

Jurisprudentie

Het nemo tenetur-beginsel: het recht op zwijgen roept op tot discussie

Annotatie bij rechtbank Overijssel 4 november 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:5696

Mr. C.A.T. Bosland*

36

1. *‘Ik zeg niet tegen jou dat je jezelf publiekelijk moet verraden of jezelf moet beschuldigen ten overstaan van anderen, maar dat je de profeet moet gehoorzamen wanneer hij zegt: “Onthul jezelf aan de Heer”.*¹

Deze schriftelijke uiting van Johannes Chrysostomus² kan worden beschouwd als een eerste hersenspinsel met betrekking tot het nu geldende nemo tenetur-beginsel.³ Uit deze passage werd door rechtsgeleerden gedestilleerd dat mensen *wel* verplicht waren hun zonden aan God bekend te maken, maar nooit gedwongen kunnen worden om hun zonden aan een ander mens bekend te maken.⁴ Mocht deze verplichting wel bestaan, zou dit publieke vertegenwoordigers de mogelijkheid geven ieder mens te dwingen tot openbaarmaking van zijn/haar misdaden.⁵ Na de uitingen van Chrysostomus is er veel geschreven en gezegd over het nemo tenetur-beginsel, waardoor duiding geven aan de historische ontwikkeling van het beginsel de strekking van deze annotatie

voorbijgaat. Het huidige uitgangspunt is dat het nemo tenetur-beginsel inhoudt dat niemand gehouden is tegen zichzelf bewijs te leveren of dat niemand kan worden gedwongen aan de eigen veroordeling mee te werken.⁶ Het nemo tenetur-beginsel is van toepassing onder twee voorwaarden: er moet sprake zijn van ‘enige vorm van dwang’ en een ‘*criminal charge*’.⁷ De aanwezigheid van deze voorwaarden betekent louter dat het beginsel van toepassing is, niet dat het ook geschonden is; het zijn ‘toegangsvoorwaarden’. Alhoewel de eerste gedachten met betrekking tot het nemo tenetur-beginsel eeuwen geleden ontstonden, is er nog steeds veel discussie over de invulling van het beginsel. Daar is de Nederlandse rechtspraak geen uitzondering op. Daarom wordt het nemo tenetur-beginsel in deze annotatie getuid aan de hand van een arrest van de rechtbank Overijssel (hierna: de rechtbank) van 4 november jongstleden.⁸ Dit wordt als volgt gedaan: eerst worden de feiten van de uitspraak en de redenering van de rechtbank besproken, daarna wordt ingegaan op het nemo tenetur-beginsel in geval van een sfeerovergang van bestuursrecht naar strafrecht, waarna ten slotte enkele vraagtekens worden gezet bij de afdoening van de rechtbank in onderhavig arrest.

* Mr. C.A.T. Bosland rondde in maart 2024 haar master Law & Technology aan de Universiteit Tilburg af. In januari 2025 rondde zij haar master strafrecht aan de Universiteit van Amsterdam af.

1 L.C.A. Wijsman, *Nemo tenetur in belastingzaken (diss. Rotterdam)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 2.

2 Aartsbisschop van Constantinopel 398 tot 403 n. Chr.

3 L.C.A. Wijsman, *Nemo tenetur in belastingzaken (diss. Rotterdam)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 2.

4 A. Zeeman, *Dulden of meewerken, een onderzoek naar de toepassing van het nemo tenetur beginsel bij de sfeerovergang van controle naar opsporing*, Antwerpen: Gompel & Svacina, p. 186.

5 A. Zeeman, *Dulden of meewerken, een onderzoek naar de toepassing van het nemo tenetur beginsel bij de sfeerovergang van controle naar opsporing*, Antwerpen: Gompel & Svacina, p. 186.

