

## Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM

### Doorwerking van het nemo tenetur-beginsel in enkele gedachte-experimenten volgens de benadering van het EHRM en van de Hoge Raad<sup>2</sup>

DD 2019/16

#### 16.1 Rb. Zeeland-West-Brabant 4 september 2018 ECLI:NL:RBZWB:2018:5113, onder 3.2

“De verdediging heeft met betrekking tot het FIOD-rapport van 26 januari 2009 betoogd dat daarbij gebruik is gemaakt van via de fiscus van [Verdachte] verkregen informatie, hetgeen in strijd zou zijn met het nemo tenetur beginsel. [Verdachte] moest immers aan de belastingdienst gegevens verstrekken en van die gegevens is gebruik gemaakt in het opsporingsonderzoek zonder [Verdachte] te wijzen op zijn recht om te zwijgen.

De rechtbank stelt vast dat (ook) in de ogen van de verdediging [Verdachte] op grond van de belastingwetgeving verplicht was om de opgevraagde gegevens te verstrekken. Er is geen aanwijzing dat de belastingdienst fiscaalrechtelijk onjuist, laat staan onrechtmatig, zou hebben gehandeld. Beslissend voor de vraag of het nemo tenetur beginsel is geschonden, is of het gebruik tot het bewijs van een al dan niet in een document vervatte verklaring van de verdachte in een strafzaak zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen (ECLI:NL:PHR:2015:1619). Naar het oordeel van de rechtbank is hiervan geen sprake. De in het FIOD-rapport van 2009 verwerkte gegevens over inkomen, woning en auto's van [Verdachte] zijn geen ‘wilsafhankelijk bewijsmateriaal’, maar zijn allemaal gegevens die bestaan, los van de vraag of [Verdachte] daarover heeft verklaard. Of [Verdachte] al of niet is meegedeeld dat hij verdachte was in een strafrechtelijk onderzoek en niet verplicht was om vragen te beantwoorden die hem strafrechtelijk zouden kunnen worden tegengeworpen is dan naar het oordeel van de rechtbank niet van belang en maakt het gebruiken van deze gegevens niet onrechtmatig.”

#### 16.2 Rb. Amsterdam 2 maart 2017 ECLI:NL:RBAMS:2017:3950, onder 3.1.3

“De verdediging heeft zich op het standpunt gesteld dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard ten aanzien van het onder 5 ten laste gelegde. Zij heeft daartoe, zake-lijk weergegeven, het volgende aangevoerd.

Voorafgaand aan het uitvoeren van de controle bij [rechtspersoon 4] B.V. was sprake van een verdenking. Hoewel dat niet betekent dat de controle niet meer mocht worden uitgevoerd ten behoeve van een juiste belastingheffing, hadden de verdedigingsrechten wel gerespecteerd moeten worden op het moment dat die controle mede kon leiden tot (bestendinging van) de verdenking. In deze zaak werd de vorderingsbevoegdheid in elk geval ook gebruikt ten behoeve van de strafzaak,

---

1 S.L.T.J. Ligthart is promovendus aan Tilburg University, Department of Criminal Law.

2 Citeerwijze: S.L.T.J. Ligthart, ‘Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM. Doorwerking van het nemo tenetur-beginsel in enkele gedachte-experimenten volgens de benadering van het EHRM en van de Hoge Raad’, DD 2019/16.

wat op grond van Europese jurisprudentie betekent dat het niet voldoen aan de inlichtingenverplichting straffeloos moet blijven. Een belastingplichtige die verdacht wordt van belastingontduiking mag immers niet worden vervolgd voor het niet-meewerken aan de vergaring van voor hem belastend bewijsmateriaal in een straf(achtige) procedure. Dit volgt in het bijzonder uit de arresten van het EHRM in de zaken Funke en J.B.

Door verdachte toch te vervolgen voor het niet voldoen aan de inlichtingenverplichting is het nemo tenetur-beginsel geschonden. Dit moet – zelfstandig – leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie. [...]

De rechtbank heeft het verweer van de verdediging beoordeeld aan de hand van de jurisprudentie van het EHRM. Daarbij is in het bijzonder aandacht besteed aan de arresten Funke tegen Frankrijk, Saunders tegen Groot-Brittannië, J.B. tegen Zwitserland, en Chambaz tegen Zwitserland. De rechtbank sluit zich aan bij de uitleg die daaraan is gegeven door advocaat-generaal Wattel in zijn conclusie van 1 maart 2013. Hieruit volgt het volgende.

In de zaak Funke oordeelde het EHRM dat artikel 6 EVRM in de weg staat aan oplegging van dwangsommen en boetes om een verdachte belastingplichtige te dwingen vermoed bewijsmateriaal van zijn vermoede wetsovertreding te produceren. Daarbij overwoog het EHRM dat de douane niet zeker was van het bestaan van de documenten. In dat geval is bestraffing van het niet produceren van bewijs, van een eigen wetsovertreding in een procedure die gericht is op bestraffing van die eigen wetsovertreding, onverenigbaar met artikel 6 EVRM.

In de zaak Saunders ging het om het later gebruik van tijdens een niet-punitief onderzoek onder wettelijke en met straf bedreigde meewerkplicht verkregen informatie. Uit het arrest van het EHRM blijkt dat dat ontoelaatbaar is, behalve voor zover het gaat om bewijsmateriaal dat ook los van de wil van de onderzochte/verdachte reeds bestond en zonder diens medewerking door eigenmachtige toepassing van dwangmiddelen zoals doorzoeking en inbeslagneming door de autoriteiten veilig gesteld zou kunnen worden (hierna te noemen: Saunders-materiaal). Het EHRM maakt kennelijk onderscheid tussen een (actieve) meewerkplicht en een duldplicht; tussen materiaal voor de verkrijging of kennisneming waarvan de actieve medewerking van de verdachte (een wilsbesluit) vereist is en materiaal dat ook verkregen kan worden door uitoefening van dwangmiddelen waarbij de verdachte 'slechts' iets hoeft te ondergaan, zoals een telefoontap, doorzoeking, inbeslagneming, wangslijmafneuring, ademproef, bloedproef, etc.

In de zaak J.B. dichtte het EHRM de gevorderde documenten expliciet geen bestaan onafhankelijk van diens wil toe en beschouwde het hof die documenten dus niet als Saunders-materiaal, terwijl het wél om reeds bestaande documenten ging. Uit dit arrest volgt dat pas van Saunders-materiaal sprake is als aan twee eisen voldaan is:

- niet alleen moet het materiaal reeds bestaan op het moment van vorderen, zodat de verdachte niet gedwongen wordt het te vervaardigen of over de strekking ervan te verklaren,
- de vorderende overheidsinstantie moet er de hand op kunnen leggen c.q. kennis van kunnen nemen door eigenmachtig gebruik van dwangmiddelen, zonder afgedwongen actieve medewerking van de verdachte.

Het moeten ondergaan van bijvoorbeeld een huiszoeking, ademproef of bloedafname levert geen gedwongen (actieve) medewerking aan bewijsvergaring op, maar slechts een dulden waartegen geen nemo tenetur-bezwaren bestaan. Deze categorie bewijsmiddelen zou ook wel 'non-testimonial physical evidence' genoemd kunnen worden. Kan de overheid niet zonder dwang of druk tegen de wil

van de verdachte kennis nemen van het gevorderde materiaal, dan gaat het niet om Saunders-materiaal en is dwang tot actieve medewerking van de verdachte aan de kennisneming ervan in strijd met artikel 6 EVRM, hoezeer ook het gevorderde mogelijk in reeds bestaande documenten te vinden zou kunnen zijn die de fiscus echter niet kan vinden zonder medewerking van de belastingplichtige/verdachte af te dwingen of die voor de fiscus niet te duiden zijn zonder medewerking van de verdachte.

Uit het arrest Chambaz tenslotte kan worden afgeleid dat het niet-voldoen aan normale verplichtingen ten dienste van de belastingheffing (zoals boekhouding ter inzage geven, aangifte doen en antwoorden op vragen van de inspecteur) met straf bedreigd en vervolgd mag worden, maar dat zodra de om medewerking gevraagde belastingplichtige niet kan uitsluiten dat zijn medewerking (mede) strekt tot bewijsverwerving ten dienste van een mogelijke strafvervolgning ter zake van dezelfde feiten, zijn weigering om mee te werken niet bestraft mag worden met een hogere geldsanctie dan £ 300 (Allen), £ 1.000 (O'Halloran and Francis), laat staan een vrijheidsbenemende straf. Als de Staten dat onwenselijk vinden (omdat de vermoedelijke belastingontduiker dan straffeloos zou kunnen weigeren zijn wettelijke fiscale verplichtingen na te komen waar de op passende burger wél onder sanctiedreiging moet meewerken), moeten zij procedurele garanties inbouwen dat de afgedwongen heffingsinformatie niet gebruikt wordt voor substantiëring van een criminal charge ter zake van dezelfde feiten.

Gelet op het bovenstaande en de overige jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot dit onderwerp kan worden geconcludeerd dat een ieder is gehouden zijn wettelijke verplichtingen ten dienste van het (fiscaal-)bestuurlijke toezicht na te komen, óók zijn informatieverstrekkingsplichten, en zonder grondrechtelijk bezwaar bestraft kan worden als hij dat niet of onjuist doet. Als echter sprake is van een criminal charge, en ook als dat (nog) niet het geval is, maar de betrokkene niet kan uitsluiten dat de van hem in de toezichtsfeer onder dwang gevorderde informatie ook strafvorderlijk tegen hem gebruikt zal worden, dan kan hij niet zonder schending van artikel 6 EVRM bestraft of met straf of boete bedreigd worden voor het niet-verklaren of niet-overhandigen van 'testimonial or communicative evidence', waaronder begrepen documenten waarop de autoriteiten zonder zijn actieve medewerking niet de hand kunnen leggen, tenzij:

- het gaat om boeten of druk waarvan onder de gegeven omstandigheden niemand wakker hoeft te liggen en de sanctie in elk geval niet -vrijheidsbenemend is, en
- er procedurele waarborgen bestaan dat de in de toezichtsfeer afgedwongen informatie of documenten niet strafvorderlijk gebruikt zullen worden.

