

'Détournement de pouvoir! Er zijn controlebevoegdheden gebruikt. De verdachte heeft daardoor bewijs tegen zich zelf verschaft. En dat terwijl er al lang een verdenking bestond, zodat hij eigenlijk niet behoefde mee te werken. Onrechtmatig verkregen bewijs!'

In fiscale en financieel-economische strafzaken worden dergelijke verweren geregeld gevoerd, maar ze slagen sporadisch. Veel advocaten worstelen met deze kwestie. Hoe zit het eigenlijk met de dubbele petten, met de ambtenaren die zowel de pet van toezichthouder kunnen opzetten als die van opspoorder?



Opsporing door toezicht

dr. mr. J.M. Sjöcrona
dr. mr. D.V.A. Brouwer
 advocaten te Den Haag

Aan de ambtenaren van de Belastingdienst zijn bevoegdheden toegekend om te kunnen nagaan of men zich aan de fiscale regels houdt. De inspecteur mag van eenieder gegevens en inlichtingen vragen; hij mag boeken, bescheiden en andere gegevensdragers raadplegen (art. 47 AWR). Ook moeten gebruikers van gebouwen of grond hem toegang verlenen, voor zover voor een fiscale controle nodig (art. 50 AWR). Soortgelijke bevoegdheden kunnen bijvoorbeeld worden uitgeoefend door ambtenaren belast met het toezicht op de naleving van milieuvergunningen. Zij kunnen met uitzondering van woningen alle plaatsen betreden (art. 5:15 AWB) en ze zijn bevoegd inzage te vorderen in gegevens en bescheiden en daarvan kopieën te maken (art 5:17 AWB).

Dergelijke bevoegdheden beogen effectief toezicht mogelijk te maken op naleving

van de betrokken wet- en regelgeving. Zo kan worden nagegaan of burgers en ondernemingen juiste belastingaangiftes doen, respectievelijk zich houden aan vergunningsvoorschriften. Toezichtsbevoegdheden (controlebevoegdheden) zijn ruim gezaaid. Zij kunnen worden uitgeoefend onafhankelijk van de vraag of er sprake is van een 'verdenking' dat fiscale of milieuvoorschriften zijn overtreden. De belastinginspecteur kan steekproefsgewijs belastingaangiften controleren en daartoe de boeken van de belastingplichtige inzien; de milieuambtenaar kan alle ondernemingen in zijn regio routinematig twee keer per jaar bezoeken om monsters te nemen van geloosde afvalstoffen. Daarvoor hebben zij geen redelijk vermoeden nodig van schuld aan een strafbaar feit, geen 'verdenking'.

Toeziichtsbevoegdheden ingezet ter opsporing

Sommige controlebevoegdheden zijn ruimer dan bevoegdheden tot opsporing van strafbare feiten, bijvoorbeeld de bevoegdheid 'inlichtingen' te vorderen. Bij *toezicht* op de naleving van (bijvoorbeeld) fiscale regels of milieuvorschriften zijn toezichthouders bevoegd van eenieder (!) inlichtingen te vorderen. Degene die om inlichtingen wordt gevraagd, mag verstrekking ervan niet weigeren. Er is een antwoordplicht. Wordt die in de wind geslagen, dan pleegt betrokkene een strafbaar feit. En dat terwijl art. 29

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.'

Uit latere arresten kan worden afgeleid dat de Hoge Raad ten aanzien van alle toezichtsbevoegdheden van oordeel is dat zij mede voor opsporing kunnen worden gebruikt, mits de 'aan verdachte als zodanig toekomende waarborgen' in acht worden genomen. Aangenomen wordt dat de cassa-

Bij toezicht geldt een antwoordplicht terwijl bij opsporing de verdachte niet hoeft te antwoorden

Sv bij *opsporing* van strafbare feiten bepaalt dat de verdachte niet tot antwoorden is verplicht, zoals de verhorend ambtenaar hem voorafgaand aan het verhoor ook moet meedelen.