6 Dit wordt ook bevestigd door rechtbank Overijssel in onderhavig arrest, r.o. 3.4.

7 EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (De Legé t. Nederland), r.o. 74.

8 Rechtbank Overijssel 4 november 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:5696.

Feiten

2. Nadat verdachte, een 53 jarige man, stelselmatig meer omzetbelasting terugvroeg dan dat hij aan omzet opgaf, verzocht de Belastingdienst hem om een nadere onderbouwing van zijn ingediende aangiften.⁹ Verdachte voldeed aan dit verzoek door enkele facturen en orderbevestigingen aan de Belastingdienst te verstrekken. Bij de Belastingdienst ontstonden door ‘nader onderzoek’¹⁰ twijfels over de ‘juistheid van de belastingaangifte’, waarna een strafrechtelijk onderzoek is gestart. In de context van dit strafrechtelijk onderzoek is de woning van verdachte doorzocht, waarbij achttien stuks professioneel vuurwerk zijn aangetroffen.¹¹ Verdachte is ten laste gelegd dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan het opzettelijk doen van onjuiste (belasting)aangiften (feit 1), het plegen van valsheid in geschrifte door het valselijk opmaken of vervalsen van facturen en orderbevestigingen (feit 2), het opzettelijk overhandigen van valse/vervalste geschriften aan de Belastingdienst waardoor minder belasting zou worden geheven (feit 3) en ten slotte het al dan niet opzettelijk opslaan en voorhanden hebben gehad van professioneel vuurwerk (feit 4). In deze annotatie ligt de nadruk op feiten 2 en 3 aangezien de verdediging inzake deze feiten een ‘nemo tenetur-beginsel verweer’ heeft gevoerd.

3. Met betrekking tot feit 2 en 3 stelt de verdediging dat sprake is van een schending van artikel 6 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 29 Wetboek van Strafvordering (Sv), vanwege een schending van het nemo tenetur-beginsel, dat uit deze artikelen gedestilleerd kan worden. De verdediging onderbouwt dit als volgt: verdachte is bij brief van 4 april 2022 gevorderd inlichtingen te verschaffen als bedoeld in artikel 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR), terwijl reeds sprake was van een verdenking van belastingfraude en valsheid in geschrifte. De verdediging bepleit hier impliciet de aanwezigheid van een sfercumulatie. Een sfercumulatie behelst de situatie waar bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving simultaan plaatsvinden.¹² De argumentatie van de verdediging steunt op het idee dat het nemo tenetur van toepassing is door de aanwezigheid van een strafrechtelijke vervolging, vanwege het nemo tenetur-beginsel had de verdachte niet verplicht mogen worden tot het overhandigen van eventueel incriminerende bescheiden. Het nemo tenetur-beginsel behelst immers het idee dat niemand verplicht kan worden om mee te werken aan zijn of haar veroordeling.

4. De rechtbank begint haar overweging met een herhaling van de essentie van het nemo tenetur-beginsel: het nemo tenetur-beginsel houdt in dat niemand is gehouden tegen zichzelf bewijs te leveren of dat niemand kan worden gedwongen aan de eigen veroordeling mee te werken.¹³ Daarna stelt de rechtbank dat als eerste onderzocht moet worden of de bescheiden zijn opgevraagd nadat het strafrechtelijk onderzoek is gestart. De rechtbank overweegt dat het besluit tot een verdenking tegen de verdachte is genomen op 20 april 2022, reeds op 4 april 2022 is een brief aan verdachte verstuurd die zag op een controle met betrekking tot de aangifte van de omzetbelasting van de verdachte. Op basis van deze constatering stelt de rechtbank vast dat het door de verdediging ingenomen standpunt dat het strafrechtelijk onderzoek naar verdachte reeds was aangevangen ten tijde van het sturen van de vragenbrief op 4 april 2022, en daarom geen controlebevoegdheden meer uitgeoefend kunnen worden, onjuist is. Anders dan de door de verdediging geïmpliceerde sfercumulatie lijkt de rechtbank te impliceren dat er sprake is van een sfeerovergang. Sfeerovergang houdt in dat bestuursrechtelijke handhaving, en de resultaten daarvan, reden geven voor het starten van strafrechtelijke handhaving.¹⁴ Daarbovenop stelt de rechtbank dat het verweer van de verdediging dat er vanaf 10 februari 2022 al twijfel was ontstaan bij de Belastingdienst waardoor verdachte op 4 april 2022 ‘ongetwijfeld reeds aangemeld was voor strafrechtelijk onderzoek’ geen doel treft omdat er op 10 februari nog geen *verdenking* aanwezig was, de rechtbank lijkt hieraan te verbinden dat door de afwezigheid van een concrete verdenking het nemo tenetur-beginsel niet van toepassing is. De rechtbank maakt een strikt onderscheid tussen de bestuursrechtelijke fase, waarin het nemo tenetur-beginsel niet van toepassing is, en de strafrechtelijke fase, waarin het nemo tenetur-beginsel wel van toepassing is.