Toegepast op de zaak van verdachte betekent dit het volgende. Vast staat dat er ten tijde van het starten van het controleonderzoek al sprake van een strafrechtelijke verdenking tegen [rechtspersoon 4] B.V., of dat [rechtspersoon 4] B.V. er in ieder geval rekening mee kon houden dat de gevorderde informatie strafvorderlijk tegen haar zou worden gebruikt. Van [rechtspersoon 4] B.V. werd echter informatie – administratie, zoals facturen, met betrekking tot haar bedrijfsactiviteiten – gevorderd die reeds bestond op het moment van vorderen en waarvan het de Belastingdienst ook bekend was dat deze bestond. Immers was uit eerdere controleonderzoeken al bekend dat [rechtspersoon 4] goederen had verkocht aan andere bedrijven en facturen had verzonden. Deze informatie kon bovendien worden verkregen door middel van eigenmachtig gebruik van dwangmiddelen, bijvoorbeeld doorzoekingen. Een aantal facturen is ook daadwerkelijk gevonden bij de doorzoeking van de woning van verdachte. Verdachte wordt dus niet vervolgd voor het niet door [rechtspersoon 4] B.V. verstrekken van 'testimonial or communicative evidence', wat betekent dat het onder 5 ten laste leggen van het niet voldoen aan de inlichtingenverplichting van artikel 47 AWR geen schending van artikel 6 EVRM oplevert. Het niet-ontvankelijkheidsverweer van de verdediging wordt dus verworpen.”

## 1. Inleiding

Ondanks het feit dat het zwijgrecht en het recht tegen zelfincriminatie niet als zodanig expliciet worden erkend in artikel 6 EVRM, maken zij volgens het EHRM deel uit van de kern van het recht op een eerlijk proces dat in dit artikel is vervat,<sup>3</sup> hetgeen de Hoge Raad eveneens onderschrijft.<sup>4</sup> De wijze waarop de Hoge Raad het recht tegen zelf incriminatie (of: het *nemo tenetur*-beginsel)<sup>5</sup> uitlegt, is evenwel niet gelijk aan de uitleg van het EHRM.<sup>6</sup> Dit verschil in interpretatie concentreert zich vooral rondom de uitleg van ‘wils(on)afhankelijke informatie’, hetgeen in de hierboven afgedrukte uitspraken wordt geïllustreerd.

De rechtbank Zeeland-West-Brabant is in 16.1, onder verwijzing naar de Hoge Raad, van oordeel dat de onder dwang verkregen gegevens over inkomen, woning en auto's *bestaan* los van de vraag of verdachte daarover heeft verklaard. Deze gegevens vormen wilsonafhankelijk bewijsmateriaal en vallen daarom buiten de reikwijdte van het recht tegen zelfincriminatie.

De rechtbank Amsterdam in 16.2 daarentegen, beoordeelt de zaak aan de hand van Straatsburgse jurisprudentie. Volgens de rechtbank maakt het EHRM kennelijk onderscheid tussen enerzijds materiaal dat alleen kan worden *verkregen* met de actieve medewerking van verdachte (wilsafhankelijk) en anderzijds materiaal dat ook verkregen kan worden door dwangmiddelen waarbij de verdachte ‘slechts’ iets hoeft te ondergaan (wilsonafhankelijk). De in deze zaak gevorderde administratie kon volgens de rechtbank ook worden verkregen zonder betrokkenes medewerking, bijvoorbeeld met een doorzoeking. De onder dwang verkregen informatie is dus wilsonafhankelijk en valt daarom buiten de reikwijdte van het *nemo tenetur*-beginsel.

Beide interpretaties leiden in deze twee zaken tot dezelfde uitkomst. Dit is echter niet in elke casus het geval. Aan de hand van een viertal fictieve casusposities wordt in deze bijdrage de doorwerking van het verschil tussen beide interpretaties blootgelegd. Hiertoe wordt eerst ingegaan op de wijze waarop het EHRM het recht tegen zelfincriminatie interpreteert (paragraaf 2), waarna de benadering van de Hoge Raad aan bod komt (paragraaf 3). Beide interpretaties worden vervolgens toegepast in enkele gedachte-experimenten (paragraaf 4), gevolgd door een besluit (paragraaf 5).

## 2. Het EHRM

Bij het uiteenzetten van de algemene uitgangspunten in *Ibrahim e.a./VK* legt de Grote Kamer de betekenis van het recht tegen zelfincriminatie nader uit. De eerste zin luidt:

“The right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused.”<sup>7</sup>

3 Zie o.a. EHRM (GK) 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09 (*Ibrahim e.a./VK*), par. 266; EHRM (GK) 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*), par. 168; EHRM (GK) 17 december 1996, 19187/91 (*Saunders/VK*), par. 68; EHRM (GK) 8 februari 1996, 18731/91 (*John Murray/VK*), par. 45.

4 HR 21 december 2010, NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.2; HR 19 september 2006, NJ 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 6.5.1.

5 Deze termen zijn inwisselbaar en worden hier ook als zodanig gebruikt: EHRM 13 november 2014, 978/09 en 992/09 (*H. en J./Nederland*), par. 68.

6 Zie ook 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, p. 31-36.

7 *Ibrahim e.a./VK*, par. 266. Zie ook o.a. EHRM 15 mei 2018, 41079/16 (*Caruana/Malta*), par. 36; EHRM (GK) 10 maart 2009, 4378/02 (*Bykov/Rusland*), par. 92; EHRM (GK) 11 juli 2006, 54810/00 (*Jalloh/Duitsland*), par. 102; *Gäfgen/Duitsland*, par. 168; *Saunders/VK*, par. 68-69.

Het recht om jezelf niet te hoeven incrimineren strekt dus primair tot het respecteren van de *wil* van verdachten om te zwijgen.<sup>8</sup> Het beschermt de *keuzevrijheid* om wel of geen belastende informatie te verstrekken.<sup>9</sup> Het recht veronderstelt (daarom) dat het openbaar ministerie zelf de beschuldigingen moet bewijzen en de daarvoor benodigde bewijsmiddelen zelf vergaart, zonder gebruik te maken van bewijsmiddelen die zijn verkregen door (directe of indirecte<sup>10</sup>) dwang of druk in strijd met verdachtes *wil* om niet mee te werken. Bij de Straatsburgse uitleg van het recht tegen zelfincriminatie staat respect voor de *wil* van de verdachte en diens procesautonomie aldus centraal.<sup>11</sup> Dit respect voor verdachtes *wil* moet volgens de Grote Kamer als volgt vormkrijgen:

“It is important to recognise that the privilege against self-incrimination does not protect against the making of an incriminating statement per se but, as noted above, against the *obtaining of evidence by coercion or oppression*. It is the existence of compulsion that gives rise to concerns as to whether the privilege against self-incrimination has been respected.” [cursivering toegevoegd, SL]<sup>12</sup>

Uit de hier geciteerde overwegingen maak ik op dat het recht tegen zelfincriminatie beschermt tegen het *verkrijgen* van bewijs met behulp van dwang (tegen de verdachte) op een manier die de *wil* van de verdachte om niet mee te werken niet respecteert. Anders geformuleerd: informatie die is verkregen met dwang die verdachtes *wil* om niet mee te werken doorbreekt, mag in beginsel niet tegen hem worden gebruikt in diens strafproces.<sup>13</sup> In het licht van deze uitleg is het begrijpelijk dat het EHRM onderscheid maakt tussen wilsafhankelijke en wilsonafhankelijke informatie<sup>14</sup> en van oordeel is dat het *nemo tenetur*-beginsel in principe niet van toepassing is op het met dwang verkrijgen en voor bewijs gebruiken van wilsonafhankelijke informatie.<sup>15</sup> Ik licht dat hieronder toe.

- 
- 8 Zie ook 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: Kluwer 2017, p. 406-407; B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 89; J. Jackson, 'Re-conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard', *The International and Comparative Law Quarterly* 2009, p. 835-861.
- 9 EHRM 5 november 2002, 48539/99 (*Allan/VK*), par. 50; Dissenting opinion van rechters Martens en Kuris bij *Saunders/VK*, onder 4.
- 10 EHRM (GC) 29 juni 2007, appl.nos. 15809/02 and 25624/02 (*O'Halloran and Francis/UK*), § 57; *John Murray/UK*, § 49-50. K. Pitcher, *Judicial Responses to Pre-Trial Procedural Violations in International Criminal Proceedings*, Berlijn: Springer Nature 2018, p. 36, voetnoot 109; L.C.A. Wijsman, *Nemo tenetur in belastingzaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 97-98.
- 11 Zie ook L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: WLP 2005, p. 155-160; Van Toor 2017, p. 406-407.
- 12 *Ibrahim e.a./VK*, par. 267.
- 13 Zie voor een vergelijkbare interpretatie o.a. A-G Vellinga in zijn conclusie voor HR 24 november 2015, NJ 2016/58, m.nt. J.M. Reijntjes, onder 11-14; E.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel: Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?* Den Haag: WODC 2012, p. 136-138; Stevens 2005, p. 158; M. Redmayne, 'Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination', *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, p. 215 en 225; J. Jackson, 'Re-conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard', *The International and Comparative Law Quarterly* 2009, p. 842 en 844; A. Ashworth, 'Self-incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism?', *Cardozo Law Review* 2008, p. 759-760; S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, New York: Oxford University Press 2005, p. 354.
- 14 Ik spreek hier van in incriminerende 'informatie', zoals het EHRM sinds 2004 ook regelmatig doet: G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, Deventer: Kluwer 2018, p. 374.
- 15 Hetgeen blijkt uit o.a. *Caruana/Malta*, par. 36; *H. en J./Nederland*, par. 69; *Jalloh/Duitsland*, par. 102; EHRM 21 december 2000, 34720/97 (*Heaney en McGuinness/Ierland*), par. 40; *Saunders/VK*, par. 69.

