

Hoofdstuk 1.

Inleiding

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

Nota ministerie van Justitie van 31 december 1968 nr. 230

1.1 Handhaving van ‘ordeningsrecht’

In het najaar van 1597 werd Gerrit de Veer als held verwelkomd in de Amsterdamse haven. De Veer had deel uitgemaakt van wat de geschiedenis ingegaan is als de beruchte overwintering op ‘Nova Zembla’. Deze expeditie had niet het oorspronkelijk doel behaald om een kortere zeeroute naar Indië te vinden. Niettemin vormde de reis wel een aanzet voor verdere expedities naar de ‘Oost’. De resultaten daarvan waren complexere en vooral winstgevende handelsnetwerken. Daarbij was vis een belangrijk exportproduct. In Amsterdam bijvoorbeeld, werd haring door de vissers bij de Haringpakkerstoren aan het IJ uitgepakt. De haring, die voor de export was bestemd, werd onder toezien oog van keurmeesters – voorlopers van de moderne toezichhouder – opnieuw gezouten en in verzegelde tonnetjes verpakt.¹ Met die werkwijze werd de kwaliteit en kwantiteit van de handelwaren gegarandeerd. Door het vertrouwen dat de koper aldus genoot, konden de handelaren een gegarandeerde prijs ontvangen voor hun aangeboden producten. Op deze wijze droegen de bestuurlijke controles in belangrijke mate mee aan het functioneren van het handelsverkeer en het bevorderen van de welvaart. Voor de transparantie op de markt diende aangeboden waren duidelijk tentoon te worden gesteld, hetgeen in sommige Nederlandse steden zelfs verplicht was. Dat gaf de keurmeesters gelegenheid waren zonder nadere aankondiging

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

te keuren.² Daarbij waren de keurmeesters dikwijls zelfstandig bevoegd om geldelijke sancties op te leggen, tegen daarvoor vastgestelde geldboetes. Dergelijke bestraffing vond aldus grotendeels plaats buiten de gewone rechtbank, in de vorm van boetes van de keurmeesters. Daar herkennen we aldus de voorloper van het moderne concept van de bestuurlijke boete.³

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

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

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

3. D.A. Berends, *Het werk van de vos, samenleving en criminaliteit in de late middeleeuwen*, Zutphen 1985, p. 69-70. Ook in Utrecht kwamen allerlei feiten voor de 'tuchtrechters' van de gilden, ook feiten die strafbaar waren naar gemeen recht zoals het beledigen van ambtenaren. De lichtere delicten en de typische groepsdelicten kwamen voor de gilderechters, de zwaardere – zeker die waarbij lijfstraffelijke rechtspraak nodig werd geacht – vooral de stedelijke magistraat. Door dit onderscheid cumuleerden de gildestrafpen (vooral boete, bedrijfsverbod en uitstoting uit gilde) meestal niet met de straffen van het gemene recht, behoudens de uitstoting na (stedelijke) veroordeling wegens een zwaar delict.

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

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

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

7. In de zeventiende eeuw nam dat punitief gehandhaafde 'ordeningsrecht' verder toe. Eén van de bekendste regelingen op dat terrein is het Groot Placaetboek voor Holland & Zeeland. Volgens Buruma betreft dit eerder een compilatie van regelgeving; geen codificatie, gezien de samenhang

ontwikkeling gepaard gaat met voorschriften, ter regulering van dergelijke handel en garandering van de kwaliteit van geproduceerde artikelen.

1.2 Verdere opkomst van ordeningsrecht en toezichthouders

De in het voorgaande genoemde voorschriften ter regulering van het ‘economische leven’, kan aangeduid worden met de term ‘ordeningsrecht’ of ‘economisch recht’.⁸ Een meer bredere definitie in relatie tot het strafrecht zou kunnen luiden ‘bijzonder strafrecht’.⁹ De Nederlandse geschiedenis laat een omvangrijk beeld zien van dergelijke overheidsregulering in de negentiende eeuw. De klassieke liberale perceptie van de overheid als nachtwakersstaat, is aldus niet congruent met de werkelijkheid. Althans niet, voor zover het betreft de handhaving van het ordeningsrecht.¹⁰ Vanaf de negentiende eeuw werden diverse gecentraliseerde overheidsdiensten opgericht, belast met het toezicht op bepaalde regelgeving. Zo wordt in 1801 een inspectie voor onderwijs opgericht en in 1805 departementale commissies voor landbouw, fabriekswezen en geneeskunde.¹¹

