

Juridische en praktische gevolgen van het strafrechtelijk gebruik van een calamiteitenrapport

ArbeidsRecht 2019/47

Overheidsinspecties kunnen de werkgever verzoeken zelf onderzoek te doen na melding van een calamiteit of bedrijfsongeval.³ De werkgever hoort dan de betrokkenen in plaats van een inspecteur.⁴ Het calamiteitenrapport blijkt vervolgens te kunnen worden gebruikt als bewijsmiddel in een strafzaak tegen een betrokkene.^{5,6} Dit werpt een drempel op voor de werknemer om mee te werken aan het onderzoek⁷ en zou een schending van het nemo-teneturbeginsel (het recht tegen gedwongen zelfbeschuldiging) kunnen zijn omdat de werknemer een spreekplicht heeft.⁸ In dit artikel wordt onderzocht of er sprake is van een schending van het nemo-teneturbeginsel door de gedwongen medewerking aan het werkgeversonderzoek en wat de oplossing zou kunnen zijn.

1. Probleemstelling en leeswijzer

In dit artikel staat het strafrechtelijk gebruik van de mondelinge verklaring die de werknemer bij zijn werkgever aflegt centraal: is het strafrechtelijk gebruik hiervan toegestaan

in het licht van het nemo-teneturbeginsel? De mondelinge verklaring kan in het strafrechtelijk traject terecht komen doordat deze is opgenomen in een calamiteitenrapport.⁹ Dit rapport is opgesteld door de werkgever op verzoek van een overheidsinspectie. In theorie (en bij acuut gevaar in de praktijk) doen de Inspecties zelf onderzoek, en horen dan de betrokkenen. Deze betrokkenen zijn verplicht mee te werken op grond van artikel 5:20 lid 1 Awb. Als de inspecteur echter vermoedt dat de betrokkene een strafbaar feit heeft gepleegd, moet de inspecteur de betrokkene de cautie geven en hoeft de betrokkene geen vragen te beantwoorden die de inspecteur stelt met het oog op de oplegging van een bestraffende sanctie; na de cautie heeft de betrokkene dus een zwijgrecht.¹⁰ Verklaringen die onder medewerkingsplicht worden afgelegd vóór de cautie dienen in principe uitgesloten te worden van het strafrechtelijk bewijs.¹¹ Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden mag een verklaring die onder dwang is afgelegd, gebruikt worden voor het strafrechtelijk bewijs zonder dat dit leidt tot een schending van het nemo-teneturbeginsel.¹²

Uit efficiencyoverwegingen en omdat een werkgever zelf verantwoordelijk is voor de kwaliteit en veiligheid, besteedt de Inspectie van Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) in veel gevallen het onderzoek uit aan de werkgever.¹³ De Inspectie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Inspectie SZW) experimenteert daarmee.¹⁴ Een onderdeel van dit onderzoek is het horen van betrokkenen.¹⁵ Dit betekent dat niet een overheidsdienaar een werknemer hoort maar een private partij. De werknemer heeft daarom geen medewerkingsplicht op grond van artikel 5:20 Awb, maar Oster stelt dat de werknemer wel een medewerkingsplicht heeft op grond van het 'goedwerknemerschap' (artikel 7:611 BW) en dat de consequentie van niet-meewerken beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan zijn.¹⁶ In het verlengde hiervan vraagt Hurks zich af hoe 'vrijwillig' een verklaring is die een werknemer aflegt in een onderzoek dat een bedrijfsrecherchebureau doet in opdracht van de werkgever.¹⁷

1 Mw. mr. drs. ing. M.J. te Hennepe-van Vulpen, alumna Open Universiteit Rechtswetenschappen.

2 Dhr. mr. dr. D.A.G. van Toor BSc., universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Utrecht en wetenschappelijk medewerker bij de *Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie* aan de *Universität Bielefeld*.

3 Verplichte melding calamiteit Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ): artikel 11 Wet kwaliteit, klachten en geschillen gezondheidszorg. Verplichte melding arbeidsongeval Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Inspectie SZW): artikel 9 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet. Bij de IGJ is het gebruikelijk dat de Inspectie na de melding de werkgever verzoekt zelf een calamiteitenrapport op te stellen. Zie bijvoorbeeld: IGJ 15 juni 2017, Video 'Hoe gaat IGJ om met meldingen en leren van calamiteiten?', IGJ.nl, zoek op 'calamiteitenrapport'. De Inspectie SZW experimenteert met het door werkgevers zelf laten onderzoeken van bedrijfsongevallen (E-mail van J.E.T. de Graaf, Inspectie SZW d.d. 16 augustus 2019, nr. 1143479/01).

4 IGJ 1 juni 2016, *Handvatten voor onderzoek met toelichting en verwachtingen van de inspecties*, IGJ.nl, zoek op 'calamiteitenrapport'.

