tenetur-beginsel is toegekend.

9.11 Slotsom

De analyse van de bestuursrechtelijke jurisprudentie heeft aangetoond dat het 'boeteonderzoek' geen volwaardig alternatief kan zijn voor het strafvorderlijk opsporingsonderzoek. Het bestuursrechtelijk boeteonderzoek kent namelijk geen aparte onderzoeksbevoegdheden voor dergelijk onderzoek. In de Awb staan louter controlebevoegdheden vermeld. De lacune is expliciet geworden in het fiscale domein. Daar oordeelde de Hoge Raad in het arrest HR 22 juni 2007 *BNB* 2007/292 dat artikel 47 AWR toepassing mist, wanneer *uitsluitend* boeteonderzoek aan de orde is. Vanuit conceptueel oogpunt is dat gebrek aan bevoegdheden verklaarbaar, daar de wetgever uitgegaan is van een 'beperkt' kader. De toezichthouder verricht controleonderzoek en stuit eventueel in dat onderzoek op een strafbaar feit. Vervolgens maakt de toezichthouder op basis van het reeds verzamelde bewijs een boeterapport op. In het beperkte perspectief van de wetgever is dus niet voorzien in de situatie dat door de bestuursrechtelijke toezichthouder bewijs vergaard moet worden *na* het ontstaan van de 'materiële verdenking'. Daarbij gaat het om de vergaring van 'real evidence' tegen de wil van de betrokkene. Het gebrek aan die bevoegdheden wordt gecompenseerd door een extensief beroep op de actieve medewerking van de betrokkene. Conceptueel gezien is dat mogelijk gemaakt door een juridisch beperkte interpretatie van het nemo tenetur-beginsel dat zich niet verhoudt tot de uitleg van dat beginsel in de rechtspraak van het EHRM.

Het gemis van die bestuursrechtelijke bevoegdheden wordt voorts zichtbaar in relatie tot de Mededingingswet. Daar beschikken de betreffende ambtenaren op grond van artikel 50 van de Mededingingswet van de ACM *wel* over een doorzoekingsbevoegdheid. Zij zijn namelijk bevoegd een woning zonder toestemming van de bewoner te doorzoeken, voor zover dat voor de uitoefening van de in artikel 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht bedoelde bevoegdheden redelijkerwijs noodzakelijk is. De Mededingingswet wordt uitsluitend bestuursrechtelijk gehandhaafd, zodat daar een strafvorderlijke doorzoeking tot inbeslagneming (in beginsel) geen optie is.

Het gebrek aan juridische armslag in het overig boeteonderzoek betekent dat er een groot belang bestaat bij de toezichthouder om informatie te vorderen in het kader van dat reguliere onderzoek. Zolang het controleonderzoek mede het 'reguliere' bestuursrechtelijk optreden dient, is de betrokkene – ook al is hij materieel gezien verdachte – gehouden tot medewerking aan dat onderzoek. Weliswaar geldt een waarborg van bewijsuitsluiting voor de resultaten van dat onderzoek vanaf het moment dat hij verdachte is. Echter, die waarborg wordt door de wijze waarop de fiscale en straf kamers van de Hoge Raad daar invulling aan gegeven hebben, van zijn betekenis ontdaan voor wat betreft 'real evidence'. Dat vormt hier het type bewijsmateriaal waar het nu precies om te doen is. Het fundamentele probleem is derhalve dat het boeteonderzoek volkomen afhankelijk is van de medewerking van de betrokkene. Dat zal de juridische armslag van dat boeteonderzoek onvermijdelijk mankeren. Dat is echter een consequentie van

de normering van het aan artikel 6 EVRM ontleende nemo tenetur-beginsel. Het is tevens een consequentie van de wijze waarop het fiscale- en op de Awb gebaseerde boeteonderzoek juridisch vormgegeven is. Een doorzoekingsbevoegdheid, zoals in de aangehaalde Mededingingswet, ontbreekt immers. Het gebrek aan bevoegdheden wordt hier op oneigenlijk gronden gecompenseerd door middel van een onhoudbare juridische interpretatie van de jurisprudentie van het EHRM. Indien de situatie dat vereist, dient aldus op strafvorderlijke titel te worden overgestapt waar uiteraard wel bevoegdheden tot doorzoeking en inbeslagneming bestaan.