Wat de Hoge Raad wilsafhankelijk materiaal noemt,<sup>16</sup> definieert het EHRM vervolgens in dezelfde zaak, *Van Weerelt/Nederland*, als:

“information that *could not be obtained from any other source* than the applicant himself.” [cursivering toegevoegd, SL]<sup>17</sup>

Met ‘the applicant himself’ bedoelt het hof kennelijk de *meewerkende* betrokkene zelf. Het ging in deze zaak namelijk om een meewerkverplichting die onder meer inhield dat klager een verklaring moest afleggen over eventueel door hem aangehouden bankrekeningen. Die verklaring kon de belastingdienst niet verkrijgen uit een andere bron dan de (meewerkende) betrokkene zelf. Een andere interpretatie van ’s hofs overweging zou betekenen dat ook bloed, urine en DNA wilsafhankelijke informatie betreffen: zij kunnen immers uit geen andere bron worden verkregen dan de betrokkene zelf, waarbij medewerking geen relevante factor is. Urine, DNA en bloed categoriseert het EHRM echter bij herhaling als wilsonafhankelijke informatie.<sup>18</sup>

Kortom, uit ’s hofs definitie van wilsafhankelijke informatie in *Van Weerelt/Nederland* kan worden afgeleid dat informatie wilsafhankelijk is, indien die informatie slechts met actieve/intellectuele medewerking van de verdachte kan worden verkregen.<sup>19</sup> Hieronder vallen bijvoorbeeld verklaringen<sup>20</sup> en documenten waarvan de vorderende autoriteit niet zeker is over het bestaan of de vindplaats.<sup>21</sup> Om dit type informatie te verkrijgen is de wil van verdachte een noodzakelijke schakel.<sup>22</sup> Als de verdachte weigert dergelijke informatie te (willen) verstrekken, zit er slechts één ding op voor de voor de autoriteit die de informatie wil hebben: verdachtes wil om niet mee te werken doorbreken, bijvoorbeeld door (dreiging met) straf of toebrenging van fysieke pijn. De informatie wordt dan evenwel verkregen *through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused* en mag daarom in beginsel niet tegen de verdachte worden gebruikt in zijn strafproces.<sup>23</sup> Het *nemo tenetur*-beginsel is ook van toepassing als de verdachte niet bezwijkt onder de dwang, de wilsafhankelijke informatie niet verschaft en daarom wordt bestraft.<sup>24</sup> Door te straffen

16 HR 12 juli 2013, NJ 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 3.7-3.10. Zie ook EHRM 16 juni 2015, 784/14 (*Van Weerelt/Nederland*), par. 37 en 60.

17 *Van Weerelt/Nederland*, par. 61.

18 *O'Halloran en Francis/VK*, par. 47; *Saunders/VK*, par. 69; EHRM 15 mei 2018, appl.no. 41079/16 *Caruana/Malta*, par. 36

19 Zie voor een vergelijkbare definitie op andere gronden o.a. A-G Wattel in zijn conclusie voor HR 12 juli 2013, NJ 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer, onder 6.3 en 6.7; J.W. Zwemmer in zijn noot onder HR 12 juli 2013, NJ 2013/435, onder 1; J. Wortel, ‘Afrekenen! Een kwart eeuw fiscaal boeterecht’, in: E.J. Hofstee, O.J.D.M.L. Jansen & A.M.G. Smit (red.), *Kringgedachten. Opstellen van de Kring Corstens*, Deventer: Kluwer 2014, p. 112. Anders: o.a. J.M. Reijntjes in zijn noot onder HR 24 november 2015, NJ 2016/58, onder 4-7; N. Jörg, ‘Nemo tenetur na *Chambaz v. Zwitserland*’, in F. Knigge e.a. (red.), *Gehoord de Procureur-Generaal: Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.W. Fokkens ter gelegenheid van zijn afscheid als Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 124-126.

20 Zie bijv. EHRM 27 april 2004, 21413/02 (*Kansal/VK*), par. 29; EHRM 21 december 2000, 36887/97 (*Quin/Ireland*), par. 54-56; *Saunders/VK*, par. 69-76.

21 Zie bijv. *Van Weerelt/Nederland*, par. 5-24 en 60-61; EHRM 5 april 2012, 11663/04 (*Chambaz/Zwitserland*), par. 53-58; EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (*J.B./Zwitserland*), par. 68-69. Volgens sommige auteurs is het onder dergelijke omstandigheden overhandigen van gevorderde documenten vergelijkbaar met een verklaring dat men over die documenten beschikt: Corstens/Borgers & Kooijmans, p. 372-373 met verdere verwijzingen.

22 Vgl. L. Stevens, ‘Het nemo-teneturbeginsel als containerbegrip? Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest’, *DD* 2007/54 (p. 686-687).

23 *Saunders/VK*, par. 68-69; EHRM 21 april 2011, 42310/04 (*Nechiporuk and Yonkalo/Oekraïne*), par. 260.

24 *Heaney en McGuinness/Ierland/Ierland*; EHRM (GK) 29 juni 2007, 25624/02 (*Francis/VK*); EHRM 25 februari 1993, 10828/84 (*Funke/Frankrijk*).

wordt verdachtes wil om de betreffende informatie niet te verschaffen immers niet gerespecteerd.

Tegenover wilsafhankelijk informatie, staat informatie die *wel* kan worden verkregen uit een andere bron dan de meewerkende verdachte. Ofwel: informatie die ook zonder actieve medewerking van de verdachte kan worden verkregen.<sup>25</sup> Om dergelijke informatie te verkrijgen is verdachtes wil geen noodzakelijke schakel.<sup>26</sup> Indien de verdachte wilsonafhankelijke informatie niet wil verstrekken, kan zijn wil worden omzeild en gerespecteerd door de informatie via een andere weg – zoals doorzoeking en inbeslagneming – te verkrijgen.<sup>27</sup> Hierdoor komt het recht tegen zelfincriminatie niet in het geding.

Voorbeelden van wilsonafhankelijk materiaal zijn bloed, haar, lichaamswaarsel, urine, adem, geluidsopnamen, inbeslaggenomen documenten en tachograafregistraties.<sup>28</sup> Al dit materiaal bevat informatie die (ook) verkregen kan worden zonder medewerking van betrokkene. Zo kunnen bloed, haar en lichaamswaarsel, waarin de gezochte informatie is geherbergd, worden verkregen terwijl betrokkene dit niet wil. Een arts kan immers, met hulp van de sterke arm, bloed afnemen of een haar uittrekken teneinde de beoogde informatie, DNA, te verkrijgen. Die informatie wordt dan verkregen zonder dat de verdachte zijn wil om de informatie niet (zelf) te verstrekken, hoeft bij te stellen. Die wil wordt omzeild en blijft gerespecteerd. Dit geldt ook voor gespecificeerde documentatie, geluidsopnamen en data van een tachograaf. Dergelijke informatie kan in principe worden verkregen zonder dat de verdachte moet (willen) meewerken.

Om adem en urine te verkrijgen, is wel medewerking van de betrokkene noodzakelijk. Die moet immers ademlucht uitblazen en urine produceren.<sup>29</sup> Echter, de informatie die men hiermee wil verkrijgen, c.q. alcoholpromillages of sporen van drugsgebruik, kan ook worden verkregen zonder medewerking van de betrokkene, bijvoorbeeld door gedwongen bloedafname. De gezochte informatie is dus geen 'information that *could not* be obtained from *any other source* than the applicant himself'. Het enkele feit dat de autoriteiten in een specifiek geval in het belang van de betrokkene kiezen voor een lichtere, minder invasieve methode om de informatie te verkrijgen, doet hieraan niet af. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor gedwongen deelname aan een Osloconfrontatie. De verdachte moet in dit kader op een lijn gaan staan met zijn gezicht de juiste kant op, hetgeen dus enige medewerking vergt.<sup>30</sup> Dezelfde informatie kan echter ook worden verkregen met een Osloconfrontatie, waarbij de getuige in een reeks foto's de dader moet aanwijzen. Osloconfrontaties strekken dus eveneens tot verkrijging van wilsonafhankelijke informatie en vallen daarom in principe buiten het bereik van *nemo tenetur*. Kortom, indien informatie ook zonder medewerking van de betrokkene kan worden verkregen, is het *nemo tenetur*-beginsel in principe niet van toepassing.

Uitzonderingen bevestigen evenwel de regel: het afdwingen van wilsonafhankelijke informatie valt niet altijd buiten het bereik van het recht tegen zelfincriminatie. In *Jalloh/Duitsland* werd via gedwongen toediening van braakmiddel een ingeslikt bolletje cocaïne

25 Zie ook (op andere gronden): A-G Vellinga in zijn conclusie voor HR 24 november 2015, NJ 2016/58, m.nt. J.M. Reijntjes, onder 13; A-G Wattel in zijn conclusie voor HR 12 juli 2013, NJ 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer, onder 6.3 en 6.7; J.W. Fokkens & W.J.V. Spek, 'Het nemo teneturbeginsel en het Nederlandse straf(proces)recht', in A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht. Liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: WLP 2005, p. 157; Wijsman 2017, p. 149.

26 Vgl. Stevens 2005, p. 158.

27 Zie ook 16.2.

28 *Jalloh/Duitsland*, par. 120; *J.B./Zwitserland*, par. 68.

29 Jörg 2016, p. 124; A-G Knigge in zijn conclusie voor HR 19 september 2008, NJ 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes, onder 81-82.

30 Zie ook E.J. Koops, *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, Deventer: Kluwer 2002, p. 42.

verkregen. Deze drugs merkt het EHRM aan als wilsonafhankelijke informatie,<sup>31</sup> maar het Straatsburgse hof acht het *nemo tenetur*-beginsel niettemin *van toepassing* (en komt vervolgens ook tot een schending). Voor toepassing van het *nemo tenetur*-beginsel geeft het hof drie redenen. Ten eerste zijn de drugs, anders dan bloed, urine en lichaamsweefsel, maar net zoals documenten, zelfstandig bewijsmateriaal dat geen nader forensisch onderzoek vergt.<sup>32</sup> Ten tweede ging de gehanteerde dwang significant verder dan gebruikelijk is om bijvoorbeeld haar of bloed te verkrijgen, waarbij slechts een geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit plaatsvindt. Bovendien behelste de gehanteerde dwang serieuze gezondheidsrisico's. Ten slotte wijst het hof erop dat de gehanteerde methode een schending van artikel 3 EVRM inhield.<sup>33</sup> Deze overwegingen in *Jalloh/Duitsland* suggereren dat het recht tegen zelfincriminatie ook van toepassing kan zijn op het afdwingen en gebruiken van wilsonafhankelijke informatie, indien:

1. de informatie zelfstandig, zonder nader forensisch onderzoek kan dienen als bewijsmateriaal;
2. waarbij de mate van dwang significant hoger is dan bij het met dwang afnemen van bloed, urine en lichaamsweefsel – dus meer dan slechts een geringe inmenging vormt in de fysieke integriteit; en
3. de wijze van informatieverzekrijging artikel 3 EVRM schendt.<sup>34</sup>

Uit verschillende uitspraken blijkt dat het vergaren van wilsonafhankelijke informatie in strijd met artikel 3 EVRM op zichzelf een schending kan opleveren van het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM, alsmede van het *nemo tenetur*-beginsel dat deel uitmaakt van de kern van laatstgenoemd recht.<sup>35</sup> Als een schending van artikel 3 EVRM op zichzelf reeds kan leiden tot een *schending* van het recht tegen zelfincriminatie, wat is dan de toegevoegde waarde van de hierboven genoemde gezichtspunten 1 en 2 voor het oordeel of dit recht überhaupt *van toepassing* is? Die toegevoegde waarde ligt mijns inziens daarin dat deze gezichtspunten ook op zichzelf kunnen leiden tot toepasbaarheid van *nemo tenetur* op het afdwingen van wilsonafhankelijke informatie, zonder dat sprake is van een schending van artikel 3 EVRM. In *Ibrahim e.a./VK* noemt de Grote Kamer namelijk drie situaties waarin het *nemo tenetur*-beginsel in het geding komt, onder meer indien 'physical or psychological pressure, often in the form of treatment which breaches Article 3 of the Convention, is applied to obtain real evidence or statements' [cursivering toegevoegd SL].<sup>36</sup> Deze overweging impliceert dat het afdwingen van wilsonafhankelijke informatie (*real evidence*) onder omstandigheden ook onder de reikwijdte van *nemo tenetur* kan vallen, zonder dat artikel 3 EVRM is geschonden. Volgens *Jalloh/Duitsland* moet het dan in ieder geval gaan om 1) zelfstandig bewijsmateriaal en 2) significant sterkere dwang dan bij gedwongen afname van bloed, haar of lichaamsweefsel, die meer dan een geringe inbreuk vormt op de lichamelijke integriteit.