5 In het vervolg van dit artikel zullen zowel een rapport dat opgesteld wordt naar aanleiding van een calamiteit als een rapport dat opgesteld wordt naar aanleiding van een bedrijfsongeval, aangeduid worden met 'calamiteitenrapport'.

6 Het OM baseert de aanklacht op het aanwezige calamiteitenrapport en de rechtbank noemt het calamiteitenrapport in de bewijsmiddelen: Rb. Limburg 7 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2076, respectievelijk § 3.1 eerste zin en § 3.3.3.2, 2^e alinea.

7 Uit jurisprudentie blijkt dat er een trend waarneembaar is dat werknemers in toenemende mate zwijgen in werkgeversonderzoeken: M.J. te Hennepe, *De betuiging van Scylla ten behoeve van Charibdis. Nemo tenetur in de samenloop tussen arbeidsrecht en strafrecht*, Heerlen: Open Universiteit 2018, p. 45 en Bijlage 1, te raadplegen op njb.nl, zoek op nemo tenetur.

8 Hurks vraagt zich af of de werknemer wel vrijwillig een verklaring aflegt in een werkgeversonderzoek dat uitgevoerd wordt door een bedrijfsrecherchebureau (M. Hurks, 'Vertrouwen is goed, bedrijfsrecherche is beter. Een jurisprudentieonderzoek naar de particuliere bedrijfsrecherche in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht*, 2019/22, § 1.2). Oster stelt dat de werknemer een medewerkingsplicht heeft aan het onderzoek van de werkgever (J. Oster, 'Het zwijgrecht en de meldplicht van de werknemer', *SR* 2008/10, § 4, § 5 en § 9).

9 Zie bijvoorbeeld: Rb. Limburg 7 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2076.

10 Op grond van artikel 5:10a Awb.

11 EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699; appl. no. 19187/91 (*Saunders/het Verenigd Koninkrijk*).

12 Zie bijvoorbeeld EHRM 29 juni 2007, *NJ* 2008/25; appl. nos. 15809/02 & 25624/02 (*O'Halloran & Francis/het Verenigd Koninkrijk*).

13 IGJ 15 juni 2017, Video 'Hoe gaat IGJ om met meldingen en leren van calamiteiten?', IGJ.nl, zoek op 'calamiteitenrapport'.

14 E-mail van J.E.T. de Graaf, Inspectie SZW d.d. 16 augustus 2019, nr. 1143479/01.

15 IGJ 1 juni 2016, *Handvatten voor onderzoek met toelichtingen en verwachtingen van de inspecties*, IGJ.nl, zoek op 'calamiteitenrapport', punt 6.

16 Oster stelt dat de werknemer een medewerkingsplicht heeft aan het onderzoek van de werkgever (J. Oster, 'Het zwijgrecht en de meldplicht van de werknemer', *SR* 2008/10, § 4, § 5 en § 9).

17 M. Hurks, 'Vertrouwen is goed, bedrijfsrecherche is beter. Een jurisprudentieonderzoek naar de particuliere bedrijfsrecherche in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht*, 2019/22, § 1.2.

In hoofdstuk 2 wordt aan de hand van de arbeidsrechtelijke literatuur onderzocht of de werknemer daadwerkelijk een medewerkingsplicht heeft en zo ja, wat de aard en de mate van dwang is. Deze deelvragen moeten eerst beantwoord worden voordat vastgesteld kan worden of sprake is van een schending van het nemo-teneturbeginsel. In de rechtspraak van het EHRM staat namelijk het criterium van de toegepaste dwang centraal bij de beoordeling of het zwijgrecht en/of het nemo-teneturbeginsel zijn geschonden.¹⁸ In hoofdstuk 3 wordt de jurisprudentie omtrent het dwingen van de (latere) verdachte mee te werken aan het strafrechtelijke onderzoek besproken, in de beschreven situatie of in andersoortige procedures waarin verplicht afgedragen informatie in de strafrechtelijke procedure kan worden gebruikt. Aan de hand van jurisprudentie van het EHRM wordt uiteengezet dat een werknemer bij het afleggen van een verklaring in een arbeidsrechtelijke procedure een medewerkingsplicht mag worden opgelegd, ook als hij als (latere) verdachte in een strafrechtelijke procedure een beroep kan doen op zijn zwijgrecht. Dit betekent echter niet dat de onder medewerkingsplicht afgelegde verklaring altijd in een strafzaak tegen de verdachte mag worden gebruikt. In hoofdstuk 4 komen de eerste twee hoofdstukken samen en wordt aan de hand van de criteria uit hoofdstuk 3 beoordeeld of de in de hoofdstuk 2 beschreven situatie, waarin de werknemer onder spreekplicht een verklaring dient af te leggen, leidt tot een schending van het nemo-teneturbeginsel als de verklaring gebruikt wordt voor het strafrechtelijk bewijs. In hoofdstuk 5 wordt uiteengezet dat uit de jurisprudentie blijkt dat het strafrechtelijke gebruik van de verklaring van de werknemer niet alleen juridische consequenties heeft maar ook leidt tot onwenselijke consequenties voor de waarheidsvinding van werkgevers en Inspecties. Vervolgens wordt een oplossing besproken die zowel de schending van het nemo-teneturbeginsel voorkomt en tevens de waarheidsvinding bevordert.