Dit verschil in draagwijdte van bevoegdheden kan het voor ambtenaren die zowel belast zijn met het toezicht op de naleving van regelgeving als met het opsporen van overtreders daarvan, aantrekkelijk maken hun verstrekkende controlebevoegdheden te gebruiken, ook als er reeds sprake is van een 'verdenking'. Toeziichtsbevoegdheden worden dan ingezet ter opsporing van een strafbaar feit. De Hoge Raad heeft zich over die figuur voor het eerst uitgesproken in HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 93. In die zaak hadden FIOD-ambtenaren de toezichtsbevoegdheid gehanteerd van het oude art. 49 lid 1 AWR. Zij hadden met deze bevoegdheid bij derden inzage in bescheiden gevorderd, terwijl zij van meet af aan waren opgetreden ter opsporing van een vermoedelijk gepleegd fiscaal delict. De Hoge Raad overwoog:

'Voor zover het middel betoogt dat een opsporingsambtenaar, die in andere hoedanigheid tevens over de in art. 49 1e lid AWR omschreven controlebevoegdheid 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

tierechter daarmee doelt op het zwijgrecht van de verdachte en de daarmee samenhangende cautieplicht voor de verhorend ambtenaar (art. 29 Sv).

Zwijgrecht en cautieplicht zijn naar hun aard verbonden aan een 'verhoor'. Daarvan is sprake als de verdachte vragen worden gesteld over diens (vermeende) betrokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit. De verdachte mag dan weigeren die vragen te beantwoorden; als zij worden gesteld in een situatie waarin sprake is van 'persoonlijk en rechtstreeks contact tussen de ondervrager en de ondervraagde', heeft de verhorend ambtenaar de plicht de verdachte erop te wijzen dat hij niet hoeft te antwoorden. Voor de beantwoording van schriftelijke vragen geldt dus wel het zwijgrecht, maar niet de cautieplicht.

Tegen deze achtergrond wordt duidelijk dat de vordering aan de verdachte inzage te verschaffen in boeken en bescheiden geen 'verhoor' is, evenmin als een tot de verdachte gericht verzoek mee te werken aan monsterneming. Zwijgrecht en cautieplicht spelen uitsluitend een rol bij een vordering tot het verstrekken van inlichtingen; wordt zij gericht tot de verdachte, dan heeft die het recht niet te antwoorden. Gaat het om een vordering tot het verschaffen van mondelinge inlichtingen, dan moet de verhorend ambtenaar de cautie geven.

Saunders-arrest

Deze jurisprudentie is bevestigd in het arrest-Saunders van het EHRM. Saunders was in de *controlefase* verplicht tegenover inspecteurs van het Britse Ministerie van Handel en Industrie verklaringen af te leggen, op straffe van detentie. In Straatsburg klaagde Saunders dat zijn aldus onder dwang tot stand gekomen verklaringen in de *strafzaak* als bewijs tegen hem waren gebruikt. Hij stelde dat daardoor in strijd was gehandeld met zijn recht niet gedwongen te worden zichzelf te belasten (art. 6, lid 1 EVRM). Het EHRM stelde eerst vast dat ten tijde van het onderzoek door het Ministerie van Handel en Industrie geen sprake was van een 'criminal charge' als bedoeld in art. 6 EVRM: er was vanwege de overheid nog geen handeling verricht waaraan Saunders de redelijke verwachting had kunnen ontleen dat hij daadwerkelijk zou worden vervolgd. Hij werd in die fase dan ook niet beschermd door art. 6 EVRM. Het EHRM beperkte zich daarom tot beantwoording van de vraag of het latere gebruik in de strafzaak van de verklaringen die in de toezichtsfase waren verkregen, in strijd was met art. 6, lid 1 EVRM.