5. Terloops vermeldt de rechtbank in een overweging ten overvloede dat het vorderen van een onderbouwing van een negatieve aangifte omzetbelasting ook bij aanwezigheid van een strafrechtelijk onderzoek, waarop het nemo tenetur-beginsel dus van toepassing is in tegenstelling tot de volgens de rechtbank hier aanwezige bestuursrechtelijke controlebevoegdheid, niet in strijd zou zijn met het nemo tenetur-beginsel.¹⁵ De rechtbank overweegt het volgende:

‘De vraag of en in hoeverre sprake is van wilsonafhankelijk materiaal als de belastingdienst, ter controle, een onderbouwing van een negatieve aangifte omzetbelasting vordert, wat naar vaste jurisprudentie op zichzelf genomen ook tijdens een strafrechtelijk onderzoek niet

9 Rechtbank Overijssel 4 november 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:5696, r.o. 3.1.

10 De rechtbank duidt niet wat hieronder valt.

11 Rechtbank Overijssel 4 november 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:5696, r.o. 3.1.

12 M.J. Borgers, ‘De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing’, in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, & M.J.J.P. Luchtman (red.) Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland, Meppel: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 455.

13 Rechtbank Overijssel 4 november 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:5696, r.o. 3.4.

14 M.J. Borgers, ‘De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing’, in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, & M.J.J.P. Luchtman (red.) Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland, Meppel: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 455.

15 Rechtbank Overijssel 4 november 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:5696, r.o. 3.4.

*in strijd is met het nemo-tenetur beginsel, kan hier dan ook onbesproken blijven.*¹⁶

6. Met de verwijzing naar de eventuele wilsonafhankelijkheid van het materiaal refereert de rechtbank kort en impliciet aan het arrest *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*. In dit arrest is vastgesteld dat het nemo tenetur-beginsel niet van toepassing is op materiaal dat wilsonafhankelijk is. Wilsonafhankelijk materiaal is materiaal dat *'has an existence independent of the will of the suspect'*.¹⁷ De rechtbank stelt dat de vraag of er sprake is van wilsonafhankelijk materiaal niet beantwoord hoeft te worden aangezien het nemo tenetur-beginsel niet van toepassing is, maar lijkt tegelijkertijd wel te impliceren dat er in dit geval sprake is van wilsonafhankelijk materiaal door te stellen dat ook in een strafrechtelijk onderzoek een onderbouwing van een negatieve aangifte omzetbelasting gevorderd kan worden zonder dat dit strijd met het nemo tenetur-beginsel oplevert.

7. De rechtbank stelt dus dat het nemo tenetur-beginsel niet van toepassing was vanwege de afwezigheid van een strafrechtelijk onderzoek ten tijde van de vordering. Daarbovenop lijkt de rechtbank te stellen dat als het nemo tenetur-beginsel wel van toepassing zou zijn, dit beginsel niet geschonden is aangezien er sprake is van wilsonafhankelijk materiaal. In de volgende paragraaf wordt het leidend juridisch kader omtrent de toepassing van het nemo tenetur-beginsel in niet-commun strafrechtelijke zaken uiteengezet, waarna de overwegingen van de rechtbank in dat kader besproken worden.