Veel van de hier voorgestelde oplossingen vinden hun oplossing in de drie 'gedistilleerde uitgangspunten van de EHRM-jurisprudentie'. De boeteoplegging dient aan de maatstaven van artikel 6 EVRM te voldoen, evenals de 'reguliere' strafrechtelijke procedure. Voorts geldt dat de (complexe) aard van het 'ordeningsrecht' geen rechtvaardiging biedt om inbreuk te maken op artikel 6 EVRM. Ten slotte, en dat is wellicht voor de invulling van het zwijgrecht de belangrijkste randvoorwaarde, dienen verdedigingsrechten zodanig geïnterpreteerd te worden, dat deze praktisch en effectief zijn en niet theoretisch en illusoir. Daarbij gaat het bovenal om een materiële benadering van concrete situaties in het kader van een 'praktische en effectieve' invulling van die rechtswaarborgen. Daarvoor is een feitelijke beoordeling van het betreffende controleonderzoek noodzakelijk, die door de juridische sfeerverdeling heen kijkt. Voorts is voor de implementatie van het beginsel een duidelijke begripsvervulling van de reikwijdte daarvan vereist. In dat kader kan gesteld worden dat de hier voorgestane interpretatie van EHRM-jurisprudentie in het verlengde ligt van de strafvorderlijke wetsgeschiedenis. Artikel 96a lid 2 Sv vindt zijn grondslag in de bescherming van de procesautonomie van de verdachte. Daarnaast maakte de Hoge Raad al in het arrest 'Liegende Bakker', d.d. HR 22 juni 1931, *NJ* 1931 (p. 1602) duidelijk dat het zwijgrecht als materiële rechtswaarborg niet afhankelijk kan zijn van de visie van de controleambtenaar en de formele sfeer waarin diens activiteiten plaatsvinden. Zo beschouwd zijn de oplossingen voor de beperkingen van het nemo tenetur-beginsel ten gevolge van de sfeerovergang, deels gelegen in die 'klassieke strafvordering'.

Lijst van aangehaalde literatuur

C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten: Balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002

E. Alders, *De handhaving van het bestuursrecht via toezicht en de gemiste kans van de derde tranche Algemene wet bestuursrecht, NTB* 1995

E. Alders, 'Dat is jammer', *NJB* 13 oktober 1995 afl. 36

G.P.A. Aler, *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle. Enige aspecten van de regeling van de dwangmiddelen in het Wetboek van Strafvordering in de bijzondere wetten,* (diss. UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1982

A.A. Ansmink, 'Het meewerken van de verdachte aan zijn veroordeling en art. 209 Sv', *RM Themis* 1981

J.H. Asbreuk, 'Informatieverstrekking en artikel 6 EVRM', *NTFR* Beschouwingen, 2012/27

P. Bal, 'Murphy's law', in: J.M. Reijntjes (red.), *Nemo tenetur*, Arnhem: Gouda Quint 1996

C.J. van Bavel en W.E.C.A. Valkenburg, 'Het bevel tot uitlevering, impasse of in te passen?' *NJB* 1988

Bakhoven, W.P., 'Bevoegdheden tot inbeslagneming en huiszoeking', *TvS* (1939)

E. Benhaim, 'Niet meewerken aan eigen veroordeling, ook niet in het economisch strafrecht', *Advocatenblad* 24, 4 november 2011

J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (1827)

D.A. Berends, Het werk van de vos, samenleving en criminaliteit in de late middeleeuwen, Zuthpen: De Walburg Pers 1985

R. Blekxtoon, 'De cautie. Reactie', *NJB* 2002

J. Blok en L.Ch Besier, *Het Nederlands strafproces I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1925

A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, Handhaven met effect, *Een empirisch-juridische studie naar de mogelijkheden voor een effectieve handhaving van het milieurecht*, Den Haag: VUGA Uitgeverij B.V. 1997

A.B. Blomberg, 'Handhaven binnen EVRM-grenzen', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, VAR-reeks, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

A.B. Blomberg, 'Toezicht en 'opsporing' in het punitieve bestuursrecht, *Strafblad* 2005-4

A.B. Blomberg, 'Maatschappelijke ontwikkelingen in het toezicht op de milieuzorg bij bedrijven', in: *Systeemtoezicht in de procesindustrie. Een symposiumverslag'*, Rotterdam: Erasmus Instituut Toezicht & Compliance 2010

T. Blom, 'Bijzondere bevoegdheden tot opsporing', in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen (red.) Tekst & Commentaar Strafvordering, Kluwer: Deventer 2017

I. Bökkerink, 'Na schikking lijkt Libor-fraude Rabobank met een sisser af te lopen, *FD* 17 augustus 2016.

M.J. Borgers, Het opsporingsbegrip anno 2009, in: M.J. Borgers, M.J.A. Duker en L. Stevens (red.), *Politie in beeld; liber amicorum Jan Naeyé*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009

M.J. Borgers, 'De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman (red.), Bijzonder strafrecht, *Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011

C. Borman, *Aanwijzingen voor de regelgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993

A.G. Bosch, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001

R. Bosma en A. Molenkamp, 'Van verticaal naar horizontaal toezicht, Is overschakelen afdwingbaar?', *Tijdschrift voor Public Governance, Audit en Control*, jaargang 11, augustus 2013

B.H.J. Braeken, 'CBb stelt grenzen aan alles-in-één-hand Stelsel', *M&M* december 2011

R. de Bree, 'Zwijgrecht versus medewerkingsplicht in de mededingingsrechtelijke context: herijking gevergd'. *Tijdschrift mededingingsrecht in de praktijk, maart 2016*

S. Brinkhoff, *Startinformatie in het strafproces* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014

H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005.

Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993

D.V.A. Brouwer, *Dwangmiddelen in bijzondere wetten* (diss. Groningen), Deventer: Gouda Quint 1999
H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005
E.P. Cheyney, 'The court of star chamber', *The American Historical Review* Vol. 18, No. 4 (Jul., 1913)
S.B. Chrimes, *Henry VII*, Berkeley: University of California Press 1972
C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken (*diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989.
Commissie-herijking Wetboek van Strafvordering (Commissie- Moons), Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek, Arnhem: Gouda Quint 1990
Commissie algemene regels van bestuursrecht (Commissie-Scheltema), Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde trance, Den Haag: Sdu uitgevers 1999
Concept Computercriminaliteit II. Voorstel van wet en Memorie van Toelichting, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving, januari 1998
Commissie Strafvorderlijke Gegevensvergaring in de informatiemaatschappij (Commisie-Mevis), Rapport Gegevensvergaring in strafvordering. Nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek, 2001
E.C. Coppens, 'De inquisitoire procedure in het canonieke recht', in: *Misdaad, zoen en straf. Aspekten van de middeleeuwse strafrechtsgeschiedenis in de Nederlanden*, H.A. Diederiks en H.W. Roodenburg (red.), Hilversum: Uitgeverij Verloren 1991
G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1993
G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht, bewerkt door M.J. Borgers*, Deventer: Kluwer 2018
P.E.B. Corten, J. Mouthaan, 'De onderzoeksbevoegdheden van de STE (I)', *Bank- en Effectenrecht* 1998
G. de Bont, H. Hertoghs, H. van Immerseel, M. Lambregts (red.), *(Fiscale)Inlichtingenverplichtingen: enige beschouwingen uit de praktijk en de wetenschap*, Amsterdam: De Bont Advocaten, 2013
CTW-advies 1994/1, Handhaving door bestuurlijke boeten, Den Haag 1994
J. De Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld en in verband gebragt met de algemeene regtsgeleerdheid*, Amsterdam: Johannes Mueller 1838
R. de Bree, 'Zwijgrecht versus medewerkingsplicht in de mededingingsrechtelijke context: herijking gevergd'. *Tijdschrift mededingingsrecht in de praktijk, maart 2016*
P. de Haas en. A.B. Vissers, 'Nemo-teneturbeginsel; verklaar je nader!', *Tijdschrift Formeel Belastingrecht* 2014/01,
H.A. Diederiks en H.W. Roodenburg, Misdaad, zoen en straf, Hilversum: Uitgeverij Verloren 1991
D.R. Doorenbos, 'Nieuw boetestelsel financiële wetgeving, *Ondernemingsrecht* 2009
D.R. Doorenbos, 'Beboeting van rechtspersonen', *Strafblad* 2014
D.R. Doorenbos, 'Het zwijgrecht van de rechtspersoon', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance*, Nr 5/6 december 2013
J.H. Drenth, *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam 1939
J. de Ridder, *Een goede raad voor toezicht* (oratie RUG), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004
J.J. de La Bassecour Caan, *Handleiding tot de kennis van het administratief regt in Nederland*, 's-Gravenhage 1856
A. Derks, A. van Nus en H. Simon, 'Het toezicht op burgers in de Algemene wet Bestuursrecht', *NJB* 1993
W. de Vries, 'Als controle overgaat in verdenking: straf- en boeterecht', *Fiscaal Praktijkblad* 2005/19, 22 november 2005
H.A. Diederiks en H.W. Roodenburg (red.), Hilversum: Uitgeverij Verloren 1991
D. A. Dripps, 'Against Police Interrogation--And the Privilege against Self-Incrimination', 78 *J. Crim. L. & Criminology* 699 (1987-1988)
M.C.D. Embregts, *Uitsluitsel over bewijsuitsluiting: een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003
M.W.C. Feteris, 'Herziening van het fiscale boetestelsel. Nieuwe ontwikkelingen', *WFR* 1995

