

Artikel

Een probleem rondom het nemo tenetur-beginsel?

Mr. dr. J.S. (Joost) Nan*

1. Inleiding

116

Het recht van een verdachte om niet mee te hoeven werken aan zijn eigen veroordeling (het nemo tenetur-beginsel), is samen met het zwijgrecht een hoeksteen van ons strafprocesrecht. Als grondslagen ervan worden doorgaans onderkend: de procesautonomie van de verdachte om zijn eigen positie te bepalen, het voorkomen van gerechtelijke dwalingen doordat onbetrouwbaar bewijs wordt verkregen (zeker door de pijnbank van vroeger), de menselijke waardigheid en het verbod van ongeoorloofde dwang.¹ Voor het positieve recht is het echter nog steeds geen uitgemaakte zaak wat de inhoud van het beginsel precies is.² In deze bijdrage is het mij

– gelukkig – niet gegeven alle rechtspraak daarover van alle instanties nog eens uitgebreid op een rij te zetten.³ Mijn strategie is een meer praktische. Ik zal aan de hand van de meest recente uitspraak van het EHRM, *Ibrahim e.a.* uit 2016,⁴ de Nederlandse situatie bespreken (zoveel mogelijk aan de hand van recente jurisprudentie) om te bezien of er een probleem zou kunnen ontstaan ‘met zij van Straatsburg’. Daartoe behandel ik eerst de algemene overwegingen van het EHRM (par. 2) en die van de Hoge Raad (par. 3). Na een korte tussentijdse vergelijking (par. 4), bespreek ik de drie door het EHRM geëxpliciteerde problematische gevallen, die steeds vergeleken worden met de nationale invulling (par. 5, 6 en 7). Daarna komt een vierde categorie gevallen aan de orde, die niet met zoveel woorden in *Ibrahim* wordt benoemd, maar wel tot de meeste onduidelijkheid heeft geleid. Het gaat om de bredere opvatting van het EHRM over de werking van het nemo tenetur-beginsel naast het zwijgrecht, sinds de zaak *Funke* (par. 8). Op zich is dat allemaal gesneden koek voor degenen die zich met het nemo tenetur-beginsel bezighouden. Om de discussie van een nieuw gezichtspunt te voorzien zal ik daarom de invulling van het nemo tenetur-beginsel in het EU-recht en de uitleg die de Europese Uniewetgever daarbij aan de rechtspraak van het EHRM heeft gegeven behandelen (par. 9). Dit stelt mij in staat om uiteindelijk te concluderen of – en zo ja, welke – categorie(ën) van gevallen een potentieel struikelpunt ten aanzien van dit beginsel kunnen vormen (par. 10).

* Joost Nan is universitair hoofddocent straf(proces)recht bij EUR en (casuïstie)advocaat bij Wladimiroff Advocaten. Dank gaat uit naar student-assistente (mr.) Sophie Kalkman voor haar hulp in dezen.

1. 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, p. 369-442. Zie voor achtergronden ook A. Zeeman, *Dulden of meewerken? Een onderzoek naar de toepassing van het nemo tenetur-beginsel bij de sfeerovergang van controle naar opsporing*, (diss. Rotterdam), Oud-Turnhout: Gompel & Svacina 2019, p. 241-294; L.C.A. Wijsman, *Nemo tenetur in belastingzaken*, (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 77-92; R.H. Helmholz, ‘Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European *Ius Commune*’, *NYU Law Review*, 1999/962, 65, p. 962-990; M. Redmayne, ‘Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination’, *Oxf. J. Leg. Stud.* 2007/2, 27, p. 209-232.
2. In die zin is er sinds de opmerking van L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2005, p. 2 niet veel veranderd: ‘Het belang van nemo tenetur ten spijt, zijn inhoud, reikwijdte en ratio van het beginsel bepaald onduidelijk.’

3. Zie naast de proefschriften vermeld in noot 1 ook overzichtelijk D.A.G. van Toor, ‘Het nemo-teneturbeginsel. Rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad vergeleken’, *TBS&H* 2016, 1, p. 28-43.

4. EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, NJ 2017/452 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

2. Het nemo tenetur-beginsel in het algemeen volgens het EHRM

Zoals gezegd is mijn insteek het nemo tenetur-beginsel te bespreken vanuit het geldende recht. Daarom begin ik met de laatste uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM, *Ibrahim e.a.* uit 2016.⁵ De voorvraag is vanaf welk moment het beginsel kan worden ingeroepen. Uit de tekst van artikel 6 (lid 1) EVRM volgt dat de daarin besloten strafvorderlijke rechten kunnen worden ingeroepen door iemand waartegen een *criminal charge* bestaat. In *Ibrahim* overweegt het EHRM, onder verwijzing naar al oude jurisprudentie, daarover dat het om een autonoom begrip gaat; deze bestaat vanaf het moment dat een individu officieel ervan op de hoogte wordt gebracht dat hij verdacht wordt van een strafbaar feit of als de autoriteiten handelingen hebben verricht waardoor diens situatie *substantially affected* is.⁶ Dit laatste maakt dat het beginsel dus ook kan worden ingeroepen vóórdat men officieel verdachte is, namelijk vanaf het moment dat die status boven de markt hangt c.q. redelijkerwijs te verwachten valt.⁷ Onder verwijzing naar onder andere *Saunders* overweegt het EHRM over het nemo tenetur-beginsel zelf allereerst maar weer eens (par. 266):

‘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 seek to prove their case without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (...). The right to remain silent under police questioning 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. 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.’

Men herkent hierin vooral de eerste twee in de inleiding vermelde grondslagen van het nemo tenetur-beginsel. Het EHRM geeft vervolgens aan dat het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel op zich niet beschermen tegen het afleggen van een belastende verklaring, maar tegen het door dwang of druk verkrijgen van bewijs.

5. Ik herhaal dat die uitspraak dus onvoldoende is voor een volledig begrip van de reikwijdte van het beginsel.
6. Par. 249: ‘The protections afforded by Article 6 §§ 1 and 3 apply to a person subject to a “criminal charge”, within the autonomous Convention meaning of that term. A “criminal charge” exists from the moment that an individual is officially notified by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence, or from the point at which his situation has been substantially affected by actions taken by the authorities as a result of a suspicion against him.’
7. Zie uitgebreider *Zeeman* 2019, par. 5.6, 5.9.6 en 5.9.7.

Daarom staan de gebruikte *aard en mate van dwang* om bewijs te verkrijgen centraal (par. 267). De bescherming strekt zich enerzijds ook uit tot verklaringen die niet direct belastend zijn, omdat ook andersoortige verklaringen uiteindelijk tegen de betrokkene kunnen worden gebruikt.⁸ Anderzijds is de werking van het beginsel niet absoluut. Niet elke dwang of druk is verboden, zolang de pressie maar niet de essentie van het recht ‘vernietigt’.⁹ Wat cruciaal is in dit verband, is het uiteindelijke gebruik van het bewijs dat onder dwang is verkregen (par. 269). Opgemerkt zij dat het ook gaat om het *potentiële* gebruik van het af te dwingen bewijs. Wie bijvoorbeeld weigert een verklaring af te leggen of documenten over te leggen en daarvoor kan worden bestraft, kan ook de bescherming van het beginsel inroepen.¹⁰ Is duidelijk dat het af te dwingen resultaat niet zal worden gebruikt, wordt het afgedwongen materiaal uiteindelijk niet gebruikt of ondervindt iemand van dat gebruik geen echt nadeel in de strafprocedure, dan is er in de ogen van het EHRM niets aan de hand.¹¹ Het EHRM heeft ook overwogen dat in geval van een *criminal charge* de verdachte recht heeft op notificatie van onder meer zijn recht om zichzelf niet te belasten. In één adem noemt het EHRM ook dat er in principe geen rechtvaardiging kan bestaan voor het nalaten de verdachte hierover te informeren.¹²

Uit *Ibrahim* volgt geen compleet of geordend beoordelingskader. In eerdere uitspraken heeft het EHRM de factoren wel op een rijtje gezet. Het heeft meermaals overwogen dat ‘in order to determine whether the essence of the applicants’ right to remain silent and privilege against self-incrimination was infringed, the Court will focus on the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence, the existence of any relevant safeguards in the procedure, and the use to which

8. Par. 268: ‘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 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.’ Zie in dat verband al EHRM 17 december 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders*), par. 71.
9. Dat is een vast uitgangspunt, zie EHRM 8 februari 1996, ECLI:NL:XX:1996:AC0232, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray*), par. 49, waarnaar het EHRM ook verwijst. De Hoge Raad heeft dat ook opgemerkt, zie bijvoorbeeld HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes; HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6144, en heel recent HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:515, *SR-Updates.nl* 2021-0116.
10. Zie bijvoorbeeld EHRM 25 februari 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1839, *NJ* 1993/485, m.nt. G. Knigge (*Funke*); EHRM 3 mei 2001, ECLI:NL:XX:2001:AL1323, *NJ* 2003/364 m.nt. T.M. Schalken (*J.B. t. Zwitserland*), par. 71; EHRM 4 oktober 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1004JUD000656303 (*Shannon*); EHRM 21 april 2009, ECLI:NL:XX:2009:BJ3599, *NJ* 2009/557, m.nt. T.M. Schalken (*Martinen*), par. 66. Vgl. Van Toor 2017, p. 412.
11. Vgl. EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, *NJ* 2010/628 (*Gäfgen*), par. 169-188; EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh v. Oostenrijk*).
12. EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, *NJ* 2017/452 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 272-273. Voor Nederland geldt natuurlijk dat dit, via de cautieverplichting, in diverse bepalingen terugkomt. Zie art. 29 Sv, art. 271 lid 1 en 273 lid 2 Sv, alsmede art. 5:10a Awb.

