

*Hoge Raad legde nemo tenetur-beginsel onlangs te beperkt uit*

# Niet meewerken aan **eigen** veroordeling, ook niet in economisch strafrecht

Wat kunnen advocaten in de economische strafpraktijk uitrichten met het beginsel dat niemand verplicht is aan zijn eigen veroordeling mee te werken? De Hoge Raad legde dit nemo tenetur-beginsel onlangs heel wat beperkter uit dan het EHRM.

*Elisa Benhaim*  
advocaat te Rotterdam<sup>1</sup>

Wegens emissie van procesgas is tegen een chemisch bedrijf (verder: 'klaagster') een strafrechtelijk onderzoek gestart. Klaagster heeft een intern onderzoek verricht naar het incident en heeft dat onderzoeksrapport op grond van een strafrechtelijk gesanctioneerde verplichting uit de Wet milieubeheer verstrekt aan de DCMR Milieudienst Rijnmond. Naar aanleiding van het strafrechtelijk onderzoek is op de voet van artt. 18 en 19 Wet op de economische delicten heeft het Openbaar Ministerie vervolgens de uitlevering van het intern onderzoeksrapport en de aan het onderzoek ten grondslag liggende stukken ter inbeslagneming gevorderd. Weigering daarvan is strafbaar gesteld. Klaagster voldoet aan de vordering door de stukken in een verzegelde enveloppe te overhandigen en klaagt vervolgens op de voet van art. 552a Sv over de inbeslagneming. In de beklagprocedure betoogt de verdediging onder meer dat de vordering strekkende tot uitlevering ter inbeslagneming in strijd is met het nemo tenetur-beginsel.

De rechtbank verklaart het klaagschrift gegrond en overweegt daarbij dat uit de zaak Saunders t. het Verenigd Koninkrijk<sup>2</sup> volgt dat bewijs dat ten eerste onder dwang of drukuitoefening is verkregen



en ten tweede afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, niet mag worden gebruikt tegen de verdachte in een strafzaak. Het EHRM noemt in beslag genomen documenten daarbij als voorbeeld. Klaagster hoefde volgens de rechtbank niet aan de vordering te voldoen omdat de documenten door haar zijn vervaardigd en het bestaan van die documenten van haar wil afhankelijk is. Ook is de vordering volgens de rechtbank onduidelijk en onvoldoende gespecificeerd zodat klaagster, gelet op het EHRM-arrest J.B. t. Zwitserland<sup>3</sup>, niet aan de vordering hoefde te voldoen.

Het OM stelt tegen de beschikking beroep in cassatie in. De A-G concludeert dat sprake is van het verstrekken van reeds beschikbare gegevens zodat er geen sprake is van door de wil van de verdachte tot stand gekomen documenten. Indien daarvan wel sprake zou zijn, dan geldt

dat het gebruik daarvan niet onder alle omstandigheden ontoelaatbaar is in een strafprocedure (zie O'Halloran en Francis t. het Verenigd Koninkrijk<sup>4</sup>).

De Hoge Raad stelt dat de rechtbank een onjuiste maatstaf heeft aangelegd en overweegt: 'Beslissend voor de vraag of het nemo tenetur-beginsel is geschonden, is immers of het gebruik tot 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 antwoord op deze vraag hangt af van de aard van de in het document vervatte verklaring, waarbij de omstandigheid dat de verdachte de verklaring zelf heeft vervaardigd, niet beslissend is. De rechtbank had derhalve kennis moeten nemen van de inhoud van de documenten.'<sup>5</sup>

## Onafhankelijk van wil van verdachte

De rechtspraak van het EHRM is zeer casuïstisch, zodat het lastig is om daaruit algemene regels te formuleren. Niettemin zal ik uit deze uitspraken voorzichtige conclusies proberen te trekken.

In de zaak Funke t. Frankrijk<sup>6</sup> erkent het EHRM voor het eerst het nemo tene-

<sup>1</sup> Advocaat bij Sjöcrona Van Stigt Advocaten te Rotterdam.

<sup>2</sup> EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 m.nt. Knigge.

<sup>3</sup> EHRM 3 mei 2001, application nr. 31827/96.

<sup>4</sup> EHRM 29 juni 2007, application nr. 15809/02.

<sup>5</sup> HR 21 december 2010, LJN: BL0666. De HR heeft de zaak verwezen naar het Gerechtshof 's-Gravenhage, dat opnieuw zal oordelen over het ingediende klaagschrift. Wordt vervolgd dus.

<sup>6</sup> EHRM 25 februari 1993, application nr. 10828/84.

tur-beginsel als onderdeel van het recht op een eerlijk proces, maar wordt er nog geen criterium gegeven. Een dergelijk criterium geeft het hof wel in Saunders t. het Verenigd Koninkrijk.<sup>7</sup> In een administratief onderzoek wordt Saunders wettelijk verplicht om een getuigenverklaring af te leggen. Deze verklaring wordt later in een strafrechtelijke vervolging tegen hem gebruikt. Het hof overweegt: '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*.' Uit genoemd 'Saunders-criterium' volgt dat het nemo tenetur-beginsel geen betrekking heeft op materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.