M.W.C. Feteris, 'De fiscale bestuurlijke boeten en de Vierde tranche van de Awb', in: L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, Deventer: Gouda Quint 2000
M.W.C. Feteris 2002, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces (*diss. UvA), Deventer: Kluwer 2002
C. Fijnaut, *De toelating van raadslieden tot het politiële verdachtenverhoor*, Arnhem: Gouda Quint 1987
J.W. Fokkens en W.J.V. Spek, 'Het nemo tenetur beginsel en het Nederlandse straf(proces)recht', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer (red.), Praktisch strafrecht; liber amicorum J.M. Reijntjes, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005
A.M. Fransen, 'Toezicht en opsporing: het onduidelijke voortraject bij de publieke rechtshandhaving', *DD* 1993
Y.E.J. Geradts en J.J. Vetter, 'Wetsvoorstel wijziging (stelsel) administratieve boeten en fiscaal strafrecht: enkele verspreide kritiekpunten', *MBB* 1994
E. Gritter, G. Knigge, N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling; Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de Economische Delicten te herzien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005
M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Het vooronderzoek in strafzaken, Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001
F.J.P.M. Haas en D.N.N. Jansen, 'Het 'privilege against self-incrimination' nader beschouwd', *TFB* 2013/01
S.L.J. Janssen en mr. G.P. Hamer, 'De rechtmatigheid van de gestuurde detentie-informant', (online paper, www.cleerdin-hamer.nl).
J. Habermas, *The Past as Future, Interviews by M. Haller*, Cambridge: Polity 1994
G.P. Hamer en N.W.A. Dekens, Enige beschouwingen over het nemo tenetur beginsel in het fiscale recht, *Tijdschrift Formeel Belastingrecht* 2006/02
W. Hamilton Bryson, 'Discovery of Penalties', 15 *U. Rich. L. Rev*. 283, 1981
Handelingen 1934 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, 's-Gravenhage: Belinfante 1934
A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint bv 1994
A.R. Hartmann en M.E. de Meijer, 'De personele werkingssfeer van het zwijgrecht en de cautieverplichting bij de verdachte rechtspersoon', *NJB* 1996
A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, (diss. Deel I - EUR), Deventer : Gouda Quint 1998
A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht* (diss. Deel II - EUR), Deventer : Gouda Quint 1998
A.R. Hartmann, 'Het zwijgrecht en de cautieverplichting', in: L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, SI-EUR-reeks 22, Arnhem,: Sanders Instituut/ Gouda Quint 2000
A.R. Hartmann, *'Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven?'*, *NJB* 21 mei 2004 afl. 21
A.R. Hartmann, 'De Gordiaanse knoop van medewerkingsplicht en zwijgrecht. Een EHRM-update aan de hand van Weh v. Oostenrijk', in *Strafblad* 2004
A.R. Hartmann en L.J.J. Rogier, 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb', *NJB* 2004
A.R. Hartmann, 'Over toezicht en opsporing. Inhoudelijke voorwaarden van publiekrechtelijke bevoegdheden in perspectief', in: L.J.J. Rogier en H. de Doelder (red.), Toezicht. Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht, Deventer: Boom Juridische uitgevers 2006
A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fyzzy law*, oratie EUR, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2011
K. Helderman, M.E. Honingh, *WODC-rapport, Systeemtoezicht. Een onderzoek naar de condities en werking van systeemtoezicht in zes sectoren*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers: 2009
K. Hellingman en K.J.M. Mortelmans, *Economisch publiekrecht, rechtswaarborgen en rechtsinstrumenten*, Deventer: Kluwer 1989
R.H. Helmholz, 'Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune', N.Y.U. Law Review 962 1990