2. Vrijwillig of gedwongen spreken?

In deze hoofdstuk worden eerst de gronden van de dwang die leiden tot een spreekplicht besproken en de reikwijdte van de spreekplicht (§ 2.1). De maximale mate van de dwang om te spreken komt in § 2.2 aan de orde.

2.1 Gronden en reikwijdte spreekplicht

Oster meent dat een werknemer geen zwijgrecht heeft maar dient mee te werken aan het onderzoek naar fraude van de werkgever op grond van zijn 'goed werknemerschap' (artikel 7:611 BW).¹⁹ Niet meewerken aan het onderzoek zou naar zijn mening een geldige reden zijn om de arbeidsover-

eenkomst te beëindigen.²⁰ De onderbouwing daarvan laat echter te wensen over: de verwijzing naar de jurisprudentie ontbreekt.²¹ Door de eerste auteur verricht jurisprudentie-onderzoek, verricht in de periode november 2018 tot en met januari 2019, laat zien dat Oster gelijk heeft.²² Zo meent de rechtbank Midden-Nederland in een zaak waarin een systeembeheerder niet wil zeggen wie er een BitTorrent-cliënt op het netwerk heeft geplaatst, dat de werknemer op grond van zijn goed werknemerschap aan redelijke verzoeken van zijn werkgever gehoor dient te geven, zich controleerbaar dient op te stellen en verantwoording dient af te leggen aan zijn leidinggevende.²³ In de wetsverwijzingen verwijst de rechtbank uitdrukkelijk naar artikel 7:611 BW.

De rechtbank Rotterdam acht, in zijn uitspraak van 4 april 2018, de spreekplicht nog steeds aanwezig als een werknemer inmiddels verdachte is in een strafrechtelijke procedure.²⁴ Volgens het vonnis dient een werknemer, die door de politie 's nachts in de bosjes op het terrein van de werkgever werd aangetroffen in de buurt van een container met cocaïne, openheid van zaken te geven.²⁵ In deze zaak noemt de rechter echter niet artikel 7:611 BW als wettelijke grond, maar het civielrechtelijk bewijsrecht.²⁶ De rechtbank neemt daar tot uitgangspunt dat de werkgever stelt dat het niet anders kan, dan dat werknemer betrokken is bij cocaïnehandel.²⁷ Volgens de rechtbank dient de werknemer zijn (door hem gestelde) onschuld met controleerbare feiten en omstandigheden te onderbouwen, althans een gemotiveerde betwisting te geven van het voorliggende bewijsmateriaal.²⁸ Dit is de standaardprocedure in het arbeidsrechtelijke bewijsrecht.²⁹

Hier wordt duidelijk dat er een aanzienlijk verschil is tussen het arbeidsrechtelijk en strafrechtelijk bewijsrecht. In het strafrecht stelt het OM de beschuldiging vast en dient het OM te komen met bewijzen die de strafrechter overtuigen van de schuld van de verdachte. Alleen in uitzonderlijke situaties kunnen conclusies worden verbonden aan

18 Zie daarover uitgebreid: D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel: rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad vergeleken', *TBS&H* 2016, 1, p. 28-43. Zie ook D.A.G. van Toor, 'Het gedwongen ontgrendelen van een smartphone in het licht van het nemo-teneturbeginsel. Reactie op Boods 'Geef ze een vinger ...', *NJB* 2019/317.

19 J. Oster, 'Het zwijgrecht en de meldplicht van de werknemer', *SR* 2008/10, § 4, § 5 en § 9.

20 Oster noemt (onder het oude ontslagrecht) beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige of dringende reden. Sinds de invoering van het nieuwe ontslagrecht op 1 juli 2015 is er wettelijk sprake van 'opzegging op redelijke gronden' (artikel 7:699 BW en 'opzegging wegens 'dringende redenen' (ontslag op staande voet: artikel 7:677 jo. 7:678 BW).

21 Door een fout in het notenapparaat: de nummers van de noten zijn verschoven. De noot waarin de onderbouwing zou plaatsvinden is ertussenuit gevallen.

22 Zie voor uitgebreide bespreking van de jurisprudentie: M.J. te Hennepe, *De beteugeling van Scylla ten behoeve van Charibdis. Nemo tenetur in de samenloop tussen arbeidsrecht en strafrecht*, Heerlen: Open Universiteit 2018, p. 21 – 28, te raadplegen op njb.nl, zoek op nemo tenetur.