any material so obtained was put'.¹³ In principe heeft het EHRM eerder ook 'the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue' wel eens meegenomen als factor, maar dat belang kan niet rechtvaardigen dat het nemo tenetur-beginsel tenietgedaan wordt.¹⁴ Dat is vaste prik.¹⁵ Zo legde deze factor bij fraude en zelfs bij een verdenking van terrorisme eigenlijk geen gewicht in de schaal.¹⁶ In Ibrahim komen het bestaan van relevante procedurele waarborgen en het belang van de opsporing en bestraffing van het delict niet terug bij de overwegingen inzake het nemo tenetur-beginsel.¹⁷ Zij worden enkel genoemd in de niet-limitatieve lijst van niet minder dan tien (10!) factoren om te bezien of het latere gebruik van bewijs dat in het vooronderzoek in strijd met een van de deelrechten van artikel 6 EVRM is verkregen, tot een oneerlijk proces heeft geleid.¹⁸

Uit de rechtspraak van het EHRM kan, als we ook verder dan Ibrahim kijken, dus worden opgemaakt dat er per saldo drie factoren zijn om te bepalen of het nemo tenetur-beginsel is geschonden. Het gaat om 1) de aard

13. EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, NJ 2004/262 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*), par. 44; EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, NJ 2007/226, m.nt. T.M. Schalken (*Jalloh*), par. 101, EHRM 29 juni 2007, ECLI:NL:XX:2007:BB3173, NJ 2008/25, m.nt. E.A. Alkema (*O'Halloran & Francis*), par. 55 en EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov t. Rusland*), par. 92.
14. EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, NJ 2007/226, m.nt. T.M. Schalken (*Jalloh*), par. 117.
15. Zie onder meer EHRM 10 maart 2009, ECLI:NL:XX:2009:BJ2228 (*Bykov*), par. 93: 'Public-interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant's defence rights, including the privilege against self-incrimination guaranteed by Article 6 of the Convention.' Zie ook al EHRM 17 december 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862, BNB 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders*), par. 74.
16. EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney & McGuinness*), par. 57. Zie ook *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, augustus 2018, par. 186.
17. Van Toor beschouwt het bestaan van relevante waarborgen in de procedure als subcriterium van de aard en mate van dwang, zie Van Toor 2017, p. 397.
18. EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, NJ 2017/452 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), para. 274: '(a) Whether the applicant was particularly vulnerable, for example, by reason of his age or mental capacity. (b) The legal framework governing the pretrial proceedings and the admissibility of evidence at trial, and whether it was complied with; where an exclusionary rule applied, it is particularly unlikely that the proceedings as a whole would be considered unfair. (c) Whether the applicant had the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use. (d) The quality of the evidence and whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy, taking into account the degree and nature of any compulsion. (e) Where evidence was obtained unlawfully, the unlawfulness in question and, where it stems from a violation of another Convention Article, the nature of the violation found. (f) In the case of a statement, the nature of the statement and whether it was promptly retracted or modified. (g) The use to which the evidence was put, and in particular whether the evidence formed an integral or significant part of the probative evidence upon which the conviction was based, and the strength of the other evidence in the case. (h) Whether the assessment of guilt was performed by professional judges or lay jurors, and in the case of the latter the content of any jury directions. (i) *The weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue.* (j) *Other relevant procedural safeguards afforded by domestic law and practice*' (mijn cursivering, JSN).

en mate van de dwang om het bewijs te verkrijgen, 2) het bestaan van eventuele relevante procedurele waarborgen en 3) het uiteindelijke gebruik van het afgedwongen materiaal.¹⁹ Welke dwang ongeoorloofd is, is niet een wet van Meden en Perzen te vatten. Dat lijkt van het concrete geval af te hangen. Een vrijheidsbenemende straf is (vrijwel) altijd ontoelaatbaar, maar een bescheiden geldboete kan door het EHRM nog wel eens gebillijkt worden.²⁰ Waar het mijns inziens om draait, is dat weigeren om mee te werken nog een reële optie voor de betrokkene moet zijn. Bij een aanzienlijke boete of vrijheidsbeneming zal dat in beginsel niet langer het geval zijn.

Ook de belangrijke overweging in de zaak Saunders over een beperking van de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel wordt in Ibrahim niet behandeld. Ik vermeld het relevante deel hiervan omdat zal blijken dat dit in de Nederlandse opvatting een prominente rol speelt (par. 69):

'The right not to incriminate oneself (...) 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.'

In Ibrahim schetst het EHRM in het bijzonder drie soorten gevallen waarin sprake kan zijn van *improper compulsion* (par. 267):

1. 'where a suspect is obliged to testify under threat of sanctions and either testifies in consequence (...) or is sanctioned for refusing to testify';
2. 'where physical or psychological pressure, often in the form of treatment which breaches Article 3 of the Convention, is applied to obtain real evidence or statements';
3. 'where the authorities use subterfuge to elicit information that they were unable to obtain during questioning'.

Een punt van orde vooraf is dat de lijn die het EHRM uiteen heeft gezet in Funke, via J.B., tot Chambaz (waarin op straffe van (geldelijke) sancties documenten moesten worden overgelegd), mijns inziens maar moei-

19. Zie ook S.L.T.J. Ligthart, 'Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM. Doorwerking van het nemo tenetur-beginsel in enkele gedachte-experimenten volgens de benadering van het EHRM en van de Hoge Raad', *DD* 2019/16, 3, p. 224. Heel soms kan dan dus het maatschappelijke belang bij opsporing en bestraffing een rol spelen. Hierbij moet nog worden opgemerkt dat in het verkeerstrafrecht wel enige informatie van de betrokkene mag worden verlangd. Dit kan worden afgeleid uit de zaken EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh t. Oostenrijk*) en EHRM 29 juni 2007, ECLI:NL:XX:2007:BB3173, NJ 2008/25, m.nt. E.A. Alkema (*O'Halloran & Francis*).
20. Zie hierover onder meer Van Toor 2017, par. 7.2.2 en Ligthart 2019, p. 224.

lijk in een van deze categorieën is te plaatsen.²¹ De tweede categorie komt het meest in aanmerking, omdat deze ziet op de ruimere interpretatie van het EHRM van het nemo tenetur-beginsel. Het EHRM verwijst daarbij evenwel niet naar een van deze zaken, maar naar onder andere *Jalloh*. Daarover oordeelde het EHRM echter eerder al dat deze ‘was not treated as one falling within the “real” evidence exception in *Saunders*; on the contrary, the Court held that the case was to be treated as one of self-incrimination according to the broader meaning given to that term in *Funke* and *J.B. v. Switzerland* to encompass cases in which coercion to hand over incriminatory evidence was in issue’.²² Daarmee valt onder de tweede categorie op zich ook de lijn van *Funke*, *J.B.* en *Chambaz* te scharen. Nu het EHRM daarnaar echter niet verwijst en gelet ook op de (beperkte) formulering van het EHRM van die tweede categorie, is die categorie op zaken als die van *Funke* niet goed toepasbaar. Bij hen was immers geen sprake van fysieke of psychische druk. Daarom behandel ik die zaken voor de duidelijkheid apart als een vierde categorie.

Na de bespreking van de nationale invulling van het nemo tenetur-beginsel en een tussentijdse vergelijking tussen de algemene insteek van het EHRM en de nationale rechters in de volgende twee paragrafen, zal ik deze vier categorieën doorlichten. Om met name op die vierde categorie een ander licht te laten schijnen, betrek ik daarbij de relevante ontwikkelingen in het Europese Unierecht.

3. Het nemo tenetur-beginsel in het algemeen volgens de Hoge Raad (et al.)

De Nederlandse invulling van het nemo tenetur-beginsel laat zich op hoofdlijnen als volgt kenschetsen. De strafkamer van de Hoge Raad overweegt sinds jaar en dag dat het recht van de verdachte om niet aan zijn eigen veroordeling te behoeven meewerken, geen absoluut recht is. Uit met name de zaak *Saunders* leidt hij af dat geen probleem bestaat ten aanzien van ‘het gebruik voor bewijs in een strafzaak van onder dwang door de verdachte afgegeven materiaal, zoals documenten, hetwelk onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat’. De Hoge Raad legt de nadruk bij het nemo tenetur-beginsel vooral op de (schriftelijke) verklaringsvrijheid en het zwijgrecht (onder verwijzing naar art. 29 Sv). Het afdwingen van bewijs mag het nemo tenetur-beginsel,

21. EHRM 25 februari 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1839, *NJ* 1993/485, m.nt. G. Knigge (*Funke*); EHRM 3 mei 2001, ECLI:NL:XX:2001:AL1323, *NJ* 2003/364 m.nt. T.M. Schalken (*J.B. t. Zwitserland*); EHRM 5 april 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW5997, *NJB* 2012/1306 (*Chambaz t. Zwitserland*). Zie over die zaken nader par. 8.
22. EHRM 29 juni 2007, ECLI:NL:XX:2007:BB3173, *NJ* 2008/25, m.nt. E.A. Alkema (*O’Halloran & Francis*), par. 54, onder verwijzing naar EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken (*Jalloh*), par. 113-116.

alles overziende, uiteindelijk in zoverre niet van zijn betekenis ontdoen.²³ Die aanpak wordt ook buiten het strafrecht in brede zin aangehangen door onze andere hoogste rechters. Er is vergelijkbare rechtspraak van de civiele en de fiscale kamer van de Hoge Raad, van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en van het College van Beroep voor het bedrijfsleven.²⁴ In het bijzonder is nog overwogen dat de kwalificatie van wils(on)afhankelijkheid van het materiaal is verbonden aan de aard ervan, of het in fysieke zin ‘bestaat’ onafhankelijk van de wil van de betrokkene.²⁵ Het gaat daarbij volgens de civiele en de strafkamer van de Hoge Raad expliciet niet om de vraag of het materiaal zonder medewerking van de betrokkene kan worden verkregen. Die medewerking maakt bewijsmateriaal niet wilsafhankelijk.²⁶