31 Zij werden onafhankelijk van verdachtes wil verkregen door gedwongen toediening van braakmiddel.

32 Het is evenwel de vraag of de drugs inderdaad geen nader forensisch onderzoek vergde. Of een bolletje wit poeder daadwerkelijk cocaïne betreft, moet immers worden getest met een Narcotest. Dergelijke tests worden in Nederland uitgevoerd door het Nederlands Forensisch Instituut.

33 *Jalloh/Duitsland*, par. 111 en 113-115.

34 Zie ook P.H.P.H.M.C. Van Kempen in zijn noot bij *Jalloh/Duitsland*, *NJCM-Bulletin* 2007/3, onder 8. Hierover bestaat evenwel discussie: Stevens 2007.

35 Zie o.a. *Gäfgen/Duitsland*, par. 167-178; EHRM 25 september 2012, 649/08 (*El Haski/België*), par. 85. Zie ook Y. Buruma in zijn noot onder *Gäfgen/Duitsland*, *NJ* 2010/628, onder 3 en S. Garvelink in zijn noot onder *Gäfgen/Duitsland*, *NJCM-Bulletin* 2010/8, onder 14.

36 *Ibrahim e.a./VK*, par. 267.



In een dergelijk geval staat niet zozeer respect voor betrokkene's wil en diens procesautonomie, of de betrouwbaarheid van het bewijs centraal, maar treedt het tegengaan van ongeoorloofde dwang en, daarmee samenhangend, bescherming van de menselijke waardigheid meer op de voorgrond. In de literatuur bestaat geen consensus over welke van de rechtsgronden het meest prominent geldt of zou moeten gelden.<sup>37</sup> Wellicht hangen de geopperde rechtsgronden met elkaar samen en worden zij in verschillende zaken in verschillende mate zichtbaar.<sup>38</sup>

Indien het recht tegen zelfincriminatie van toepassing is, beoordeelt het EHRM of sprake is van een schending. Dit doet het aan de hand van de volgende factoren:

1. de aard en mate van dwang;
2. de aanwezigheid van relevante waarborgen in de procedure; en
3. de wijze waarop de verkregen informatie is gebruikt.<sup>39</sup>

In *Jalloh/Duitsland* werd nog een vierde factor genoemd: het publiek belang bij het opsporen, vervolgen en bestraffen van het betreffende delict.<sup>40</sup> Deze factor is later evenwel niet meer expliciet terug te vinden in de Straatsburgse rechtspraak,<sup>41</sup> hetgeen overeenkomt met het uitgangspunt dat het publiek belang een schending van het *nemo tenetur*-beginsel niet kan rechtvaardigen.<sup>42</sup>

Bij de beoordeling van deze factoren en van de vraag of sprake is van een schending, is een goed begrip van het onderscheid tussen wilsafhankelijke en wilsonafhankelijke informatie van belang. Reeds bij het eerste gezichtspunt – de aard en mate van dwang – is de aard van de afgedwongen informatie essentieel.<sup>43</sup> Waar de grens ligt van toelaatbare dwang, is moeilijk in algemene regels uit te drukken.<sup>44</sup> Zo kan een boete van € 1.640,- om wilsafhankelijke informatie te verkrijgen ongeoorloofde dwang opleveren,<sup>45</sup> terwijl wettelijke dreiging met een gevangenisstraf van zes maanden ter verkrijging van wilsonafhankelijke informatie (met een blaastest) niet problematisch is,<sup>46</sup> in tegenstelling tot (dreiging met) zes maanden gevangenisstraf wegens het niet verschaffen van wilsafhankelijke informatie (een verklaring).<sup>47</sup>

Dat met betrekking tot beide typen informatie andersoortige dwangvormen (on)geoorloofd zijn, is begrijpelijk gelet op de primaire betekenis van het *nemo tenetur*-beginsel, waarbij respect voor de wil van de verdachte om niet mee te werken centraal staat. Als een verdachte wordt verzocht bepaalde wilsafhankelijke informatie te verstrekken, maar hij hieraan niet wil meewerken, kan de vorderende autoriteit hem hiertoe proberen te dwingen door (dreiging) met negatieve consequenties. Als deze consequenties ernstig genoeg zijn,

37 Zie hierover o.a. E.J. Koops & L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond *nemo tenetur*', *DD* 2003/33 (p. 286-287); I. Peçi, *Sounds of Silence* (diss. Groningen), Nijmegen: WLP 2006, p. 79-80; Van Toor 2017, p. 372-390; Dissenting opinion van Rechter Martens en Kuris bij *Saunders/VK*, onder 7-9.

38 Vgl. Koops 2002, p. 46-47.

39 *Bykov/Rusland*, par. 92; *Jalloh/Duitsland*, par. 117; EHRM 25 juni 2013, 25333/03 (*Niculescu/Roemenië*), par. 111; *Allan/VK*, par. 44. Zie ook Koops 2012, p. 139; Van Toor 2016, p. 31-36.

40 *Jalloh/Duitsland*, par. 121.

41 Wel lijkt het publiek belang in enkele verkeerszaken impliciet te hebben meegewogen: *O'Halloran en Francis/VK*, par. 57; EHRM 10 januari 2008, 58452/00 en 61920/00 (*Lückhof and Spanner/Oostenrijk*), par. 51-59. Zie ook N. Jarigsmá in haar noot onder *O'Halloran en Francis/VK*, *NJCM-Bulletin* 2008/4, onder 3.

42 *Bykov/Rusland*, par. 93; *Saunders/VK*, par. 74. Zie ook Dissenting opinion van rechter Meyer bij *O'Halloran en Francis/VK*, onder 6-7.

43 Vgl. J.M. Reijntjes in zijn noot onder HR 24 november 2015, *NJ* 2016/58, onder 6; Van Toor 2016, p. 35.

44 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 373. Vgl. *John Murray/VK*, 46;

45 *Funke/Frankrijk*, par. 15 en 44.

46 EHRM 15 juni 1999, 43486/98 (*Tirado Ortiz and Lozano Martin/Spanje*), p. 3-5. Anders: Van Toor 2017, p. 399 en 403.

47 *Heaney en McGuinness/Ierland*, par. 12 en 51-59.

zoals een gevangenisstraf of een meer dan middelmatige geldboete,<sup>48</sup> kan dit verdachtes wil om de informatie niet te verschaffen redelijkerwijs doorbreken waardoor hij de informatie alsnog verstrekt. In zo'n geval schendt de wijze van informatievergaring de essentie van het recht tegen zelfincriminatie.<sup>49</sup> Dit geldt ook indien de verdachte niet bezwijkt en daarom wordt bestraft, aangezien zijn wil om de informatie niet te verschaffen dan eveneens niet wordt gerespecteerd.

Ten aanzien van wilsonafhankelijke informatie is dit anders. Dergelijke informatie kan (ook) zonder medewerking van verdachte worden verkregen. Dreiging met straf strekt in zo'n geval niet zozeer tot het breken van verdachtes wil, maar is veeleer een extra stimulans om verdachte te laten kiezen voor een andere, vaak minder invasieve methode om de betreffende informatie te verkrijgen. Immers, als een verdachte (mede) wegens dreiging met straf kiest om ademlucht te blazen, speeksel af te staan of bepaalde documenten te overhandigen, voorkomt hij hiermee dat met hulp van de sterke arm bloed wordt afgenomen respectievelijk dat daartoe gemachtigde opsporingsambtenaren diens woning betreden om de betreffende documenten te zoeken en in beslag te nemen.

### 3. De Hoge Raad

Het Nederlands recht kent geen onvoorwaardelijk recht of beginsel inhoudende dat verdachten op geen enkele wijze gedwongen mogen worden om (mogelijk) belastende informatie te verschaffen. Uit artikel 29 Sv vloeit wel voort dat een verdachte niet mag worden verplicht (schriftelijk) te verklaren over zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit. Tevens ligt in artikel 6 EVRM besloten dat, in geval van een *criminal charge*, aan de verdachte het zwijgrecht en het recht tegen zelfincriminatie toekomt.<sup>50</sup>

Bij zijn uitleg van het recht tegen zelfincriminatie gaat de Hoge Raad ervan uit dat dit recht zich niet verzet tegen het gebruik voor het bewijs van afgedwongen wilsonafhankelijk materiaal, ofwel 'materiaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte'.<sup>51</sup> Het *nemo tenetur*-beginsel beschermt volgens de Hoge Raad dus in principe slechts tegen het gebruik van afgedwongen informatie die afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat. Hiermee steunt de Hoge Raad sterk op *Saunders/VK*,<sup>52</sup> hetgeen volgens Zwemmer afbreuk doet aan de overtuigingskracht van 's Hogen Raads benadering en gereede twijfel ontstaat of die benadering in overeenstemming is met rechtsontwikkelingen in latere Straatsburgse jurisprudentie.<sup>53</sup>

Die twijfel is mijns inziens terecht, gelet op de wijze waarop de Hoge Raad 'wils(on)afhankelijkheid' operationaliseert. Hierboven zagen we dat informatie volgens het EHRM wilsaf-

48 In ieder geval consequenties die niet 'moderate and non-custodial' zijn: *O'Halloran en Francis/VK*, par. 58.

49 Vgl. Joint dissenting opinion van rechters Hajiyev & Jebens bij EHRM 24 maart 2005, 63207/00 (*Rieg/Oostenrijk*), onder 3: "the degree of compulsion imposed on the applicant was, in our opinion, at a level that actually destroyed the very essence of the right to remain silent and the privilege against self-incrimination. In this respect we would like to note that the applicant had no other choice than either to break her silence and provide possibly incriminating information or to have a fine or term of imprisonment imposed on her for failure to provide such information. There was therefore no way in which the applicant could have avoided to give full information, and still not be penalized."