tussen de artikelen ontbrak. Het eerste deel stamde uit 1658. Zie Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Gouda Quint: Arnhem 1993, p. 46 en p. 74. Natuurlijk zijn ook veel voorbeelden te noemen van vormen van ‘fiscale’ fraude. Zie Buruma, a.w. p. 42 en H.M. van den Heuvel, *De criminele vonnisboeken van Leiden 1533-1811*, in *Rijnland 14-15 (1977-78)*. Uit de criminele vonnisboeken van Leiden blijkt dat in het begin van de zeventiende eeuw de vierschaar regelmatig de ontduiking van heffingen op bier berechtte.

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

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

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

11. Buruma noemt in dit verband nog andere toezichthouders zoals keurders van levensmiddelen, schoolopzieners en landbouwcommissarissen. Deze diensten werden echter nog niet sterk centraal aangestuurd. Buruma, a.w., p.62.

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

In 1933, tegen de achtergrond van voedseltekorten, wordt de Landbouwcrisiswet van kracht, die voorziet in een punitief tuchtrechtelijk kader. Commissies voor tuchtrechtspraak krijgen onder meer de bevoegdheid tot het opleggen van forse tuchtboetes, het intrekken van vergunningen en het verbeurdverklaren van waarborgsommen. Deze wetgeving kan volgens Mulder geduid worden als het begin van de geschiedenis de van de Wet op de Economische Delicten.¹⁴ Die economische strafrechtspraak vertoonde echter het beeld van een bonte aaneenschakeling van civiele- tuchtrechtelijke en bestuursrechtelijke fora. Tijdens de Duitse bezetting ontstaat een belangrijke impuls naar de opmars van een coherente economische strafrechtspraak. Zo kwam de eerste regeling met betrekking tot de ‘berechting van strafzaken rakende het economisch leven’ tot stand bij het bezettingsbesluit van de secretaris-generaal van het Departement van Justitie van 7 april 1941.¹⁵

Na de Tweede Wereldoorlog ontstond behoefte aan meer structuur aangaande handhaving van het ordeningsrecht als alternatief voor die sterk uiteenlopende mogelijkheden van handhaving. De WED kan dan ook gezien worden als een streven tot

Zie voorts Bosch Kemper: ‘Het is niet mogelijk al de ambtenaren op te noemen aan welke bij bijzondere wetten of wettige verordeningen het opsporen van overtredingen en dienvolgens de bevoegdheid om proces-verbaal omtrent dezelve op te maken is opgedragen’. De Bosch Kemper, 1838: III, ad, art. 437 Sv-oud, p. 557.

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

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

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

15. Zie J.A. E. Vervaele, ‘Historische ontwikkeling van het bijzonder strafrecht’, in: F.G. H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman (red.), *Bijzonder strafrecht, Strafrechtelijke handhaving van sociaal- economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: 2011, p. 17. Zie voorts A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 13. Formeel gezien worden de bezettingsbesluiten in 1944 vervangen, door de regering in ballingschap uitgevaardigde Besluit berechting economische delicten (Besluit van 31 oktober 1944 houdende vaststelling van het Besluit berechting economische delicten, *Stb.* 1944, E135), alsmede de daarin opgenomen regeling aangaande tuchtrechtspraak voor de prijzen. Dat Besluit berechting economische delicten bevat bijzondere regelingen betreffende opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten. Tevens worden de economische regelingen genoemd die het Besluit bestrijkt. Het Besluit tuchtrechtspraak voor de voedselvoorziening (1942) bleef in stand (*Stcrt.* 1942, 183).