Juridisch kader

8. Zoals reeds gesteld, is het nemo tenetur-beginsel van toepassing wanneer er sprake is van 'enige vorm van dwang' en een 'criminal charge'. Wat houden deze criteria in? Ten eerste 'enige vorm van dwang'. In *Ibrahim t. Verenigd Koninkrijk*,¹⁸ heeft het EHRM drie soorten dwang genoemd die in ieder geval tot een schending van artikel 6 EVRM kunnen leiden:¹⁹

- 'wanneer een verdachte onder dreiging van straffen een verklaring aflegt, of vanwege het uitblijven van een verklaring gestraft wordt';²⁰
- 'wanneer de autoriteiten fysieke of psychologische druk gebruiken om bewijs te verkrijgen';²¹

- 'wanneer de autoriteiten een kunstgreep gebruiken om informatie te krijgen van de verdachte, die zij tijdens een verhoor niet zouden kunnen krijgen.'²²

Onder een in c. genoemde 'kunstgreep' valt bijvoorbeeld het opleggen van een dwangsom ter verkrijging van bepaalde bescheiden.²³

In casu zou er gesteld kunnen worden dat er aan de eerste categorie van dwang voldaan is, de Belastingdienst heeft de inlichtingen van de verdachte gevorderd op basis van artikel 47 AWR. Het niet voldoen aan een verplichting vloeiende uit artikel 47 AWR kan gestraft worden met een hechtenis van maximaal zes maanden of een geldboete van de derde categorie op basis van artikel 68 lid 1 onder a AWR.

Dan de vraag of er sprake is van een 'criminal charge'. Deze vraag wordt in Europese rechtspraak doorgaans beantwoord aan de hand van de Engel-criteria.²⁴ De aanwezigheid van deze criteria draagt bij aan het ontstaan van een 'criminal charge':

- Als een norm tot het strafrecht behoort, is er sowieso sprake van een 'criminal charge'.²⁵
- Wanneer de normadressaat uit een groot deel van de bevolking bestaat, is de kans groter dat er sprake is van een 'criminal charge'.²⁶
- Om te spreken van een 'criminal charge' moet de sanctie, over het algemeen, als doel hebben om leed toe te voegen en afschrikkend te werken.²⁷

9. Buiten de Engel-criteria heeft het EHRM, in het tot op heden leidende arrest *De Legé t. Nederland*,²⁸ geconcludeerd dat het nemo tenetur-beginsel ook van toepassing is, als er nog geen 'criminal charge' is maar er sprake is van 'het middels dwang of druk verkrijgen van informatie buiten een strafrechtelijke procedure, waarna deze informatie gebruikt wordt in een strafrechtelijke vervolging'.²⁹ Het lijkt erop dat het EHRM door het toevoegen van deze laatste overweging ook het fenomeen sfeerovergang, zoals eerder in deze annotatie besproken, onder het criminalchargebegrip heeft geschaard. Situaties waarin eerst een bestuursrechtelijke bevoegdheid werd ingezet, waarbij de inzet resulteert in het gebruik van de onder de bestuursrechtelijke bevoegdheid verkregen in-

16 Rechtbank Overijssel 4 november 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:5696, r.o. 3.4.

17 EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 69.

18 EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

19 Deze opsomming is dus niet alomvattend.

20 EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 267.

21 EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 267.

22 EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 67.

23 E.J.F.C. van Nijnatten, 'De Legé/Nederland. Gebruik voor bewijs van onder druk van een dwangsom overlegde bankafschriften en portfolio-overzichten niet in strijd met het nemo tenetur beginsel', FED 2022/123, p. 21.

24 EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071 (*Engel e.a. t. Nederland*).

25 B. de Kam, 'De intrekking van beschikkingen, mede in Europees en rechtsvergelijkend perspectief', ITeR 2016/29, p. 1.

26 B. de Kam, 'De intrekking van beschikkingen, mede in Europees en rechtsvergelijkend perspectief', ITeR 2016/29, p. 1.

27 B. de Kam, 'De intrekking van beschikkingen, mede in Europees en rechtsvergelijkend perspectief', ITeR 2016/29, p. 2.

28 EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé t. Nederland*).

29 EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé t. Nederland*), r.o. 74.

formatie in een strafrechtelijke procedure, vallen dus nu onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel mits er ook sprake is van enige vorm van dwang. De rechtbank lijkt deze maatstaf niet mee te nemen in haar overwegingen in het onderhavige arrest.