R. H. Helmholz, Charles M. Gray, John H. Langbein, Eben Moglen, Henry E. Smith, Albert W. Alschuler, *The Privilege against Self Incrimination. Its Origins and Development*, Chicago: The University of Chicago Press 1997
H.B. Hieltjes, 'Spreken is plicht, zwijgen is recht', *WFR* 1992
N. Holvast en P. van der Meij. 'De problematiek van sfeervervaging bij de bestuurlijk-strafrechtelijke aanpak van mensenhandel in de legale prostitutiesector', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2011
Y.P. Hooykaas, 'Komt bij de bescherming van de individueele vrijheid in ons huidige strafrecht en strafprocesrecht de gemeenschap te kort? Zoo ja, welke wijzigingen dienen dan in onze wetgeving te worden aangebracht?', in: Handelingen 1934 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, 's-Gravenhage: Belinfante 1934
A.E.H. Huygen, '*Controle en opsporing'*, in: M. Wladimiroff (red.), Facetten van economisch strafrecht, Arnhem: Gouda Quint, 1990
L. Iorizzo,'Al Capone: A Biography, Illinois – Chicago: Greenwood Press 2003
O.J.D.M.L. Jansen, 'Toezicht, opsporing en de Algemene wet bestuursrecht', *DD* 1994 afl. 6
O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd? Een interne rechtsvergelijking* (diss UvA.), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999
O.J.D.M.L. Jansen, 'Gehoorzamen of boeten. Het afdwingen van medewerking aan een toezichthouder in het algemeen bestuursrecht', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming*, nr.5/6 december 2018
R.N.J. Kamerling, Handboek voor de belastingcontrole. Spelregels en praktijksituaties, Arnhem: Gouda Quint 1989
J.Koers en R.N.J. Kamerling, '*Opsporing en vervolging van belastingdelicten: een praktische benadering'*, Arnhem: Gouda Quint B.V. 1987
B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Facetten van strafrechtspleging 11, Arnhem: Gouda Quint 1995
G. Knigge, 'Controle door de FIOD', *Ars Aequi* 1988
G. Knigge, 'Van opsporing en strafvordering', *DD* 1990
G. Knigge, 'De verkalking voorbij', *RM Themis* 2000, 3
G. Knigge (red.), *Leerstukken van strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001
G. Knigge & N.J.M. Kwakman, *Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak*, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001', Deventer: Gouda Quint 2001
R.J. Koopman, Saunders en het nieuwe boeteregime, *FED* 1997
B.J. Koops en L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rondom nemo-tenetur', *DD* 2003, 33(3)
H.J.F. Koos, 'Sfeerovergang: van fiscale controle naar strafrechtelijke vervolging', *Belastingen* nr. 11/12, november/december 2012
R.P.A. Kraaijeveld en. C.M.M. van Mil, 'De cautieplicht en het zwijgrecht in het bestuurs(straf)recht: eindelijk duidelijkheid en rechtseenheid?', *Gst.* 2018/144
R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken*, Nijmegen: Wolter Kluwer 2014
J. H. Langbein, Torture and the law of Proof, Europe and England in the Ancien Régime, Chicago/London 1977
J.H. Langbein, 'The historical origins of the privilege against selfincrimination at common law, 92 *Mich. L. Rev.* 1047 1993-1994,
E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke vermande 1998
E.E.V. Lenos, 'De sociale en fiscale inlichtingenplicht en het zwijgrecht sinds Saunders', *NJB* 1997
J.A.W. Lensing, *Het verhoor van de verdachte in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Gouda Quint BV 1988
J.A.W. Lensing, *Het verhoor in strafzaken*, (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1988.
J.T.C. Leliveld, 'De toezichtbepalingen in de Wft', *Tijdschrift voor Financieel Recht*, Nr. 7/8 juli/augustus 2007
L.W. Levy, *Origins of the Fifth Amendment*, Chicago: Ivan R. Dee 1968
L.W. Levy, 'Origins of the fifth and its critics', *19 Cardozo L. Rev. 821* 1997-1998
K. Lindenberg, *Van Ort tot ORO. Een verzameling van de werken die hebben geleid tot het Oorspronkelijk Regeringsontwerp van een nieuw Wetboek van Strafvordering (1914)*, Groningen 2002