23 Rb. Midden-Nederland 24 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7391, r.o. 4.4.

24 Rb. Rotterdam 4 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2696, r.o. 6.5.

25 Rb. Rotterdam 4 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2696, r.o. 6.5.

26 Rb. Rotterdam 4 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2696, r.o. 6.5.

27 Rb. Rotterdam 4 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2696, r.o. 6.5.

28 Rb. Rotterdam 4 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2696, r.o. 6.5. Zie ook: Rb. Rotterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3115, r.o. 5.10.

29 Hoewel het de werknemer is die na ontslag op staande voet de procedure instelt, dient de werkgever de grond van het ontslag te bewijzen (H.W.J. Alt, *Stelplicht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht. Monografieën Sociaal Recht* 71, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 295). Van de werknemer wordt daartegenover een voldoende gemotiveerde betwisting verlangd (H.W.J. Alt, *Stelplicht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht. Monografieën Sociaal Recht* 71, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 300).

het zwijgen van de verdachte.³⁰ In het arbeidsrecht stelt de werkgever de gronden voor het ontslag. Het is aan de werknemer de onderliggende feiten en omstandigheden gemotiveerd te betwisten. In tegenstelling tot de strafrechter is de civiele rechter lijdelijk: als de werknemer zich niet verweert door controleerbare feiten en omstandigheden aan te voeren, dan dient de civiele rechter de aangevoerde gronden van de werkgever op grond van artikel 149 Rv als vaststaand te beschouwen. De werknemer moet dus wel spreken om aan te tonen dat de door de werkgever aangevoerde gronden onjuist zijn. Samengevat blijkt dat de werknemer een spreekplicht heeft op grond van zijn goed werknemerschap en ten gevolge van het civielrechtelijk bewijsrecht.

Hoe ver gaat de spreekplicht? Is de werknemer verplicht zichzelf te beschuldigen? In slechts één uitspraak, de in de eerste alinea van deze paragraaf genoemde uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland, wijdt de kantonrechter daar een zin aan: *'de systeembeheerder heeft niet gesteld dat hij zelf de software heeft geïnstalleerd en zichzelf niet hoeft te incrimineren.'*³¹

Hieruit kan mogelijk worden afgeleid dat de ontslaggrond 'zwijgen' dan zou zijn weggefallen. Maar vanwege het civielrechtelijk bewijsrecht zou dan de beschuldiging – het installeren en het voor eigen doelen intensief gebruiken van onwenselijke software – vast komen te staan en zouden er mogelijk alsnog maatregelen van de werkgever volgen. Zwijgen is dus nauwelijks een optie: een werknemer staat onder grote druk om te spreken. Over de maximale druk die door de werkgever uitgeoefend kan worden, handelt de volgende paragraaf.

2.2 Consequenties die de werknemer moet vrezen als hij overweegt te zwijgen - dwang

Oster meent dat de maximale 'straf' op niet-meewerken aan het verhoor dat de werkgever met zijn werknemer wil houden beëindiging van de arbeidsovereenkomst is.³² Dit wordt geïllustreerd door de in de vorige paragraaf genoemde uitspraken van de rechtbanken Midden-Nederland en Rotterdam. De rechtbank Midden-Nederland ontbindt de arbeidsovereenkomst wegens veranderde omstandigheden door versterking van de arbeidsrelatie zonder toekenning van een billijke vergoeding (arbeidsrecht oud). De rechtbank Rotterdam vindt het ontslag op staande voet van de werknemer niet onrechtmatig.³³ Ook van een vrouw, die ervan verdacht wordt leerlingen te verleiden mee te spelen

in een piramidespel maar zwijgt, ontbindt de rechtbank de arbeidsovereenkomst zonder recht op een transitievergoeding (arbeidsrecht nieuw).³⁴ Werknemers die verwijtbaar werkloos worden hebben vervolgens geen recht op een werkloosheidsuitkering.³⁵ Een werknemer die door een werkgever verdacht wordt van het plegen van een strafbaar feit en overweegt te zwijgen, dient er dus rekening mee te houden dat hij zijn inkomen kan verliezen: het inkomen uit arbeid, zonder transitie- of billijke vergoeding en zonder recht op een werkloosheidsuitkering. Dat dit tot een ongemakkelijke situatie leidt voor de werknemer die daardoor spanning ervaart, is evident.³⁶

In het arbeidsrecht wordt deze druk echter niet bij voorbaat onaanvaardbaar geacht.³⁷ De vraag rijst wat de gevolgen zijn van het op dergelijke manier afdwingen van een verklaring voor de *strafrechtelijke* procedure. In het strafrecht kan, op grond van het nemo-teneturbeginsel, het afdwingen van een verklaring namelijk een probleem zijn, als deze verklaring gebruikt wordt voor het strafrechtelijk bewijs. In principe heeft een verdachte in het strafrecht geen spreekplicht maar een zwijgrecht. In de volgende hoofdstuk wordt aandacht besteed aan het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht, en de eisen die het EHRM aan het mogen gebruiken van een afgedwongen verklaring voor het strafrechtelijk bewijs.