Het hof overwoog dat het zwijgrecht en het recht om niet gedwongen te worden zichzelf te belasten een centraal onderdeel zijn van het recht op een 'fair trial' als bedoeld in art. 6, lid 1 EVRM, en vervolgde:

'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.'

Het hof concludeerde dat het gebruik in de strafzaak van de verklaringen die in de toezichtsfase onder dwang waren afgelegd, in strijd kwam met art. 6 lid 1 EVRM. Dit arrest voert tot twee conclusies.

In de eerste plaats beschermt art. 6

EVRM niet tegen verkrijging van voorwerpen die bestaan 'onafhankelijk van de wil van de betrokkene'. Alle documenten, bescheiden en voorwerpen die al bestaan op het moment dat de overheid onder een toezichtsbevoegdheid inzage of uitlevering vordert, worden in het kader van de strafzaak niet door art. 6 EVRM beschermd. Datzelfde geldt voor van de verdachte af te nemen bloedmonsters of DNA-materiaal. Over blijft slechts bescherming van wat zich *in het hoofd* van de gecontroleerde bevindt. Op de tweede plaats volgt uit het arrest dat art. 6 EVRM geen bescherming biedt als er nog geen sprake is van een 'criminal charge'. Het zwijgrecht van art. 6 EVRM kan pas worden ingeroepen zodra vanwege de overheid een handeling is verricht waaraan betrokkene de redelijke verwachting kan ontleen dat hij daadwerkelijk zal worden vervolgd.

Vertaald naar Nederlandse omstandigheden betekent het Saunders-arrest dat burgers in de toezichtsfase verplicht mogen worden om inlichtingen te verschaffen. Onder dwang afgelegde verklaringen mogen echter in de strafzaak niet tegen hen worden gebruikt. Vanaf het moment dat betrokkene als verdachte moet worden aangemerkt, kan hij zich beroepen op zijn zwijgrecht.

Détournement de pouvoir?

In veel gevallen waarin toezichtsbevoegdheden worden gebruikt voor opsporing, stelt de verdediging zich op het standpunt dat er sprake is van 'détournement de pouvoir': de toezichtsbevoegdheid is voor een ander doel gebruikt dan waarvoor ze is verleend, zodat bewijsmateriaal dat is verkregen door gebruikmaking van de toezichtsbevoegdheid onrechtmatig zou zijn vergaard.

Zojuist is gebleken dat de Hoge Raad gebruik van toezichtsbevoegdheden ter opsporing op zichzelf geen misbruik van bevoegdheid vindt. Zelfs het gebruik van toezichtsbevoegdheden uit de *ene* wet ten einde feiten op te sporen die strafbaar zijn gesteld in een *andere* wet, levert niet noodzakelijk détournement de pouvoir op. Dat blijkt uit HR 13 mei 1997, *NJ* 1998, 481, waarin douaneambtenaren toezichtsbevoegdheden uit de Wet inzake de



douane hadden gebruikt ter opsporing van een Opiumwetdelict. De Hoge Raad overwoog:

'Verweer en middelen berusten op de opvatting dat de douaneambtenaren die

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 [cocaine] is begaan, niet

Toezihtsbevoegdheden kunnen voor opsporing worden gebruikt als zwijgrecht en cautieplicht in acht worden genomen

ingevolge art. 8 Opiumwet belast zijn met het opsporen van feiten strafbaar gesteld in die wet, en die tevens beschikken over de in de artikelen 82-84 en 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 [cocaine].

in de weg staat aan het uitoefenen van evenbedoelde controlebevoegdheden door de douaneambtenaren mits bij aanwending van die bevoegdheden tegenover een verdachte de aan deze als zodanig toekomstige waarborgen in acht worden genomen.' De Hoge Raad zal niet toevallig spreken over verdenking van 'invoer' van Opiumwetmiddelen. Daarom rijst de vraag of de Hoge Raad tot hetzelfde oordeel was

gekomen indien de douaneambtenaren met gebruikmaking van hun toezichtsbevoegdheden uit de Wet inzake de douane een Opiumwetdelict zouden opsporen dat minder dicht tegen de eigenlijke douane-taak (controle op invoer) aan lag. Indien er geen sprake was geweest van een verdenking van 'invoer' van cocaïne, maar van het (natuurlijk) hier te lande telen van *Nederwriet*, zou het oordeel van de Hoge Raad dan anders hebben geluid?

Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van détournement de pouvoir, lijkt dus niet in de eerste plaats te moeten worden gekeken naar de wet waarin de toezichtsbevoegdheden zijn verleend en die waarin de feiten strafbaar zijn gesteld. Veeleer is van belang vast te stellen wat de 'kerntaken' zijn van de betrokken ambtenaren. Het tegengaan van *invoer* van cocaïne behoort stellig tot de kerntaken van de douaneambtenaar. Daarentegen hoort het bestrijden van bijvoorbeeld verboden wapenbezit niet tot de kerntaken van een FIOD-ambtenaar; daarom kan worden betoogd dat de FIOD-ambtenaar die gebruik maakt van fiscale toezichtsbevoegdheden om een partij Uzi's op te sporen, zich schuldig maakt aan détournement de pouvoir.

Beetje ruimte voor creatieve verdediging

Samenvattend: de Hoge Raad en het EHRM staan veel toe. Het gebruik van

toezichtsbevoegdheden ter opsporing wordt vrijwel geen strobreed in de weg gelegd. Er zijn slechts drie begrenzings: (1) als in de toezichtsfase een persoon (niet-verdachte) verplicht wordt inlichtingen te verschaffen, mag die verklaring in een latere strafzaak niet tegen hem worden gebruikt; (2) zodra een persoon als verdachte wordt aangemerkt, is hij niet langer verplicht gehoor te geven aan een vordering tot het geven van inlichtingen, hij mag zwijgen, hem moet ook de cautie worden gegeven; (3) détournement de pouvoir kan zich voordoen ingeval een ambtenaar toezichtsbevoegdheden gebruikt ter opsporing van bepaalde feiten, terwijl dit niet tot de kern van zijn taakuitoefening behoort.

Deze grenzen laten de verdediging weinig ruimte te betogen dat toezichtsbevoegd-

heden in de opsporingsfase onrechtmatig zijn toegepast. Van misbruik van bevoegdheid ('etikettenzwendel') is met andere woorden zelden sprake. Toch is het zaak alert te blijven. Het antwoord op de vraag welke opsporingsactiviteiten tot de kerntaak van toezichthoudende ambtenaren behoren is namelijk niet volledig uitgekristalliseerd. Hier valt nog jurisprudentie uit te lokken. **n**

Noten

- 1 Art. 68 lid 2 onder *a* AWR en art. 184 Sr.
- 2 Het huidige art. 53 lid 1 *jo* 47 lid 1, AWR.
- 3 HR 2 oktober 1979, *NJ* 1980, 243.
- 4 HR 1 oktober 1985, *NJ* 1986, 405.
- 5 Vgl. art. 5:17 AWB, art. 19 lid 1 WED, art. 47 lid 1 onder *b* AWR.
- 6 Vgl. art. 5:18 lid 1 AWB en art. 21 lid 1 WED.
- 7 Art. 5:16 Awb, art. 47 lid 1 onder *a* AWR.
- 8 EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699.

Welke opsporingsactiviteiten behoren tot de kerntaak van de betrokken toezichthouder? Hierover kan jurisprudentie worden uitgelokt

Aanvullingen

In nr. 19 is ten onrechte niet vermeld dat de foto's op p. 345-347 het werk zijn van Eelco Loode. In de nrs. 10, p. 367-374, en nr. 11, p. 409-413, is eveneens niet vermeld dat het beeldmateriaal is gemaakt door illustrator Annet Scholten.