C.M.Th. Lindo, 'Cassatie in de negentiger jaren', *NJB* 1995
E. Lissenberg, S. van Ruller, R. van Swaaningen (red.), *Tegen de regels IV, een inleiding in de criminologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001
M.J.J.P. Luchtman, 'Sfeercumulatie in het verkeersrecht en het fiscale recht', *Delikt en Delinkwent* 2007, 53
M.J.J.P. Luchtman, *Grensoverschrijdende sfeercumulatie* (Utrecht diss.), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.
N. Machiavelli, *De Heerser*, Amsterdam: Athenaeum Polak & van Gennep 2000
M.R.T. MacNair, The Early Development of the Privilege Against Self-Incrimination, 10 Oxford J. Legal Stud., Spring 1990, at 66, 70
R. Martinage, *Geschiedenis van het strafrecht in Europa*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002
J.J. Mearsheimer, *The Tragedy of Great Power Politics*, New York: W.W. Norton & Company Inc. 2001
A.L. Melai 1988, 'Nogmaals humane spanningen in het strafrecht', in: W.C. van Binsbergen e.a. (red.), *Handhaving van de rechtsorde (Mulder-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988
A.L. Melai, 'Het dominante Wetboek van strafvordering', *DD* 1988 (18)2
P.A.M. Mevis, *'Preventieve observatie geobserveerd'*, *DD* 1988
P.A.M. Mevis, Van opsporing, strafvordering en legaliteit, *DD* 1990
P.A.M. Mevis, 'Bestuurlijke boete in Absurdistan', *Ars Aequi* 2005, vol. 54, nr. 7-8, p. 580-587.
A. Mulder en M.J. A. Engels, 'De positie van de bijzondere opsporingsdiensten, In: Recht op Scherp: beschouwingen over handhaving van publiekrecht, aangeboden aan prof. mr. W Duk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984
A. Mulder, 'Controlebevoegdheden ter opsporing Kanttekeningen bij arrest HR 30 okt. 1984, *NJ 1985, 275'*, *SEW* 9 1985
A. Mulder, Schets van het economisch strafrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975
A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008
E. Myjer, *Van duimschroef naar bloedproef. Beschouwingen over de regel dat niemand gedwongen mag worden zichzelf te belasten*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1978
J. Naeyé, 'Verhoor zonder cautie. Zes jaar jurisprudentie op art. 29 lid 2 Wetboek van Strafvordering', in: V.H. Davelaar e.a. (red.), *Strafrecht in perspectief. Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan der Vrije Universiteit te Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint 1980
J. Naeyé, 'De informatieplicht in fiscale zaken', in: Naar eer en geweten, Liber amicorum J. Remmelink, Arnhem: Gouda Quint bv 1987
J. Naeyé, *Het politieel vooronderzoek in strafzaken, oratie VU*, Arnhem: Gouda Quint 1995
P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1990
I.P. Palm-Steyerberg, 'Handhaving door de AFM: de toezichthouder op bezoek. Voorkomen is beter dan genezen', in: J. de Bruin e.a. (red.), *Jaarboek Compliance 2009*, Nieuwerkerk aan den IJssel/Waddingxveen: Gelling Publishing 2008
I. Peçi, *Sounds of Silence* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006
I. Peçi en E. Sikkema, De rechtsbeschermende functie van het opsporingsbegrip, in: A.A. Franken, M. de Langen en M. Moerings (red.), *Constante waarden; liber amicorum Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008
E.B. Pechler, 'Chambaz en het verbod op gedwongen zelfincriminatie', *NTFR* 2012/1608
S.M. Peek en J.H. Tonino, Het zwijgrecht bij ondervraging van de onderneming, *V&O* 2010
T. Prakken 2002, 'Het zwijgrecht van de onwetende verdachte. Reactie', *NJB* 2002,
P.J. Roles, *The Privilege Against Self-Incrimination: Nemo Tenetur Prodere Seipsum: Misinterpreted and Misapplied*, Saarbrücken: Lap Lambert Academic Publishing 2010
H.M.J. Quaedvlieg, *Ondernemende autoriteiten?* (diss. Maastricht.), Deventer: Kluwer 2001
Rapport van de Adviescommissie Herziening fiscaal boetestelsel (commissie-Van Slooten), 18 maart 1992
Rapport van de werkgroep 'Handhaving door bestuurlijke boeten', *Met straffe(nde) hand*, Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, mei 1995
J.M. Reijntjes, 'Opsporing en vervolging van steunfraude', *NJB* 1983

J.M. Reijntjes, ‘Derdenwerking van een vervalst geschrift’, in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten*. Liber amicorum J. Remmelink, Arnhem: Gouda Quint 1987
J.M. Reijntjes, *Boef of burger? Over de relatie tussen toezicht en opsporing*, Arnhem: Gouda Quint 1989
J.M. Reijntjes, ‘Rondom DNA, over opsporing en bewijsvoering’, *RM Themis* 1991
J.M. Reijntjes, ‘Nemo tenetur: een holle leus?’, in: J.M. Reijntjes (red.) Nemo tenetur, Arnhem: Gouda Quint 1996
J.M. Reijntjes, ‘Het begrip opsporing’, *DD* 1997
J. Remmelink, *Hoofdwegen door het verkeersrecht* (serie studiepockets, deel 4), Zwolle: Tjeenk Willink 1988
A. Ristroph,’Respect and Resistance in Punishment Theory’, 97 *Cal. L. Rev.* 601 (2009
L.J.J. Rogier en J.W. van der Hulst, De Wet Mulder, *artikelsgewijs commentaar op de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2004
L.J.J. Rogier, ‘Toezicht op de naleving in de A]gemene wet bestuursrecht’, in: L.J.J. Rogier en H. de Doelder (red.), Toezicht. Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht, Deventer: Boom Juridische uitgevers 2006
J.F.L. Roording, *Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid* (diss. KUN), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994
G.P. Roth, *Onderzoeken naar marktmisbruik door de AFM*, in: Bouwen en bezinning: Regels van wenselijk en onwenselijk financieel recht, Lustrumbundel 2007 Vereniging voor Effectenrecht, Deventer: Kluwer 2007
G.P. Roth en M. van Eersel, ‘AFM-toezicht: Perikelen rond toezicht door de AFM in de praktijk, Gedragstoezichthouder AFM: herder of grensrechter?’, *TPV* september 2008 afl. 5,
G.P. Roth, ‘De toezichtsbevoegdheden van de AFM en DNB’, Op zoek naar de grenzen van het schier teugelloze, *Ondernemingsrecht* 2009-12
G.P. Roth, ‘Onderzoeksbevoegdheden van DNB en AFM niet onbegrensd’, *Pensioenmagazine* januari 2012
H.J.B. Sackers, ‘De Algemene wet bestuursrecht in straf- (proces)rechtelijk perspectief’, *DD* 1994
T.M. Schalken en K. Rozemond, ‘Straatsburgse duidelijkheid over nemo tenetur’, *NJB* 1997
M. Schuilenburg, ‘Slimme Rechtshandhaving’, *De Helling*, nr.1, 2004
Y. Schuurmans, ‘Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het bestuursrecht’, *Ars Aequi* 2017
N.J. Schutte, ‘Funke en verder, de toekomst van art. 47 AWR’, *WFR* 1994
D. Simons, *De verdediging in het strafproces*, oratie Utrecht, Haarlem: De Erven F. Bohn 1897
J.M. Sjöcrona en D.V.A. Brouwer, *‘Opsporing door toezicht’, Advocatenblad* 19 juni 2001
H.M.H. Speyart, ‘A Tale of Three Cities: Grondrechtelijke aandachtspunten bij de toepassing van het Mededingingsrecht’, *NTER* 2010-10
T. Spronken, ‘Afschaffing van de cautie: strafprocessuele struisvogelpolitiek. Reactie’, *NJB* 2002
L. Stevens, *Het nemo tenetur-beginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005
L. Stevens, ‘Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest,’ *DD* 2007, 54
L. Che, The causes of the English Revolution 1529-1642, Londen: Routledge & Kegan Paul 1972
R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht, Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2011
R. Stijnen, ‘Saunders en J.B. rivisited. Wat te doen met onder druk verkregen wilsafhankelijk bewijsmateriaal?’, *Tijdschrift voor sanctierecht & compliance*, nr. 4 september 2014
R. Stijnen, ‘Het nationale recht en de toegang tot de nationale rechter’, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, B.J. van Ettekoven, V. Mul, R. Stijnen en M.F.J.M. de Werd, *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen*, Deventer: Kluwer 2014
A.H.J. Swart, ‘De zaak Öztürk en het eerlijke proces in strafzaken’, *AA* 1985
B.M. Taverne, ‘Moet met het “fair play” van artikel 29 Sv. Gebroken worden? Opvoedende waarde van het beginsel’, *NJB* 1937
B.M. Taverne, ‘Artikel 29 W.v.Sv. In de Tweede Kamer. Enkele kantteekeningen. Sportiviteit en fair play. Strafvordering en politiek’, *NJB* 1937