3. De betekenis van het zwijgrecht en het nemo-teneturbeginsel in een strafrechtelijke procedure³⁸

Het nemo-teneturbeginsel is het recht tegen gedwongen zelfbelasting, dat de grondslag vormt voor een belangrijke beperking op de activiteiten van opsporingsautoriteiten wanneer het gaat om het vergaren van bewijsmateriaal tegen de wil van een verdachte.³⁹ Het nemo-teneturbeginsel wordt vaak in een adem genoemd met het zwijgrecht.⁴⁰ Trechsel noemt het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht dan ook 'two partly overlapping circles'.⁴¹ Het nemo-teneturbeginsel beschermt – in de meest brede zin – tegen elke vorm van bewijsgaring onder dwang door de autoriteiten uitgeoefend tegen de verdachte. Het zwijgrecht daarentegen geeft de verdachte enkel de mogelijkheid om niet te spreken. Het met gebruik van fysieke kracht afnemen van

30 EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*John Murray/het Verenigd Koninkrijk*), par. 51. Vgl. HR 28 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3022, r.o. 2.3.2.

31 Rb. Midden-Nederland 24 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7391, r.o. 4.5.

32 J. Oster, 'Het zwijgrecht en de meldplicht van de werknemer', *SR* 2008/10, § 9. Sinds de invoering van het nieuwe ontslagrecht op 1 juli 2015 is er wettelijk sprake van 'opzegging op redelijke gronden' (artikel 7:699 BW en 'opzegging wegens 'dringende redenen' (ontslag op staande voet: artikel 7:677 jo. 7:678 BW).

33 Rb. Midden-Nederland 24 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7391, r.o. 4.8; Rb. Rotterdam 4 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2014:7391, r.o. 6.9.

34 Rb. Rotterdam, 4 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3115.

35 Artikel 24 lid 2 WW.

36 Zie bijvoorbeeld: Rb. Limburg 1 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3975, Rb. Noord-Nederland 1 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3863.

37 Rb. Noord-Nederland, 1 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3863. Het kan overigens wel tot onaanvaardbare druk leiden. Zie bijvoorbeeld: Hof 's Hertogenbosch 2 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2161.

38 Delen van deze paragraaf zijn eerder gepubliceerd in 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. RUN), Deventer: Kluwer 2017.

39 E. Myjer, *Van duimschroef naar bloedproef*, Deventer: Kluwer, 1978, p. 24 en N. Jörg, 'Artikel 29', aant. 8.1, in: A.L. Melai e.a., *Het Wetboek van Strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint 2005.

40 EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699, par. 69, m.nt. Kn (*Saunders/het Verenigd Koninkrijk*).

41 S. Trechsel, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 342.

bloed voor een DNA-analyse kan derhalve niet worden beschermd onder het zwijgrecht, maar mogelijk wel onder het nemo-teneturbeginsel.⁴² Aan de andere kant biedt het zwijgrecht een bredere bescherming dan het nemo-teneturbeginsel. Het zwijgrecht kan immers te allen tijde worden ingeroepen, ook als er geen dwang wordt gebruikt om een verklaring te verkrijgen, terwijl het nemo-teneturbeginsel bescherming biedt tegen onrechtmatige afgedwongen medewerking aan de eigen veroordeling van de verdachte. Bij een arbeidsrechtelijke spreekplicht – waarbij de werknemer dus geen documenten moet uitleveren – is enkel het zwijgrecht van belang.

In het vervolg van deze hoofdstuk ligt daarom de focus op het zwijgrecht en wordt beoordeeld onder welke voorwaarden een (verdachte) burger mag worden gedwongen te spreken, en of de onder dwang afgelegde verklaring vervolgens in een strafrechtelijke procedure tegen de verdachte kan worden gebruikt. Hieronder wordt eerst de jurisprudentie van het EHRM (§ 3.1) uiteengezet. Daarna volgt de conclusie dat uit de jurisprudentie van het EHRM een werknemer bij het afleggen van een verklaring in een arbeidsrechtelijke procedure een medewerkingsplicht mag worden opgelegd, ondanks dat hij als (latere) verdachte in een strafrechtelijke procedure zich kan beroepen op zijn zwijgrecht.

3.1 Het EVRM-toetsingskader voor klachten over schending van het zwijgrecht

In *Jalloh*,⁴³ en vervolgens onder andere in *O'Halloran & Francis*, beschrijft het EHRM aan welke punten moet worden getoetst of het zwijgrecht en het nemo-teneturbeginsel is geschonden:

'In the light of the principles contained in its *Jalloh* judgment, and in order to determine whether the essence of the applicants' right to remain silent and privilege against self-incrimination was infringed, the Court will focus on the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence, the existence of any relevant safeguards in the procedure, and the use to which any material so obtained was put.'⁴⁴

Uit deze overweging volgt dat het EHRM drie criteria gebruikt om het handelen van de opsporingsautoriteiten te toetsen: (1) de mate en aard van dwang die werd gebruikt om het bewijs te verkrijgen; (2) relevante waarborgen in de procedure; en (3) de manier waarop het bewijs wordt gebruikt (waarbij het tweede criterium als subcriterium van het eerste criterium wordt beschouwd). Hierna worden deze criteria behandeld.