10. Naast de vraag *wanneer* het nemo tenetur-beginsel van toepassing is, gaat de rechtbank ook kort in op de vraag *wanneer* er sprake is van een schending van het nemo tenetur-beginsel. Zoals eerder vastgesteld hanteert de rechtbank het *Saunders*-criterium.³⁰ Het *Saunders*-criterium houdt in dat dat het nemo tenetur-beginsel niet strekt tot materiaal dat *'has an existence independent of the will of the suspect'*,³¹ kort gezegd: wilsonafhankelijk materiaal. De Hoge Raad zoekt aansluiting bij het criterium uit Saunders en hanteert de maatstaf of het materiaal in fysieke zin 'bestaat' onafhankelijk van de wil van de betrokkene.³² Materiaal zoals bloed of urine bestaat evident buiten de wil van de verdachte om. Een mens hoeft niks (bewust) te doen voor het bestaan van urine of bloed. Een mondelinge verklaring is evident materiaal dat niet kan bestaan zonder dat een persoon dat wil (wilsafhankelijk materiaal), dit valt wel onder het nemo tenetur-beginsel.

11. Alhoewel de rechtbank opmerkt dat de vraag of er sprake is van wilsonafhankelijk materiaal onbesproken kan blijven, vanwege de door de rechtbank vastgestelde niet toepasselijkheid van het nemo tenetur-beginsel, lijkt de rechtbank hier opnieuw voorbij te gaan aan het arrest *De Legé t. Nederland*. In *De Legé t. Nederland* is een uitzondering gemaakt op het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal, in geval van *'financial-law matters'*. In dit arrest voegt het EHRM de uitzondering toe dat wilsonafhankelijk materiaal in de context van *'financial-law matters'* gebruikt mag worden mits het gaat om specifieke documenten die reeds bestonden, relevant zijn voor het strafrechtelijk onderzoek en waarvan de autoriteiten wisten dat ze bestonden.³³ Dit staat in tegenstelling tot een situatie waarin de autoriteiten een persoon proberen te dwingen om documenten te overhandigen waarvan zij denken dat ze bestaan maar niet zeker zijn van het bestaan, een *'fishing expedition'*.³⁴ Als er sprake is van een *'fishing expedition'* acht het EHRM het nemo tenetur-beginsel geschonden, ook als er sprake was van wilsonafhankelijk materiaal.³⁵ Het nemo tenetur-beginsel is dus op basis van het arrest *De Legé t. Nederland* in de context van *'financial-law matters'* van toepassing als er sprake is van wilsafhankelijk materiaal *en* bij wilsonafhankelijk mate-

riaal als sprake is van een *'fishing expedition'*. Het gebruik van de term *'financial-law matters'* door het EHRM houdt niet in dat deze toets alleen van toepassing is op fiscale procedures. Deze conclusie wordt ook getrokken door advocaat-generaal (A-G) Keulen.³⁶ Buiten dat hij concludeert dat er alleen gesproken wordt van *'financial-law matters'* vanwege de onderwerpen van de door het EHRM aangehaalde jurisprudentie, stelt A-G Keulen ook dat er geen reden is om aan te nemen dat het nemo tenetur-beginsel buiten de context van *'financial-law matters'* niet hetzelfde geïnterpreteerd zou moeten worden.³⁷

12. Aangezien de rechtbank het nemo tenetur-beginsel niet van toepassing acht, en de wilsonafhankelijkheid daardoor alleen zijdelings benoemt, biedt de uitspraak geen basis voor een grondige discussie omtrent de eventuele aanwezigheid van een *'fishing expedition'*. Echter is het noemenswaardig dat de rechtbank tot tweemaal toe het EHRM lijkt te passeren, ten eerste door het nemo tenetur-beginsel alleen van toepassing te achten op strafrechtelijke procedures en ten tweede door te impliceren dat het beginsel alleen van toepassing is in geval van wilsafhankelijk materiaal.