4. Eerste vergelijking; means-based versus material-based

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt, zoals onder andere *Van Toor* niet nalaat te benadrukken, dat sprake is van een *means-based* invulling van het nemo tenetur-beginsel. Het gaat om de wijze van verkrijging van het bewijsmateriaal. Daarbij is het inderdaad zo dat de aard van het te verkrijgen bewijsmateriaal wel van invloed is op de vraag hoeveel dwang is toegelaten.²⁷ Ik zou menen dat bij het afnemen van bepaald lichaamsmateriaal meer (fysieke) dwang valt te billijken, terwijl druk uitoefenen op de verdachte tijdens een politieverhoor (aanzienlijk) sneller ontoelaatbaar is. Uit de rechtspraak van onze

23. HR 21 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0834, *NJ* 1998/173; HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes; HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reikntjes; en recent HR 15 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:849, SR-Updates.nl 2021-0174, m.nt. J.H.J. Verbaan.
24. Daarover met verdere verwijzingen HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6909, *NJ* 2013/265, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 4.3.5; RvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8718, *AB* 2010/332, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; CbB 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3, *JOR* 2018/98, m.nt. S.M.C. Nuijten; en CbB 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177, *JOR* 2019/195 m.nt. G.P. Roth. Zie ook uitgebreid *Zeeman* 2019.
25. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer. Zie ook: CbB 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3, *JOR* 2018/98, m.nt. S.M.C. Nuijten; CbB 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177, *JOR* 2019/195 m.nt. G.P. Roth.
26. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer; HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3354, *NJ* 2016/58, m.nt. J.M. Reijntjes.
27. *Van Toor* 2017, p. 398 en 403. Zie voorts *Van Toor* 2016, p. 28-43; E.M. van Gelder en D.A.G. van Toor, ‘Het nemo-teneturbeginsel en de verhouding met de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude. Een analyse naar de verhouding tussen het nemo-teneturbeginsel en nieuwe strafbaarstellingen van de meld- en inlichtingplicht uit de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude’, *TBS&H* 2016, 3, p. 161-168; E. Gritter, ‘Het decryptiebevel aan de verdachte in het economisch strafrecht’, *TBS&H* 2017, 4, p. 187-194; D.A.G. van Toor, ‘Het nemo-teneturbeginsel bij digitale opsporingsbevoegdheden: oproep tot discussie over fundamentele bezinning van de normering van het opsporingsonderzoek in een digitale context’, *TBS&H* 2021, 2, p. 89-100.

ationale hoogste rechters volgt dat zij een *material-based* benadering aanhouden, waarbij naar aanleiding van Saunders de aard van het materiaal doorslaggevend is. Opgemerkt wordt daarin vaak dat het EHRM van die uitspraak niet is teruggekomen. Het komt er dus op neer dat wat al (fysiek) bestaat onafhankelijk van de wil van de betrokkene, van hem mag worden afgedwongen en punitief tegen hem worden gebruikt. Het is vervolgens de vraag of – en zo ja, waar dan – deze twee wezenlijk verschillende manieren om invulling te geven aan het nemo tenetur-beginsel tot concrete problemen kunnen leiden. Om dat te bezien bespreek ik in de volgende paragrafen de vier in de rechtspraak van het EHRM te onderscheiden situaties waarin het nemo tenetur-beginsel in ieder geval speelt.

5. De verplichting te moeten verklaren

De eerste categorie gevallen beslaat die waarin een verdachte ‘is obliged to testify under threat of sanctions and either testifies in consequence (...) or is sanctioned for refusing to testify’. Het EHRM verwijst hier onder meer naar de zaak Saunders.²⁸ Saunders had als getuige verklaard in een fraudeonderzoek en zag die verklaring vervolgens in de strafprocedure tegen zich worden gebruikt. In dat verband is van belang dat het EHRM op zich geen probleem had met het feit dat Saunders in het onderzoek wel moest verklaren (anders dreigde een veroordeling wegens *contempt of court*). Het knelde toen die verklaring vervolgens in de daaropvolgende strafprocedure tegen hem werd gebruikt. Ook wordt door het EHRM gewezen op de zaak Heaney & McGuinness. Zij hadden in een strafrechtelijk onderzoek naar een terroristische bomaanslag juist niet verklaard en waren daarvoor bestraft.²⁹ Ook dat kon niet door de beugel, omdat voor hen niet duidelijk was of een eventuele verklaring vervolgens niet tegen hen gebruikt zou worden.

Ik denk niet dat dit soort gevallen een probleem oplevert voor de Nederlandse praktijk. Natuurlijk kent ons recht diverse verplichtingen om informatie aan de overheid te leveren, maar daarbij wordt de verklaringvrijheid gerespecteerd. Het opvolgende gebruik van een verklaring tegen de (dan) verdachte wordt stevast geblokkeerd door wet en rechtspraak. Specifiek verbiedt onze wet het gebruik van verklaringen waartoe iemand verplicht is deze af te leggen in artikel 69 Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid.³⁰ Hetzelfde geldt voor arti-

kel 30 Wet op de parlementaire enquête 2008.³¹ De wetgever is zich in zoverre zeker bewust van het nemo tenetur-beginsel.³² In de toekomst zal dit in bredere zin in de wet worden opgenomen door de modernisering van het Wetboek van Strafvordering. In de ambtelijke versie van juli 2020 staat in concept-artikel 4.3.11 lid 2 te lezen:

‘Het bewijs dat de verdachte het feit heeft begaan, kan niet steunen op mededelingen die de verdachte op grond van een wettelijke verplichting tot het verschaffen van informatie heeft gedaan, tenzij het recht op een eerlijk proces daardoor niet wordt geschonden.’

In de rechtspraak is bijvoorbeeld de inlichtingenplicht van artikel 47 Awr beperkt doordat de eventuele (schriftelijke) verklaring die de betrokkene moet geven in punitieve zin niet tegen hem kan worden gebruikt.³³ Ook ten aanzien van de inlichtingenplicht van artikel 5:16 Awb is dat het geval.³⁴ Voor deze eerste categorie kan ook gewezen worden op een uitspraak van juni dit jaar. Daarin bevestigde de Hoge Raad zijn vaste jurisprudentie dat een in de fase van toezicht afgelegde (schriftelijke) verklaring, waartoe de betrokkene gehouden was deze af te leggen, niet in de daaropvolgende strafrechtelijke fase kan worden gebruikt.³⁵ Het ging in casu om de verplichting uit hoofde van artikel 8 Verordening 273/2014 inzake drugsprecursoren. Marktdeelnemers, zoals de verdachte, zijn verplicht ‘voorzien’ te

120

28. EHRM 17 december 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris, (*Saunders*).

29. EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney & McGuinness*).

30. Lid 1 luidt: ‘Niet kunnen in een strafrechtelijke, tuchtrechtelijke of civielrechtelijke procedure als bewijs worden gebruikt, noch kan een disciplinaire maatregel, een bestuurlijke sanctie of een bestuurlijke maatregel worden gebaseerd op: a. verklaringen van personen, afgelegd in het kader van het onderzoek van de raad, tenzij degene die de verklaring heeft afgelegd daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven.’

Daarover T. Kooijmans, E. Tjong Tjin Tai en B. de Waard, ‘Bewijsrechtelijke grenzen voor rapporten van de Onderzoeksraad voor veiligheid’, *NJB* 2015/247, 5, p. 296-305.

31. ‘In een civielrechtelijke, strafrechtelijke, bestuursrechtelijke of tuchtrechtelijke procedure kunnen verklaringen en documenten die op vordering van de commissie zijn afgelegd onderscheidenlijk verstrekt, niet als bewijs worden gebruikt behoudens de uitzonderingen, bedoeld in artikel 32, eerste lid. Evenmin kan op zulke verklaringen en documenten een disciplinaire maatregel, een bestuurlijke sanctie of een bestuurlijke maatregel worden gebaseerd.’

32. Zie ook nog met betrekking tot de inlichtingenplicht in faillissementen (waaronder art. 194 Sr), *Kamerstukken II* 33994, nr. 3, par. 4.1. Daarin wordt onder verwijzing naar onder meer *NJ* 2014/70 overwogen: ‘Het is natuurlijk niet uitgesloten dat de inlichtingen die de failliet aan de curator verstrekt uiteindelijk leiden tot de conclusie dat mogelijk fraude is gepleegd en aangifte moet worden gedaan van een strafbaar feit. In zijn algemeenheid zullen deze verklaringen vervolgens, daar zij zijn verkregen onder dreiging van sanctie, niet mogen worden gebruikt in verband met een strafvervolgning.’ Gelet op met name de zaak EHRM 21 april 2009, ECLI:NL:XX:2009:BJ3599, *NJ* 2009/557, m.nt. T.M. Schalken (*Martinen*), is dat geen gek uitgangspunt. Zie over dit onderwerp onder meer Van Gelder & Van Toor 2016, p. 161-168 en S. Brinkhoff, ‘Afgedwongen informatie van de gefailleerde in strafzaken en de poortwachtersfunctie van de strafrechter’, *TBS&H* 2019, 4, p. 243-247.

33. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer (*X t. De Staat*); HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer.

34. CBB 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177, *AB* 2019/297, m.nt. R. Stijnen.

35. HR 15 juni 2021. ECLI:NL:HR:2021:849, SR-Updates.nl 2021-0174, m.nt. J.H.J. Verbaan. Verwezen werd door de Hoge Raad naar HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, *NJ* 2007/29 m.nt. J.M. Reijntjes en HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, *NJ* 2011/425 m.nt. J.M. Reijntjes.

melden bij het bevoegde gezag.³⁶ Dat had de verdachte nagelaten en hij was veroordeeld voor het overtreden van artikel 2 van de Wet voorkoming misbruik chemicaliën. Hij deed tot in hoogste nationale instantie tevergeefs een beroep op het nemo tenetur-beginsel: als hij die verplichting had nageleefd, had een verdenking van overtreding van de Opiumwet kunnen ontstaan. Het punt voor de verdachte was echter dat op het moment dat de verplichting tot het melden van een voorval aan de orde was, er nog geen (zweem van) verdenking jegens hem bestond. Dat er een verdenking zou kunnen ontstaan, ontsloeg hem niet van de meldingsverplichting, aldus de Hoge Raad. Hij overwoog daarbij dat de omstandigheid dat het naleven van de verplichting ertoe kan bijdragen dat jegens degene die de bevoegde autoriteiten van het voorval in kennis heeft gesteld een verdenking ontstaat, maar dat dit aan een vervolging en veroordeling ter zake van het niet naleven van deze verplichting niet in de weg behoeft te staan.