50 HR 21 december 2010, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.2; HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 6.5.1.

51 HR 21 december 2010, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.2; HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 3.6; HR 24 april 2015, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 4.3.5 en 4.4.2; HR 21 oktober 1997, *NJ* 1998/173, r.o. 5.2.

52 Zie ook A. Bood, 'Geef ze een vinger... Gedwongen ontgrendeling van een smartphone en het nemo tenetur-beginsel', *NJB* 2018/1880 (p. 2745).

53 J.W. Zwemmer in zijn noot onder HR 24 april 2015, *NJ* 2015/265, onder 2.

hankelijk is, als die informatie enkel kan worden verkregen met medewerking van de betrokkene. Een dergelijke opvatting acht de (civiele kamer van de) Hoge Raad onjuist.<sup>54</sup> Het gaat er volgens de Hoge Raad niet om of het verkrijgen van informatie medewerking van de betrokkene vereist, maar om het antwoord op de vraag of het (bewijs)materiaal wel of niet los van de wil van de betrokkene *bestaat*.<sup>55</sup> Of informatie wils(on)afhankelijk is, hangt samen met het zwijgrecht en is verbonden aan de aard van de informatie: *of het in fysieke zin bestaat, onafhankelijk van verdachtes wil*.<sup>56</sup> Dit wordt beoordeeld aan de hand van de inhoud van de gevorderde (schriftelijke) informatie.<sup>57</sup>

Deze opvatting betekent mijns inziens het volgende. Indien de (inhoud van de) gevorderde informatie reeds bestaat op het moment van de vordering (zoals belastingadministratie), is sprake van wilsonafhankelijke informatie waarop het *nemo tenetur*-beginsel in principe niet van toepassing is.<sup>58</sup> Indien de informatie ten tijde van de vordering nog niet bestaat en de inhoud van de gevorderde informatie afhangt van de wil van de verdachte, omdat alleen hij de informatie kan produceren (zoals een verklaring over zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit), is sprake van wilsafhankelijke informatie waarop het recht tegen zelf-incriminatie van toepassing is.<sup>59</sup>

Volgens Reijntjes bestaan in ieder geval afhankelijk van de wil alle (schriftelijke) uitlatingen van persoonlijke aard, zoals dagboeken, correspondentie met de belastingconsulent, eigen interpretaties en conclusies over objectieve gegevens, opgeschreven plannen om de fiscus om de tuin te leiden en andere voor strikt persoonlijk gebruik vervaardigde documenten.<sup>60</sup> Bood meent dat volgens de benadering van de Hoge Raad ook (door de verdachte getypte) *WhatsApp*-berichten afhankelijk van verdachtes wil bestaan en derhalve worden beschermd door het recht tegen zelfincriminatie.<sup>61</sup>

Ten aanzien van schriftelijke uitlatingen in dagboeken, (*WhatsApp*-)correspondentie, opgeschreven plannen en andere voor persoonlijk gebruik vervaardigde documenten kan dit evenwel worden betwijfeld.<sup>62</sup> Dergelijke informatie bestaat immers feitelijk al als verstrekking ervan wordt gevorderd, net zoals geluidsopnamen van een gevoerd telefoongesprek.<sup>63</sup> Een dagboek ligt bijvoorbeeld volgeschreven in een kast, *WhatsApp*-berichten zijn opgeslagen op een telefoon en snode plannen liggen opgeborgen in een kluis. De inhoud van

54 HR 24 april 2015, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 4.4.2. De opvatting dat wils(on)afhankelijkheid afhangt van de vereiste medewerking van de betrokkene, zou het onderscheid tussen beide soorten materiaal volgens de Hoge Raad zinledig maken, omdat het afgeven van bescheiden, bijvoorbeeld op grond van een veroordeling in kort geding, nimmer zonder medewerking van de betrokkene kan plaatsvinden. Zie ook HR 24 november 2015, *NJ* 2016/58, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.4.

55 HR 21 maart 2008, *BNB* 2008/159, m.nt. P.G.H. Albert, r.o. 3.3.2.

56 HR 24 april 2015, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 4.4.2; HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 3.6; HR 21 december 2010, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.3.

57 HR 21 december 2010, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.3.

58 Zie bijv. HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes; HR 24 november 2015, *NJ* 2016/58, m.nt. J.M. Reijntjes. Dat de reeds bestaande informatie wel met inspanning van de betrokkene moet worden opgeschreven en overgelegd, is hierbij niet beslissend: HR 21 december 2010, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.3.

59 Zie bijv. HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997/232, r.o. 6.7. Vgl. Jörg 2016, p. 125.

60 J.M. Reijntjes in zijn noten onder HR 21 december 2010, *NJ* 2011/425, onderdeel 3 en HR 24 november 2015, *NJ* 2016/58 onder 6 en 10. Vgl. Stevens 2005, p. 61.

61 Bood 2018, p. 2746. Na afronding van deze rechtspraakrubriek werd Rb. Rotterdam 28 februari 2019 ECLI:NL:RBNHO:2019:1568 gewezen en verschenen in het NJB: Stevens 2019; Egberts & Ferdinandusse 2019; Van Toor 2019 en Bood 2019. I.v.m. de drukprocedure konden deze bijdragen niet meer worden verwerkt (zij vormen evenwel geen aanleiding om mijn standpunt in deze discussie te herzien).

62 Zie over dagboeken en *WhatsApp*-gespreken nader paragraaf 4.

63 Zie bijv. EHRM 4 mei 1999, 40084/98 (*Choudhary/VK*), p.7: "The allegedly incriminating statements made by him in the course of this conversation, were, therefore, made freely, and not as a result of any coercion or compulsion applied to the applicant by the State authorities. For this reason, the record of the conversation is akin to a pre-existing document or a bodily sample, to which the right not to incriminate oneself does not extend."

dergelijke geschriften staat reeds vast en hangt niet af van enige fysieke of intellectuele inspanning van de betrokkene.<sup>64</sup> De inhoud van die geschriften is er; die bestaat.

Bood lijkt een andere redenering te volgen, als hij stelt dat bankafschriften niet zozeer wilsonafhankelijk materiaal vormen doordat zij als fysieke objecten onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaan, maar omdat 'ze – net als tachograafregistraties en bedrijfsafvalrapportages – gegevens bevatten over objectieve fysieke processen, die zich min of meer mechanisch lieten vastleggen.'<sup>65</sup> Dat bankafschriften, tachograafregistraties en afvalrapportages gegevens bevatten over objectieve processen is op zichzelf juist, maar dit is niet het criterium dat de Hoge Raad aanlegt ter beantwoording van de vraag of documenten die bepaalde informatie bevatten wils(on)afhankelijk zijn. Het is dat dergelijke objectieve gegevens in feitelijke zin bestaan, los van de wil van de betrokkene, waardoor die documenten volgens de benadering van de Hoge Raad – naar hun inhoud – een wilsonafhankelijke aard hebben.<sup>66</sup>

Jörg legt 's Hogen Raads interpretatie iets ander uit, als hij stelt dat materiaal wilsonafhankelijk is als de betrouwbaarheid ervan op het moment van verkrijging niet kan worden beïnvloed door de persoon van wie het afkomstig is.<sup>67</sup> Dit lijkt de reikwijdte van *nemo tenetur* ter ver te beperken, omdat alle op schrift of gegevensdrager vastgelegde informatie op het moment van overhandiging in principe niet meer kan worden gewijzigd.<sup>68</sup>

Onder bepaalde omstandigheden biedt de benadering van de Hoge Raad ook bescherming tegen het gebruik van afgedwongen informatie die niet bestaat dankzij de wil van verdachte. Het gaat dan om informatievergaring via *fishing expeditions* of met dwangvormen die *Jalloh*-achtige toestanden opleveren.<sup>69</sup>

Kortom, het belangrijkste verschil in de uitleg van het recht tegen zelfincriminatie door de Hoge Raad en het EHRM betreft de operationalisering van wils(on)afhankelijke informatie.<sup>70</sup> Zowel het EHRM, als de Hoge Raad gaat ervan uit dat het recht tegen zelfincriminatie in beginsel geen bescherming biedt tegen het gebruik van afgedwongen wilsonafhankelijke informatie. Echter, het EHRM stelt hierbij de vraag centraal of de informatie (ook) onafhankelijk van verdachtes wil kan worden *verkregen*, terwijl de Hoge Raad beslissend acht of de informatie naar haar inhoud onafhankelijk van de wil *bestaat*. De juridische

64 De betrokkene kan de geschriften na de vordering weliswaar vernietigen, maar dat doet niet af aan het feit dat zij ten tijde van de vordering reeds bestaan.

65 Bood 20018, p. 2746.

66 HR 21 december 2010, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.3: "Beslissend voor de vraag of het nemo-tenetur-beginsel is geschonden, is immers of het gebruik tot het bewijs van een al dan niet in een document vervatte verklaring van de verdachte in een strafzaak zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen. Het antwoord op deze vraag hangt af van de aard van de in het document vervatte verklaring, waarbij de omstandigheid dat de verdachte de verklaring zelf heeft vervaardigd, niet beslissend is." Vgl. HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes; 16.1.

67 Jörg 2016, p. 125. Vgl. Stevens 2007, p. 687.

68 Die reikwijdte rekt Jörg overigens weer op als hij stelt: "Zo zal ook gedwongen overlegging van een persoonlijk dagboek – waarvan het bestaan als zodanig niet van de wil van de schrijver afhankelijk is – te ver gaan. Als sprake is van een behandeling in strijd met art. 3 of 8 EVRM kan zulk bewijs op die grond worden uitgesloten, hoe betrouwbaar het ook kan zijn." Dat alle (wilsonafhankelijke) informatie die is verkregen in strijd met artikel 8 EVRM, via artikel 6 EVRM kan/moet worden uitsloten van het bewijs, vindt evenwel geen steun in rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad: *Gäfgen/Duitsland*, par. 165; EHRM 12 mei 2000, 35394/97 (*Khan/VK*), par. 35-40; HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:786; HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2768; HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322.