Een schending van het nemo-teneturbeginsel is afhankelijk van de aard en de mate van dwang die door de autoriteiten

is toegepast om het bewijs te vergaren. Geldstraffen kunnen onrechtmatige dwang opleveren.⁴⁵ Wat betreft geldstraffen geldt wel dat de *mate* van dwang belangrijker is dan de *aard* van de dwang. Onder omstandigheden heeft het EHRM aangevaard dat geldstraffen geoorloofde dwangmiddelen zijn om informatie te verkrijgen. Zonder op alle verschillen tussen deze zaken in te gaan, is de hoogste geldboete die als dwang werd toegestaan ongeveer 1.000 Britse ponden. De geldstraffen/dwangsommen in *Marttinen* (33.000 Euro),⁴⁶ *Funke* (10.750 Franse frank),⁴⁷ *J.B.* (21.000 Zwitserse frank)⁴⁸ en *Chambaz* (3.599 Euro)⁴⁹ worden als ongeoorloofde dwang bestempeld. De hoogst toegestane straf als dwang om informatie te verkrijgen lijkt derhalve een beperkte geldboete. In *Allen* wijst het Hof expliciet op de mate van de strafdreiging als belangrijke factor.⁵⁰

De toets of *voldoende relevante waarborgen* (het tweede criterium) bestaan, bepaalt mede of sprake is van (on)geoorloofde dwang. Gedragingen die mogelijk zijn geoorloofd, kunnen door afwezigheid van relevante waarborgen toch als ongeoorloofd worden bestempeld. Het gaat dan om procedurele waarborgen die effectief en voldoende de mate van dwang reduceren. De klacht van *Van Weerelt* tegen de Nederlandse Staat kan hier als voorbeeld dienen.⁵¹ In deze zaak legt de Belastinginspecteur eind 2010, in afwezigheid van gedetailleerde informatie omdat Van Weerelt geen documenten overlegt, een naheffing inkomstenbelasting en vermogensbelasting op plus een vergrijpboete en heffingsrente van in totaal € 371.546 voor één fiscaal jaar (1998-1999). Daarnaast wordt een kort geding gestart om informatie van de belastingplichtige te verkrijgen. Van Weerelt verzet zich hiertegen met een beroep op artikel 6 EVRM. De Hoge Raad oordeelt dat een belastingplichtige op grond van artikel 47 AWR afgifte van wilsafhankelijk materiaal kan worden verlangd met het oog op een juiste belastingheffing, met als waarborg dat deze informatie *niet* ook voor fiscale beboeting of strafvervolgning wordt gebruikt.⁵² Het EHRM oordeelt hierover dat dit een voldoende effectieve waarborg tegen '*improper compulsion*' is.⁵³ De onder dwang verkregen informatie kan *niet* ook in de strafrechtelijke procedure tegen de betrokkene/verdachte worden gebruikt.

Een ander punt dat mede bepaalt of de aard en mate van dwang onrechtmatig is, is *in welk deelgebied* van het (straf) recht de dwang wordt uitgeoefend. Ook al overweegt het EHRM altijd dat het nemo-teneturbeginsel een internationaal erkende standaard is en oordeelde hij in het verleden

42 Vgl. de bescherming onder het 4^e amendement van de Amerikaanse Constitutie (bescherming tegen onrechtmatige *search and seizures*) en het 5^e amendement van de Amerikaanse Constitutie (bescherming gedwongen verkrijging van *testimonial evidence*).

43 EHRM 11 juli 2006, appl. no. 54810/00, par. 101 (*Jalloh/Duitsland*).

44 EHRM 29 juni 2007, appl. nos. 15809/02 & 25624/02, par. 55 (*O'Halloran & Francis/het Verenigd Koninkrijk*).

45 Zie bijvoorbeeld EHRM 29 juni 2007, NJ 2008, 25; appl. nos. 15809/02 & 25624/02 (*O'Halloran & Francis/het Verenigd Koninkrijk*).

46 EHRM 21 april 2009, NJ 2009/557; appl. no. 19235/03 (*Marttinen/Finland*).

47 EHRM 25 februari 1993, NJ 1994/485; appl. no. 10828/84 (*Funke/Frankrijk*).

48 EHRM 3 mei 2001, NJCM Bulletin 2002, 5; appl. no. 31827/96 (*J.B./Zwitserland*).

49 EHRM 5 april 2012, NJB 2012, 1306; appl. no. 11663/04 (*Chambaz/Zwitserland*).

50 EHRM 10 september 2002, appl. no. 76574/01, par. 1 (*Allen/het Verenigd Koninkrijk*).

51 EHRM 16 juni 2015, appl. no. 784/14, par. 66 (*Van Weerelt/Nederland*) (be-slissing).

52 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, r.o. 3.9.