een dergelijke uniformiteit, daar waar het ordeningsrecht tot een ‘lappendeken’ was verworpen. De commissie-Langemeijer had in 1945 dan ook de taak, een nieuwe, uniforme regeling voor de opsporing, vervolging en berechting van economische delicten te ontwerpen. Het ontwerp leidde tot de introductie van de Wet op de economische delicten in 1951. Volgens Vervaele is op hoofdlijnen het Besluit berechting economische delicten overgenomen en daarmee inhoudelijk ook veel aspecten van het bezettersrecht overgenomen. Tevens heeft de wetgever met de WED duidelijk gekozen voor één algemene regeling, met eigen normstellingen, eigen opsporingsbevoegdheden en eigen sancties. Daarmee heeft volgens Vervaele de wetgever destijds voor het primaat van het bijzonder strafrecht gekozen ten koste van het economisch tuchtrecht en het punitief bestuursrecht.¹⁶

1.3 Handhavingstekort en instrumentaliteitsdenken: de opmars van de bestuurlijke boete

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

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

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

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

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

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

De verdere ontwikkeling van de bestuurlijke boete is in belangrijke mate geïnspireerd door de regeling van de *fiscale* boete. De geschiedenis daarvan gaat ver terug. Reeds in de middeleeuwen konden door de landsheer boetes worden opgelegd aan een gemeenschap (stad of gewest) die zich tegen de heffing van belastingen verzette. In de tijd van de Republiek der Verenigde Nederlanden kwamen zowel vaste als procentueel bepaalde boetes voor. Tijdens de Franse bezetting werden nieuwe fiscale boetes ingevoerd in Nederland, die buiten de rechter om konden worden gevorderd. Hierin was een strafelement aanwezig.²⁰ Tevens is van belang te realiseren hoezeer de fiscale boete in het teken stond van 'efficiency'. De Commissie-Van den Dries stelde al in 1936 in haar verslag met betrekking tot de herziening van het fiscale straf- en strafprocesrecht het volgende, aangaande de afdoening van overtredingen van (wettelijke) belastingvoorschriften door middel van bestuurlijke boetes:

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

Volgens Wattel was de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen bij de invoering in 1959 vooral gericht op afdoeningsefficiency. Het fiscale boetestelsel van de AWR is volgens hem opgezet om op tamelijk eenvormige, haast automatische en vooral bureaucratistisch eenvoudige wijze, veel voorkomende fiscale wetsovertredingen met een geldelijke sanctie af te doen. Dit zonder daarvoor de strafrechter te hoeven inschakelen. De boete is mede daarom zeer innig gekoppeld aan de belasting, zodat in het AWR-systeem in het kader van de boete daarom werd gesproken over 'fiscale verhoging'.²² Het 'effici-

20. Zie ook M.W.C. Feteris 2002, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2002, p. 14. Feteris citeert in dit verband: J. van der Poel, Rondoni compositie en compromis, dissertatie Utrecht 1942, p. 267-269. Zie voorts voor een uitgebreide bespreking van de fiscale geschiedenis: J. Wortel, *Vervolgen in belastingzaken* (diss. Nijmegen.), Deventer: Kluwer 1991, p. 8-41.

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

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

ency' karakter van de bestuurlijke boete, in combinatie met de beleidsdoelen van de jaren negentig, vormden aldus een duidelijke tendens tot instrumentalisering van de handhaving.²³

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

Sinds de classificatie van bestuurlijke beboeting door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens als 'criminal charge', is in dat verband de weg vrij gemaakt voor de toepassing van de waarborgen, voortvloeiend uit artikel 6 van het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens. De 'receptie' van die jurisprudentie stond centraal in het arrest HR 19 juni 1985, *NJ* 1986, 104. De Hoge Raad merkte de naheffingsaanslag met verhoging ex art. 16 lid 1 onder a van de Wet op de motorrijtuigenbelasting 1966 aan als het instellen van een strafvervolgning in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.²⁴ In die uitspraak betrof het de toepassing van het fair trial-beginsel. De strekking van de uitspraak expliciteerde verder dat de beginselen van artikel 6 EVRM inroepbaar zijn ten aanzien van de fiscale boete. Om die reden kan dit arrest beschouwd worden als fundamenteel voor de normering van het 'fiscale boeterecht'. Annotator Alkema schrijft dan ook over de zaak dat deze 'heel wat meer losmaakte dan de deurgrendels van de rechtszaal'. De annotator betwijfelde niettemin of andere strafprocesrechtelijke waarborgen onverkort voor de fiscale boete moesten gelden. Een zwijgrecht in zaken die met een fiscale boete worden afgedaan, kwam hem overdreven voor. Die stelling heeft de tand des tijds niet kunnen doorstaan. De invloed van het EVRM maakte een wijziging van het fiscale boetestelsel noodzakelijk. Uiteindelijk bracht de Commissie-Van Slooten in 1992 een rapport uit, hetgeen de basis vormde voor een in 1993 ingediend wetsvoorstel. Een hernieuwde 'ingrijpend gewijzigde' versie van de AWR trad uiteindelijk in 1998 in werking, waarbij rekening werd gehouden met de rechtspraak van de Hoge Raad, met betrekking tot artikel 6 EVRM.²⁵