69 HR 24 april 2015, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 4.3.3; Jörg 2016, p. 121, 124 en 126; J.M. Reijntjes in zijn noot onder HR 24 november 2015, *NJ* 2016/58 onder 7. Vgl. HR 21 maart 2008, *BNB* 2008/159, m.nt. Albert, r.o. 3.3.3; T. Kooijmans in zijn noot onder HR 14 juni 2016, *NJ* 2016/364, onder 2.

70 Zie voor een nadere vergelijking van beide benaderingen Van Toor 2016.

doorwerking van dit verschil in interpretatie wordt hieronder geïllustreerd aan de hand van een viertal casusposities.

#### 4. Enkele gedachte-experimenten

Om de doorwerking van de hierboven beschreven interpretaties van het recht tegen zelfincriminatie bloot te leggen, is het dienstig deze als gedachte-experiment te betrekken op enkele casusposities. Dat volgens beide benaderingen het met dwang verkrijgen van bloed niet, maar afdwingen van een mondelinge verklaring wel onder de reikwijdte van *nemo tenetur* valt, is evident. Dergelijke 'eenvoudige' gevallen worden hier dan ook buiten beschouwing gelaten. Hieronder volgt een beschrijving van vier fictieve casus, waarbij de doorwerking van het *nemo tenetur*-beginsel wellicht niet in één oogopslag helder is. Vervolgens wordt bekeken tot welke uitkomsten de interpretaties van het EHRM en de Hoge Raad zouden leiden.

##### *Casus 1. Nienkes dagboek*

Nienke houdt al van jongs af aan een dagboek bij, waarin zij haar ervaringen, emoties en gedachten noteert. Die notities blijken interessant voor de politie, als de ex-vriend van Nienke op het bureau vertelt dat ze in haar dagboek ook verslag doet van de overvallen die ze pleegt. Daarvan noteert ze telkens de datum, plaats en buit, waarna ze het dagboek weer opbergt in de onderste lade van haar kledingkast, verstopt in een roze trui. Naar aanleiding van deze tip en in het kader van een lopend onderzoek naar enkele recente inbraken gaat een opsporingsambtenaar bij Nienke op bezoek. Als Nienke de deur opent, legt de agent de situatie uit en vordert, op basis van een wettelijke grondslag,<sup>71</sup> overhandiging van het dagboek. De agent wijst erop dat artikel 184 Sr niet-meewerken bedreigt met maximaal drie maanden gevangenisstraf. Nienke pakt het dagboek en overhandigt het aan de agent. Twee maanden later staat Nienke terecht voor een drietal overvallen. De raadsman voert aan dat de informatie uit het dagboek niet mag worden gebruikt voor het bewijs. Het betreft immers naar de inhoud wilsafhankelijke informatie, die bovendien is verkregen doordat Nienke werd gedwongen het dagboek te overhandigen.

##### *Casus 2. Ewouts Bitcoins*

Ewout wordt verdacht van het verduisteren van *Bitcoins*. Volgens verschillende tipgevers beschikt Ewout over twee bitcoinadressen,<sup>72</sup> waarmee vijftientig *Bitcoins* zouden zijn verduisterd. Welke adressen dit zijn, is onbekend en kan het openbaar ministerie niet zelfstandig achterhalen. Ewout bevestigt dat hij twee bitcoinadressen heeft, maar ontkent iedere betrokkenheid bij het verduisteren van cryptovaluta. De officier van justitie vordert, daartoe wettelijk bevoegd en op straffe van maximaal drie maanden gevangenisstraf, dat Ewout inzage geeft in zijn twee bitcoinadressen en de transacties die daarmee zijn gedaan de afgelopen twaalf maanden. Ewout weigert en wordt, mede gelet op zijn strafblad, veroordeeld tot betaling van een geldboete van € 3.500 wegens het niet verschaffen van de gevorderde informatie. In hoger beroep stelt zijn raadvrouw dat deze veroordeling in strijd is met het recht tegen gedwongen zelfincriminatie.

71 Een dergelijke grondslag is onder huidig recht fictief.

72 Bitcoinadressen zijn anoniem en bestaan uit automatisch gegenereerde alfanumerieke codes zoals 1NkbuV-2VLU2u8s1Y2kSA3YqXzb1ty6x6U4.

### **Casus 3. Maartens smartphone**

Maarten wordt verdacht van grooming en het vervaardigen en bezitten van kinderporno. Volgens één van de slachtoffers zocht Maarten contact via *Facebook*, waarna de communicatie zich voortzette via *WhatsApp*. Op *WhatsApp* zou Maarten er meerdere keren op hebben aangedrongen elkaar te ontmoeten op een parkeerplaats. Dergelijke ontmoetingen hadden volgens Maarten al eerder seksueel beeldmateriaal opgeleverd, die hij op zijn telefoon zou laten zien tijdens de beoogde afspraak. De telefoon van dit slachtoffer viel een week voor het doen van aangifte in het toilet en is daarom defect. Derhalve kan de inhoud van die telefoon de verklaring van het slachtoffer niet ondersteunen. Bij de aanhouding van Maarten wordt zijn telefoon in beslag genomen. Deze blijkt vergrendeld en kan alleen met een vingerafdruk van Maarten worden ontgrendeld,<sup>73</sup> hetgeen hij weigert. Hiertoe bevoegd drukt een opsporingsambtenaar Maartens vinger tegen de ontgrendelknop, waarna de telefoon ontgrendelt en de agent de telefoon uitleest. Hierbij worden onder meer *WhatsApp*-gesprekken aangetroffen die de verklaring van het slachtoffer bevestigen. Daarnaast bevat de smartphone meerdere kinderpornografische afbeeldingen. Ter terechtzitting voert Maartens raadvrouw aan dat de informatie die is aangetroffen op de telefoon niet mag worden gebruikt voor het bewijs, omdat Maarten is gedwongen die informatie, die hij zelf tot stand heeft gebracht, te verschaffen.

### **Casus 4. Olivia's mest**

Olivia is veehoudster, in welke hoedanigheid de NVWA<sup>74</sup>, ter controle van de naleving van de Meststoffenwet, van haar de administratie vordert betreffende de totale productie mest over het jaar 2018 en de wijze waarop die mest is verwerkt. Olivia heeft echter drie keer zoveel kuub mest over haar land uitgereden dan is toegestaan. Uit angst voor bestuurlijke beboeting of strafrechtelijke vervolging vermindert ze op papier haar totale mestproductie met het aantal kuub dat ze teveel heeft uitgereden. De NVWA merkt dit op, waarna Olivia wordt vervolgd en veroordeeld voor valsheid in geschrift. In hoger beroep stelt de raadsman dat de veroordeling in strijd is met het *nemo tenetur*-beginsel.

### **Ad 1) Nienkes dagboek**

Op het moment dat de agent overhandiging van het dagboek vordert, bestaan het dagboek en de daarin opgeschreven informatie onafhankelijk van Nienkes wil. Het dagboek en de daarin opgenomen informatie bevinden zich immers in de onderste lade van Nienkes kledingkast, verstopt in een roze trui. Omdat het dagboek en de daarin opgenomen informatie in deze casus onafhankelijk van Nienkes wil bestaan en geen sprake is van een *fishing expedition*,<sup>75</sup> is het recht tegen zelfincriminatie volgens de benadering van de Hoge Raad niet van toepassing.

Volgens Reijntjes mag in de benadering van de Hoge Raad de informatie die het dagboek behelst echter niet worden gebruikt voor het bewijs.<sup>76</sup> De kennelijke redenering hierachter is dat die informatie enkel en alleen bestaat dankzij Nienkes wil. Het dagboek bevat inderdaad informatie over Nienkes ervaringen, die zij zelf heeft vertaald in woorden en zinnen en vervolgens heeft opgeschreven in een voor strikt persoonlijk gebruik bedoeld document. Dat doet echter niet af aan het feit dat het dagboek en de inhoud ervan in fysieke

73 Vergelijkbare mogelijkheden zijn iris- of gezichtsherkenning. Ook herkenning van hersenactiviteit biedt in de toekomst wellicht mogelijkheden: Lin e.a. 'Brain Password: A Secure and Truly Cancelable Brain Biometrics for Smart Headwear', *MobiSys* 2018, p. 10-15.

74 De Rijksdienst voor Ondernemend Nederland en de Nederlandse Voedsel en Warenautoriteit.

75 De agent weet immers precies wat hij zoekt en waar het ligt.

76 J.M. Reijntjes in zijn noot onder HR 24 november 2015, *NJ* 2016/58 onder 6.

zin reeds bestaan op het moment dat de agent erom vraagt – geheel los van Nienkes wil op dat moment. Op dergelijke wilsonafhankelijke informatie acht de Hoge Raad het *nemo tenetur*-beginsel niet van toepassing.<sup>77</sup>

Ook volgens de interpretatie van het EHRM verzet artikel 6 EVRM zich niet tegen het gebruik van het dagboek voor het bewijs. In de casus verkrijgt de politie het dagboek weliswaar met medewerking van Nienke. Echter, de politie had het dagboek ook kunnen verkrijgen zonder haar medewerking, door daartoe gemachtigd Nienkes huis te betreden en te doorzoeken, om vervolgens zelf het dagboek uit de onderste lade van de kledingkast te halen en in beslag te nemen. Het dagboek betreft dus geen ‘information that could not be obtained from any other source than the applicant himself’. Het dagboek betreft dus wilsonafhankelijke informatie, waarop het *nemo tenetur*-beginsel in principe niet van toepassing is. Dat in casu is gekozen voor een lichter middel waarbij weliswaar enige medewerking van Nienke was vereist, doet hieraan niet af.<sup>78</sup>

Stel nu dat de politie niet is getipt door Nienkes ex-vriend en Nienke op andere gronden wordt verdacht van enkele inbraken, in welk kader de officier van justitie haar woning rechtmatig doorzoekt en het dagboek aantreft en in beslag neemt. Deze situatie valt geheel buiten de reikwijdte van het recht tegen zelfincriminatie: Nienke wordt immers op geen enkele wijze gedwongen om belastende informatie tegen zichzelf te verschaffen.