53 EHRM 16 juni 2015, appl. no. 784/14, par. 66 (*Van Weerelt/Nederland*) (be-slissing).

dat het bij alle strafrechtelijke vergrijpen van toepassing is,⁵⁴ inmiddels worden onder andere het belastingrecht⁵⁵ en het verkeersrecht⁵⁶ hiervan uitgezonderd. De *mate* van dwang die in deze rechtsgebieden mag worden toegepast, ligt hoger dan in het commune strafrecht, omdat de regulering daarvan voor de staat(skas) en de veiligheid voor de samenleving van essentieel belang is.

Als laatste subcriterium dat de aard en mate van de dwang bepaalt, komen wij bij het *Saunders*-criterium.⁵⁷ Het onderscheid tussen materiaal dat afhankelijk en onafhankelijk van de wil bestaat, lijkt van belang voor de beoordeling welke mate van dwang mag worden gebruikt.⁵⁸ Anders verwoord: het nemo-teneturbeginsel biedt bescherming tegen bepaalde *means*, maar of het ingezette middel ongeoorloofd is, wordt (mede) ingevuld door het soort bewijs dat wordt verkregen. Zo kan materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat vaak door middel van een geoorloofd dwangmiddel (*compulsory power*) worden verkregen, denk daarbij aan inbeslagnamebevoegdheden bij documenten en het afnemen van lichaamsmateriaal voor een DNA-analyse. Daarentegen dient de verdachte in beginsel materiaal dat afhankelijk van de wil bestaat volledig in vrijheid over te dragen om het te kunnen gebruiken in het strafrecht. De meeste vormen van dwang om materiaal dat afhankelijk van de wil bestaat te verkrijgen zijn *improper* (vgl. artikel 29 lid 1 Sv).

Met de bovenstaande criteria kan worden beoordeeld of *ongeorloofde dwang* is toegepast tijdens de bewijsgaring. Dit is een noodzakelijke voorwaarde voor een schending van het nemo-teneturbeginsel. Hoewel het een noodzakelijke voorwaarde is, is het geen voldoende voorwaarde. In het begin van deze paragraaf wordt 'de manier waarop het bewijs wordt gebruikt' genoemd als derde criterium voor de beoordeling van een schending van het nemo-teneturbeginsel. Dit blijkt nadrukkelijk uit de zaak *Gäfgen*.⁵⁹ *Gäfgen* wordt bedreigd met marteling door een opsporingsambtenaar en legt onder die druk een verklaring af. Deze verklaring speelt echter voor de bewezenverklaring en straftoemeting geen rol van betekenis volgens het EHRM zodat *wel* sprake is van een schending van artikel 3 EVRM door de bedreiging met foltering maar *niet* van artikel 6 EVRM omdat het daardoor verkregen bewijs niet is gebruikt.⁶⁰

4. Toepassing in de situatie van de werknemer

In deze hoofdstuk worden de hierboven besproken EHRM-criteria toegepast op de situatie van de werknemer

om te beoordelen of sprake is van een schending van het nemo-teneturbeginsel. Het eerste EHRM-criterium dat in hoofdstuk 3 werd besproken is de aard en mate van dwang. De dwang die op de werknemer uitgeoefend wordt, bestaat uit het feit dat de werknemer zijn inkomen kan verliezen als hij zwijgt. Een geldboete of een dwangsom acht het EHRM niet onaanvaardbaar (aard van de dwang) maar de hoogte (de mate van dwang) is wel van belang (zie § 3.1, tweede alinea). Het verlies van het totale inkomen ligt ver boven hetgeen het EHRM redelijk vindt, zeker omdat in de situatie van de verdachte werknemer normaliter geen sprake is van een bijzonder deelgebied van het strafrecht, maar van het commune strafrecht. De mate van dwang lijkt dus ongeoorloofd, maar dit kan anders zijn als er relevante waarborgen zijn (zie § 3.1, derde alinea).

Deze waarborgen zijn op dit ogenblik in de arbeidsrechtelijke of strafrechtelijke procedure niet aanwezig. De Hoge Raad meent dat dwang die voorafgaand aan de strafrechtelijke procedure uitgeoefend wordt door niet-overheidsdienaren, geen vormfout kan opleveren die tot consequenties, zoals bewijsuitsluiting, kunnen leiden.⁶¹ De verklaring die de werknemer afgelegd heeft bij de werkgever, wordt daarom 'gewoon' voor het strafrechtelijk bewijs gebruikt.⁶² Hiermee wordt tevens voldaan aan het derde criterium namelijk het gebruik van de afgelegde verklaring. Ook aan het 'Saunders-criterium' wordt voldaan in die zin, dat het om een mondelinge verklaring van de werknemer gaat die op geen andere manier kan worden verkregen dan door een medewerkingsplicht, dus om bewijs dat afhankelijk van de wil van de werknemer bestaat. Dit leidt tot de conclusie dat de gang van zaken op dit ogenblik neigt naar een schending van het nemo-teneturbeginsel: de werknemer staat onder grote druk om een verklaring af te leggen die zonder waarborgen later tegen hem gebruikt kan worden voor het strafrechtelijk bewijs.