Als dat wel het geval zou zijn, zou dit tot gevolg hebben dat de betrokkene de controle – waaraan men zich vrijwillig heeft onderworpen – kan omzeilen doordat hij kan schermen met een potentiële overtreding van de (achterliggende) strafwet. Dat resultaat veroordeelt zichzelf, denk ik, nu van effectief toezicht aldus geen sprake meer kan en zal zijn. Deze verdachte had het voorval moeten melden en daarbij kunnen weten dat de door hem verstrekte informatie niet zou mogen worden gebruikt voor het bewijs van een door hem begaan strafbaar feit, ‘voor zover die informatie een door hem afgelegde, al dan niet in een document vervatte, verklaring betreft’. Hij kon dus voldoende uitsluiten dat zijn verklaring hem in een eventuele strafzaak zou achtervolgen.³⁷

6. Psychische of fysieke dwang

De tweede set probleemgevallen is die ‘where physical or psychological pressure, often in the form of treatment which breaches Article 3 of the Convention, is applied to obtain real evidence or statements’. Daarbij wordt onder andere gewezen op de zaak van Jalloh, die – ondanks verzet – met een schending van artikel 3 EVRM en van de nationale (medische) regels werd gedwongen om ingeslikte bolletjes drugs weer op te rispen en wiens wil aldus was gebroken.³⁸ In Nederland speelde heel recent de kwestie van de gedwongen ont-

grendeling van een smartphone.³⁹ Hierover was veel te doen.⁴⁰ In die zaak ging het om een aangehouden verdachte, die geboeid werd zodat via zijn duimafdruk diens iPhone toegankelijk werd gemaakt voor onderzoek door de opsporing. De Hoge Raad overweegt in dit verband eerst nog maar eens dat ‘in het Nederlandse recht niet een onvoorwaardelijk recht of beginsel is verankerd dat een verdachte op geen enkele wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal’. Met betrekking tot het nemo-tenetur-beginsel is volgens hem beslissend ‘of het gebruik tot het bewijs van het onder dwang van de verdachte verkregen materiaal in een strafzaak zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen’. Dan volgt een lang citaat uit de zaak Jalloh. Annotator Reijntjes is terecht niet te spreken over deze opzet. Het is wat dat betreft een beetje een lui arrest, omdat de Hoge Raad geen echt strak omschreven kader schept.⁴¹ Het handelen van de opsporingsambtenaren kon in dit geval door de beugel volgens de Hoge Raad, vooral omdat ter bewijsverkrijging slechts een zeer geringe mate van fysieke dwang was toegepast. Met deze uitspraak kan worden ingestemd omdat de aard en mate van dwang beperkt was en dus geen exces opleverde, zoals wel het geval was bij Jalloh (en Gäfgen). Van belang is ook dat de Hoge Raad oordeelt dat het handelen kon worden gebaseerd op de geldende regelgeving (zie daarover het eerste cassatiemiddel)⁴² en die keurig is nageleefd, zodat er procedurele waarborgen bestonden (waarbij de feitenrechter oog had voor de proportionaliteit en subsidiariteit van het handelen). Tot slot is het aldus verkregen bewijs weliswaar tegen de verdachte gebruikt, maar voor het feit waarvan hij werd verdacht, was dit niet het enige bewijs en hij heeft de wijze van verkrijging en de resultaten ook nog kunnen aanvechten.⁴³ Per saldo kan worden gezegd dat de wil van de verdachte, alles overziend, inderdaad niet is gebroken. Het wordt natuurlijk een heel ander verhaal als de verdachte met grof geweld wordt gedwongen zich aan de ontgrendeling, of een gelijksoortige opsporingshandeling, te onderwerpen. Deze gang van zaken kan worden afgezet tegen die in de zaak van Anne Faber.⁴⁴

36. Art. 8 lid 1 luidt: ‘De marktdeelnemers stellen de bevoegde instanties onverwijld in kennis van elk voorval, zoals ongewone orders voor of transacties met geregistreerde stoffen, dat erop kan wijzen dat deze in de handel te brengen stoffen wellicht worden misbruikt om verdovende middelen of psychotrope stoffen op illegale wijze te vervaardigen.’
37. Anders dan bijvoorbeeld in de zaken EHRM 21 april 2009, ECLI:NL:XX:2009:BJ3599, *NJ* 2009/557, m.nt. T.M. Schalken (*Martinen*) en EHRM 5 april 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW5997, *NJB* 2012/1306 (*Chambaz/Zwitserland*), waarnaar de Hoge Raad niet voor niets verwijst.
38. EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken (*Jalloh*). Ook werd onder meer verwezen naar de zaak EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, *NJ* 2010/628 (*Gäfgen*). Zie voor een recent geval EHRM 26 januari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0126JUD007331317 (*Zlicic*).

39. HR 9 februari 2021, 2021:202, SR-Updates.nl 2021-0038, m.nt. van P.C. Verloop, *NJ* 2021/120, m.n.t. J.M. Reijntjes, na een vordering tot cassatie in het belang der wet van advocaat-generaal F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:927, bij HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, SR-Updates.nl 2021-0038, m.nt. P.C. Verloop.
40. A. Bood, ‘Geef ze een vinger... Gedwongen ontgrendeling van een smartphone en het nemo tenetur-beginsel’, *NJB* 2018/1880, 36, p. 2744-2748, M. Egberts en W. Ferdinandusse, ‘Reactie op Alex Bood’, *NJB* 2019/316, 6, p. 404, D.A.G. van Toor, ‘Het gedwongen ontgrendelen van een smartphone in het licht van het nemo-tenetur-beginsel. Reactie op Boods “Geef ze een vinger ...”’, *NJB* 2019/317, 6, p. 405-407 (hierna Van Toor 2019a) en A. Bood, ‘Naschrift’, *NJB* 2019/318, 6, p. 408-409.
41. Al komen de algemene factoren wel in r.o. 7.3 terug.
42. Kritisch daarover zijn annotatoren D.A.G. van Toor en T. Beekhuis bij HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, *Computerrecht* 2021/63.
43. Zie de oorspronkelijke uitspraak, Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, SR-Updates.nl 2019-0097, m.nt. J.S. Nan.
44. HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1092, SR-Updates.nl 2020-0221, m.nt. J.H.J. Verbaan.

Om de verblijfplaats van het slachtoffer te verkrijgen werd de verdachte zeer hardhandig aangehouden, werd gedreigd een diensthond in te zetten, werd een pijnprikkel toegepast en werd de cautie niet gegeven.⁴⁵ Had de verdachte toen verklaard (hij deed dat namelijk niet), dan had die verklaring, indachtig deze categorie, van verder gebruik moeten worden uitgesloten, zo is mijn stellige overtuiging.

Interessant is op deze plaats zeker nog het nieuwe, prikkelende betoog van Van Toor naar aanleiding van de gedwongen ontgrendeling om de focus niet zozeer te leggen op de aard en mate van de dwang, maar meer op de (omvang van de persoonlijke) informatie die door de dwang wordt verkregen.⁴⁶ Als toegang tot gegevensdragers of geautomatiseerde werken wordt afgedwongen, komen grote hoeveelheden gegevens in handen van de overheid. Het nemo tenetur-beginsel zou volgens hem ook (moeten) beschermen tegen de (ongerichte) ‘datahonger’ van de almachtige overheid, omdat met *lichte of geringe* dwang, vervolgens *heel veel* informatie kan worden verkregen. Dat moet bij het nemo tenetur-beginsel al worden meegenomen. Hij onderkent daardoor dat aldus vermenging ontstaat van artikel 6 EVRM met artikel 8 EVRM. Het aspect van Van Toor komt in het huidige beoordelingskader indirect aan bod bij de factor procedurele waarborgen (zie immers par. 2). In het Smartphone-arrest is wat dat betreft aan de hand van de omvang van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer een kader geschapen om te bepalen wie wanneer onderzoek mag verrichten aan de beschikbare gegevens.⁴⁷ Langs die weg kan door de verdachte nu al worden betoogd dat hij ten onrechte is gedwongen dergelijke informatie beschikbaar te stellen, bijvoorbeeld omdat de proportionaliteit zich daartegen verzette. Daarbij is het echter wel de vraag in hoeverre dat de betrokkene uiteindelijk bescherming biedt. Dat valt, gelet op de zeer terughoudende opstelling van de Hoge Raad, natuurlijk te betwijfelen. In het betoog van Van Toor is er meer rechtsbescherming voor de betrokkene (veelal ten koste van de opsporing, merk ik wel op) als de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in dit dossier sterker binnen het bereik van het recht op een eerlijk proces wordt getrokken.⁴⁸ Zelf zou ik artikel 6 EVRM in het algemeen toch zoveel als mogelijk willen zien als een procesbeginsel en, zoals bij het nemo tenetur-beginsel (en bijvoorbeeld de onschuldpresumptie), in het bijzonder als bewijsbeginsel. Ik zou bij het nemo tenetur-beginsel de wijze van de onvrijwillige verkrijging dus willen aanhouden als ankerpunt. Mijns inziens behoort het punt van de hoeveelheid van de te verkrijgen persoonlijke informatie daarom (systematisch) vooral thuis in de discussie over de bescherming van de persoonlijke

levenssfeer via de desbetreffende grond- en mensenrechten.