Wat nu als dezelfde officier in eerdere strafzaken documentatie over criminele activiteiten heeft aangetroffen in dagboeken van daders en, op goed geluk, daartoe wettelijk bevoegd en met verwijzing naar het bepaalde in artikel 184 Sr, van Nienke vordert om een eventueel dagboek te verstrekken? Op een dergelijke *fishing expedition* is volgens de benadering van de Hoge Raad het recht tegen zelfincriminatie van toepassing.<sup>79</sup> Ook de benadering van EHRM biedt in dergelijke gevallen bescherming.<sup>80</sup> In *J.B./Zwitserland* overweegt het hof dat de van klager gevorderde documenten, waarvan de autoriteiten niet zeker waren van de inhoud en omvang, niet zijn te kwalificeren als wilsonafhankelijke informatie waarop het recht tegen zelfincriminatie niet van toepassing is.<sup>81</sup> Anders geformuleerd, die documenten waren wilsafhankelijk; zij betroffen *information that could not be obtained from any other source than the applicant himself*. Dit oordeel is begrijpelijk. Het was voor de overheid immers (in principe) onmogelijk om de documenten zelfstandig te bemachtigen, omdat ze niet wist of die documenten überhaupt bestonden en waar zij zich dan bevonden.

Betoogd kan worden dat Nienkes situatie zich onderscheidt van de zaak *J.B./Zwitserland*, omdat het eventueel bestaande dagboek (welke niet zelden worden opgeslagen in kasten in slaapkamers) ook zonder al te veel moeite kon worden gevonden en in beslag genomen via een doorzoeking van Nienkes woning. Volgens deze redenering kon de officier van justitie het gevorderde dagboek ook verkrijgen zonder Nienkes medewerking, waardoor het dus geen informatie is ‘that could not be obtained from any other source than the applicant himself’. De verkregen informatie is volgens deze redenering wilsonafhankelijk, waardoor het *nemo tenetur*-beginsel niet geschonden is. Het is evenwel onduidelijk wat het EHRM precies bedoelt met ‘could not be obtained from any other source’ en met welke mogelijkheden om de informatie via een andere weg te verkrijgen rekening gehouden moet of mag worden.

77 HR 24 november 2015, NJ 2016/58, m.nt. J.M. Reijntjes; HR 21 december 2010, NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes.

78 Vgl. 16.2.

79 HR 24 april 2015, NJ 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 4.3.3; Jörg 2016, p. 121 en 124; J.M. Reijntjes in zijn noot onder HR 24 november 2015, NJ 2016/58 onder 7.

80 *Chambaz/Zwitserland*; *J.B./Zwitserland*; *Funke/Frankrijk*.

81 *J.B./Zwitserland*, par. 68. Zie hierover ook Stevens 2005, p. 19-21.

### Ad 2) Ewouts Bitcoins

Als we de benadering van de Hoge Raad volgen, waarin het *nemo tenetur*-beginsel in principe geen bescherming biedt tegen het onder dwang verkrijgen van informatie die los van de wil bestaat, leidt Ewouts veroordeling vermoedelijk niet tot een schending van het *nemo tenetur*-beginsel. De bitcoinadressen bestaan uit automatisch gegenereerde codes en bevatten objectieve informatie over transacties in het verleden. Naar de inhoud bezien bestaan de gevorderde bitcoinadressen *an sich*, noch de daaraan gekoppelde informatie over eerdere transacties, afhankelijk van Ewouts wil. Tevens is geen sprake van een *fishing expedition*, aangezien de officier van justitie weet dat Ewout over twee bitcoinadressen beschikt, waarmee vermoedelijk vijftientig Bitcoins zijn verduisterd.<sup>82</sup>

Volgens de benadering van het EHRM is Ewouts veroordeling problematischer. Uit de casus blijkt dat het openbaar ministerie feitelijk niet in staat was om de beoogde informatie zelfstandig te verkrijgen. De gevorderde gegevens betreffen dus *information that could not be obtained from any other source than the applicant himself*. Omdat Ewout de informatie niet wilde geven, bestond voor het openbaar ministerie nog slechts één mogelijkheid: Ewouts wil om de informatie niet te verschaffen te doorbreken, door dreiging met straf. Indien dit zou zijn gelukt en Ewout de informatie, in strijd met zijn eigenlijke wil, toch had verschaft, was die informatie verkregen *through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused* en was daarom het recht tegen zelfincriminatie van toepassing.<sup>83</sup> Ewout bleek echter niet gevoelig voor de dwang en koos ervoor de informatie niet te verstrekken, welke keuze is bestraft met een boete van € 3.500. Omdat die bestraffing Ewouts wil om niet mee te werken niet respecteert, komt het *nemo tenetur*-beginsel in het geding. Mede gelet op de hoogte van de geldboete is vermoedelijk sprake van een schending.<sup>84</sup>

### Ad 3) Maartens smartphone

In een recente bijdrage betoogt Bood dat *WhatsApp*-berichten van een verdachte die zijn verkregen zoals in deze casus, volgens 's Hogen Raads uitleg van het *nemo tenetur*-beginsel niet mogen worden gebruikt voor het bewijs, omdat zij afhankelijk van verdachtes wil bestaan.<sup>85</sup> Zijn redenering is als volgt. Als de vinger van een verdachte onder enige dwang toegang verschaft tot de inhoud van een telefoon, is de daar aangetroffen informatie, waaronder *WhatsApp*-gesprekken, door dwang verkregen. Naar hun aard en inhoud beoordeeld kunnen *WhatsApp*-berichten van een verdachte die feitelijk een bekennende verklaring inhouden, 'bezwaarlijk anders dan wilsafhankelijk worden genoemd.'<sup>86</sup> De redenering die hieraan ten grondslag ligt is kennelijk dat dergelijke berichten zijn bedacht, getypt en verstuurd door de verdachte en daarom naar hun inhoud bestaan afhankelijk van diens wil. Bood verwijst hierbij naar rechtspraak van de Hoge Raad waaruit blijkt dat een vordering aan een verdachte om schriftelijke inlichtingen te verschaffen over zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit, problematisch is in het licht van *nemo tenetur*.<sup>87</sup>

Het op vordering verschaffen van schriftelijke inlichtingen door een (toekomstige) verdachte over diens betrokkenheid bij een strafbaar feit, is echter wel iets anders dan het aantreffen

82 Vgl. T. Kooijmans in zijn noot onder HR 14 juni 2016, NJ 2016/364, onder 2.

83 Vgl. *Saunders/VK*, par. 68-76; *Kansal/VK*, par. 29.

84 Vgl. *Chambaz/Zwitserland*, par. 50-58 en 75; *Funke/Frankrijk*, par. 15 en 44.

85 Bood 2018. Na afronding van deze rechtspraakrubriek werd Rb. Rotterdam 28 februari 2019 ECLI:NL:RBNHO:2019:1568 gewezen en verschenen in het NJB: Stevens 2019; Egberts & Ferdinandusse 2019; Van Toor 2019 en Bood 2019. I.v.m. de drukprocedure konden deze bijdragen niet meer worden verwerkt (zij vormen evenwel geen aanleiding om mijn standpunt in deze discussie te herzien).

86 Bood 2018, p. 2746. Over aangetroffen afbeeldingen geeft Bood geen uitsluitel. Wel hebben eventueel aangetroffen metadata en locatiegegevens in ieder geval een wilsonafhankelijk karakter (p. 2748).

87 HR 29 oktober 1996, NJ 1997/232, r.o. 6.7; HR 21 oktober 1997, NJ 1998/173, r.o. 5.4.



van belastende *WhatsApp*-berichten door de politie op verdachtes telefoon, waartoe toegang is verkregen door de vinger van de verdachte tegen de ontgrendelknop te drukken. Op het moment van een dergelijke vordering bestaan de gevorderde inlichtingen nog niet. De informatie over verdachtes betrokkenheid bij een bepaald delict zit op dat moment nog slechts in het hoofd van de verdachte. Welke informatie hij wel of niet prijsgeeft via een schriftelijke verklaring, hangt volledig af van zijn wil. De inhoud van de gevorderde schriftelijke inlichtingen staat dus niet vast, maar bestaat feitelijk pas nadat de verdachte heeft bepaald wat hij wil opschrijven. Dit is anders ten aanzien van aangetroffen *WhatsApp*-gesprekken. Op het moment dat de smartphone wordt ontgrendeld bestaan die gesprekken al in fysieke zin.<sup>88</sup> De inhoud van die gesprekken staat vast en is opgeslagen op de telefoon van de verdachte en vaak ook op de smartphone van de gesprekspartner. Anders dan Bood meent, bestaan aangetroffen *WhatsApp*-gesprekken volgens de benadering van de Hoge Raad aldus onafhankelijk van de wil van de betrokkene. Hetzelfde geldt voor de afbeeldingen die op Maartens telefoon zijn opgeslagen. Die afbeeldingen en de inhoud daarvan bestonden reeds in feitelijke zin toen de agent de smartphone ontgrendelde door Maartens vinger tegen de ontgrendelknop te drukken. Het is evenwel de vraag of we ons volgens de Hoge Raad in de casus van Maarten moeten focussen op de aard van de *WhatsApp*-gesprekken en afbeeldingen, of op het met dwang verkrijgen van zijn vingerafdruk. Voor de uitkomst van de casus maakt dit overigens geen verschil: ook vingerafdrukken bestaan immers onafhankelijk van de wil van Maarten.<sup>89</sup> Kortom, omdat de met dwang verkregen informatie onafhankelijk van Maartens wil bestaat, is het *nemo tenetur*-beginsel volgens de benadering van de Hoge Raad niet van toepassing op deze casus.