23. Vervaele, a.w., p. 21. Opmerkelijk is dat de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (CTW) in 1994 de voorkeur uitsprak voor een keuze in de handhaving van ordeningsrecht via hetzij punitief bestuursrecht, hetzij bijzonder strafrecht. Zie *De Handhaving door bestuurlijke boeten*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1994.

De regering hield echter de voorkeur aan een 'duaal model', waarbij gebruikt wordt gemaakt van het punitieve bestuursrecht, alsmede het strafrecht. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 119.

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

25. Wetsvoorstel 23 470. De eerdere wetsvoorstellen 19 489 en 21 058 werden ingetrokken. In wetsvoorstel 19 489 was met artikel 6 EVRM helemaal geen rekening gehouden. In wetsvoorstel 21 058

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

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

werd onvoldoende rekening gehouden met artikel 6 EVRM. Zie P.M. van Russen Groen, *Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht (diss. Deel III – EUR)*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 4-5. Zie voorts M.W.C. Feteris 2002, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2002, p. 2.

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

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

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

monsterneming en inzage van de administratie van de verdachte. Non-coöperatie aan de WED-vordering is strafbaar gesteld als economisch delict.²⁹

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

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

Zo beschouwd vormt de handhaving van het ordeningsrecht door middel van controlerend optreden een natuurlijk spanningsveld met het van oorsprong strafrechtelijk nemo tenetur-beginsel. In de controlesfeer bijvoorbeeld, heeft de betrokkene een verplichting te voldoen aan vorderingen van een toezichthouder. Daarentegen dient in de opsporingssfeer – gelet op de werking van het nemo tenetur-beginsel – de verdachte juist gevrijwaard te zijn van overheidspressie om aan zijn eigen bewijsvoering (actieve) medewerking te verlenen. De beschreven toename van de ordeningsrechtelijke regelgeving – de instrumentaliteit – stond dan ook in groot contrast tot de ontluikende

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

status van de bij uitstek belangrijke rechtswaarborg.³⁰ Pas in 1993 wees het EHRM op basis van artikel 6 EVRM zijn eerste arrest (Funke) aangaande de toepassing van het nemo tenetur-beginsel.³¹

1.5 Aanleiding tot het onderzoek

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

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

Hiernaast geldt het volgende. Het onderzoeksgebied aangaande de 'sfeerovergang en het nemo tenetur-beginsel' kan ook geplaatst worden in de meer algemene de verhouding tussen het bestuurs- en strafrecht ter zake van de handhaving.³⁴ In het poreuze

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

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

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

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

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

vlak tussen beide rechtsgebieden wordt de vraag namelijk relevant welke bevoegdheden door de toezichthouder/opsporingsambtenaar mogen worden uitgeoefend, en in hoeverre de betrokkene gehouden is daaraan medewerking te verlenen. In dat verband schrijft Hartmann in zijn oratie over de term ‘fuzzy law’, teneinde de onduidelijkheid te benoemen van de contouren van het straf- en bestuursrecht. De keuze voor een van beide handhavingssystemen in een concreet geval, is daardoor des te relevant, aldus Hartmann.³⁵ Te meer gelet op de fase van het onderzoek, de status van de betrokkene (gecontroleerde of verdachte) en de in acht te nemen rechtswaarborgen. Hoewel formeel sprake kan zijn van controle, kan een dergelijk onderzoek ‘de facto’ neerkomen op een vorm van ‘opsporing’.³⁶

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

‘Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat het onderzoek dat tot nu door DNB en de FIOD onder leiding van het Functioneel Parket is verricht, heeft

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

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

37. I. Böklerink, ‘Na schikking lijkt Libor-fraude Rabobank met een sisser af te lopen’, *FD* 17 augustus 2016.

38. Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204.

plaatsgevonden op het snijvlak van toezicht en strafrecht en met onvolgende onderscheid tussen beide juridisch domeinen.