7. ‘Tom Poes, verzin een list’

De derde soort situatie is die ‘where the authorities use subterfuge to elicit information that they were unable to obtain during questioning’. Hier wijst het EHRM op de zaak Allan.⁴⁹ Daarin was de ‘list’ dat een politieagent op cel was geplaatst bij Allan, die werd verdacht van een overval met dodelijke afloop. Allan zou aan de politieagent het strafbare feit hebben bekend. De undercoveragent werd getraind en kreeg de instructie om Allan flink onder druk te zetten (‘push him for what you can’). De reguliere (en lange) verhoren hadden tot doel Allan van zijn stuk te brengen, maar daarin bleef Allan stil op advies van zijn raadsman. Wel zou hij tegenover de undercoveragent, die maar bleef terugkomen op de zaak, hebben bekend. Volgens het EHRM kwamen die discussies neer op het equivalent van een politieverhoor, maar dan zonder de waarborgen die daarbij horen (zoals recht op rechtsbijstand en de cautie). Allan had niet vrijwillig een verklaring afgelegd en de verklaring was dus verkregen in strijd met zijn wil.⁵⁰

Ook in ons land worden dit soort trucs wel bedacht en uitgevoerd. Recent kwam deze kwestie aan de orde met betrekking tot een vrouw die werd verdacht van brandstichting met dodelijke afloop.⁵¹ Door een undercoveragent werd tijdens het ‘luchten’ tussen politieverhoren door, een verklaring aan de verdachte ontfutseld, terwijl zij bij de reguliere verhoren herhaaldelijk een beroep had gedaan op haar zwijgrecht. Het oordeel van het hof dat aldus geen ongeoorloofde inbreuk op haar verklaringsvrijheid was gemaakt, werd door de Hoge Raad in deze omstandigheden niet geaccordeerd. De waarborgen die in verband met haar kwetsbaarheid bij het politieverhoor waren getroffen, ontbraken. Die ontbrekende waarborgen waren de aanwezigheid van een advocaat, audiovisuele registratie en het volgen van het verhoor door een recherchepsycholoog.

Met betrekking tot deze categorie deed vooral de zogeheten Mr. Big-methode veel stof opwaaien. Met die van oorsprong Canadese methode wordt, kort gezegd, door opsporingsambtenaren een fictieve misdaadorganisatie opgetuigd om de verdachte aan de leider daarvan het strafbare feit te laten opbiechten, alvorens de verdachte kan toetreden tot de criminele organisatie.⁵² Het is een

45. Het is een situatie die gelijkenis vertoont met EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, NJ 2010/628 (*Gäfen*).

46. Van Toor 2021, p. 89-100.

47. HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, NJ 2017/229, m.nt. T. Kooijmans.

48. Een onjuiste afweging zou dan eerder tot bewijsuitsluiting kunnen leiden, vgl. HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169, m.nt. N. Jörg, r.o. 2.4.1-2.4.5.

49. EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, NJ 2004/262 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*).

50. Anders dan in onder meer EHRM 12 mei 2000, ECLI:NL:XX:2000:AE1368, NJ 2002/180, m.nt. T.M. Schalken (*Khan*) en EHRM 10 maart 2009, ECLI:NL:XX:2009:BJ2228 (*Bykov*).

51. HR 22 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:947.

52. J.H. Crijns en M.J. Dubelaar, ‘Mr. Big maatje te groot voor Nederland? Over de toelaatbaarheid en de normering van undercoveroperaties’, AA 2020, 9, p. 748-764; D.A.G. van Toor, ‘De Mr. Big-methode en het bewijsminimum van art. 341 lid 4 Sv’, *Strafblad* 2019/48, 5, p. 42-49 (hierna Van Toor 2019b); E.W. Kruisbergen, ‘De inzet van Mr. Big en andere undercovertechnieken’, *Strafblad* 2018/37, 4, p. 40-49; P.J. van Koppen en R. Horselenberg, ‘Van toneelspelende politiemensen en

behoorlijk uitgebreid opgezette productie om informatie van de verdachte los te krijgen die deze kennelijk tijdens reguliere verhoren niet wil prijsgeven. In twee zaken heeft de Hoge Raad een dergelijke opsporingsmethode in de sleutel van de verklaringsvrijheid gezet en daarbij aansluiting gezocht bij de zaak Allan.⁵³ Hij keurt deze methode niet in algemene zin af, maar overweegt dat bij de uitvoering van een dergelijke ‘operatie’ wel het gevaar bestaat ‘dat de verdachte feitelijk in een verhoorsituatie terecht komt waarbij de waarborgen van een formeel verhoor door een politiefunctionaris ontbreken en verklaringen worden verkregen die in strijd met de verklaringsvrijheid van de verdachte zijn afgelegd’. Om de feitenrechter in staat te stellen te beoordelen of de verklaringsvrijheid niet is geschonden, is een voldoende nauwkeurige verslaglegging van de methode aangewezen. Is een verklaring niet in vrijheid door de verdachte afgelegd, dan behoort die verklaring in de regel van het bewijs te worden uitgesloten, zegt de Hoge Raad. Is de verklaring in zoverre wel toelaatbaar, dan moet de feitenrechter voorts nog expliciet aandacht besteden aan de betrouwbaarheid daarvan. De ratio van het nemo tenetur-beginsel (proceshouding en betrouwbaar bewijs) klinkt hier duidelijk in door. In beide zaken meende de Hoge Raad uiteindelijk dat het oordeel van het hof dat verdachtes verklaringsvrijheid niet in het gedrang was gekomen, niet begrijpelijk was. Voor de verdachte gold steeds dat deze ‘feitelijk in een verhoorsituatie is komen te verkeren waarbij de opsporingsambtenaren bemoeienis hebben gehad met de inhoud van wezenlijke onderdelen van de door de verdachte afgelegde verklaring’. In de ene zaak bleven de opsporingsambtenaren er maar op hameren dat de verdachte de moord moest bekennen om toe te kunnen treden tot de organisatie en had het hof de verslaglegging moeten beoordelen.⁵⁴ In de andere zaak had het hof meer oog moeten hebben voor de druk waaronder de verdachte zei te komen verkeren (omdat hij dacht te maken te hebben met een ‘professionele, gewelddadige criminele organisatie’).⁵⁵

In de literatuur wordt deze manier van opsporen behoorlijk bekritiseerd en wordt onder andere betoogd dat meer sturing van de wetgever nodig is.⁵⁶ Aan een methode als die van Mr. Big zitten inderdaad haken en ogen. Het gevaar is dat er uiteindelijk een immense druk op de verdachte wordt gelegd buiten de reguliere verhoren om en dat het zicht hierop wegens de grootschalig-

heid en langdurigheid kan vertroebelen. Dit laatste kan gelden voor zowel de officier van justitie als de rechter. De vraag is of een gedegen verslaglegging uiteindelijk de rechter voldoende in staat stelt dit na te gaan. Het lijkt er vooralsnog op dat feitenrechters de arresten van de Hoge Raad ter harte hebben genomen en dit opsporingsmiddel kritisch(er) tegemoet treden.⁵⁷

8. De lijn sinds Funke

In Ibrahim wordt, zo bleek aan het einde van paragraaf 2, een aantal belangrijke zaken niet expliciet genoemd (Funke, J.B. en Chambaz). Zij maken – naast Jalloh – deel uit van de ruimere uitleg van het nemo tenetur-beginsel, naast het zwijgrecht. Het had wat mij betreft geen kwaad gekund als het EHRM die zaken duidelijker had meegenomen door de tweede categorie anders te omschrijven of een extra categorie te benoemen én daarover meer te overwegen (ook al ging het in de concrete zaken van Ibrahim niet daarover). Want juist door die jurisprudentie bestaat er in binnen- en buitenland zoveel twijfel over het bereik van het nemo tenetur-beginsel.⁵⁸ Als het beginsel enkel zou zien op de vrijheid van de verdachte om wel of niet te verklaren, zou er geen meerwaarde zijn ten opzichte van het alom erkende zwijgrecht. Het recht van iedereen om zichzelf niet te hoeven belasten omvat, indachtig de in paragraaf 1 gegeven grondslagen, in de bredere opvatting volgens vaste rechtspraak van het EHRM dan ook ‘cases in which coercion to hand over incriminatory evidence was in issue’. De door mij als vierde te onderscheiden categorie van expliciete gevallen waarin het nemo tenetur-beginsel in het geding is, is dus die waarin buiten het zwijgrecht iemand tegen zijn wil in wordt gedwongen om belastend bewijs c.q. informatie aan de overheid te geven, dat c.q. die niet valt onder het (lichaams)materiaal dat in – en sinds – Saunders wordt vermeld (en niet op een wijze wordt afgedwongen als bedoeld in onder andere Jalloh).

In de zaken Funke, J.B. en Chambaz ging het om douane- of belastingonderzoeken waarbij documenten (zoals bankafschriften) van de betrokkenen werden gevorderd op straffe van boetes (die in alle drie de zaken ook daad-

onwetende verdachten die bekennen tegen Mr. Big’, *Strafbblad* 2018/19, 2, p. 63-75; M. Lochs, ‘Over kroongetuigen, criminele burgerinfiltranten en Mr. Big. Het blijvende belang van waarborgen in de strijd tegen georganiseerde misdaad’, *AA* 2021/465, 5, p. 465-469.

53. HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, *NJ* 2020/216, m.nt. T. Kooijmans; HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983, *NJ* 2020/217, m.nt. T. Kooijmans. Zie ook C. Ganzeboom, ‘De Mr. Big-methode: een uitzondering op het zwijgrecht?’, *DD* 2019/52, 8, p. 664-688.
54. HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982, *NJ* 2020/216, m.nt. T. Kooijmans (*Kaatsheuvel*).
55. HR 17 december 2019, & ECLI:NL:HR:2019:1983, *NJ* 2020/217, m.nt. T. Kooijmans (*Posbank*).
56. Zie onder meer J.H. Crijns & M.J. Dubelaar, ‘Mr. Big maatje te groot voor Nederland? Over de toelaatbaarheid en de normering van undercoveroperaties’, *AA* 2020, 9, p. 748-764.

57. In de Posbank-zaak werden de resultaten ter zijde geschoven door het hof waarnaar de zaak was verwezen, Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:293. Overigens kwam het hof wel tot een veroordeling. Zie voorts Rb. 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:805 en Rb. 2 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:806. In die samenhangende zaken was volgens de rechtbank sprake van ontoelaatbare druk en was de verslaglegging onvolledig. Ook hier werd de bekennende verklaring van de (mede)verdachte niet gebruikt voor het bewijs. In die zaken volgde vervolgens een vrijspraak.