L. Timmerman, 'De AFM in de Nederlandse rechtstaat', *Ondernemingsrecht* 2005
R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984
G. van Tussenbroek, *Amsterdam in 1597: Kroniek van een cruciaal jaar*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij L.J. Veen 2009
W.E.C.A. Valkenburg, 'De zaak Saunders en de consequenties voor fiscale 'strafachtige' onderzoeken', *WFR* 1997
W.E.C.A. Valkenburg, *Inleiding fiscaal strafrecht*, Deventer: Kluwer 2007
P.J.J. van Buuren, 'Toezicht en opsporing', in: J.P. Balkema en C.JC.F. Fijnaut (red.): *'De politiële handhaving van strafwetgeving'*, Lochem: Van den Brink 1986
P.J.J. van Buuren, 'Toezicht en opsporing', *NJB* 1995
P.J.J. van Buuren, 'De praktijk redt zich wel', *NJB* 1995
P.J.J. Van Buuren, 'Bestuursdwang, dwangsom en toezicht onder de Algemene wet bestuursrecht', *NJB* 1998
S. Van Daele en T. Van der Beken, 'Afvalcriminaliteit en kwetsbaarheden van de afvalsector', in: G. Van de Walle & P. Van Calster (red.), *De criminologische kant van het ondernemen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009
J.J.M. van Dijk, H.I. Sagel-Grande, L.G. Toornvliet (red.), *Actuele Criminologie*, Lelystad: Koninklijke 1998
A.C. van 't Hek, 'De Cautie; De absolute afbakening van de overgang van controle naar opsporing', 9 februari 2007, NR. 6 *NJB*
D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel: rechtspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens en de Hoge Raad vergeleken', *TBS&H* april 2016, nr.1
F.P.E. Wiemans, *Onderzoek van gegevens in geautomatiseerde werken* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004
J.H. Wigmore, 'The privilege against self-incrimination; it's history', *15 Harv. L. Rev. 610* 1901-1902,
J. Wöretshofer, *De meldingsprocedure levensbeëindiging: ongeoorloofd?*, in: J.M. Reijntjes (red.), Nemo tenetur, Arnhem: Gouda Quint 1996,
J.M. Reijntjes *Nemo tenetur: een holle leus?*, in: J.M. Reijntjes (red.) Nemo tenetur, Arnhem: Gouda Quint 1996
P.M. van Russen Groen, *Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht* (diss. Deel III - EUR), Deventer: Gouda Quint 1998.
P.M. van Russen Groen en T.B. Trotman, 'Een Zwitserse skileraar en het nemo-tenetur beginsel: een stand van zaken', in: *Iets bijzonders - Liber amicorum aangeboden aan Mischa Wladimiroff t.g.v. zijn 30-jarig jubileum als advocaat*, Den Haag: SDU Uitgeverij 2002
A. van Ruth en L. Günther Moor, Lekken of verstrekken. De informele informatie-uitwisseling tussen opsporingsinstanties en derden, Upbergen: Tandem Felix 1997
A.L.J. van Strien, *De rechtspersoon in het strafproces* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 1996
R. Usher, The Rise and Fall of the High Commission, Oxford : Clarendon Press 1913
Th.W. van Veen, 'Van plicht tot spreken en recht tot zwijgen: art. 29 Sv bevat een uitzondering', *DD* 1979
VAR-werkgroep Vierde tranche Awb, *De Vierde tranche Awb, Commentaar en vraagpunten*, VAR-reeks, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000
VAR- werkgroep Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid: Van toetsing naar geschillenbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
F. Vellinga-Schootstra, 'Stop, in naam der wet', *DD* 12 (1982), afl. 10
F. Vellinga-Schootstra, *Inbeslagneming en huiszoeking* (diss. Groningen), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1982
M. Velthuis, 'Wanneer kwalificeren documenten als wilsafhankelijk materiaal?', *Tijdschrift onderneming strafrecht in praktijk*, 2/2013
R.M. Vennix, *Boef en beslag. De strafvorderlijke inbeslagneming van voorwerpen* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998
J.M. Verheul, *Fraude en misbruik in de sociale zekerheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989
L.F.M. Verhey, N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief', Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging, in: A.A. Rossum, L.F.M. Verhey, N.