In de Straatsburgse interpretatie zou de casus vermoedelijk dezelfde uitkomst hebben. Zowel Maartens vingerafdruk, de *WhatsApp*-gesprekken als de afbeeldingen zijn verkregen zonder (actieve of intellectuele) medewerking van Maarten. Maartens wil, om de telefoon niet zelf door een gewilde spierbeweging te ontgrendelen, is omzeild doordat de agent Maartens vinger heeft vastgepakt en daarmee de telefoon heeft ontgrendeld. Omdat Maartens fysieke of intellectuele medewerking niet noodzakelijk was vereist om de *WhatsApp*-gesprekken en afbeeldingen te verkrijgen, gaat het hier niet om informatie *that could not be obtained from any other source than the applicant himself*. Het betreft daarentegen wilsonafhankelijke informatie, waarop het recht tegen zelfincriminatie in beginsel geen betrekking heeft,<sup>90</sup> tenzij die informatie zelfstandig bewijsmateriaal behelst en significant hevigere dwang is gebruikt dan bij gedwongen afname van bloed, haar of lichaamsweefsel, waarbij een substantiële inbreuk plaatsvindt op de lichamelijke integriteit (eventueel in de vorm van een schending van artikel 3 EVRM).<sup>91</sup>

Stel nu dat de telefoon twee ontgrendelmodelijkheden heeft: Maartens vingerafdruk en een zescijferige code. Stel dat de officier van justitie Maarten, daartoe wettelijk bevoegd en met verwijzing naar artikel 184 Sr, beveelt om 'de telefoon te ontgrendelen', waarna Maarten de code invoert en de *WhatsApp*-gesprekken en afbeeldingen worden aangetroffen. Volgens de interpretatie van de Hoge Raad verandert de uitkomst van de casus. De zescijferige code

88 Net zoals auditief opgenomen gesprekken en de inhoud daarvan vanaf het moment van opname feitelijk bestaan.

89 Hetzelfde geldt ten aanzien van gedwongen medewerking aan iris-, handpalm- en gezichtsherkenning. Zie ook Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, s.l. 2018, p. 105.

90 Vgl. Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, s.l. 2018, p. 104-107; D.A.G. van Toor, 'De vergrendelde smartphone als object van strafvorderlijk onderzoek', *Computerrecht* 2017/2, p. 7.

91 *Jalloh/Duitsland*, par. 121; *Ibrahim e.a./VK*, par. 267.

bestaat afhankelijk van zijn wil en is met dwang (dreiging met straf) verkregen. De vervolgens aangetroffen informatie mag daarom niet worden gebruikt voor het bewijs.<sup>92</sup> Volgens de Straatsburgse benadering blijft de uitkomst gelijk. De berichten en afbeeldingen zijn nu weliswaar verkregen met medewerking van Maarten, maar konden ook worden verkregen zonder zijn actieve medewerking, door met lichte dwang Maartens vinger tegen de vingerafdrukgevoelige ontgrendelingsknop te drukken. Net zoals alcoholpromillages die zijn verstrekt via een verplichte blaastest ook via gedwongen bloedafname kunnen worden verkregen. Het betreft daarom geen informatie die slechts kon worden verkregen via de meewerkende verdachte, ook al koos de officier van justitie voor een lichter middel, dat geen inbreuk op Maartens lichamelijke integriteit opleverde maar wel enige medewerking vergde. De verkregen informatie is dus nog steeds wilsonafhankelijk, waardoor het verkrijgen van de informatie buiten de reikwijdte van het recht tegen zelfincriminatie valt. Stel nu, ten slotte, dat Maartens telefoon slechts kan worden ontgrendeld met een zescijferige code die zich enkel in Maartens hoofd bevindt en de officier van justitie, daartoe bevoegd en met verwijzing naar artikel 184 Sr, Maarten beveelt de telefoon 'te ontgrendelen'. In deze situatie mogen volgens de benadering van de Hoge Raad de *WhatsApp*-gesprekken en afbeeldingen niet worden gebruikt voor het bewijs, omdat de met dwang verkregen toegangscode afhankelijk van Maartens wil bestaat. Ook volgens de interpretatie van het EHRM is het *nemo tenetur*-beginsel nu van toepassing. De officier van justitie kan de inhoud van de telefoon nu namelijk slechts verkrijgen indien Maarten de toegangscode intypt. De gezochte informatie kan dus niet worden verkregen uit een andere bron dan de meewerkende verdachte en betreft daarom wilsafhankelijke informatie. Door Maartens wil, om de telefoon niet te ontgrendelen, te doorbreken met strafdreiging, wordt die wil niet gerespecteerd en is het recht tegen gedwongen zelfincriminatie van toepassing. Hetzelfde geldt indien Maarten kiest om de telefoon niet te ontgrendelen, welke keuze vervolgens wordt bestraft.

#### ***Ad 4) Olivia's mest***

Volgens het EHRM valt Olivia's situatie buiten de reikwijdte van het recht tegen zelfincriminatie.<sup>93</sup> De onjuiste informatie die Olivia onder dwang verschaft en op grond waarvan ze is veroordeeld heeft immers geen betrekking op een eerder gepleegd strafbaar feit, maar vormt het strafbare feit zelf. Weliswaar probeert Olivia door onjuiste informatie te verstrekken bestraffing wegens het uitrijden van teveel mest te voorkomen, maar het recht tegen zelfincriminatie bevat geen algemene immuniteit voor handelingen die zijn ingegeven door de wens om eventueel belastend onderzoek te vermijden.<sup>94</sup> Ondanks betoogd kan worden dat de inhoud van een door betrokkene vervalstdocument bestaat afhankelijk van zijn wil, hanteert de Hoge Raad een vergelijkbare benadering als het EHRM en zou hij daarom vermoedelijk tot dezelfde conclusie komen.<sup>95</sup>

92 Vgl. Van Toor 2017, p. 7. Zie hierover ook Koops 2012; E. Gritter, 'Het decryptiebevel aan de verdachte in het economisch strafrecht', *TBS&H* 2017, p. 87-94.

93 EHRM 10 september 2002, 76574/01 (*Allen/VK*).

94 *Allen/VK*, p. 5: "This was not an example of forced self-incrimination about an offence which he had previously committed; it was the offence itself. It may be that the applicant lied in order to prevent the Inland Revenue uncovering conduct which might possibly be criminal and lead to a prosecution. However, the privilege against self-incrimination cannot be interpreted as giving a general immunity to actions motivated by the desire to evade investigation by the revenue authorities." Zie ook EHRM 4 juli 2000, 43149/98 (*Kok/Nederland*), p. 22.

95 HR 30 november 1999, *NJ* 2000/216, m.nt. Schalken. De Hoge Raad liet 's hofs oordeel in stand dat "Het recht 'to remain silent' omvat niet het recht onwaarheid te spreken of valse verklaringen af te geven en het recht 'not to contribute to incriminating himself' omvat niet het recht alles te doen wat ertoe kan bijdragen een verdenking te vermijden of af te wenden." Zie ook Rb. Oost-Brabant 18 januari 2016 ECLI:NL:RBOBR:2016:139.

Zou de casus een andere uitkomst kennen als Olivia de juiste administratie had overgelegd, waarna ze zou zijn veroordeeld op grond van de artikelen 1a WED jo. 7 Meststoffenwet? Neen. De Hoge Raad zou van oordeel zijn dat administratie over mestproductie en -verwerking in het verleden opgestelde objectieve gegevens zijn, die onafhankelijk van Olivia's wil bestaan en dus buiten de reikwijdte van het *nemo tenetur*-beginsel vallen.<sup>96</sup> Ook volgens de Straatsburgse uitleg bevat de administratie wilsonafhankelijke informatie en is het recht tegen zelfincriminatie daarom in beginsel niet van toepassing. De informatie kon immers ook zonder Olivia's medewerking worden verkregen, bijvoorbeeld door betreding van het bedrijfspand gevolgd door inbeslagneming van de administratie (artikelen 20 jo. 18 lid 1 WED).<sup>97</sup>

## 5. Besluit

In zijn conclusie voor NJ 2007/39 vraagt Knigge zich in het kader van de uitleg van het *nemo tenetur*-beginsel af, of het een wezenlijk verschil maakt of het verkrijgen van informatie menselijke handelingen van de betrokkene vereist.<sup>98</sup> Voor de Hoge Raad is dit niet beslissend.<sup>99</sup> Voor het EHRM wel: als geen handelingen van de betrokkene zijn vereist maar de (wilsonafhankelijke) informatie ook via een andere weg kan worden verkregen, is het recht tegen zelfincriminatie in beginsel niet van toepassing,<sup>100</sup> tenzij informatievergaring met dwang *Jalloh*-achtige toestanden oplevert.<sup>101</sup>

Kortom, bij de uitleg van het recht tegen zelfincriminatie zitten de Hoge Raad en het EHRM niet op één lijn, hetgeen hierboven is geïllustreerd. Zoals blijkt uit de uitspraken in 16.1 en 16.2 leiden beide benaderingen niet per se tot andere uitkomsten in vergelijkbare casus (zie ook *Nienkes dagboek* en *Olivia's mest*). Niettemin biedt de Hoge Raad in bepaalde gevallen wel bescherming, waar het EHRM dat niet zou doen (*Maartens smartphone*) en *vice versa* (*Ewouts Bitcoins*). De vraag is nu: welke interpretatie is het meest wenselijk? Enerzijds is het bieden van meer bescherming door de Hoge Raad, vanuit een rechtsbeschermend perspectief, weinig problematisch.<sup>102</sup> Overwegingen van instrumentaliteit kunnen evenwel ook legitieme argumenten opleveren om situaties waarin betrokkene wil, om de betreffende informatie niet (actief) zelf te verstrekken, in de kern blijft gerespecteerd buiten de reikwijdte van *nemo tenetur* te laten – zolang de minimale bescherming die artikel 6 EVRM voorschrijft wordt nageleefd.<sup>103</sup>

Anderzijds is het, in mijn optiek en vanuit een mensenrechtelijk perspectief, problematischer als volgens de Nederlandse rechter in een specifieke casus het recht tegen zelfincriminatie niet, maar volgens het EHRM wel geschonden is (*Ewouts Bitcoins*).

Welke benadering het meest wenselijk is, bijvoorbeeld in het kader van instrumentaliteit en rechtsbescherming, verdient discussie. Bij het voeren van deze discussie en voor het bepalen van de precieze doorwerking van beide benaderingen, kunnen de in deze bijdrage gedane gedachte-experimenten dienstig zijn.

96 Vgl. HR 19 september 2006, NJ 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes; HR 21 oktober 1997, NJ 1998/173; HR 24 november 2015, NJ 2016/58; HR 21 december 2010, NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes. Vgl. X.1. Zie ook Van Toor 2016, p. 38-39.

97 Vgl. 16.2.

98 A-G Knigge in zijn conclusie voor HR 19 september 2006, NJ 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes, onder 81.

99 HR 21 december 2010, NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.3.

100 *Caruana/Malta*, par. 36; *Jalloh/Duitsland*, par. 102; *Saunders/VK*, par. 69; *Van Weerelt/Nederland*, par. 61.

101 De vervolgvraag of sprake is van een schending beoordeelt het EHRM aan de hand van de aard en mate van dwang; de aanwezigheid van relevante waarborgen in de procedure en de wijze waarop de verkregen informatie is gebruikt.

102 Zie ook Van Toor 2016, p. 40.

103 Vgl. Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, s.l. 2018, p. 104-107.