58. Zie onder andere Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:927, punt 41, bij HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, *SR-Updates.nl* 2021-0038, m.nt. P.C. Verloop, E.J. Koops & L. Stevens, ‘J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur’, *DD* 2003/33, 3, p. 281-294, M. Redmayne, ‘Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination’, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007/2, vol. 27, p. 213 en S. Lamberigts, ‘The Directive on the Presumption of Innocence: A Missed Opportunity for Legal Persons?’ *Eucrim* 2016/1, p. 38-39.

werkelijk werden opgelegd omdat de heren niet aan de vorderingen voldeden).⁵⁹ Zou het nemo tenetur-beginsel alleen recht geven op stilzwijgen, dan had deze werkwijze in de ogen van het EHRM geen probleem hoeven op te leveren. Documenten zoals bankafschriften bestaan immers onafhankelijk van de wil van degene om wie het draait. Toch kwam het EHRM steeds tot een schending, nu betrokkenen niet konden uitsluiten dat die informatie in een (reeds lopende) strafprocedure tegen hen zou kunnen worden gebruikt. Daarbij werd in J.B. het verlangde materiaal expliciet afgezet tegen het Saunders-materiaal.⁶⁰

De bredere opvatting over het nemo tenetur-beginsel krijgt in de rechtspraak van onze hoogste rechters niet of nauwelijks aandacht.⁶¹ Uit de in paragraaf 3 behandelde nationale rechtspraak volgt dat de bescherming die door het EHRM in Funke etc. wordt geboden, geen voet aan de Nederlandse grond heeft gekregen. Tot op heden is ook niet iedereen het eens over de betekenis van die rechtspraak. Dat is op het eerste gezicht niet onbegrijpelijk, met name niet als men dit afzet tegen hetgeen in Ibrahim is overwogen en de standaardafweging van Saunders (zie par. 2). Diverse auteurs menen dat met het meest recente arrest, Chambaz (2012), de discussie nog niet geëindigd is.⁶² Zo heeft Jörg de importantie ervan wel afgezwakt. Hij plaatst het nemo tenetur-beginsel en de discussie over wilsafhankelijkheid in de sleutel van de betrouwbaarheid, waarop de verdachte volgens hem geen invloed moet kunnen uitoefenen. Volgens hem gaat het EHRM daaraan in Chambaz voorbij en mist het daardoor het cruciale punt.⁶³

Toch tekent zich wel een grote groep auteurs af die stelligere conclusies durven te verbinden aan deze rechtspraak c.q. aan Chambaz. Ik bespreek hier kort enkele opvattingen, te beginnen met die van de (fiscale) advocaten-generaal Wattel en Niessen. Wattel concludeert dat het EHRM een heel ander onderscheid hanteert dan de Hoge Raad, namelijk of de overheid het materiaal zelfstandig kan verkrijgen of niet. Kunnen de autoriteiten eigenmachtig de hand leggen op de informatie, dan is het materiaal wilsonafhankelijk en dus tegen de verdachte bruikbaar en anders in principe niet, ook al zou de informatie wel al bestaan.⁶⁴ Niessen meent uiteindelijk dat het nemo tenetur-beginsel niet alleen ziet 'op het afleggen van mondelinge of schriftelijke verklaringen (derhalve op de totstandkoming van het materiaal), maar óók op het gebruik van methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused bij het afdwingen van reeds bestaand (wilsonafhankelijk) materiaal, zoals documenten'.⁶⁵ Zeeman meent dat de zaken Saunders en Funke e.d. een logisch geheel (kunnen) vormen wanneer 'echt' bewijs, zoals documenten, als wilsafhankelijk materiaal wordt gezien als deze documenten in de opsporingsfase worden vergaard door middel van onvrijwillige medewerking van de verdachte.⁶⁶

De lijn die wordt gehanteerd bij inlichtingenvorderingen zou, als deze laatste groep gelijk heeft, aanpassing behoeven. Het is dan waarschijnlijk niet zo dat de verkrijging van materiaal dat in fysieke zin 'bestaat', onafhankelijk van de wil van de betrokkene mag worden afgedwongen en vervolgens tegen hem mag worden gebruikt.⁶⁷ Ik kom hier in de conclusie op terug. Duidelijk lijkt me uit Chambaz in ieder geval dat het EHRM van de ruimere invulling van het nemo tenetur-beginsel in Funke en J.B. net zo min is teruggekomen als in Saunders. Ook volgt uit die uitspraak dat het EHRM de bescherming in deze niet alleen biedt tegen zogeheten *fishing expeditions*, dus in zaken waarin de overheid niet zeker weet of het materiaal wel bestaat, zoals aan de hand was in met name Funke. Dat speelde bij Chambaz kennelijk niet.⁶⁸

9. Recht van de Europese Unie

Om de discussie tot slot te verbreden behandel ik nu de ontwikkelingen in het EU-recht, want tot zover eigenlijk niets nieuws onder de zon, in ieder geval niet voor de

59. EHRM 25 februari 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1839, *NJ* 1993/485, m.nt. G. Knigge (*Funke*); EHRM 3 mei 2001, ECLI:NL:XX:2001:AL1323, *NJ* 2003/364 m.nt. T.M. Schalken (*J.B./Zwitserland*); EHRM 5 april 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW5997, *NJB* 2012/1306 (*Chambaz/Zwitserland*).

60. Zie onder meer de conclusies van A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2013:BZ3640 bij HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer (*X/De Staat*) en van A-G R.E.C.M. Niessen, ECLI:NL:PHR:2014:2728, punt 4.38, bij HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1359, *FED* 2015/53, m.nt. P. van der Wal voor een ruimere bespreking en analyse.

61. Zo merkt Bleichrodt op: 'In de rechtspraak van de Hoge Raad neemt het in het arrest in de zaak *Saunders* te lezen onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal aldus een centrale plaats in. De "broader meaning" van het beginsel, zoals die onder meer blijkt uit het arrest van het EHRM in de zaak *Jalloh*, en waarin ook de verkrijging onder dwang van 'real evidence' een zekere bescherming geniet, is in de rechtspraak van de Hoge Raad tot op heden op de achtergrond gebleven.' Zie vordering tot cassatie in het belang der wet van advocaat-generaal F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:927, bij HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, SR-Updates.nl 2021-0038, m.nt. P.C. Verloop.

62. Zie bijvoorbeeld T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, annotatie bij EHRM 5 mei 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW5997, *AB* 2012/323, punt 1: 'Met deze Kameruitspraak (...) wordt de reikwijdte van het zwijgrecht van art. 6 EVRM, in het bijzonder bij de samenloop van een bestuursrechtelijke (niet-punitieve) procedure en een daarop volgende criminal charge afdoening (bestuurlijke boete dan wel via het klassieke strafrecht), op zijn zachtst gezegd niet duidelijker. Ten aanzien van welk soort documenten en onder welke omstandigheden kan dit recht met succes worden ingeroepen?'

63. N. Jörg, 'Nemo tenetur na Chambaz', in: P. Vlas (red.), *Gehoord de Procureur-generaal* (Fokkens-bundel), 2016, p. 117-129.

64. Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2013:BZ3640 bij HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer (*X/De Staat*).

65. Concl. van A-G R.E.C.M. Niessen, ECLI:NL:PHR:2014:2728, punt 4.38, bij HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1359, *FED* 2015/53, m.nt. P. van der Wal. Voorzichtiger was hij nog in zijn noot onder EHRM 5 april 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW5997, *EHRC* 2012/135 (*Chambaz t. Zwitserland*).

66. Zeeman 2019, p. 435. Zie natuurlijk ook Van Toor 2017, hfs. 7 en Wijsman 2018, par. 7.7.

67. Voor problemen met betrekking tot de strafbaarstelling van art. 344a Sr kan men terecht bij Van Gelder & Van Toor 2016, 3, p. 161-168. Zie over dit onderwerp ook Brinkhoff 2019, 4, p. 243-247.

68. Zie Wijsman 2018, p. 127-128 en Zeeman 2019, p. 435-436.

goed ingevoerd onder ons. Vermeldenswaardig is echter het relevante EU-recht, dat onderbelicht is gebleven in de vraag over de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel.⁶⁹ Ook door de Europese Unie (EU) wordt het nemo tenetur-beginsel namelijk (expliciet) erkend. In algemene zin komt dit doordat op het hoogste niveau in artikel 6 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) is bepaald dat de grondrechten die voortvloeien uit het EVRM, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie.⁷⁰ Iets concreter wordt het beginsel erkend in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (handvest EU).⁷¹ In artikel 47 Handvest EU is onder meer het recht op een eerlijk proces opgenomen en in artikel 48 Handvest EU de onschuldpresumptie en de rechten van de verdediging.⁷² De inhoud van deze rechten is, net als alle andere rechten, (ten minste) gelijk aan die in artikel 6 EVRM. Zie immers artikel 52 lid 3 Handvest EU en de toelichting daarop,⁷³ alsmede vaste rechtspraak van het HvJ EU.⁷⁴ Het punt is wel dat het Handvest EU alleen kan worden ingeroepen tegen ‘de instellingen, organen en instanties van de Unie’ en wanneer de lidstaten het Unierecht ten uitvoer leggen.⁷⁵ Gaat het om strafbare feiten van nationale bodem zonder connectie met enig EU-instrument, dan biedt het Handvest EU dus geen soelaas. Een groot probleem zal dat in een gewone strafzaak niet zijn, omdat het nemo tenetur-beginsel samen met het

zwijgrecht nog concreter is opgenomen in de Richtlijn betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld (en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn).⁷⁶ Opgemerkt zij wel dat deze richtlijn alleen voor natuurlijke personen geldt en alleen ziet op strafprocedures.⁷⁷ Artikel 7 lid 2 bepaalt ‘dat verdachten of beklaagden het recht hebben om zichzelf niet te belasten’. Dit mag volgens het derde lid ‘de bevoegde autoriteiten niet beletten bewijsmateriaal te vergaren dat rechtmatig wordt verkregen door gebruik van legale dwang en dat onafhankelijk van de wil van de verdachten of beklaagden bestaat’. Van belang is daarbij in het bijzonder preambule 25, die inhoudt:

‘Wanneer verdachten en beklaagden wordt gevraagd verklaringen af te leggen of vragen te beantwoorden, *mogen zij niet worden gedwongen bewijzen of documenten over te leggen of inlichtingen te verstrekken die tot zelfincriminatie kunnen leiden.*’ (mijn cursivering, JSN)

Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel impliceren volgens Brussel voorts ‘dat de bevoegde autoriteiten verdachten of beklaagden niet tegen hun wil mogen dwingen informatie te verstrekken’. Ook moet rekening worden gehouden met de uitleg van het EHRM.⁷⁸ Met de term legale dwang (in preambule 29 omschreven als ‘rechtmatige dwang’), zal worden ondervangen dat de nationale regeling moet worden gevolgd en zo dus procedurele waarborgen bestaan. Het bewijs dat autoriteiten wel mogen afdwingen betreft grotendeels materiaal zoals in Saunders omschreven, te weten materiaal ‘dat als gevolg van een bevel wordt verkregen, materiaal waarvoor een wettelijke bewaarplicht bestaat alsmede een verplichting om het op verzoek af te staan, adem-, bloed- en urinemonsters en monsters van lichaamsweef-

69. Zie wel Jörg 2016, p. 127-128.

70. Zie over de eventuele divergentie tussen het EVRM en het EU-recht op dit punt J. Callewaert, ‘The Privilege against Self-Incrimination in European Law: An Illustration of the Impact of the Plurality of Courts and Legal Sources on the Protection of Fundamental Rights in Europe’, *ERA* 2004, 5, p. 488-498 en J. Callewaert, ‘The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way from Harmony’, *EHRRL* 2009, 6, p. 768-783.

71. Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2012/C 326/02) (PB C326/391 van 26 oktober 2012). Er wordt gestreefd naar samenhang tussen het EVRM en het Handvest EU, zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 maart 2018, C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193 (*Garlsson*), par. 24-25.

72. Zie hierover T&C Strafvordering, Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

73. Handvest van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie betreffende de grondrechten van de Europese, 2007/C 303/01 en 02. Ook al zou de EU op grond van die bepaling een ruimere bescherming kunnen bieden, daarvan lijkt ten aanzien van het nemo tenetur-beginsel nog geen sprake. Zie M. Caianiello, *Right to Remain Silent and not to Incriminate Oneself in the European Union System*, 5 december 2020, par. B.

74. HvJ EU 2 februari 2021, C 481/19, ECLI:EU:C:2021:84 (*DB*), par. 37 (met verdere verwijzingen): ‘Volgens de toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*PbEU* 2007, C 303/02), p. 17 correspondeert artikel 47, tweede alinea, van het Handvest met artikel 6, lid 1, EVRM en is artikel 48 van het Handvest “hetzelfde” als artikel 6, leden 2 en 3, EVRM. Bij zijn uitlegging van de rechten die worden gewaarborgd door artikel 47, tweede alinea, en artikel 48 van het Handvest, moet het Hof dan ook rekening houden met de daarmee corresponderende rechten die worden gewaarborgd door artikel 6 EVRM, zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de rechten van de mens, als minimumbeschermingsniveau.’

75. Art. 51 lid 1 Handvest EU en daarover M. Luchtman en R. Widdershoven, ‘Het Nederlandse strafrecht in de ban van het Unierecht’, *AA* 2018/11, p. 873-889, in het bijzonder par. 3. Zie voor een concreet voorbeeld HR 15 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:849, SR-Updates.nl 2021-0174, m.nt. J.H.J. Verbaan voor een situatie waarin dat het geval was, waardoor de Hoge Raad niet voor niets art. 47 en 48 Handvest EU als relevante bepalingen vermeld.

76. Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (*PbEU* 2016, L 65/1). Daarover L.A. van Noorloos, ‘De Europese richtlijn onschuldpresumptie: bescheiden harmonisatie van een fundamenteel strafrechtelijk beginsel’, *NTER* 2016/22, 5, p. 157-174 en J.S. Nan, ‘Richtlijn 2016/343, betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld; iets nieuws onder de zon?’, *DD* 2016/64, 9, p. 706-723.

77. Zie art. 2 Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (*PbEU* 2016, L 65/1). Preambule 11 luidt dienaangaande: ‘Deze richtlijn dient uitsluitend van toepassing te zijn op strafprocedures, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie), onverminderd de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Deze richtlijn dient niet van toepassing te zijn op civielrechtelijke procedures of bestuursrechtelijke procedures, ook niet wanneer bestuursrechtelijke procedures kunnen leiden tot sancties, zoals procedures inzake mededinging, handel, financiële diensten, wegverkeer, belastingen of bijkomende belastingheffingen, en onderzoeken van bestuurlijke instanties met betrekking tot dergelijke procedures.’

78. Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (*PbEU* 2016, L 65/1), overweging 27.

sel voor DNA-tests'.⁷⁹ Ik leid hieruit af dat op basis van deze richtlijn het afgeven van documenten door een verdachte alleen *vrijwillig* kan geschieden. Gelet op de nagestreefde congruentie is dit de uitleg die de EU-wetgever geeft aan de jurisprudentie van het EHRM. Deze is dus van mening dat die jurisprudentie inhoudt dat van een verdachte niet kan worden verlangd dat deze tegen zijn zin in zelf bewijs (zoals documenten) ter beschikking stelt aan de autoriteiten (wat mij betreft ook als deze in 'fysieke' zin al bestaan). Wel staat het EU-recht het toe dat de overheid via de nationale dwangmiddelen daarop zelf regelmatig beslag legt.⁸⁰ Dat geldt ook als de betrokkene wettelijk verplicht was het materiaal te bewaren.⁸¹

Voor de volledigheid bespreek ik ook enige rechtspraak. Al decennia geleden heeft het Hof van Justitie in Luxemburg (HvJ EU) bepaald dat in mededingingszaken de betrokken onderneming zich niet echt kan beroepen op het nemo tenetur-beginsel. Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel verhinderen niet dat door ondernemingen feitelijke vragen moeten worden beantwoord en dat zij stukken dienen te overleggen als de Europese Commissie daarom vraagt. Alleen een inbreuk op de mededingingsregels hoeven zij niet toe te geven.⁸² Maar voor het reguliere strafrecht liggen de kaarten heel anders, in ieder geval voor natuurlijke personen. De recente Italiaanse zaak *DB* geeft dat treffend weer.⁸³ In die zaak ging het om de verenigbaarheid van de inlichtingen- en bestraffingsplicht uit hoofde van de huidige Verordening marktmisbruik (en diens voorganger) met het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel.⁸⁴ Op grond

van artikel 23 lid 2, aanhef en sub b Verordening marktmisbruik behoren de nationale autoriteiten onder meer over de volgende toezichts- en onderzoeksbevoegdheid te beschikken: 'het vorderen van of verzoeken om inlichtingen van iedere persoon, met inbegrip van degenen die achtereenvolgens betrokken zijn bij het doorgeven van orders of het uitvoeren van de desbetreffende activiteiten, alsook hun opdrachtgevers, en in voorkomend geval het oproepen en ondervragen van een dergelijke persoon teneinde inlichtingen te verkrijgen'.⁸⁵ Het niet voldoen aan deze verplichting moet, 'onverminderd strafrechtelijke sancties', met passende administratieve sancties en administratieve maatregelen worden bedreigd (art. 30 lid 1 sub b Verordening marktmisbruik). *DB* was administratief bestraft door de Italiaanse toezichthouder (Consob) wegens handel met voorwetenschap en wegens het verspreiden van voorwetenschap. Ook werd hij administratief bestraft omdat hij geen antwoord gaf op vragen van de toezichthouder, terwijl op hem wel die verplichting rustte volgens de toezichthouder. Het *Corte costituzionale* (Italiaanse Constitutionele Hof) legde, gelet op artikel 47 en 48 Handvest EU, vragen voor over de houdbaarheid van die gang van zaken.⁸⁶ In het kort: staat het EU-recht het toe een natuurlijk persoon onder deze omstandigheden toch niet administratief te bestraffen? Het antwoord van het HvJ EU was dat de bestraffingsplicht van (thans) artikel 30 lid 1 sub a Verordening marktmisbruik in dat geval moet kunnen wijken en bestraffing uit mag blijven voor natuurlijke personen.⁸⁷ Zo spaarde het HvJ EU zowel de geit als de kool. Hoewel een uitspraak over het gedwongen aanleveren van documenten nog niet is geweest, is wel duidelijk dat het EU-recht en het HvJ EU werk (zullen gaan) maken van het nemo tenetur-beginsel. Ik verwacht dat de meewerkingsplichten langs die band (aanzienlijk) beperkt zullen (kunnen) worden zolang betrokkenen niet kunnen uitsluiten dat de door hen aangeleverde informatie punitief tegen hen gebruikt zal worden. De rechtspraak van het HvJ EU over het nemo tenetur-beginsel zal een bredere

79. Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (*PbEU* 2016, L 65/1), overweging 29.

80. De EU-wetgever ziet ook graag dat verdachten op de hoogte worden gesteld van hun recht om zichzelf niet te belasten, zie overweging 31 bij Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (*PbEU* 2016, L 65/1): 'De lidstaten moeten overwegen er zorg voor te dragen dat wanneer aan verdachten of beklagden informatie wordt verstrekt over rechten uit hoofde van artikel 3 van Richtlijn 2012/13/EU, zij eveneens informatie ontvangen betreffende het recht om zichzelf niet te belasten, zoals dit overeenkomstig deze richtlijn wordt toegepast krachtens nationale wetgeving.'

81. Genuanceerd(er) hierover G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences, Comparative, European and International Criminal Justice*, Vol. 1, Springer 2019, p. 252.