In het dossier zijn opgenomen de resultaten van onderzoekshandelingen door buitenlandse en Nederlandse toezichthouders in de financiële markten zoals de CFTC in de USA, de FCA in Londen, de Japanse Financial Services Agency en DNB en daarnaast van justitiële autoriteiten in binnen- en buitenland zoals de United States Department of Justice, Criminal Division, Fraud Section en Antitrust Division en de Nederlandse FIOD.

Kenmerkend voor prudentieel onderzoek door toezichthouders is dat betrokkenen die met de onderzoekers worden geconfronteerd, medewerking moeten verlenen door het verstrekken van opgevraagde informatie en, wanneer zij worden gehoord, geacht worden vragen van onderzoekers te beantwoorden.

Kenmerkend voor strafrechtelijk onderzoek is dat een helder onderscheid bestaat tussen personen die als getuige worden aangemerkt en hen die als verdachte worden aangemerkt. Voor de laatste geldt dat er geen verplichting is op vragen te antwoorden. Ook inbeslagname van bewijsmateriaal is met diverse waarborgen van het Wetboek van Strafvordering gereguleerd. Dit stelsel van waarborgen is een weergave van het beginsel dat niemand verplicht kan worden aan zijn eigen vervolging en veroordeling mee te werken.'

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

1.6 Onderzoeksvragen

Het onderhavig onderzoek zal zich richten op de werking van het nemo tenetur-beginsel in het spanningsveld van de sfeerovergang tussen de toepassing van controlebevoegdheden enerzijds en bestuurlijk boeteonderzoek, alsmede strafvorderlijke opsporing anderzijds. Centraal staan de volgende probleemstellingen:

- Tot welke beperkingen van de aan het nemo tenetur-beginsel ontleende rechtsbescherming leidt het fenomeen van de sfeerovergang in het bestuurs- en strafrecht?

- Hoe kunnen die beperkingen van die rechtsbescherming geredresseerd worden op een wijze die tegemoetkomt aan de uitleg van dat beginsel, zoals volgt uit de jurisprudentie van het EHRM?

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

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

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

Voorts geldt dat de focus van dit boek gericht is op de handhaving van het *ordeningsrecht* en de daarmee samenhangende toepassing van het nemo tenetur-beginsel, op basis van artikel 6 EVRM. De focus is dus hoe dat beginsel een rol speelt in relatie tot de sfeerovergang. Daaruit volgt dat andere, voor het nemo tenetur-beginsel relevante

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

materie niet aan de orde komt. In dat verband kan gedacht worden aan de inferenties die de strafrechter verbindt aan de zwijgende verdachte, of bijvoorbeeld grenzen die het beginsel stelt aan neuropsychologische onderzoeksmethoden.⁴⁰ Dergelijke materie is niet relevant voor de beantwoording van de opgeworpen onderzoeksvragen.

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

1.7 Opbouw van dit onderzoek

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

Hoofdstuk 3 gaat verder waar het voorgaande hoofdstuk is geëindigd. De dwarsverbanden tussen de controle- en opsporingsfeer worden in dit hoofdstuk in kaart gebracht. Het gaat daarbij voor een belangrijk deel om de situatie waarin controlebevoegdheden

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

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

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

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

In hoofdstuk 5 komt de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel aan de orde, zoals deze valt af te leiden uit de jurisprudentie van het EHRM. Het nemo tenetur-beginsel is door het EHRM ingelezen in artikel 6 EVRM.⁴³ De concrete vraag daarbij is, welke de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel heeft in relatie tot normering van de sfeerovergang/sfeercumulatie. Wordt louter de mondelinge verklaringsvrijheid beschermd, of wordt een verdachte ook gevrijwaard van de verplichting tot het verschaffen van incriminerende documenten? De uitwerking van deze verkenning omvat een viertal aspecten.

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

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

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

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

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

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

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

Het onderzoek is afgesloten per 1 januari 2019.