Discussie

13. Anders dan de rechtbank in een kort uiteengezette discussie concludeert, kan dus beargumenteerd worden dat het nemo tenetur-beginsel *wel* van toepassing kan zijn op het onderhavige geschil. Een puur op bestuursrecht en strafrecht gebaseerd onderscheid is sinds het arrest *De Legé t. Nederland* passé. In *de Legé t. Nederland* heeft het EHRM een vangnet gecreëerd voor de ontvanger van een bestuursrechtelijk informatieverzoek die door daaraan te voldoen uiteindelijk zijn of haar eigen strafrechtelijke vervolging bevordert. Deze ontwikkeling is, mijns inziens, wenselijk aangezien het een limitatie op de macht van de overheid creëert, zonder deze overheid de mogelijkheid tot interventie volledig te ontnemen. Het gecreëerde vangnet wordt namelijk door andere Europese rechtspraak genuanceerd, in de vorm van het arrest *Jussila t. Finland*.³⁸ In dit arrest stelt het EHRM het volgende:

*'The Court has found that cases concerning tax reassessments – or tax fines – differ from the hard core of criminal law for the purposes of the Convention, and that, consequently, the guarantees of Article 6 under its criminal head will not necessarily apply with their full stringency.'*³⁹

30 EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk).

31 EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), r.o. 69.

32 HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130 r.o. 4.4.2.

33 EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (De Legé t. Nederland), r.o.76.

34 EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (De Legé t. Nederland), r.o.76.

35 EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (De Legé t. Nederland), r.o.76.

36 Concl. A-G Keulen 11 juli 2023, ECLI:PHR:2023:676, punt 34.

37 Concl. A-G Keulen 11 juli 2023, ECLI:PHR:2023:676, punt 34.

38 EHRM 23 november 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:1123JUD007305301 (Jussila t. Finland).

39 EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (De Legé t. Nederland), r.o. 62.

Ondanks de ietwat vage verwoording blijkt uit de overweging van het EHRM wel dat fiscale delicten of boetes niet onder ‘hard core of criminal law’ vallen, waardoor artikel 6 EVRM minder streng hoeft worden toegepast, dit laat meer ruimte voor het gebruik van overhandigde documenten als bewijs.⁴⁰

14. Deze twee arresten, *Jussila t. Finland* en *De Legé t. Nederland*, brengen met zich mee dat de rechtbank eerst had kunnen toetsen of er sprake was van ‘enige vorm van dwang’ en een ‘criminal charge’, met inbegrip van het fenomeen sfeerovergang bij de uitleg van het criminalchargecriterium. Na vast te stellen dat dit *wel* het geval is, kan de rechtbank toetsen of het geschil zich binnen de ‘hard core of criminal law’ bevindt, of de ‘periferie’ daaromheen. Een logisch onderscheid is dan commuun strafrecht aan te nemen als ‘hard core of criminal law’ en gebieden waar betrokkenen uit eigen beweging deelnemen aan een regime en hierdoor verantwoordelijkheden op zich nemen,⁴¹ onder de periferie te scharen.⁴²