Daarbij moet worden aangetekend dat, in het geval van een calamiteitenrapport, het de vraag is of er geen overheidsbemoeyenis is geweest in het voortraject. De werkgever doet immers onderzoek op verzoek van de Inspectie.⁶³ De Inspectie geeft hiertoe schriftelijke instructies.⁶⁴ De uitgeoefende dwang is weliswaar van civielrechtelijke oorsprong, maar niet ontkend kan worden dat de werkgever met de opstelling van een calamiteitenonderzoek in zekere zin een controletaak van de Inspectie uitvoert, waarbij de werknemer *niet* de rechten en waarborgen geniet die hij *wél* zou genieten als hij gehoord zou worden door een inspecteur (zie hoofdstuk 1 eerste alinea). Juist deze rechten en waarborgen hebben tot doel een schending van het nemo-teneturbeginsel te voorkomen. Als deze rechten en waarborgen worden 'omzeild' doordat het onderzoek niet uitgevoerd wordt door een inspecteur maar door de werkgever, dan versterkt dit het vermoeden dat sprake is van een schending

54 Zie bijvoorbeeld EHRM 17 december 1996, appl. no. 19187/91, par. 68, 74 (*Saunders/het Verenigd Koninkrijk*).

55 EHRM 23 november 2006, appl. no. 73053/01, par. 43 (*Jussila/Finland*).

56 EHRM 29 juni 2007, appl. nos. 15809/02 & 25624/02, par. 62 (*O'Halloran & Francis/het Verenigd Koninkrijk*).

57 EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699; appl. no. 19187/91 (*Saunders/het Verenigd Koninkrijk*).

58 EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699; appl. no. 19187/91, par. 69 (*Saunders/het Verenigd Koninkrijk*).

59 EHRM 1 juni 2010, NJ 2010/628; appl. no. 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*).

60 EHRM 1 juni 2010, appl. no. 22978/05, par. 179 (*Gäfgen/Duitsland*).

61 HR 10 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7636.

62 Zie bijvoorbeeld: Rb. Limburg 7 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2076.

63 IGJ 15 juni 2017, Video 'Hoe gaat IGJ om met meldingen en leren van calamiteiten?', IGJ.nl, zoek op 'calamiteitenrapport'.

64 IGJ 1 juni 2016, *Handvatten voor onderzoek met toelichting en verwachtingen van de inspecties*, IGJ.nl, zoek op 'calamiteitenrapport'.

van het nemo-teneturbeginsel, als een calamiteitenrapport, waarin de verklaring van een werknemer is opgenomen, gebruikt wordt voor het strafrechtelijk bewijs.

5. **Respect voor rechten van de werknemer en bevordering van de waarheidsvinding**

Uit jurisprudentie-onderzoek blijkt dat het feit dat de verklaring die de werknemer aflegt bij de werkgever gebruikt kan worden voor het strafrechtelijk bewijs, ertoe lijkt te leiden dat werknemers, ondanks de zware druk, in toenemende mate ervoor kiezen te zwijgen in het onderzoek van de werkgever.⁶⁵ Een strafrechtelijke veroordeling heeft immers grotere consequenties dat alleen een beëindiging van de arbeidsovereenkomst: men krijgt mogelijk geen Verklaring Omtrent Gedrag meer waardoor zowel het verkrijgen betaald werk als onbetaald werk ernstig bemoeilijkt wordt. Omdat waarheidsvinding voor werkgevers en Inspecties van groot belang is, is een zwijgende werknemer onwenselijk. Een elegante oplossing om zowel de rechten van de werknemer in het strafrecht te respecteren als de waarheidsvinding te bevorderen, zou uitsluiting van de verklaring van de werknemer van het strafrechtelijk bewijs zijn, zoals dat bij het belastingrechtelijke geschil in *Van Weerelt* het geval was.⁶⁶

65 M.J. te Hennepe, *De beteugeling van Scylla ten behoeve van Charibdis. Nemo tenetur in de samenloop tussen arbeidsrecht en strafrecht*, Heerlen: Open Universiteit 2018, p. 45 en Bijlage I, te raadplegen op njb.nl, zoek op nemo tenetur.

66 EHRM 16 juni 2015, appl. no. 784/14, par. 66 (*Van Weerelt/Nederland*) (beslissing).