82. HvJ EU 29 juni 2006, I-5915, ECLI:EU:T:2005:220 (*Tokai Carbon*); HvJ EU 18 oktober 1989, 374/87, ECLI:EU:C:1989:381 (*Orkem*); HvJ EU 20 februari 2001, T-122/98 (*Mannesmannröhren-Werke AG*). Zie ook R.A. Shiner, 'Corporations and the Presumption of Innocence', *Crim Law Philos.* 2014/8, p. 485-503 en I. van Bael, *Due process in EU Competition Proceedings*, Deventer: Wolters Kluwer 2011.

83. HvJ EU 2 februari 2021, C 481/19, ECLI:EU:C:2021:84, *EHRC Updates* 2021-0058, m.nt. B. van der Vorm, *RF* 2021/18 & *H&I* 2021/87 m.nt. E. Thomas (*DB*). Zie over de conclusie van advocaat-generaal Pikamae A. Sakellarakis, 'Halcyon Days for the Right to Silence: AG Pikamae's Opinion in Case *DB v. Consob*', *European papers* 2020/3, 5, p. 1543-1554.

84. Verordening (EU) 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (Verordening marktmisbruik) en houdende intrekking van Richtlijn 2003/6/EG van het Euro-

pees Parlement en de Raad en Richtlijnen 2003/124, 2003/125/EG en 2004/72/EG van de Commissie (*PbEU* 2014, L 173/1).

85. Een andere bevoegdheid die me niet of nauwelijks minder problematisch lijkt, is (sub a): 'het verkrijgen van inzage in elk document en in gegevens in welke vorm dan ook, en het ontvangen of maken van een afschrift daarvan'.

86. Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (*PbEU* 2016, L 65/1). Deze was toen deze feiten aan de orde waren nog niet opgesteld, laat staan in werking getreden en speelde daarom geen rol. Aangenomen mag worden dat de uitspraak ook geldt voor art. 7 van deze Richtlijn.

87. Het antwoord luidde, iets uitgebreider, dat art. 30 lid 1 sub b Verordening marktmisbruik 'gelezen in het licht van de artikelen 47 en 48 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, (...) aldus [moet] worden uitgelegd dat de lidstaten op grond van deze bepalingen mogen besluiten om geen sanctie op te leggen aan een natuurlijke persoon die in het kader van een onderzoek dat door de bevoegde autoriteit krachtens deze richtlijn of deze verordening tegen hem is ingesteld, weigert om deze autoriteit antwoorden te verstrekken waaruit zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is'.

werking (kunnen) hebben als de betrokkene maar één van voormelde instrumenten kan inroepen.

10. Conclusie

Wie de rechtspraak van het EHRM over het nemo tenetur-beginsel vergelijkt met die van Nederlandse bodem, moet bemerken dat er eigenlijk één olifant in de kamer is. Want iedereen is het er wel over eens dat een verdachte niet tegen zijn wil hoeft te verklaren, of in ieder geval die verklaring dan niet in punitieve zin tegen zich mag zien worden gebruikt, dat van een verdachte tegen diens wil (lichaams)materiaal mag worden afgenomen (volgens een behoorlijke procedure) en dat de verklaringsvrijheid niet via ingenieuze opsporingsmethoden – die neerkomen op informele verhoren zonder de procedurele waarborgen – mag worden geschonden. Maar over de interpretatie van wils(on)afhankelijk materiaal lopen de oordelen (inter)nationaal uiteen. Dit probleem over de reikwijdte van het zogeheten Saunders-materiaal is al meermalen gesignaleerd, maar onze hoogste rechtscollages houden vast aan een uitleg die volgens mij niet geheel strookt met de opvatting van het EHRM. Men kan duidelijk een divergentie waarnemen tussen de opvatting van de Nederlandse (hoogste) rechters en het EHRM. De lijn van Funke, via J.B. en Chambaz lijkt toch echt in te houden dat een betrokkene niet tegen zijn wil, *zelf* onder dwang het bewijs moet aanleveren aan de autoriteiten die hem in het vizier hebben. Dat het materiaal in ‘fysieke’ zin al zou bestaan, doet daarbij niet of nauwelijks ter zake. Steun voor die opvatting is overduidelijk te vinden in de uitleg die de Europese Uniewetgever aan het nemo tenetur-beginsel en de rechtspraak van het EHRM heeft gegeven. In het bijzonder kunnen verdachten – in ieder geval volgens de preambule van de richtlijn onschuldpresumptie – niet gedwongen worden incriminerende documenten te overleggen. Onze nationale rechters lijken hieraan maar niet te willen.

Ik denk dus dat Wattel c.s. de sterkste papieren hebben. Bewijsmateriaal dat niet bestaat uit een (mondelijke of schriftelijke) verklaring, maar uit Saunders-materiaal kan in principe van de betrokkene worden afgedwongen (middels een behoorlijke procedure). Maar voor documenten als het springende punt, geldt ingevolge de lijn van het EHRM (en dus de Europese Uniewetgever) volgens mij in algemene zin het volgende. Het EHRM staat het toe dat de autoriteiten daarop zelfstandig de hand leggen (door fouilleren, doorzoeking etc., dit valt onder ‘acquired pursuant to a warrant’), ook al is dat tegen de wil van de verdachte. Maar wat niet of nauwelijks kan, is dat van iemand die al onderwerp van onderzoek is c.q. de verdachte, wordt verlangd die stukken *zelf* aan te leveren. Slechts beperkte dwang is toegestaan, om te waarborgen dat weigeren nog een reële optie is. Evenmin is het vanaf een (nakende) verdenking toegelaten bescheiden die de betrokkene niettemin wettelijk verplicht was af te geven en heeft afgegeven, in punitieve zin in te zetten. Als de betrokkene niet kan uitsluiten dat

hetgeen hij behoort aan te leveren, tegen hem gebruikt kan worden in een (bestuurs)strafprocedure, kan hij voor het weigeren aan de verplichting te voldoen niet worden bestraft.

Deze brede(re) invulling van het nemo tenetur-beginsel sinds Funke is goed te begrijpen, nu het beginsel de procesautonomie van de verdachte om zijn eigen positie te bepalen beoogt te beschermen.⁸⁸ Men moet dit volgens mij ook echt zien in het licht van de samenhang met de onschuldpresumptie.⁸⁹ De *burden of proof* ligt immers bij de overheid en deze heeft een bewijsaandragplicht.⁹⁰ Het zou de omgekeerde wereld zijn als de overheid bij de betrokkene mag aankloppen om de zaak tegen hem te (boek)staven. Zo wordt deze dan als het ware zijn eigen aanklager, ook al mag hij wel zwijgen. Dan zouden de rollen op een onaanvaardbare wijze worden omgedraaid en dat zou de essentie van het beginsel vernietigen. Aldus wordt inzichtelijk dat het nemo tenetur-beginsel van zijn betekenis zou worden ontdaan als de betrokkene *eigenhandig* tegen zijn wil het bewijs moet leveren aan de overheid die hem vervolgt of (vervolgens) kan vervolgen.⁹¹ Dat neemt overigens niet weg dat uit het zwijgen van de verdachte wel consequenties in zijn nadeel worden verbonden, zolang de overheid maar eerst eigenhandig een solide zaak tegen hem heeft opgebouwd. Pas dan mag een verklaring worden verlangd.⁹² Het is wat dat betreft dus wachten op ongelukken, is mijn inschatting. De zaak *Van Weerelt* maakt dat niet anders. Daarin werd de klacht vooral te vroeg ingediend, zo lijkt het. Een schending van artikel 6 EVRM was volgens het EHRM nog niet aan de orde.⁹³ Dat kan zeker nog anders worden zodra blijkt dat hetgeen door Van Weerelt onder dwang is verschaft toch wordt ‘misbruikt’ door de autoriteiten.⁹⁴ Dat zal het geval zijn als de nationale uitleg van de wils(on)afhankelijkheid van het materiaal meebrengt dat bijvoorbeeld overgelegde documenten (die geen verklaring inhouden) punitief tegen hem worden gebruikt, terwijl dat sinds Funke al lijkt te worden uitgesloten door het EHRM. In dat ver-

88. Ook kan men, zeker tegenwoordig, niet zonder meer op aan van de betrouwbaarheid van het overgelegde materiaal.

89. Zie over dat beginsel en die samenhang J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer, 2018, i.h.b. p. 99-101.

90. Zie al EHRM 13 juni 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0613JUD001058883 (*Barberà e.a. t. Spanje*).

91. Vergelijk EHRM 25 februari 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1839, *NJ* 1993/485, m.nt. G. Knigge (*Funke*), par. 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*’ (mijn cursivering, JSN).

92. EHRM 8 februari 1996, ECLI:NL:XX:1996:AC0232, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray*); EHRM 20 maart 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0320JUD003350196, *EHRC* 2001/34, m.nt. A.W. Heringa (*Telfner t. Oostenrijk*); EHRM 18 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0318JUD001320105 (*Krumpholtz t. Oostenrijk*). Hierover bijvoorbeeld HR 5 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7372, *NJ* 2012/369.

93. EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616DEC000078414, par. 62 (N-O).

94. Zo ook Zeeman 2019, p. 418.

band is er de op 24 november 2017 gecommuniceerde zaak *De Legé*.⁹⁵ Daarin ligt, als ik het goed zie, expliciet de vraag voor over de houdbaarheid van de Nederlandse invulling van de rechtspraak van het EHRM over de wils(on)afhankelijkheid.⁹⁶ Hopelijk schept het EHRM dan de gewenste duidelijkheid over de verhouding tussen Saunders en Funke et al. Want dit houdt de Nederlandse gemoedren nu al een paar decennia bezig.

95. EHRM 24 november 2017 (communicated), application no. 58342/15 (*De Legé t. Nederland*).

96. De vraag luidt: 'Has there been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in that the applicant was coerced into producing incriminating evidence which had an existence independent of his will (compare *Funke v. France*, no. 10828/84, Series A no. 256-A; *Saunders v. the United Kingdom*, no. 19187/91, Reports 1996-VI; and *J.B. v. Switzerland*, no. 31827/96, ECHR 2001-III)?'