15. Dezelfde conclusie kan worden getrokken op basis van de noot bij *De Legé t. Nederland* van universitair hoofddocent Pinar Ölçer. Zij stelt dat het EHRM in *Jussila t. Finland* artikel 6 EVRM ook van toepassing heeft geacht op niet strafrechtelijke procedures die een punitief karakter hebben, maar dat dit niet betekent dat de rechten van artikel 6 EVRM even streng moeten worden toegepast als bij strafrechtelijke procedures.⁴³ Wat zij opmerkt, is dat het EHRM *Jussila t. Finland* toepast op het nemo tenetur-beginsel, terwijl het in *Jussila t. Finland* ging om het recht om aanwezig te zijn bij de zitting en daar argumenten mondeling toe te kunnen lichten.⁴⁴ Het feit dat het EHRM *Jussila t. Finland* toepast op het nemo tenetur-beginsel, bevestigt dat het EHRM aanneemt dat het onderscheid gemaakt in *Jussila t. Finland* niet alleen zag op dat specifieke geschil maar dat het EHRM een algemeen kader heeft willen creëren op basis waarvan de rechten van artikel 6 EVRM buiten het commuun strafrecht wel degelijk van toepassing zijn, maar minder streng.

16. De wenselijkheid van aansluiting bij een casuïstische benadering wordt ook gereflecteerd in de memorie van toelichting bij het nieuwe Wetboek van Strafvordering. De wetgever stelt dat in het nieuwe Wetboek van Strafvordering bewijs niet kan steunen op verklaringen die de verdachte op grond van een wettelijke verplich-

ting tot het verstrekken van informatie heeft afgelegd, tenzij het recht op een eerlijk proces daardoor niet geschonden is.⁴⁵ Ook de wetgever lijkt dus acht te hebben geslagen op de ontwikkelingen in de Europese rechtspraak, en heeft het nut hiervan ingezien.

17. Ten slotte wordt de wenselijkheid van de casuïstische benadering ook nog benadrukt door het EHRM in het arrest *De Legé t. Nederland*. Het EHRM stelt dat getoetst moet worden of de procedure in zijn geheel nog eerlijk was. Dit hangt af van de mate van dwang die is gebruikt, de aanwezigheid van waarborgen tijdens de procedure en of het verkregen bewijs gebruikt is en waarvoor.⁴⁶

Conclusie

18. Dit alles in overweging genomen is het zonde dat de rechtbank in deze uitspraak geen verdere toepassing van het arrest *De Legé t. Nederland* heeft geboden. Door een toets te construeren op basis van het *De Legé t. Nederland*-arrest in combinatie met het *Jussila t. Finland*-arrest, had de rechtbank aansluiting kunnen zoeken bij de huidige Europese tendens en het komende Wetboek van Strafvordering. Ook biedt deze toets een uitkomst voor de diversiteit aan zaken waar het nemo tenetur-beginsel van toepassing op is: in het geval van machtige partijen die vrijwillig deelnemen aan een regime, zoals bijvoorbeeld grote marktdeelnemers binnen het mededingingsrecht, kan de bescherming van het nemo tenetur-beginsel minder streng worden toegepast dan in het geval van een enkele burger die, niet geheel vrijwillig, normadressaat van de AWR is. Zo kan er recht worden gedaan aan het nemo tenetur-beginsel dat fungeert in een strafrechtstelsel dat een toenemende overlap heeft met bestuursrechtelijke procedures, zonder opsporingsautoriteiten volledig buitenspel te plaatsen.

40 Concl. A-G Keulen 11 juli 2023, ECLI:PHR:2023:676, punt 36.

41 Op basis van deze maatstaf is een minder vergaande toepassing van artikel 6 EVRM aangenomen in het verkeer (EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (O'Halloran & Francis t. Verenigd Koninkrijk) r.o. 57).

42 Deze gedachtegang wordt ook gereflecteerd in de eerdergenoemde conclusie van A-G Keulen (punt 40).

43 P. Ölçer, ‘De Legé t. Nederland (EHRM, 58342/15) – Het nemo tenetur-beginsel en wils(on)afhankelijk materiaal in non-hard core punitieve procedures’, www.echr-updates.nl 13 januari 2023.

44 P. Ölçer, ‘De Legé t. Nederland (EHRM, 58342/15) – Het nemo tenetur-beginsel en wils(on)afhankelijk materiaal in non-hard core punitieve procedures’, www.echr-updates.nl 13 januari 2023.

45 Kamerstukken II 2023/24, 36327 nr. 3, p. 56.

46 EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (De Legé t. Nederland), r.o. 78.