Verheij (red.), *Toezicht*, Volume 135 van Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging, Deventer: Kluwer, 2005
J.A.E. Vervaele en R.J.G.M. Widdershoven, *Bestuurlijke handhaving van visserijregelgeving. Een studie naar de relatie tussen EEG-recht en nationale handhaving*, NISER, Utrecht 1991.
P.J Wattél, *Fiscaal straf- en strafprocesrecht,* Deventer: FED 1985
P.J. Wattel, 'Is een schriftelijk verhoor geen verhoor?', *NJB* 1986
P.J. Wattel, 'De fiscale boete in rechtspolitiek en grondrechtelijk perspectief in': A.J. van Lint, R.M.P.G. Niessen en J.J.M.G. Smeets (red.), *Fiscale boetes*, Arnhem 1995
P.J. Wattel, *Fiscaal straf- en procesrecht,* FED (fiscale studieserie nr. 25), Deventer: Fed 1985, (tweede herziene druk 1989)
P.J. Wattel, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het belastingprocesrecht', in: H.J.R. Kaptein (red.), *Onrechtmatig verkregen bewijs,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000
F. H. Went, 'Bewijs in het licht van nemo tenetur', 2007, ((www.floriaanwent.com)
R.J.G.M. Widdershoven, 'NTB-kroniek Bestuursprocesrecht', *NTB* 1997
J. H. Wigmore, *The Privilege Against Self-Incrimination; Its History*, 15 Harv. L.Rev. 610, 610, 1902.
L.C.A. Wijsman, 'Gedwongen afgifte van documenten en het verbod op gedwongen zelfincriminatie', *Tijdschrift voor Strafrecht & Compliance* 5/2013
L.C.A. Wijsman, *Nemo tenetur in belastingzaken* (*Fiscale Monografieen nr. 150*) *(diss. Rotterdam),* Deventer: Wolters Kluwer 2017
J.A. Winter, 'Zwijgrecht in het Europees kartelrecht', in: H.J.R. Kaptein (red.), *Onrechtmatig verkregen bewijs,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000
M.A. Wisselink, *Privacy en belastingbetaler. Aspecten van fiscale strafvordering en fiscale inlichtingenplicht* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 1982
M.A. Wisselink, 'Fiscale inlichtingenplicht en boekenonderzoek'. *MBB* 1984
J. Wöretshofer, 'De meldingsprocedure levensbeëindiging: ongeoorloofd?', in: J.M. Reijntjes (red.), Nemo tenetur, Arnhem: Gouda Quint 1996
J. Wortel, 'Fishy business? Geen vangstbeperkingen voor fiscale rechercheurs', *DD* 19 (1989), afl. 2
J. Wortel, *Vervolgen in belastingzaken* (diss. Nijmegen.), Deventer: Kluwer 1991
J. Wortel, 'Afrekenen! Een kwart eeuw fiscaal boeterecht', in: E. Hofstee, O.J.D.M.L. Jansen, A. Smit (red.), *Kringgedachten,* Deventer: Kluwer 2014
A. Zeeman & A.A. Feenstra, 'Spreken is zilver, zwijgen is goud: een inlichtingenverplichting zonder waarborg fout? De reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel en de (voorgenomen) faillissementswetgeving', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2/2014