De duidelijkheid van het 'Saunders-criterium' verdween echter met de komst van J.B. t. Zwitserland.<sup>8</sup> J.B. wordt door de Zwitserse justitie vervolgd wegens belastingontduiking. De Belastingdienst verzoekt J.B. om documenten te verstrekken die betrekking (kunnen) hebben op de kwestie waarvoor hij wordt vervolgd. J.B. weigert, waardoor hij wordt beboet. Uiteindelijk klaagt J.B. bij het hof. Het materiaal zou volgens het hof mogelijk enige informatie kunnen bevatten over het strafbare feit.<sup>9</sup> 'In the Court's opinion, however, *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*.' Het hof concludeert dat sprake is van een schending van het nemo tenetur-beginsel. Op basis hiervan kan worden betoogd dat kennelijk niet alle documenten buiten het toepassingsbereik van het nemo tenetur-beginsel vallen.

### Enige druk

In O'Halloran en Francis t. het Verenigd Koninkrijk<sup>10</sup> gaat het om het verstrekken van inlichtingen na het begaan van een (vermeende) snelheidsovertreding.

O'Halloran verstrekt inlichtingen en wordt beboet voor de snelheidsovertreding. Francis wordt ook beboet, maar voor het weigeren de gevraagde inlichtingen te verstrekken. Beiden klagen bij het EHRM. Gelet op de bijzondere aard van het wettelijk regime dat aan het bezitten of besturen van motorvoertuigen ten grondslag ligt en de beperkte aard van de dwang, is het hof van oordeel dat het nemo tenetur-beginsel niet is geschonden. Het arrest O'Halloran en Francis laat zien dat enige druk bij het verkrijgen van wilsafhankelijke informatie toch toelaatbaar is.<sup>11</sup>

## Enige druk bij het verkrijgen van wilsafhankelijke informatie is volgens het EHRM toch toelaatbaar

Tot slot blijkt uit de zaak Martinnen t. Finland<sup>12</sup> dat het niet doorslaggevend hoeft te zijn of het onder dwang verkregen materiaal ook daadwerkelijk in of ten behoeve van de strafprocedure wordt gebruikt.<sup>13</sup> Martinnen wordt verdacht van fraude en in een administratieve procedure gelast informatie over zijn vermogen te geven. Dat weigert hij, waarop hij wordt beboet. Het hof stelt vast dat onder meer sprake is van een schending van het nemo tenetur-beginsel 'even though no self-incriminating evidence, or as in this case, reliance on a failure to provide information has been used in other, substantive criminal proceedings'.

### Te beperkt

Uit de Europese jurisprudentie blijkt dat de volgende vragen relevant zijn:

- zijn de documenten onafhankelijk van de wil van de verdachte tot stand gekomen? (Saunders);

- is de vordering onduidelijk en/of onvoldoende gespecificeerd? (J.B.);
- is de aard en mate van uitgeoefende dwang toelaatbaar geweest? (O'Halloran en Francis).

Mijns inziens legt de Rechtbank Rotterdam het arrest Saunders onjuist uit. De rechtbank stelt dat het hof in Saunders in beslag genomen documenten als een van de voorbeelden noemt die afhankelijk van de wil van de verdachte bestaan, terwijl het hof in Saunders nu juist overweegt dat in beslag genomen documenten *onafhankelijk* van de wil van de verdachte bestaan, zodat het nemo tenetur-beginsel daarop geen betrekking heeft. Met deze laatste overweging had de Hoge Raad het arrest af kunnen doen. Dat doet ze niet.

In de eerste plaats benadrukt de Hoge Raad nog eens dat het nemo tenetur-beginsel geen onvoorwaardelijk recht of beginsel is. Voorts lijkt de Hoge Raad het nemo tenetur-beginsel terug te brengen tot het zwijgrecht. Dat is mijns inziens een te beperkte opvatting van het nemo tenetur-beginsel. Zeker bezien in het licht van Funke en J.B., die duidelijk laten zien dat het nemo tenetur-beginsel meer omvat dan het enkele zwijgrecht. Ten slotte blijkt uit het arrest dat het voor de Hoge Raad (kennelijk) doorslaggevend is of het onder dwang verkregen bewijsmateriaal ook daadwerkelijk in of ten behoeve van de strafprocedure wordt gebruikt. Dit is geheel in lijn met de standaard art. 359a Sv-jurisprudentie van de Hoge Raad, maar komt niet overeen met de overweging van het hof in de zaak Martinnen. Daaruit blijkt immers dat dit aspect niet doorslaggevend hoeft te zijn bij de beoordeling van de vraag of art. 6 EVRM is geschonden.

### Voldoende ruimte

Moet nu in het vervolg worden voldaan aan een vordering van het OM zoals die tegen het chemisch bedrijf in het arrest van de Hoge Raad? De Hoge Raad brengt het nemo tenetur-beginsel terug tot het zwijgrecht, maar er zijn discrepanties tussen zijn arrest en de Europese rechtspraak. Deze laatste biedt voldoende ruimte voor een gefundeerd verweer op basis van het nemo tenetur-beginsel.

7 EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 m.nt. Knigge.

8 EHRM 3 mei 2001, application nr. 31827/96.

9 Dit is een geheel ander criterium dan het 'Saunders-criterium'.

10 EHRM 29 juni 2007, application nr. 15809/02.

11 Noot mr. Schalken in EHRM 21 april 2009, application nr. 19235/03.

12 EHRM 21 april 2009, application nr. 19235/03.

13 Noot mr. Schalken in EHRM 21 april 2009, application nr. 19235/03.